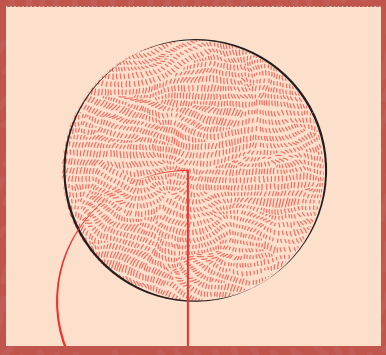
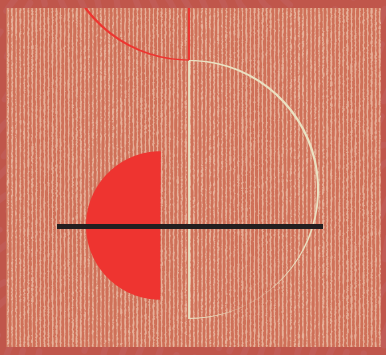
LIBER AMICORUM
LUIGI MOCCIA





a cura di

Ermanno Calzolaio, Raffaele Torino, Laura Vagni

32 Collana L'Unità del Diritto

RomaTrE-Press

2021

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Carnevale (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. Benigni (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. Gambacciani, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. Massaro, M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. Viti, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. Cardia, R. Benigni (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. Nuzzo, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. Grisi, C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno,* 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. Benigni, B. Cortese (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. Ruotolo, M. Caredda (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.)

21. N. Posteraro, M. Sinisi (a cura di), *Questioni di fine vita,* 2020

22. G. Resta (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica,* 2020

23. F. Lattanzi (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020

24. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020

25. B. Cortese, *La tutela in caso di vizio della* res empta *e della* res locata*: inadempimento rispondenza* ex fide bona, 2020

26. M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali,* 2020

27. G. Grisi, F. Rassu (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie,* 2020

28. F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020

29. S Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020

30. A. Massaro (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020

31. R. Benigni (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

LIBER AMICORUM LUIGI MOCCIA

a cura di

Ermanno Calzolaio, Raffaele Torino, Laura Vagni

32 L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

RomaTrE-Press
2021

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma Tr*E-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review.*

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, marzo 2021
ISBN: 979-12-5977-003-5

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma Tr*E-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

Introduzione 13

Luigi Moccia, *Rileggendo la mia bibliografia…annotazioni (e ricordi) a margine* 15

Bibliografia 33

Lia Pop, *Luigi Moccia: l'accademico dedito alle istituzioni e alla costruzione dell'Europa… e non solo!* 49

PARTE I
COMPARAZIONE GIURIDICA E DIALOGO TRA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Faustino Martínez Martínez, *Moccia En Madrid: Historia Y Fases De Una Traducción* 65

Maurizio Lupoi, *English 'equity' and the civil law – a tale of two worlds* 81

Diego Corapi, *Comparazione e diritto privato nella tradizione giuridica occidentale* 93

Antonino Procida Mirabelli di Lauro, *La circolazione dei modelli dottrinali e giurisprudenziali nel «mondo comunicante»* 115

Vincenzo Zeno-Zencovich, *A Normative Metastasis?* 153

Ermanno Calzolaio, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra* civil law *e* common law 175

Biagio Andò, *Il diritto privato maltese tra fonti della tradizione e processo di codificazione* 197

Adolfo Giuliani, *After comparative legal history* 215

PARTE II
DALLA COMPARAZIONE ALL'INTEGRAZIONE GIURIDICA: CITTADINANZA E DIRITTO EUROPEO

Sabino Cassese, *The European Common Constitutional Traditions* 245

Silvio Gambino, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione fra (quasi) costituzionalismo europeo e costituzionalismi nazionali* 255

Francisco Balaguer Callejón, *La costruzione di un'identità cittadina europea* 281

Ennio Triggiani, *Fra sovranità e sovranismi nell'Unione europea* 295

Fulvio Attinà, *Due cause del blocco integrativo* 313

Salvatore Bonfiglio, *Il metodo degli* Spitzenkandidaten *e la riforma dei trattati* 327

Alessandro Somma, *Il Meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme: un dialogo con gli economisti* 341

Daniela Preda, *La partecipazione nel processo d'integrazione europea: il ruolo delle* élites *e del popolo* 363

Fabio Zucca, *L'Università di Pavia e l'Europa: dall'utopia all'azione politica* 375

Antonello Miranda, Smoke gets in Euro-eyes*: fusione e fissione del diritto comunitario* 389

Michele Graziadei, *The European Court of Justice at work: comparative law on stage and behind the scenes* 437

PARTE III
COMPARAZIONE GIURIDICA E PROSPETTIVE DI STUDIO DEL DIRITTO

Guido Alpa, *La "proprietà" dei dati personali* 465

Laura Vagni, *Proprietà e tutela dell'affidamento: note a margine di alcune decisioni giurisprudenziali* 487

Francesco Paolo Traisci, *L'animale. Oggetto o soggetto di diritto?* 515

Enrico del Prato, Status *di figlio: autoresponsabilità e verità* 533

Mario Serio, *Diritto di visita dei familiari dei ricoverati in case di cura, emergenza sanitaria e questioni etico-giuridiche di carattere generale nella giurisprudenza inglese* 549

Raffaele Torino, Déséquilibre significatif *e clausole contrattuali ingiustificatamente gravose nella filiera agro-alimentare. Spunti di comparazione giuridica fra Francia ed Italia* 571

Giulio Napolitano, *Le leggi sul procedimento amministrativo. Appunti per un'analisi comparata* 611

Ricardo Maurício Freire Soares, Camila Miranda Sousa Race, *The human dignity as an axiological framework of the Brazilian constitutional system* 623

Marina Timoteo, *Il diritto nelle parole: aspetti linguistici del diritto cinese contemporaneo* 643

Federico Roberto Antonelli, *L'extraterritorialità e le concessioni: contributo alla modernizzazione dei sistemi giuridici locali e profili di comparazione giuridica* 657

Ilaria Ricci, *Chinese Company Law: an Overview* 677

Introduzione

«Il male non è che i sapienti non vedono la risposta, ma che non vedono l'enigma»[1].

L'acuta osservazione del grande scrittore inglese Gilbert Keith Chesterton descrive l'esperienza nata dall'incontro con Luigi Moccia. Guardandolo insegnare, o frequentandolo in occasione di lunghi dialoghi, spesso scaturiti dalla lettura di nostri testi sottoposti al suo esame, si è sempre costretti ad alzare lo sguardo, stimolati a collocare ogni tema in un contesto più ampio, ma anche più profondo. Quando si cercano risposte, ci si trova invece di fronte a nuove domande.

Condividendo questa esperienza tra noi che abbiamo avuto più direttamente il privilegio di formarci alla sua scuola, è nato il desiderio di invitare alcuni studiosi, che in circostanze diverse hanno incontrato Luigi Moccia nel corso degli anni, ad offrire un loro contributo. Un *Liber Amicorum*, appunto. Come occasione per rendergli omaggio, in luogo di asettici 'scritti in onore' con intenti celebrativi, così estranei alla sensibilità dell'interessato.

Ne è uscito un quadro ricco e variegato, che si è pensato di articolare in tre tracce tematiche. Esse delineano – ci sembra – le linee fondamentali della riflessione che Luigi Moccia ha condotto nel corso della sua attività scientifica: comparazione giuridica e dialogo tra *common law* e *civil law*; dalla comparazione all'integrazione giuridica: cittadinanza e diritto europeo; comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto.

Quando poi abbiamo posto mano alla bibliografia, davvero imponente, ci siamo resi conto che il modo più adeguato per tracciare un profilo dell'Autore era quello di 'lasciar parlare' i suoi scritti. Di qui l'idea di proporgli di ricostruirne la trama, rileggendo in prima persona ambiti e filoni di studio. Una testimonianza diretta, insomma, che potesse costituire una guida per seguire il percorso di una vita dedicata allo studio e alla ricerca. In modo forse inusuale, abbiamo quindi pensato di dare avvio a questa raccolta proprio con la 'lettura' della sua bibliografia (ivi inclusa), che l'Autore ha così generosamente accettato di scrivere.

Nello stesso tempo, poiché la verità di una testimonianza si apprezza alla luce del lascito che essa genera in chi vi si imbatte, abbiamo voluto proporre come primo contributo degli amici la riflessione della studiosa rumena Lia

[1] G.K. Chesterton, *Ortodossia*, Milano, 1988, p. 49.

Pop, che consente di cogliere fino a che punto l'autorevolezza non discende dalla superiorità accademica o da sterili appartenenze di scuola, ma dall'attrattiva suscitata dall'incontro con chi accetta la sfida di essere protagonista di un'avventura, insieme entusiasmante e rischiosa, di una ricerca 'a tutto campo' o (come a lui piacerebbe dire) 'senza confini'. Nella confusione che caratterizza il contesto attuale c'è davvero bisogno di 'maestri'. Luigi Moccia lo è. Per questo gli siamo grati.

Macerata-Roma, gennaio 2021

Ermanno Calzolaio
Raffaele Torino
Laura Vagni

Luigi Moccia

Rileggendo la mia bibliografia… annotazioni (e ricordi) a margine

Rileggendo la mia bibliografia, mi si è presentato uno scenario nel quale mi sono come 'ritrovato'. Come fosse un ritorno a tempi lontani, in luoghi dove si è vissuto, rivedendo volti di persone, stanze e oggetti, riascoltando voci, riprovando sentimenti, emozioni. Ma solo con la mente, e la consapevolezza del dopo: quella di conoscere il finale di una storia: s'intende, come fin qui raccontata nei e dai titoli di questa mia bibliografia. Il che mi porta subito al punto.

Dato il tanto tempo trascorso rispetto a buona parte dei titoli che vi compaiono, di alcuni dei quali avevo perso il ricordo, ripassandoli in rassegna tutti insieme, per la prima volta, ho potuto (col senno di poi, appunto) capire un po' meglio come e perché questi titoli stanno insieme tra loro. Come e perché sono nati. Dove volevano collocarsi, cioè in quale orizzonte tematico. Quali sono gli snodi e i raccordi, cioè i passaggi da e gli incroci tra un orizzonte e l'altro. Insomma, capire (per convincermene una volta di più) che tutto non è avvenuto per caso, anzi…!

Sarebbe bastato fare una bibliografia 'ragionata'? Forse sì. Ma l'elenco cronologico dei titoli (per chi mai fosse interessato) ne facilita di gran lunga il reperimento; nel senso di offrire una visione d'insieme, scandita secondo l'ordine temporale della loro pubblicazione.

Ad ogni modo, dal momento che questo elenco era già stato compilato, riordinarlo, completarlo e, quindi, 'rileggerlo', mi ha permesso di fare qui alcune annotazioni riguardo ad ambiti e filoni di studio di cui mi sono occupato.

Mi pare di poterne individuare sette, nei seguenti: 1. Diritto inglese; 2. Diritto comune europeo (*revisiting* della comparazione *civil law-common law*); 3. Comparazione giuridica (in generale); 4. Diritto e giurista europeo; 5. Unione e Cittadinanza europea; 6. Diritto cinese; 7. Attualità della comparazione (giuridica).

1. *Diritto inglese*

C'è tanto di diritto inglese (come archetipo di *common law*), ed è

giusto che sia così. Perché la mia tesi di laurea (relatore Maurizio Lupoi, allora assistente ordinario alla "Sapienza" di Roma), sul sistema di giustizia inglese, non solo mi impegnò al punto da dovermi laureare con un anno di fuori corso (nel 1971), ma mi offrì l'occasione (mentre ancora ci lavoravo sopra) di andare a Londra (grazie a una borsa assegnatami per un breve soggiorno di studio). Dove in seguito (grazie al sostegno del *British Council* nell'ambito del programma "European Young Lawyers"), è iniziata la mia frequentazione dei luoghi simbolo del mondo giuridico inglese: (non le università, ma) le corti centrali londinesi e annessi studi forensi tra le mura storiche delle *inns of court*.

I primi lavori sono tutti dedicati a temi vari riguardanti il diritto inglese (tranne uno sul "modello di contrattazione collettiva nella pubblica amministrazione in Svezia", che pure si spiega con quanto dirò subito appresso).

'Temi vari' significa sostanzialmente temi scelti, o nei quali mi imbattevo, sull'onda di vicende dell'attualità di allora e di motivazioni legate a circostanze e interessi di impegno in senso ampio sociale e culturale (che hanno, poi, continuato ad accompagnare la mia attività).

In questo modo o, meglio, con questo spirito facevo le prime esperienze di comparazione come 'spazio di libertà', aperto su altri spazi. Come un tempo si diceva dell'aria di città che rende liberi, così la comparazione e già solo la sua base d'origine, il diritto straniero, mi hanno sempre dato l'impressione di respirare un'aria di libertà di scelta, assieme alla possibilità, appunto, di affrontare temi i più vari, e di farlo attingendo informazioni e ispirazioni a fonti non solo e sempre giuridiche.

Naturalmente, l'ambiente dell'allora Istituto di Diritto Comparato dell'Università di Roma "La Sapienza" (diretto dal 'maestro dei maestri' della comparazione giuridica in Italia, Gino Gorla), che avevo preso a frequentare assiduamente, già prima e dopo la laurea, sono stati per me, e tanti altri, un 'luogo privilegiato' di questo modo 'diverso' di studiare diritto

Tra i temi con cui mi sono cimentato, in testi (alcuni firmati assieme a Ferdinando Albisinni) di commento a leggi o casi giudiziari inglesi, vorrei menzionare quelli pubblicati (grazie all'amicizia con Massimo D'Antona) nella "Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale", tra le più antiche riviste italiane di diritto del lavoro, che si apriva in quegli anni a contributi di diritto straniero e comparato.

Sempre con riguardo a quei primi lavori, mi piace qui annotare i temi relativi alla riforma del processo e della giustizia, all'epoca molto sentiti e dibattuti nel nostro paese, trattati con riguardo a certi aspetti rilevanti, in una chiave di lettura che traeva spunto dall'esperienza inglese.

Così, il contributo *Fonte regolatrice del processo e tutela possessoria in diritto inglese: l'"azione civile contro ignoti'. Alcuni spunti per uno studio comparativo di diritto processuale inglese ed italiano* (1976, il mio primo ad essere pubblicato in una sede prestigiosa come "Il Foro Italiano", parte V), affrontava un tema all'epoca pressoché sconosciuto da noi (e, a quanto ne so, rimasto tale): quello relativo alla prassi di attribuire – su delega del Parlamento a (comitati ad hoc di) 'giuristi pratici' o 'forensi', insomma a giudici e avvocati – il potere di regolare la procedura (*rule-making power*) davanti alle proprie corti (in particolare le corti centrali: Alta Corte e Corte di Appello). Ricordo che l'articolo fu inviato in lettura all'allora direttore scientifico de "Il Foro", il professore Virgilio Andrioli (tra i nostri più illustri processualcivilisti), il quale chiamò di primo mattino al telefono Gino Gorla (che, data l'ora e una ben nota 'veracità' di carattere dell'Andrioli, aveva temuto in una stroncatura, come mi confidò), esprimendogli il suo compiacimento per il 'pezzo', assieme a un certo stupore (credo in positivo) per la 'peculiarità' rappresentata da quella prassi. Come lo stesso Gorla ebbe però modo di accertare, anche da noi, presso i Grandi Tribunali (corti supreme) dell'Italia preunitaria, era in uso una prassi analoga che metteva nelle mani dei forensi la disciplina dello *stylus curiae* (ovvero del modo di procedere davanti a queste giurisdizioni). Sicché, se non proprio una *fake news*, anche quella peculiarità inglese andava 'rivista' nel quadro più generale del revisiting della comparazione *civil law-common law* (di cui più avanti, § 2), alla luce di una tradizione che aveva visto queste due famiglie giuridiche nei secoli d'antico regime più vicine tra loro di quanto si volesse far credere.

Questo filone tematico è stato poi ripreso con il saggio su *I 'Regolamenti della Corte' nel quadro delle fonti della procedura civile inglese* (1990). Ma lo sviluppo maggiore del tema si trova (per chi fosse interessato) nel volume *Il processo civile inglese* (Rimini, Maggioli, 1991). Volume da me curato (anche come co-autore). Dove, assieme a testi di Albert Kiralfy e Sir Jack Jacob, si trova (a mia firma) la versione italiana (la prima e la sola, credo) de "I Regolamenti della Corte Suprema. Selezione e Traduzione di testi" (contenuti nel c.d. *White Book*, dal colore della copertina, ovvero la fonte a tutt'oggi più autorevole di conoscenza su "practice and procedures" in uso presso le corti centrali), insieme con una mia "Nota introduttiva ed annotazioni esplicative" (pp. 65-447) e l'aggiunta di una "Nota bibliografica" finale. Si tratta di un lavoro, uscito nella collana "Ricerche sul Processo", diretta da Nicola Picardi e Alessandro Giuliani (nell'ambito di un progetto finanziato dal CNR). Rileggendo la bibliografia, mi sono tornati

alla mente i rapporti di frequentazione (e annessi ricordi), in occasione dei miei soggiorni londinesi, con il professor Kiralfy (tra gli studiosi più noti di storia del diritto inglese), e con 'master' Jacob (dal titolo della carica giudiziaria da lui ricoperta presso l'Alta Corte per oltre trent'anni, che ne ha fatto un'autorità di riferimento in materia processuale, materia da lui introdotta per la prima volta nell'insegnamento universitario in Inghilterra). Ma anche i rapporti di amicizia e le tante occasioni di conversazione su 'temi vari', sia con Alessandro Giuliani che con Nicola Picardi. Ai loro nomi, del resto, si legano le mie prime monografie.

Il *Glossario per uno studio della "Common Law"* (1983, le cui ristampe si sono susseguite numerose, ancora in catalogo, a quanto ho scoperto, almeno fino al 2017), nasce come "Appendice" alla traduzione italiana del volume di Peter Stein e John Shand, "I valori giuridici della civiltà occidentale" (1981). Fu, infatti, Alessandro Giuliani a sollecitare la scrittura di un testo che, a completamento e nello spirito del volume tradotto, offrisse una sintesi per lemmi capaci di fornire alcuni punti essenziali di riferimento (a mo' di chiavi di lettura) dell'esperienza giuridica inglese. Le cinque voci del glossario, scelte in ordine alfabetico (*Bar*, *Case law*, *Civil law*, *Common law*, *Rule of law*), racchiudono tematiche principali attorno alle quali, allora come ora, può essere presentata e comunque osservata questa esperienza, presa nel suo insieme come termine di paragone rispetto ai diritti del Continente europeo.

Il sistema di giustizia inglese: profili storici e organizzativi (Rimini, 1984, anch'esso con successive ristampe, l'ultima delle quali nel 1995), deve la sua uscita all'interessamento di Nicola Picardi per la pubblicazione con l'editore Maggioli.

In questo filone di studi sulla giustizia in Inghilterra si colloca il testo su *L'esperienza inglese della partecipazione dei laici all'amministrazione della giustizia*, del 1978, pubblicato nella "Rivista di Diritto Processuale" (altra sede prestigiosa, per un ricercatore appena nominato assistente ordinario); grazie al fatto che Mauro Cappelletti, anche in questo caso parlandone con Gorla, volle che l'articolo fosse inviato alla rivista per la pubblicazione.

Ancora in tema di giustizia inglese e dintorni, un titolo rileggendo il quale sono affiorati lontani ricordi legati alle giornate dedicate alla ricerca e consultazione di testi e documenti d'epoca nelle biblioteche delle *inns of court*, nonché quelle trascorse presso la Biblioteca Unidroit a Roma (spesso in piacevoli conversari con il suo direttore, Walter Rodinò), è *Appunti sul 'law reporting' in Inghilterra* (1978). Vi si affronta un altro tema tra quelli meno indagati (da noi), all'epoca (come pure dopo, credo), relativo alle raccolte inglesi di casi giudiziari, dal periodo medievale fino ai giorni nostri.

In proposito, mi permetto di annotare che, quando si parla di giurisprudenza come fonte di diritto, sarebbe sempre bene avere presente un quadro delle 'fonti di conoscenza' e loro caratteristiche.

Tra i titoli di questo primo campo tematico, altri meritano una annotazione. Si tratta, in ordine di pubblicazione, dei seguenti.

Il contributo su *'Science of legislation', 'educazione giuridica' e 'professionalità' nella redazione delle leggi. Alcuni cenni sull'esperienza inglese*, del 1987: per via della trattazione di un tema, il *legislative drafting*, piuttosto trascurato in ambito comparativo (almeno al tempo in cui me ne sono occupato), che riveste particolare interesse, non solo nel contesto inglese di *judge-made law*, ma più in generale sul piano di una educazione attenta ai profili di *legal reasoning*, in rapporto di implicazione reciproca con il *legal drafting* (come amava ripetere Alessandro Giuliani, che mi aveva sollecitato a scriverlo per la pubblicazione in un volume, a sua cura e di Picardi, sui "Modelli di legislatore e scienza della legislazione").

L'articolo *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di common law* (1988): che mi fa piacere annotare, essendo stato il mio primo ad essere pubblicato nella "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", per via di una lunga collaborazione (piuttosto continuativa, da allora fino ad oggi) con questa rivista (grazie alla benevola accoglienza di Federico Carpi).

Il saggio intitolato *Prescription, Limitation e Adverse possession: ovvero il problema della prescrizione acquisitiva nel sistema inglese della real property* (1994), dove vengono ripresi e approfonditi temi trattati in un mio volume dell'anno prima (di cui dirò in seguito, § 4): che mi fa piacere annotare per via della sua pubblicazione negli "Scritti in onore di Rodolfo Sacco", il quale mi aveva espresso il suo apprezzamento per il volume in una lettera manoscritta (che, come dirò più avanti, ha sempre avuto l'amabilità di inviarmi, ogni volta che gli spedivo copia di una mia monografia).

Altri temi di studio del diritto inglese hanno formato oggetto di varie voci scritte per il "Digesto IV edizione" (1988-1992), e della voce *Contract* scritta per l'Enciclopedia Giuridica Treccani (1988).

Infine, il lungo saggio su *Il modello inglese di proprietà*, pubblicato nel volume collettaneo "Diritto privato comparato. Istituti e problemi" (nato da un'idea di Guido Alpa): la cui versione originaria (nella prima edizione del volume, 1999) è stata aggiornata nel 2012, per una nuova edizione del volume; segnando, per così dire, una linea che delimita temporalmente (almeno fino ad oggi) questo campo tematico di titoli dedicati al diritto inglese.

2. *Diritto comune europeo (*revisiting *della comparazione* civil law-common law*)*

Questo ambito è stato caratterizzato da un intenso (quasi quotidiano) rapporto di collaborazione con Gino Gorla, iniziato (stabilmente) nel 1977 (con la mia assunzione in ruolo come assistente ordinario di Diritto privato comparato) e durato fino alla sua morte (nel 1992). Il ricordo che ne ho, in questa circostanza, è quello soprattutto di un "lessico famigliare" di espressioni da lui coniate, quali "diritto comune europeo", "revisiting", ordinamenti "aperti" e "chiusi", che presi a utilizzare per i miei lavori, cercando di dare seguito alle sue sollecitazioni e di trovare conferme (ulteriori) alle sue intuizioni. La sensazione allora provata, durante quei quindici anni insieme, è stata appunto di una "famiglia" (di ricercatori, tra cui il sottoscritto), che Gorla stesso descrive in un suo scritto del 1978 ("Un centro di studi storico-compartivi sul 'Diritto Comune Europeo' presso l'Istituto di Diritto Comparato dell'Università di Roma", in Foro it., V, col. 313 ss.).

Senza indulgere in ricordi personali, per restare al canovaccio di annotazioni che mi sono riproposto di fare a margine della mia bibliografia, una prima annotazione riguarda i due titoli, uno firmato assieme a Gino Gorla (*A 'Revisiting' of the Comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16th to 19th Century"*), l'altro – da lui sollecitato – apparso in una prima versione italiana (*Sull'uso del termine 'civil law'*, 1980) e, poi, da me sviluppato in versione inglese (*English Law Attitudes to the Civil Law*): entrambi pubblicati nel 1981 sul "Journal of Legal History", da poco fondato da Albert Kiralfy (1980), il quale fu lieto di accoglierli; pur consapevole (come ebbe a dirmi privatamente) delle reazioni che il tema avrebbe potuto suscitare, soprattutto in certi ambienti accademici e professionali inglesi.

Il tema del *revisiting* presentava (e presenta) due facce.

Quella della "grande lacuna" (altra espressione del lessico famigliare di cui sopra), riferita a una storia, in particolare riguardante l'Italia preunitaria, della giurisprudenza come fattore di diritto 'comune' al livello continentale, che Gorla riscopre (come fosse un 'vuoto di memoria' da colmare), ponendolo quale nuovo termine di paragone rispetto al diritto inglese (*common law*), per via delle tante similitudini (e concordanze) che vi si scorgono (di cui un esempio, sebbene diacronico, viene offerto anche in un mio testo dal titolo *Sui limiti alla proprietà privata nell'interesse collettivo (Un notevole caso di concordanza fra una decisione del Vernaccini del 1780 e una recente opinion di Lord Denning)* (1978).

Quella, di riflesso, dei rapporti palesi oppure occulti (e talvolta occultati)

di apertura e 'dialogo' degli ambienti di *common law* con il mondo dei *civilians* (interno all'Inghilterra) e con quello di *civil law* (testi e autorità di diritto continentale). Di qui l'esigenza di ripensare (*revisiting*), in termini quanto meno di relatività storica, idee, categorie e tassonomie riguardanti la comparazione *civil law-common law*; esigenza che si trova espressa nei due testi (a doppia firma) *A Short Historical Account of Comparative Law in Europe and in Italy during Modern Times (16th to 19th Century)*, e *Profili di una storia del 'diritto comparato' in Italia e nel 'mondo comunicante'*, entrambi del 1986.

Mentre un mio testo dal titolo (un po' impegnativo) *Historical Overview on the Origins and Attitudes of Comparative Law*, inviato in risposta a una *call for papers* e presentato nel 1991 a un convegno ("The common law of Europe and the future of legal education") presso l'Università di Maastricht, si trova pubblicato, nei relativi atti (1992), accanto a un titolo firmato da Raoul Van Caenegem (autorevole storico belga e studioso in particolare di storia del diritto inglese, visto in contrapposizione al diritto continentale). Ricordo che al termine delle nostre due presentazioni, diametralmente opposte, nella sessione del convegno a cui eravamo stati assegnati insieme (credo, con una certa malizia da parte degli organizzatori), mi rivolsi a lui, in un breve colloquio, dicendogli (con tono che avrebbe voluto essere conciliante): "ciò che la storia del diritto divide, la comparazione unisce" (che era poi una interpretazione del motto coniato da Gorla "comparison involves history", rovesciando quello di Maitland "history involves comparison", dal momento che, a ben leggere, i due non dicono la stessa cosa).

In effetti, mentre la "grande lacuna", dopo e grazie a Gino Gorla, ha preso ad essere colmata (dagli addetti ai lavori, cioè dagli storici del diritto), la stagione del *revisiting* non credo abbia entusiasmato (soprattutto da noi) il campo dei comparatisti. Se non forse nella prospettiva oggi rivolta, più che al passato (delle relazioni *civil law-common law*), al futuro del (di un) diritto comune europeo, in relazione al processo di integrazione dei Paesi membri dell'Unione (già Comunità) europea. A questa prospettiva si riferiscono i due ambiti che seguono.

3. *Comparazione giuridica (in generale)*

I titoli della bibliografia che possono essere associati a questo ambito di studio, sono di due tipi: a) di analisi di istituti (contratto e proprietà) e

relative problematiche (terminologiche, concettuali, di contenuto storico e normativo); b) di riflessione in generale sulla comparazione giuridica, per quanto concerne sviluppi e sfide, a partire già dagli ultimi decenni dello scorso secolo, e tanto più in questo presente.

Riguardo al primo tipo, un'annotazione merita il saggio *Promessa e contratto* (1995), come versione ampliata di un testo scritto per un convegno organizzato all'Università di Macerata nell'ambito di un ciclo di "Colloqui sull'Interpretazione", con la partecipazione di studiosi di altre discipline quali filosofi, linguisti, storici, letterati, psicologi, che ricordo essere stato fonte di ispirazione, in sede di stesura finale del testo.

Altri saggi tematici a sfondo comparativo sono quelli dedicati allo studio della proprietà (*Basic Ways of Defining Property*, 2007; *Riflessioni sull'idea di proprietà*, 2008; *La proprietà intellettuale come 'proprietà globale': tendenze e problemi*, 2011; *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, 2013), apparsi su riviste o pubblicati (o ripubblicati) come contributi a volumi, e alcuni anche tradotti; tutti però accomunati (con mio rammarico) da questa annotazione, e cioè, che non hanno potuto trovare (ancora) una collocazione unitaria, assieme ad altri scritti in parte già approntati, in un volume dal titolo "La proprietà. Percorsi di riflessione e comparazione giuridica" (come annunciavo in nota ad alcuni di essi).

Un'annotazione a sé merita un titolo ('ritrovato' rileggendo la bibliografia), *Brevi note sull'indipendenza dei giudici, oggi* (2000), che riprende il filone di riflessioni sulla giustizia, in un contesto di comparazione *civil law-common law* a sfondo storico-comparativo.

Per quanto riguarda i titoli di comparazione in generale, è stata lieta sorpresa quella di leggere al primo posto, nell' ordine cronologico di una serie di scritti in tema, il saggio *La comparazione come pedagogia giuridica nell'opera di Gino Gorla* (pubblicato negli "studi in memoria", 1994). Seguìto (anche qui, non a caso) da un breve testo intitolato *L'educazione alla comparazione*, pubblicato nella raccolta di scritti "Per Alessandro Giuliani" (1999).

Sulla stretta connessione tra 'comparazione', come modo di studio e conoscenza del diritto (in generale), ed 'educazione' giuridica, sono tornato più di recente con il saggio *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale* (2020), a conferma di una impostazione di cui sento tanto più oggi il valore e l'attualità, come ho cercato di argomentare in altri titoli (di cui parlo più avanti, § 7). Ai quali sono da aggiungere le altre pubblicazioni più propriamente dedicate al rapporto della comparazione con il tema del (di un) diritto e giurista

europeo (§ seguente).

A questo punto della mia rilettura della bibliografia, posso annotare le due monografie che riassumono, completano e sviluppano questo filo di riflessione.

Comparazione giuridica e diritto europeo (2005). Questo libro nasce dall'idea di fornire una visione d'insieme dei precedenti ambiti: diritto inglese, diritto comune europeo, *revisiting*, con una proiezione sul processo di integrazione europea come frontiera avanzata di una comparazione in grado di recuperare il senso storico-culturale del diritto comune dei secoli passati. Per questo motivo non poteva che essere un libro particolarmente 'voluminoso': di "oltre mille pagine" (come mi scrisse con divertita sorpresa Rodolfo Sacco, già così, comprendendone appieno questa trama complessa, nella sua consueta lettera manoscritta, di cui mi ha sempre gratificato, in risposta all'invio di copia del volume).

Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto. Raccolta di saggi (2016). Questo libro rappresenta, invece, l'altra faccia di quella stessa riflessione, che cercava e cerca di affrancarsi dalla logica della comparazione 'per sistemi', per guardare più avanti e oltre. (Ancora una volta Rodolfo Sacco, nella sua immancabile lettera manoscritta in risposta all'invio di copia del volume, ne coglie questa cifra, commentando: "Chi ha scritto il libro è il Luigi Moccia di sempre, e dunque il libro non dovrebbe stupire. E invece qualcosa ci sorprende. I problemi che tratti (salvo, forse, la Cina) sono i problemi che proprio ora incominciano ad essere sentiti da tutti. E allora bisogna convenire che i vari articoli riportati nel libro, e scritti tempo addietro, spesso nell'altro secolo, precorrevano i tempi").

Siamo così già dentro l'ambito che segue.

4. *Diritto e giurista europeo*

Nel rispetto della trama cronologica della bibliografia, è bene procedere per ordine di tempo.

I temi relativi alla formazione di un diritto (e giurista) europeo hanno origine, come ho cercato di chiarire, nell'ambito degli studi riguardanti il diritto comune europeo e il *revisiting*.

A questo proposito, l'idea-guida era ed è lo *ius commune*. Non come *ius civile*, collocato cioè nell'alveo della tradizione di diritto romano-giustinianeo più o meno rinnovato e adattato nel corso dei secoli fino all'Ottocento.

Ma inteso come articolato complesso (una sorta di 'costellazione', oggi diremmo) di regole e principi di produzione varia, professorale-accademica e professionale-forense; e con l'ausilio di materiali vari, testi del *Corpus iuris* e loro *interpretatio*, leggi, decisioni ed usi. Quale patrimonio condiviso, insegnato e applicato, in vari luoghi e a vari livelli. Uno *ius* che, come tale, portava in seno una propria valenza 'cosmopolita', come una sorta di diritto apolide (cioè, senza frontiere), per rapporto ai diritti locali/nazionali (*iura propria*). Questa valenza di per sé intrinsecamente comparativa ne faceva il perno di una *koinè* intellettuale e culturale che abbracciava l'intera Europa (Inghilterra inclusa). Una sorta di 'prima globalizzazione' del pensiero giuridico 'occidentale' (molto diversa rispetto a quella definita come *Classical Legal Thought* di matrice romanistico-pandettista, sviluppatasi in epoca ottocentesca).

Di qui la locuzione coniata da Gino Gorla di "diritto comparato e diritto comune europeo" (con evidente valore di endiadi della congiunzione), che campeggia nella titolazione del volume di raccolta dei suoi scritti (Milano, 1981): a significare la "reciproca immanenza della storia del diritto comparato 'europeo' e della storia del diritto comune 'europeo'".

Su questo sfondo storico-comparativo, ma nel contesto nuovo del processo di integrazione, veniva delineandosi una prospettiva di studio comparativo del diritto che poneva o, meglio, tornava a porre l'accento su una dimensione 'europea' a tutto campo: non solo ristretta al campo della Comunità, poi Unione europea; sebbene facendo leva su questo grande progetto di pacificazione e integrazione.

Per quanto concerne i titoli della mia bibliografia ascrivibili a questo ambito tematico, una prima annotazione meritano gli Atti del Convegno maceratese del giugno 1989, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, dove per la prima volta compare il sintagma "diritto privato europeo"; poi raccolti e pubblicati nel volume omonimo (1993). Nella scia così tracciata si inseriscono un saggio del 1992 (*La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di 'usucapione' e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del 'diritto privato europeo'*), e la monografia che ne completava la trattazione: *Figure di usucapione e sistemi di pubblicità immobiliare. Sintesi di diritto privato europeo* (1993).

Sono poi seguiti, il volume a mia cura, *I giuristi e l'Europa* (1997), e una serie di contributi: *Les bases culturelles du juriste européen: un point de vue continental* (1997, anche in una versione italiana del 1998); *La formazione dell'avvocato europeo: questioni e risposte di prospettiva* (1999); *The 'European Lawyer': From Past to Present Scenarios* (2002); *La formazione del giurista in prospettiva europea* (2008); *Diritto europeo, ordinamento aperto e formazione giuridica* (2012); *Formazione di un giurista e di un diritto europeo: scenari e*

prospettive (2015).

In una chiave sempre storico-comparativa di riflessione, una notazione particolare merita il volume *La formación del derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada* (2012), che ripropone in una versione completamente rinnovata (e arricchita di una bibliografia finale) la terza parte del libro "Comparazione giuridica e diritto europeo", quella su "*Civil law* e rapporti con la tradizione di *common law*: per un diritto europeo" (nella traduzione ed edizione a cura di Faustino Martínez Martínez).

5. *Unione e Cittadinanza europea*

Questo ambito si sovrappone in qualche misura all'ambito che precede, ma va tenuto distinto, nel senso che pone in evidenza quei titoli della bibliografia che trattano di 'diritto europeo' in una chiave attenta piuttosto a profili e questioni giuridico-istituzionali dell'Unione. Sia come nuovo paradigma di una comparazione 'multi-livello', cioè tra livelli e regimi normativi che operano all'interno dell'ordinamento dell'Unione autonomamente e unitariamente inteso (nelle materie di competenza dello stesso), e di cui sono parte integrante i singoli ordinamenti nazionali. Sia come processo in evoluzione che, a partire soprattutto dall'inizio degli anni 1990, con i vari trattati istitutivi dell'Unione, è venuto spostando il suo asse non solo su aree di competenza sempre più estese, ma con una accentuazione sempre maggiore sui diritti (fondamentali) dei 'suoi' cittadini.

In tal senso, due filoni tematici, distinti ma connessi, vengono in considerazione sullo sfondo di questo ambito: quello della base di legittimazione del diritto dell'Unione come ordinamento autonomo, e quello della sua costituzionalizzazione, quale ordinamento a sua volta calato storicamente e culturalmente in una cornice di valori e diritti fondamentali, risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, come tali, facenti parte del diritto dell'Unione, in quanto suoi principi generali.

Sulla base di queste premesse, rilevano innanzitutto i titoli della bibliografia dedicati all'analisi della base giuridica di un diritto privato europeo, individuata nella cittadinanza dell'Unione, tra cui: *Dal mercato alla cittadinanza: per un itinerario 'ideologico' di diritto privato europeo* (2002); *La prospettiva della 'Cittadinanza dell'Unione' come base giuridica per una codificazione europea di diritto privato* (2002); *Appunti su 'Europa e diritto': la 'via della cittadinanza europea'* (2005); *La 'cittadinanza europea' come 'cittadinanza differenziata' a base di un sistema 'multilivello' di diritto privato*

(2006); *Il 'sistema' della cittadinanza europea: un mosaico in composizione* (2010); *Cittadinanza europea e spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (2010); *European Private Law In-Formation* (2010). Nonché il volume a mia cura *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who* (2013), con un mio contributo *European Law: From 'Market' to 'Citizenship'*.

Sotto il profilo dei diritti fondamentali e più in generale delle questioni connesse con la costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'Unione, rilevano, tra altri, i seguenti titoli: il volume a mia cura *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione europea* (2010); nonché una serie di articoli, tra cui: *'Costituzione europea' e nuovo trattato sull'Unione* (2008); *La cittadinanza nella prospettiva della federazione europea* (2011); *Cittadinanza e democrazia nell'Europa in crisi: quale via all'Unione politica* (2012); *La cittadinanza come 'cuore federale' dell'Unione* (2012); *Diritto comunitario e diritto europeo* (2013); *Union's citizenship as the basis for European democracy* (2013); *Il diritto dei cittadini dell'Unione di avere un governo* (2013); *Democrazia, sovranità e diritti nella crisi europea: spunti per un discorso su riforme e futuro dell'Unione* (2016); *Unione politica e valore sociale della cittadinanza europea* (2017); *Cittadinanza 'civile' europea e politiche di integrazione* (2018).

Un'annotazione ulteriore è che la maggior parte dei titoli qui elencati sono pubblicati nella rivista "La cittadinanza europea", da me fondata e diretta, a partire dal 2002, nell'ambito delle attività del Centro europeo di eccellenza Altiero Spinelli. La rivista, collocandosi nell'area variegata e multidisciplinare degli "studi europei", intende raccogliere la sfida costituita da una straordinaria originalità, complessità e per certi versi necessaria creatività del processo di integrazione, che sollecitano (e dovrebbero sollecitare) in modo particolare l'attenzione e la sensibilità dei cultori di comparazione giuridica, nei confronti di un diritto 'sui generis', quale il diritto europeo (dell'Unione), insieme sovranazionale, transnazionale, interno, nonché 'comune' ai singoli ordinamenti degli Stati membri.

6. *Diritto cinese*

Per rispetto sempre all'ordine cronologico in cui sono elencati i titoli della bibliografia, inserisco qui alcune notazioni riguardanti l'ambito tematico del diritto in Cina. I miei interessi di studio in questo ambito risalgono già agli anni 1990 (con l'avvio nel 1992-93 di un progetto di ricerca finanziato dal

nostro CNR, portato avanti in collaborazione con ambienti accademici e la partecipazione di studiosi cinesi invitati a dare propri contributi, e successivamente ultimato con l'acquisizione di tali contributi nel 1996-97 e relativi aggiornamenti nel 1998, con un ulteriore specifico aggiornamento avvenuto in corso di stampa sulla revisione costituzionale del marzo 1999 e sulla legislazione in materia di contratti economici); a seguito dei quali è stato pubblicato il volume a mia cura, *Profili emergenti del sistema giuridico cinese, con una appendice sulle riforme economiche* (1999). I contributi ivi raccolti (forniti in lingua inglese e tradotti in italiano) sono opera di un gruppo di studiosi cinesi coordinati dalla professoressa Sheng Yu, membro dell'Accademia delle Scienze sociali e all'epoca vice-presidente della Società cinese di diritto (*China Law Society*).

La preparazione di questo primo lavoro mi offrì la possibilità di visitare la Cina in più occasioni, mantenendo vivo lo stimolo per approfondirne la conoscenza. Ne sono così derivati una serie di lavori (*Il sistema giuridico cinese: caratteri tradizionali e lineamenti attuali*, 2000; *Prologo breve sulla 'originalità' del diritto (tradizionale) cinese e sull'importanza del suo studio in prospettiva storico-comparativa*, 2004; *Il diritto cinese nella teoria dei sistemi giuridici: dalla tradizione alla commistione*, 2006; *Diritto cinese fra tradizione confuciana e modernizzazione socialista: un approccio comparativo*, 2007). Ha preso così forma l'idea di dare corpo a una trattazione più estesa e articolata. Al fine di cercare di mettere insieme le caratteristiche tradizionali della società cinese, ancora forti e vitali ai nostri giorni, con le tendenze e le esigenze degli ultimi decenni, nate e dettate all'insegna dell'innovazione e trasformazione in campo economico e sociale, anche grazie al diritto, per fare della Cina un paese moderno e in grado di competere al livello internazionale. Il volume *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione* (2009) vuole rappresentare e interpretare questa transizione da un mondo di diritto 'latente', quello della Cina imperiale, espressione di un sistema strutturato di riti e convenzioni sociali, a un mondo di diritto 'in formazione', quello della Cina popolare, bensì espressione di leggi e codici, di riforme costituzionali e spinte al cambiamento, con l'emergere di istanze sempre più diffuse socialmente e culturalmente di tutela di diritti individuali; ma dove ancora persistono condizioni e situazioni di 'marginalità' delle professioni giuridiche, di mancanza di indipendenza delle strutture giudiziarie e più in generale di carenza dell'idea stessa di 'autonomia' del diritto rispetto alla 'politica' (quest'ultima peraltro intesa in un'accezione che risente di valori e concezioni della tradizione culturale del paese).

Intorno a queste problematiche e con un *focus* su aspetti di una esperienza

giuridica cinese antica quanto moderna, sono stati pubblicati altri saggi, tra cui: *The 'Dual Paradox' of Modernity in China* (2012); *The Idea of 'Law in China: An Overview* (2018).

In definitiva, ritengo che in uno studio del diritto in Cina, l'intento di scoprire elementi caratteristici di una *legal tradition* nel mondo cinese (la cui 'antichità' dura fino alla caduta dell'impero, agli inizi del XX secolo, e che richiederebbe il possesso di specifiche competenze, non solo linguistiche, nel campo della sinologia), come mondo solitamente ritenuto assai diverso, se non addirittura 'altro', rispetto al mondo occidentale, abbia senso – questo intento – se unito all'esigenza (muovendo dal presupposto di valore educativo dell'approccio comparativo) di riflettere, alla luce di una esperienza così particolare, sul diritto in generale. Vale a dire, con un *focus* sulle relazioni (di grande interesse e attualità, dopo le stagioni del positivismo e del formalismo giuridico) del diritto con la società, i costumi, i valori e la cultura: relazioni che hanno sempre caratterizzato e continuano a caratterizzare in modo strutturale l'esperienza giuridica cinese; e che ne fanno un campo 'ideale' di studio, tanto più oggi, quale paese destinato a diventare, nel suo slancio di modernizzazione, una delle forze culturalmente egemoniche, al livello regionale e mondiale.

7. *Attualità della comparazione (giuridica)*

Questo ambito, a conclusione dei precedenti, riguarda (e non poteva che essere così) la trattazione, in anni più recenti, di temi di riflessione riconducibili alla questione dell'attualità della comparazione (giuridica), come loro motivo unificante.

Nei suoi termini generali, tale questione nasce e, comunque, ha molto a che fare, da un lato, con l'integrazione europea, e, dall'altro, con la globalizzazione; per via, nell'un caso come nell'altro, di una trasformazione profonda dei diritti nazionali. In un contesto non più solo 'territoriale', ma 'spaziale' – che corre cioè trasversalmente al mondo intero – di rapporti transfrontalieri, di società eterogenee (multietniche, multiculturali), di fenomeni di incidenza tanto locale quanto globale (ambiente, terrorismo, sicurezza, pandemie, rischi di catastrofi provocate direttamente per mano dell'uomo). In ogni caso, un contesto segnato da una componente di accentuata complessità e pluralità normativo-ordinamentale, che mette in discussione il punto di vista comparativo: non più solo dicotomico-

oppositivo (interno-noto/esterno-ignoto), ma relazionale-inclusivo (relativo/universale, locale/globale, particolare/comune). Laddove, insieme con crescenti elementi di tensione tra queste due polarità, aumentano anche gli scenari (sfide e opportunità) giuridicamente rilevanti e significativi; al tempo stesso focalizzandosi sempre più su questioni trasversali a più settori e livelli (questioni globali), che assumono in sé rilievo comparativo (ad esempio, l'ambiente). In quanto tali, aventi natura di 'fondamenti' di comparazione, sui quali misurare divergenze e somiglianze, non più secondo il metro dei sistemi giuridici, ma sul piano, appunto, di principi e regole (incluse quelle di produzione non statale) di diversa provenienza, a base della complessità del mondo odierno. Complessità di cui, appunto, il 'diritto' (in tutte le sue diverse configurazioni e accezioni) è parte integrante (spesso invocato per finalità di armonizzazione, grazie alla comparazione come 'luogo privilegiato' di riflessione sul diritto).

In termini di ordine speculativo, ma più circoscritti, mi sono occupato in questo ambito di due temi, tra loro in apparenza distanti, ma a ben vedere convergenti, sul piano almeno di un approccio comparativo di carattere 'educativo', cioè inteso come esercizio critico di studio e apprendimento del diritto.

Un primo tema prende in esame le trasformazioni in atto del concetto di 'cittadinanza' (su scala 'europea' e 'globale'), dal punto di vista delle molteplici implicazioni sia giuridiche che politico-istituzionali e sociali che ne riverberano.

A questo riguardo, i titoli della bibliografia che vengono in considerazione sono: *Education to 'Inter-Cultural Citizenship:' A European Perspective to Global Citizenship* (2014); *Uniti nella diversità: verso una cittadinanza apolide?* (2016); *Global Citizenship: How to Approach Identity Issues from an Intercultural Point of View* (2017: contributo al volume da me curato, "Identity Issues and Intercultural Challenges: A European and Global Perspective on Peace in the World", per la Al-Babtain Cultural Foundation, Kuwait).

Un secondo tema, di orientamento più metodologico, ma che si avvale in particolare dell'idea di forme nuove (plurali o differenziate) di cittadinanza come argomento a base di una concezione plurale e aperta del diritto e dell'ordinamento (statale), riguarda l'idea di comparazione come modo di conoscenza del diritto.

In proposito, i titoli che ne trattano sono: *Comparazione e studio del diritto* (2003); *La comparazione come 'speranza' del diritto* (2003); *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto* (2008);

Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale (2011); *Diritto comunitario e diritto europeo* (2013: pubblicato anche in versione francese, "Droit communautaire et droit européen", 2014); *Dalla comparazione all'integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea* (2015: pubblicato in una versione ridotta in francese, "De la comparaison a l'intégration juridique: le chemin de la citoyenneté européenne", 2016); *Le droit et le juriste européen: un point de vue comparé* (2016); *Legal Comparison and European Law: or the Paradigm Shift from a Territorial to a Spatial Viewpoint, in the Prospect of an Open and Cohesive Society Based on European Citizenship as Model of Plural and Inclusive Citizenship* (2017); *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale* (2020)[1].

8. *Varie*

Prima di chiudere queste annotazioni, restano da dire alcune altre cose.

Una riguarda le traduzioni di miei testi (di alcune delle quali s'è fatta menzione), ma che qui vorrei ricordare per quanto concerne in particolare quelle destinate a pubblici dell'America del Sud, in portoghese e in spagnolo, frutto di proficue collaborazioni con giovani studiosi (rispettivamente, il professore Ricardo Maurício Freire Soares, il dr. Carlos Antonio Agurto Gonzáles e la dr.ssa Sonia Quequejana).

Tra i titoli ('minori'), v'è ne uno, *Clausola compromissoria 'bifronte'. Poteri degli arbitri in sede di liquidazione del danno, nota a Collegio arbitrale, lodo reso secondo il Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale* (1991), pubblicato sulla "Rivista dell'arbitrato", che mi ha ricordato un periodo (breve, ma intenso) di collaborazione con l'Associazione Italiana per l'Arbitrato (con periodici incontri con l'allora Segretario, Mauro Ferrante, e il collega Giorgio Recchia, dedicati alla promozione di iniziative, convegnistiche e simili, in un settore di particolare interesse per gli studi di diritto straniero e comparato).

Questo ricordo, per così dire 'a latere', me ne sollecita un altro che chiamerei 'dietro le quinte'. Mi riferisco, in questa circostanza, al lavoro svolto come traduttore di testi, in particolare di alcuni apparsi come voci

[1] Per inciso, nella scia di questa produzione più recente, tra cui si inserisce il volume "Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto" (2016), è stato a suo tempo promosso, nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università "Roma Tre", l'insegnamento di "Fondamenti di comparazione giuridica".

sull'Enciclopedia Giuridica Treccani. Rispetto a questi ultimi, mi è caro il ricordo di una lettera manoscritta (che ancora conservo) di René David che, in perfetto italiano, mi ringraziava per la traduzione del suo testo per la voce "Unificazione internazionale del diritto".

Tralascio di annotare la parte IV della bibliografia, riguardante gli articoli apparsi sul quotidiano "Avanti!", i cui titoli bastano da soli per comprenderne (e anche rivendicarne) l'intento di portare all'attenzione di un pubblico (un po' maggiore dei "venticinque lettori" di manzoniana memoria) temi di attualità, riguardanti soprattutto l'Unione europea.

Ugualmente tralascio di annotare la parte V della bibliografia, riguardante "altre pubblicazioni", non di genere accademico, né professionale, che è stata inserita, per decisione dei curatori, in quanto (da loro ritenuta) utile per completarne il quadro, in complesso, con riguardo anche a miei interessi di puro diletto intellettuale e creativo.

Infine, poiché queste annotazioni a margine della mia bibliografia fanno parte di un *liber amicorum* a me dedicato, curato da Ermanno Calzolaio, Raffaele Torino, Laura Vagni, voglio qui ringraziarli per l'impegno dedicato nella circostanza. Ma non senza aggiungere il mio più sentito ringraziamento a tutti gli 'Amici' che vi hanno contribuito (e il cui ricordo potrò così tenere a portata di mano, o di computer, dal momento che il libro sarà pubblicato in formato elettronico, oltre che cartaceo).

Bibliografia

I. *Volumi pubblicati come autore*

1983 *Glossario per uno studio della "Common Law"*, Milano, Unicopli, pp. 1-90[2].

1984 *Il sistema di giustizia inglese: profili storici e organizzativi*, Rimini, Maggioli, pp. ix-xi, 1-154.

1993 *Figure di usucapione e sistemi di pubblicità immobiliare. Sintesi di diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè, pp. 1-134.

2005 *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè, pp. vii-xxi, 3-1076.

2008 *Unione Europea: una guida per argomenti*, ed. riveduta e aggiornata (1a ed. 2006, Roma, Philos), Roma, Aracne, pp. 1-150.

2009 *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, pp. 1- 258.

2012 *La formación del derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada*, traducción y edición a cargo de F. Martínez Martínez, Madrid, Universidad Complutense, pp. 1- 429.

2012 *Las nuevas fronteras del derecho privado. Estudios de teoría del derecho y derecho comparado*, Colección "Tendencias actuales del Derecho", Dir. C.A. Hernández, S. Ortega, Bogotà, Universidad Libre, pp. 9-243.

2015 *Comparación jurídica y perspectivas de estudio del derecho*, traducción y edición al cuidado de C.A. Gonzáles y S.L. Quequejana Mamani, "Biblioteca de Derecho Comparado", vol. I, Lima, Motivensa Editora Jurídica, pp. 7-207.

2016 *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, Cedam-Wolters Kluwer Italia, pp. v-xiv, 1-268.

2018 *La formación del derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada*, Edición Latino Americana, Santiago Chile, Ediciones Olejnik, pp. 1-392.

[2] Originariamente pubblicato come Appendice al volume di P. Stein e J. Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale* (trad. it. di "Legal values in Western Society", Edinburgh University Press, 1974), Milano, Giuffré, 1981, pp. 377-465.

II. *Volumi pubblicati come co-autore/curatore*

1991 (cur.) *Il processo civile inglese*, in N. Picardi, A. Giuliani, "Ricerche sul Processo", vol. 6, Rimini, Maggioli, pp. vii-xix, 3-465.

1993 (cur.) *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, pp. v-xii, 1-210.

1996 (cur.) *I giudici di pace: storia, comparazione, riforma*, Atti del Convegno - Macerata, 17 giugno 1995, Milano, Giuffrè, pp. vii-xii, 5-132.

1997 (cur.) *I giuristi e l'Europa*, Roma-Bari, Laterza, pp. ix-xii, 5-128.

1999 (cur.) *Profili emergenti del sistema giuridico cinese*, Roma, Philos, pp. 5-428.

2010 (cur.) *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione europea*, Milano, FrancoAngeli, pp. 5-227.

2011 con R. M. Freire Soares, "e outros, coordinatores", *Estudios aplicados de teoria geral do direito,* Salvador-Bahia*,* Egba, pp. 7-497.

2012 con G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, V. Zeno-Zencovich, A. Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, Laterza, 1a ed. 1999, Nuova edizione aggiornata, pp. 1-499.

2012 con R.M. Freire Soares, "e outros, coordinators", *Estudios aplicados de filosofia do direito*, Editora JusPodium, Salvador-Bahia, pp. 7-504.

2013 (ed.) *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, Munich, Sellier European Law Publishers (selp), pp. v-xii, 1-225.

2014 (co-edited with M. Woesler) *China and Europe. Fostering the Mutual Understanding Between China and Europe by Multi-level Comparison of their Cultures, Societies, and Economies*, in L. Moccia, M. Woesler (eds.), "European Studies – vol. 1", Berlin-Bochum et al., European University Press/Europäischer Universitätsverlag, pp. 9-500.

2017 (co-edited with L. Pop) *Migrants & Refugees Across Europe*, in L. Moccia, M. Woesler (eds.), "European Studies – vol. 2", European University Press/Europäischer Universitätsverlag, Berlin-Bochum et al., pp. 9-433.

2017 (ed.) *Identity Issues and Intercultural Challenges: A European and Global Perspective on Peace in the World*, Abdulaziz Saud Al-Babtain Cultural Foundation, Kuwait, pp. v-xii, 1-168.

III. *Saggi, articoli e altri scritti minori pubblicati come autore o co-autore, in quest'ultimo caso contrassegnati da (*)*

1974 (*) *Regolamentazione dell'aborto: l'esperienza inglese e una recente proposta di legge italiana*, in "Temi romana", XXIII/7-9, pt. I, pp. 355-362 (con F. Albisinni).

1974 (*) *Unsolicited Goods and Services Act 1971: nuovi aspetti della tutela della privacy nel conflitto tra grande impresa e singolo consumatore*, in "Temi romana", XXIII/7-9, pt. VI, pp. 512-515 (con. F. Albisinni).

1974 *L'esercizio delle libertà sindacali in Inghilterra: il "peaceful picketing"*, in "Temi romana", XXIII/10-12, pt. VI, pp. 713-718.

1975 *Teoria e pratica del processo civile inglese. Il Rule-Making Power come fonte normativa del processo: sue manifestazioni e significati*, in "Temi romana", XXIV/4-6/7-9, pt. I, pp. 248-265.

1975 *L'esercizio delle libertà politiche in Inghilterra: un punto interrogativo*, in "Temi romana", XXIV/10-12, pt. VI, pp. 657-666.

1975 (*) *Termine di prescrizione giudiziale ed ignorantia juris (Nota a Court of Appeal (Inghilterra) 20 dicembre 1973)*, in "Il Foro italiano", XCVIII/6, pt. IV, coll. 130-140 (con F. Albisinni).

1975 (*) *Il principio ignorantia iuris non excusat e la prescrizione dei diritti del lavoratore: alcune riflessioni in margine ad una recente esperienza inglese*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", XXXVI/2, pt. I, pp. 223-236 (con F. Albisinni).

1975 (*) *Una nuova legge sindacale inglese: il Trade Union and Labour Relations Act 1974*, in "Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale", XXVI/3, pt. I, pp. 393-421 (con F. Albisinni).

1976 *Fonte regolatrice del processo e tutela possessoria in diritto inglese: l'"azione civile contro ignoti". Alcuni spunti per uno studio comparativo di diritto processuale inglese ed italiano*, in "Il Foro italiano", IC/7-8, pt. V, coll. 179-203.

1976 *Brevi note sul modello di contrattazione collettiva nella pubblica amministrazione in Svezia*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", XXVII/1-2, pt. I, pp. 177-186.

1976 *La prevenzione degli infortuni e delle malattie del lavoro in Gran Bretagna: profili storici e legislativi*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", XXVII/1-3, pt. III, pp. 1-62.

1977 *"Proprietà pubblica" dei suoli e politica del territorio in Gran Bretagna: il Community Land Act 1975*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", XXVII/2, pp. 807-843.

1978 *L'esperienza inglese della partecipazione dei laici all'amministrazione della giustizia*, in "Rivista di diritto processuale", XXXIII (II Serie)/4, pp. 741-764.

1978 *Appunti sul "law reporting" in Inghilterra*, in "Il Foro italiano", CI/11, pt. V, coll. 286-303.

1978 *Sui limiti alla proprietà privata nell'interesse collettivo (Un notevole caso di concordanza fra una decisione del Vernaccini del 1780 e una recente opinion di Lord Denning)*, in "Il Foro italiano", CI/2, pt. V, coll. 57-64.

1979 (recensione) A.T. von Meheren, J.R. Gordley, *The Civil Law System. An Introduction to the Comparative Study of Law* (1977), in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XXXIII/2, pp. 796-802.

1980 *Sull'uso del termine "civil law" (Contributo ad un programma di ricerche sul "diritto comune europeo")*, in "Il Foro italiano", CIII/10, pt. V, coll. 254-258.

1981 (*) *A "Revisiting" of the Comparison between "Continental Law" and "English Law" (16th to 19th Century)*, "The Journal of Legal History", 2/2, pp. 143-156 (con G. Gorla).

1981 *English Law Attitudes to the Civil Law*, in "The Journal of Legal History", 2/2, pp. 157-168.

1984 *A proposito del ricorso giurisprudenziale al diritto straniero (e "comparato")*, nota a C. Cost. 4 maggio 1984, n. 234, in "Giustizia civile", XXXIV/12, pp. 3235-3238.

1985 (recensione) G. Gorla, *Il diritto comparato in Italia e nel "mondo occidentale" e una introduzione al "dialogo Civil Law-Common Law"* (1983), in "The American Journal of Comparative Law", 33/3, pp. 533-535.

1986 (*) *A Short Historical Account of Comparative Law in Europe and in Italy during Modern Times (16th to 19th Century)*, in "Rapports nationaux italiens au XII Congrès Int. Droit Comparé", Sidney 1986, Milano, Giuffrè, pp. 67-86 (con G. Gorla).

1986 (*) *Profili di una storia del "diritto comparato" in Italia e nel "mondo comunicante"*, in "Rivista di diritto civile", XXXIII/3, pt. I, pp. 237-262 (con G. Gorla).

1987 *Il legislatore del "diritto comune" continentale nell'opera di Gino Gorla,* in A. Giuliani, N. Picardi (cur.), *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, t. II, Napoli, Esi, pp. 69-108.

1987 *"Science of legislation", "educazione giuridica" e "professionalità" nella redazione delle leggi. Alcuni cenni sull'esperienza inglese*, in A. Giuliani, N. Picardi (cur.), *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, t. III, Napoli, Esi, pp. 183-196.

1987 *Action (forms of)*, voce, "Digesto IV edizione", Discipline privatistiche - Sezione Civile, I, Torino, Utet, pp. 82-92.

1988 *Case Law*, voce, "Digesto IV edizione", Discipline privatistiche - Sezione Civile, II, Torino, Utet, pp. 242-247.

1988 *Chattel*, voce, "Digesto IV edizione", Discipline privatistiche - Sezione Civile, II, Torino, Utet, pp. 348-351.

1988 *Civil Law*, voce, "Digesto IV edizione", Discipline privatistiche - Sezione Civile, II, Torino, Utet, pp. 371-377.

1988 *Contract*, voce, "Enciclopedia Giuridica Treccani", Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, VIII, pp. 1-25.

1988 *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di* common law, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XLII/3, pp. 897-912.

1988 *Diritto giurisprudenziale e sindacato di costituzionalità: questioni latenti*, nota a C. Cost. 8 giugno 1988, n. 609, in "Giustizia civile", XXXVIII/12, pp. 2802-2806.

1989 *Common Law*, voce, "Digesto IV edizione", Discipline privatistiche - Sezione Civile, III, Torino, Utet, pp. 17-31.

1990 *I "Regolamenti della Corte" nel quadro delle fonti della procedura civile inglese*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XLIV/3, pp. 967-989.

1991 *La giustizia civile inglese: aspetti organizzativi e professionali*, in L. Moccia (cur.), *Il processo civile inglese*, in N. Picardi e A. Giuliani (cur.), "Ricerche sul Processo", vol. 6, Rimini, Maggioli, pp. 27-44.

1991 *I Regolamenti della Corte Suprema. Selezione e traduzione di testi, con nota introduttiva ed annotazioni esplicative*, in L. Moccia (cur.), *Il processo civile inglese*, in N. Picardi, A. Giuliani (cur.), "Ricerche sul Processo", vol. 6, Rimini, Maggioli Editore, pp. 65-458.

1991 *Clausola compromissoria "bifronte". Poteri degli arbitri in sede di liquidazione del danno*, nota a Collegio arbitrale, lodo reso secondo il Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, in "Rivista dell'arbitrato", I/3, pp. 641-653.

1992 *La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di "usucapione" e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del "diritto privato europeo"*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XLVI/1, pp. 129-181.

1992 *Lo studio dei diritti africani nella comparazione giuridica: brevi note*, in Aa.Vv., *Studi giuridici italo-ivoriani*, Atti del Convegno - Macerata, 21-23 marzo 1991, Milano, Giuffrè, pp. 305-310.

1992 *Historical Overview on the Origins and Attitudes of Comparative Law*, in B. deWitte, A. Forder (eds.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer, Kluwer, pp. 609-620 [pubblicato anche in Scritti in onore di E. Fazzalari, vol. I, Introduzione alla giurisprudenza, diritto privato, Milano, 1993].

1992 *Equity*, voce, "Digesto IV edizione", Discipline privatistiche - Sezione Civile, VII, Torino, Utet, pp. 498-501.

1993 *Ricordo bibliografico di Gino Gorla (1906-1992)*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", XVVII/1, pp. 271-282.

1993 Presentazione al volume *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Atti del Convegno-Macerata, 8-10 giugno 1989, Milano, Giuffrè, pp. vii-xii.

1994 *La comparazione come pedagogia giuridica nell'opera di Gino Gorla*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, Giuffrè, t. I, pp. 825-860.

1994 *Promessa e contratto*, in "Rivista di diritto civile", XL/6, pt. I, pp. 819-852.

1994 Prescription, Limitation *e* Adverse possession*: ovvero il problema della prescrizione acquisitiva nel sistema inglese della* real property, in Scritti in onore di Rodolfo Sacco, t. I, Milano, Giuffrè, pp. 813-864.

1995 *Promessa e contratto: rilievi storico-comparativi*, in G. Galli (cur.), *Interpretazione e promessa*, Atti del convegno - Macerata, 21-22 marzo 1994, Pisa, Giadini, pp. 167-183.

1996 *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell'ordinamento giuridico "aperto")*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", L/1, pp. 181-193.

1997 *Riflessioni introduttive sull'ipotesi di un "giurista (e di un diritto) europeo",* in L. Moccia (cur.), *I giuristi e l'Europa*, Roma-Bari, Laterza, pp. 5-20.

1997 *Les bases culturelles du juriste européen: un point de vue continental*, in "Revue internationale de droit comparé", 4, pp. 799-811.

1997 Presentazione al volume *I giuristi e l'Europa*, Roma-Bari, Laterza, pp. ix-xii.

1998 *Le basi culturali del giurista europeo: un punto di vista continentale*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", pubblicato anche in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, *Teoria generale e storia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 573-589.

1999 *La formazione dell'avvocato europeo: questioni e risposte di prospettiva*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LIII/2, pp. 567-582 [pubblicato anche in Aa.Vv., *A l'Europe du troisieme millenaire. Melanges offerts à Giuseppe Gandolfi*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2004].

1999 *Modelli di tutela dei privati verso le pubbliche amministrazioni nella comparazione "civil law - common law": l'esperienza inglese*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LIII/3, 1999, pp. 1021-1060 [pubblicato anche in N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiari (cur.) *Diritto e processo - Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, Napoli, Esi, vol. I, 2001.

1999 *L'educazione alla comparazione*, in F. Treggiari (cur.), Per Alessandro Giuliani, Perugia, Centro stampa dell'Università, pp. 89-92.

1999 *The Italian Legal System in the Comparative Law Perspective: An Overview*, in "International Journal of Legal Information" 27/2, pp. 230-246 [tradotto e pubblicato in una versione in lingua cinese in *Nanjing University Law Review*, 2001].

1999 Presentazione al volume *Profili emergenti del sistema giuridico cinese*, Roma, Philos, pp. 9-29.

2000 *Brevi note sull'indipendenza dei giudici, oggi*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LIV/2, pp. 539-548.

2000 *Il sistema giuridico cinese: caratteri tradizionali e lineamenti attuali*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LIV/4, pp. 1251-1281 [pubblicato anche in L. Lanciotti (cur.), *Conoscere la Cina*, Torino, Edizioni Fondazione G. Agnelli, 2000].

2000 *Contratto e diritto europeo*, in G. Autorino (cur.), *Diritto comparato, comunitario e trasnazionale. Lezioni per un master*, t. II, Quaderni del Dipartimento, diretti da P. Stanzione, Salerno, pp. 147-156.

2000 *Dal mecenatismo alle sponsorizzazioni*, in "Oraziana 1999", Atti del convegno *Il mecenatismo oggi - Un dibattito nella Villa di Orazio*, Roma.

2002 *Origins and Attitudes of "Modern" Comparative Law in the Historical Perspective of "Open" Legal Systems*, in "Indian Socio-Legal Journal", XXVIII/1&2, pp. 33-42.

2002 *The "European Lawyer": From Past to Present Scenarios*, in "Indian Socio-Legal Journal", XXVIII/1&2, pp. 53-64.

2002 Editoriale, *Dall'Europa dei "pochi" all'Europa dei "molti": perché una rivista sulla "cittadinanza europea"*, in "La cittadinanza europea", I/1, pp. 5-10.

2002 *Dal mercato alla cittadinanza: per un itinerario 'ideologico' di diritto privato europeo*, in "La Cittadinanza europea", I/1, pp. 139-163.

2002 *La prospettiva della 'Cittadinanza dell'Unione' come base giuridica per una codificazione europea di diritto privato*, in "La Cittadinanza europea", n. 2, pp. 321-339 [pubblicato anche in G. Alpa, R. Danovi (cur.), *Diritto privato europeo*, Materiali del Seminario 8-9 novembre 2002, Milano, Giuffrè, 2004].

2002 *La "cultura dell'Europa" per una "Europa delle culture": alcune premesse*, in C. Da Milano (cur.), *Una nuova politica culturale per l'Europa*, Firenze, Angelo Pontecorboli, pp. 85-88.

2003 *Dal "mercato" alla "cittadinanza": ovvero, dei possibili itinerari di diritto privato europeo*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LVII/2, pp. 395-432 [pubblicato anche in M. Napoli (cur.), Lavoro, mercato, valori, Milano, V&P Università].

2003 *Comparazione e studio del diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LVII/3, pp. 973-991.

2003 *La comparazione come "speranza" del diritto*, in V. Bertorello (cur.), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano, Giuffrè, pp. 199-208.

2003 *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e il ruolo dei servizi di polizia alle frontiere. Per un sistema integrato di sicurezza delle frontiere esterne*, in "La cittadinanza europea", II/1, pp. 97-110.

2003 *Diritti e doveri dei cittadini europei*, in Aa.Vv., *L'Europa Possibile*, Cava de' Tirreni, Avagliano Editore, pp. 114-119.

2004 *A New Democratic International Order and the Role of the European Union*, in "La cittadinanza europea", II/2, pp. 269-281.

2004 *Jean Monnet: il discorso di insediamento dell'Alta Autorità*, in "La cittadinanza europea", II/2, pp. 443-447.

2004 *Du 'marché' a la 'citoyenneté': a la ricerche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique*, in "Revue internationale de droit comparé", II/2, pp. 291-327.

2004 *Prologo breve sulla "originalità" del diritto (tradizionale) cinese e sull'importanza del suo studio in prospettiva storico-comparativa*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LVIII/3, pp. 991-1004.

2005 *Appunti su 'Europa e diritto': la 'via della cittadinanza' al diritto europeo*, in "La cittadinanza europea", III/1-2, pp. 37-48 [pubblicato anche in G. Alpa (cur.), *Diritto pubblico e diritto privato nella formazione del mercato unico*. Materiali del Seminario 8 luglio 2004, Milano, Giuffrè, 2005].

2006 *Il diritto cinese nella teoria dei sistemi giuridici: dalla tradizione alla commistione*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LX/3, pp. 877-890.

2006 *La 'cittadinanza europea' come 'cittadinanza differenziata' a base di un sistema 'multilivello' di diritto privato*, in "La cittadinanza europea", IV/1, pp. 59-71.

2007 *La visione del Parlamento europeo in favore di una legislazione (codificazione) europea di diritto privato*, in "La cittadinanza europea", IV/2, pp. 7-14.

2007 *Appunti sull'idea di 'diritto privato multilivello',* in F.P. Traisci (cur.), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, Napoli, Esi, pp. 305-313.

2007 *Basic Ways of Defining Property*, in Aa.Vv., *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, Esi, pp. 761-782.

2007 *Diritto cinese fra tradizione confuciana e modernizzazione socialista: un approccio comparativo*, in M. Woesler (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit in China: Festschrift für Konrad Wegmann*, Munchen, Munich University Press, pp. 87-106.

2008 *'Costituzione europea' e nuovo trattato sull'Unione*, in "La cittadinanza europea", V/1-2, pp. 263-271.

2008 *La formazione del giurista in prospettiva europea*, in "La cittadinanza europea", V/1-2, pp. 163-179 [pubblicato anche in P. Olivelli (cur.), *La formazione del giurista nel XXI secolo*, Macerata, Eum, 2009].

2008 *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LXII/1, pp. 21-60 [pubblicato anche in A. Garilli e A. Sassi (cur.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 3, Torino, Utet, 2009, pp. 553-597].

2008 Prefazione a R. Torino (cur.), *Il diritto privato regionale in Spagna*, Padova, Cedam, pp. 7-15.

2009 *Notes on "historical comparative law", "open legal system" and the "common and comparative law" in Gino Gorla's works*, in R.H. Helmholz, V. Piergiovanni (eds.), *Relations between the ius commune and English law*, Soveria Mannelli, Rubbettino, pp. 113-122.

2009 *Del "Mercado" a la "Ciudadanía": en búsqueda de un derecho privado europeo durable y de su base jurídica*, in Aa.Vv., *Ecritos en Homenaje al Professor Carlos Fernández de Sessarego*, Lima, Motivensa, pp. 831-866.

2009 *La via della cittadinanza all'Unione europea*, in "La cittadinanza europea", VI/1-2, pp. 51-64.

2009 *Citizenship, the Road Towards the European Union*, in "The Romanian Review of European Governance Studies", 1/1, pp. 46-55.

2009 *Cittadinanza e diritti fondamentali dell'Unione europea*, in "Astrid Rassegna", n. 97 (14/2009), *www.astrid-online.it.*

2010 *Il 'diritto europeo' e le ragioni per una associazione di giuristi europei*, in F.P. Traisci (cur.), *Il 'diritto privato europeo': dal mercato interno alla cittadinanza europea*, Napoli, Esi, pp. 13-25.

2010 *La cittadinanza europea*, in Aa.Vv., *L'essenza della democrazia* (a cura del Consiglio Nazionali Forense), Roma, Carocci, pp. 133-144.

2010 *Il 'sistema' della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, in L. Moccia (cur.), *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione europea*, Milano, FrancoAngeli, pp. 165-194.

2010 *European Private Law In-Formation*, in E. Toti (ed.), *Italy Law*, Torino, Giappichelli, pp. 183-208.

2010 *Cittadinanza europea e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in "La cittadinanza europea", IX 1-2, pp. 115-134.

2010 *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: la sfida della cittadinanza europea*, in M. Marsonet (cur.), *"Genova, la Romania e l'Europa"*, Atti del convegno-Genova, 29-30 gennaio 2010, Genova, Brigati, pp. 95-110.

2010 *Reflexiones sobre la idea de propiedad*, in C.A. Calderon Puertas, C.A. Gonzales (Coordinatores), *Observatorio de Derecho Civil, Derechos Reales,* vol. V, Lima, Motivensa Editora Juridica, pp. 29-71.

2011 *Europa dei diritti: soggetti deboli e tutele*, in "La cittadinanza europea", X/1, pp. 5-14.

2011 *La cittadinanza nella prospettiva della federazione europea*, in "La cittadinanza europea", X/2, pp. 39-68.

2011 *Altiero Spinelli e l'Europa sociale*, in Aa.Vv., *Omaggio ad Altiero Spinelli*, Atti del Comitato nazionale per le celebrazioni del centesimo anniversario della nascita di Altiero Spinelli, Roma, Bulzoni Editore, pp. 59-64.

2011 *A comparação jurídica e o estudo do direito*, in R.M. Freire Soares et al., *Estudios aplicados de teoria geral do direito*, Salvador-Bahia, Egba, pp. 217-282.

2011 *La proprietà intellettuale come 'proprietà globale': tendenze e problemi*, in G. Ajani, A. Gambaro, M. Graziadei, R. Sacco, V. Vigoriti, M. Waelbroeck (cur.), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, Jovene, pp. 661-703.

2011 *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LXV/3, pp. 767-786.

2011 *Uno sguardo storico-comparativo sul 'diritto' in Cina*, in P. Cerami, M. Serio (cur.), *Scritti di comparazione e storia giuridica – Atti dei seminari del Dottorato di diritto comparato dell'Università di Palermo*, Torino, Giappichelli, pp. 28-56.

2011 *Tradizione confuciana e modernizzazione*, in "Mondo cinese", n. 145, pp. 14-23.

2011 *Réflexions sur l'idée de propriètè*, in "Revue internationale de droit comparé", 1, pp. 7-37.

2011 *Le double paradoxe de la modernité en Chine ou de la question du droit, miroir du monde chinois traditionnel et contemporain*, in "Revue internationale de droit comparé", 4, pp. 781-808.

2012 *Diritto comunitario e diritto europeo: quale rapporto?*, in "Astrid Rassegna", n. 153 (4/2012), *www.astrid-online.it.*

2012 *Diritto europeo, ordinamento aperto e formazione giuridica*, in "La cittadinanza europea", XI/1, pp. 31-43.

2012 *Cittadinanza e democrazia nell'Europa in crisi: quale via all'Unione politica*, in "La cittadinanza europea", XI/2, pp. 35-78.

2012 *La cittadinanza come 'cuore federale' dell'Unione*, in E. Faletti, V. Piccone (cur.), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione*, Bari, Cacucci Editore, pp. 55-64.

2012 *Elementos para a comparação jurídica*, in R.M. Freire Soares et al., *Estudios aplicados de filosofia do direito*, Salvador-Bahia, Editora JusPodium, pp. 273-305.

2012 *The 'Dual Paradox' of Modernity in China*, in "European Journal of Sinology", n. 3, pp. 42-107.

2012 *Il modello inglese di proprietà,* in G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno-Zencovich, A. Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma-Bari, Nuova edizione aggiornata, pp. 45-164.

2012 *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LXVI/3, pp. 915-929.

2013 *Union's citizenship as the basis for European democracy*, in G. Garzón Clariana (ed.), *Ciudadanía europea y democracia: la reforma del acta electoral y de los partidos políticos europeos – European citizenship and democracy: the reform of the electoral act and of European political parties*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pp. 121-136.

2013 *Il diritto dei cittadini dell'Unione di avere un governo*, in "La cittadinanza europea", XII/1, pp. 5-14.

2013 *Diritto comunitario e Diritto europeo*, in "La cittadinanza europea", XII/2, pp. 41-58.

2013 *European Law: From 'Market' to 'Citizenship'*, in L. Moccia (ed.), *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, Munich, Sellier, pp. 47-64.

2013 *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in E. del Prato (cur.), "Studi in onore di Antonio Cautadella", vol. II, Napoli, Esi, pp. 1431-1468.

2013 *In cammino verso un diritto giusto*, Prefazione a R.M. Freire Soares, *Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas*, Salvador-Bahia, Editora JusPodium, pp. 17-25.

2014 *Il 'nuovo' Parlamento europeo e il futuro dell'Unione*, in "La cittadinanza europea", XIII/1, pp. 5-36.

2014 *Education to 'Inter-Cultural Citizenship:' A European Perspective to Global Citizenship*, in "La cittadinanza europea", XIII/2, pp. 161-180.

2014 *Impregiudicabilità dei regimi proprietari e "diritto europeo": note di inquadramento*, in Aa.Vv., *Pubblicità degli atti e delle attività*, Atti dell'8° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, Esi, pp. 469-480.

2014 *Droit communautaire et droit européen*, in "Revue internationale de droit comparé", 3, pp. 773-790.

2015 *Formazione di un giurista e di un diritto europeo: scenari e prospettive*, in A. Miranda (cur.), *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli e diritto comparato*, vol. III, Torino, Giappichelli, pp. 261-275.

2015 *The Idea of Law in China*, in "European Journal of Sinology", n. 6, pp. 9-55.

2015 *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, in "La cittadinanza europea", XIV/2, pp. 5-33.

2015 *Cittadinanza europea*, voce in "Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti", Nona edizione, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma.

2016 *Brexit: cronaca di una separazione annunciata e alcune riflessioni di scenario*, in "La cittadinanza europea", XV/1, pp. 13-41.

2016 *Democrazia, sovranità e diritti nella crisi europea: spunti per un discorso su riforme e futuro dell'Unione*, in "La cittadinanza europea", XV/2, pp. 23-70.

2016 *De la comparaison a l'integration juridique: le chemin de la citoyennete europeenne*, in "Civitas Europa", 2/37, pp. 379-388.

2016 *Le droit et le juriste européen: un point de vue comparé*, in Aa.Vv., *Eppur*

si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday, vol. I, Unidroit, Roma, pp. 434-451.

2016 *Uniti nella diversità: verso una cittadinanza apolide?*, in R. Merlini e D. Fabiani (cur.), *Narrazioni della Transcultura. Fratture, nodi, ricomposizioni*, Firenze, Franco Cesati Editore, pp. 41-60.

2016 *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, in "Contratto e impresa", n. 2, pp. 336-359.

2016 *Introduzione. L'Europa del dissenso: dall'europeismo all'antieuropeismo e ritorno*, in F. Antonelli, L. Giobbi, V. Rosato, *L'Europa del dissenso. Teorie e analisi sociopolitiche*, Quaderni del Centro Spinelli, Milano, FrancoAngeli, pp. 9-19.

2017 *Global Citizenship: How to Approach Identity Issues from an Intercultural Point of View*, in L. Moccia (ed.), *Identity Issues and Intercultural Challenges: A European and Global Perspective on Peace in the World*, Kuwait, Abdulaziz Saud Al-Babtain Cultural Foundation, pp. 31-72.

2017 *Unione politica e valore sociale della cittadinanza europea*, in "La cittadinanza europea", XVI/1, pp. 59-73.

2017 *Legal comparison and European law: or the paradigm shift from a territorial to a spatial viewpoint, in the prospect of an open and cohesive society based on European citizenship as model of plural and inclusive citizenship*, in "La cittadinanza europea", XVI/2, pp. 27-39.

2017 *The 'common' European border and the migration crisis as a 'borderline' issue in the future of Europe: an introductory viewpoint*, in L. Moccia, L. Pop (eds.), *Migrants & Refugees Across Europe*, "European Studies - vol. 2", European University Press/Europäischer Universitätsverlag, Berlin-Bochum et al., pp. 9-16.

2017 *"What has happened to you, Europe?" The future of Europe as peoples' Union*, in F. de Quadros, D. Sidjanski (coordinators), *The Future of Europe. The Reform of the Eurozone and the Deepening of Political Union*, Lisboa, AAFDL Editora, pp. 363-370.

2018 *Cittadinanza 'civile' europea e politiche di integrazione*, in "La cittadinanza europea", XVII/1, pp. 5-32.

2018 *La cittadinanza comune come fondamento della sovranità democratica europea: ovvero, la posta in gioco nelle elezioni del 2019 per il rinnovo del Parlamento dell'Unione*, in "La cittadinanza europea", XVII/2, pp. 5-19.

2018 *European civic citizenship and EU integration policies*, in "Civitas Europa", 1/40, pp. 107-125.

2018 *The Idea of "Law" in China: An Overview*, in L. Golota, J. Hu, K. Van der Borght, S. Wang, *Perspectives on Chinese Business and Law*, Cambridge, Intersentia, pp. 59-94.

2019 *Cittadini Uniti d'Europa*, in "La cittadinanza europea", XVIII/2, pp. 5-20.

2020 *Cittadini Uniti d'Europa… e la Conferenza sul futuro dell'Unione*, in "Astrid Rassegna", n. 312 (1/2020), *www.astrid-online.it*.

2020 *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", LXXIV/1, pp. 13-41.

2020 *"9 maggio 1959 - 9 maggio 2020": l'Unione europea 70 anni dopo*, editoriale, in "La cittadinanza europea", XIX/1, pp. 5-21.

2020 *Cittadini Uniti d'Europa… ovvero, il "senso" degli studi europei*, prefazione a R. Torino, C. Di Maio, *Diritto e politiche dell'Unione Europea*, Padova, Cedam - Wolters Kluwer Italia, pp. v-viii.

IV. *Altre pubblicazioni: articoli sulla stampa quotidiana* (*serie di articoli apparsi su Avanti!, gennaio-maggio 2003)*

Riforme della giustizia: la via 'confuciana', 17 gennaio 2003

Cittadinanza europea, una scommessa per la Convenzione, 29 gennaio 2003

La sovranità e la sussidiarietà nella costruzione dell'Europa, 8 febbraio 2003 (riprodotto nell'edizione del 25 febbraio 2003, sotto il titolo *La sussidiarietà nella costruzione europea*)

Iraq, le incognite della mediazione politica, 14 febbraio 2003

Ue, sfida aperta sul potere esecutivo, 20 febbraio 2003

I partiti politici all'esame della Ue, 28 febbraio 2003

Convenzione, le ragioni della pace e della giustizia, 5 marzo 2003

Un'Unione dalle frontiere sicure, 7 marzo 2003

I trattati e l'ammodernamento dell'Unione, 14 marzo 2003

Idealismo e realismo, incrocio a Baghdad, 20 marzo 2003
Bruxelles, cittadini garanti dell'Unione, 28 marzo 2003
Limiti del pacifismo e istituzioni per la pace, 4 aprile 2003
L'Ue modello di un nuovo ordine internazionale, 19 aprile 2003
Resistenza e Stati Uniti d'Europa, 27 aprile 2003
Difesa comune, il rebus dell'equilibrio dei poteri, 8 maggio 2003
La terza via dell'Unione (editoriale), 16 maggio 2003
Giornata europea della giustizia: occasione di confronto e crescita, 23 maggio 2003
Quale democrazia per l'Europa, 30 maggio 2003

V. *Altre pubblicazioni (con lo pseudonimo di EgAlter)*

Parole e colori, Roma, Philos, 2003.
Portraits, Roma, Philos, 2005.
Componimenti a filo doppio, Roma, Philos, 2008.

Lia Pop

Luigi Moccia: l'accademico dedito alle istituzioni e alla costruzione dell'Europa… e non solo!

SOMMARIO: 1. Introduzione: che cosa la società ha diritto di chiedere a un accademico? – 2. Luigi Moccia: ricercatore e professore – 2.1. Attività scientifico-accademica – 2.2. La dimensione pedagogica della sua attività accademica e l'insegnamento che dovremmo trarne in Romania – 3. Capacità di "costruzione istituzionale" – 4. "Diplomazia accademica" – 4.1. La relazione speciale con la Romania e l'Università di Oradea – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione: che cosa la società ha diritto di chiedere a un accademico?*

Una riflessione sull'attività universitaria del professor Luigi Moccia è un'opportunità per comprendere, nella loro complessità, le dimensioni di una carriera accademica e il modello che dà rilevanza a ciascuna di esse. Rivela che un percorso universitario umanistico è più di una serie di risultati di ricerca quantificabili e comparabili secondo la formula dell'indice di Hirsch e che una carriera accademica dovrebbe piuttosto seguire un modello socialmente desiderabile. Dovrebbe rispondere in modo creativo a bisogni della società, in termini di sviluppo di conoscenze, di crescita delle risorse umane, di sforzi volti alla ideazione e realizzazione di progetti e obiettivi anche sul piano istituzionale, di continuità, impegno e dedizione quotidiana.

Questa occasione è adatta per portare all'attenzione del mondo accademico la grande domanda che devono affrontare le politiche educative odierne: come dovrebbe essere il professore universitario? È sufficiente richiedere l'eccellenza nella ricerca? O è normale che si occupi anche della formazione scientifica e umana di studenti e allievi? E se lo fa, non deve forse prestare attenzione alle esigenze concrete della società, ai suoi problemi, dilemmi, alle sfide e alla proposta di soluzioni? Non è anche moralmente obbligato a fare l'architetto delle istituzioni universitarie? E, inoltre, non è forse auspicabile che ai suoi interessi scientifico-professionali possano abbinarsi anche interessi nel campo delle arti? Non dovrebbe anche portare uno spirito creativo, oltre che critico, nel suo impegno e lavoro quotidiano al servizio della scienza e della società? Analizziamo pertanto nuovamente un

modello e colleghiamolo alla sua desiderabilità sociale.

A noi sembra che le risposte a queste domande possano essere tutte dello stesso tipo: positive! Sì, un professore universitario deve dimostrare l'eccellenza nella ricerca. Sì, è anche responsabile della formazione scientifica e umana di studenti e allievi. Sì, deve prestare attenzione alle esigenze concrete della società, ai suoi problemi, dilemmi e sfide, e a proporre soluzioni, ben fondate sui risultati del suo campo, ma anche interdisciplinari e transculturali. Sì, ha anche l'obbligo morale di essere un architetto delle istituzioni universitarie, in modo che coloro che seguiranno possano continuare la ricerca in condizioni agevolate, possano beneficiare di scambi e pubblicazioni di idee e persino di archivi di idee, comprese quelle rimaste inattuate. Sì, deve essere più di un semplice tecnico in un campo sempre più ristretto; abbracciare intellettualmente campi vicini e lontani, ampi spazi culturali e persino essere in grado di oltrepassare i confini di una ortodossia accademica verso forme anche solo di semplice diletto artistico. Sì, è obbligato a portare uno spirito creativo nel sostegno pubblico a valori, modelli e standard universitari. Ma questo non è e non dovrebbe essere un obbligo, in termini di obblighi contrattuali, ma una dedizione personale, libera e creativa.

Da accademico che ha apprezzato l'amicizia del professor Moccia, posso dire di aver ritrovato in lui molti dei tratti sopra elencati, come linee guida della sua attività. Da ricercatore che deve attenersi alla regola della neutralità assiologica, dico solo che il tempo e l'onestà intellettuale dell'analisi saranno in grado di mostrare le molteplici dimensioni della sua carriera. Da ricercatore e accademico rumeno, gli esprimo la mia gratitudine per quello che ha fatto in Romania e per l'immagine del suo impegno scientifico-professionale, culturale e sociale che ha lasciato in Romania.

2. *Luigi Moccia: ricercatore e professore*

Per noi, all'Università di Oradea, il professor Luigi Moccia è l'uomo che ha saputo coniugare una intensa attività scientifico-accademica con una attiva 'diplomazia culturale' in campo europeo, e per questo rappresenta a nostro avviso un modello da seguire.

2.1. *Attività scientifico-accademica*

Avendo avuto modo di approfondire il curriculum del professor Moccia in occasione del conferimento a lui del titolo di Dottore Honoris Causa dell'Università di Oradea (23.10.2011), mi limito qui di seguito e per brevità a riportare alcuni brani della "laudatio".

Dopo gli studi universitari (nel 1971 consegue la laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Roma "La Sapienza"), la sua formazione prosegue attraverso una serie di percorsi di specializzazione (1975-1977): programma formazione per "giovani giuristi europei" organizzato dal British Council, in collaborazione con il King's College di Londra, comprendente periodi di tirocinio presso studi professionali di solicitors (law firms) e di barristers (chambers, presso le rispettive inns of court); partecipazione al corso estivo in diritto comparato organizzato dalla Faculté Internationale de Droit Comparé di Strasburgo (Santiago de Compostela, Spagna); partecipazione ai "Salzburg Seminars", sezione "Studi di diritto americano". Inizia nel frattempo la sua carriera accademica, dapprima come assegnista di ricerca e poi come assistente di ruolo nell'Università di Roma "La Sapienza", sotto la guida del grande comparatista, Gino Gorla.

Tra le sue pubblicazioni giovanili (1974-1977), che colpiscono sia per numero che per varietà di temi, meritevoli di attenzione sono alcuni scritti a sfondo politico-sociale riguardanti il tema delle libertà (1974, *L'esercizio delle libertà sindacali in Inghilterra: il "peaceful picketing"*; 1975, *L'esercizio delle libertà politiche in Inghilterra: un punto interrogativo*), il mondo del lavoro (1975, *Una nuova legge sindacale inglese: il Trade Union and Labour Relations Act 1974*; 1976, *Brevi note sul modello di contrattazione collettiva nella pubblica amministrazione in Svezia*, e *La prevenzione degli infortuni e delle malattie del lavoro in Gran Bretagna: profili storici e legislativi*), assieme ad altri scritti riguardanti lo studio dell'esperienza inglese relativamente a temi di diritto processuale (1975, *Teoria e pratica del processo civile inglese. Il Rule-Making Power come fonte normativa del processo: sue manifestazioni e significati*; 1976, *Fonte regolatrice del processo e tutela possessoria in diritto inglese: l'"azione civile contro ignoti". Alcuni spunti per uno studio comparativo di diritto processuale inglese ed italiano*, quest'ultimo apparso su una della più note e autorevoli riviste italiane di diritto, "Il Foro Italiano") e di diritto pubblico-amministrativo (1977, *"Proprietà pubblica" dei suoli e politica del territorio in Gran Bretagna: il Community Land Act 1975*, pubblicato sulla "Rivista trimestrale di diritto pubblico", tra le più prestigiose riviste italiane in materia).

Il professor Moccia conferma la sua maturità accademica come professore ordinario all'Università di Macerata (antica sede universitaria fondata nel 1290): città che dette i natali a padre Matteo Ricci (1552-1610) uno dei più grandi missionari della Cina, traduttore di Euclide e Cicerone in cinese. A Macerata (1985/86-1995/96), il professor Moccia, assieme al corso di Sistemi giuridici comparati, tiene diversi altri corsi: Diritto delle Comunità europee (1986-1987), e Storia e istituzioni dei paesi afro-asiatici (1987-1996). Si tratta di insegnamenti (questi ultimi due) da lui tenuti per supplenza, ma che – come vedremo più avanti – lo hanno portato in seguito a indirizzare i propri interessi di ricerca e connesse attività accademiche in direzione, rispettivamente, dell'integrazione europea e della tradizione giuridica cinese.

Valorizzando l'esperienza inglese e il metodo comparativo (appreso sotto la guida del suo mentore Gino Gorla) in attività di studio relative ai problemi della costruzione europea, in modo particolare alla formazione di una figura di "giurista europeo", il professor Moccia pubblica numerosi scritti di diritto comparato e diritto europeo, unitariamente concepiti. Degli oltre 50 studi pubblicati tra il 1980 e il 2000, citiamo: 1994, *La comparazione come pedagogia giuridica nell'opera di Gino Gorla*; 1997, *Le basi culturali del giurista europeo: un punto di vista continentale*, pubblicato anche in una versione francese nella prestigiosa "Revue Internationale de Droit Comparé" (1999). In questo stesso periodo si collocano: il convegno internazionale da lui ideato e organizzato sul "diritto privato europeo" (sintagma che, come successivamente riconosciuto, veniva utilizzato per la prima volta), tenutosi a Macerata nel 1989 (8-10 giugno: più di due anni prima del Trattato di Maastricht, firmato nel febbraio del 1992), i cui atti sono raccolti nel volume a sua cura *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, pubblicato nel 1993; e il volume, sempre a sua cura, *I giuristi e l'Europa*, del 1997, uscito per i tipi di Laterza, tra i primi ad affrontare il nodo tematico e metodologico, oltre che culturale e professionale, della formazione di un giurista e di un diritto "europeo", dove sono raccolti gli atti di un convegno in tema tenutosi presso l'Università di Macerata nell'aprile del 1995.

In questo periodo, e nei primi anni del nuovo secolo (2000-2005), giunge a maturazione la riflessione sul rapporto *civil law-common law* – come fulcro di un lavoro di studio e ricerca iniziato sin dai tempi della tesi di laurea in tema di giustizia inglese (a base del volume *Il sistema di giustizia inglese: profili storici e organizzativi* del 1984) e portato avanti per quasi 30 anni – culminata nelle mille e passa pagine del volume *Comparazione*

giuridica e diritto europeo (2005). Mentre prendono avvio i suoi "lavori pionieristici" sulla "cittadinanza europea"[1], sul "diritto privato europeo a più livelli" e sulle basi per la costruzione di un diritto della futura Unione (come è noto istituita con il Trattato di Maastricht, entrato in vigore nel novembre del 1993).

La sua piena affermazione e conferma accademica coincidono con il periodo del suo transito all'Università di Roma Tre, Facoltà di Scienze Politiche. In questa Facoltà, il professor Moccia ha importanti responsabilità accademiche: Direttore del Dipartimento di Istituzioni Politiche e Scienze Sociali (1997-1998); Preside della Facoltà per 10 anni, dal 1998 al 2008; ideatore e fondatore di organizzazioni/associazioni, come il Centro di eccellenza Jean Monnet, co-finanziato dalla Commissione europea, istituito nel 2003, dedicato al nome di Altiero Spinelli: (*Centro di eccellenza Altiero Spinelli*, CeAS), e significativamente sottotitolato "Per l'Europa dei popoli e la pace nel mondo", tuttora attivo.

In questa Facoltà ha ricoperto diversi insegnamenti riguardanti sia lo studio del diritto comparato sia lo studio del diritto e delle istituzioni dell'Unione europea. In particolare, in occasione della riforma degli ordinamenti didattici dei corsi di studio (dei primi anni 2000), su sua proposta, sono stati introdotti nei corsi di studio della Facoltà di Scienze Politiche due insegnamenti innovativi da lui tenuti, rispettivamente intitolati "Fondamenti di comparazione giuridica" e "Comparazione e uniformazione del diritto"; come sviluppo dal campo della ricerca a quello della didattica di due filoni di studio relativi alle trasformazioni prodotte in ambito socio-politico e giuridico-istituzionale dalla globalizzazione e più in particolare dal processo di integrazione europea.

2.2. *La dimensione pedagogica della sua attività accademica e l'insegnamento che dovremmo trarne in Romania*

La riflessione sull'attività accademica del professor Moccia delinea il profilo di uno studioso con una curiosità inestinguibile, che esplora

[1] Come ne ha scritto il Prof. Dr. Marc Maresceau, componente della Commissione per il conferimento della laurea h.c., all'epoca Director of the European Institute and Jean Monnet Centre of Excellence, University of Ghent: «Professor Luigi Moccia is indeed a very distinguished colleague whom I know particularly well inter alia from my period as ECSA World President (1999-2002)… No doubt, professor Moccia was one of our prominent colleagues in the ECSA and Jean Monnet networks in Brussels and in particular his work in the then new and very challenging area of 'cittadinanza europea' has been truly pioneering and innovative».

continuamente aree e temi pioneristici, con una straordinaria cura e un rigoroso approccio metodologico. Ma ciò che dà una nota specifica alla sua attività è l'attenzione per le ricadute che possono derivarne; si tratti di pubblicazioni, iniziative, progetti: cose da fare, più che solo da dire. Nel caso degli studi europei, l'orizzonte di un'Europa federale e sociale è sempre presente, nei suoi scritti come nei suoi discorsi.

Per testimonianza diretta e ricevuta, le sue lezioni sono spesso un colloquio con gli studenti, prendendo spunto da fatti di cronaca, aneddoti di vita personale, e rivolgendo loro domande; per ricordare, ogni volta, che nell'apprendimento contano molto di più le domande giuste, che non le sole risposte. Soprattutto quando ci si confronta con nuove conoscenze, nuovi problemi, nuove idee, che nel mondo d'oggi sono merce corrente; indicando loro la virtù della "domanda" rivolta alla "realtà", cioè la virtù della ricerca continua, al servizio della realtà.

Da osservatore del mondo circostante, delle trasformazioni, delle sfide e delle opportunità che ne conseguono, così come delle conoscenze e competenze necessarie per una formazione professionale che ne sia all'altezza, ha esplorato i valori che possono far sviluppare l'Unione europea come modello di umanità e cittadinanza, in grado di ridefinire il significato civico inteso come solidarietà e cura per l'"altro", capace di infondere nelle persone la certezza che il pregiudizio, la provocazione e la violenza nazionalista o razzista non saranno mai più parte della sfera pubblica europea (come dimostrano, in particolare, i suoi più recenti lavori in tema di diversità culturale e interculturalità, non a caso frutto anche della collaborazione con la *Abdulaziz Saud Al-Babtain Cultural Foundation* del Kuwait, tra cui il volume da lui curato *Identity Issues and Intercultural Challenges: A European and Global Perspective on Peace in the World*, 2017).

Oltre alla sua intensa attività accademica, il professor Moccia ha anche trovato il modo di coltivare forme "altre" di espressività, come scrivere poesie e disegnare al computer forme e figure. Ha pubblicato volumi timidamente firmati con lo pseudonimo di EgAlter: *Parole e colori* (2003); *Portraits* (2005); *Componimenti a filo doppio* (2008). I suoi lavori, realizzati con la tecnologia digitale (digitart), sono stati esposti e recensiti ("Arte a Palazzo, Oraziana 2011", a cura di Otello Lottini, critico d'arte, che ne ha scritto: «Con l'uso della tecnologia digitale – con cui ha realizzato le opere in mostra – Luigi Moccia si porta verso uno stadio creativo, in cui il problema della rappresentazione degli oggetti e delle idee, cioè della realtà, lascia posto al problema della costruzione del senso. Perciò, i suoi lavori non rimangono a livello di particolarità o curiosità tecnologiche, ma arrivano a una vera e

propria densità estetica (ivi, p. 22)»).

Con queste espressioni artistiche (alcune esposte nei locali del CeAS in via Gabriello Chiabrera 199, che ho potuto personalmente ammirare quando vi sono stata ospite in qualità di *visiting professor*), il professor Moccia ci invita di nuovo a pensare a un modello di università vissuto come spazio di creatività e di ispirazione di creazioni intellettuali: come la "cittadinanza europea", il "dialogo tra culture", la "pace nel mondo". Senza questa dimensione di "apertura", l'universitario e l'università si auto-espellono nel mondo dei mestieri; limitandosi a ripetere puntualmente – in modo ripetitivo – ciò che altri hanno fatto in precedenza. Se scegli di seguire le orme degli altri, ne ripeti meticolosamente i passi, senza preoccuparti di guardare altrove.

In Romania, si potrebbero trarre almeno due insegnamenti: il primo è che, oltre alle conoscenze da trasmettere agli studenti per farne dei professionisti in base agli standard odierni, ci sono anche metodi e curiosità intellettuali per aiutarli a guardare più in alto e lontano; il secondo è che le conoscenze e competenze trasmesse agli studenti non bastano da sole a dare al mondo persone sulle quali poter contare, se non sono anche garantite e sostenute da un grado di consapevolezza, di capacità umana e professionale, oltre che da un senso di responsabilità che si basano su motivazioni ideali, principi e valori condivisi.

3. *Capacità di "costruzione istituzionale"*

Nella sua carriera universitaria, il professor Moccia ha maturato la vocazione, per così dire, di un "architetto delle istituzioni accademiche", attento ai problemi del nostro tempo. Ha anche dimostrato capacità di realizzare e dirigere tali "istituzioni" (centri, associazioni, corsi di studio, progetti di ricerca), compresa la necessità di creare strumenti di promozione e diffusione delle conoscenze e competenze.

Questa sua capacità è evidente nelle iniziative che si susseguono rapidamente, soprattutto dopo il 2000. Ne citiamo alcune: 2002, fonda, assumendone la direzione scientifica, la rivista "La cittadinanza europea"; 2003, fonda, divenendone presidente, il Centro "Altiero Spinelli", di cui già s'è detto in precedenza; 2005-2007, viene eletto Presidente della Conferenza dei Presidi delle Facoltà di Scienze Politiche in Italia; 2009-2012, promuove, con il ruolo di coordinatore scientifico, il centro "Europe Direct Roma",

co-finanziato dalla Commissione europea, presso l'Università di Roma Tre, in collaborazione con il Consiglio della Regione Lazio e la Provincia di Roma; 2007-2009, promuove, assumendone il coordinamento scientifico, il Master di II livello in "Gestione globale: società e istituzioni della Cina popolare", in partenariato tra l'Università "Roma Tre", l'Università "Cà Foscari" (Venezia), e l'Università "L'Orientale" (Napoli); 2007-2016, promuove, assumendone il coordinamento scientifico, il Master di II livello in "Cittadinanza europea e integrazione euromediterranea", in collaborazione, tra altri, con la Fondazione Anna Lindh; 2007, co-direttore della rivista "European Journal of Sinology"; 2011, ideatore e promotore del premio europeo "Cittadinanza europea, per l'Europa dei popoli e la pace nel mondo", in collaborazione con il Comune Belgioioso (Pv); 2017-2020, dirige, in qualità di coordinatore scientifico, il progetto europeo Horizon 2020, "TRIVALENT (Terrorism prevention via radicalisation counternarratives), assegnato all'Università Roma Tre - Centro di eccellenza Altiero Spinelli, insieme con altri 20 partner europei.

Tutte queste imprese sono state portate a termine con successo e alcune di esse continuano tuttora.

Come s'è visto, una nota che contraddistingue la carriera universitaria del professor Moccia è dunque quella di essere ideatore-progettista e realizzatore di imprese accademiche. Questa sua capacità merita, a nostro avviso, di essere conosciuta e socialmente riconosciuta; perché si basa sulla comprensione della necessità che le università si impegnino a definire e proporre strumenti formativi e informativi per affrontare bisogni, problemi e sfide delle società nel mondo d'oggi e tanto più in quello di domani.

Luigi Moccia ha costruito e guidato, con visione e coraggio, quando necessario, nuove imprese universitarie: un'associazione, un centro studi, una rivista, un comitato che assegna premi per la promozione della cittadinanza europea, seminari, colloqui…; ha sviluppato nuovi programmi di studio; ha favorito lo sviluppo di relazioni accademiche ai più vari livelli territoriali e istituzionali, oltre i confini geografici, linguistici e culturali, proprio per rispondere, dall"Italia, sulla base di una solida cultura classica, ai bisogni del mondo in cui viviamo.

In Romania, l'esempio di Luigi Moccia ci insegna che un eccellente accademico universitario ha un debito nei confronti della comunità in cui lavora non solo nel senso di dover lasciare un lavoro scientifico e pedagogico, e di dover costituire un punto di riferimento per lo sviluppo di future carriere. Si sa: "un fiore solo non fa primavera!"; c'è bisogno di un intero giardino in cui far crescere e in cui poter trovare sempre questi fiori. Un

giardino che deve molto a colui che lo ha curato.

Un eccellente accademico è tenuto a impegnarsi anche per lasciare esempi e testimonianze, oltre che condizioni e occasioni di "costruzione istituzionale", che altri potranno rinnovare, sfruttare, ampliare, approfondire e vivificare, a loro volta, con impegno e capacità.

Per quanto riguarda la Romania, la carriera del professor Luigi Moccia dimostra in questo senso la necessità di una rivalutazione del ruolo degli accademici come architetti istituzionali, nei confronti di burocrazie che si auto-generano in nome di progetti e programmi che vengono fagocitati, una volta sottratti ai loro creatori. Chiarire la natura di queste relazioni tra membri del corpo accademico e vertici accademico-amministrativi è un imperativo del momento in Romania. La domanda è: chi assumerà questo ruolo di innovazione?

4. *"Diplomazia accademica"*

Luigi Moccia si è molto impegnato su un altro fronte di vita universitaria: quello che si potrebbe chiamare della "diplomazia accademica".

Nella sua *lectio magistralis*, tenuta presso l'Università di Oradea nel dicembre del 2011, in occasione della consegna del titolo di "Doctor Honoris Causa", Luigi Moccia ha affrontato il tema della "cittadinanza europea, nella prospettiva di un'Unione federale", come chiave di volta dell'unità europea, in tempi di crisi in cui lo spirito che aveva caratterizzato, all'inizio, la costruzione europea rischia di andare smarrito. Il filo narrativo del suo discorso, richiamando l'attenzione sulla possibilità di attribuire alla cittadinanza europea rilievo costituzionale e, insieme, federale (secondo la visione di Altiero Spinelli) «per ripensare il modello di integrazione europea, a partire da radici socio-culturali di formazione di una civitas come 'cuore' della federazione europea», trova un punto di ricaduta, per via della consapevolezza che si tratta di «obiettivi in larga parte ancora disattesi e lontani», nella necessità di «uno sforzo comune, attraverso l'impegno, partecipe e consapevole, di tutti coloro che vi sono chiamati», che investe in particolare il ruolo delle università.

Perseguendo l'obiettivo (come ancora si legge nella sua lectio) di «promuovere, sostenere e sviluppare la conoscenza sull'Europa e per l'Europa unita, riportandone il progetto al centro del dibattito politico-culturale e del confronto di idee», Luigi Moccia si è impegnato nello sviluppo di relazioni

istituzionali e interpersonali in ambito europeo, di cui sono testimonianza concreta: i due convegni sul "diritto privato europeo", quello di Macerata del 1989 (ricordato in precedenza), e quello tenutosi presso l'Università Roma Tre nel maggio del 2012, con una larga partecipazione di studiosi da vari paesi dell'Unione, i cui atti sono raccolti nel volume a sua cura *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who* (pubblicato da Sellier European Law Publishers, Munich, 2013); la serie delle "Giornate per l'Europa", tenutesi ogni anno nel mese di maggio dal 2004 al 2015, come occasioni di incontro e dibattito su temi dell'attualità politico-istituzionale dell'Unione, allo scopo di promuovere un'attiva e responsabile cultura della cittadinanza europea; e numerose altre iniziative organizzate dalla Cattedra Jean Monnet, da lui tenuta sin dal 1999, e dal CeAS.

Il campo d'azione delle attività del professor Moccia sotto il profilo che qui interessa sottolineare dello sviluppo di relazioni accademiche si è esteso negli anni dall'Europa ad altre aree geografiche del mondo: in particolare, Cina, Medio Oriente, America Latina.

I suoi rapporti con il mondo culturale e accademico cinese sono testimoniati da opere da lui curate in collaborazione con studiosi cinesi (*Profili emergenti del sistema giuridico cinese*, 1999), dal volume su *Il diritto in Cina* (2009), e più di recente da iniziative e rapporti di partenariato con università cinesi, di cui è testimonianza il volume da lui curato (insieme con Martin Woesler), *China and Europe. Fostering the Mutual Understanding Between China and Europe by Multi-level Comparison of their Cultures, Societies, and Economies* (2014).

Riguardo all'area mediorienatale, la collaborazione con la *Al-Babtain Cultural Foundation* (Kuwait), sviluppatasi attraverso l'istituzione, in partenariato con il Centro di eccellenza Altiero Spinelli, dell'*Euro-Arab Institute for Dialogue betwwen Cultures* (nel 2012) e iniziative connesse (conferenze, cicli seminariali: 2012-2014), trova testimonianza più di recente nel volume a sua cura (dianzi menzionato) *Identity Issues and Intercultural Challenges*, e nelle attività della Fondazione collegate alla "Abdulaziz Saud Al-Babtain Chair for Peace", tra cui il programma "The Culture of Peace for the Security of Future Generations", avviato con il patrocinio della Nazioni Unite, nel cui ambito sono stati editi, a sua cura, 4 volumi, a firma di D. Canpagna, P. de Perini, M. Mascia (*Peace and Human Rights*, vol. 1; *Peace, Human Security and Human Development*, vol. 2; *International and Local Democracy: Way of Peace*, vol. 3; *Education for Culture of Peace and Human Rights*, vol 4), pubblicati nel 2019.

Riguardo all'America Latina, i rapporti di collaborazione sviluppati

dal professor Moccia sono testimoniati da: rapporti di collaborazione e opere pubblicate con colleghi brasiliani, dove sono raccolti e tradotti suoi scritti (*Estudios aplicados de teoria geral do direito*, 2011, e *Estudios aplicados de filosofia do direito*, 2012, insieme con Ricardo Mauricio Freire Soares e altri autori); rapporti di collaborazione (corsi di lezioni, attività in qualità di visiting professor) nell'ambito di progetti di internazionalizzazione (in particolare con università argentine); rapporti di collaborazione per opere tradotte in lingua castigliana per la diffusione in paesi latino-americani (*Las nuevas fronteras del derecho privado. Estudios de Teoria del Derecho y Derecho Comparado*, 2012; *Comparación jurídica y perspectivas de estudio del derecho*, 2015; *La formación del derecho europeo. Una perspectiva historico-comparada*, 2018).

4.1. *La relazione speciale con la Romania e l'Università di Oradea*

Una menzione speciale, come ho cercato di spiegare sin dall'inizio di questo contributo, merita qui il rapporto di collaborazione del professor Moccia con la Romania. Sappiamo fin troppo bene cosa ha significato e significa per noi rumeni la missione di "diplomazia accademica" da lui intrapresa. Lo sappiamo, perché siamo tra i suoi beneficiari. Con lui si è stabilito un rapporto di fiducia e amicizia, sulla base di un comune impegno a favore di un'Europa unita, libera e solidale, che si è tradotto concretamente in progetti, iniziative e pubblicazioni che, grazie alla sua visione ed esperienza, sono serviti da guida e incoraggiamento per noi e in nostri studenti.

All'Università di Oradea, ha sviluppato diversi tipi di attività accademiche volte a sostenere la nostra integrazione nel circuito europeo. Il professor Moccia ha proposto e realizzato un progetto di cooperazione europea. È stato così possibile avviare, sulla base di questo progetto di internazionalizzazione (finanziato dal Ministero italiano dell'università e la ricerca: MIUR), un programma di partenariato tra il "Centro di ricerche per le questioni di identità e migrazione" dell'Università di Oradea e il "Centro Altiero Spinelli" dell'Università Roma Tre, con stage per studenti, accoglienza di *visiting professor*, attività di ricerca e riunioni di lavoro, nelle quali è stata coinvolta la redazione del "Journal of Identity and Migration Studies" (JIMS) della Facoltà di Scienze politiche di Oradea; nonché tra i master universitari in "Cittadinanza Europea" e in "Politiche pubbliche europee", rispettivamente, dell'Università Roma Tre e dell'Università di Oradea.

A tali attività se ne sono aggiunte altre, gestite congiuntamente,

riguardanti scambi di professori e studenti, nell'ambito del programma Erasmus "integration through mutual knowledge"; nonché, altre forme di collaborazione volte a promuovere la nuova strategia europea, "Europa 2020", come il seminario "Europa 2020 - La questione della cittadinanza e delle identità". Inoltre, in continuità con la visione di Altiero Spinelli e del Manifesto di Ventotene e suoi significati per lo sviluppo di un'Europa federale e sociale, sono stati organizzati seminari presso l'Università di Oradea. Il professor Moccia ha visitato la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Oradea nel novembre 2008 e nel 2010. In occasione della sua terza visita, nel 2011, ha contribuito allo sviluppo del progetto "Università, quale direzione?", presentando la sua visione sotto il titolo: "Per un 'modello europeo' dell'università: spunti di discussione".

Nel 2016 (27-29 aprile), sotto la guida congiunta del CeAS di Roma Tre e del "Centro di ricerche per le questioni di identità e migrazione" di Oradea, si è tenuto a Roma un seminario internazionale di studio, dedicato alle questioni migratorie. I relativi atti sono pubblicati nel volume *Migrants & Refugees Across Europe*, 2017 (a cura di Luigi Moccia e Lia Pop).

In sintesi, e per esperienza personale, l'impegno dedicato da Luigi Moccia in questa sua instancabile quanto operosa attività di "diplomazia accademica" è sempre stato da lui portato avanti con spirito di apertura mentale e dedizione talvolta puntigliosa rivolta al raggiungimento di risultati, per "costruire ponti" (come oggi si direbbe, in un tempo in cui tornano ad alzarsi "muri" di egoismo e divisione); per fare cioè dell'ambiente universitario, oltrepassando barriere linguistiche e culturali, un luogo per vocazione idoneo a formare un universo comune di idee in cui intersecare, come in un diagramma di Venn, molteplici spazi culturali e un coinvolgimento generale nello sviluppo di soluzioni creative a problemi comuni.

5. *Conclusioni*

La carriera accademica del professor Luigi Moccia offre una risposta a una domanda attuale (almeno in Romania; ma non solo, credo): «Cosa si deve chiedere socialmente e professionalmente ad un professore universitario e, in definitiva, all'università?».

Il profilo universitario che di lui ho cercato qui di delineare, ci mostra una carriera strutturata in tre dimensioni (quali "indicatori di qualità", per così dire): quella propria della ricerca unitamente all'insegnamento,

insieme con quelle che, per brevità, abbiano chiamato, "istituzionale" e "diplomatica".

Riguardo alla dimensione della ricerca e dell'insegnamento, una carriera accademica presuppone l'eccellenza scientifica e la dedizione pedagogica. Eccellenza scientifica significa esplorazione continua, oltre i confini prestabiliti di un certo campo di studi; significa creatività in risposta a problemi reali; significa il coraggio di un'innovazione continua per lo sviluppo di quel certo campo di studi. Dedizione pedagogica significa essere un insegnante per le nuove generazioni e un discepolo pronto a imparare con loro e da loro, essere cioè una persona a loro vicina, con abilità maieutiche per aiutarli a formare le proprie idee, essere creativo e coraggioso nell'esprimere la propria creatività. Significa anche prendersi cura di formare caratteri e lealtà a principi, ideali.

Da un punto di vista istituzionale, una carriera accademica – come suggerisce il nome – riguarda la costruzione di istituzioni, ovvero di strutture, opere, strumenti, programmi e progetti destinati ad essere portati avanti anche da altri. Le istituzioni accademiche sono particolarmente importanti come risorse di conoscenza, di valori e competenze. In questo senso sono "archivi di memorie" per lo sviluppo di capacità di ricerca, approfondimento e creative in una comunità di studio e di lavoro. Senza queste risorse, le energie intellettuali tendono ad affievolirsi, la memoria rischia di venire cancellata e lo spirito critico di scomparire, soffocato da attività di routine, prive di slancio e di visione.

La dimensione diplomatica, sempre seguendo l'esempio offerto dalla carriera accademica del professor Moccia, caratterizzata da una molteplicità e varietà di iniziative in Italia, in Europa e in altre parti del mondo, richiede una buona dose di dinamismo, di capacità relazionali e comunicative, apertura mentale e spirito d'iniziativa, declinate professionalmente in un quadro di obiettivi praticabili, ma senza mai perdere di vista le motivazioni ideali che ne sono alla base e che, anzi, devono indirizzare e sostenere costantemente le finalità alle quali si tende.

In definitiva, l'esempio offerto da Luigi Moccia, al quale mi sono ispirata e di cui, con questo contributo, ho inteso dare una personale, diretta testimonianza, è quello di uno studioso che con la sua attività prolifica e i molteplici risultati raggiunti in vari ambiti, ha saputo coniugare insieme le tre dimensioni strutturali di una carriera che sia in grado di soddisfare ciò che la società ha diritto di chiedere a un accademico.

PARTE I

COMPARAZIONE GIURIDICA E DIALOGO TRA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Faustino Martínez Martínez

Moccia En Madrid: Historia Y Fases De Una Traducción

Sumario: 1. Proemio – 2. (Intra)Historia – 3. Traducción (Que No Traición) – 4. Contenidos: Historia Iuris – 5. Dilatatio.

1. *Proemio*

Nada demuestra tanto la calidad científica y humana de un profesor universitario como la capacidad de aglutinar, sin dudas, sin ausencias y sin resquemores, unanimidades de cara a la celebración y conmemoración de su trayectoria académica y profesional en sus momentos postreros. De su vida toda porque en estos nuestros ámbitos es muy difícil, por no decir imposible, escindir lo uno de lo otro, trazar una línea que delimite con claridad y de forma rotunda cuándo comienza lo profesional y cuándo termina lo personal. O al revés. Requiere todo esto anticipado líneas arriba que sea singladura larga y exitosa, y requiere publicaciones, libros, artículos, ensayos, reseñas y recensiones, índices de impacto, congresos, cursos, conferencias, seminarios, jornadas, etc. Pero también requiere calidez humana, humildad, sencillez, modestia, tranquilidad, amor por el trabajo bien hecho, respeto hacia los demás, buenas palabras y mejores acciones. Los buenos universitarios deben unificar ambos aspectos: deben ser universitarios, qué duda cabe, con todas las implicaciones que ello comporta, pero deben ser, al mismo tiempo, buenas personas. Solamente esa doble combinación tiene el efecto de suscitar entusiasmos, reconocimientos, pasiones y, con todo ello, el sentido homenaje que se le debe tributar con todo merecimiento. Gente de todo punto excepcional. Gente única. Gente, como el Prof. Luigi Moccia, que engloba esa doble faceta personal y profesional, campos los dos en los que ha ido cosechando éxito tras éxito a lo largo de muchos años de trayectoria. De ahí el sentido último de este volumen de homenaje que es celebración y conmemoración, porque celebra con el sujeto homenajeado, al mismo tiempo que lo conmemora porque lo implica para recordarlo siempre. De ahí, abundando en esta línea intimista, el carácter evocador, nostálgico y sumamente personal que quiero dar a mi colaboración. Es la Historia de una Traducción, la de su obra al castellano,

pero es un periplo que comienza años atrás y en otros contextos que ponen de manifiesto el carácter extraordinario de este profesor universitario, sabio, prudente, pero, sobre todo, maestro y amigo.

2. *(Intra)Historia*

Conocí al Prof. L. Moccia en Messina hace ya unos cuantos años. Más de diez, pero menos de veinte, para situarnos bien en esta coordenada *a priori* de la experiencia. *Tempus fugit* y nosotros con él, sin conmiseración. Fue al amparo de ese magnífico Máster en Comparación Jurídica que el amigo Andrea Romano impulsó desde su cátedra siciliana, máster que pudo vivir diez años de esplendor con un plantel académico y también discente de altísimo nivel, así como pleno de calidad humana y científica. La crisis acabó con muchas cosas; también con este foro académico de intensa actividad y primeras espadas europeas, puesto al servicio de la Historia del Derecho y de las Instituciones, sin concesiones a singularidades nacionales más que en lecciones muy puntuales, y que pensaba en la comparación como método propicio para aproximar Historias situadas en terrenos alejados con un escenario preponderante (el antiguo *Mare Nostrum* de los romanos). Allí nos comportábamos como juristas del Antiguo Régimen, cuya patria eran exclusivamente los libros del Derecho, los tradicionales romanos y canónicos, las aulas universitarias, el agudo debate, la profundización, el combate dialéctico. Allí coincidimos en una de esas jornadas maratonianas en las que impartíamos horas y horas de lecciones sin notar apenas cansancio, sin sentir apenas el paso del tiempo. De vuelta al hotel, estuvimos hablando con calma de mi - por aquel entonces - incipiente carrera académica, desde la atalaya que suponía su condición de reputado catedrático de Derecho Privado Comparado en Italia. De él sabía pocas cosas, pero muy reveladoras: discípulo de Gino Gorla, el más grande comparatista italiano del siglo XX con toda probabilidad y sin reservas de ninguna clase, lo que implicaba un método, un estilo, unas formas de trabajar sobre el material jurídico, dotadas de rigor, de seriedad, de compromiso, de una enorme erudición, era autor además de una serie de artículos y libros que yo había tenido oportunidad de leer en su momento, siempre sobre ese tópico tan necesario y tan fundamental en la formación de un jurista cual era el método comparado, sobre todo, en el campo privatístico. La idea central de que el Derecho era un fenómeno universal y que no conocía de fronteras de ninguna clase estaba en la base

de sus trabajos, en la base del mismo método empleado, aplicado además con fruición a los tiempos hodiernos de construcción europea, a la cual ha dedicado lo mejor de su producción. Era asimismo argumento poderoso para cualquier historiador del Derecho que estudiase el Antiguo Régimen y viese en el mismo, como era mi caso, un ejemplo de Derecho universal, cosmopolita, un Derecho sin fronteras, sin patria, que tenía en los juristas a sus más celebrados autores y difusores con la ayuda de las universidades y de la literatura especializada que habían logrado crear. Una República de juristas, del Derecho, que desconocía separaciones y fronteras. Los comparatistas, creo yo, son tributarios de esta idea: no obstante los embates del Estado-Nación del siglo XIX, la querencia del Derecho, la tendencia del mundo jurídico es una irrefrenable pulsión hacia la unidad, sinónimo no de simplicidad, sino de sencillez y de simplificación. El destino que muestra la Unión Europea parece ser claro en este sentido. Maestro y obra consolidada, obra y maestro al alimón, habían dado como resultado un catedrático vivaz y comunicador, con derivas también poéticas, que de inmediato me propuso su idea atractiva y envolvente: se trataría de aprovechar a este joven profesor español, que hablaba, según sus propias palabras, un excelente italiano, para traducir su volumen sobre *Comparación jurídica y Derecho europeo*, editado por la prestigiosa casa Giuffrè en Milán unos años atrás (2005). El reto era considerable por el tamaño del texto, por sus recovecos y por su complejidad. No me asustó la propuesta y no me arredré para nada. Era algo atractivo y el tema del Derecho europeo, antiguo y hodierno, del pasado, del presente y del futuro, es una cuestión que a ningún jurista puede dejar indiferente. Por el ansia de conocer, pero también por la posibilidad de trasladar experiencias del pasado al presente con fines de utilidad. En el año 2010, una pequeña estancia en la Universidad de Roma-Tre, en su Facultad de Ciencias Políticas, donde el Prof. Moccia había fungido como decano y desde la que dirigía el reputado *Centro Altiero Spinelli per l'Europa dei Popoli e la Pace nel Mondo*, centro de excelencia vinculado a las cátedras *Jean Monnet*, fue concretando más el plan. En nuestras largas charlas, fuimos perfilando el trabajo, su diseño y los plazos para la ejecución. El autor mostró su generosidad recortando las perspectivas iniciales: no sería todo el libro el que se traduciría, sino que nos íbamos a ceñir a la Parte III, la propiamente histórica o la que tenía una más clara presencia de la Historia en sus páginas, abandonando otros planteamientos y pensando en un público más amplio. El adelgazamiento era significativo y también afectó al aparato crítico bibliográfico, es decir, las notas a pie de página, que fueron erradicadas, salvo aquellas que se reputaron las más indispensables

para seguir el hilo del texto. Con estas instrucciones preliminares comencé a trabajar en el proyecto esbozado poco a poco. La idea era ir enviando cada mes, aproximadamente, en todo caso con cierta regularidad, los resultados de esa traducción que iría elaborando, para su revisión y corrección por parte del autor. Entre 2011 y 2012, la cosa evolucionó positivamente. La prosa de Moccia era sencilla de manejar y de trasladar al castellano. No solamente la reducción de los elementos principales a traducir facilitó el empeño; Moccia quiso además, como ya se ha indicado, aligerar el texto de notas copiosas y redujo el aparato bibliográfico a lo mínimo indispensable y, en todo caso, figurando en la recapitulación final bajo la rúbrica que le era propia (en pp. 411 ss. de la final edición española). Así se recogerá finalmente en el texto: las notas a pie de página son muy reducidas, parcas, muy elementales, básicas y mínimas para guiar al lector sin mayores distracciones. Lo esencial va al texto principal y es éste el que debe servirnos de dirección informativa. Sin embargo, el catálogo bibliográfico final sí es sumamente completo y sólidamente fundado, donde aparecen citados historiadores del Derecho y romanistas de primera fila, lo que muestra el empeño tomado por el autor para ratificar el valor otorgado a estas dos disciplinas formativas en su discurso. Están Gorla y Lupoi, como no podía ser de otra manera, pero también Calasso, Orestano, Grossi, entre otros muchos. Como se ve, primeras figuras de la comparación y de la historiografía jurídica.

3. *Traducción (Que No Traición)*

Una traducción exige algo más que un simple traslado de palabras o de textos. Implica eso y mucho más porque el ambiente o contexto intelectual también deben condicionar su trabajo. Como se dice usualmente, el traductor no debe saber solamente el idioma de partida, sino, sobre todo, el idioma de llegada, el de destino. En este caso y en los demás, de lo que se trata no es simplemente de llevar unas palabras a su equivalente en otro idioma (del italiano al castellano para este supuesto particular), sino de trasladar ideas, conceptos, reflexiones, un mundo mental hacia otro mundo mental por medio del lenguaje. La traducción es finalmente colocarse en la mente del autor y hablar como hablaría él mismo, pero con un lenguaje diferente, no propio de quien escribe en primera instancia, no el original, sino el de quien lee y hace viajar esas ideas de un territorio, donde fueron concebidas, a otro, donde deben ser asentadas. Esta dualidad (movimiento y manejo de pala-

bras y conceptos, mudanza, traslado, viaje hacia nuevas tierras no propias) es el nudo gordiano de esta labor. Lo facilita no tanto la pericia del traductor cuanto que la claridad expositiva del autor primario. Cuanto más claro es éste, más sencilla es la labor del primero y todo discurre de una manera fluida, suelta, discreta y casi natural. El libro se traduce prácticamente *per se*, solo, de modo instantáneo. Eso es lo que se ha podido acreditar por quien estas líneas escribe en el caso del Prof. Moccia. Todo fueron facilidades por su parte, comenzando por la propia obra que ya de por sí era sencilla para realizar esa traslación. Un libro muy bien estructurado, muy bien organizado, montado y, por fin, ejecutado. Con un lenguaje elemental, sin ser llano, claro, sin ser vulgar o evidente, manteniendo un rigor y una calidad que se disponen en una suerte de manual susceptible de ser leído con aprovechamiento por docentes y discentes, por especialistas y por legos, por profesores y alumnos. Todos acaban aprendiendo algo. Un libro justo que tiene todo lo que ha de tener sin excesos, ni florituras. Ahí está la clave de su éxito y de su grandeza. Gracias al autor, por tanto, a su dirección y a su escritura templada, suave y simple, también a su paciencia, la labor fue realizada de forma ejemplar, con libertad, pero también con responsabilidad de las dos personas implicadas.

Finalmente, el trabajo se culminó en el mes de diciembre del año 2012, un año crítico para Europa y para buena parte de los países de la Zona Euro, lo cual no deja de ser paradójico con un texto que exalta buena parte de esa Historia común de la Europa antigua, en ese instante puesta en entredicho y en cuestionamiento por movimientos euroescépticos de todo signo y pelaje, y por unos riesgos sistemáticos de quiebra económica en algunas de sus economías periféricas. La zozobras afortunadamente pasaron de largo y Europa volvió a sonreír, sin ser la misma de antaño, pero manteniendo un cierto optimismo vital de muy saludable ejecución y muy recomendable conservación, una fuerza renovada que le impulsó a seguir hacia delante con ánimos remozados y reforzados. Un nuevo impulso acaso de supervivencia permitió este salto. Decíamos que en diciembre el texto está listo y el proceso editorial, veloz, nos conduce a los primeros meses del año 2013. Acogido por el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, que hoy tengo el honor de dirigir, fueron sus dos antiguos directores, los queridos compañeros Profs. J. A. Martínez Muñoz y A. García Martínez, quienes franquearon las puertas para que la publicación fuese una realidad. Y así se hizo de forma modélica y, sobre todo, muy expedita.

El resultado final es un texto bastante voluminoso, aunque no tanto

como el original, que lleva como título *La formación del Derecho Europeo. Una perspectiva histórico-comparada*, título que pone de manifiesto, al mismo tiempo, objeto y método a aplicar[1]. Su propósito es trazar una Historia de ese Derecho desarrollado en ese tal espacio geográfico que conocemos por Europa, desde la Antigüedad hasta nuestros días, y hacerlo empleando para ello no solamente los rudimentos que la Ciencia Histórica nos suministra, sino también los derivados de ese método comparado o comparativo que liga, acoge y somete a un proceso de diferenciación elementos, en principio, antitéticos o con pocos puntos de conexión, con el objeto de demostrar tanto los lugares comunes como los lugares discrepantes, algo de utilidad en el día de hoy, qué duda cabe, pero también relevante a los efectos de estudiar el Derecho del pasado. Bajo la idea de unidad aparente, el Antiguo Régimen encierra muchas especialidades regnícolas que han de ser objeto de un detallado tratamiento de este tipo para examinar las singularidades de cada uno de los reinos, principados y demás unidades políticas. Cierto es que estaba el Derecho Común romano-canónico, pero no es menos cierto que no estaba de la misma manera en todos los territorios europeos. Hacia allí deben ir los pasos del estudioso a los efectos de condensar cuánto de similitud y cuánto de diferencia existe, teniendo en cuenta además que el terreno histórico no es un terreno firme e inmutable, sino cambiante y oscilante, por tanto. Tras una breve *Introducción*, el Prof. Moccia nos dirige a sucesivas estaciones en un viaje que aparentemente no termina, puesto que la parte final desemboca en nuestros tiempos, en la más rabiosa actualidad, al ocuparse del Derecho en Europa a día de hoy, lo que acaso puede ser calificado como el propósito oculto del autor: mostrar que lo que hoy parece quimera fue posible en el pasado con unos instrumentos políticos, públicos, mucho más débiles que los que hoy en día tenemos a nuestra disposición. La unidad jurídica, que no implica uniformidad, ni homogeneización, es perfectamente dable en el contexto europeo actual porque hay juristas, hay instituciones, hay bocetos, hay intenciones en ese sentido, hay tribunales y hay jurisprudencias. De la *Europa del Derecho* se pasa al *Derecho de Europa*, juego de palabras que encierra la esencia del libro. Ése es el tránsito principal que se quiere dibujar. La Europa del Derecho responde a la idea de que nuestra representación del continente se hizo a partir de una unificación forjada desde el campo jurídico, sin patrias concretas responsables. Hoy, el dilema es una Europa dada y armada, a la que hay que dotar de ese componente jurídico, del que carece por el peso de los Estados miembros y de sus respectivas soberanías.

[1] *La formación del derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada*, traducción y edición a cargo de Faustino Martínez Martínez, Madrid, 2012. Vuelve a aparecer en la Biblioteca de Derecho Comparado de Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

Antes el Derecho lo era todo; hoy, debe serlo en un esfuerzo inusitado para lograr efectos políticos ulteriores. El ánimo comparativo está presente desde las primeras páginas puesto que esa tradición jurídica europea aparece ante nuestros ojos como el resultado de la yuxtaposición entre dos grandes sistemas jurídicos u ordenamientos, dos familias (aunque se verá que no es confrontación tan firme como se ha querido y que hay mucho de mito en ese supuesto enfrentamiento de órdenes normativos). Uno, de base romana y, en menor medida, canónica, que se ha calificado tradicionalmente como Derecho Civil; y otro, de origen asimismo remoto en el tiempo, circunscrito a un espacio muy limitado (el Reino Unido de la Gran Bretaña), construido sobre presupuestos no situados en las antípodas, pero sí muy diferentes a los que se estilaban en el primero de los ejemplos. *Common Law* es su nombre. Ley frente a Jurisdicción, legisladores frente a jueces, parecen compendiar esta diferenciación. Al estudio, histórico y comparado, de ambos sistemas está destinado el libro pues solamente mediante la combinación de ambos métodos es posible trazar la genealogía de los diversos sistemas confrontados, examinar su génesis, esbozar su evolución y conocer exactamente dónde se produce su separación, su división, el porqué de la misma con su recua de razones, ocultas o aparentes, y las consecuencias finales de todo ello.

4. *Contenidos: Historia Iuris*

Un primer capítulo (I) se destinó al estudio del Derecho Civil, o sea, al Derecho Común romano-canónico, poniendo especial hincapié en la trayectoria histórica del mismo y en su expansión como auténtico Derecho continental, con mucho recurso a la etimología y al significado de las palabras, algo que los juristas suelen pasar por alto en numerosas ocasiones. Las palabras designan ideas y estas ideas cambian al compás de la sociedad, por lo que las primeras acaban actuando como recipientes neutros de unas modificaciones intelectuales producidas al margen del lenguaje, pero que no pueden ser comprendidas, ni transmitidas, ni siquiera identificadas, sin el mismo. Esa genealogía del Derecho Común exige un primer tratamiento de Historia romana y bizantina, para después seguir por el silencio de los primeros siglos medievales, y el despertar o renacimiento de los siglos XII y XIII, cuando todo cambió, incluido el Derecho, porque Europa en su conjunto había cambiado en aspectos tan dispares como los políticos o sociales, sin desdeñar los culturales e intelectuales. Europa era otra, distinta,

urbana, comercial, densamente poblada, intercomunicada, poderosa, ya no simplemente agrícola y rural, y precisaba de otro Derecho, superador de las insuficiencias medievales, más adaptado a los tiempos, más dinámico, más seguro y más completo, más racional. Diferente. Para ello, se encontró con un auténtico regalo de Dios, una *Biblia jurídica* ya revelada, como fueron los textos justinianeos compilados, así como el renovado y pujante Derecho canónico. Ambos elementos materiales permitieron la eclosión de auténticos juristas, es decir, de pensadores del y sobre el Derecho y no meros aplicadores del mismo, juristas que dieron pie a las universidades y con ellas a la generalización de un saber nuevo en la vida académica, pero que acabó por dominarla por el prestigio ligado al mismo y las consecuencias relevantes que los nuevos cargos, puestos y destinos implicaron para esos jurisperitos. Se creó una elite dominadora de todos los resortes del Poder, una nobleza togada que derrotaba con la palabra y con la interpretación. No todos ellos se comportaron igual en relación a los textos principales: a la devoción, veneración y respeto de los italianos (el estilo itálico), mayoritario en aulas y bibliotecas, se le contrapuso, por influjo del Humanismo y del Renacimiento, ya en el siglo XVI, un estilo francés o gálico, que proponía conocimiento antes que autoridad, verdad histórica antes que imposición, que dio primacía a los textos y los convirtió en objeto de su estudio para comprenderlos desde el punto de vista filológico e histórico. Los primeros juristas confiaban en la perfección de la obra de Justiniano. Los segundos aceptaban fallos y errores, en los orígenes y en las tradiciones textuales, sin por ello minusvalorar la obra, antes bien, reconociendo su calidad y su trascendencia. Ésta seguía conservando valor y posición, autoridad en suma, aunque debía ser leída en su dimensión histórica con sus virtudes y con sus defectos como producto de todo un proceso de elaboración y también de degeneración o corrupción. A todo lo cual se sumará la ingente obra científica de estos juristas que no dejaron de escribir tratados y manuales, *summae*, casos, cuestiones, consejos, disputas, o de elaborar informes y dictámenes, combinando una labor teórica en las universidades que surgen por doquier, con otra práctica de asesoramiento a los grandes poderes medievales y a los de la Modernidad: Imperio, Papado, Reinos, por ese orden. La dominación política en lucha ocultaba un recurso constante al Derecho Común porque era la base ordenadora de la que se partía. El control político se apoyaba en un lenguaje jurídico común, único, de juristas, sin fronteras, sin reservas. Aquí estaría ese primer Derecho europeo, pero con los matices derivados de un concepto clave: Recepción, esto es, la asimilación del Derecho Común no se hace al mismo tiempo, con la misma

intensidad y con los mismos recursos en los diferentes territorios europeos. Unidad dentro de la diversidad. La primera ha sido tratada. Se da paso, en buena lógica, a la segunda.

El capítulo segundo (II) se dedicó precisamente al análisis histórico y comparado de lo que sucede en los varios territorios europeos a partir del proceso de asimilación de ese Derecho romano y de sus complejas relaciones con los Derechos locales, patrios o nacionales, poniéndose en evidencia una lucha que es, al mismo tiempo, política y jurídica, o, dicho de otra forma, en los ejemplos de Francia, España, los Países Bajos y los territorios alemanes lo que contemplamos es que los reyes hablan del Derecho en términos de soberanía y no aceptan cuestionamiento alguno de la suya, ni siquiera por un Derecho de tanta sabiduría, tradición y calidad como el justinianeo (de ahí, el potenciamiento del Derecho propio, como sucede en los dos primeros ejemplos referidos a partir del siglo XVIII), mientras que los juristas se referirán al Derecho en términos de Justicia, que es lo que a ellos les interesaba, al margen de disputas sobre el Poder, así con mayúsculas. Por eso, desprecian prelaciones y legalidades, Derecho del rey o del reino, leyes o costumbres. Lo que para ellos cuenta es la solución justa del caso particular, con independencia del Derecho a aplicar. El resultado fue que estas dos vías no convergieron, porque no podían hacerlo. Eran lenguajes distintos y no podían entenderse nunca. En aquellos territorios donde no existía una tradición local poderosa, por su relativa novedad política (Países Bajos), o donde la soberanía se hallaba fragmentada en muchísimas unidades políticas básicas (Alemania), ese Derecho Común no tuvo rival, no tuvo oponente y pudo imponerse con éxito, dominando universidades, bibliotecas y, por fin, las instituciones todas, locales y generales. En los otros dos países primeramente citados, el Derecho Común triunfó, ganó la partida a los Derechos propios, pero con resistencias, en algunos casos muy marcadas y duraderas (pensemos en el caso de Navarra o Aragón, dentro de los reinos hispánicos), o bien mediante subterfugios interpretativos, no directamente (la razón natural o el sentido común, la equidad o la buena razón, como se hizo en Cataluña). Lo excepcional fue su conversión en Derecho nacional de forma inmediata, aunque hubo casos que condujeron a tales soluciones (Castilla o Valencia, sin ir más lejos, por decisión de los reyes: el Derecho Común se convierte en Derecho regio y, en consecuencia, en Derecho del reino respectivo, si bien en los términos que impone la misma decisión real y con su alcance concreto). El resultado final fue un cuerpo del Derecho Civil dominante, que se leía en toda Europa y en todas las universidades, aunque con diversas lentes, diversas exégesis, diversos matices. Entraban

en juego para condicionar esas aplicaciones las tradiciones propias y los juristas que las encarnaban y las defendían. Bajo la apariencia de diversidad política, Europa se configuraba como un bloque no del todo homogéneo en lo jurídico, pero que, a la postre, se mostraba como tal. Y ello porque la autoridad estaba por encima de la potestad; el saber por encima del poder, a partir de un orden clásico, convencional, de tipo teológico, que auspiciaba esas soluciones. El Derecho había nacido para conservar el orden dado, el orden existente, para protegerlo, pero nunca, nunca para cambiarlo. Eso era la Justicia. La jurisdicción, expresión del Poder, se encargaba de esta labor suprema. Allí estaban condensadas sus más altas misiones. Pasemos al capítulo tercero (III), donde se ven los reflejos más relevantes de ese mundo unitario, aunque plural.

Ese momento dominante del Derecho Común iba a tener dos expresiones fundamentales, siempre desde la perspectiva de las fuentes, lo que demuestra el carácter secundario que poseían las leyes en ese tiempo amplio del Antiguo Régimen. Lo que primaba era la dinámica jurisdiccional, ya de los particulares, ya de los propios tribunales. La creación social del Derecho fuera de cauces oficiales, es decir, estatales. Nunca una legalidad inexistente e imposible. De un lado, nos topamos con la labor de los juristas como callados orfebres que leen, releen, delimitan, glosan, dirigen el sentido de los textos, los hacen hablar más allá de sus respectivos tiempos y de sus respectivas palabras, hasta el punto de ir configurando una suerte de depósito legal, la opinión común (*communis opinio*), que se equiparaba a las leyes y constituciones imperiales en cuanto a vinculación efectiva, en cuanto a valor para jueces y tribunales, operando así como una ley a todos los efectos, como un parte muy relevante del Derecho en su conjunto. La opinión común, el valor de la autoridad de cada jurista, dependía no solamente de la acción propia del susodicho, de su capacidad, originalidad e inteligencia, sino también del posterior reconocimiento valorativo que los demás jurisprudentes hacían de su opinión, del consenso de sus iguales, de suerte tal que la aceptación incontestada de la misma o bien la ausencia de discrepancias expresas provocaba esa tal transformación que reforzaba la dinámica en aquella susodicha República de los togados, esa comunidad universal de los juristas de toda raza, *natio* y educación, transnacional, cosmopolita, de todos los sitios y de todas las patrias a la vez, y, sin embargo, de ninguna de ellas. De otro lado, al amparo de la consolidación de las estructuras estatales, en los siglos XVI y XVII, el papel dominante en el universo jurídico lo asumen los tribunales supremos de los diversos reinos y territorios (Moccia, como no podía ser de otra manera, se

centra en los casos italianos: las diversas Rotas eclesiásticas, Saboya, Milán, Nápoles, etc., por ser los más cercanos y los mejor dominados, pero hay menciones a otros territorios), con sus respectivos estilos, creando principios, sentencias, normas, disposiciones, modos de actuar y de ordenar, leyes en suma, que determinaban el funcionamiento regular de esa gran máquina jurídica que era el Derecho Común, Derecho siempre en movimiento y en aplicación, donde hallamos espacios muy interesantes para desmontar la idea del Antiguo Régimen y de su vida jurídica como un templo de la arbitrariedad, del abuso y del capricho del gobernante. Varias razones se pueden oponer a esto: la minuciosa motivación de las decisiones judiciales en ciertos casos, el control de la labor de los gobernantes o el importante tema de los derechos naturales inmutables, que operaban como freno frente a acciones injustificadas del poder político. Todo lo cual demuestra el carácter eminentemente jurídico y juridificado de esos tiempos complejos y remotos, el papel relevante del Derecho en la ordenación y conservación de la sociedad, y la imposibilidad de acuñar fórmulas absolutistas de gobierno. Un Derecho transnacional, extraestatal, universal en cuanto a gestación y a difusión, privado en origen, alumbrado por juristas y tribunales, impedía todo lo anterior. Se impone así un orden jurídico de textura abierta, nunca cerrado porque sus plurales y variadas fuentes no lo eran, ni lo estaban, un orden jurídico comunicante porque desconocía las fronteras y se mantenía plenamente atento al posible intercambio de pareceres y opiniones entre juristas de diversas nacionalidades, pero con una sola formación científica. No había obstáculos. Las universidades y los libros acababan por crear un mercado unificado donde los juristas imperaban sin oposiciones relevantes. El cambio se dará con las Revoluciones liberales y la nueva idea de Código, que llega entre los siglos XVIII y XIX.

Allí, en ese cambio, están concurriendo tanto la crisis del Derecho Común en el siglo XVIII por cierto agotamiento del modelo jurídico, como la respuesta a esa crisis por parte de un Racionalismo que quiere un Derecho más sencillo y claro, más ordenado y más sistemático, pero también diferente en cuanto a sujetos, a facultades y a instrumentos de ejecución de los nuevos mensajes ilustrados de autonomía y libertad, los nuevos mensajes que I. Kant sistematizará y desarrollará a lo largo de la centuria. Moccia pasa al capítulo cuarto (IV). Es el tiempo de la Codificación como propuesta política y como proyecto jurídico, que hunde sus raíces en la Ilustración para estallar en pleno siglo XIX con las realizaciones de Francia, Austria y Alemania (también con reacciones como la Escuela Histórica o con expresiones de defensa llevadas al paroxismo como la Exégesis gala),

pero con un cambio sustancial del Derecho como tal configurado, hasta el punto de que entra en crisis la noción tradicional de jurisprudencia como fuente indiscutible y dominante del orden jurídico. Ya no lo será nunca más. La experiencia y la tradición dan paso a la ciencia y a la legislación como hitos dominantes de la renovada vida jurídica liberal burguesa. Los presupuestos se están invirtiendo. Esos Códigos han procedido a captar el mensaje ilustrado sin contemplaciones y han logrado una inversión de la vida jurídica, tal y como hasta entonces estaba configurada. La pluralidad de fuentes ha dado paso a una sola, el Código en sí mismo considerado. La jurisdicción ha cedido ante la legislación y se ha subordinado a la misma: los jueces ahora son los ciegos aplicadores de leyes, bocas que dicen las palabras de la norma, como quiso Montesquieu. Ya no es tiempo de juristas, sino de políticos. Nunca más tradiciones, sino leyes. Propuestas e informes, reflexiones doctrinales, dan paso a la fuerza de la sanción y de la decisión. Lo particular y casuístico, la inspección, se ha topado de frente con la abstracción y la generalidad. Ahí está la nueva ley. Eso es el nuevo Código. El remozado orden jurídico, trasunto de un rehecho orden social, político y económico, había llegado, precedido por las Constituciones en la mayor parte de los casos, y había llegado con fuerza inusitada, con amplitud temporal y espacial, con presencia incontestable, con cambios formales y también sustanciales, comenzando por la propia concepción del Derecho, de las fuentes y del valor ordenador, casi dictatorial, de ese Código que se convierte en la fuerza jurídica más poderosa de toda la Historia del Derecho universal. Porque determinaba a todas las demás.

Sin embargo, no toda Europa funcionaba igual: las Islas Británicas, en el capítulo quinto (V), muestran otros orígenes, otras evoluciones, otros ritmos, otras instituciones preponderantes, otros efectos, otros resultados finales. Parte esencialmente desmitificadora porque, al albur de esa Historia del *Common Law*, detallada y bien trazada, se muestra cómo ese Derecho anglosajón no dista tanto del Derecho continental y también viceversa. El componente mítico es aquí relevante a efectos de impugnación. No están tan alejados como se ha dicho. Sus primeras manifestaciones son plenamente coincidentes a todos los efectos y operan como ordenamientos paralelos, equilibrando el Derecho romano-canónico con el Derecho nacional o local, pero tal armonía se rompe a partir del siglo XVI. Hasta entonces Inglaterra conoce, difunde, enseña, escribe en términos de Derecho Común como el resto de Europa. A partir de ahí, cambia. La reforma religiosa, las crisis políticas o el papel de las jurisdicciones especiales hacen que las divergencias vayan creciendo, aunque no tanto como se pudiera pensar porque sigue

habiendo cauces de comunicación (libros, bibliotecas, referencias a autores europeos, división de las materias jurídicas para su exposición y estudio, etc.), y además fenómenos continentales, como la Codificación, están entrando poco a poco en el mundo anglosajón, del mismo modo que el poder de los jueces, típicamente británico, se ve acrecentado en el mundo del Derecho Civil. La reflexión final va en este sentido, conduce al siguiente capítulo y, en cierta medida, explica el propósito último del texto: la reivindicación de Europa y del nuevo Derecho Común europeo a partir del viejo, el cual se puede lograr, se puede conseguir plenamente porque hay una tradición mayoritaria y porque la supuesta tradición que no es compartida, ni común, la minoritaria, no difiere tanto de la que predomina en la Europa continental. No hay barreras, por tanto. En esos años inciertos para Europa, es curioso contemplar como la obra de Moccia es un canto a la integración, a la remoción de obstáculos, a la superación de valladares, para que esa vieja idea de la República jurídica, la comunidad de juristas unidos por unos mismos textos y unos mismos modos de actuación, pueda volver a reeditarse en tierras del Viejo Continente.

Cobra así sentido el capítulo sexto (VI) que responde a este deseo: Europa es posible políticamente porque es también posible jurídicamente y viceversa. Ése es el mensaje principal y, con él, que es una invitación optimista a la construcción europea, el libro traducido se culmina. Para ello, para ese objetivo a medio y a largo plazo, es necesario el jurista europeo, no el nacional europeizado, el que sigue anclado en su Estado-Nación, muy al gusto del siglo XIX, sino el que comprenda Europa como realidad política y como problema jurídico, con sus diversos niveles, sus tribunales, su abundante legislación sectorial, aunque cada vez más global y extensiva, etc., el que es capaz de integrar las diferentes capas del mundo jurídico continental, la acción de tribunales que deben dialogar con los jueces nacionales, embarcados todos ellos en un proceso hacia un mundo menos nacional y unitario, por el contrario, más internacional o supranacional y más complejo por confederal, sin Constitución a la vista, pero con elementos paraconstitucionales por doquier. El jurista que se precisa es aquél al que le quepan Europa, su Historia y su presente, en la cabeza, y que la siga construyendo con debate, sin posiciones irreductibles, con combinación de tradiciones e innovaciones, reproduciendo los modos de trabajo de esos juristas antiguos que aspiraban a fundar un Derecho sin Estado, un Derecho sin Nación, un Derecho universal porque no se ajustaba a uno solo de los ordenamientos propios en juego, sino a otro ideal, situado por encima de todos y cada uno de ellos. Por tal motivo, colocado en una clara

situación de superioridad, siquiera fuese formal. El debate sigue abierto: o un Derecho de juristas, o un Derecho de instituciones, que comparece, en el fondo, también como un Derecho de juristas, pero, en todo caso, lo que se requiere ahora es un esfuerzo de sedimentación por parte de los estamentos políticos, con un especial papel protagónico en manos de los tribunales, lo que supone, de nuevo, el concurso y el recurso a los juristas como sucedía en tiempos anteriores más lejanos y distantes. Europa necesita el jurista no por las herencias que éste trae consigo, sino porque la combinación de argumentos y la resolución de antítesis solamente se pueden hacer desde el recurso a las técnicas de razonamiento que le son propias (un cierto escolasticismo y mucha analogía se precisan en estas lides). Solamente así es factible la integración de los diversos niveles. Un jurista que debe pensar en clave nacional, claramente, pero ligándolo con la dimensión europea de modo inexcusable. Un jurista que sea ciudadano de un Estado, sin por ello dejar de integrarse en la Unión. Un jurista confederal y constitucional. Ése es el mensaje principal del texto mocciano. La reivindicación de un ser histórico y comparatista.

5. *Dilatatio*

Siguiendo con el expediente personal del libro y su singladura, las *X Giornate per l'Europa*, celebradas en la Universidad de Roma Tre durante los días 22 y 23 de mayo de 2013, significaron la puesta de largo de la obra con la participación de autor y traductor, pero también de tres grandes figuras del mundo jurídico italiano. Dos procedentes del campo de la Historia del Derecho, los Profs. M. Ascheri y E. Conte, especialistas ambos en esa Europa medieval del Derecho Común, tan indispensable para comprender la civilización occidental, y otro, el Prof. M. Graziadei, comparatista él mismo, para aportar el otro punto de vista indispensable que formaba parte del título de la obra. Historia y comparación no son compartimentos estancos, sino vasos comunicantes porque historiar es comparar y la comparación jurídica no se puede hacer más que desde la perspectiva histórica, desde el tiempo que todo lo puede y todo lo marca. Ambas dimensiones acaban confluyendo en los espacios del Derecho, tanto el del pasado como el del presente y, por eso, el Derecho del futuro también. Eso fue lo que se defendió en la citada presentación, coordinada por el Prof. A. Guaccero. La tesis principal de la obra, de nuevo en acción.

Finalmente, el ensayo tuvo acogida entre los profesionales que es lo que marca su destino, de un modo matizado, pero necesario y también indispensable. Son los libros artefactos en manos de especialistas y al juicio de estos debemos acudir. Damos cuenta aquí de tres recensiones, todas ellas laudatorias, valorativamente afirmativas, sin ditirambos, ni excesos, poniendo sobre el tapete no solamente la labor de traducción, sino también el original texto que es el que debe llevarse todas las alabanzas, todos los parabienes y todos los méritos, como no podía ser de otra manera. Es éste el resultado final de esa peregrinación de Moccia por España. Su perfecta imbricación en este país. Inició esta labor hermenéutica el Prof. J. Iglesias Redondo, amigo romanista de la Universidad Complutense de Madrid, quien dedicaba unas líneas claramente elogiosas, plenamente positivas, llenas de muy buenas intenciones, al texto que nos ocupa, insistiendo en un elemento esencial que compendia ésta y las demás obras de Moccia, como se ha visto hace un momento y se proclamó en la presentación mencionada líneas atrás: sin Historia, sin comparación, no hay posibilidad de conocimiento jurídico en profundidad. El método hace aquí la Ciencia con mayúsculas. Sin esa combinación, el objeto resulta inaprensible. Lamentaba el Prof. Iglesias la escasa tradición de este tipo de estudios en España, pero ponía de manifiesto su florecimiento en Italia, de lo que trae causa este libro que a todos puede aprovechar. Asimismo, subrayaba la pluralidad de interesados por los resultados del ensayo (historiadores, pero también romanistas y comparatistas, internacionalistas y estudiosos del Derecho europeo), la comunicación de la experiencia del pasado con la del presente (ese tránsito que conduce del viejo Derecho Común de tiempos medievales y modernos al nuevo Derecho Común auspiciado por Europa en tiempos actuales), y su clara vocación manualística que se traducía en una escritura didáctica y sintética, con explicaciones sencillas y rigurosas, sin perder nunca un ápice de amenidad y fácil lectura (algo, dice el Prof. Iglesias, que se debe poner también el *haber* del traductor por su excelente trabajo)[2]. También desde el campo del Derecho Romano, la Profa. L. Gutiérrez Masson, asimismo profesora de la Complutense madrileña, brindó una reseña igualmente positiva, poniendo de relieve muchos de los aciertos del trabajo, desde las consideraciones etimológicas colocadas al servicio de los conceptos aplicados hasta la propia construcción intelectual desarrollada, no obstante algunas discrepancias menores, lo que le lleva a proclamar el encomiable esfuerzo realizado por autor y traductor en relación

[2] En *Seminarios Complutenses de Derecho Romano, Revista Internacional de Derecho Romano y Tradición Romanística*, 2013, vol. XXVI, pp. 410-418.

a la extensión y densidad de la obra original, el cuidado de la edición, el acierto en la elección del texto, puesto que una lectura en profundidad del mismo permite alcanzar una visión amplia y rica de la formación histórica y comparada del Derecho europeo de ayer y del Derecho europeo de hoy mismo[3]. Poco tiempo después, en fin, el Prof. R. Ramis Barceló, historiador del Derecho en la Universidad de las Islas Baleares, dedicó unas breves líneas al volumen aquí vuelto a presentar y explicado en cuanto a su generación. Tras resumir los contenidos esenciales, destacó la apertura a la Historia política y jurídica comparadas de la obra traducida como forma de presentación del material histórico allí condensado, su carácter sintético y, sin duda alguna, útil, y su perfecta adaptación a las necesidades de los estudiantes para poder comprender mejor la evolución del Derecho europeo, una triple finalidad que se cumple a la perfección y que estaba en el ánimo original del autor del texto[4].

Con estas breves líneas, en sentido homenaje a un hombre bueno y a un gran universitario en todas sus extensiones y ramificaciones, he querido poner de relieve mi relación profesional y personal con el Prof. Moccia a partir de esta traducción que lleva mi firma, pero que, en realidad, hicimos juntos y de común acuerdo, debatiendo inclusiones y exclusiones, términos y conceptos, estructuras y divisiones, citas y bibliografías, para concluir con una obra que, sin ser un texto capital para conformar el canon jurídico occidental (ni mucho menos era éste su propósito inicial), sirve a las modestas finalidades que tuvo en su origen, aquéllas puestas de relieve por parte de sus lectores cualificados y más críticos, los propios compañeros de universidad, cuyos pareceres son, como se ha podido ver, favorables al resultado obtenido. Digamos así que la obra, el libro, que como todo libro tiene su destino, ha cumplido el cometido originario conforme al cual fue concebido y ha recibido el respaldo de la crítica y del público, lo cual es bastante en los tiempos iletrados que corren. Algo que, en todo caso, se debe a la categoría del autor y, en menor medida, a las buenas artes del traductor. Al primero, al Prof. Moccia, deben ir dirigidas todas las felicitaciones, máxime al amparo de este volumen que celebra su más que merecida jubilación, la cual aguardamos no sea retiro, sino, como la etimología acredita, motivo de gozo para él mismo y para sus amigos, discípulos y colaboradores entre los que, con honor y felizmente, me cuento.

[3] En *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2013, n. 4, pp. 599-605.
[4] En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2014, n. 36, pp. 551-552.

Maurizio Lupoi

English 'equity' and the civil law – a tale of two worlds

SUMMARY: 1. Equity and *aequitas* – 2. The title of this essay – 3. *Utraque lex* – 4. Law of the Church and civil law – 5. Civil law sources in Renaissance England – 6. Equity as a legal order of its own – 7. Equity and written law – 8. The role of the judge – 9. Conclusion.

1. *Equity and* aequitas.

Equity and common law are cohabitants in England as well as in other legal systems originated from English law. A separate court is always a mark of the existence of a separate body of substantive rules and it is certainly of interest to note that courts of equity, abolished as such in England in the last quarter of the XIX century, remained alive in Australia for an additional century and still are alive in some states of the Usa[1].

The abolition of the English court of equity, the Chancellor's court or Chancery, had nothing to do with the movement that took hold in Europe during the second part of the XVIII century and led almost everywhere to the abolition of special courts, be they feudal or clerical or otherwise[2]. It was merely an attempt to simplify a system of courts that had outgrown its reasons and in no way intended to abolish the independent status of equity as *a body of rules*[3].

That is the first point of distinction between English equity and the civil law, for contemporary civil lawyers mention equity in their own languages (for instance, *equité*, *equità*, *Gerechtigkeit*), when the solution of a specific legal issue on the basis of the applicable provisions of the law breeds a sense of dissatisfaction, so that fairness (often equated with equity) and

[1] Delaware, Mississippi, New Jersey, South Carolina, Tennessee.

[2] Special territorial courts survived in England in the county of Durham and in the county of Lancaster until as recently as 1971/2. Ecclesiastical courts are still active in England and their jurisdiction encompasses matters such as church fabric, burials and exhumation in addition to the discipline of priests.

[3] Cf. J. GETZLER, *Patterns of Fusion*, in P. Birks (ed.), *The Classification of Obligations*, Oxford, 1997, p. 157 ff.

other equally evasive concepts are called into play. Then philosophy from Aristotle's *Nicomachean Ethics*[4], sociology, commercial considerations and what else are summoned in order to support a decision that would not be supported by purely legal considerations[5]. That is not how equity is invoked in English law, where equitable rules preexist to their implementation and can be – indeed, are – put down in writing as one does with customary or legislative rules.

Comparative law has shown that the persistence of a body of rules separate from the mainstream of a given legal system requires an entity apt to produce new rules or at least to adapt the existing ones, thus often bringing about new rules under cover of interpretation. The English legal system has enabled equity to grow as it has always grown, that is, by judicial precedent; and here we have a second point of distinction with the civil law. Not only equity is a body of rules as a legal text could be, whether or not termed "code", but is a *living body*.

2. *The title of this essay*

The subtitle I gave to this brief essay – "A tale of two worlds" – recalls a motion picture of 1921 about a Chinese girl grown in America as a white girl but then thrown back into Chinese reality when she became the object of a contract of marriage with a Chinese slave trader and was finally rescued by a young American secretly in love with her.

I thus meant to underline how a word that undoubtedly originated in Roman law – "aequitas" – has lost any distinctive character in the legal systems directly deriving from Roman law and has come to identify a legal system that for many centuries was seen – and still is – as the other half of the world, actually another world[6]. And that any attempt to move the Roman law heritage into this other word would be doomed to failure.

3. Utraque lex

[4] Cf. H.E. Yntema, *Equity in the Civil Law and in the Common Law*, (1966-67) 15 Am. J. Comp. L. 60, at pp. 62-66. Among recent works see A. Sucre, *Aristotle's Conception of Equity in Context* (2013). Theses, http://irl.umsl.edu/thesis/201.

[5] See the interdisciplinary studies by M. Fortier, *The Culture of Equity in Early Modern England*, Aldershot, 2006 and *The Culture of Equity in Restoration and Eighteenth-Century Britain and America*, Farnham-Burlington, 2015.

[6] The expression "*the* other half of the world" refers to the initial stages of modern comparative law, when Hindu, Muslim, Chinese law (not to mention the so-called "primitive legal systems") did not warrant any consideration.

Most legal systems have had to cope with a deficit in their ability to follow the development of society. Systems based on written law of legislative origin, like Roman law after Justinian, often deluded themselves into believing that it would be possible to have all new matters referred to an entity that in each instance would dictate new rules (as was enacted by Justinian in his constitution "Tanta") or that a court of final instance could ensure that every judge kept within a code that was meant to provide for all possible occurrences, so that any new rule or any non-literal application of the law would have to be referred back to the legislative body (as the Tribunal de Cassation in France from 1790 to 1804 with its attendant *référé législatif*)[7].

An alternative view prevailed in the Middle Ages. Already emperor Constantine had convened an ecclesiastical council at Nicaea in 325, thereby commencing a collaboration between secular and religious powers that took a completely new turn in the following centuries when kingdoms were built on the ruins of the Western Roman empire and the Church, greatly experienced in legislative matters, provided the kings of the new peoples with the know-how they required to build the new kingdoms[8]. The notion of *utrumque ius* or *utraque lex* took hold from the sixth century. The king was the recipient of a divine mandate. The bishops stood at the apex of the state and the anointment of the king was listed among the sacraments. The royal unction turned the king into a priest who often achieved sainthood.

In Carolingian times the king would decide legal matters together with those who knew both laws – the sacred and the prophane – but in case of conflict the law of God was to prevail:

> «[the king] ita statueret ut, ubi utrumque servari posset, utrumque servaretur, sin autem lex saeculi merito comprimeretur and iustitia Dei conservaretur»[9].

That was the prevailing view in all Europe until well into the XIII and XIV centuries (suffice it to recall the prohibition of interests on loans, enforced by the civil law in order to implement the precepts of canon law). It was then that writers on Canon law, most notably Cardinal Hostiensis in the second half of the XIII century, expounded a proposition that was

[7] See Jean-Louis Halperin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution* (1790 – 1799), LGDJ, 1987.

[8] This is one of the theses I developed in *The origins of the European legal order*, transl. A. Belton, Cambridge, 2000.

[9] Hincmar, *De ordine palatii*, cap. 21.

perfectly in keeping with the picture I have just sketched: there exists an unwritten *aequitas*, namely the law of God, he said, and that is to prevail even against written law whenever a soul is in danger – "ubicumque agatur de periculo animarum"[10].

For instance, when the law of the land does not enforce promises unless they are embodied in a document bearing the seal of the promisor, as was the case in England until the Slade's case of 1602[11], canon law would enforce them because it is a sin not to stand by the word given, even more so if the promisor has sworn his promise or engaged his faith. Bracton's notebook in the second half of the XIII century had shown that the *laesio fidei* enforced by the *curia christianitatis* usually related to the breach of what we would today call binding engagements or "contracts"[12].

4. *Law of the Church and civil law*

The law of the Church was seen by English lawyers as intertwined with the civil law, "utraque lex". The catalogue of the Bodleian library of 1605 put them into a single class: "Jurisprudence" or "Libri Juris"[13].

The bishops held their own courts in England, the consistory courts that drew on a late Imperial institution, the *episcopalis audientia*[14]; those courts were staffed by experienced advocates and proctors and were presided over by judges with training in both Roman and canon laws[15]. Ecclesiastical courts were very active in England during the Middle Ages and their jurisdiction encompassed wider areas than elsewhere in Europe. Bishops

[10] Henricus de Segusio (Card. Hostiensis), *Apparatus super quinque libros decretalium*, cap. 9, *De arbitris*, I, 48.

[11] See J.H. Baker, *New Light on Slade's Case*, (1971) Camb. LJ 51 and 213; D. Ibbetson, *Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context,* (1984) 4 Oxford Journal of Legal Studies 295; A.W.B. Simpson, *The Place of Slade's Case in the History of Contract",* in Allen D. Boyer (ed.), *Law, Liberty and Parliament: Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, Indianapolis, 2004.

[12] Bracton's *Note Book* (F. W. Maitland ed., 1887), Nos. 50, 351, 670, 1464, 1893; it should be remembered that Bracton was an ecclesiastic in addition to being a judge.

[13] Th. Baker, *Catalogus librorum Bibliotecae publicae* …, Oxoniae, 1605, now in *The first printed Catalogue of the Bodleian library 1605 – a facsimile*, Oxford, 1986.

[14] As to which see M. Cimma, *L'"episcopalis audientia" nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Turin, 1989.

[15] R.H. Helmholz, *The Oxford History of the Laws of England, I – The Canon Law and the Ecclesiastical Jurisdictions from 597 to the 1640s*, Oxford, 2004, p. 207.

would sit in their courts and adjudge under canon and civil law matters as diverse as legitimate birth, marriage, probate, defamation, adultery, breach of faith and succession to personal property.

In order to understand the birth of equity it is not enough to recall that the King's Chancellors until Henry VIII were mostly bishops; one has to add that quite often they held a university degree in canon law as well as in civil law[16] and that that went on for almost another century. For instance, Chancellor Egerton was labelled in a law report as being "utriusque legis peritus"[17]. And one has to place all this in context: chancellors before being appointed had usually been judges of the ecclesiastical courts. It then becomes obvious that the law they dispensed once they sat in the Chancery as the King's chancellors to hear litigants who could find no redress in the courts where the common law of the land was applied would be the same law they had until then applied in the ecclesiastical courts, ignorant as they were of the technicalities of common law pleading. Contemporaries perceived neatly that the Chancellor drew his rulings from canon and Roman or contemporary *ius commune* Continental law sources, to which they referred under a common label: "civil law"[18]; common lawyers would often mark the distance with the expression "lour ley", 'their law'[19].

The Chancellors made sure to have a strong civilian basis in their staff: the Lancastrian monarchy employed *doctores legum* in key positions and the Tudors staffed the Chancery with civilian masters[20]; their list is impressive and shows a total civilian dominance[21].

[16] Not only that, often they were prominent lawyers; for instance three predecessors of Cardinal Wolsey, Henry VII's Lord Chancellor, had been principals of the canon or of the civil law school at Oxford: J. Barton, *The Faculty of Law*, in T.H. Aston (gen. ed.), *The History of Oxford University*, III, J. McConica (ed.), Oxford, 1986, pp. 285-293.

[17] *Rogers' case* (1603 x 1617), in W.H. Bryson, *Cases concerning Equity and the Courts of Equity 1550-1660*, Selden Society, vol. 117, 2001, p. 474.

[18] See the concept of "ius commune" and Roman law and Canon law as its components: R.H. Helmholz, *The ius commune in England. Four studies*, Oxford, 2001, pp. 10-15; L. Moccia, *English Attitudes to the Civil Law*, (1981) 2 J. of Legal History 157.

[19] After apprentice Rolf spoke of Canon law as "lour ley", Tyrwhit, judge of the King's Bench, retorted: «Vous ne direz pas leur ley; nostre ley; mes per ley de Saint Esglise»: (1409) Y.B. Mich 11 Hen 4 pl. 30.

[20] N. Pronay, *The Chancellor, the Chancery, and the Council at the End of the Fifteenth Century*, in H. Hearder, H.R. Lyon (eds.), *British Government and Administration. Studies presented to S.B.L Chrimes,* Cardiff, 1974, pp. 91-92; see also W.J. Jones, *The Elizabethan Court of Chancery*, London, 1967; M.L. Cioni, *Women and law in Elizabethan England with particular reference to the Court of Chancery*, Cambridge, 1985.

[21] E. Heward, *Masters in Ordinary*, Chichester, 1990, pp. 79-81 provides a detailed list. Among the very few Chancellors who could be termed "common lawyers" was obviously Sir

5. *Civil law sources in Renaissance England*

That could not have had lasting effects unless civil law sources were readily available: mainly manuscripts until the end of the XV century and then printed texts.

The history of civil law manuscript sources in English Universities and in private libraries is still unwritten but there is enough evidence to allow an observer to say that a consistent body of civilian literature was there and was kept up to date[22]; from private ownership it would often migrate to college libraries by way of donation[23].

Scholarly research in this area is still wanting. However, specific contributions allow us to catch glimpses of what must have been an uninterrupted flow from the Continent to England. That was favoured by the fact that English doctors of both laws (canon and civil) would graduate not only from Oxford or Cambridge but very often also from Continental universities such as Paris, Padua[24] Bologna or Ferrara[25], and that civil lawyers were welcome in England[26].

Between 1490 and 1540 once printed books became available

Thomas More.

[22] Cf. P. Morgan, *Oxford Libraries Outside the Bodleian*, 2nd ed., Oxford, 1980; *Oxford College Libraries in 1556. Guide to an Exhibition held in 1956*; J. Buxton, P. Williams (eds.), *New College*, Oxford, 1979. Contemporary evidence supports this view: see, for instance, All Souls' catalogues of 1546 and of 1556; cf. E. Craster, *The History of All Souls College Library*, London, 1971.

[23] See N.R. Ker, *Records of All Souls College Library 1437-1600*, Oxford, 1971, where the objects of gifts to the college's library are listed, thus showing the existence of important private collections of civil law books. Andrew Perne, a vice-Chancellor of Cambridge University, not a lawyer (but a cleric) owned 2900 books and among them were Mysinger, Tiraquellus, Paul de Castro, Alciatus, the Codex, the Digest, the Institutiones, the Speculum Durandi and other civil law books: E.S. Leedham-Greee, *Books in Cambridge Inventories*, vol. II: *Catalogue*, Cambridge, 1986, at p. 419 ff.

[24] See J. Woolfson, *Padua and the Tudors. English Students in Italy, 1485-1603*, Cambridge, 1998.

[25] G.D. Squibb, *Doctors' Commons. A History of the College of Advocates and Doctors of Law*, Oxford, 1977, p. 31.

[26] A. Wijffels, *"Ius gentium" in the practice of the Court of Admiralty around 1600*, in A.D.E. Lewis, D.J. Ibbetson (eds.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, 1994, p. 119, at p. 124, footnote 12, relates that in 1593 the Faculty of Tübingen delivered an opinion that was filed before the Admiralty Court. See also M. Clandison, *The Bodleian Library and its Readers*, (2006) 19 Bodleian Library Record 300; a specific occurrence is related by R.A. Beddard, *The Bodleian First Foreign Reader, 1603*, (2003) 18 Bodleian Library Record 151.

manuscripts on the civil law were no longer looked after[27] and many of them were cut into pieces and inserted at the end of the books to strengthen their binding (pastedowns)[28]. That makes the list of Oxford manuscripts surviving in 1852 most impressive[29].

The flow from the Continent was if at all strengthened[30]. Gifts went on, but there is evidence of a deliberate policy of purchases by college and university libraries[31] as well as by individuals[32]. Even stout common lawyers

[27] Entire collections disappeared, for instance the Duke Humphrey university library: N.R. Ker, *The provision of books*, in *The History of Oxford University*, III (fn. 16) at p. 465; many of All Souls' civil law manuscripts were given away (E. Craster, *The History of All Souls College Library* (fn. 22), p. 19).

[28] N.R. Ker, *Fragments of Medieval Manuscripts used as Pastedowns in Oxford Bindings*, Oxford, 1954.

[29] H.O. Coke, *Catalogus codicum MSS qui in collegiis aulisque oxoniensibus hodie adservantur*, 2 voll., Oxford, 1852. They cover all the European civil law scholars (some manuscripts date from the XIII century). From the XIV century students were required to own their own copies of the Roman law texts and scribes were available to produce them: M.B. Parkes, *The provision of books*, in J.I. Catto, R. Evans (eds.), *The History of Oxford University*, II, Oxford, 1992, at pp. 410-415.

[30] As to Cambridge see E.S. Leedham-Greene, *Books in Cambridge Inventories*, (fn. 23); as to Oxford see Th. Baker, *Catalogus librorum Bibliotecae publicae* (fn. 13). Civil law books were then regularly added, witness the *Appendix ad Catalogum librorum in Bibliotheca Bodleiana*, 1620, showing the purchase, among others, of a collection of French cases (*Placitorum summae apud Gallos curiae libri XII*, Lutetiae Parisiorum 1559), of Scaccia's *De iudiciis*, of an edition of the *Corpus iuris civilis* with Accursius' gloss and several commentaries, and of three works of Bartolus.

[31] N.R. Ker, *Oxford College Libraries in the Sixteenth Century*, (1957-1961) VI Bodleian Library Record 459; A. Wijffels, *Late Sixteenth-Century Lists of Law Books at Merton College*, Cambridge, 1992.

[32] Historical research has uncovered the contents of the personal library of a Master in Chancery, Sir Edward Stanhope, admitted at Doctors' Commons 1576, Master in Chancery 1591-1608. He owned 15 manuscripts and 146 books, among which were Bartolus, Baldus, Azo, Mysinger, Paulus de Castro, Menochius, Mantica, Tartagni, Cynus, Salicetus, Farinacius etc.: A. Wijffels, *Sir Edward Stanhope's Library*, in R. J. Fehrenbach, E. W. Leedham-Green (eds.), *Private Libraries in Renaissance England*, 6 vols., New York, (1992-2004), I, 41 ff.

were not averse to owning books of the civil law[33] [34]. The evidence so far brought to light shows that by the end of the XVII century college and University libraries owned vast collections of civil law books[35] and that civil law books by then outnumbered canon law books[36].

English canon and civil law doctors from the very beginning of collegiate studies were thus imbued with theological and Romanistic learning[37]; Hostiensis' view of "rigor iuris" and the Glossators and post-Glossators discussions on "aequitas rudis" as opposed to "equitas constituta in legibus" and Martinus' view of *aequitas* as an element of the office of the judge as well as his often-repeated sentence "nihil aliud est [equitas] quam Deus" were part of their cultural common ground[38].

[33] Cf. W.O. Hassall (ed.), *A Catalogue of the Library of Sir Edward Coke*, Yale University Press, 1950. The libraries of the Inns of Court include Renaissance civil law books. For instance, I located 54 books of *Consilia* at Middle Temple, mostly printed in the XVI century, and law reports from the Roman Rota, the Florentine Rota and the Portuguese Senat. At Lincoln's Inn – Gray's Inn (their library catalogues have been unified) I found XVI century works such as Guy Pape, Jason de Mayno, Dino del Mugello, Grotius, Mantica and for the subsequent century the full *Theatrum veritatis* of Cardinal De Luca. However, based on the information I collected there is no evidence of purchases or even of gifts made at the time those books were printed.

[34] Here is an interesting and possibly still unknown fact about St John's books. When the college was founded in 1555 by Sir Thomas White, a London merchant presented him with a book "ad usum Colegij per eumipsum de novo erecti in Oxonia": it was a Digest that included the *Infortiatum* (the relevant document is among St. John's mss, fol. 24).

[35] Only one example. In 1741 St. John's College (Oxford) owned, among other civil law books, several editions of the *Corpus iuris civilis*, including the *Institutiones cum glossis* of 1512, a Digestum of 1511 and another 0f 1553, Bartlolus' Commentaries in 8 volumes and Bartolus' *Consilia*, Azo, Cujacius, Gothofredus, Donellus, Paul de Castro's Commentaries of 1521, the *Opera Omnia* of Duarenus, the Roman Rota's decisions with comments by P. Rebuffo of 1567 and 28 volumes of the *Tractatus illustrium in vtraque tum pontificii, tum caesarei iuris facultate iurisconsultorum* of 1584.

[36] N.R. Ker, *Oxford College Libraries* (fn. 31), pp. 496-7.

[37] I do not disregard Doctors Commons, but that was an institution for qualified doctors, I am here concerned with their training.

[38] Recent research on *aequitas* in canon law and in the *ius commune* include: P. Landau, *'Aequitas' in the Corpus Iuris Canonici*, (1994) 20 Syracuse J. Int'l L. & Com. 95; E. Cortese, *Equité et justice, la dynamique bipolaire du droit au Moyen Age, in Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, 2009, p. 299; A. Padoa Schioppa, *Equità nel diritto medievale e moderno: spunti della dottrina*, https://doi.org/10.4081/incontri.2017.301.

6. *Equity as a legal order of its own*

Contrary to the constitutional position of the Roman *praetor*, the Chancellor did not purport to come to the aid of the common law[39]. In fact, the Chancellor purported to come to the aid of justice and did so in the manner that was the most becoming for a shepherd of souls: calling upon the *conscience* of the affected parties. The Chancellor's court was indeed categorised as a "court of conscience", the name "court of equity" came later[40].

In the course of time the web of legal precedents flowing from the court of the Chancellor came to be known as "equity".

We have thus reached the third element of distinction between English equity and contemporary civil law*: at the root of the intervention of equity lay a legal order of its own, supported by canonical and civilian scholarship*. The parallel with the Roman *praetor* has no foundation both because the *praetor* used the very concepts of the *ius civile* it intended to support ("adiuvandi vel supplendi vel corrigendi" in Papinianus' words[41]) and because the *edictum* was codified in the first century, so that the *ius honorarium* ceased to have a life of its own whereas equity was and is a living body.

7. *Equity and written law*

English equity to sum it up, is a body of rules subject to growth through the work of the courts that administer it and whose foundation lays in the conscience of the affected parties as the lawyers of the formative era of equity quite clearly perceived[42]. Reference to "conscience" takes us back to

[39] In their famous *Supplicacion* of 1547 to Edward VI the common lawyers lamented that the decrees issued by the Court of Chancery were «moste grounded upon the Lawe Civile» and that the judges there, «being Civilians and nat learned in the Comen Lawes», would decide «according either to the saide Lawe Civile or to their owne conscience»: *Acts of the Privy Council of England*, n. s., II (J. R. Dasent ed., 1890, Kraus reprint, 1974), 48-50. On this period see M. Blatcher, *The Court of King's Bench 1450-1550. A Study in Self-help*, London, 1978.

[40] Generally on the birth and growth of equity in England from the standpoint of canon law see J. Martínes-Torrón, *Anglo-American law and canon law: canonical roots of the common law tradition*, Berlin, 1998.

[41] D. 1.1.7.1 (Papinianus, lib. II *definitionum*).

[42] For instance, in 1478 a judge pointed at a conduct that was clearly tortious according

the claim of Canon law to prevail over written law whenever a soul is in danger - "ubicumque agatur de periculo animarum" and we can detect here the cornerstone of the building erected by the Chancellors over the course of time on the basis of the canon and civil law theoretical conceptions of *aequitas*. The key to understanding the role played by the Chancellors is that they kept morals and laws together whilst everywhere else in Europe the two were parting and did eventually part.

"Conscience" is at the root of "unconscionable", an adjective very difficult to translate in other languages[43] but playing a pivotal role in the world of equity[44]. Lest a civil law reader of this essay should think that I am referring to historical episodes, I hasten to add that "conscience" and "unconscionable" are words currently employed in contemporary case-law; as a Law Lord wrote in 1996: «Since the equitable jurisdiction to enforce trusts depends upon the conscience of the holder of the legal interest being affected, he cannot be a trustee of the property if and so long as he is ignorant of the facts alleged to affect his conscience»[45].

Written law may have to yield to equity as one of the traditional maxim of equity holds: «equity will not allow a statute to be used as an instrument of fraud»[46], meaning that in the world of equity one cannot use the written law as a shield when to do so would be against the conscience. An example is when the law requires that certain contracts be made in writing and a party makes a claim on an oral promise. In spite of such promise being legally void, equity may compel the defendant to keep his oral promise if that is what conscience dictates[47]. It is not difficult to find here the echo of the discussions among the Glossators and Giovanni Bassiano's statement

to the common law but was accepted by equity: «un tort per le commen ley, mes en conscience est auter»: Y.B. Mich.18 Edw 4 pl. 29 (1478). References of this kind are many, see my essay *Trust and Confidence*, (2009) 125 LQR 253.

[43] Cf. W. Barbour, *Some Aspects of Fifteenth-Century Chancery*, (1918) 31 Harvard LR, at pp. 838-840; W.J. Jones, *The Elizabethan Court of Chancery* (fn. 20), pp. 422-448.

[44] Among the earliest modern authors see L.O. Pike, *Common Law and Conscience in the Ancient Court of Chancery*, (1885) 1 LRQ 443; J.B. Ames, *Purchaser for Value Without Notice*, (1887) 1 Harvard L R 1, at p. 3.

[45] Lord Browne-Wilkinson in *Westdeutsche Landesbank* v. *Islington London Borough Council*, [1996] AC 699, at p. 705.

[46] On the historical basis of this maxim see J.D. Feltham, *Informal trusts and third parties*, (1987) Conveyancer 246; P. Critchley, *Instruments of fraud, testamentary dispositions, and the doctrine of secret trusts*, (1999) 115 LQR 631; see also M. Pawlowski, *Fraud, Legal Formality and Equity*, (2001) 23 Liverpool LR 79.

[47] See, for instance, *Bannister* v. *Bannister*, [1948] 2 All ER 133; *Binions* v. *Evans*, [1972] 2 All ER 70; and *Re Densham*, [1975] 3 All ER 726.

that the judge should decide a case «potius secundum equitatem animi sui quam secundum legem»[48].

8. *The role of the judge*

The cultural chasm thus separating equity from contemporary civil law does not require to be underscored but one more *dramatis persona* must be brought to the fore before we leave this subject: the judge.

One of the civilian marks of equity is its use of maxims, the number of which is variable[49]. Most of them are addressed to the judge and entrust him with decisions that are basically left to his discretion as we have just seen. For instance, the maxims "One who seeks equity must do equity" or "He who comes into equity must come with clean hands" clearly call into play an assessment of the behaviour of the claimant that cannot be based only on legal rules and that, therefore, requires to be entrusted to judges who are accustomed to deciding cases according to the values of the society they live in rather than logically deriving conclusions from the written law. That does not turn equity into a "roguish thing" as a controversial XVII century jurist put it[50], it simply marks the watershed between two historical developments of that notion of *utrumque ius* that between the Middle Ages and the Renaissance made a legal commonalty of many nations that would have nothing else in common (not even religion from a certain date on).

One could then ask why English law developed "equity" and the civil law did not[51]. The answer is probably to be found in the different role that

[48] A. Padoa Schioppa, *Equità nel diritto medievale e moderno* (fn. 38).

[49] A comparative law outlook is in P. Stein, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966.

[50] J. Selden, *Table Talk* (Pollock ed., 1927), p. 43. Selden held that the civil law had had no role in England from the beginning of the reign of Edward III save in marginal cases, basically concerned with foreigners (such as Admiralty, Marshal and University courts). It is however striking to notice how familiar Selden was with civil law sources and how appropriately he referred to them in his *Dissertatio* of 1647; see D. Ogg (ed.), *Ioannis Seldeni Ad Fletam Dissertatio*, Cambridge, 1925. In fact, Selden held that the civil law was the best and richest depository of jurisprudence and wrote on civil law matters such as tithes, law of the sea and *ius gentium*: cf. D.R. Coquillette, *The Civilian Writers of Doctors'* Commons, London-Berlin, 1988, p. 261.

[51] Cf. M.P. Gilmore, *The Jurisprudence of Humanism*, (1961) 17 Traditio 493, points out that Budé, Alciatus and Zasius together with Erasmus of Rotterdam had shared the view that written law had to be corrected in the light of higher ethical norms.

statute law played in the civil law and in England. In the civil law the Corpus Iuris stood at the apex of legal sources and in spite of its many inconsistencies commanded obeyance (today one could substitute codes and constitutions to the Corpus Iuris and would bring about the same consequences); in England there was no comparable structure and in fact equity rulings did mostly concern common law rules, only occasionally statutes[52].

9. *Conclusion*

Much though English equity was begotten by the canon and the civil law, it would be hard to detect any point of contact with contemporary civil law[53].

[52] Probably writing in 1581, R. Snagg related that, according to some, Chancellors could «cancellare iniquam Legem Communem»: I. Williams, *Prerogative and the Authority of Chancery*, in M. Godfrey (ed.), *Law and Authority in British Legal History*, 1200-1900, Cambridge, 2016, 33 at pp. 50-51.

[53] For a quite different approach see R.A. Newman, *Equity in Comparative Law*, (1968) 17 Int'l & Comp LQ 807.

Diego Corapi

Comparazione e diritto privato nella tradizione giuridica occidentale[*]

Sommario: 1. Il diritto privato cuore degli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale – 2. La comparazione nello studio del diritto privato – 3. Il diritto privato diritto dei privati – 4. La comparazione nelle vicende storiche del diritto privato – 5. L'attuale evoluzione del diritto privato – 6. Conclusioni.

1. *Il diritto privato cuore degli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale*

Il diritto privato, il complesso delle norme che regolano i rapporti tra individui e tradizionalmente comprendono la persona e i suoi diritti, la famiglia e le successioni, i diritti sui beni, le obbligazioni e la responsabilità civile, è il cuore degli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale (la *Western Legal Tradition*), caratterizzati dalla presenza del diritto come sistema di regole della vita sociale distinte dalle regole della religione, della morale, della politica, del costume e degli altri corpi sociali. La nozione di diritto privato è, invero, connaturata alla nozione di diritto, di *ius,* inventata nell'antica Roma, ne costituisce la parte più significativa. Il diritto privato ha così continuato nei secoli, nel continente europeo con lo sviluppo di uno *ius commune* sulla base della raccolta che ne offre il *Corpus iuris civilis* giustinianeo e in Inghilterra con lo sviluppo giurisprudenziale della *common law* del Regno, e ancor oggi continua a connotare le forme in cui vengono declinati i valori e i principi della vita sociale del nostro e degli altri paesi d'Europa e di larga parte del mondo civilizzato (o colonizzato) dagli europei.

Per l'interpretazione e applicazione degli istituti e delle regole del diritto privato, così come è inteso nella tradizione giuridica occidentale, è essenziale, dunque, la comprensione del significato che ha avuto ed attualmente ha la loro definizione a partire dall'invenzione dello *ius civile*. Lo studio porta allora non solo a dover percorrere la sua storia, ma anche a comparare i suoi divergenti o convergenti esiti odierni negli ordinamenti che da esso sono stati plasmati.

[*] Questo studio è dedicato al caro amico Luigi Moccia, che potrà in esso ritrovare qualche frutto degli insegnamenti con lui condivisi dell'indimenticabile Maestro Gino Gorla

2. *La comparazione nello studio del diritto privato*

Storia e comparazione del diritto sono, invero, due momenti inscindibili di questo studio. Ricordando il detto dello storico del diritto Frederic Henry Maitland, *History involves Comparison*, Gino Gorla ha aggiunto che *Comparison involves History*. La storia è comparazione diacronica e la comparazione, che è invece sincronica, non può fare a meno della prospettiva offerta dalla storia.

Come la storia, anche la comparazione tra regole, istituti e ordinamenti muove da un punto di vista per così dire esterno ad essi. Diversamente dalla storia, o comunque più della storia, la comparazione del diritto ha di mira le soluzioni concrete, operative, che nei diversi ordinamenti risultano dalle loro regole e dai loro istituti. Detto in breve e solo come anticipazione di quanto risulterà dalla sua applicazione anche nelle lezioni che seguono, il suo metodo non è soltanto l'esposizione di norme e istituti di diversi ordinamenti, ma soprattutto l'analisi e il confronto della loro effettiva portata.

Se è vero che il diritto non è una scienza, ma un'arte (*ars boni et aequi,* Dig.I.1) che fissa le regole per fare "cose", cioè per risolvere questioni poste dai rapporti che si intrecciano nella società, sì che per comprendere l'essenza di una questione giuridica è necessario determinare l'impatto operativo della regola che si intende applicare, e se è altresì vero che, come ci insegna anche un eminente giurista americano, Oliver Wendell Holmes, *the life of the law has not been logic but experience,* la comparazione tra i modi in cui le diverse regole sono definite e applicate in diversi ordinamenti costituisce un momento fondamentale per la loro comprensione, per la più giusta loro interpretazione e più coerente ed efficace loro applicazione in ognuno di tali ordinamenti.

Comparando le regole dei diversi ordinamenti si può mettere in luce in che modo regole diverse vengano impiegate per giungere ad analoghe soluzioni ovvero, *à rebours,* come regole analoghe arrivino invece a soluzioni diverse. Per questo obiettivo la comparazione è un metodo indispensabile. Attraverso il confronto delle soluzioni nei diversi ordinamenti si può mettere in luce come le regole che in questi ordinamenti sono impiegate per tali soluzioni possano essere diverse o diversamente operare e comunque quale sia il loro diverso fondamento.

Se ad esempio vogliamo comprendere il *trust* negli ordinamenti (ovvero *jurisdictions*) della *common law* anglo americana, occorre non solo risalire alla origine storica di questo istituto, ma anche alla sua collocazione e alle sue funzioni nel contesto della nozione di proprietà, contratto e persona giuridica di quegli ordinamenti in confronto a quelle del nostro e degli altri

ordinamenti della *civil law* continentale.

In Italia questo metodo di studio comparatistico ha avuto importanti sviluppi per le caratteristiche del nostro ordinamento giuridico, che da centro dell'elaborazione dello *ius commune* nel Medioevo e nel Rinascimento è stato, dall'unificazione del Paese in poi, largamente influenzato prima dal codice civile francese e successivamente dalla dottrina tedesca ed ha ora un contatto più intenso con la *common law* degli Stati Uniti e, quindi, si è sempre confrontato con diversi ordinamenti.

In questo contesto studiosi italiani hanno elaborato la nozione di comparazione giuridica come metodo "fattuale" o problematico, che pone a confronto non (solo) le regole formali ma soprattutto la loro effettiva portata operativa nella soluzione delle questioni.

È il metodo che Gino Gorla sperimentò nei *Cornell Seminars* sulla formazione dei contratti diretti da Rudolph B. Schlesinger nel 1963 e utilizzò nella fondamentale sua opera sul *Contratto*, mentre anche nelle successive sue ricerche sulle radici dello *ius commune* condotte con un metodo storico comparativo non mancò di rilevare che la comparazione permette di avere un quadro anche delle fonti non formali del diritto, di quegli elementi definiti *paragiuridici* che affiancano il diritto e ne spiegano il senso.

Rodolfo Sacco, poi, ha affermato essere la comparazione giuridica una vera e propria scienza che ha ad oggetto l'accertamento delle differenze e concordanze dei modelli giuridici presenti in diversi ordinamenti senza fermarsi alle loro fonti formali, ma prendendo in considerazione tutti i loro "formanti", anche quelli non esplicitati ma presupposti (i c.d. *crittotipi*). In particolare la seconda delle c.d. *Tesi di Trento* (dal nome dell'Università dove, sempre per ispirazione di Rodolfo Sacco, le *Tesi* sono state enunciate quale guida per il corretto uso della comparazione giuridica), proclama che «la comparazione rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato o nel presente, secondo il criterio per cui si considera reale ciò che è concretamente accaduto». Si introduce però una distinzione tra metodo e scienza della comparazione giuridica, quest'ultima avente quale scopo la oggettiva e neutrale misurazione delle differenze esistenti tra diversi modelli giuridici, per contribuire alla loro conoscenza.

La distinzione tra metodo e scienza della comparazione giuridica e la individuazione dello scopo di questa come scientificamente neutrale, tuttavia, lascia fuori la ulteriore vera finalità della comparazione, che è quella non solo di misurare differenze, ma altresì e soprattutto, di giungere attraverso questa misurazione alla comprensione delle modalità con cui istituti e regole di diversi ordinamenti esprimono valori e principi propri ad

ognuno di essi. Nell'ansia di attribuire scientificità alla propria indagine si finisce così, paradossalmente, per lasciarne nell'ombra proprio l'aspetto più interessante: i *non dits*, quel contesto che colma *la distance qui separe la règle de la solution* (così Charles Mouly).

La comparazione è, invero, lo strumento per l'attuazione del pensiero problematico o topico, cioè per vedere tutto il diritto, anche nei suoi valori e principi, sotto la specie di questioni da risolvere. Con la comparazione viene alla luce quel che Josef Esser ci ha insegnato, cioè che non soltanto la regola, ma anche il concetto giuridico è pre-qualificato attraverso giudizi di interessi, sicché l'assunzione apparentemente logica è un reintegrarsi di un giudizio di interessi che era incluso *in nuce* nel concetto giuridico e che, quindi, anche concetti di mera tecnica giuridica, ricevono il loro significato dalla questione della giustizia.

Con la comparazione viene alla luce, altresì, il senso delle metafore che continuamente usiamo per descrivere il fenomeno del diritto. La propensione umana alla metafora, ovvero all'analogia, produce quei concetti che sono razionalità immaginativa essenziale per creare il vocabolario delle istituzioni ovvero le sue categorie o paradigmi. Nel diritto, che non ha o per lo meno non dovrebbe avere la pretesa di essere scienza e neppure il fine di proclamare verità assolute, *la verità è, invero, un esercito di metafore* (Friedrich Nietzsche). Si pensi, ad esempio alla nozione di *persona giuridica* come metafora di qualcosa cui attribuire la capacità di essere centro di imputazione di situazioni soggettive e all'uso e abuso che di essa si è fatto (ad esempio per consentire la singolare costruzione di società socie di altre società e quindi del c.d. gruppo di società). Per comprendere la natura e i limiti della persona giuridica, perché non si trasformi in una sorta di "omone" o di *Frankenstein's monster* (come obiettò il giudice Louis Brandeis in una celebre *dissenting opinion*), è senza dubbio necessaria la comparazione della sua definizione e del suo uso nei diversi ordinamenti.

In definitiva, la comparazione è in effetti un indispensabile metodo di studio e analisi della realtà del diritto della vita sociale di diversi paesi. Il suo significato resta quello che, oltre a Gino Gorla, ci ha indicato un altro grande studioso, Tullio Ascarelli. Secondo quest'ultimo, la comparazione integra in modo essenziale l'*interpretazione* delle norme che nel suo costante rinnovarsi è la fonte concreta del diritto. Nelle parole del primo, *la comparazione è uno strumento, non di conoscenza pura, ma di comunicazione che consente di intendere le connessioni dei principi, le regole del diritto e i problemi da risolvere*. La comparazione è strumento del *legal process,* la ininterrotta e funzionale attività con cui il diritto cerca di risolvere i problemi della vita sociale, chiarendone i valori e i principi su cui è fondato.

3. *Il diritto privato diritto dei privati*

Uno studio comparato del diritto privato nell'esperienza degli ordinamenti contemporanei della tradizione giuridica occidentale muove, dunque, necessariamente dal richiamo della sua storia fondante, l'invenzione dello *ius* e in particolare dello *ius civile*, e dei caratteri che, nel corso di questa storia, ha assunto.

Si è già ricordato come il diritto privato (lo *ius quod ad singulorum utilitatem spectat*) sia il cuore della nozione di diritto, dello *ius* che è il lascito dell'esperienza dell'antica Roma. Alla civiltà romana dobbiamo, invero, la nascita del diritto come forma specifica di regolazione dei rapporti sociali, dotata di una propria razionalità e capacità di sviluppo come un organismo non solo nei rapporti tra i cittadini e il potere, ma anche dei rapporti tra i cittadini nella loro vita quotidiana. L'aver concepito e sviluppato regole per risolvere le questioni che sorgono nei rapporti tra i *cives*, distinte e autonome rispetto alle regole della morale, della religione, della politica, della famiglia, delle consuetudini sociali è l'aspetto più originale dello *ius*. Regole che in senso molto ampio possiamo definire giuridiche si trovano in tutte le grandi formazioni politiche della storia come regole per l'appunto dei poteri ed istituzioni pubbliche. Solo nell'antica Roma si costruì invece un edificio di regole autonome per i rapporti dei privati. Si definì la ripartizione dell'ordinamento dei privati in "personae, res, actiones" e si formarono quelli che Rodolfo Sacco definisce i mattoni del diritto: proprietà, contratto, famiglia, successioni, delitto, autorità del potere, procedure, il giudice. Nozioni fin dalle *Institutiones* di Gaio divenute paradigmatiche e connaturali ad ogni ordinamento della tradizione giuridica occidentale.

Così inteso il diritto privato è stato ed è tuttora elaborato ed applicato per il tramite di una classe di persone, i giuristi, professionalmente preparati nello studio del diritto ed esclusivi attori della sua interpretazione e applicazione. Lo stesso studio del diritto è studio di un corpo complessivo di istituti e regole in continua evoluzione ed in rapporto dialettico con la sua applicazione.

Questi caratteri dello *ius* hanno costituito il fondamento della *Western Legal Tradition* (così magistralmente ricostruita nelle opere di Harold J. Berman) e hanno trovato nel successivo sviluppo del diritto privato nelle diverse espressioni di *ius commune* nel continente e *common law* in Inghilterra, diritto canonico e diritto commerciale (*lex mercatoria*) la loro più nitida espressione.

Il diritto privato, infatti, è frutto diretto dell'attività dei privati così

come da essi svolta e, quindi, formalizzata dai giuristi che professionalmente operano per assisterli nei loro rapporti. Il diritto privato nella storia del mondo occidentale "non è stato mai mancipio dello Stato" (così si espresse, un grande giurista italiano, Filippo Vassalli, che pure fu uno dei compilatori del Codice Civile del 1942).

Si intende con ciò sottolineare che, come appresso si ricorderà, anche quando nella nostra epoca del diritto legislativo e delle grandi codificazioni, dell'intervento sempre più penetrante di leggi anche in materie privatistiche e del sovrapporsi ed intersecarsi di discipline di diversa natura (diritto civile, commerciale, amministrativo, penale), il diritto privato risulta regolato da autorità esterne ai privati, la sua autonomia rispetto al potere pubblico è comunque riconosciuta e salvaguardata, mirando la eventuale regolamentazione eteronoma solo a fissarne i limiti di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento. Il diritto privato, in sostanza, è sempre stato diritto dei privati.

L'esempio più significativo è storicamente quello delle codificazioni del diritto civile e del diritto commerciale, che per realizzare la finalità politica dell'unità ed esclusività dell'ordinamento pretesero e pretendono di raccogliere in testi legislativi anche le forme e i contenuti dell'esperienza del diritto dei privati, ma comunque continuarono e continuano a riconoscere il ruolo dell'autonomia privata nella formazione di nuove regole (cfr. art. 1322 c.c.).

4. *La comparazione nelle vicende storiche del diritto privato*

Sulla base di questa necessaria premessa veniamo ora al tema centrale di questo studio: qual è stato nella storia e qual è oggi il ruolo della comparazione nella formazione, interpretazione e applicazione del diritto privato della tradizione giuridica occidentale.

Anticipo la conclusione: proprio l'autonomia riconosciuta ai privati, la circostanza che il diritto privato sia in realtà diritto dei privati, ha condotto e conduce nella sua evoluzione ad un intenso e diffuso scambio e integrazione di esperienze tra i diversi ordinamenti e, quindi, ad un intenso e diffuso uso della comparazione tra di esse e ad un confronto con i principi generali cui sono ispirate.

Nelle diverse epoche storiche ciò è avvenuto in modi diversi.

Quando a partire dal sec. XI è nata una civiltà europea, che si sviluppava nei Regni e potentati feudali, ma anche nei Comuni e nelle altre entità territoriali e corporative autonome nell'ambito dell'autorità ideale e poli-

tica del Papato di Roma e dell'*Imperium*, ovvero il Sacro Impero Romano Germanico, è nata anche, con la riscoperta del diritto romano nel *Corpus Iuris Civilis*, una tradizione giuridica, basata su uno *ius commune* formato attraverso la lettura e l'interpretazione del *Corpus Iuris*, sul diritto canonico e sul diritto dei mercanti (la *lex mercatoria*), che esprimeva il senso di una unità fondamentale di diversi ordinamenti, non chiusi in confini di Stati, ma articolati in molteplici *status* personali con riferimento ai diversi territori ed enti.

In questa epoca l'*Imperium* e il Papato cementano il comune sentire che l'esperienza giuridica è unitaria e che alla sua base è lo *ius commune*, il diritto romano riletto e rielaborato dai dottori delle Università. Anche laddove, al di là della Manica, si elabora la *common law* del Regno, viene mantenuta una affinità culturale con l'esperienza continentale pur nella autonoma impostazione ed elaborazione giurisprudenziale delle proprie regole Non va dimenticato che in questo periodo nasce lo stesso termine "diritto" (dal latino medievale *directum*) e si elabora la distinzione tra diritto in senso soggettivo e diritto in senso oggettivo, quest'ultima peraltro estranea al linguaggio della *common law* (che invece lega al termine *lex* la nozione di diritto). Si può arrivare a concepire che, diversamente dal diritto romano, il ruolo del diritto soggettivo nella costruzione e interpretazione dei rapporti giuridici sia prevalente rispetto a quello dell'azione (*actio*). Anche in questo caso, tuttavia, la *common law* rimase estranea a questa evoluzione e la nozione di diritto soggettivo (*right*) rimase subordinata a quella delle azioni o, più ampiamente, *remedies*.

La comparazione tra il diritto privato come diritto comune nei diversi ordinamenti assume allora un carattere particolare in quanto comparazione nel contesto di fonti normative assai diverse che concorrono all'interno di ognuno di essi. William Blackstone nei *Commentaries on the Laws of England* (1765) indica che nell'Inghilterra del suo tempo erano in vigore le seguenti normative: *natural law, divine law, the law of nations, the English common law, local customary law, Roman law, ecclesiastical law, the law merchant, statutory law and equity.*

La comparazione contribuisce così a mantenere l'autonomia del diritto privato e l'unitarietà della sua interpretazione nel contesto di ordinamenti in cui sono presenti queste fonti assai diverse.

Esemplari in merito le ricerche sullo *ius commune* che Gino Gorla coltivò nell'ultimo periodo dei suoi studi, ci mostrano come ancora nel '700 e fino all'avvento delle codificazioni e del diritto legislativo, nel Granducato di Toscana le sentenze della Rota fiorentina si fondavano anche sul richiamo di decisioni di altre corti di giustizia europee ovvero di opinioni di giuristi di altri paesi europei, ovviamente sempre con riferimento alla comune tradizione.

A partire dal XVI secolo, tuttavia, con le grandi scoperte e l'espansione mondiale dei traffici, l'invenzione della stampa, lo sviluppo delle armi da fuoco, lo studio scientifico della natura, si sviluppò in Europa una nuova società. La Riforma protestante spezzò l'unità religiosa e, successivamente, la pace di Westfalia (1648) ratificò l'affermazione definitiva degli Stati nazionali dopo la guerra dei Trent'anni. Nella cultura la rilevanza del pensiero scientifico impose il razionalismo cartesiano che affermava il legame del diritto con la natura dell'essere umano in quanto animale dotato di ragione. Il diritto romano non era allora più il diritto *tout court,* ma solo una ancorché indispensabile eredità storica.

Il magistrato giansenista Jean Domat nella sua opera *Les loix civiles dans leur ordre naturel* rilevava che «noi abbiamo in Francia quattro specie di leggi: le ordinanze e le consuetudini che sono le nostre leggi proprie, e ciò che osserviamo del diritto canonico e del diritto romano».

Con la successiva Età dei Lumi, il diritto civile trovò il suo rilievo nell'essere espressione della libertà e della dignità delle persone. La dichiarazione di indipendenza delle colonie americane e la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino della rivoluzione francese suggellarono questa nuova concezione, che si traduce in una diversa visione del diritto dei privati nell'ambito dell'ordinamento.

Nella presentazione del Progetto di Codice Civile del 1795 Cambacérès dichiarava: «Tre cose sono necessarie e bastanti all'uomo in seno alla società: essere padrone della propria persona; possedere beni per soddisfare propri bisogni; poter disporre, ai fini del suo massimo interesse, della propria persona e dei propri beni. Tutti i diritti civili si riducono pertanto ai diritti di libertà, di proprietà e di stipulare contratti». I fondamentali istituti del diritto privato sono considerati nella loro valenza costituzionale nel nuovo regime rivoluzionario.

Nell'Europa continentale con l'avvento del regime napoleonico (Napoleone, figlio della rivoluzione, ne impose i principi in modo autoritario nell'illusione che ciò ne garantisse l'intangibilità), il diritto civile venne collocato in un contesto diverso, anch'esso dettato dalle idee illuministiche, che fanno delle leggi dello Stato l'unica fonte del diritto e dello Stato l'unico suo garante (*Staatsrecht*).

Il *code civil des Français* del 1804, diffuso in Europa da Napoleone e, dopo la sua caduta e la restaurazione dell'*Ancien Régime*, comunque mantenuto in vigore o imitato in tutta Europa, vuole soddisfare l'esigenza di certezza anche dei diritti dei privati.

Anche nei paesi di *common law,* soprattutto in Inghilterra sulla scia delle tesi benthamiane, la certezza del diritto venne assicurata conservando

però la natura giurisprudenziale dell'ordinamento. La regola del precedente vincolante viene formalmente definita e il sistema processuale che ne è il fondamento viene riorganizzato. Gli ordinamenti o meglio *jurisdictions* di questi paesi, che hanno come principio fondamentale non lo *Staatsrecht,* ma la *Rule of Law*, mantengono peraltro una comune concezione della *common law*, anche se la comparazione tra le soluzioni che ognuno di essi offre (in particolare tra quelle del diritto inglese e quelle del diritto degli Stati Uniti) assume una valenza soltanto culturale.

A partire dal sec. XIX, pertanto, la *Western Legal Tradition,* pur continuando ad essere espressione di valori e principi comuni, si presenta come un insieme di ordinamenti statali distinti e chiusi in se stessi, monadi che riconoscono solo la propria legittimità ed escludono la legittimità degli altri: ciascun ordinamento statale si auto afferma come unico depositario del diritto in senso proprio.

Nel campo del diritto privato questa evoluzione porta a codificare anche quella parte del diritto privato che era nata e si era sviluppata in modo totalmente autonomo: iniziata con le *Ordonnances* del cancelliere D'Agusseau nell'epoca colbertiana, la legificazione del diritto commerciale in Francia giunge al *code de commerce* del 1807. Anche il diritto commerciale, quindi, che aveva avuto fino ad allora carattere spiccatamente transnazionale, si piega ad essere chiuso in una sfera giuridica precisa e definita.

Per altro verso, nel diritto civile e commerciale dei codici si trovano quei diritti civili che accanto ai diritti politici regolano con valenza costituzionale la vita delle borghesi società europee.

In questo quadro, eliminata la *koiné* creata dal diritto comune, viene meno anche la possibilità di attuare una comparazione che consideri istituti e regole del diritto privato dei diversi ordinamenti come degni di ugual considerazione in quanto, pur se eventualmente diversamente efficaci, espressione di un comune diritto europeo.

Con l'avvento del positivismo giuridico, lo studio, l'elaborazione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto si focalizzano sulla legislazione. È il periodo della Scuola dell'Esegesi e del positivismo giuridico, quando nelle facoltà giuridiche non si impartiscono lezioni di diritto civile ma di "codice civile" e quando, per influenza del contemporaneo sviluppo del pensiero scientifico e del progresso tecnologico, si presume di poter applicare metodi "scientifici" anche al diritto.

L'oggetto e la finalità della comparazione cambiano radicalmente. La legge essendo la fonte formale del diritto e lo Stato l'ente esponenziale dell'ordinamento, oggetto di comparazione sono le legislazioni degli ordinamenti di Stati diversi, nel presupposto però che solo quella nazionale

dell'interprete abbia i caratteri e l'efficacia della regola giuridica. La finalità è in senso lato culturale: conoscere soluzioni diverse può offrire un aiuto a risolvere le questioni del proprio ordinamento e comunque arricchisce la cultura. Non può più offrire, però, elementi di interpretazione direttamente applicabili alle questioni da risolvere.

Un antesignano in Italia di questo tipo di comparazione è stato Emerico Amari, che pubblicò nel 1857 una *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*. Nel 1869 in Francia si costituì la *Societé de legislation comparé* avente ad oggetto "lo studio delle legislazioni straniere e la ricerca dei mezzi suscettibili di migliorare la legislazione". Anche in altri paesi progredì lo studio delle esperienze delle legislazioni straniere considerandosi esemplari quelle della codificazione francese, mentre, per definire (scientificamente ovvero dogmaticamente) la griglia dei concetti fondamentali del diritto civile si fece ricorso soprattutto alla elaborazione che con grande finezza ne venne effettuata dalla dottrina in Germania in base alla continua vigenza della tradizione del diritto romano in quel paese fino alla codificazione alla fine del sec. XIX.

L'idea del diritto comparato come metodo di studio solo per un ampliamento culturale dell'orizzonte del proprio ordinamento che fosse di ausilio al superamento della mera esegesi letterale dei testi di legge, ma solo per corroborare il principio della necessità di una loro interpretazione logico-scientifica trovò la sua espressione in un evento che, non a caso, si realizzò nel quadro di una celebrazione dello sviluppo tecnico e scientifico dell'Europa: l'Esposizione Universale di Parigi nel 1900. In quell'occasione ebbe luogo il primo congresso internazionale di diritto comparato, promosso da due studiosi francesi, Raymond Lambert e Edouard Saleilles. Si trattava della consacrazione della comparazione come una *discipline distinte, indépendante et autonome* per lo studio di legislazioni straniere.

Una posizione particolare, per la verità, continuava ad essere riconosciuta al diritto commerciale, ancorché anch'esso fosse stato rinchiuso in codificazioni nazionali. Levin Goldschmidt rivendicava il suo carattere cosmopolita e la sua universalità. Cesare Vivante e Antonio Sraffa così presentavano nel 1903 il programma della neonata *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni:* «Il diritto commerciale è una disciplina che, al pari del commercio da cui deriva, si sviluppa con una collaborazione internazionale di leggi e dottrine, l'essenziale omogeneità della vita commerciale si riflette nel diritto che la governa, non vi ha legge straniera che non possa servire da punto d'appoggio a un ulteriore progresso della legislazione nazionale, e spesso i risultati della giurisprudenza straniera, per es. in materia di cambio, di società anonime, di navigazione, possono risparmiare faticose e contrad-

dittorie esperienze alla giurisprudenza italiana. Perciò ottemperano alle leggi che sono a capo del progresso civile per agevolare con la loro autorità nazionale l'opera dei nostri giuristi».

5. *L'attuale evoluzione del diritto privato*

Gli eventi che hanno marcato il secolo scorso, nonostante la nascita e la fine di ideologie sconvolgenti e la tragedia di due guerre mondiali, non hanno sostanzialmente inciso sulla concezione del carattere essenzialmente ancillare della comparazione del diritto privato fino a che, a partire dal secondo dopoguerra, l'evoluzione prima delle società occidentali e oggi di tutto il globo terrestre non ha portato all'affermazione definitiva della società di massa e al passaggio dall'economia industriale a quella di servizi sempre più tecnologici, allo sviluppo degli scambi e dell'integrazione economica internazionale e, infine, al dominio della finanza internazionale sull'economia.

La "globalizzazione" dell'economia e della finanza, l'*accelerated interconnections of things that happen in the world* nella definizione di David B. Goldman, ha coinvolto anche gli aspetti sociali e culturali delle relazioni umane. Fenomeni economici, sociali e culturali si sono universalmente diffusi, integrandosi con fenomeni locali in un *localized globalism* (ad es. *internet, cell phone*). Fenomeni economici, sociali e culturali sono nati localmente hanno avuto una vocazione universale e si sono diffusi in un *globalized localism* (ad es. *coca-cola, pizza, halloween, christmas tree*).

Il motore di questa nuova realtà è stato il liberismo economico e la sua concezione come valore e principio separato dai valori e dai principi della religione, della morale e della politica, anzi il divenire esso stesso valore fondamentale e principio politico. Karl Polanyi rilevò già nel 1947 che dalla libertà degli scambi è derivata la *commodification* dei rapporti sociali (lavoro, terra e moneta) e lo sviluppo dei mercati fino alla prevalenza dei mercati dei capitali e alla "finanziarizzazione" non solo dell'economia ma di tutta la vita sociale.

Questa nuova realtà pone nuove questioni non più solo alla società europea occidentale, ma a tutto il consorzio umano. Le esigenze e le finalità della variegata serie di comunità, associazioni, rapporti individuali che ne sono espressione richiedono regole che trascendano quelle degli ordinamenti fondati sugli Stati. Il consorzio umano globalizzato non soffre la regolamentazione definita dagli spazi e dai tempi degli ordinamenti espressione degli Stati. Il diritto statale viene sostituito o integrato con regole create nel nuovo contesto economico.

Il diritto dei privati ne subisce un forte impatto. La pretesa esclusività delle autorità statali quali sue fonti legislative e/o giurisprudenziali è sconfessata dalla presenza di regole, spesso non scritte, di altre fonti che derivano dai "mercati" la loro autorevolezza. Gli istituti e le norme che ne sono espressione in ogni ordinamento vengono modificati, integrati o sostituiti da istituti e norme di convenzioni internazionali, che sono formalmente promosse e riconosciute dagli Stati partecipanti, ovvero autonomamente elaborate e applicate nel contesto transnazionale.

Non è però solo con la introduzione o trapianto formale di norme di legge e di regole di altre istituzioni che si manifesta l'impatto sul diritto privato. È anche, in modo più sottile, attraverso l'influenza sulla sua attuazione giurisprudenziale ed elaborazione dottrinale, sulla stessa organizzazione delle istituzioni e procedure (tipico il ricorso all'arbitrato), sulle prassi degli operatori, sullo stesso *stile* del diritto.

La libertà di iniziativa economica si traduce in una commercializzazione dei diritti dei privati riconosciuti e regolati in funzione della loro collocazione nella vita economica, cioè nel mercato. I diritti soggettivi vengono riconosciuti non ai cittadini in quanto tali, ma in quanto di volta in volta lavoratori dipendenti, consumatori, professionisti, imprenditori o società, e sempre in considerazione del rilievo dello scambio economico su cui si basano i loro rapporti.

I tradizionali confini tra diritto civile e diritto commerciale vengono obliterati e la distinta codificazione di questo viene in diversi ordinamenti della *civil law* in parte assorbita nel codice civile, in parte regolata in distinti testi legislativi per singole materie. La regolamentazione dell'attività d'impresa nel mercato richiede poi l'intervento di autorità amministrative di vigilanza e controllo e ha per effetto una intersecazione di norme che rende meno netta la distinzione pubblico-privato.

D'altro lato, proprio per controbilanciare la situazione di sostanziale soggezione di ogni persona che deriva dalla commercializzazione e frammentazione della vita sociale, viene riaffermata la natura dei diritti dei privati per farne la base di una contrapposta elaborazione. Muovendo dalla considerazione dei diritti dell'uomo e del cittadino come fondamento delle libertà rivoluzionarie sacralizzate in carte costituzionali, si sono sviluppati e affermati i diritti civili (*civil rights)* o diritti umani ovvero quei diritti che sanciscono le condizioni imprescindibili perché ogni individuo possa vivere nella società e ottenere che la sua dignità di essere umano sia rispettata.

L'assemblea generale delle Nazioni Unite adottò nel 1948 e revisionò nel 1966 la Dichiarazione Universale sui Diritti Umani, seguita da un *Covenant* internazionale sui diritti civili e politici e da un *Covenant* internazionale sui

diritti economici, sociali e culturali. In sede europea è stata stipulata una Convenzione sui diritti umani, che prevede una autorità di aggiudicazione con una Corte europea avente sede a Strasburgo. La Carta di Nizza ha, poi, definito i diritti fondamentali dei cittadini europei.

Al diritto dei privati è così riconosciuta una valenza di carattere costituzionale. Le sue regole sono espressione dei diritti civili in cui si realizzano il principio di autonomia e il valore della dignità di ogni essere umano.

Le difficoltà di ottenere per questa via un riequilibrio della struttura economica e sociale indotta dalla globalizzazione sono, però, enormi e si registrano nel mondo tendenze che iniziano a percorrere una via diversa, di affermazione dei diritti civili non nel riequilibrio, ma nella netta contrapposizione alla globalizzazione e nella rivendicazione della tutela offerta dalle sovranità nazionali.

L'idea del riequilibrio, pur se pervasa di utopia, resta però importante quale riconoscimento della importanza che si attribuisce al diritto quale naturale strumento di regola della vita sociale. In proposito emblematico già nel suo titolo è il volume di un grande civilista, Stefano Rodotà, che molto si spese per il concreto riconoscimento dei diritti umani.

Anche rispetto al diritto dei privati, in considerazione del loro stretto collegamento con i diritti umani, un riequilibrio delle regole dei loro rapporti, elaborate da loro stessi e sancite da codici e leggi, è ormai percepito come necessario per far fronte alle conseguenze negative della globalizzazione.

Da ciò importanti sviluppi del diritto privato.

In primo luogo, tradurre nei termini dei diritti dei privati i principi che esprimono valori fondamentali del consorzio umano ha avuto come conseguenza un importante chiarimento nella nozione stessa del diritto privato come diritto dei cittadini: senza soluzione di continuità, l'intero diritto dei privati viene ora definito e interpretato come espressione di quei principi. Del resto come ha scritto Ronald Dworkin, il diritto non consiste solo di regole, ma comprende i principi ad esse sottostanti e, come ha rilevato Natalino Irti, anche i principi sono norme e le carte scritte o i principi non scritti che in ogni ordinamento sanciscono i diritti fondamentali dei cittadini non possono non essere fonte primaria di interpretazione anche dei diritti sanciti dalle codificazioni o dalle altre legislazioni o elaborati autonomamente dai privati.

La dottrina italiana, auspice Pietro Perlingieri, ha considerato che la presenza nell'ordinamento di una Costituzione scritta ha reso ineludibile una lettura e interpretazione delle norme del codice civile in sintonia con quelle dettate dalla Costituzione e la giurisprudenza costituzionale ha elaborato criteri per la soluzione delle questioni, quali quello della

"ragionevolezza" e del "bilanciamento di interessi", che derivano da tale lettura e interpretazione. Di rilievo nell'ordinamento italiano e negli ordinamenti di tutti i paesi europei è poi l'applicazione della Convenzione sui diritti umani, che per il tramite della apposita Corte di giustizia con sede in Strasburgo interviene direttamente per sanzionare le normative ovvero gli atti e comportamenti delle pubbliche autorità di ognuno dei paesi aderenti che violano i diritti civili tutelati dalla Convenzione.

In secondo luogo, la crisi del monopolio statale del diritto causata dalla globalizzazione e la complessità e sviluppo autonomo delle diverse materie considerate dal diritto dei privati hanno condotto ormai ad una loro disciplina anche al di fuori dell'unico codice che invece intendeva ricomprenderle tutte. Il diffondersi di testi normativi che ambiscono ad essere qualificati anch'essi come veri e propri "codici" delle materie specifiche che hanno ad oggetto (codice del consumatore, codice della proprietà intellettuale, testo unico dell'attività bancaria, codice delle assicurazioni, ne sono un esempio in Italia), paradossalmente conferma che è ormai posta in discussione la funzione tradizionalmente propria del codice quale fondamento unico del diritto dei privati. La nostra è ormai, secondo Natalino Irti, l'età della decodificazione.

Si percepisce, invero, che i principi su cui gli istituti e le norme del diritto dei privati si fondano, siano o no di rango costituzionale, si collocano nel contesto di una architettura che è predisposta non più soltanto da un codice, ma anche altri materiali normativi, non necessariamente legislativi, nella pluralità delle fonti da interpretare e applicare. Nicola Lipari ha notato come allora «il riferimento ai principi diventi una sorta di paradigma per ancorare il processo applicativo del diritto ad un criterio di giudizio socialmente condivisibile», cioè – si può aggiungere – a quel criterio di giudizio che deve tener conto delle trasformazioni dell'ordinamento.

La perduta o ridotta centralità della codificazione del diritto dei privati e la rilevanza del richiamo ai principi spiega anche il c.d. declino della "fattispecie", di quella figura tipica o generale che permette di ridurre ogni concreto evento a caso di applicazione normativa ovvero di tradurre in termini fattuali l'ipotesi proposta dalla regola normativa. Il ricorso ad un metodo argomentativo risulta, invero, più adeguato a fornire la "risposta giusta" – è di nuovo Ronald Dworkin che scrive – su ciò che il diritto dice con riferimento ai principi fondamentali che formano la sottostruttura su cui è costruito il sistema delle leggi e che sono una serie coerente di principi di giustizia, equità e del giusto processo (*due process*).

Dalla costituzionalizzazione del diritto privato, dalla percepita necessità di ancorare ai principi dell'ordinamento la sua elaborazione e interpretazione

e di applicare un metodo argomentativo nella sua interpretazione emerge la rilevanza che ha assunto la comparazione quale ausilio indispensabile per la corretta lettura di materiali normativi di diversa origine nell'intreccio di fonti determinato dalla globalizzazione.

Istituzioni internazionali o sovranazionali introducono nuove normative che riflettono ed elaborano le esperienze dei diversi ordinamenti che ad esse partecipano: si pensi alle convenzioni di diritto uniforme, come la convenzione di Vienna sulla vendita internazionale. Sempre su un piano formale, la comparazione delle diverse esperienze degli ordinamenti dei paesi membri è alla base del diritto dell'Unione europea, che, oltre a ridefinire nozioni fondamentali (quale quella di impresa) e introdurne di nuove (quale quella di "professionista" controparte del consumatore), sta procedendo al tentativo di individuare un *Common Frame of Reference* per il diritto dei contratti.

Questi sviluppi formali richiedono che si tenga conto e nello stesso tempo esprimono i risultati di una comparazione tra le diverse culture giuridiche, le normative e le prassi operative degli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale.

Il flusso di istituti e regole dalle esperienze di altri ordinamenti e, segnatamente, delle regole e prassi dell'ordinamento statunitense e la loro importazione negli ordinamenti del continente europeo che la apertura dei mercati ha provocato ha, poi, portato ad una inevitabile confluenza tra gli istituti e le norme propri della *common law* e quelli propri della *civil law.*

È superata così l'epoca in cui la comparazione era attenta soprattutto a rilevare e sottolineare le divergenze tra le due espressioni della tradizione giuridica occidentale. Si avverte, invece, l'esigenza di condurre l'indagine sulle convergenze derivanti dalla condivisione dei valori e principi della loro comune tradizione.

La comparazione con gli ordinamenti di *common law* offre così al giurista di formazione civilistica continentale diverse opportunità di più approfondita conoscenza ed elaborazione degli istituti, delle regole e dei principi stessi del proprio ordinamento.

Anzitutto il contatto con ordinamenti di natura giurisprudenziale come quelli di *common law* permette di apprendere una collaudata tecnica di definizione dei precedenti (il *distinguishing*) utile per l'impiego del metodo argomentativo anche negli ordinamenti di *civil law.* La distinzione tra *ratio decidendi* di un caso e ciò che è soltanto *obiter dictum* è ormai nel bagaglio culturale anche dei giudici e avvocati del nostro paese.

La comparazione tra istituti e regole del diritto dei privati negli ordinamenti di *common law* e di *civil law* ha poi portato a riflettere sulla evoluzione

che in entrambe queste "denominazioni" della tradizione giuridica occidentale è innescata dall'analogo sviluppo dell'economia e della società.

Così, ad esempio, il criterio della ragionevolezza tipicamente impiegato nella *common law* non è più estraneo all'interpretazione non soltanto costituzionale del giurista di *civil law*. Di converso, trova spazio nel mondo della *common law* (soprattutto quello statunitense) il criterio della buona fede, cardine del diritto dei privati della *civil law*. Il confine tra contratto e illecito viene nella *common law* e nella *civil law* ridefinito con esiti analoghi, nonostante che la diversità di concezione di questi istituti comporti formulazioni diverse (da un lato, la *death of the contract* nella *common law*, dove il contratto è concepito come operazione di scambio e stenta ad essere riconosciuto in base alla sola *reliance,* e l'uso dell'*implied,* in particolare *constructive, trust* ovvero l'ampliamento dell'area dei *torts*; d'altro lato, nella *civil law*, dove invece gli obblighi di buona fede e correttezza sono ritenuti fondamento sufficiente per la tutela dell'affidamento, si elabora la nozione di "contatto sociale" in luogo del contratto).

L'influsso della *common law* risulta particolarmente intenso rispetto ad alcuni istituti che sono stati man mano recepiti in diversi ordinamenti di *civil law*. Il *trust* ha fatto il suo ingresso nella *civil law*, incidendo sulla nozione unitaria di patrimonio e sulle modalità e limiti dell'impiego della personalità giuridica. Gli interessi collettivi omogenei sono stati tutelati con una azione di classe. È stata dalla nostra giurisprudenza accolta, non senza forzature rispetto al principio dell'*alterum non laedere,* una definizione della finalità della sanzione per l'illecito civile, come non esclusivamente risarcitoria del soggetto leso, ma altresì punitiva per il responsabile della lesione, per poter così aprire la strada (per la verità anche in considerazione delle garanzie offerte dai limiti precisi con cui è definito nell'ordinamento da cui proviene) al riconoscimento della compatibilità con l'ordine pubblico italiano del risarcimento dei c.d. *punitives damages* nell'ordinamento statunitense.

L'influsso della *common law*, cresciuto in relazione all'accresciuto peso economico, sociale e culturale dei paesi che ne seguono la tradizione, è, tuttavia, spesso subìto con scarsa consapevolezza del rischio che gli istituti e le regole importate confliggano con principi e concezioni fondamentali di un ordinamento di *civil law*. Così, ad esempio, non sembra che nel riconoscere una funzione punitiva oltre che risarcitoria del rimedio contro l'illecito civile si sia valutato fino in fondo che la commistione tra l'istanza di riparazione individuale contro la lesione illecita e l'istanza di prevenzione e punizione del *vulnus* che questa provoca alla società può porre in questione negli ordinamenti di *civil law* la collocazione della azione aquiliana nel contesto del diritto dei privati o, se si vuole, può costringere a ridefinire

la distinzione diritto privato-diritto pubblico, fondamentale in questi ordinamenti. Non è un caso, del resto, che questa distinzione non abbia ugual peso negli ordinamenti di *common law* e, quindi, lo spostamento del punto focale della azione aquiliana dalla situazione del soggetto leso a quella dell'autore della lesione non abbia ripercussioni significative sui principi dell'ordinamento.

Regole e istituti dei contratti commerciali sono poi influenzate dai modelli e dalle prassi di *common law* che vengono recepite anche a seguito della loro diffusione nel commercio internazionale, dove peraltro si trovano ad essere integrate anche con modelli e prassi che provengono da esperienze degli ordinamenti giuridici continentali, per formare una complessiva *soft law* transnazionale (la c.d. *lex mercatoria*).

Nel diritto delle società e dei mercati azionari l'influenza in tutti gli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale di istituti e regole soprattutto statunitensi è ancora più importante: il loro complesso, di fonte non soltanto legislativa, ma scaturente da autorità e associazioni di operatori economici, finanziari, da statuti societari e da prassi contrattuali e organizzative, ormai correntemente definito *corporate governance,* tende invero ad uniformarsi in base alle uniformi esigenze del sistema finanziario globale e a sovrapporsi alle norme di legge che in ogni ordinamento presiedono alla nascita e funzionamento delle società di capitali.

Ciononostante, le diverse concezioni economiche e sociali che nei diversi ordinamenti sono alla base della disciplina societaria mantengono un certo peso. Se dunque gli istituti e le regole dei mercati finanziari si possono ritenere sostanzialmente globalizzate, diversamente accade per gli istituti e le regole della struttura e funzione delle società, che esprimono le concezioni economiche e sociali dell'ordinamento cui appartengono: dottrine del c.d. ordo-capitalismo renano, ad es. sono alla base del diritto delle società in Germania e in molti paesi europei e influenzano in larga misura il diritto societario dell'Unione europea, mentre le normative dei mercati finanziari anche in questi paesi e nell'Unione europea sono del tutto analoghe a quelle statunitensi o inglesi.

Si è definita questa situazione come *path dependency*: in ogni ordinamento le novità normative hanno comunque un sentiero già tracciato dalla tradizione da seguire nella loro interpretazione e applicazione. Una analisi comparata tra l'origine e del senso delle novità importate da un ordinamento esterno e i principi, istituti e regole dell'ordinamento che le recepisce è essenziale al fine di inserirle nel sentiero tracciato dalla tradizione ovvero consapevolmente modificarlo.

Necessaria risulta, poi, la comparazione rispetto alla più recente evo-

luzione che vede innovative utilizzazioni di tecnologie informatiche per la formazione e lo svolgimento di attività dei privati. *Block chains,* ovvero le tecnologie e protocolli informatici basati su piattaforme decentralizzate (il sito ufficiale è, non per caso, chiamato *Ethereum*), cioè registri distribuiti, condivisi e non alterabili e non modificabili dagli utilizzatori e *smart contracts,* ovvero i programmi per elaboratore che operano sulle *block chains* e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti, non sono soltanto strumenti da impiegare per lo svolgimento di operazioni giuridiche in via informatica. Le loro caratteristiche, per ora solo descritte nei primi interventi normativi, richiedono una attenta riconsiderazione, che non può prescindere da una comparazione tra le nozioni fondamentali e le regole sui regimi di pubblicità degli atti e sulla formazione ed esecuzione dei contratti (in particolare dei contratti per adesione) nella *common law* e nella *civil law*. L'*etereo* spazio in cui queste operazioni si realizzano rende invero delicata non solo la individuazione del loro collegamento con un determinato ordinamento, ma anche la definizione di regole compatibili con i suoi principi e istituti.

Più in generale, insomma, il più intenso rapporto tra istituti e norme del diritto dei privati nei diversi ordinamenti della tradizione giuridica occidentale, il flusso delle impostazioni e delle soluzioni che ne deriva e le ripercussioni sistematiche che produce la loro importazione richiedono una attenta analisi comparativa per evitare che superficiali valutazioni sul senso e la portata effettiva di determinati istituti o regole di un ordinamento, trapiantati in un altro ordinamento, producano risultati incoerenti con questo.

6. *Conclusioni*

In definitiva, nel contesto di una meno rigorosa chiusura degli ordinamenti statali, il diritto dei privati dimostra ancora la sua capacità di evoluzione spontanea. La comparazione dei suoi istituti e delle sue regole negli ordinamenti della tradizione giuridica occidentale è, allora, tornata ad essere, come nell'epoca che ha preceduto le codificazioni e il diritto legislativo, non solo uno strumento per l'ampliamento degli orizzonti culturali dei giuristi, ma anche e soprattutto uno strumento necessario per la formazione, interpretazione e applicazione di istituti e regole del diritto dei privati nelle sue diverse espressioni tradizionali della *civil law* e della *common law*.

Ritorna così evidente il filo che collega il diritto dei privati a quello delle epoche che lo hanno preceduto: l'essere precipua espressione dei

valori e principi propri dello *ius*, fondamento della tradizione che lega gli ordinamenti dell'occidente europeo.

Nota bibliografica

E. Amari, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate,* Genova, 1857.

T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952.

T. Ascarelli, *L'idea di codice di diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, pp. 41-81.

T. Ascarelli, *Premesse allo studio del diritto comparato* (1945), in *Saggi giuridici*, Milano 1949, p. 12.

J. Bentham, *Principles of Moral and Legislation* (1789), trad. it. e note di S. Di Pietro, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, a cura di E. Lecaldano, Torino, 2013.

H.J. Berman, *Law and Revolution*, vol. I, *The Formation of the Western Legal Tradition;* vol. II, *The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Massachussetts), rispettivamente 1983 e 2003.

W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), Oxford, 2016.

M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts'*, 3rd ed., Ardsley, New York, 2009.

M.J. Bonell, *The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the Unidroit Principles,* (2018) 23 Uniform Law Review 15-41.

L. Brandeis, *Dissenting Opinion*, in *Louis H. Liggett Co. v. K. Lee, Comptroller of State of Florida, et al.*, 288 US 517 (1933) 548-562.

S. Cassese, *La storia, compagna necessaria del diritto*, in *Le Carte e la Storia*, n. 3, 2009.

C. Castronovo, *Responsabilità civile,* Milano, 2018.

W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (1929), 2ª ed., Milano, 1963.

H. Coing, *Zur Geschichte der Begriff "subjektives Recht",* in H. Coing, F.H. Lawson, K.G. Ronfords (Hrsg.), *Das Subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit,* Frankfurt a. M., 1959, pp. 7-23.

D. Corapi, *Class Actions and Collective Actions,* in D. Fairgrieve, E. Lein (eds.), *Extraterritoriality and Collective Redress,* Oxford, 2012, p. 3.

D. Corapi, *Corporate Governance,* in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, pp. 545-567.

E. Corapi, R. Lener, *I diversi settori del Fintech. Problemi e prospettive,* Padova, 2019.

C.M. De Juliis, *Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmatica*, in *Europa e diritto privato*, 2010, vol. 3, pp. 711-748.

E. del Prato, *Ragionevolezza e bilanciamento,* in *Riv. dir. civ.,* 2010, I, pp. 23-40.

A. Di Majo, *La responsabilità nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente,* in *Europa e diritto privato,* 2008, vol. 2, pp. 289-314.

J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1644), Firenze, 2011.

R. Dworkin, *Law's Empire,* Harward, 1986.

J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970), trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983.

J.A. Estrella Faria, *The influence of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts on National Laws,* (2016) 21 Uniform Law Review 238-270.

D.B. Goldman, *Globalization and the Western Legal Tradition*, Cambridge, 2007.

L. Gatt, *Dal Trust al Trust. Storia di una chimera,* Napoli, 2010.

L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelrechts* (1881), trad. it. di V. Pouchain e A. Scialoja, Torino, 1913.

J. Gordley, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust enrichment*, Oxford, 2006.

G. Gorla, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 930.

G. Gorla, *Ricordi della carriera di un comparatista (dal diritto comparato al diritto comune europeo),* in *Il Foro it.*, 1980, V, c. 1.

G. Gorla, *Contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico,* vol. I. *Lineamenti generali;* vol. II. *Casistica e problemi*, Milano, 1954.

G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

J. Goy, *Code civil*, in F. Furet, M. Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, vol. II, trad. it. di M. Boffa, Milano, 1994.

P. Grossi, *Modernità politica e ordine giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1998, vol. 27, pp. 13-39.

P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 2000, vol. 29, pp. 551-558.

H.M. Hart jr., A. Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and the Application of Law*, St. Paul Minn., 1958.

O.W. Holmes jr., *The Common Law*, London, 1882.

N. Lipari, *Il diritto civile dalle fonti ai principi,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* vol. 1, 2018, pp. 5-37.

N. Lipari, *Intorno al ragionamento per principi,* in *Studi per i 90 anni di Pietro Rescigno,* vol. II, Napoli, 2018, p. 1147.

C. Louly, *La doctrine source d'unification internationale du droit*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, II, p. 351-368.

F.W. Maitland, *Why the History of English Law is Not Written* (1888), in H.A.L. Fisher (ed.), *The Collected Papers of F.W. Maitland*, vol. I, Cambridge, 1911, pp. 480-497.

M. Lupoi, *Trusts,* Milano, 2001.

P. Manent, *La loi naturelle et les droits de l'homme,* Paris, 2008.

A. Montanari, *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro,* in *Europa e diritto privato,* 2019, vol. 2, pp. 377-454.

N. Irti, *L'età della decodificazione,* Milano, 1999.

N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2001.

N. Irti, *La crisi della fattispecie,* in *Riv. dir. proc.*, 2014, vol. 1, pp. 36-44.

N. Irti, *I cancelli delle parole,* Napoli, 2015.

S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo,* Torino, 2017.

L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996.

L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985.

J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition, An Introduction to the Legal Systems* of *Western Europe and Latin America*, II ed., Stanford University Press, 1985.

F. Nietzsche, *Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne*, trad. it. a cura di F. Tomatis, *Su verità e menzogna*, Milano, 2006.

P. Perlingieri, *Interpretazione e legalità costituzionale,* Napoli, 2012.

K. Polanyi, *The Great Transformation,* Boston, 1947.

G. Pugliese, *Actio e diritto subiettivo* (1939), rist. per la collana "Antiqua" (dir. L. Labruna), con prefazione di M. Brutti, *Il diritto romano come metateoria,* Napoli, 2006.

T. Ravà, *Introduzione al diritto della civiltà europea,* Padova, 1982.

S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* Bari, 2012.

R. Sacco, *Le Tesi di Trento*, in R. Sacco, A. Gambaro, P.G. Monateri, voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. It., disc. priv., sez. civ.*, vol. III, Torino, 1988, pp. 48-58.

R. Sacco, *Diritto muto*, in *Dig. It., disc. priv., sez. civ.*, *Aggiornamento*, Torino, 2009, pp. 196-209.

B. Sassani (a cura di), *Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, Pisa, 2019.

G. Scarchillo, *Class Action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive,* Torino, 2019.

A. Schiavone, *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005.

R.B. Schlesinger, *Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York, 1968.

A. Somma, *Giochi senza frontiere, Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermenetica giuridica*, 2003, vol. 8, pp. 317-354.

W. Twining, D. Myers, *How to Do Things with Rules* (1976), Cambridge, 5ª ed., 2010.

F. Vassalli, *Extraterritorialità del diritto civile*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1951.

Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München 1953, trad. it. a cura e con introduzione di G. Crifò, *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962.

M. Vranken, *Fundamental of European Civil Law,* London, 1997.

Antonino Procida Mirabelli di Lauro

La circolazione dei modelli dottrinali e giurisprudenziali nel «mondo comunicante»

Sommario: 1. L'impatto della dottrina sulle Corti di vertice nel «mondo comunicante». Uso normativo e uso dialettico della comparazione. Il controllo sulla correttezza sintattica del trapianto – 2. Il silenzio apparente di alcuni diritti continentali quale espressione di un crittotipo che affonda le sue radici nella tradizione post-illuministica. I settori nei quali l'impatto della dottrina sulla giurisprudenza è stato, di recente, particolarmente significativo – 3. Il ruolo *leader* della dottrina tedesca nella circolazione trans-sistematica di alcuni modelli dottorali e l'esigenza di privilegiare, rispetto all'approccio dogmatico, la comprensione storico-comparativa delle ragioni della loro esistenza – 4. *Segue.* Un caso discutibile di ricezione giurisprudenziale: la nozione di "contatto sociale" e la sua contrapposizione (in Germania) all'idea di "contatto negoziale". La responsabilità da *status* professionale nell'ambito di una disciplina unitaria degli ausiliari del debitore – 5. La rispondenza delle dottrine in tema di obbligazione e di responsabilità alle esigenze storiche e alle caratteristiche sistemiche di ciascun diritto. Il fenomeno dell'"equivalenza" e della "simmetria" dei regimi di imputazione della responsabilità in ambito delittuale e contrattuale – 6. "Prestigio" (dell'autore) e "interesse" (da tutelare) nella ricezione della dottrina da parte delle Corti Supreme. Alcuni casi paradigmatici: la teoria delle violazioni positive del contratto, la partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato", l'interpretazione dell'art. 1384, comma 1, *code civ.*, il "nuovo" *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* e l'obbligazione senza obbligo primario di prestazione – 7. *Segue.* Il ruolo emblematico della responsabilità civile nella descrizione delle vicende circolatorie tra dottrina e giurisprudenza. Alcuni esempi che dimostrano come le Corti si ispirino, nella ricezione di una dottrina (non sempre *savante*, ma spesso *militante*), ad una valutazione teleologica che è funzionale a tutelare un determinato interesse, sulla base di un proprio ed autonomo disegno di *policy*.

1. *L'impatto della dottrina sulle Corti di vertice nel «mondo comunicante». Uso normativo e uso dialettico della comparazione. Il controllo sulla correttezza sintattica del trapianto*

Luigi Moccia e Gino Gorla ci hanno magistralmente insegnato che la circolazione dei modelli giuridici nel «mondo comunicante»[1] non può

[1] Sull'idea «della *comparazione* come fenomeno di *comunicazione* giuridica» essenziale è il

prescindere da una molteplicità di fattori che caratterizzano ciascuna tradizione giuridica[2]. Così, l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice[3] può essere misurato sulla base non soltanto della prioritaria ed evidente distinzione tra le Corti che citano o che non citano esplicitamente la letteratura giuridica (e della conseguente partizione tra "dialoghi espressi" e "dialoghi muti")[4], o di una serie di varianti che riguardano le fonti, la loro gerarchia e i metodi interpretativi, ma anche dello stile che le sentenze e le varie forme letterarie assumono, reciprocamente, nelle diverse esperienze giuridiche. Infatti, come acutamente sottolinea Luigi Moccia, «i soggetti veri dell'apertura e della comunicazione o, al contrario, della chiusura, non sono gli ordinamenti, come fenomeno istituzionale, ma i rispettivi giuristi, come realtà individuale e collettiva, caratterizzata ed ispirata da determinati atteggiamenti e valori»[5].

Con riferimento all'esperienza del «diritto comune e comparato europeo», proprio Gino Gorla e Luigi Moccia hanno messo in luce il ruolo essenziale che la dottrina e la giurisprudenza hanno svolto, con l'ausilio del metodo comparativo, nel ricercare «regole e principi»[6]. Tale esperienza,

contributo offerto da G. Gorla, L. Moccia, *Profili di una storia del «diritto comparato» in Italia e nel «mondo comunicante»*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, n. 1, p. 237 ss.

[2] Sottolinea «l'importanza che la memoria storica alla base delle tradizioni giuridiche europee assume per il diritto comparato», L. Moccia, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato. (Per una teoria dell'ordinamento giuridico «aperto»)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, 1996, p. 181. Sulla nozione di tradizione giuridica, J.H. Merryman, *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di Common Law*, trad. it. di A. De Vita, Milano, 1973.

[3] Sul punto, i due volumi a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici Di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Serio, *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*: I, *La prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino, 2016; II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Torino, 2016.

[4] Proprio a tali nozioni si ispira la sezione I (*Dialoghi espressi, dialoghi muti: l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza*) della parte monografica (parte I) dell'*Annuario di diritto comparato*, Napoli, 2015.

[5] Moccia, *Prospetto storico*, cit., p. 193.

[6] Gorla, Moccia, *Profili di una storia*, cit., p. 242. Sul punto, tra le tante opere dedicate a questo tema, G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981; Id., *Il diritto comparato in Italia e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo Civil law-Common law»*, Milano, 1983; G. Gorla, L. Moccia, *A «revisiting» of the Comparison between «Continental Law» and «English Law» (16th to 19th Century)*, in *Journal of Legal History*, 1981, p. 144 ss.; Id., *A Short Historical Account of Comparative Law in Europe and in Italy During Modern Times (16th to 19th Century)*, in *Italian National Reports to the XIIth International Congress of Comparative Law*, Milano, 1986, p. 67 ss.; L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005.

«delineatasi già in epoca tardo-medievale» e sviluppatasi «soprattutto nei secoli XVI-XVIII, per continuare ben dentro il XIX secolo», si è caratterizzata per essere «basata sull'elaborazione di tecniche e modelli uniformi e, insieme, sulla produzione di norme e principi comuni: tutto grazie ad uno spirito transnazionale di reciproca comprensione tra giuristi, tanto gli studiosi quanto i pratici, dei vari Stati europei (occidentali)»[7].

Per rimanere nel contesto euro-continentale, se è innegabile il «ruolo egemone del formante dottrinale»[8] nei riguardi delle Corti nella formazione, nella scientifizzazione e nell'evoluzione del diritto tedesco, il quale trova una significativa conferma sia nell'influsso che le scuole germaniche hanno esercitato nell'opera di codificazione e nella *Schuldrechtsreform* del 2002, sia, soprattutto, nella funzione che le teorie della dottrina hanno assolto in sede di motivazione nella «costruzione razionale della decisione nel suo complesso»[9], il peso della giurisprudenza è però «andato via via crescendo nel corso dell'ultimo secolo»[10], anche là dove si è limitata a sancire il successo di una determinata "scoperta giuridica" della dottrina. Così, all'inverso, il tradizionale sillogismo, criptico e talvolta «condensato in un'unica frase»[11], con il quale la Cassazione francese, ragionando da legislatore, dimostra di avere «ereditato dai vecchi parlamenti la coscienza del suo potere e l'arte di accrescere la propria autorità»[12], non ha mai messo in ombra il ruolo essenziale svolto dagli *arrêtistes* che, nell'illustrare criticamente gli argomenti giuridici che erano a fondamento della decisione, hanno attribuito ad essa quel significato motivazionale razionale che, poi, ne avrebbe imposto un ruolo *leader* e precedenziale. A voler tacere delle ipotesi[13] nelle quali è stata proprio la giurisprudenza a recepire esplicitamente le idee della dottrina, decretandone così l'effettivo successo nell'odierno diritto francese. Nell'esperienza inglese, poi, se è vero che «spetta sempre ai giudici rifornire il sistema dei nuovi concetti e delle nuove regole giurisprudenziali che sono necessari per il suo funzionamento», il ruolo della dottrina è andato significativamente crescendo e «anche sotto questo profilo la letteratura giuridica inglese tende ad assomigliare strettamente a quella americana ed a

[7] Gorla, Moccia, *Profili di una storia*, cit., p. 242.

[8] A. Gambaro, in A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. Sacco, III ed., Torino, 2008, p. 270.

[9] *Ibidem.*

[10] *Ibidem.*

[11] Gambaro, *ult. op. cit.*, p. 233.

[12] R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, 5ª ed., Torino, 1992, p. 229.

[13] Alcune delle quali saranno esaminate nei prossimi paragrafi.

quella europeo continentale, perdendo ogni aspetto di insularità»[14]. Infatti, soprattutto negli Stati Uniti l'impatto della dottrina (pur autoctona) sulla giurisprudenza è divenuto viepiù notevole anche in virtù di una «scelta di ruolo che è stata compiuta dal formante dottrinale il quale ha rinunciato a seguire l'evoluzione della casistica divenuta sterminata e ingestibile, scegliendo invece di fornire ai giudici ed agli operatori in genere la guida di teorie» che potessero generare soluzioni coerenti e accettabili[15].

Chi ha studiato, con il dovuto approfondimento, la fenomenologia e le ragioni dei diritti del silenzio (apparente)[16] suddivide il loro percorso in due momenti. Da un lato vi sono le Costituzioni e i codici settecenteschi[17], di stampo illuministico, che proibivano ai giudici di citare la dottrina o, addirittura, di considerarne (anche implicitamente) le opinioni[18] al fine di non «intaccare il prevalente peso del diritto positivo» e, soprattutto, di

[14] Gambaro, *ult. op. cit.*, p. 110. Per una ricerca dei «punti di contatto che non quelli di contrasto» tra *Civil Law* e *Common Law*, Moccia, *Prospetto storico*, cit., p. 183; Id., *Sull'uso del termine «civil law»*, in *Il Foro it.*, 1980, V, c. 254; Id., *Glossario per uno studio della «Common Law»*, Milano, 1983.

[15] Gambaro, *ult. op. cit.*, p. 174. In argomento, G. Smorto, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza nel* common law *americano*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2015, p. 143 ss.

[16] M. Serio, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese*, *ivi*, 2015, p. 25 ss.

[17] Cfr. G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Il Foro it.*, 1969, V, cc. 119-122.

[18] Si pensi, ad es., al § 6 della Parte introduttiva dell'ALR del 1794 che disponeva che «Per le decisioni future, il giudice non deve considerare le concezioni della dottrina né le precedenti decisioni», o al § 14 dell'ABGB für den Kanton Aargau, che prescriveva che «Nessun giudice può interpretare o integrare il codice vigente recependo nella sua sentenza una legge straniera o la concezione di una dottrina come fondamento della decisione». Oltre alle regie Costituzioni piemontesi del 1723, del 1729 e del 1770 (quest'ultima conteneva la proibizione per gli «avvocati di citare nelle loro allegazioni veruno dei lettori nelle materie legali» e per i «giudici tanto supremi che inferiori di deferire all'opinione di essi») ed al Codice estense del 1771 (che prevedeva per il *casus dubius* l'interpretazione effettuata dal Supremo Consiglio di Giustizia), la Prammatica del 27 settembre 1774, emanata durante il regno di Ferdinando IV di Borbone delle due Sicilie, prescriveva che «per rimuovere quanto più si possa l'arbitrio, ed allontanare i giudici da ogni sospetto di parzialità, le decisioni si fondino non già sulle nude autorità dei dottori, che hanno purtroppo con le loro opinioni o alterato o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse dal regno, o comuni» (cfr. Serio, *Le ragioni del silenzio,* cit., p. 25 s.). Così, nel caso di interpretazioni dubbiose, la legge francese del 24 agosto 1790 obbligava i giudici a chiedere la soluzione al Parlamento e gli artt. 131 e 132 della Legge organica giudiziaria del Regno di Napoli del 29 maggio 1817 stabilivano che la Corte di cassazione dovesse chiedere al Sovrano l'interpretazione da seguire.

proteggere il potere regio «dal timore della sua erosione» da parte di una giurisprudenza che «potesse divenire *os doctorum* piuttosto che *os regis*»[19]. Dall'altro, vi è il periodo storico testimoniato dall'art. 265 del R.D. 14 dicembre 1865, n. 2641 il quale, pur nell'escludere che le Corti dovessero preoccuparsi di «confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali», rappresenta un sicuro «mutamento di passo rispetto al secolo precedente»[20]. Il divieto perde «il temibile aspetto di attentato all'autorità regia» ed è inserito «in un contesto squisitamente formale, quello riguardante la tecnica motivazionale delle sentenze, dichiaratamente ispirata al criterio della concisa esposizione dei motivi»[21]. Da qui l'attuale divieto sancito dall'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. che, per un verso, rileva sul mero piano deontologico, essendo sfornito di una sanzione di nullità; per altro verso rappresenta una regola ingannevole e apparente, che opera sul mero piano formale, là dove obbliga il giudice soltanto a non rivelare esplicitamente la fonte bibliografica, ma non, invece, a prendere nella dovuta considerazione le diverse posizioni della dottrina. Silente o omessa è «l'identità dell'autore, non l'esistenza stessa del pensiero, inteso nella sua oggettività»[22]. A parte eventuali sentimenti di frustrazione degli autori italiani, condannati all'oblio identitario[23], la giurisprudenza, in realtà, ripropone «il modello analitico di ragionamento dottrinario, il quale fa, pertanto, ingresso nell'impianto della sentenza ancora una volta dalla porta principale, sebbene si tenga pudicamente nascosta l'identità del suo autore» ricorrendo «ad artifizi dialettici, quali l'uso di impersonali espressioni: dottrina prevalente, nota dottrina, migliore dottrina, ecc.»[24].

Gli esempi sono troppo numerosi per essere citati, poiché un più o meno articolato riferimento agli orientamenti della dottrina è ravvisabile in quasi tutte le sentenze della Suprema Corte. Ma, oltre ai casi che in seguito saranno esaminati, può essere utile qui rimarcare alcune locuzioni paradigmatiche. Se, da un lato, il tema «mirabilmente indagato in un lontano passato da autorevolissima dottrina» ha consentito di porre in discussione «il contrario avviso espresso, in argomento», dalla scienza giuridica dominante, «(dottrina il cui contributo, a giudizio del collegio, e come già a più riprese

[19] Serio, *Le ragioni del silenzio*, cit., p. 27.
[20] *Ivi*, p. 28.
[21] *Ibidem.*
[22] *Ivi*, p. 32.
[23] Con sottile ironia, B.S. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and the Classroom*, Oxford-Portland Oregon, 2003, p. 78.
[24] Serio, *Ibidem.*

affermato dalle stesse sezioni unite di questa corte, deve essere sempre sinergicamente e opportunamente valutato e collegato all'evoluzione della giurisprudenza)»[25]. Dall'altro, la Cassazione ha dato rilievo, talvolta, anche al genere muliebre, là dove ha condiviso in maniera "innegabile" la teoria della «ricordata dottrina, che coniuga autorevolezza scientifica e convincente pragmaticità femminile»[26]. Dall'altro ancora, le Sezioni Unite civili, nel portare a compimento la loro controversa controriforma in tema di responsabilità civile, suffragano le deboli argomentazioni riprese da una dottrina "pietrificata" ora con l'utilizzo, spregiudicato ma senz'altro fantasioso, della citazione dell'«argomento che la dottrina definisce "epicureo"»[27], ora con espliciti, anche se approssimativi, riferimenti comparativi, affermando che la soluzione che nega il risarcimento del danno tanatologico sarebbe «conforme agli orientamenti della giurisprudenza europea con la sola eccezione di quella portoghese»[28], o richiamando alcuni precedenti (contrari alla risarcibilità del danno da "nascita malformata") «attinti dall'esperienza maturata in ordinamenti stranieri, culturalmente vicini ed informati al più assoluto rispetto dei diritti della persona»[29].

Pur in presenza di un uso discutibile della comparazione giuridica, che viene utilizzata soltanto in funzione normativa[30], al fine di citare quelle opinioni idonee a suffragare la soluzione assunta nella decisione, val la pena sottolineare, in questa sede, come la giurisprudenza italiana sia sempre più sensibile al dialogo non solo con la dottrina nostrana, cosa ormai pacifica, ma anche con idee e regole tratte dalle scienze giuridiche straniere. Questo fenomeno, senz'altro benemerito, trova la sua conferma anche nelle sempre più frequenti citazioni, nel corpo delle sentenze della Cassazione, di testi giuridici di altri Paesi di *civil law*, soprattutto dei paragrafi del BGB e degli articoli del Codice civile francese, o di sentenze *leader* di alcune esperienze di *common law* (inglese e statunitense) che vengono utilizzati al fine di

[25] Testualmente, Cass. Civ., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, Fininvest c. Cir, pp. 50 e 54 (del dattiloscritto).

[26] Ancora Cass. Civ., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, cit., p. 70.

[27] Cfr. Cass. Civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 892, con note di V. Carbone, M. Franzoni, R. Pardolesi - R. Simone, G. Ponzanelli.

[28] Cass. Civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., p. 892.

[29] Cass. Civ., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.*, 2016, p. 354. Per ulteriori rilievi sull'uso della comparazione in questa decisione, v. M. Feola, *La circolazione dei formanti dottrinali e giurisprudenziali nel risarcimento del danno da «nascita malformata»*, in *Giureconsulti e giudici*, II, cit., p. 160 ss.

[30] Così, G. Smorto, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 228 ss.

dimostrare come la soluzione proposta trovi conferma nelle principali esperienze occidentali. Ma, com'è noto, la citazione di un determinato dato giuridico straniero (testo o sentenza) dovrebbe comportare il riferimento all'interpretazione prevalente che lo stesso assume nella scienza giuridica del Paese di origine.

Il dialogo tra ordinamenti non sempre avviene tra formanti omologhi[31]. Anzi, nella circolazione dei modelli giuridici «il formante giurisprudenziale fa eccezione, nel senso che mentre normalmente i modelli circolano da formante a formante omologo, la giurisprudenza richiede normalmente il filtro della dottrina autoctona, oppure l'aggancio con il formante legislativo»[32]. I riferimenti agli ordinamenti stranieri sono quasi sempre "indiretti", «ossia mediati da contributi dottrinari italiani e, per questa via, immessi nel dibattito nazionale»[33]. In questo contesto sempre più trans-nazionale l'opera del comparatista assolve quanto meno a due diverse funzioni. La prima, non esclusiva, anche perché concorrente con quella della dottrina nazionale che ha esaminato dati giuridici appartenenti ad un diritto allogeno, è assolta allorché diviene, inconsapevolmente, la fonte mediata del trapianto effettuato dal giudice, attraverso i contributi (talvolta brevi) che, negli anni, ha dedicato ad un determinato tema. Però le opere comparative dovrebbero interagire con la giurisprudenza «non già rifornendola di regole di decisione», ma «suggerendo paradigmi di ragionamento giuridico mediante i quali affrontare i problemi che l'evoluzione umana sempre rinnova»[34]. Le convergenze «non si verificano per caso», ma «richiedono il formarsi ed il mantenersi di un comune modo di sentire che opera al di là e nonostante i diversi sostrati tecnici»[35]. Da qui una «funzione propulsiva» e un «uso dialettico o problematico» della comparazione che, più che assurgere a fonte diretta di diritto, svolge il compito di offrire alla giurisprudenza modelli di ragionamento giuridico[36], di arricchire la prospettiva ermeneutica dell'interprete con argomenti e idee da utilizzare nella ricerca della soluzione giuridica[37].

La seconda funzione, più essenziale ed esclusiva, cui deve assolvere il comparatista è quella del controllo e della verifica dell'argomento "comparativo" il quale, anche se correttamente utilizzato dal giudice nel suo aspetto

[31] *Ivi*, p. 225 ss.

[32] A. Gambaro, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, Milano, 2004, p. 8.

[33] Smorto, *ivi*, p. 225.

[34] Gambaro, *Il diritto comparato*, cit., p. 10.

[35] *Ivi*, p. 11.

[36] *Ivi*, p. 10; cfr. Smorto, *L'uso giurisprudenziale*, p. 237.

[37] Smorto, *ivi*, p. 238.

formale, deve essere sempre "contestualizzato" mediante un raffronto che involge, sul piano storico e sistematico, l'ordinamento d'origine e quello recipiente. Come sottolineava già Salvatore Galgano nel 1927[38], la conquista di un metodo «veramente scientifico» nello studio delle esperienze straniere doveva mettere in guardia avverso «il dilettantismo […] dilagante degli inesperti e dei superficiali» che aveva fatto della comparazione giuridica «una fonte piuttosto copiosa di incomprensioni, di equivoci e di errori, ed uno dei maggiori pericoli per il legislatore e per l'interprete»[39]. Occorreva comparare «non già a caso od a frammenti, questo o quell'ordinamento, ma determinati ordinamenti sistematicamente […] senza soluzioni di continuità; in modo da evitare, oltre il pericolo di inesattezze, quello, non meno grave, di lacune»[40].

Proprio il crescente ricorso, da parte della giurisprudenza delle Corti Supreme, all'informazione comparativa, più che alla comparazione sistematica[41], induce ad individuare quelle ipotesi maggiormente significative che la nostra giurisprudenza ha recepito da dottrine giuridiche straniere (per il tramite di un dottore o di un comparatista indigeno), anche allo scopo di verificare la correttezza sintattica del trapianto, sulla base dalle caratteristiche storiche e morfologiche che caratterizzano, fisionomicamente, ciascuna esperienza giuridica. Infatti, come si è autorevolmente sottolineato, un «motivo saliente dell'attività dei comparatisti» deve consistere «nell'individuazione delle "ragioni" di differenze o somiglianze tra i diritti messi a confronto»[42]. Di là dal dato normativo, «anzi per meglio comprenderlo» si deve guardare «a seconda dei casi ora al "sistema giuridico" […] entro il quale si inquadrano norme e istituti; ora alla storia del diritto dei paesi considerati; ora alle condizioni socio-economiche, politiche e *lato sensu* culturali dei paesi medesimi», ovvero alla «ricerca dei "substrati"» che sono alla «base delle differenze o somiglianze tra ordinamenti»[43].

[38] Sul punto si rinvia ad A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'Annuario di Diritto Comparato nel pensiero giuridico del primo Novecento*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2010, p. 40 ss.; Id., *Il diritto comparato tra storia e futuro*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 315.
[39] S. Galgano, *Premessa*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1927, I, p. VIII.
[40] S. Galgano, *Prefazione*, *ivi*, 1930, I, pp. X e XI.
[41] Sempre attuali, in proposito, le pagine di L.-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 11 ss.
[42] Gorla, Moccia, *Profili di una storia del «diritto comparato»*, cit., p. 261.
[43] *Ibidem.*

2. *Il silenzio apparente di alcuni diritti continentali quale espressione di un crittotipo che affonda le sue radici nella tradizione post-illuministica. I settori nei quali l'impatto della dottrina sulla giurisprudenza è stato, di recente, particolarmente significativo*

Nel tempo presente, il divieto apparente delle Corti di citare esplicitamente la dottrina appare essere un crittotipo che è osservato soltanto in alcuni paesi euro-continentali e che, oltre a rivelarsi una regola del tutto marginale nel panorama planetario, rischia di limitare ingiustificatamente il diritto di difesa. Crittotipo che è stato verbalizzato soltanto in Italia[44], ma che viene osservato anche dalla nostra Corte costituzionale (che potrebbe ben farne a meno) e dalla giurisprudenza di altri Paesi (la Francia, la Spagna, il Belgio, ad es.)[45], in virtù di un'anacronistica eredità che affonda le sue radici nelle convinzioni della tradizione post-illuministica.

L'aver dovuto esaminare soprattutto diritti che si ostinano a rifiutare, in giurisprudenza, la citazione esplicita della dottrina ha imposto di non limitare l'indagine all'enumerazione di dati statistici e quantitativi[46], ma di estendere la ricerca agli aspetti più propriamente scientifici, storici e ricostruttivi[47]. Inoltre, più che micro-analizzare le diverse interpretazioni delle «particelle giuridiche elementari»[48], nelle quali il dialogo tra dottrina e giurisprudenza appare spesso occasionale e frammentario, si è tentato d'in-

[44] La qualificazione in termini di crittotipo sembra suffragata anche da questo dato. Come afferma Sacco, *Introduzione*, cit., p. 127, «La scoperta di un crittotipo a mezzo della comparazione sarà facilitata quando – come spesso avviene! – una nozione implicita in un sistema sia invece esplicita in un altro».

[45] Anche se con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, cfr. P. Passaglia, S. Ragone, *Un attore lontano dalle luci della ribalta: la dottrina nella giurisprudenza costituzionale in Belgio, Francia e Spagna*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2015, p. 63 ss.

[46] In argomento si rinvia a I. Sagri, P. Rossi, U. Pagallo, *I profili metodologici della ricerca e la costruzione di una banca dati*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2015, p. 43 ss. Dubita, tuttavia, che «sia comunque significativo misurare l'influenza di una tradizione di pensiero attraverso metodi e tecniche ricalcate dallo Shepard e diffuse, come è noto, nella letteratura delle scienze fisiche», Gambaro, *Il diritto comparato*, cit., p. 3 s.; v., altresì, il suo *leading article*, *Misurare il diritto?*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012, p. 17 ss., la *Presentazione* di M. Graziadei (*ivi*, p. 7 ss.) e gli ulteriori articoli dedicati al tema.

[47] La metodologia e l'oggetto della ricerca sono illustrati da L. Pegoraro, *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2015, p. 5 ss.

[48] Su questa nozione, L.-J. Constantinesco, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro e R. Favale, Torino, 1996, p. 220.

centrare l'indagine sui modelli dottrinari che maggiormente hanno inciso sull'evoluzione del diritto nelle esperienze continentali. Da qui un'inversione dei termini dell'attuale dibattito, criticamente intitolato alla «giurisprudenza che si fa dottrina»[49], e la scelta di un'opzione di metodo: piuttosto che partire da un'indagine a tappeto su tutte le sentenze delle Corti Supreme, senz'altro utile, invece, a numerare e classificare le citazioni esplicite della dottrina, individuare alcune branche del diritto nelle quali l'incidenza delle scienza giuridica straniera sulla nostra giurisprudenza di legittimità è sembrata più significativa, al fine di ricostruirne le articolate vicende.

Ecco che, allora, l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice viene misurato non tanto in termini matematici e nel breve periodo, quanto descritto nell'itinerario percorso da ciascun modello, sulla base delle idee propulsive della letteratura giuridica, nazionale e straniera, e della sua ricezione, non sempre fedele, da parte della giurisprudenza. Ciò non esclude che quest'ultima, nel rielaborarne i contenuti, a sua volta si faccia dottrina. Ma la dottrina, attraverso il costante colloquio con le Corti, dev'essere ancora in grado di fare (e di farsi) giurisprudenza. Se è vero che dietro ogni "nuovo" orientamento giurisprudenziale c'è spesso una dottrina, che non è (e che non si sente) «in crisi di identità» per l'inevitabile «declino del giurista teorico» o per il fatale tramonto delle «lusinghe» e delle «rassicuranti suggestioni dell'impostazione dogmatica»[50].

Se si esaminano, ad esempio, alcuni dei più significativi, recenti contributi della "dottrina delle Corti", ove la motivazione di una decisione della Cassazione «diventa storicamente, politicamente dottrina normativa»[51], si scopre che la soluzione era già stata pensata e proposta, talvolta con forza, da qualche Autore. Il giudice sovente ricerca «nell'autorità dottorale conforme un elemento di ulteriore legittimazione»[52], facendo assurgere la dottrina ad «elemento ausiliario mobile, e talora anche nobile, utilizzato non tanto in funzione di una decisione da argomentare quanto di una novità da asseverare»[53]. La storia insegna che il successo di una certa dottrina è stato quasi sempre determinato dalla sua duratura ricezione giurisprudenziale, ma che, assai spesso, le Corti hanno scelto quella dottrina non tanto in virtù

[49] F.D. Busnelli, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 1, p. 1519 ss.; cui *adde* A. Procida Mirabelli di Lauro, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in *Giureconsulti e giudici*, I, cit., p. 113 ss.

[50] Così, invece, R. Pardolesi, M. Granieri, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza*, in *Il Foro it.*, 2013, V, c. 186 s.

[51] In questi termini, G.M. Berruti, *La dottrina delle Corti*, in *La giurisprudenza*, cit., c. 182.

[52] Serio, *Le ragioni del silenzio*, cit., p. 34.

[53] C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 88.

del prestigio del suo autore[54], quanto per tutelare un determinato assetto d'interessi. Tuttavia, se è vero che il diritto civile italiano vive, oggi, una fase di "eclissi"[55], ciò è dovuto non tanto ad una supposta eterogenesi dei fini[56] nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza, quanto a ben altre ragioni e responsabilità. Al contrario, l'attuale intenso dialogo tra la dottrina e le Corti di vertice concorre a formare un diritto che si riappropria del significato più autentico del termine *iurisprudentia*, nel senso etimologico di *iuris prudens*. Ma tale realtà, espressione di quel dinamismo che permea tutti gli ordinamenti, non impedisce alla scienza giuridica di dover ricostruire il sistema[57] proprio sulla base dei nuovi dati che assumono un valore ordinante e determinante[58].

Il dialogo tra la dottrina civil-comparativa e la Suprema Corte italiana ha prodotto, negli ultimi anni, importanti risultati. Ciò è accaduto soprattutto in tema di responsabilità civile, in virtù della vocazione giurisprudenziale e transnazionale di questa materia. Si pensi, ad esempio, al danno biologico[59] e al danno esistenziale[60], figure sicuramente elaborate in dottrina (così come l'avversa corrente anti-esistenzialista)[61] prima di essere stabilmente recepite in giurisprudenza. Ciò è accaduto per il danno da perdita di *chances* che,

[54] Sul punto si rinvia ai §§ 6 e 7.

[55] Cfr. Castronovo, *Ibidem*.

[56] Così, invece, Serio, *Le ragioni del silenzio*, cit., p. 33.

[57] Con riferimento all'accezione conferita al termine "sistema" sembra opportuno precisare che, con tale idea, si vuole intendere non un'entità ontologica esistente a priori, bensì una nozione "aperta" che, conformemente alla natura teleologica, assiologica e valutativa della scienza del diritto, sia idonea a cogliere la storicità del fenomeno giuridico (sul punto, C.-W. Canaris, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ora anche nell'ed. it. a cura di G. Varanese, Napoli, 2009, *passim*).

[58] Sulla teoria degli elementi determinanti, noto è il pensiero del suo autore (Constantinesco, *Introduzione*, cit., p. 229 ss.).

[59] F.D. Busnelli, *Il danno biologico dal "diritto vivente" al "diritto vigente"*, Torino, 2001, p. 135 ss., e G. Alpa, *Il danno biologico*, 2ª ed., Padova, 1993. Innegabile, tuttavia, il contributo dei giudici genovesi sintetizzato nel "manifesto" redatto da V. Monetti, G. Pellegrino, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, in *Il Foro it.*, 1974, V, c. 159 ss.

[60] Cfr. il volume P. Cendon, P. Ziviz (cur.), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, e, in particolare, il contributo di P. Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, *ivi*, p. 10 ss.

[61] G. Ponzanelli, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 693 ss.; Id., *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale, ivi*, 2002, p. 339 ss.; Id. (cur.), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003, p. 7 ss.; Id. (cur.), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007, *passim*.

dopo essere stato accolto dalla giurisprudenza in molteplici settori del diritto del lavoro, del diritto civile e di quello amministrativo[62], ha interessato il tema della responsabilità del professionista sanitario[63], fino a riparare la perdita delle probabilità di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente[64]. Ciò ha consentito di trasporre sul solo piano civile[65] le ipotesi, assai frequenti, di erronea o di mancata diagnosi di un processo morboso terminale, che il precedente orientamento giurisprudenziale in tema di causalità[66] sanzionava anche in sede penale, considerando sufficiente la «strana regola del ciò che accade nel minor numero dei casi»[67]. Ciò è accaduto per il risarcimento del danno da «nascita malformata»[68], ove il *revirement*, operato attraverso uno «splendido documento giuridico»[69] – contraddetto, però, da un successivo intervento delle Sezioni Unite[70] –, si è accompagnato ad una dettagliata critica del precedente orientamento della Cassazione, sulla base di una puntuale analisi dei principali ragionamenti già espressi da quella dottrina che aveva condiviso e argomentato la soluzione ideata dall'*arrêt Perruche*[71]. Ciò è accaduto in materia di

[62] Sul punto si rinvia a M. Feola, *Il danno da perdita di* chances, Napoli, 2004, *passim*.

[63] Il *leading case* è rappresentato da Cass. Civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, p. 45 ss., con nota di M. Feola, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione.*

[64] Cfr. Cass. Civ., sez. III, 20 agosto 2015, n. 16993; e già Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Diritto e giurisprudenza*, 2008, p. 581 ss., con nota di M. Feola, *La responsabilità del medico per il danno da perdita delle* chances *di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*. Tuttavia, secondo una recente sentenza della Cassazione (sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2018, p. 1285 ss.), tale danno va risarcito integralmente, e non come danno da perdita di *chance* (sul punto, M. Feola, *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di* chance, in *Comp. e dir. civ.*, 2019, p. 32 ss.).

[65] In questi termini, Feola, *Il danno da perdita di* chances, cit., p. 188 ss.

[66] Ribaltato, com'è noto, in occasione del celeberrimo caso Franzese deciso da Cass. Pen., sez. un., 10 luglio 2002, in *Il Foro it.*, 2002, II, c. 619 s.

[67] Il riferimento è, evidentemente, allo scritto di G. Giannini, *La questione del nesso causale, la Suprema Corte e la strana regola del ciò che accade nel minor numero dei casi*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 367 s., nota a Cass. Pen., 17 gennaio 1992, n. 371.

[68] Cass. Civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2013, p. 175 ss.

[69] Così, Berruti, *La dottrina delle Corti*, cit., c. 182.

[70] Cass. Civ., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 349 ss.

[71] La sentenza cit. in nt. 68 sembra ispirarsi, riproducendo testualmente anche talune espressioni tra virgolette, ai lavori di M. Feola, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 611 ss.; Ead., *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 392 ss., ed alla migliore dottrina italiana e straniera *ivi* cit. Riguardo al celeberrimo

immissioni allorché la Cassazione, aderendo all'interpretazione unitaria e sistematica[72] dell'art. 844 c.c., piuttosto che a quella dicotomica da sempre prevalente[73], ha individuato la norma primaria nella regola di normale tollerabilità (e non nel "giudizio di contemperamento" inteso come *lex specialis*)[74]. Ciò è accaduto con la sentenza n. 1361 del 2014[75] e, soprattutto, con le più recenti decisioni che hanno dettato il "decalogo" del danno non patrimoniale[76], le quali hanno consolidato quell'orientamento ormai dominante in Cassazione che, proponendo – sempre sulla scia di una qualche dottrina – il superamento della concezione globalizzante ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale (accolta dalle sentenze di San Martino)[77], considera il danno biologico, il danno morale e il danno esistenziale come pregiudizi dinamico-relazionali «ontologicamente diversi» e «tutti risarcibili»[78]. Ciò è accaduto in maniera del pari significativa anche

arrêt Perruche, cfr. Cass., Ass. Plén., 17 novembre 2000, in *La semaine juridique*, 2000, II, *Jur.*, 10438, p. 2309, con nota di F. Chabas.

[72] Proposta più di trent'anni fa (e senza alcuna speranza) dal sottoscritto: A. Procida Mirabelli di Lauro, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Camerino-Napoli, 1984, p. 257 ss.; Id., *La proprietà come rapporto. A proposito dell'interpretazione unitaria e sistematica dell'art. 844 c.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 76 ss. In prospettiva analoga, anche se con autonomi svolgimenti, A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995, p. 509 ss.

[73] Per tutti, C. Salvi, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, p. 399.

[74] Cass. Civ., sez. III, 9 maggio 2012, n. 7048, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1179 ss.; questo orientamento è confermato da Cass. Civ., sez. III, 16 ottobre 2015, n. 20927, *ivi*, 2016, p. 22 ss., con il commento di V. Carbone.

[75] La risarcibilità del c.d. danno tanatologico era auspicata, tra gli altri, da N. Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 523 ss. *Contra*, da ultimo, C. Castronovo, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, p. 298 ss.

[76] Così G. Ponzanelli, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2018, p. 836 ss., in nota a Cass. Civ., sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513 (ord.); cfr. Cass. Civ., sez. III, 17 gennaio 2018, n. 901, in *Danno e resp.*, 2018, p. 463 ss., con nota di G. Ponzanelli, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino*; Cass. Civ., sez. III, 31 maggio 2018, n. 13770, *ivi*, 2018, p. 453 ss.

[77] Cass. Civ., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss., con nota di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*. L'appellativo di "sentenze di San Martino" si deve a F.D. Busnelli, *...E venne l'estate di San Martino*, in *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, p. 91 ss.

[78] Così già Cass. Civ., sez. III, 11 ottobre 2013, n. 23147, in *Danno e resp.*, 2014, p. 282; cfr. Cass. Civ., sez. III, 20 aprile 2016, n. 7766, *ivi*, 2016, p. 720 ss., con nota adesiva di

con riguardo al tema dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, soprattutto in ordine alle teorie del contatto sociale[79], degli obblighi di protezione, dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione[80] e del contratto con effetti di protezione per terzi[81]. Istituti, questi ultimi, che la nostra giurisprudenza ha recepito dalla dottrina tedesca e che, pertanto, non potevano non attirare l'attenzione del civil-comparatista: non tanto per l'eccellente livello di elaborazione teorica che queste dottrine hanno conosciuto in Germania nel corso del XX secolo, quanto per l'aver recepito modelli dottorali tradizionalmente estranei alla cultura giuridica franco-italiana, all'idea di contratto ed alla sistematica delle responsabilità così come delineate nel *Code civil* e nei codici italiani del 1865 e del 1942.

3. *Il ruolo* leader *della dottrina tedesca nella circolazione trans-sistematica di alcuni modelli dottorali e l'esigenza di privilegiare, rispetto all'approccio dogmatico, la comprensione storico-comparativa delle ragioni della loro esistenza*

La pubblicazione, in lingua italiana[82], di uno dei più celebri saggi di Heinrich Stoll (e, forse, dell'intera letteratura tedesca del XX secolo) ha arricchito ulteriormente il dibattito dedicato alla ricostruzione degli orientamenti dottrinari che hanno pensato il rapporto obbligatorio come struttura complessa, già avviato con la traduzione della "scoperta giuridica"[83],

P.G. Monateri e *Postfazione* (critica) di G. Ponzanelli.

[79] Teoria, questa, senz'altro riconducibile al pensiero di G. Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941; sul quale, P. Lambrecht, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang*, Tübingen, 1994, p. 46 ss.; C. Syz, *Faktischen Vertragsverhältnis*, Zürich, 1991, p. 20 ss.

[80] Il dibattito è stato introdotto, attraverso la sua ricezione giurisprudenziale, da C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto*. *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 191 ss.

[81] Per una prima applicazione nella giurisprudenza italiana, cfr. Cass. Civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 557 s.

[82] La traduzione del saggio di He. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 136, 1932, pp. 257-320, è nel volume *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, pp. 1-50, *ivi* i contributi di R. Favale, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, M. Feola, *L'obbligazione come rapporto complesso*, e A. Procida Mirabelli di Lauro, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*.

[83] Considera, infatti, una "scoperta giuridica" la teoria di Staub sulle violazioni positive del contratto, H. Dölle, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen*

ad opera di Hermann Staub, delle *Grundlagen* delle violazioni positive del contratto[84] e del più controverso lavoro di Günter Haupt sui rapporti contrattuali di fatto[85]. Non a caso il contributo ha ad oggetto proprio la critica *von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung* ma, piuttosto che provocarne il commiato (*Abschied)*, contribuirà alla sua imperitura affermazione.

La storia attribuirà ad Heinrich Stoll il merito di aver ideato la dottrina degli obblighi di protezione, anche se non può essere sottovalutato l'essenziale contributo che a tale tema era stato già dato da Hugo Kress[86] – per altro puntualmente citato da Stoll nel corso dell'opera – e da altri Autori che, interpretando il pensiero di Rudolf von Jhering[87], avevano pensato di costruire il rapporto obbligatorio come *Organismus*[88], *konstante Rahmenbeziehung*[89] o «rapporto cornice».

Come testimoniano, con ampiezza di dati, gli studi in argomento, questo tema nasce nella dottrina tedesca e, forse, ancor prima in quella francese[90], per poi evolvere in una circolazione transnazionale di modelli che condizionerà, negli ultimi anni, la giurispudenza italiana. Come sottolinea la letteratura più avvertita, le ricezioni giurisprudenziali avvengono spesso «a mezzo di intemediari»[91] e non sempre rimangono fedeli al modello originario. Ciò accade quando la scienza giuridica «di un paese viene illustrata dalla dottrina

Juristentages 1957, II, Tübingen, 1959, B 1 ss.

[84] H. Staub, *Le violazioni positive del contratto (Die positiven Vertragsverletzungen)*, trad. it. di G. Varanese, *Presentazione* di R. Favale, Napoli, 2001.

[85] G. Haupt, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012.

[86] H. Kress, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 1 ss.

[87] Che l'idea dell'obbligazione come rapporto complesso si trovi già nel pensiero di R. von Jhering (*Della* culpa in contrahendo *ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. di F. Procchi, Napoli, 2005), è opinione espressa da E. Schmidt, *Nachwort*, in occasione della ristampa dei contributi di R. von Jhering sulla *Culpa in contrahendo* e di H. Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Bad Homburg v.d. H.-Berlin-Zürich, 1969, p. 132. Sul punto, C. Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 1 ss.

[88] H. Siber, *Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 1.

[89] F. Herholz, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung*), in *Archiv für die civilistische Praxis*, 130, 1929, p. 257 ss.

[90] M. Sauzet, *De la responsabilité des patrons via-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1883, p. 596 s.; Ch. Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris, 1884, pp. 95 ss., 118 ss. e *passim*.

[91] Sacco, *Introduzione*, cit., p. 138.

nazionale, questa viene imitata dalla dottrina di un secondo paese, la quale produce una ulteriore recezione giudiziale»[92]. E ciò è accaduto proprio in tema di obbligazione e di "contrattualizzazione" della responsabilità civile. L'aver proposto, nell'ambito della nostra esperienza giuridica, le idee sul rapporto obbligatorio maturate nella scienza giuridica tedesca dello scorso secolo, ma per risolvere problemi del tutto peculiari di quel diritto, hanno spinto la nostra giurisprudenza a recepire quelle idee, al punto da porre in discussione, da un lato, la tradizionale struttura del rapporto obbligatorio fondato sulla sola prestazione, dall'altro, gli stessi confini della responsabilità contrattuale. Però, come si è potuto verificare con riferimento al concetto di "contatto sociale"[93], la ricezione spesso travalica l'esatta fisionomia che il modello assume nell'ordinamento di appartenenza. La novità nella ricezione è dovuta non soltanto a fattori sociali, politici o economici[94] o all'esigenza di armonizzare il modello trapiantato con un diverso sistema giuridico, ma anche, talvolta, alla inesatta comprensione, nell'ordinamento recipiente, della fisionomia che il modello ha assunto nella scienza giuridica d'origine[95]. Ciò può essere accaduto proprio in ordine a questi temi, almeno per quella dottrina che ha rimproverato esplicitamente la nostra giurisprudenza di non aver compreso il reale significato che alcuni istituti di recente apparsi nel nostro diritto (la teoria del contatto "sociale" o "negoziale"[96], il contratto con effetti di protezione per terzi[97], la responsabilità da affidamento ingenerato dallo *status* professionale[98], la possibilità di generalizzare l'esistenza di un rapporto obbligatorio senza prestazione[99], ad es.) avevano assunto nei paesi d'origine.

La novità nella ricezione giurisprudenziale può dipendere anche dal diverso stile e dal differente approccio adottati dalla dottrina che illustra un determinato modello straniero. Ma qui non sembra il caso di insistere sull'astratto *status* del ricercatore, se "giurista municipale" o civil-

[92] *Ibidem.*

[93] A. Zaccaria, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 1, p. 78 ss.

[94] Constantinesco, *Il metodo*, cit., p. 330 ss.

[95] M. Feola, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 32.

[96] Cfr., ad es., Zaccaria, *ibidem.*

[97] Sul punto, i rilievi di A. di Majo, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti di terzi*, a cura di L. Vacca, Torino, 2001, p. 113 ss. Per una critica della nostra giurisprudenza, G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 169 ss.

[98] In argomento, M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 72 ss.; L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 385 ss.

[99] Sul punto, la critica di A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 65 ss. e *passim.*

comparatista. Come testimonia la migliore dottrina civilistica, soprattutto in alcune branche del diritto privato, come in materia di obbligazione, contratto e responsabilità civile, un contributo scientificamente valido non può prescindere dall'analisi comparativa e dall'indagine, *case by case*, della scienza giuridica straniera. Ciò che può rilevare ai fini della ricezione giurisprudenziale è, però, il metodo che viene osservato nell'esame e nell'illustrazione del termine straniero. Anche se l'affermazione ha già suscitato qualche autorevole dissenso[100], mi sembra che l'approccio dogmatico-deduttivo non sia propriamente adeguato a compiere una ricerca comparativa. «In un mondo caratterizzato da una sempre maggiore mobilità» di ogni scienza e conoscenza, la comparazione giuridica si propone innanzitutto «di individuare e, possibilmente, anche di spiegare sia le concordanze che le divergenze formali e sostanziali riscontrabili tra i vari diritti nazionali»[101], insistendo «sulla necessità di focalizzare l'attenzione sui problemi e sulle funzioni anziché sui concetti e sulle istituzioni»[102]. Se è possibile che un diritto nazionale possa essere ricostruito in sistema sulla base di un determinato modello dogmatico[103] che, semmai, sarà oggetto di critica da parte di un diverso interprete; non sembra possibile, invece, adottare il medesimo modello in presenza di una pluralità di ordini giuridici caratterizzati, ad esempio, da una diversa tradizione giuridica, da diversi elementi determinanti o, addirittura, da un differente modo di pensare il diritto. Ma anche con riferimento ad esperienze che sono espressione di una medesima tradizione, un istituto che appare analogo ad un altro appartenente ad un diverso ordinamento può assumere una differente fisionomia in virtù delle caratteristiche del sistema del quale è parte.

Le diverse dottrine elaborate in Germania e in Francia, nel corso del XX secolo, in tema di obbligazione trovano la loro spiegazione nell'ambito delle peculiarità sistemiche dei due ordinamenti, con riferimento non soltanto ai

[100] Da parte di C. Castronovo, in occasione della presentazione, a Palermo, del volume *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di P. Cerami, M. Serio, Torino, 2013. In particolare, oggetto di discussione fu la mia affermazione secondo la quale «il metodo dogmatico-deduttivo non è mai appartenuto e mai potrà appartenere allo storico-comparatista» (A. Procida Mirabelli di Lauro, *Comparazione giuridica e storia nello studio del diritto dell'era presente*, *ivi*, p. 60); ma, sul punto, mi limitavo a ricordare l'insegnamento di R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 11 e 307.

[101] M.J. Bonell, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno-Zencovich, A. Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, nuov. ed. agg., Roma-Bari, 2012, p. 3; e già Gorla, Moccia, *Profili di una storia del «diritto comparato»*, cit., p. 261.

[102] Bonell, *Ibidem.*

[103] Sul punto, Canaris, *Pensiero sistematico*, cit., pp. 9 ss., 19 ss.

problemi dell'inadempimento e del contratto[104], ma anche alla differente fisionomia (riguardo all'estensione dell'area dei danni risarcibili e ai modelli di imputazione) dei sistemi di responsabilità extracontrattuale. E ciò, non tanto per la consueta contrapposizione tra modelli atipici (art. 1382 *Code civil*, oggi art. 1240) e modelli tipici (§ 823 ss. BGB) di responsabilità delittuale, quanto, soprattutto, per l'esistenza (in Francia ed in Italia) di regole di responsabilità oggettiva delittuale (ad es., per i fatti della cosa e *d'autrui*: art. 1384, comma 1, *Code civil* - oggi art. 1242 - e artt. 2051 e 2049 c.c. it.) che hanno reso più appetibile per la vittima tale regime di responsabilità rispetto ad un'estensione dell'obbligazione (se qualificata "di mezzi") e della conseguente responsabilità contrattuale[105].

4. Segue. *Un caso discutibile di ricezione giurisprudenziale: la nozione di "contatto sociale" e la sua contrapposizione (in Germania) all'idea di "contatto negoziale". La responsabilità da* status *professionale nell'ambito di una disciplina unitaria degli ausiliari del debitore*

La nozione di "contatto sociale" rappresenta uno degli esempi maggiormente controversi di ricezione, da parte della nostra giurisprudenza, di un modello dottorale straniero. Malgrado la concezione dei rapporti obbligatori da comportamento sociale tipico[106] – non a caso pensata dall'inventore dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione – sia stata poi respinta dal suo stesso autore «nella misura in cui fa riferimento ad un comportamento meramente fattuale senza fondamento negoziale»[107], l'idea di una responsabilità da affidamento connessa all'inadempimento (*recte*, alla violazione) di un'obbligazione senza prestazione è stata fondata, dalla nostra Cassazione, direttamente sulla teoria dei rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*), così come

[104] In argomento, Favale, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 61 ss.

[105] Con specifico riguardo alle regole di imputazione della responsabilità in ambito contrattuale e delittuale, Feola, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 191 ss.

[106] Sostenuta proprio da K. Larenz fino alla IX edizione (1968) della sua opera (così, G. Varanese, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, in Haupt, *Sui rapporti contrattuali*, cit., p. 42). Il mutamento di opinione dell'esimio maestro è posto in evidenza da H. Köhler, *Karl Larenz*, in *Versicherungsrecht*, 1993, p. 421.

[107] K. Larenz, M. Wolf, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, IX ed., München, 2004, p. 579.

ideata da Günter Haupt[108]. La Cassazione italiana, quando contrattualizza la responsabilità in presenza di «un obbligato "che non c'è"»[109], individua la fonte della responsabilità contrattuale non tanto nell'inadempimento di un'obbligazione senza prestazione, o in una generale nozione di responsabilità da affidamento, quanto nella violazione di «obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale»[110]. E così, tra le altre, sono state qualificate da "contatto sociale", oltre alla celeberrima responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata[111], quella del "precettore" dipendente da un istituto scolastico per il non aver vigilato «sulla *sicurezza* e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica»[112], quella da «inesatto pagamento» della banca che ha negoziato in favore di un soggetto non legittimato un assegno non trasferibile[113], quella dello «scalatore», detentore di una partecipazione azionaria superiore al 30% del capitale sociale, per avere violato l'obbligo di offerta pubblica di acquisto nei riguardi degli azionisti di minoranza[114], quella "da attività procedimentale" della P.A. nei confronti del cittadino, la quale si caratterizzerebbe per un contatto «specifico e differenziato»[115]. A questi casi va aggiunto quell'indirizzo della Cassazione[116], dapprima revocato in dubbio[117] ma poi confermato in giurisprudenza[118], che ravvisa nella

[108] Haupt, *Sui rapporti contrattuali*, cit., p. 50 ss. Per una critica agli indirizzi della nostra giurisprudenza, Zaccaria, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., pp. 78 ss., 94 ss.

[109] Con grande efficacia, di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

[110] Cass. Civ., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1708, con nota di A. di Majo, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili.*

[111] Basti citare il *leading case*: Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

[112] Cass. Civ., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Il Foro it.*, 2002, I, c. 2649, con nota di F. Di Ciommo.

[113] Cass. Civ., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., p. 1708 s.

[114] Cass. Civ., sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20560.

[115] Cass. Civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Il Foro it.*, 2003, I, c. 78. Afferma che la responsabilità della P.A. «si estende alla cosiddetta responsabilità da "contatto sociale"» anche Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, *ivi*, 2006, I, c. 457.

[116] Cass. Civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *I contratti,* 2012, p. 237, con nota di F. Della Negra, Culpa in contrahendo, *contatto sociale e modelli di responsabilità*.

[117] Ad es., Cass. Civ., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755, con nota di F. Della Negra, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*

[118] Cass. Civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1053, inquadra in ambito (quanto meno "prossimo" a quello) contrattuale un'ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A., nel discorrere di un «'contatto sociale' tra le parti che, in

responsabilità precontrattuale una fattispecie normativamente qualificata di contatto sociale, in quanto sarebbe stato «lo stesso legislatore», nel prevedere l'obbligo di buona fede, a costituire un rapporto giuridico obbligatorio nel corso delle trattative.

Il riferimento ad una sempre più estesa responsabilità da "contatto sociale" più o meno qualificato rappresenta una soluzione che la nostra giurisprudenza ha ispirato essenzialmente ad esigenze di semplificazione. Ma questa semplificazione introduce, nella specie, una posizione sostanzialmente diversa rispetto alla stessa esperienza tedesca, la quale, da un lato, ha rinnegato tale dottrina soprattutto per i suoi presupposti ideologici nazional-socialisti, non essendo difficile cogliere in essa «la fortissima suggestione esercitata dalle dottrine politico-sociali imperanti nella Germania dell'epoca»[119]; dall'altro, ha inteso il "contatto negoziale" proprio «in contrapposizione ad un mero "contatto sociale"»[120]. Infatti desta «sorpresa» che la teoria del "contatto sociale", «specie nella "libera" applicazione che sembra farne la giurisprudenza italiana», sia stata del tutto svincolata «dalle regole e dai limiti che ne hanno invece contrassegnato l'applicazione nel diritto tedesco»[121]. La situazione che si è verificata in Italia è stata considerata paradossale: mentre, «da ormai più di dieci anni, la nostra giurisprudenza invoca il contatto sociale quale possibile fonte» di obbligazioni «nelle situazioni più disparate», in Germania si esclude oggi in maniera «praticamente unanime» che «un semplice contatto sociale possa essere considerato fonte di obbligazioni»[122].

Non va sottaciuto, inoltre, che nella gran parte dei casi tipizzati dalla giurisprudenza in termini di "contatto sociale" (medico, "precettore", ecc.) si è in presenza di ipotesi classiche di responsabilità per il fatto degli ausiliari[123], e le soluzioni accolte per costoro, nel senso della responsabilità contrattuale e non di quella extracontrattuale[124], non possono essere difformi da

quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è 'qualificato' dall'obbligo di 'buona fede' e dai correlati 'obblighi di informazione e di protezione', del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c.».

[119] L. Ricca, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, pp. 20 e 21.

[120] Così, di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 66, in nt. 34.

[121] A. di Majo, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, pp. 12 e 13, in nt. 29.

[122] Zaccaria, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 78. Sul punto, però, Castronovo, *Eclissi*, cit., p. 150 s.

[123] Tant'è che la dottrina, allorché esemplifica il fatto dell'ausiliario, cita proprio il caso del «cliente in cura presso una clinica» che «subisce lesioni per colpa di un sanitario di tale clinica» (C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 64).

[124] In questi termini è, invece, la dottrina di gran lunga prevalente (per tutti, Bianca, *ibidem*).

un'interpretazione unitaria dell'art. 1228 c.c. nei riguardi di tutti gli altri ausiliari del debitore. In proposito non sembrava possibile, da un lato, escludere che l'ausiliare del debitore potesse essere «a propria volta debitore», e quindi tenuto a responsabilità contrattuale nei riguardi del creditore[125]; dall'altro, affermare che il medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata (che è un ausiliare del debitore) fosse direttamente responsabile in via contrattuale nei riguardi del paziente, in virtù di una responsabilità da affidamento derivante dallo specifico *status* professionale. Il sistema del c.d. "doppio binario" introdotto dalla l. n. 24 del 2017, che pur è sembrato pervaso da una qualche «contraddittorietà» nella misura in cui dispone che «il medico non risponde della propria "prestazione" ma solo per aver arrecato danno ad altri come un *quisque de populo* (art. 2043 c.c.)»[126], ha, però, il merito di aver ricomposto l'interpretazione dell'art. 1228[127], riconducendo anche gli operatori sanitari nel novero degli ausiliari del debitore che, a differenza di quest'ultimo, responsabile a titolo contrattuale e oggettivo dei loro fatti dolosi e colposi, rispondono a titolo extracontrattuale e per colpa[128]. La responsabilità del debitore (la struttura sanitaria) che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, quindi, non può che essere contrattuale, come esattamente dispone la recente legge di riforma, che richiama esplicitamente gli artt. 1218 e 1228 c.c. (art. 7, comma 1).

5. *La rispondenza delle dottrine in tema di obbligazione e di responsabilità alle esigenze storiche e alle caratteristiche sistemiche di ciascun diritto. Il fenomeno dell'"equivalenza" e della "simmetria" dei regimi di imputazione della responsabilità in ambito delittuale e contrattuale*

La nascita e il successivo itinerario percorso, in Germania, dalla dottrina degli obblighi di protezione e dal *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* e, in Francia, dalle obbligazioni di *sécurité* e dalla, seppur residuale, applicazione della *stipulation pour autrui tacite* trovano il loro fondamento e la loro spiegazione in costruzioni dottrinarie strettamente collegate alla realtà

[125] C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 708.
[126] A. di Majo, *La salute responsabile*, Torino, 2018, p. 10.
[127] A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, n. 4, p. 921.
[128] Per l'unanime interpretazione in tal senso, per tutti, Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, cit., p. 64.

sociale, alle specifiche ragioni ed esigenze storiche e giuridiche che hanno caratterizzato i due diritti. Non è possibile, quindi, pensare e comprendere questi istituti se non in funzione delle specifiche caratteristiche sistematiche proprie di ciascuno dei due ordinamenti.

Problemi sociali simili posti dallo sviluppo del macchinismo e dalla rivoluzione industriale[129] spingono «l'immaginazione di una dottrina generosa»[130] e, sulla sua scia, le Corti francesi e tedesche a individuare soluzioni analoghe sotto il profilo operazionale, ma che si caratterizzavano in funzione delle peculiarità e dello stile dei due diversi diritti. Anche se la disciplina dell'"inadempimento" sarà l'occasione per iniziare a pensare la dottrina degli obblighi di protezione[131], le soluzioni a volta a volta assunte dalle scienze giuridiche tedesca e francese saranno condizionate soprattutto da scelte sistematiche (il principio del *non-cumul* o del concorso, ad es.) e dalla diversa fisionomia dei modelli di responsabilità extracontrattuale, con riferimento non tanto alla differente estensione dei danni risarcibili, quanto ai diversi modelli di imputazione della responsabilità. Come si è lucidamente posto in evidenza[132], in Francia, a differenza di quanto accaduto in Germania, la partita si gioca sulla base dell'"equivalenza" di due regimi di responsabilità che, nella sostanza, segnano il superamento della tradizionale partizione tra responsabilità delittuale e responsabilità contrattuale.

Da un lato v'è un unitario sistema di responsabilità per colpa, che è simmetrico in ambito delittuale e contrattuale, perché costruito sulla base di un'unica nozione di *faute civile*. Malgrado un'autorevole dottrina abbia dimostrato come la disciplina dell'inadempimento, in Francia, debba prescindere del tutto dalla nozione di *faute*, sia per ragioni sistematiche, sia sotto lo stesso profilo esegetico[133], la giurisprudenza ha continuato, secondo

[129] Per un esplicito riferimento a questi fenomeni, R. Rodière, *Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leur voyageurs*, in *La semaine juridique*, 1952, I, *Doctr.*, 997, § 2.

[130] *Ibidem.*

[131] Non a caso anche il saggio di He. Stoll è intitolato al *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto.*

[132] M. Feola, *Le obbligazioni di sécurité "di mezzi" e "di risultato" nell'uniformazione dei modelli di imputazione delle responsabilità*, in A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, pp. 574 ss., 580 ss., 587 ss. e *passim*.

[133] Noto è il pensiero di D. Tallon, *L'inexécution du contrat: pour une présentation*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 223 ss.; Id., *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1995, p. 429 ss.; e di P. Rémy, *La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 323 ss. Una sintesi del dibattito è in G. Visintini, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, vol. 1, p. 16 ss.

tradizione, a costruire il regime dell'*inexécution* dell'obbligazione "di mezzi" (sia essa o meno di *sécurité*) sulla base degli elementi strutturali (enunciati nel testo dell'art. 1382, oggi art. 1240) che sono propri della responsabilità delittuale per *faute prouvée*.

Dall'altro v'è un unitario sistema di responsabilità oggettiva, che è simmetrico in ambito delittuale e contrattuale e che trova il suo prototipo nell'"equivalenza"[134] dei regimi della responsabilità per il «fait des choses» (art. 1384, comma 1, oggi art. 1242) e per l'inadempimento dell'obbligazione "di risultato".

Ha contribuito a creare questa "simmetria" la Corte di cassazione quando, in epoca anteriore alla "scoperta" del principio del *non-cumul*[135], e in un periodo in cui l'art. 1384, comma 1, sarebbe stato difficilmente applicabile al caso di specie[136], non avendo ancora conosciuto la straordinaria espansione che poi si avrà nel corso del XX secolo, seguì le indicazioni dei "partigiani"[137] della responsabilità contrattuale, codificando l'obbligazione di *sécurité* di risultato nell'ambito del trasporto di persone, al fine di esimere i trasportati dal regime di responsabilità delittuale per colpa di cui all'art. 1382 *Code civil*[138]. Ha continuato a ragionare sulla base di questa "simmetria" la Suprema Corte quando, successivamente ai limiti posti dal "caso Caramello"[139] all'obbligazione di *sécurité-résultat*, ha, prima, contrattualizzato, ma sul modello dell'obbligazione "di mezzi"[140], e poi "decontrattualizzato", proprio sulla base dell'art. 1384, comma 1[141], la responsabilità del "vettore" per gli *accidents de gare* e *de quai*. Così ha

[134] In questi termini già M. Feola, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., pp. 228 s., 407 s. e *passim.*

[135] Che viene collocata nel 1922, ad opera di Cass. Civ., 11 *janvier* 1922, ora in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, a cura di H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, tome 2, XII éd., Paris, 2008, p. 279 s.

[136] Non mancano, tuttavia, alcuni tentativi in tal senso effettuati da qualche Corte di merito (ad es., App. Paris, 9 novembre 1909, in *Dalloz*, 1911, II, p. 357, I espèce; App. Besançon, 15 *décembre* 1909, *ivi*, 1911, II, p. 357, II espèce).

[137] Discorre esplicitamente di una vera e propria contrapposizione tra i «partisans» della responsabilità contrattuale e quelli della responsabilità extracontrattuale, J.-L. Halpérin, *La naissance de l'obligation de sécurité*, in *Gazette du Palais*, 1997, II, p. 1179 s.

[138] Il «regno» incontrastato della responsabilità delittuale (così, Rodière, *Le régime légal*, cit., 997, § 3) è sancito dalla decisione sull'*affaire Recullet* (Cass. civ., 10 *novembre* 1884, in *Sirey*, 1885, I, p. 129, con il commento di C. Lyon-Caen).

[139] Deciso da Cass., I Ch. civ., 1 *juillet* 1969, in *Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 640 s.

[140] Sulla base del caso "Dame Decharme": Cass., I Ch. civ., 21 juillet 1970, in *Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 s.

[141] Così, nel "caso Valverde", Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989, in *Gazette du Palais*, 1989, II, *Jur.*, p. 632 ss., con nota di G. Paire.

ragionato la *Chambre mixte* della Cassazione[142] quando, allo scopo di porre rimedio alla disparità di trattamento per i trasportati a titolo "di cortesia", ha consentito sia a costoro, sia alle vittime *par ricochet* di potersi avvalere del regime di responsabilità oggettiva delittuale previsto dall'art. 1384, comma 1, "equivalente"[143] a quello previsto, ma in sede contrattuale (obbligazione di *sécurité-résultat*), per i trasportati a titolo oneroso e gratuito. Ed ha continuato a ragionare in funzione di questa "simmetria" la Cassazione quando, nel tentare di porre fine alla disparità di trattamento tra contraente (gravato dallo sfavorevole regime della prova della *faute contractuelle* che catterizza l'*inexécution* dell'obbligazione "di mezzi") e terzo (che, invece, poteva beneficiare del regime di responsabilità oggettiva delittuale di cui all'art. 1384, comma 1) nel caso in cui il danno fosse cagionato da cosa in custodia, ha proposto il regime di responsabilità oggettiva contrattuale *du fait des choses*[144]. Ed ha continuato a ragionare sulla base di questa simmetria la dottrina allorché, tramontato tale tentativo, e preoccupata dal *deficit* di protezione che l'obbligazione di *sécurité* "di mezzi" offre rispetto all'art. 1384, comma 1, ha proposto al legislatore il regime del concorso (art. 1386-17, comma 2, Progetto Béteille) ispirato all'idea del «trattamento più favorevole» (art. 1341, comma 2, *Avant-projet Catala*) o, addirittura, la "decontrattualizzazione" delle obbligazioni di *sécurité* (art. 3 del Progetto Terré), pur nella (sola) ipotesi in cui l'*inexécution* abbia causato lesioni dell'integrità psico-fisica della persona.

6. *"Prestigio" (dell'autore) e "interesse" (da tutelare) nella ricezione della dottrina da parte delle Corti Supreme. Alcuni casi paradigmatici: la teoria delle violazioni positive del contratto, la partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato", l'interpretazione dell'art. 1384, comma 1,* code civ.*, il "nuovo"* Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte *e l'obbligazione senza obbligo primario di prestazione*

Volendo, ora, trarre qualche conclusione da alcuni dati che sono stati esaminati nel corso di questa ricerca, è possibile affermare che la dinamica

[142] Cass., Ch. Mixte, 20 *décembre* 1968, in *Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 37.

[143] Per una ricerca sulle ulteriori regole "equivalenti" che inducono la giurisprudenza a qualificare la responsabilità in termini ora delittuali, ora contrattuali, Feola, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., pp. 35 ss., 222 ss. e *passim.*

[144] Cass. Civ., I Ch., 17 *janvier* 1995, in *Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 350 s., con nota di P. Jourdain.

delle vicende circolatorie che riguardano la ricezione dei modelli dottrinari da parte delle Corti di vertice sembra dibattersi tra i poli del prestigio (del dottore o del comparatista) e dell'interesse (che il giudice intende tutelare). Così come accaduto per i trapianti di legislazione, e più in generale per le imitazioni, è innegabile che il prestigio del modello[145] (legale o dottorale) possa assumere un ruolo significativo ai fini della sua ricezione (nella specie, giurisprudenziale). Tuttavia, a differenza di quanto accaduto per la legislazione, la peculiare struttura della regola giurisprudenziale, ideata sulla base ed in funzione della soluzione del caso concreto, consente di verificare che, in molte delle ipotesi esaminate, la ricezione della regola dottorale, più che essere determinata dal prestigio dell'Autore, è sovente ispirata all'esigenza, avvertita e condivisa da parte delle Corti, di dover tutelare un determinato interesse.

Gli esempi potrebbero essere così numerosi come tendenzialmente innumerevoli sono le regole che compongono un dato ordinamento. In questa sede sembra possibile rammentare soltanto qualche caso paradigmatico che, più che assumere valenza probatoria assoluta, può indicare una significativa linea di tendenza.

Per limitarsi ai temi già esaminati, v'è da sottolineare come il prestigio di due autorevolissimi pandettisti, quali il Mommsen[146] e il Windscheid[147], non fu sufficiente a difendere la dottrina dell'impossibilità, pur recepita dal BGB, dalla critica mossa da un avvocato all'epoca del tutto sconosciuto agli ambienti accademici, il quale aveva ravvisato l'esistenza di una grave lacuna in tema di adempimento inesatto, allorché il debitore compie «qualcosa che non si sarebbe dovuto fare» o esegue la prestazione «ma in maniera difettosa»[148]. L'immediato favore mostrato dal *Reichsgericht* per alcune soluzioni illustrate dalla dottrina delle violazioni positive del contratto (nel caso di rifiuto di adempimento e di messa in pericolo dello scopo del contratto)[149] non fu dovuto al prestigio dell'Autore, ma all'esigenza di rimediare ad un vero e proprio errore di «politica del diritto»[150], nella

[145] Sottolinea tale aspetto, Sacco, *Introduzione*, cit., p. 148 ss.

[146] F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, pp. 8 ss., 153 ss., 193 ss.; Id., *Beiträge zum Obligationenrecht*, III, *Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig, 1855, *passim*.

[147] B. Windscheid, T. Kipp, *Pandektenrecht*, Frankfurt a.M., 1906, §§ 264 e 315.

[148] Così, Staub, *Le violazioni positive*, cit., p. 39.

[149] RG, 6 marzo 1903, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 54, 1903, p. 98, cit. dallo stesso Staub (p. 86); RG, 29 novembre 1922, *ivi,* 106, 1923, p. 24 s.

[150] Testualmente, K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, *Istituti*, III

misura in cui non tutelava adeguatamente l'interesse del creditore all'esatto adempimento.

Al contrario, la Cassazione francese, nel qualificare nell'*arrêt Mercier* come obbligazione di mezzi[151] l'obbligazione *de soins* del medico nei riguardi del paziente, sarà senz'altro condizionata dal prestigio del pensiero di René Demogue[152]. Ma pur in presenza di un'evoluzione abbastanza costante[153] della giurisprudenza francese, ribadita oggi dall'art. L. 1142-1, comma 1, *Code Santé publ.*, l'individuazione di obbligazioni di *sécurité* di risultato "connesse" alla prestazione sanitaria (pur sempre di mezzi)[154] ed il ricorso alla figura della *faute virtuelle* avranno lo scopo di tutelare in maniera più efficiente l'interesse della vittima ed inseriranno ulteriori elementi di riflessione riguardo a questa partizione, che pur ha caratterizzato, nell'ultimo secolo, gran parte delle esperienze di *civil law*.

Così, il prestigio di R. Saleilles[155] e di L. Josserand[156] se, da un lato, fu essenziale per elaborare compiutamente la regola di responsabilità oggettiva delittuale, già intuita un anno prima nell'*arrêt* Teffaine[157], iscritta nel testo dell'art. 1384, comma 1, *Code civil*, che caratterizzerà il diritto francese e le altre esperienze dell'area fino ai nostri giorni; dall'altro, non fu sufficiente a far desistere la Cassazione (nel 1911-1913) dal ravvisare nel contratto di trasporto di persone un'obbligazione assoluta di *sécurité*, inserita «a viva forza nel contratto»[158], rispetto alla soluzione extracontrattuale, di gran lunga prevalente nella dottrina francese dell'epoca[159]. Ancora una volta, nella

ed. con agg. a cura di A. di Majo, trad. it. di E. Cigna, A. Gangemi, Milano, 2011, p. 209.

[151] Cass., 20 *mai* 1936, in *Dalloz*, 1936, 1, p. 88, rapp. L. Josserand.

[152] R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, 1925, p. 538 ss.

[153] Così, M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité de Droit civil* sous la direction de C. Larroumet, II éd., Paris, 2012, p. 898 ss.

[154] Sottolinea questo apparente paradosso, Bacache-Gibeili, *ivi*, p. 894 ss.

[155] *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897, p. 19 e *passim*.

[156] *De la responsabilité des choses inanimées*, Paris, 1897, p. 103 ss.

[157] Cass., 18 *juin* 1896, in *Dalloz*, 1897, 1, p. 433, con le conclusioni di Sarrut e con il commento proprio di R. Saleilles. Su tale fondamentale decisione cfr. *La responsabilité du fait des choses. Réflexions autour d'un centenaire*, ouvrage collectif sous la direction de F. Leduc, Paris, 1997.

[158] L'espressione, non scevra da accenti critici, è di L. Josserand, *Le contrat dirigé*, in *Dalloz H.*, 1933, I, p. 90 ss.

[159] Se si eccettua A. Esmein (*Note*, in *Sirey*, 1900, II, p. 57), che era rimasto uno dei pochi autori che continuavano a difendere la responsabilità contrattuale del vettore nel contratto di trasporto di persone, la quasi totalità della dottrina francese, in epoca immediatamente anteriore alle sentenze del 1911-1913, era orientata per la soluzione extracontrattuale (lo ricorda Halpérin, *La naissance*, cit., p. 1180).

ricezione giurisprudenziale di una dottrina minoritaria e poco conosciuta[160], il prestigio cede il passo alla tutela dell'interesse della vittima ad avvalersi di un rimedio contrattuale fondato su una disciplina di responsabilità oggettiva, rispetto all'eventualità, del tutto consistente, di vedersi gravata dalla prova della *faute précise* di cui all'art. 1382 *Code civil*, in un periodo in cui sarebbe stata storicamente impraticabile l'applicazione dell'art. 1384, comma 1.

Così la stessa elaborazione giurisprudenziale del principio del *non-cumul*[161], più che essere ispirata ad una dottrina prestigiosa, aveva la funzione di completare la tutela contrattuale della vittima, trovando il suo fondamento storico proprio nell'impedire che essa, garantita dall'esistenza di un'obbligazione di *sécurité* di risultato, potesse vedersi affievolita la sua tutela con l'applicazione della regola di responsabilità extracontrattuale per colpa[162]. La riprova è che l'odierna dottrina francese, in presenza dello snaturamento dell'obbligazione di *sécurité* dovuto alla proliferazione giurisprudenziale delle obbligazioni "di mezzi", proprio al fine di ristabilire la tutela risarcitoria originaria della vittima, inizia a considerare pernicioso, nella specie, il principio del *non-cumul* e a proporre, in via di riforma, il regime del concorso o la "decontrattualizzazione" dell'obbligazione di *sécurité* (di mezzi) ogni qualvolta risulti applicabile la regola di responsabilità oggettiva delittuale di cui all'art. 1384, comma 1, *Code civil*.

Nell'esperienza tedesca, talvolta, l'elemento del prestigio e quello della tutela dell'interesse procedono di pari passo nell'opera di ricezione giurisprudenziale. Sicuramente è il prestigio della dottrina di Rudolf von Jhering in tema di *culpa in contrahendo* e di contratti nulli a contribuire all'idea di obbligazione come rapporto complesso. Ma alla base della ricezione giurisprudenziale di tale costruzione v'è soprattutto l'esigenza di tutelare il soggetto che in buona fede aveva fatto affidamento su una trattativa o sulla stipula di un contratto, poi "colpevolmente" non concluso o rivelatosi nullo o altrimenti inefficace, attraverso l'estensione della disciplina in tema di responsabilità contrattuale in ipotesi nelle quali non sarebbe stato possibile esperire la tutela delittuale ai sensi del § 823 ss. BGB. Così è opinione del tutto unanime che la soluzione contrattuale adottata in Germania, ed imperniata sulla dottrina degli obblighi di protezione e sulla loro efficacia nei riguardi di terzi, troverà il suo fondamento nell'esigenza di una più

[160] Sainctelette, *De la responsabilité*, cit., pp. 95, 118 e *passim*; Sauzet, *De la responsabilité*, cit., p. 596 ss.
[161] Cass. Civ., 11 *janvier* 1922, cit., p. 279 s.
[162] In questi termini, Feola, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 191 s.

intensa tutela della vittima, posta al riparo (grazie al § 278 BGB) dalla prova liberatoria del debitore prevista dal § 831 BGB in tema di responsabilità delittuale. D'altronde lo stesso Stoll, quando distingue nitidamente lo *Schutzinteresse* dal *Leistungsinteresse* nell'ambito di una struttura allargata di rapporto obbligatorio, è mosso non tanto da esigenze dogmatiche, quanto da una prospettiva esplicitamente legata ad una *Interessenjurisprudenz*[163] finalmente idonea a tutelare, oltre all'interesse del creditore all'esatto adempimento, gli interessi delle parti coinvolte nel rapporto obbligatorio alla protezione della propria sfera personale e patrimoniale.

Un caso emblematico, poi, ha riguardato, in Germania, verso la metà degli anni '50, l'efficacia protettiva del contratto riguardo a determinati terzi, inaugurando il nuovo inquadramento giurisprudenziale del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten bestimmter Dritter*, quale figura del tutto autonoma rispetto al contratto a favore di terzi (di cui al § 328 BGB). Tale istituto rappresenta, altresì, una delle ipotesi più significative di recezione, da parte della nostra Suprema Corte, di un modello dottorale tedesco, la cui applicazione, però, a differenza di quanto accaduto nel diritto germanico, sarà essenzialmente limitata alle fattispecie di responsabilità del medico per il danno prenatale. Nei casi di condotta commissiva del ginecologo che compie un'erronea "manovra" nel corso del parto[164], o di somministrazione di farmaci contro la sterilità potenzialmente teratogeni, in assenza della dovuta informazione sui rischi conseguenti[165], legittimerà il minore nato malformato ad agire direttamente (mediante i suoi legali rappresentanti) nei riguardi dei sanitari al fine di ottenere il risarcimento integrale dei danni biologico, morale e/o esistenziale. Nel caso di mancata o erronea informazione nei riguardi della gestante, privata del suo diritto di autodeterminazione nella scelta procreativa, legittimerà il marito[166] e, poi, anche i fratelli e le sorelle[167] del bambino nato malformato ad ottenere il risarcimento del danno morale e/o esistenziale[168].

[163] Un esplicito riferimento alla giurisprudenza degli interessi è proprio nel § 2 del cap. IV che, non a caso, è intitolato: «La lesione degli interessi come fondamento della costruzione sistematica» (Stoll, *Commiato*, cit., p. 24).

[164] Cass. Civ., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, c. 557 s.

[165] Cass. Civ., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Diritto e giurisprudenza*, 2010, p. 108, con nota di M. Feola.

[166] Cass. Civ., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 379 ss.

[167] Cass. Civ., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 178.

[168] Per un'esplicita qualificazione in termini di danno esistenziale, Cass. Civ., sez. III, 4

Ebbene, l'autorevolezza del pensiero di Karl Larenz, espresso in una breve nota[169] posta a commento della sentenza del BGH denominata *Dreschmaschinenfall* (c.d. caso della trebbiatrice o della puleggia motrice), influirà sul nuovo corso della giurisprudenza. Così come inciderà il pensiero di Joachim Gernhuber[170], il quale, nel richiamare il ruolo della *Sozialwirkung* nel diritto delle obbligazioni, propone un ampliamento del rapporto obbligatorio, fino ad allora incentrato sulle figure del debitore e del creditore quali titolari dei diritti e degli obblighi primari e secondari di prestazione, a quei soggetti "terzi" che "provano" su di loro vicende pur strutturalmente "estranee", ma con un'intensità tale da rendere opportuna un'equiparazione rispetto alle parti del rapporto[171]. Il diniego, della Suprema Corte, di risarcire l'operaio che si era ferito nel maneggiare l'attrezzo agricolo aveva trovato fondamento nella circostanza che questi fosse un dipendente non dell'acquirente, bensì di un altro imprenditore agricolo, nel cui terreno si era verificato l'incidente[172]. Questo dato non consentiva, secondo la giurisprudenza anteriore – e secondo la tesi di W. Wussow[173], testualmente citato nella sentenza – di estendere al bracciante gli effetti di protezione del contratto stipulato tra il venditore e l'acquirente della puleggia, poiché non v'era la possibilità di ipotizzare un "accordo tacito" delle parti a favore del terzo (danneggiato), senza estendere eccessivamente la cerchia dei soggetti protetti. Il nuovo modello dottrinale verrà accolto tre anni dopo dal BGH nel decidere il c.d. *Capuzolfall*[174], considerato non a caso la "pietra miliare"[175] in materia: il diritto al risarcimento del danno a favore del dipendente dell'impresa metallurgica, che aveva subito gravi danni a seguito dell'esplosione del prodotto antiruggine, verrà riconosciuto senza ricorrere all'estensione del contratto a favore di terzi e sulla base della violazione dei

gennaio 2010, n. 13, in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 699, con nota di M. Feola, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*.

[169] K. Larenz, *Anmerkung* a BGH, 25 aprile 1956, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1956, p. 1193 s. La soluzione era stata già anticipata nella prima edizione del suo trattato (Id., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1953, p. 139 ss.).

[170] J. Gernhuber, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 249 ss.

[171] *Ivi*, p. 250 s.

[172] BGH, 25 aprile 1956, cit., p. 1194.

[173] W. Wussow, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, V ed., Berlin-Köln, 1954, p. 239.

[174] BGH, 15 maggio 1959, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, p. 1676.

[175] R.-A. Hirth, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*, Berlin, 1991, p. 27 s.

soli obblighi di protezione. Nella specie, l'obbligo di prestazione era stato esattamente adempiuto con la consegna del prodotto (Capuzol Nr. 22), ma il venditore aveva omesso di informare sufficientemente l'acquirente sulla sua estrema pericolosità, in modo da consentirgli di adottare le opportune misure di sicurezza. Tale svolta giurisprudenziale trova il suo fondamento nell'esigenza (teorica) di superare gli artifizi e le «motivazioni apparenti»[176] di una giurisprudenza che, fino ad allora, aveva individuato in un ipotetico "accordo tacito" il presupposto per l'applicazione del contratto a favore di terzi: istituto caratterizzato, invece, non dall'estensione dell'effetto di protezione, ma dal fatto che il terzo acquista direttamente il diritto di pretendere la prestazione (§ 328, comma 1, BGB, come confermato dai §§ 330 e 331)[177]. La nuova figura, che pur sempre è collegata alla volontà delle parti[178], si fonda sul principio di buona fede e sul senso e sullo scopo del contratto, che acquistano «in proposito il significato di un parametro oggettivo per la determinazione del contenuto del contratto»[179]. Ma è evidente anche l'esigenza pratica di individuare i criteri per determinare la cerchia, limitata, prevedibile[180] e quindi riconoscibile dalla controparte, delle persone protette nei soggetti per i quali il creditore contrattuale è obbligato, giuridicamente o moralmente, alla loro tutela (parenti e componenti la comunità familiare, domestici, dipendenti)[181]. Mettendo a disposizione locali e attrezzature, il creditore (mandante, conduttore, committente, compratore, appaltatore, ecc.) diviene corresponsabile per il loro *Wohl und Wehe* e, quindi, acquista un interesse senz'altro meritevole a che queste persone non subiscano un danno nell'esecuzione della prestazione alla quale la controparte è obbligata.

Un ulteriore caso notevole di ricezione dottrinale riguarderà, nel prosieguo, lo stesso percorso del contratto con effetti di protezione per terzi, dando luogo alla nascita della c.d. obbligazione senza obbligo primario di prestazione, richiamata, oggi, nella nostra esperienza giuridica, prima da un'avvertita dottrina[182] e, poi, dalla stessa Corte di cassazione. L'idea di C.-W. Canaris, esposta in uno scritto della metà degli anni '60[183], secondo la

[176] Così, Gernhuber, *Drittwirkungen*, cit., p. 250 s.
[177] Larenz, *Anmerkung*, cit., p. 1193.
[178] In proposito, Varanese, *Il contratto*, cit., p. 79.
[179] C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 158.
[180] Larenz, *ivi*, p. 1194.
[181] *Ibidem.*
[182] Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 191 ss.
[183] C.W. Canaris, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzungen» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *Juristenzeitung*, 1965, p. 476 ss.

quale obblighi di protezione possono sorgere tra le parti anche in assenza di obblighi di prestazione, trovando la loro fonte non nel contratto nullo (o nel futuro contratto), ma in un particolare «rapporto giuridico nelle trattative» che ha natura legale e che è espressione del principio dell'affidamento fondato sul § 242 BGB, sarà quasi immediatamente recepita in una sentenza del *Bundesgerichtshof*, che inserirà il terzo nella sfera di protezione del contratto anche nell'ipotesi di un contratto di locazione nullo per difetto del potere rappresentativo[184]. L'accettazione del corrispettivo, pagato anticipatamente dal conduttore, e la tolleranza nella concessione in utilizzo della cosa locata avevano creato «rapporti giuridici diretti» tra le parti, analoghi a quelli prodotti da un contratto validamente concluso[185], tali da consentire al conduttore danneggiato di poter adire la tutela contrattuale per violazione dell'interesse di protezione, anche in presenza di un vizio del potere rappresentativo che aveva infirmato la validità del contratto. L'orientamento, d'altronde, non rappresentava un'assoluta novità per il diritto tedesco: da un lato, la "scoperta" di Rudolf von Jhering in tema di *culpa in contrahendo* e di contratti nulli, dall'altro, la soluzione già ideata dalla Corte Suprema del Reich nel "caso del rotolo di linoleum"[186] avevano iniziato a persuadere la scienza giuridica tedesca sulla possibilità di ravvisare obblighi di protezione indipendentemente dall'esistenza di un obbligo di prestazione. Le *Schutzpflichten* trovano ora il loro fondamento non più nella volontà presunta o in un "accordo tacito" delle parti, bensì in «obblighi creati dalla buona fede sulla scorta di un affidamento socialmente rilevante»[187], la cui violazione legittima il danneggiato ad agire anche nella fase precontrattuale o in presenza di contratti comunque invalidi o inefficaci. Questo orientamento troverà la sua definitiva consacrazione nell'introduzione del comma 2 del § 241 del BGB e, soprattutto, nell'idea di "contatto negoziale" che è a fondamento del nuovo § 311 BGB.

[184] BGH, 10 gennaio 1968, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1968, p. 402.
[185] BGH, 10 gennaio 1968, cit., p. 403.
[186] RG, 7 dicembre 1911, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 1912, 78, p. 239 ss.
[187] Così, C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, p. 552 s.

7. Segue. *Il ruolo emblematico della responsabilità civile nella descrizione delle vicende circolatorie tra dottrina e giurisprudenza. Alcuni esempi che dimostrano come le Corti si ispirino, nella ricezione di una dottrina (non sempre* savante*, ma spesso* militante*), ad una valutazione teleologica che è funzionale a tutelare un determinato interesse, sulla base di un proprio ed autonomo disegno di* policy

L'indicata tendenza in merito ai rapporti tra dottrina e giurisprudenza può trovare ulteriore conferma anche in tema di responsabilità civile. Questo settore, anzi, assume una valenza paradigmatica proprio perché «Più che in qualsiasi altro ambito del diritto privato», essa ha assunto «la fisionomia di un "diritto comune" trans-nazionale che, seppure in presenza di indubbie specificità, può pervenire all'uniformazione delle regole e dei modelli in assenza dell'intervento del legislatore, sulla base dell'elaborazione della dottrina e delle Corti»[188]. Anche in questa materia l'adozione, da parte delle Supreme Corti, di una dottrina piuttosto che un'altra, tra tradizione e innovazione, sembra corrispondere, nella maggior parte dei casi, soprattutto a scelte teleologiche che la giurisprudenza decide di voler premiare.

In tema di danno da perdita di *chance*, ad esempio, il prestigio di René Savatier non fu sufficiente per vincere una vera e propria battaglia intrapresa avverso la risarcibilità del danno da perdita delle *chances* di guarigione o di sopravvivenza[189]. Il consolidarsi, in giurisprudenza, dell'orientamento tradizionale[190] fu dovuto non tanto all'autorevolezza (e ad rigore) delle risposte fornite da G. Durry[191], quanto all'esigenza pratica di svincolare la

[188] Già A. Procida Mirabelli di Lauro, *Verso un "diritto comune" della responsabilità civile*, in A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, p. 17.

[189] Tra i tanti scritti dedicati all'accesa critica del citato orientamento giurisprudenziale, cfr. R. Savatier, *Observations* a Cass. civ., 14 *décembre* 1965 e ad App. Paris, 10 mars 1966, in *La semaine juridique*, 1966, II, *Jur.*, 14753; Id., *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, in *Dalloz*, 1970, *Chron.*, p. 123 ss.; Id., *Observations* a Cass. Belge, II Ch. civ., 23 *septembre* 1974, in *La semaine juridique*, 1976, II, *Jur.*, 18216; Id., *Observations* a Cass., I Ch. civ., 1 *juin* 1976 (2 arrêts), *ivi*, 1976, II, *Jur.*, 18483, Id., *Observation* a Cass. crim., 9 *juin* 1977, *ivi*, 1977, II, *Jur.*, 18839. In argomento, anche F. Chabas, *Note* a Trib. gr. inst. Montpellier, 21 *décembre* 1970, in *Dalloz Sirey*, 1971, *Jur.*, p. 637 ss.

[190] Cfr., soprattutto, Cass., I Ch. civ., 24 *mars* 1981, in *Dalloz Sirey*, 1981, *Jur.*, p. 545 s. Per il successivo, conforme orientamento della Cassazione, cfr. Feola, *Il danno da perdita di* chances, cit., p. 218 ss.

[191] Ad es., G. Durry, *La faute du médecin diminuant les «chances de guérison» du malade*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, p. 182 ss.; Id., *La faute du médecin diminuant les «chances de guérison» du malade*, *ivi*, 1969, p. 797 s.; Id., *Faute médicale et perte de chances de survie*, *ivi*, 1972, p. 408 ss.; Id., *La perte de chances de survie imputable au médecin*,

tutela risarcitoria della vittima dagli esiti del giudicato penale e dalla prova, quasi sempre diabolica per il paziente o per i suoi aventi causa, del rapporto di causalità tra la condotta e l'evento[192].

Così, in Italia, la Cassazione penale nel caso Baltrocchi[193] utilizzerà l'autorevolezza del pensiero di F. Stella[194], ampiamente e testualmente citato nel corso della sentenza, per invertire quella tendenza lassista che, a seguito del caso Melis[195] e della giurisprudenza c.d. del 30%[196], aveva vulnerato, in sede di giudizio controfattuale, il «principio di legalità e di tipicità delle fonti di responsabilità penale, rischiando, nei casi più macroscopici, di attentare al principio di personalità della responsabilità penale»[197]. Il *revirement* giurisprudenziale, che dopo alterne vicende sfocerà nel celeberrimo caso Franzese, consegue un duplice risultato: da un lato ristabilire, in sede di processo penale, in ossequio al *favor pro reo*, un giudizio di «"alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"»[198], sulla base di una prova fornita «al di là di ogni ragionevole dubbio»[199]; dall'altro, sulla scia dell'esperienza francese, determinare la divaricazione[200] della giurisprudenza civile da quella penale in materia di prova della causalità, confermata dalla ricezione della figura del danno da perdita di *chances* e dal celeberrimo *dictum* delle Sezioni Unite che introduce, in sede civile, il diverso principio

ivi, 1976, p. 360 ss.

[192] In questi termini, e su entrambi gli aspetti, Feola, *Il danno da perdita di* chances, cit., pp. 200 ss., 206 ss.

[193] Cass. Pen., sez. IV, 28 settembre 2000, in *Il Foro italiano*, 2001, II, c. 420 ss., con nota di E. Nicosia.

[194] Cfr., soprattutto, F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975; Id., voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.; Id., *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, p. 157 ss.

[195] Cass. Pen., sez. IV, 7 gennaio 1983, in *Il Foro it.*, 1986, II, c. 351.

[196] Inaugurata da Cass. Pen., sez. IV, 17 gennaio 1992, n. 371, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1992, p. 361 ss., secondo la quale «sussiste sempre il rapporto di causalità tra la colposa omissione di diagnosi da parte del medico e la morte del paziente, anche qualora l'esatta e tempestiva opera del sanitario avrebbe potuto evitare l'evento non già con certezza o elevate probabilità, ma solo con probabilità apprezzabili nella misura del trenta per cento».

[197] Cass. Pen., 28 settembre 2000, cit., c. 429.

[198] Cass., sez. un. pen., 10 luglio 2002, in *Il Foro it.*, 2002, II, c. 623, con nota di O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, la quale, però, sembra seguire Cass. Pen., sez. IV, 23 gennaio 2002, *ivi*, 2002, II, c. 420 ss., con il commento di G. Fiandaca.

[199] L'espressione compare già in Cass. Pen., sez. IV, 25 settembre 2001, in *Il Foro it.*, 2002, II, c. 295, e in Cass. Pen., 23 gennaio 2002, cit., c. 429.

[200] In questi termini già Feola, *Il danno da perdita di* chances, cit., p. 276 ss.

del «più probabile che non»[201].

Così, la responsabilità da contatto sociale del medico dipendente da una struttura pubblica o privata trova la sua ragione non soltanto nel prestigio del modello tedesco (della teoria dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione) e di quella dottrina che, in Italia, più di ogni altra ha contribuito alla sua diffusione[202], ma anche nell'esigenza pratica di fornire una tutela ben più favorevole per il paziente di quella disposta dall'art. 2043 c.c., che, invece, la riforma legislativa ha deciso di restaurare.

Ciò non significa, però, che la giurisprudenza, nell'effettuare le sue scelte teleologiche, si ispiri sempre alla soluzione più razionale o a quella maggiormente vantaggiosa per la vittima. In Italia, ad es., una contestata soluzione antitetica è stata disposta per il danno patrimoniale e per quello non patrimoniale, malgrado il legislatore non abbia posto tale partizione alla base del nostro sistema di responsabilità civile, fungendo la sola ingiustizia del danno (e non la sua patrimonialità) da modello di selezione del danno risarcibile (sia esso patrimoniale o non patrimoniale)[203]. Se in tema di danno patrimoniale le Sezioni Unite hanno riconosciuto, anche grazie all'*auctoritas* di Stefano Rodotà[204], la struttura di clausola generale alla norma primaria di cui all'art. 2043 c.c. in un sistema caratterizzato dall'atipicità dell'illecito[205], altrettanto non è accaduto in tema di danno non patrimoniale. L'estensione dell'area dei danni risarcibili oltre i limiti indicati dagli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., sulla base di una «disinvolta "rilettura costituzionalmente orientata"»[206] di tale

[201] Così Cass. Civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Altalex*, n. 2253 del 13 settembre 2008, p. 12 ss., che, però, non accoglie integralmente la tesi proposta da Cass. Civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Il corriere giuridico*, 2008, p. 35 ss., con nota di M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.

[202] Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 191 ss.

[203] Per l'argomentazione di tale assunto sia consentito rinviare ad A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte II, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 220 ss.; Id., *Morte e resurrezione di una teoria generale e monocentrica della responsabilità civile*, *ivi*, 2003, p. 615 ss.; Id., in A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, *ivi*, 2007, p. 464 ss.

[204] *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 107 ss., 112 ss., 183 ss. e *passim*.

[205] Cass. Civ., sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giustizia civile*, 1999, I, p. 2270 ss.

[206] Così, F.D. Busnelli, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 470, malgrado l'ipotesi interpretativa seguita dalla giurisprudenza si ispiri alle pagine di E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 320 ss. Il *revirement*, introdotto da Cass. Civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828 e 8827, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 816 ss., 819 ss., nonché da Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, *ivi,* 2003, p. 939 ss., è stato completato da Cass. Civ., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, *ivi*, 2009, p. 19 ss.

disciplina, ha avuto l'effetto di stravolgere il nostro sistema di responsabilità delittuale, ingenerando un'indebita confusione tra il danno non patrimoniale che consegue alla commissione di un fatto di reato e tra quello che è l'effetto della violazione di un "diritto inviolabile" della persona, rilevante soltanto per il diritto civile. Confusione che oggi involge le stesse funzioni della responsabilità delittuale e che ha indotto improvvidamente a dubitare che la stessa riparazione del danno "da reato", sia esso patrimoniale o non patrimoniale, possa assolvere all'originaria funzione sanzionatoria e/o satisfattiva che il nostro legislatore esplicitamente volle consegnare all'art. 185 c.p.[207].

Argomentazione giuridiche trite e assai poco convincenti sono state richiamate, poi, dalle Sezioni Unite per negare la risarcibilità del danno da perdita della vita[208]. La Suprema Corte, invece di approfondire, seppur criticamente, le argomentazioni che la dottrina[209] e la stessa Cassazione avevano posto alla base del *revirement*, ha preferito reiterare le motivazioni di un vetusto orientamento[210] che tutela essenzialmente gli interessi del sistema assicurativo e del suo maggior lucro d'impresa, affermando, assai discutibilmente, che «non appare imposta da alcuna norma o principio costituzionale un obbligo del legislatore di prevedere che la tutela penale sia necessariamente accompagnata da forme di risarcimento che prevedano la riparazione per equivalente di ogni perdita derivante da reato»[211]. Ma le Sezioni Unite hanno dimenticato l'art. 185 c.p. il quale dispone che «Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, *obbliga* al risarcimento il colpevole», e anche il giudice, in quanto "soggetto soltanto alla legge" (art. 101 cost.). In assenza di ogni altra argomentazione giuridica, l'intero ragionamento motivazionale della sentenza ruota attorno alla grottesca ed irridente citazione dell'"argomento epicureo" (a proposito di citazioni esplicite nei diritti "del silenzio"!), secondo il quale «il più temibile dei mali, la morte, non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi non c'è la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi. La morte quindi è nulla, per i vivi come per i morti: perché per i vivi essa non c'è ancora, mentre per quanto riguarda i morti, sono essi stessi a non esserci»[212]. Per le

[207] Così, Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 249 ss.; Id., *Il danno ingiusto non patrimoniale*, cit., p. 466 ss.; Busnelli, *La "dottrina delle Corti"*, cit., p. 470 s.

[208] Cass. Civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 889 ss.

[209] Sul punto sia consentito rinviare ad A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno da perdita della vita e il «nuovo statuto» dei danni risarcibili*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 686 ss.

[210] Inaugurato dalle Sezioni Unite nel lontano 1925 (sent. n. 3475, in *Il Foro it.,* 1926, I, c. 328).

[211] Cass. Civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., p. 893.

[212] Cass. Civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., p. 892.

Sezioni Unite, quindi, la morte non è un danno risarcibile e la vita non è un interesse protetto dal nostro diritto civile! *Mors omnia solvit*. Con buona pace per ogni altra considerazione giuridica. *Amen*!

Le velleità contro-riformiste delle Sezioni Unite in tema di responsabilità civile hanno riguardato anche il tema del danno da «nascita malformata»[213]. Tuttavia, piuttosto che sottolineare i molteplici aspetti critici anche di questa decisione, val la pena rimarcare come essa dimostri che l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice non avvenga quasi mai in maniera unanime ed uniforme, ma favorisca, anzi, differenti soluzioni tra i diversi collegi della Cassazione, all'interno o all'esterno della medesima Sezione. Può essere utile qui richiamare quella distinzione, proposta da Denis Mazeaud[214], tra una *doctrine savante* e una *doctrine militante* (emblematici, in proposito, gli indirizzi esistenzialisti e, soprattutto, anti-esistenzialisti, che hanno caratterizzato il dibattito in Italia negli ultimi anni). Mentre la prima, conformemente agli ideali di una comparazione problematica, tende a proporre alla giurisprudenza modelli di ragionamento giuridico, la seconda, espressione di un uso esclusivamente normativo della comparazione, ha per unico scopo l'indurre la Suprema Corte ad assumere una certa soluzione, ad adottare una determinata regola allo scopo di tutelare uno specifico, determinato interesse. In questi casi l'intervento restauratore delle Sezioni Unite appare ispirato non ad astratte esigenze di certezza del diritto, che sarebbero comunque garantite anche dall'affermazione dell'opposto indirizzo, bensì alla volontà di ristabilire la regola originaria al fine di continuare a tutelare quel medesimo interesse patrimoniale.

Da ultimo, non può essere sottaciuto un censurabile orientamento della Terza Sezione civile della Cassazione[215] in materia di responsabilità della struttura sanitaria che, nel rinnegare i "principi di diritto" prospettati dalle Sezioni Unite in due fondamentali sentenze che si erano proposte, da un lato, di individuare l'«identità del regime probatorio, per i tre

[213] Cass. Civ., sez. un., 2 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 349 ss.

[214] D. Mazeaud, *Régards sur l'influence de la doctrine sur la Cour de cassation en droit des obligations*, in *Giureconsulti e giudici*, I, cit., p. 193 ss.

[215] Introdotto da Cass. Civ., sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss., con nota di D. Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?* Oltre alle ulteriori sentenze del 7 dicembre 2017, n. 29315 (Cass. Civ., sez. III), in *Pluris*, e del 15 febbraio 2018, n. 3704 (Cass. Civ., sez. III), *ivi*, molte altre decisioni assumono la forma dell'ordinanza: ad es., Cass. Civ., sez. III, 13 luglio 2018, n. 18540, in *Pluris*; Cass., sez. III, 19 luglio 2018, n. 19204, *ivi*; Cass. Civ., sez. III, 22 agosto 2018, n. 20905, *ivi*; Cass. Civ., sez. III, 13 settembre 2018, n. 22278, *ivi*; Cass. Civ., sez. III, 20 novembre 2018, n. 29853, www.dejure.it.

rimedi previsti dall'art. 1453»[216], dall'altro, di prevedere una disciplina unitaria dell'inadempimento in vista del superamento della partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"[217], opera un incomprensibile "salto all'indietro" che rischia di mandare al macero circa settant'anni di evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, da Giuseppe Osti, Emilio Betti e, soprattutto, Luigi Mengoni[218] ai più recenti studiosi del diritto delle obbligazioni. La strana teoria dell'inadempimento… extra-contrattuale per colpa del debitore (assicurato)[219], che sembra comunque trovare fondamento in una dottrina, pur autorevole, ma del 1895[220], nell'operare un'indebita confusione tra la struttura e la disciplina delle responsabilità contrattuale e delittuale (art. 2043 c.c.), tra inadempimento e colpa, tra causalità "materiale" e causalità "giuridica"[221], frantuma l'unitarietà del diritto delle obbligazioni e duplica la disciplina dell'inadempimento, facendo gravare sul creditore, ma limitatamente alle obbligazioni di *facere* professionale[222], la prova dell'"inadempimento" e del rapporto di causalità materiale con il danno-evento e accollando a questi il rischio della causa

[216] Cass. Civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Il corriere giuridico*, 2001, p. 1567 s.

[217] Cass. Civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790, con nota di G. Vinciguerra, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, la quale aveva accolto, evidentemente, il pensiero di L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 379.

[218] Cfr., in particolare, G. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 469 ss.; Id., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* (già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 593-616), ora in *Scritti giuridici* con presentazione di P. Rescigno, I, Milano, 1973, p. 463 ss.; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 128 ss.; L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, ora in *Scritti II*, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 374 ss. Per un'analisi del pensiero di questi Autori, C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 12 ss.; A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *Inadempimento e responsabilità*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (Camerino, 5-8 settembre 2018), Napoli, 2019, p. 168 ss.; G. D'Amico, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, n. 1, p. 18 ss.

[219] In questi termini, A. Procida Mirabelli di Lauro, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento… extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 249 ss.

[220] N. Coviello, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.

[221] Insuperato, sul punto, il contributo di G. Gorla, *Sulla c.d. causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 417.

[222] Così, le ultime due sentenze "Scoditti": all'unisono, Cass. Civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, in *Danno e resp.*, 2020, p. 72, con nota di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Inadempimento e causalità "materiale":* perseverare diabolicum.

incerta e/o ignota. Tale orientamento, censurato anche dagli Autori che qualificano l'obbligazione sanitaria come obbligazione "di mezzi"[223] o con "risultato indeterminato"[224], oltre a rappresentare un regresso rispetto alla stessa giurisprudenza sulle prestazioni c.d. routinarie[225], viola gli artt. 1218 e 2697 c.c. e disattende la recente riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24 del 2017) la quale ha inteso collocare in ambito extracontrattuale la sola responsabilità dell'ausiliare del debitore, ma in ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata, concedendo anzi al creditore danneggiato un'azione diretta nei riguardi dell'assicuratore del debitore (art. 12, comma 1).

Questi esempi hanno cercato di illustrare le dinamiche circolatorie tra dottrina e giurisprudenza, pur nella consapevolezza delle difficoltà, ma anche del fascino, di una ricerca condotta su paesi che non professano la citazione esplicita (Epicuro a parte!), ma nei quali è risultato evidente come i giudici, pur senza rivelare la fonte bibliografica, fondino la loro decisione sulle diverse posizioni della dottrina. La giurisprudenza di legittimità, più che essere influenza dal prestigio di un certo Autore, dal "rigore" delle sue argomentazioni e costruzioni sistematiche, spesso sembra recepire (pur sempre da una dottrina, sovente *militante*) quegli orientamenti che, nel caso concreto, sono funzionali a realizzare un proprio ed autonomo disegno di politica del diritto. Allora lo stesso discorso giuridico sulle obbligazioni, sui contratti, sui modelli di responsabilità e, più in generale, sugli istituti del diritto civile trascende il piano della pura dogmatica e risulta comprensibile soltanto sulla base delle scelte di *policy* effettuate dalle Corti in ordine al concreto assetto degli interessi divisati, in considerazione delle peculiari caratteristiche sistemiche che sono proprie di ciascun diritto.

[223] Ad es., di Majo, *La salute responsabile*, cit., p. 15 ss.; G. D'Amico, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 357.

[224] Così, F. Piraino, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, p. 709 ss. Ma l'orientamento della Terza Sezione ha raccolto molteplici altre critiche: R. Pardolesi, R. Simone, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Il Foro it.*, 2018, I, c. 3582 ss.; Id., *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 10 ss.; A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Feola, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, p. 33 ss.; M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 256 ss.

[225] Introdotta da Cass. Civ., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Il Foro it.*, 1979, I, c. 4.

Vincenzo Zeno-Zencovich

A Normative Metastasis?[*]

Summary: 1. Introduction – 2. "Be ye fruitful and multiply" – 3. Norms and their self-reproducing nature – 4. The metastasis – 5. A cultural divide: Legal norms v. Social norms – 6. Is there a cure? a) Moratorium; b) Sunset clauses; c) "Better regulation"; d) Digital response (1); e) Digital response (2).

1. *Introduction*

If cancer is a degenerative disease of human cells which begin dividing themselves without stopping and spread, malignantly, into surrounding or distant tissues of the body, in this paper I will discuss the following arguments:

a) Contemporary advanced societies are affected by a social-institutional disease by which "healthy" norms start dividing and multiplying themselves creating masses that prevent the functioning of society.
b) Beyond a certain point – which has to be established through attentive and distinguishing social research – norms, interacting with other norms, multiply in an irreversible process.
c) The consequences of such normative tumours are not only a clog in societal activities but the generation of astronomical costs in compliance, prevention and repression, generating even more norms.
d) This process tends to extend – hence the metaphor of metastasis – to areas of society which are mostly immune from normative intervention or are only moderately affected.

[*] Questo scritto vuole testimoniare, oltre alla ammirazione per lo studioso, la mia personale riconoscenza nei confronti di Luigi Moccia per due momenti di svolta del mio percorso accademico. Il prof. Moccia fu commissario nel contrastato concorso per ordinario di diritto comparato del 1990 (altri vincitori: Gianmaria Ajani, Ugo Mattei, Giulio Ponzanelli e Antonino Procida). Il suo voto, unito a quello di Gabriella Autorino e di Gabriele Crespi Reghizzi, fu decisivo. Dieci anni più tardi, quando Letizia Vacca mi propose di trasferirmi nella giovane Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre, il prof. Moccia – che già era incardinato in quella di Scienze Politiche e che per meriti potiori ben poteva rivendicare la posizione – molto benevolmente mi aprì la strada. L'accademia è un intreccio di relazioni personali ed è doveroso serbarne memoria.

e) While in the human body one can try to stop the fatal consequences of cancer through chemo-radiotherapy and/or removal or amputation, there does not appear to be, presently, a remedy to normative metastasis.

It might appear contradictory if not hypocritical that a lawyer denounces the excesses of normativism, which is tantamount to biting the hand that feeds him. A disclaimer is therefore necessary. The author, having given, as many other lawyers engaged in institutional counselling, his contribution to the increase in the production of norms is in no position to point his finger against anybody or against a system of which he is – albeit in a minuscule fraction – part. This paper more simply aims at highlighting a significant problem of contemporary societies. There are no culprits or villains. There is however a dominant idea – rather, a dominant ideology – which sets norms above everybody and everything. Seen from a lawyer's point of view normative metastasis raises ethical issues on the role of lawyers in society. Seen from outside normative metastasis could be one of the factors that generate anti-institutional behaviours and movements in developed societies[1]. Or, seen from the other way around, proliferation of norms is seen as an expression of complexity and specialization which one wants to eliminate through a drastic simplification, *i.e.* it is in the eyes of the beholder. It is important to clarify at the outset that this topic will be discussed with reference only to Western democratic legal systems, and specifically the European and North-American areas which share common values and law making processes.

2. *"Be ye fruitful and multiply"*

The Biblical quote is helpful to try to stress some basic differences between human beings (and any living entity) and norms. While the former naturally reproduce themselves (and this is the basic difference between the animal and vegetal world on the one hand, and the mineral world on the other), there is no intrinsically compelling reason for which norms should "be fruitful and multiply". As a matter of fact, over the last two centuries anthropologists have been investigating – with the enthusiasm of gold-

[1] The argument is turned around (normative inflation is a pretext used by anti-institutional movements) by E. Van den Abeele, *'Better Regulation': A Bureaucratic Simplification with a Political Agenda*, ETUI Working Paper 2015.04, available at SSRN. Retrieved 25 November 2019, https://ssrn.com/abstract=2628067.

diggers – primitive populations to try do discover the norms that regulate their societies.

It is a fact however that the maxim "*ubi societas, ibi ius*" has been and still is true[2]. Roman society, and especially its Empire, was very advanced from a legal point of view, and generations of highly insightful scholars of Roman law have thrived, and still thrive, on such rich heritage. The Middle-Ages – mistakenly seen as the uneducated forefather of glamorous Renaissance – were mostly based – from the highest institutional levels to daily life – on a wealth of norms and of lawyers working around them.

Therefore, the first question is: is the present production of norms in line with the need of a globalized world inhabited by over seven billion humans? "Normative metastasis" may be a provocative title, but does it represent fairly present-day legal processes?

The question is practically impossible to answer as – like in all social structures – there is no perfect formula and within the Western tradition and history there can be significant variations. "How much" is "too much" remains a riddle[3]. Someone might object – but all institutions are actively engaged in such objection – that there are not enough norms, or that their quality is not appropriate. A view which clearly, as its opposite, has few irrefutable counterarguments. One point, however, must be made: the production of new norms does not – not even from a formal point of view – eliminate the previous ones. Even if the subsequent ones expressly repeal the existing norms these still continue to rule over legal relationships which were created when they were in force. New norms are not subtracted from the existing ones, but instead are added to them. To use a metaphor, they are like water constantly pouring into a reservoir, from which only a trickle is dispersed[4]. At any rate it is highly debatable that one can reliably measure

[2] It is however useful to point out that the well-known maxim "*ubi societas, ibi ius*" actually is obscure in its origin and its first expression can be found only at the beginning of the 20th century: see A. Levi, *Ubi societas, ibi ius*, in Id., *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, p. 49.

[3] G. Hispalis, *Pourquoi tant de loi(s)?*, in *Pouvoirs*, 2005, 114, p. 101 uses a "weight approach", measuring the weight of the *Recueil des lois* published by the French Assemblée Nationale. This "fitness" approach is rather unconvincing. Much more reliable is the approach by J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, 1996, p. 107 ff.: "L'inflation du droit" determines the loss of value of each norm. See also W. Linder, S. Schager, F. Comandini, *L'inflation législative*, Lausanne, 1985.

[4] It is extremely difficult to measure the amount of normative production because numbers in their selves are ambiguous. If one looks at the relevant website of the European Union (https://eur-lex.europa.eu/statistics/legislative-acts-statistics.html?locale=en. Retrieved 25 November 2019) one can count 2119 pieces of primary and secondary legislation

the number of norms in force in a system, and that one can infer from such quantification largely shared conclusions[5].

One can therefore limit oneself to a few factual elements.

a) Institutions are created by norms and their main, if not exclusive, *raison d'être* is producing norms. Each time a new institution is created – at a local national, supra-national, international level – it is tantamount to the creation of a new factory. One indicator one can look at is the multiplication of norm-producing entities. The common term is that of "sources" of the law. Once they were reasonably determinable. Presently the list is countless.

b) The multiplication of such entities is, largely, the result of the "unbundling" of law and norm-making monopolies. Since the early 19th Century, especially in Europe, law and norm-making was the prerogative of Parliament and of Government, centralized entities which had a physiological output[6]. Decentralization ("devolution") of public powers with the goal – perfectly legitimate – of bringing institutions nearer to communities has generated local parliaments and governments, to which one must add to municipal entities. Specialized branches of administration – typically so-called independent regulatory agencies – have been set up to govern complex economic sectors (financial markets, telecommunications, energy, etc)[7].

for 1990; 1939 for 2000; 1690 for 2010; 2023 for 2018. It would appear therefore that the yearly output has not significantly increased. This should not, however, lead to the conclusion that production of norms is stable. First of all, not all texts are equal in length and complexity. Secondly the data indicates that in the last 20 years nearly 40.000 legal texts have been added to the EU legal environment. One should then consider the interaction with the legal system of the Member state.

[5] For a clear summary of the different approaches and of the controversies surrounding them see the *International Encyclopedia of Social Sciences* (2nd ed.), *ad vocem Quantification*, Farmington Hills, Michigan, p. 655. See also V. Zapatero Gòmez, *The Art of Legislating*, Heidelberg, 2019 who titles the paragraph (at p. 16) "The Alleged Inflation" (the only conclusion that can be reached is that «In absence of precise studies that measure the normative density of our societies with reliable methodologies, the partial and provisional data available allow us to confirm that the number of norms that have been poured out daily on our societies has certainly grown»).

[6] See R. Savatier, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, in *Dalloz*, 1977, chron., 43 (and republished in *Il Foro it.,* 1977, V, 174).

[7] Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, cit., p. 30 ff. calls it «l'invasion du droit bureaucratique». On a US/EU comparison see R.W. Hahn, R.E. Litan, *Counting Regulatory Benefits and Costs: Lessons for the U.S. and Europe*, (2005) 8 Journal of International Economic Law 473.

Indispensable international cooperation rests on norms, but no longer only on stand-alone treaties, but on institutions whose aim is that of fostering and furthering the goals set out in the treaties. The foremost example in Europe is the European Union, but in a global perspective the United Nations and its scores of specialized agencies: The World Bank; the International Monetary Fund; the World Trade Organization; and the endless list of other regional or international entities. There is no point in challenging the reasons behind such multiplication. One could, with good arguments, point out that, at a national level, decentralized normative production is the result of a democratic process. And that at an international level it is much preferable that nations produce norms rather than weapons.

c) Traditionally, explicitly or implicitly, the production of norms rested on rather well-defined hierarchy. This was essential especially in the construction of norms to understand whether it was compliant with another norm placed at a higher level, or if its deviation was allowed or not. With the multiplication of sources there is a growing conflict of competences and of existing norms which can be settled only by the law or by constitutional adjudication[8].

d) Multiplication of sources necessarily implies a multiplication of interpretative agents: thousands of people, from full-fledged judges to lay persons, are engaged in some form of adjudication or of interpretation of rules, creating new rules, which often are a blend of substantive and of procedural norms. These interpretative decisions have a normative role not only – as is quite obvious – in common law jurisdictions, but in every system. One does not have to institutionalize the role of precedent to know that lawyers and those who take decisions upon norms are extremely path-dependent: the legacy of Roman law in civil law jurisdictions is mostly due to this embedded frame of mind[9]. If the interpreters are submerged by norms, this clearly brings to divergencies and further multiplication of rules.

e) Norms have an extremely long life that goes well beyond the time span between their enactment and the date in which they are formally repealed. They continue to regulate relations that were created

[8] C. Thibierge, *Sources du droit, sources de droit: une cartographie?*, in *Mélanges Jestaz*, Paris, 2006, p. 519, points out that not only sources have multiplied but also that their order and hierarchy are uncertain and widely debated. See also G. Pino, *La norma giuridica*, Pisa, 2016, chapter VIII, and Id., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2011, vol. XVI, p. 19.

[9] Suffice here to refer to A. Ross, *On Law and Justice*, Berkeley, 1959, at § 17, p. 84 ff.

during their lifetime. They influence the way subsequent norms are interpreted. They create a layer on which the new norms are built. It takes decades, if not more, before they fall completely in disuse and are of mere historical interest. Metaphorically, it is like on the road where we find ultra-modern vehicles but also automobiles that are decades old and are regularly used.

f) If one looks at the production of norms from an institutional market perspective one can suggest that what appears to be an "over-production" actually is the response to very high demand of norms which drives the system.

Norms are not the solipsistic result of institutions insulated from reality but follow a request from society. In contemporary Western societies norms are seen as granting rights and privileges to various groups of stakeholders. Norms set the balance between competing interests, and pressure groups and lobbies work in order to obtain new norms or to shift the existing balance in their favour. Interests are mainly economic – such as in regulated markets – but also in non-economic matters (*e.g.* religious affairs) there are issues of status and of ideology that beg for a legal recognition[10]. In many societies, norms create a comfort-zone for those citizens who believe that a well-ordered society is based on a widespread regulation of human activities[11]. And the growing social request for "safety" and "security" is used as an argument for "n'importe quoi" laws[12]. To all this one must add the interaction between science and regulation: scientific procedures are regulated; scientific procedures become regulations themselves.

As one can see there are extremely complex and reasoned justifications for the multiplication of norm-producing entities and therefore of norms. One can simply acknowledge the phenomenon without, however, been able to state, undisputedly, that the number of norms is excessive. Is it possible to assess or forecast that society would be more efficient if there were fewer norms? When over 30 years ago the term "deregulation" became politically

[10] Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, cit., p. 124 speaks of «projection désordonnée d'une infinité de passions individuelles, en rivalité entre elles, ego contre ego. Chaque droit subjectif arrive à la lumière armé d'une action en justice, débordant de prétentions nouvelles».

[11] The term "norm" immediately suggests that of "normal": see M. Foucault, *Sécurité, Territoire, Population*, *Paris*, 2004, p. 59: «Si la loi se réfère à une norme, la loi a donc pour rôle et fonction de codifier une norme (…), j'essaie de repérer comment, en dessous, dans les marges et peut-être même à contresens d'un système de la loi se développent des techniques de normalisation».

[12] G. Carcassonne, *Penser la loi*, in *Pouvoirs*, 2005, 114, p. 39.

fashionable it seemed that the tide might be turned. Experience tells us that, as often happens, ideological manifestos are not followed by facts. At any rate the term "deregulation" is a useful sign to detect the willingness – or its opposite – of a community to give up norms and substitute them with individual freedom.

3. *Norms and their self-reproducing nature*

Until now one has used the term "norm" in very general and generic way. In the first place it is quite common to add to the term a specification which should better qualify it: "legal", "technical", "social" *etc*[13]. And among legal philosophers there is an extremely heated debate – which is long-dated and to which great names have given their contribution – on what we actually mean for "norm", in particular on the level of its binding nature to be considered such[14].

For the purpose of this paper one will adopt an analytical definition common to legal informatics. When one has to translate a norm into a computer program it necessarily has to be broken down to its elementary components. Each variation is a different norm[15]. One easily understand

[13] See H. Hydén, M. Svensson, *The Concept of Norms in Sociology of Law*, (2008) 53 Scandinavian Studies in Law 15 who (at p. 25) distinguish, from their viewpoint, between "Legal", "Social", "Technical", "Economical", "Bureaucratic" norms. This classification may not be appropriate from a legal point of view because «the two epistemological systems compete in the explanations of one and the same problem» (at p. 28). The approach followed here is strongly influenced by the many writings on these topics of Jean Carbonnier. In the first place that «le droit se *prête* à une multiplicité de definitions» ('Il y a plus d'une definition dans la maison du droit', in (1990) 11 *Droits* 5. A view that is shared among many, not only French, scholars: see R. Draï, *'Mémoire du droit',* (1990) 11 Droits 17 («Définir le droit c'est s'affronter à une tache presque impossible»). This is not a novelty: «Jurists are still without a complete definition of the idea of right» (I. Kant, *Critique of pure reason, Trascendental doctrine of method*, Ch. 1, § 1 (1781). And, from a legal realist perspective «The 'nature of the law' is the main problem of jurisprudence» (A. Ross, *On Law and Justice*, Berkeley, 1959, p. 11).

[14] In Anglo-American literature there is, very often, a strong insistence on the differences between "norm" and "law": see *e.g.* S. Levmore, *Norms as Supplements*, (2000) 86 Virginia Law Review 1989. For the purposes of this paper we shall consider "norms" binding propositions, in which the binding nature is not only in an explicitly legal context, but also when compliance is imposed *de facto* (typically through technological devices). From a European perspective see Pino, *La norma giuridica*, cit., chapters from 1 to 3.

[15] Thanks to the pioneering works of V. Frosini (*ex multis Cibernetica, diritto e società*,

that if one follows such an approach even a short legal text can contain a number of norms: let us take the 1st Amendment to the US constitution or the classical provision of article 711 of the Code Napoléon: «Ownership in goods is acquired and transmitted by succession, by donation between living parties, or by will, and by the effect of obligations». Both provisions can be broken down in multiple norms: the first in at least six, the second in at least eight.

The problem is that no norm stands by itself, but is immersed in a legal environment in which there are paramount rules (*e.g.* the Constitution), other rules that are placed on the same level, norms that claim they are the implementation of others; procedural norms *et caetera*[16].

Constantly – and this is the main task of any lawyer under any sky – one must combine norm N with norm N^1 to N^n.

Each of these operations gives birth to new norms[17]. Hypothetically one could imagine unlimited number of combinations between all the existing norms. In practice this is improbable, but one finds areas – typically in judicial procedures – in which the interaction is constant and generates an inextricable thicket which troubles lawyers and judges.

For this reason, it makes little sense to try to measure "how many norms" exist because only experience can tell us what combinations arise.

The issue becomes even more complex when one considers case-law, and not only in common law jurisdictions[18]. Apparently, a judicial decision

Milan, 1968), and of M.G. Losano (*Giuscibernetica: Macchine e modelli cibernetici del diritto*, Turin, 1969) legal informatics have had an extraordinary flourish in Italian jurisprudence. For some of the many analysis of the IF/THEN logic applied to legal norms see R. Borruso, S. Russo, C. Tiberi, *L'informatica per il giurista. Dal bit a Internet*, 3ª ed., Milan, 2009, p. 83 ff.; G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, 3ª ed., Turin, 2016, p. 74 ff.

[16] See V. Cyras, F. Lachmayer, *Legal Norms and Legal Institutions as a Challenge for Legal Informatics*, in A. Aarnio et al. (eds.), *Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlin, 2013, p. 581 («Legal norms are interpretative products whereas legal documents are tangible products and are represented according to documentary rules»).

[17] This phenomenom has been described as "autopoiesis": see G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law – A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988, 2, quoting Maturana: «Law, like other autopoietic systems, is nothing but an 'endless dance of internal correlations in a closed network of interacting elements'». Teubner however sees autopoiesis as the effect of closed systems, which surely – both *de iure* and *de facto* – is not the case in Western legal tradition. «Les normes continueront d'enfanter d'autres normes» (Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, cit., p. 51).

[18] Law is «a concept which comprises statute law as well as case-law» (ECtHR, *Varvara v. Italy*, 29.10.2013, § 55). According to the ECtHR not only case-law but also «hardened

stands by itself, in the sense that it decides the issue presented to the court and should apply only to the parties of the case. But we know that, regularly, case-law modifies, supplements and even suppresses an existing norm whose content cannot be established without considering its judicial interpretation and the unlimited variations in which the case can present itself[19].

Henceforth a further element: not only do norms combine with other norms generating new and different norms, but each time a norm is the object of a judicial decision new norms are created.

One could imagine a "fertility rate" of each norm taking into account its aptitude to reproduce itself. This has also to do with the drafting of the text and the possibility of unintended consequences related to the controversies that arise.

The main result of this endogenous process of normative reproduction is that of considerable uncertainty: the meaning of norm A can be clear, but when it is combined with norms B, C, D and N, the variables in interpretation are endless.

The common example – but one could call it the "common nightmare" – in any jurisdiction is that of taxation law in which every taxpayer is constantly in doubt whether he or she has correctly filled the form and paid what is due[20].

One should therefore consider what are, for each norm, the costs of compliance, enforcement, litigation, and sanction.

Apparently, this seems an impossible task. However, one can extract some indicators from the number of people who are employed in order to ensure compliance with the normative framework; if it has increased over the years; what is the cost, in percentage, in the balance sheets.

From an economic point of view there are further elements to be considered: if and what is the competitive advantage – in a perspective of international trade and of foreign direct investment (FDI) – for operating in a less burdensome legal environment. And to what extent is the cost of compliance passed on to the final consumers/users of the product or of the service.

soft law is a source of law with 'considerable importance' or 'great weight' in European human rights law» (*Mursic v. Croatia*, 20.10.2016, § 61).

[19] Carbonnier, *ult. op. cit.*, p. 59 ff. speaks of "jurisprudence comme parole" (du droit) and of "jurisprudence comme action".

[20] See C.C. Evans, B.Tran-Nam, *Towards the Development of a Tax System Complexity Index*, UNSW Australian School of Business Research, Paper No. 2013 TABL 1001. Available at SSRN. Retrieved 25 November 2019, https://ssrn.com/abstract=2216322; E. Cauble, *Superficial Proxies for Simplicity in Tax Law*, (2019) 53 University of Richmond Law Review 329.

This process has been thoroughly investigated under the heading of "autopoiesis of the law"[21]. And surely the staggering increase of norms confirms such a theory. What we are interested in, here, is this constant interaction between norms that generate, *ad infinitum*, new norms and that is, apparently, unstoppable. What is most important to understand are the unintended consequences of the combination of different norms, bringing about results that not only were unexpected but are also out of control. When this happens – and it happens quite frequently – the reaction is that of some kind of legislative or sub-legislative intervention whose aim is that of establishing the correct interpretation of norm, of expunging the "malignant" element from the system. But this can be done only by introducing more norms, which inevitably determine further uncertainties.

Another way of seeing the phenomenon is, with the aid of visual analytics, that of detecting clusters of norms, belonging to the various parts of the system, which regularly interact between themselves, as separate from the (very few) "stand-alone" norms that can operate without the need of other norms[22].

One could use the metaphor of chemical elements (but in the case of norms the periodic table is much, much, greater). While new chemical elements and components are generated in laboratories under some kind of control, for norms it is society, without much specialized control, that constantly combines and mixes the various elements, generating new formulas.

Moving along this path, one must consider that not only norms interact between themselves in unlimited combinations, but one must consider the billions (here one can provide a more reliable count) of persons and legal entities (both private and public) to whom norms are destined and who continuously use them[23]. Users (both active and passive) of norms create new norms. And those who do not comply with them generate the need to enforce and sanction the non-compliance[24]. Only in dramatic situations of non-

[21] See fn. 17

[22] See V. Cyras, F. Lachmayer, K. Lapin, *Structural Legal Visualization*, (2015) 26 Informatica 199 («the complexity of the entire legal system and the layman's limited ability to understand legal institutions and the millions of documents» prompts structural legal visualization); and V. Zeno-Zencovich, *Through a Lawyer's Eyes: Data Visualization and Legal Epistemology*, in E. Degrave *et al.* (eds.), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace. Liber amicorum Yves Poullet*, Bruxelles, 2018, p. 459.

[23] And when people travel to other countries or entities are in relations with foreign entities «plus il y a de lois qui s'entrechoquent, plus la passion du droit (droit international privé) devient enivrante. Tel le métier de changeur, qui s'épanouit dans la multiplication des monnaies» (Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, cit., p. 45.

[24] To this one must add the further variable of propensity to litigate of individuals and

compliance and non-enforcement (typically war or civil war contexts) does the production of norms – as many other products and services – decrease.

From a statistical point of view one might attempt to calculate how many norms do we "consume" every day, distinguishing between norms that are long lasting (the lease of a house), and those that have, ordinarily, a very short life (the purchase of a bottle of water from a vending machine).

If we consider ourselves (and all the various kinds of legal entities) as "norm consumers" the obvious ensuing issues are those of "consumer protection" from unnecessary forms of regulations, transparency and clarity of norms, unfair and deceptive normative practices and what might be called an induced "normative obesity".

The issue is far from merely theoretical and hypothetical. There is a growing concern about the consequences of ignorance of the law, which for centuries has been considered of no excuse in any field, but now becomes an obligation which in many cases it is impossible to perform owing to complexity, obscurity, untraceability[25]. To all this one must add that the development of the Internet creates a serious problem of authenticity: when looking for a norm the common user meets dozens of websites which purportedly give access to the text that has been searched for without any guarantee that it is still in force, and that it is updated[26]. In pre-digital ages the sources were few and costly (official journals, specialized publishers), but more reliable and, any rate, liable for eventual mistakes.

Now, anybody can copy, paste and disseminate legal texts whose authenticity is doubtful, increasing the confusion.

One has used the metaphor of tumoural masses which obstruct social processes. One could use, in regards of individuals, the metaphor of a legal ball and chain or of legal shackles which render extremely complicated and time-consuming normative compliance.

Metaphors can be seducing; however again one could and should start refining the rather coarse researches on the time individuals spend in complying with norms and try to understand if this is an increasing phenomenon, if it is related to the occupation of the person, his or her age, and location.

legal entities: see J.M. Ramseyer, E.B. Rasmusen, *Comparative Litigation Rates*, Harvard John M. Olin Discussion Paper No. 681 (11/2010). Retrieved 25 November 2019, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Ramseyer_681.pdf.

[25] Under the heading "Les effets de l'inflation" Carbonnier, *ult. op. cit.*, p. 111 states that «le plus immédiat est l'ignorance, la non-connaissance des lois». One can find similar views expressed in Italy by M. Ainis, *La legge oscura*, Bari, 2010.

[26] Many of these issues are examined in G. Peruginelli, M. Ragona (eds.), *Law via the Internet. Free Access. Quality of Information. Effectiveness of Rights*, Florence, 2009.

4. *The metastasis*

One of the effects of over-production of norms is the development of an expansionist mentality which extends to new fields.

It would appear that if some area – from nanotechnologies to black holes – has not been normed it is not "civilized". This is not only a lawyer's view – who is eager to expand his or her expertise, whether professional or academic to new fields – but also that of institutional decision makers and, as we have seen in the first paragraph, of many stakeholders. The rush to normate what until then has been a virgin territory appears to be grounded more in anthropology than in ideology. As Westerners we have been used for the last two centuries to legal anthropology which has devoted much effort to detect and put order in the behaviours of members of primitive populations, trying to distinguish between religious, spiritual, social and institutional norms.

If we reverse the sides, sending a hypothetical anthropologist from the Amazons to Europe or the US, however, it is important to understand to what extent, the tendency to normate is part of the Western mental structure which could be defined as innate[27], similar to that which urges to build houses in stone, brick or wood; roads; towns; set up institutions that govern society; develop production systems.

One would wish to understand what is the correlation between development and normation; if the latter is the result of the first, or vice versa; or if they are processes that walk together, like two legs of the same body.

New territories – not only physical – are a useful field of investigation because they allow us to measure phenomena starting from zero and putting on the same chart the economic importance of that sector, the number of enterprises and individuals involved, and the quantity of norms enacted. At the same time, one could compare sectors under an intensive regulation (*e.g.* telecommunications) with those which have a much lower level (*e.g.* the Internet). Or see the phenomenon, in the international context, as a form of "normative imperialism", using norms as agents that conquer the globalized world and uniform its social and economic processes according to the

[27] M. Mistri, *Procedural Rationality and Institutions: The Production of Norms by Means of Norms*, (2003) 14 Constitutional Political Economy 301: «Based on their knowledge of norms used in similar situations, subjects have a fuzzy knowledge of the relationship between behaviour and pay-off, so they prefer to adopt behaviour patterns resembling those adopted in similar situations in the past. The choice of a given behaviour can thus derive not only from social constraints, but also from cognitive constraints determined by past experience» (at p. 307).

Western capitalistic model. Together with their products and services Western states and business entities tend to export legal models which surround their sale, distribution, production, and protection. The basic argument is that a country is developed if it has a complex legal system which mirrors Western ones. This expansion of normative production in non-Western countries is strongly encouraged, if not imposed, by international organizations such as the International Monetary Fund and the World Bank[28].

If the tendency to create norms is an ineradicable feature of Western mankind, criticism towards what appears to be an excessive production of norms is scarcely effective since its roots go too deep in the past and in the development of our society. The debate therefore shifts from "how much" to the quality of norms and their coordination as a system[29].

5. *A cultural divide: Legal norms v. Social norms*

When investigating the topic of normative over-production, a comparatist is struck by a significant difference in approach.

It would appear that the concern over an inflationary process is typically European. If one can measure a legal phenomenon through its academic relevance one finds a multitude of writings by philosophers and sociologists of the law, and by specialists of the various areas. The authors start from trying to define what one means by "norm", and then delve into the different aspects.

The topic is also present in public and institutional discourse. Mostly business associations publicly express their concerns over the economic and organizational burdens that ensue from the enactment of new norms. Lawyers, through their bar associations, repeatedly denounce obscurity, complexity and inextricability of the law. This outcry is often picked up by the institutions, which endeavour to provide some kind of response: "simplification" commissions, or even Ministries; guidelines on "better

[28] The best example is the annual "Doing Business" report by the WB. For a recent criticism of the underlying fallacies of such report and the primitive (to put it mildly) approach to the legal phenomenon (sees as some kind of computer program) see M. Infantino, *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milan, 2019, p. 145 ff., http://ojs.francoangeli.it/_omp/index.php/oa/catalog/book/429.

[29] Doubts can be also expressed on other forms simplification: see W. Voermans *et al.*, *Codification and Consolidation in Europe as Means to Untie Red Tape*, (2008) 29 Statute Law Review 65.

regulation"; monitoring at a legislative process level.

This paper follows this track.

When one crosses the Atlantic, however, it is extremely difficult to find an equivalent. Again, if scholarly writings can be taken as a reliable parameter, the debate – expressed by hundreds of articles – is practically entirely absorbed by discussion on "social norms", what they are; how they are generated; to what extent are they effective; what is their relation with legal norms[30].

The direction therefore appears to be different: an attempt to encompass within the legal system social behaviour which is formalized in such a way that it may supplement the law.

These different approaches surely are the result of a different ideological approach. In Europe, since the Enlightenment, laws and regulations are the main tools of government in order to pursue public goals. In the USA the common creed is that government should not interfere – or should minimize its intervention – with business and social behaviour[31]. It is doubtful whether this doctrine is actually observed – there are many reasons to doubt it – but this has a strong influence on the viewpoint, especially in scholarly works.

The idea of "mentality" returns forcefully. It is quite likely that if one compares the number of legal norms in specific sectors (*e.g.* financial markets, products, and telecommunications) the result would be of a substantial equivalence both quantitative and qualitative. The question therefore is why on this side of the Atlantic there is a bleak view, while on the other side there is a massive effort to annex to the empire of the law what is, apparently, below, above or beyond[32].

This comparative appraisal sheds light also on some basic differences that go well beyond the issue of normative production[33].

[30] It is impossible to list the hundreds of articles that examine the topic from all the different points of view. Suffice it here to indicate as Ariadne's thread the works of the most influential scholar in this field: E.A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000; and Id. (ed.), *Social norms, nonlegal sanctions, and the law*, Cheltenham, 2007. See also C. Bicchieri, *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge, 2006.

[31] This is because spontaneous compliance is much more efficient from an economic point of view: see R. Cooter, *Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms*, (2000) 86 Virginia Law Review 1577.

[32] «The law must reward and punish acts, not the actor's character. Instead of promoting civic virtue directly, the state must align law with social norms. Enlisting preexisting morality in the service of the state helps solve agency problems that plague government» (R. Cooter, at fn. 23, p. 1601).

[33] In this direction see H. Xanthaki, *Drafting Legislation. Art and Technology of Rules for*

In the first place one must consider that philosophy of law plays a fundamental role in how the system is shaped. The European view of "rule of law" is significantly different from the Anglo-Saxon template and is properly qualified as *État de droit* or *Rechtsstaat* where the accent goes on the State as nearly exclusive producer of laws or franchisor of normative powers. The liens with dominant political theory – throughout Europe, irrespective of North or South, continental or insular – are clear.

In the US the continuing role of legal realism and the very limited influence of European political theory inevitably enhance a sociological approach which , *pour cause,* on social norms.

In Europe to study the legal process we shall begin from popular sovereignty. In the US one can start from the case of a load of cantaloupe melons gone rotten[34].

The second aspect that one can point out is the schizophrenic relationship that Europeans have with legal norms: invoked as a factor of order and of conferral of benefits, but at the same time despised as the expression of an institutional Moloch[35].

This can be paralleled with a widespread hypocritical US tendency to vilify regulation but then introduce it without hesitations[36]. But even without applying anthropomorphic categories to social bodies – the directions in which the analysis moves are quite different. If one were to apply a quantitative approach one can easily understand that the US federal

Regulation, Oxford, 2014 in the chapter devoted to 'Comparative Legislative Drafting' (p. 199 ff.) pointing out how strong clichés still are in the trans-Atlantic dialogue.

[34] The latter reference is to the case which opens H.M. Hart's, A.M. Sacks' casebook *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, New York, 1994.

[35] For a strong defence of EU legislative production see E. Van den Abeele, *'Better Regulation': A Bureaucratic Simplification with a Political Agenda*, ETUI Working Paper 2015.04. Retrieved 25 November 2019, https://ssrn.com/abstract=2628067 who forcefully makes the point: «Europe is not a cost. It is the absence of Europe that costs dear, by preventing entrepreneurs, citizens, workers and consumers from seizing all the opportunities of the internal market. Regulatory work remains to be done in areas such as social protection, sustainable development, energy, the digital economy, financial services and international trade» (at p. 74). The Author also (p. 5) states that «Studies into the costs of regulations are one-sided and mostly tend to exaggerate the results, which also allows the expected benefits of deregulation to be inflated».

[36] The exaltation of social norms is challenged, at least with regards to corporations, by J.C. Coffee Jr., *Do Norms Matter? A Cross-Country Evaluation*, (2001) 149 University Pennsylvania Law Review 2151. And from a very practical point of view it is sufficient to try to find one's path through the 1601 sections of the Dodds-Frank Act or the 1107 sections of the Sarbanes-Oaxley Act to understand that in corporate law and in securities markets legal norms are absolutely paramount.

system, with its two layers of government (state and federal) and of courts, has an enormous normative output, but this does not appear to be perceived as a problem. Apparently, society (both citizens and entities) and legal scholars can cope with intricate systems without having to invoke every day a drastic simplification.

Legal culture is therefore extremely important and so is comparing its features on both sides of the Atlantic; between the Anglo-Saxon world and other Western cultures; between North and Southern Europe; between Latin America on one side, and Europe and the US on the other. This comparison goes well beyond the traditional common law/civil law *cliché* (a divide which appears to be quite immaterial in this case) and points at the general *Weltanschauung* of the legal community: the studies its members have made, their exposure to political and social theories, the role they feel they have in society and *vis-à-vis* the institutions[37].

A good example could be the widespread literature one finds on the topic in France and in French speaking countries, not only among lawyers but also among social scientists. Can one establish a link with the very elaborate and sophisticated philosophical trends expressed by authors who have had a wide influence on intellectual *milieus* such as Sartre, Althusser, Foucault, Derrida, Deleuze? In that case one could say that the problem is not with norms, their number and pervasiveness, but with the way one looks at them.

The fact that vast regions (Europe and the US) which share common values and have reached similar levels of social and economic development have rather distant perceptions of the phenomenon of norm inflation is revealing of long lasting and deep differences. The issue of "normative metastasis" is, really, not a substantial one and the views one has on it may be considered immaterial. What we are interested in is, instead, detecting common grounds where one can move ahead on the assumption that pre-comprehension allows reaching a certain solution. And other areas where such an agreement is extremely difficult because the way the problem is seen is substantially different. Comparative research must therefore focus not only on objective features – norms and their application – but on highly subjective and volatile aspects, such as perceptions, directions, forecasts, priorities[38].

[37] «Legal principles sometimes serve a characterizing rather than a normative function: they tell us about the character of a legal system rather than giving us instructions about how to deal with difficult cases» (J. Waldron, *Non-Normative Principles*, available online at SSRN. Retrieved on 25 November 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463964).

[38] This is the approach favoured by P. Legrand in his vast recent writings. *Ex plurimis* see his latest book *Negative Comparative Law*, London, 2019. The nihilist conclusion

6. *Is there a cure?*

In order to discuss about cures, one should first reach a reasonable consensus that there actually is an illness. This is a point of significant debate. Especially institutions whose *raison-d'être* resides in creating and enforcing norms are understandably opposed to reducing their production which is tantamount to reducing their powers. Seen from this perspective, the legal process which is now common in the Western world (preliminary reports, call for comments, public hearings, consultations on drafts, request for advice to external bodies) have the effect of creating social consent around the new norms, which therefore have not been imposed, but are the result of debate, discussion, negotiation. It is therefore highly debatable that the idea of a "normative metastasis" with fatal consequences for society is widely accepted. One can however attempt to suggest some possible cures[39].

a) *Moratorium*: The idea of a normative moratorium appears to be rather utopic. Production of norms is not considered analogous to industrial production and to the emission of environmentally damaging substances. The parallel with international conferences and agreements on climate change may be appealing but of little practical result. It has been already pointed out that a legal system is autopoietic and therefore produces norms on its own, through social interaction and the indispensable activity of dispute resolution bodies. Even suggesting a less drastic measure such as the reduction in the production, this is very difficult to determine because, as we have already seen, it is extremely arduous to establish accepted indicators on what is a "norm"; how many norms exist; how to operate a reduction in a sectors in which quantitative criteria are extremely doubtful[40].

b) *Sunset clauses*: Explicitly or implicitly introduced in EU normative texts "sunset clauses" convey the idea that legislation is no longer a long-term product but depends on economic and social conditions[41]. When the latter change so does legislation. It is doubtful, however, that such clauses determine, after a certain time, the disappearance

proposed by Legrand is not shared in this paper.

[39] See also Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, cit., p. 112 ff. who however uses the term "placebo".

[40] See W. Voermans, *The Sisyphus Paradox of Cutting Red Tape and Managing Public Risk*, (2008) 4 Utrecht Law Review 128.

[41] For a history of their precedents see A.E. Kouroutakis, *The Constitutional Value of Sunset Clauses: An Historical and Normative Analysis,* London, 2016.

of norms as if they were degradable materials. Generally, once they have expired, they are subject to a restyling which brings to a wider and more complex intervention[42]. If one follows the metaphor of the sunset one must acknowledge that after a very short night the normative sun rises again, stronger than before.

c) *"Better regulation"*: A reformist approach to excessive normative production is that of a "better regulation"[43]. "Better" in the sense of more coherent, less invasive, proportionate, attentive to economic and social costs. In this proposal there is a first paradox: its implementation requires normative interventions, and non-compliance with the aims – typically proportionality – invokes judicial intervention[44]. The core issue is that, as "better regulation" coherently rejects the idea that "one size first all", this implies that more norms are introduced, tailored to the size or the specific needs of addressees. "Better" therefore, generally, does not mean "less", and it is well known that introducing different levels of norms on the basis of the status of the recipient creates complex issues of combination and coordination when more than one status must be considered. One cannot say that the EU proposal for a "simpler legislation" has met a better fate[45].

[42] The argument that sunset clauses reduce the costs of legislation is challenged by E. Berman, *The Paradox of Counterterrorism Sunset Provisions*, (2013) 81 Fordham Law Review 1777 (at 1823). See also I. Bar-Siman-Tov, *Temporary Legislation, Better Regulation and Experimentalist Governance: An Empirical Study*, (2018) 12 Regulation and Governance 192.

[43] The term has become a *leitmotiv* in EU legislation: see the Communication of 14.11.2006 by the EC Commission *A strategic review of better regulation in the European Union* [COM(2006) 689, 690, 691 final] and the hundreds of pages of ensuing documents and reviews. See W. Voermans, *Concern about the Quality of EU Legislation: What Kind of Problem, by What Kind of Standards?*, (2009) 2 Erasmus Law Review 59; N. Rangone, *The Quality of Regulation. The Myth and Reality of Good Regulation Tools*, (2012) 4 Italian Journal of Public Law 92.

[44] E. Van den Abeele, *'Better Regulation': A Bureaucratic Simplification with a Political Agenda*, cit., expresses the view that «the simplification process has fallen hostage to certain interests, to the benefit of deregulation strategies. This impression is reinforced by the very significant prominence given to "high-level experts" and other "stakeholders" in this process». Similar critical remarks are expressed by H. Schulze-Fielitz, *Paths Towards Better Legislation, Detours and Dead-Ends*, in K. Messerschmidt, A.D. Oliver-Lalana (eds.), *Rational Lawmaking under Review*, Heidelberg, 2016, p. 33.

[45] See the European Parliament resolution on the communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a review of SLIM: Simpler Legislation for the Internal Market (A5-0351/200 in OJEC C 262 – 18.9.2001). The Resolution states that «research shows that 4-6 % of the gross domestic product of the Member

d) *Digital response* (1): The most obvious reply to the complexity of the normative system is that of finding a digital answer, which thoroughly simplifies the detection of the solution to the problem. An example is that of expert taxation systems: once one has inserted the individual data, the system elaborates them according to the applicable rules and turns out the correct result. From this point of view, it is quite irrelevant whether the norms are 1 or 1000, because the work is done by a computer and not by humans. One could even maintain that more are the norms, more precise is the result. This way out is, apparently, easy and coherent with our times. It presents, however, a series of drawbacks. In the first place we have been well aware, since the last 20 years, that "code is the law"[46]. Gradually, digital applications direct the action of individual and entities, compliance is with pre-determined digital patterns (the typical example is that of the fields of an online form which must be filled in order to obtain a certain result). Norms are substituted by binary codes, lawyers by informaticians[47]. The main questions are to what extent the digital result is the same, and what is the influence of the constraints of programming[48]. There is also an issue of transparency and accountability which is becoming of increasing importance in relation to algorithms: what are the political, economic, social assumptions underlying them? Efficiency, fairness, social justice? The "gentle nudge" that comes from digital applications perhaps may solve the issue of normative over-production but opens that of control over digital decision-makers. Should the solution be found in new norms for the digital world?

e) *Digital response* (2): Can other digital technologies be of assistance to simplify, and rationalize the normative thicket, and offer new methods in drafting norms? Over the last four decades jurimetrics has attempted to offer the appropriate tools in order to organize the system. One of its branches, legimatics or computing for legislation is aimed at suggesting computer assisted procedures in the legislative

States of the European Union is wasted on unnecessary administrative burdens on business enterprises».

[46] The obvious reference is to L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace* (2006 edition), available at *codev2.cc*

[47] For a typical, and very debated, contemporary issue see M. Eriksson, *The Normativity of Automated Driving: A Case Study of Embedding Norms in Technology*, (2017) 26 Information & Communications Technology Law 46.

[48] E. Micheler, A. Whaley, *Regulatory Technology: Replacing Law with Computer Code,* (2019) European Business Organization Law Review 1.

process based on the replication of legal reasoning[49]. One must admit, however, that the results are, yet, far from encouraging and are bogged down by complex definitory and theoretical issues which are of the utmost importance but on which a consensus is far from reached[50]. Even a more recent approach, that of legal ontology, while surely intellectually stimulating does not appear to be functional for the task of rationalizing and reducing the system. The main obstacle appears to be that norms, their production, implementation and development appears to be a highly social product which is practically impossible to contain in the necessarily formal structure of informatics[51].

* * *

Is the "normative metastasis" a problem without a solution? Or is it a non-problem? Can one provide an optimistic view of the phenomenon of hyper-production of norms, seen as natural process which is inherent in growth cycles? Or should one elaborate a "legal environmentalism" which raises serious concerns about the increasing "normative pollution" which endangers the planet?

Some tentative conclusive remarks are:

a) There is no reliable quantitative data on the number of norms which are active within a legal system of the Western world. One can simply register an increasing number with the inevitable multiplying effect when such norms enter into contact (connexion or conflict) with other norms.

b) It is difficult to ascertain the social and economic benefits of such normative environment, and the related costs, and therefore if the latter outweigh the former.

[49] See the various essay published in L.J. Wintgens (ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford, 2002 (and in particular S. Eng, *Legislative Inflation and the Quality of Law*, at p. 65; and W. Voermans, *Rationality in Legislation by Employing Informatics?*, at p.127). See also I. Bar-Siman-Tov, *The Global Revival of Legisprudence: A Comparative view on Legislation in Legal Education and Research*, in A.D. Oliver-Lalana (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Heidelberg, 2019, p. 275.

[50] See A. Wyner, *From the Language of Legslation to Executable Logic Programs*, in M. Araszkiewicz, K. Pleszka, *Logic in Theory and Practice of Lawmaking*, Heidelberg, 2015, p. 409.

[51] Already 30 years ago C.-A. Morand (*La croissance normative. Comment faire face à une masse de droit considérable*, originally in (1986) 87 SZSG 337 and republished in *Il Foro italiano* 1987, V, p. 497) warned that «Un des dangers de l'informatique juridique est d'induire par des facilités qu'elle procure une production normative débridée. Croyant à tort avoir surmonté par l'informatique les problèmes de mémorisation et d'assimilation des normes, les producteurs de celles-ci risquent de perdre toute retenue».

c) The discussion on a "normative inflation" appear to be highly influenced by more general views on how a society should be organized and on the role that institutions have in governing it through general rules.
d) Comparative analysis between Europe and the US reveals very different approaches which are the result of mentalities and of the subjectivity of legal scholars.
e) It is however a widespread opinion that the sheer number of existing and applicable norms renders the legal system substantially unfathomable and increasingly unpredictable. This uncertainty has a financial, organizational and administrative cost.
f) The normative silos might be considered as a Big Data repository that could be organized and managed through digital analytics tools. This however opens the road to algorithmic decisions, gradually replacing human legal expertise.

These few pages, opened by a provocative appraisal, close therefore on a much more cautious note. A lawyer historically presents (or is presented with) an issue and attempts to offer a solution to it. In this case the paradigm fails and opens the door to multiple replies or closes it onto silence.

Ermanno Calzolaio

Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra civil law *e* common law

Sommario: 1. Rilievi preliminari – 2. La dicotomia delle fonti nel diritto inglese e i caratteri del *case law* – 3. L'*overruling* e la tendenziale stabilità dell'interpretazione legislativa nell'approccio dei giudici inglesi – 4. L'approccio della Corte di cassazione – 5. La natura dichiarativa dei precedenti: dalla stessa premessa, due conseguenze diverse – 6. Riflessioni conclusive

1. *Rilievi preliminari*

Il ruolo del giudice nella formazione del diritto costituisce da sempre uno dei nodi più spinosi e complessi della riflessione giuridica, in quanto giunge al cuore dei rapporti del diritto con le sue "fonti" di produzione[1].

Nella vicenda evolutiva delle esperienze giuridiche occidentali sono identificabili due principali modi di pensare la produzione del diritto, come derivante, rispettivamente, dalla espressione della volontà di soggetti istituzionali, oppure dalla graduale accumulazione di regole in una determinata collettività. La prima concezione assume l'esistenza di una società politica quale dato precedente alle leggi che essa si dà, mentre la seconda assume, al contrario, l'anteriorità del diritto nei confronti della stessa organizzazione politica[2].

Come è noto, la rottura rivoluzionaria dell'assetto di poteri dell'antico

[1] «La domanda se i giudici nel pronunciare le sentenze creano diritto o semplicemente lo dichiarano è stata dibattuta da generazioni di studenti nelle università di tutto il mondo e continuerà ad essere così, perché non c'è una risposta unica e assoluta» («The question whether judges in giving judgments make law or simply declare existing law is one that has been debated by generations of law students in universities and law schools across the globe. It will continue to be so. There is no single and absolute answer», *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others and others*, [2005] 3 WLR 58, *per* Lord Scott of Foscote, n. 124). Alcuni recenti studi testimoniano, da noi, l'interesse per il tema: cfr. ad esempio A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, nonché G. Franza, *Il valore del precedente e la tutela dell'affidamento nel diritto del lavoro*, Torino, 2019.

[2] Cfr. ampiamente L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 44 ss.

regime e l'avvento del giuspositivismo sono all'origine di una concezione, ben salda nei diritti continentali a partire dal XIX secolo, secondo cui il diritto trova la sua unica fonte nella legge, rispetto alla quale il giudice assume una posizione radicalmente subordinata. Oltre Manica, invece, le teorie giuspositivistiche non hanno mai condotto ad identificare il diritto con la fonte legislativa (*statute law*), rimanendo intatta la caratteristica dicotomia delle fonti, sicché il *case law* si affianca a quello legislativo, in posizione autonoma rispetto ad esso.

Su queste basi, gli studiosi di diritto comparato, impegnati a organizzare e proporre una mappa dei sistemi di diritto, hanno identificato, nel secolo scorso, una netta linea di confine tra gli ordinamenti cd. a diritto codificato e gli ordinamenti della tradizione anglo-americana.

Senonché, le ricerche condotte da Gino Gorla a partire dagli anni '50 dello scorso secolo hanno ampiamente dimostrato che la lettura in chiave di contrapposizione tra *civil law* e *common law* è il frutto di una profonda rimozione della memoria storica. I due sistemi di diritto, infatti, costituiscono le maggiori espressioni di una comune storia giuridica europea. L'espressione "Diritto comune e comparato", da lui coniata, indica che nel periodo che va dal XVI al XVIII secolo si registra una sostanziale somiglianza di tecniche interpretative e argomentative, oltre che di ambienti professionali e istituzionali, che davano vita ad una convergenza di regole e principi in molti settori dell'esperienza giuridica in ambito europeo[3].

Il richiamo a questa esperienza dei secoli di *ancien régime*, lungi dal costituire un auspicio per un ritorno al passato, consente piuttosto di trarre da essa una serie di riferimenti a tecniche e concezioni alla base di un atteggiamento "comunicante" del giurista, di cui oggi si avverte sempre più il bisogno. Inoltre, essa conduce a relativizzare la divisione-contrapposizione tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, che è il riflesso dei nazionalismi di stampo politico e giuridico alla base della frammentazione degli ordinamenti in sistemi chiusi.

Ai nostri giorni, nella letteratura comparatistica viene evocata in modo sempre più ricorrente la necessità di archiviare la ricostruzione in termini oppositivi delle due tradizioni giuridiche. Tuttavia, ciò non avviene in ragione di una maggiore consapevolezza storico-comparatistica, bensì come conseguenza della massiccia proliferazione della legislazione che caratterizza da tempo tutta la tradizione giuridica occidentale. Questo

[3] V. in particolare G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, parte III, in specie i capitoli 20, 21, 22 e 27.

fenomeno ha eroso, negli ordinamenti di *civil law*, la centralità dei codici, le cui norme sono ormai sommerse da deroghe ed eccezioni di ogni tipo, esaltando il ruolo creativo dei giudici; mentre, negli ordinamenti di *common law*, le norme di fonte legislativa invadono anche quei settori del diritto che erano, fino a qualche tempo fa, appannaggio quasi esclusivo del diritto giurisprudenziale, con l'effetto di burocratizzare il ruolo dei giudici, sempre più impegnati nell'interpretazione di norme di legge[4].

Le riflessioni che seguono muovono da un senso di disagio rispetto a simili ricostruzioni.

Anzitutto, da un medesimo fenomeno (incremento della legislazione) scaturirebbero effetti del tutto opposti: in capo ai giudici di *civil law*, l'incremento del potere di creazione del diritto, che però starebbe progressivamente svanendo nella *common law*. C'è qualcosa che sfugge nella tesi secondo cui le differenze tra le due tradizioni si sono ormai definitivamente assottigliate[5].

In secondo luogo, se è vero che, nel contesto del cambiamento d'epoca che stiamo attraversando, i confini e le differenze nazionali si indeboliscono e la distanza tra i sistemi e le tradizioni giuridiche si fa sempre più sfuggente, rimettendo in discussione la possibilità (e l'utilità) di tracciare rigide contrapposizioni, è altrettanto vero che basta muovere dalla propria esperienza per avvedersi che nel dialogo con giuristi provenienti dal mondo di *civil law* e di *common law* emergono delle differenze che rivelano la resistenza di approcci diversi, sicché quando si parla di precedente o di interpretazione della legge si evocano temi e problemi che vanno contestualizzati, per essere correttamente intesi.

In terzo luogo, è fuori discussione che negli ordinamenti di *civil law* il diritto giurisprudenziale ha assunto un ruolo considerevole, di pari passo con l'accentuarsi della frammentazione dell'ordinamento e della connessa perdita di centralità del (dei) codice(-i) nel sistema delle fonti[6]. La stessa manualistica tradizionale registra ormai comunemente questo dato, fino a dare atto che la giurisprudenza, pur essendo esclusa in via formale dall'elenco delle fonti del diritto, tuttavia svolge una funzione primaria, contribuendo a creare, in punto di fatto se non di diritto, regole di condotta[7]. Anche le numerose riforme in materia processuale

[4] Da ultimo, v. M. Siems, *Comparative Law*, 2nd ed., Cambridge, 2018, p. 78 ss. e *passim*.

[5] Cfr. sul punto Moccia, *op. ult. cit.*, p. 861 ss.

[6] Aa.Vv., *La création du droit par le juge*, in *Archives de philosophie du droit*, n. 50, Paris, 2007.

[7] F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato,* 18 ed., Napoli, 2017, p. 36. V. altresì A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato,* 24a ed., Milano, 2019, p. 48 ss., nonché M. Paradiso, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, 9a ed., Torino, 2016, p. 22.

emanate nell'ultimo decennio si sono prestate ad essere lette, nel loro complesso, proprio nel senso di aver riconosciuto un valore più stringente al precedente giudiziale, rispetto a quanto avveniva in passato[8].

A ben vedere, però, a fronte di questo generale riconoscimento, resta del tutto oscuro il ruolo che il diritto giurisprudenziale assume all'interno del sistema delle fonti. Come ha efficacemente stigmatizzato di recente un Autore francese: «la giurisprudenza è una fonte del diritto, pur non essendolo, benché lo sia. Tutto ciò non è molto chiaro»[9].

Da quanto sin qui osservato è allora evidente che ci si trova di fronte ad un fenomeno complesso, rispetto al quale appare quanto meno riduttivo, e forse fuorviante, trarre argomento per concludere nel senso di una convergenza tra l'esperienza di *civil law* e di *common law*. Di qui l'interesse per tracciare un quadro di riferimenti di "contesto", che consentano di svolgere alcuni spunti di riflessione sul tema del ruolo normativo della giurisprudenza nelle due tradizioni giuridiche.

2. *La dicotomia delle fonti nel diritto inglese e i caratteri del* case law

Nell'esperienza inglese (e dei paesi di *common law*) il sistema delle fonti fa perno sulla classica bipartizione in diritto scritto (*statute law*) e diritto non scritto (*case law*): il primo trae sussistenza dal fatto di essere promulgato e dettato in forma imperativa; il secondo è contenuto nella casistica giudiziaria e non è stabilito in forma imperativa. Si tratta di fonti che hanno una diversa natura, cui corrisponde una diversa concezione del diritto, giacché il diritto scritto scaturisce dalla volontà del legislatore, mentre il diritto giudiziale muove dalla base argomentativa delle decisioni dei singoli casi e si riconnette

[8] Il riferimento, in particolare, è alle modifiche del giudizio di cassazione che si sono succedute negli ultimi anni, a partire dal d. lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006 e, poi, dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 (su cui sia consentito rinviare a E. Calzolaio, *Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione "civil law-common law"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1003 ss.), fino al d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134 che ha nuovamente modificato l'art. 360 c.p.c. n. 5, nonché alla disciplina organica del processo amministrativo (denominata, appunto, codice del processo amministrativo: d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104), che pure contiene interessanti novità circa il ruolo delle sentenze rese dalla adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

[9] «La jurisprudence est donc une source de droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit. Tout cela n'est pas clair»; così, P. Malaurie, *La jurisprudence parmi les sources du droit*, Paris, 2006, p. 479.

a «principi che non sono mai ridotti in formule testuali autentiche»[10].

Il sistema di diritto a base casistica implica che il giudice chiamato a pronunciarsi su un caso è obbligato ad avere riguardo a precedenti decisioni, secondo regole precise e connesse anche all'assetto organizzativo e gerarchico delle Corti. I precedenti giudiziali possono dunque avere valore vincolante, come norme di legge, ma la loro qualificazione in termini di diritto non scritto sta proprio ad indicarne la differenza rispetto al diritto di fonte legislativa, formulato in modo generale ed astratto, mentre i precedenti conservano la struttura di decisioni di casi particolari e hanno natura argomentativa: «le parole di una sentenza, per quanto precisamente formulate, sono sempre una esposizione del diritto e non il diritto stesso. Soltanto il principio esposto e applicato dal giudice è diritto; le parole in cui esso viene dispiegato non sono vincolanti per nessuno»[11]. Ne discende che l'autorità del precedente si riferisce al principio su cui poggia la decisione e il cui testo rappresenta solo una esemplificazione illustrativa.

Quanto al rapporto tra le due fonti, in termini formali il diritto legislativo prevale sui precedenti, ma ciò non intacca l'autonomia dell'attività giurisprudenziale, nel senso che i principi che formano il diritto giurisprudenziale hanno un autonomo fondamento rispetto alle leggi dello Stato.

Il *case law*, inoltre, si sviluppa nel contesto di una estrema selezione dei casi decisi dall'organo giurisdizionale di vertice. Con riferimento all'esperienza inglese, resta ben fermo, anche dopo l'istituzione della *Supreme Court for the United Kingdom*[12], che il diritto all'impugnazione è soggetto ad una espressa autorizzazione (cd. *permission to appeal*), sulla base di una istanza che va presentata, dapprima, dinanzi alla *Court of Appeal* e, solo in caso di diniego, alla stessa *Supreme Court*, che la esamina attraverso un collegio composto da tre giudici[13]. Ciò risponde alla esigenza che la Corte concentri la propria attenzione su un ristretto numero di casi, che sollevano questioni

[10] Così F. Pollock, *A First Book of Jurisprudence*, 6th ed., London, 1929, p. 253, cit. in Moccia, *op. ult. cit.*, p. 423, cui si rinvia per l'ampia trattazione del tema.

[11] *Ivi*, p. 416. In argomento, v. anche S. Whittaker, *Precedent in English Law: A View from the Citadel*, in *Eur. rev. priv. law*, 2006, p. 705 ss., 709.

[12] La *UK Supreme Court* ha sostituito, dal 1 novembre 2009, il *Judicial Commitee della House of Lords*, a seguito della definitiva attuazione del *Constitutional Reform Act 2005*. Cfr. *amplius* Moccia, *op. ult. cit.*, p. 383 ss.

[13] La materia dell'autorizzazione all'impugnazione è disciplinata da numerose disposizioni legislative, tra cui in particolare l'*Access to Justice Act 1999* sec. 54, che rinvia ai Regolamenti adottati dalle varie Corti (cd. *Rules of Court*); per dettagli sulla procedura cfr. le *Practice Directions n. 3 (Applications for Permission to Appeal)*, emendate nel 2018, https://www.supremecourt.uk/docs/practice-direction-03.pdf. Per riferimenti sul tema, cfr. ancora Moccia, *op. ult. cit.*, p. 360 ss.

giuridiche «di importanza pubblica generale»[14]. Si spiega, così, la ragione del numero particolarmente ridotto delle sentenze pronunciate dall'organo di vertice della giustizia inglese. Negli ultimi anni della sua attività la *House of Lords* pronunciava circa 70 sentenze l'anno e questo dato è costante anche dopo l'istituzione della *Supreme Court*[15]. Solo per avere un termine di paragone, le sezioni civili della nostra Corte di cassazione pronunciano oltre 30.000 sentenze, sicché il nostro ordinamento assorbe in un solo anno tante sentenze del giudice di vertice quante quello inglese impiega quattro secoli ad emanare. Si tratta, evidentemente, di un profilo di rilievo, perché quando si parla di precedente nell'esperienza inglese va tenuto bene a mente che ci si muove in un contesto profondamente diverso dal nostro e caratterizzato, appunto, da una estrema selezione di decisioni.

Un ulteriore elemento di contesto che colpisce il giurista che si affaccia a considerare il sistema di giustizia inglese è il numero dei giudici che siedono nelle corti superiori: la *UK Supreme Court* è composta (come già in precedenza la *House of Lords*) da appena 12 giudici. Ciò testimonia la natura elitaria del corpo dei giudici superiori inglesi, che vengono peraltro reclutati tra i ranghi dell'avvocatura, secondo procedure improntate ad una estrema selettività, che fanno perno su requisiti di professionalità dimostrata sul campo di un lungo esercizio di attività forense, riconosciuta nell'ambiente professionale inglese[16].

Va poi considerato che la regola del precedente si sviluppa oltre Manica nell'ambito di un sistema giurisdizionale che vede al vertice una unica *Supreme Court*, cui sono attribuite competenze che, negli ordinamenti di *civil law*, sono invece ripartite tra vari organi giurisdizionali (per restare all'esempio italiano, basterà citare, oltre alla Corte di cassazione, la Corte costituzionale, il Consiglio di Stato, il Tribunale superiore delle acque pubbliche). Ciò implica una notevole unitarietà del sistema: benché si sono affermati ormai settori ben precisi nel *case law* (costituzionale, amministrativo, civile), tuttavia essi continuano a non essere distinti in modo istituzionale dal diritto giurisprudenziale inglese nel suo complesso[17].

Un ultimo profilo merita di essere evidenziato. Contrariamente a quanto

[14] *R. v. Secretary of State for Trade and Industry, ex p. Eastaway*, [2000] All E.R. 27.

[15] Nel periodo tra il 1 aprile 2018 e il 31 marzo 2019 sono state pronunciate 64 sentenze. Cfr. *Judicial Statistics (Annual Report)*, https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2018-19.pdf.

[16] Ciò contribuisce in modo netto alla notorietà dei giudici anche presso l'opinione pubblica, tanto che i più eminenti tra essi sono divenuti delle figure emblematiche del mondo di *common law*.

[17] Whittaker, *op. ult. cit.*, p. 714.

avviene da noi e, in genere, negli ordinamenti di *civil law*, ove la sentenza è atto dell'organo giudicante, che non lascia alcuno spazio a motivazioni dissenzienti, le sentenze inglesi sono caratterizzate dal principio di personalità della decisione giudiziale; in caso di collegio giudicante, ciascun giudice può concorrere con una propria "opinion" alla decisione del caso. Essa può consistere anche nella semplice adesione alla *opinion* pronunciata da un altro giudice che siede nel collegio e, in questa ipotesi, ora si è affermata la prassi di incaricare uno dei giudici a redigere l'*opinion*. Molto spesso, invece, ciascun giudice redige una *opinion* separata, ricostruendo puntualmente i fatti di causa e svolgendo una analisi dettagliata dei precedenti rilevanti a sostegno della propria decisione.

Ciò assume una rilevanza centrale nella individuazione della *ratio decidendi* del caso e cioè di quella parte della sentenza che costituisce il fondamento della decisione. Non è questa la sede per scendere in un'analisi dettagliata della distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, quanto mai complessa e sfuggente, né della sulla sua effettiva rilevanza quale elemento fondante della regola del precedente. Preme rilevarne, tuttavia, l'aspetto centrale, costituito dal fatto che la *ratio* di un caso riguarda le questioni di diritto trattate nella sentenza con riferimento ai fatti di causa e cioè a quegli elementi della situazione concretamente sottoposta all'esame del giudice all'esito del modello di processo più sopra evocato. I fatti di causa giocano un ruolo decisivo nella individuazione di ciò che costituisce precedente[18] ed è interessante rilevare che la *ratio decidendi* è ricercata dal giudice successivamente investito della decisione di un caso analogo e non da quello che pronuncia la sentenza che costituisce precedente[19]. Stante il carattere discorsivo delle *opinions*, la precisa individuazione della *ratio decidendi* non è fondata su criteri rigidi, essendo sempre aperta la possibilità per i giudici successivi di scoprire la "vera" *ratio* di quel caso.

3. *L'*overruling *e la tendenziale stabilità dell'interpretazione legislativa nell'approccio dei giudici inglesi*

Si passerà ora a dare conto del fenomeno dell'*overruling*, cioè la possibilità di modificare un precedente, che è riservata esclusivamente all'organo giurisdizionale di vertice e quindi, nell'esperienza inglese, alla

[18] *Ivi*, p. 718.
[19] *Ibidem.*

Supreme Court e solo ad essa.

Il *power to overrule* ha origini piuttosto recenti e trova la sua fonte non già in una norma di legge, bensì in una dichiarazione adottata dalla stessa *House of Lords* nel 1966 – resa nella forma di un *Practice Statement* – nella quale, dopo aver ribadito che l'uso del precedente è un indispensabile fondamento per stabilire qual è il diritto e deciderne l'applicazione ai singoli casi, si riconosce tuttavia che un'aderenza troppo rigida ad esso può condurre a soluzioni ingiuste e a limitare lo sviluppo del diritto. Donde l'annuncio che, a partire da quel momento, la Corte avrebbe valutato la possibilità di recedere da una precedente decisione «nei casi in cui appaia giusto farlo»[20].

Il significato e la portata del *Practice Statement* sono ben sintetizzati in una sentenza della *House of Lords* del 1973: «il mutamento della nostra prassi, in base al quale le precedenti decisioni di questa Corte non sono più ritenute assolutamente vincolanti, non significa che ogni volta che riteniamo che la precedente decisione è errata dobbiamo recedere da essa. Nell'interesse generale di certezza del diritto dobbiamo essere sicuri che esista un'ottima ragione prima di procedere in tal senso (…) Ritengo che *per quanto possa essere errata o anomala una decisione, essa deve comunque esser tenuta ferma ed applicata a casi ragionevolmente analoghi, a meno che (o fino a che) non sia alterata dal Parlamento*»[21].

Ciò mostra che il *power to overrule* è stato percepito, sin dal primo momento, come del tutto eccezionale ed esso è stato poi esercitato molto raramente[22].

[20] [1966] All ER 77. Cfr. R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4th ed., Oxford, 1991, p. 105. Dall'inizio della sua attività, la *Supreme Court* non ha formalmente emanato un nuovo *Practice Statement*, ma ha precisato più volte che quello pronunciato dalla *House of Lords* nel 1966 continua ad avere lo stesso valore e le medesime implicazioni. Cfr. *Austin (FC) v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark*, [2010] 3 WLR 144, *per* Lord Hope (n. 25).

[21] «Our change of practice in no longer regarding previous decisions of this House as absolutely binding does not mean that whenever we think that a previous decision was wrong we should reverse it. In the general interest of certainty in the law we must be sure that there is some very good reason before we so act (…). I think that *however wrong or anomalous the decision may be it must stand and apply to cases reasonably analogous unless or until it is altered by Parliament*»; *R v. Knuller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd*, [1973] AC 435, per Lord Reid (corsivo aggiunto).

[22] Possono citarsi i seguenti: *R v. National Insurance Commissioner, Ex p Hudson*, [1972] AC 944, 966 per Lord Reid; *R v. Knuller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd*, [1973] AC 435, 455 per Lord Reid; *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd*, [1976] AC 443; *Fitzleet Estates Ltd v. Cherry*, [1977] 1 WLR 1345, 1349 per lord Wilberforce; *Hesperides Hotels Ltd v. Aegean Turkish Holidays Ltd*, [1979] AC 508; *Vestey v. Inland Revenue Commissioners (Nos 1 and 2)*, [1980] AC 1148; *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Khawaja*, [1984] AC 74; *R v. Howe* [1987] AC 417; *R v. Kansal* (No

La stabilità del precedente è ancor più rigorosa quando si tratta di giungere a modificare l'interpretazione di un testo normativo. È interessante soffermarsi sul punto. La regola del precedente implica che quando il giudice, per decidere il caso, è chiamato ad applicare una norma legislativa (e quindi ad interpretarla), la sua decisione è destinata a diventare essa stessa un precedente, che vincolerà i giudici successivi. Ne consegue che essi saranno chiamati ad individuare la *ratio decidendi*, che non sarà mai la norma di legge in sé, bensì l'interpretazione che di essa ha dato il giudice con riferimento ai fatti di causa. Pertanto, il giudice successivo sarà vincolato, in base alla regola del precedente, ad uniformarsi a *quella* interpretazione[23].

Come è stato ben chiarito in un caso recente: «non riesco a trovare ipotesi in cui sarebbe giusto, per una corte che ha raggiunto una certa conclusione sulla corretta interpretazione di una legge, decidere di non applicare la legge così interpretata al caso di specie. La sezione n. 1 del *Bills of Rights* del 1688 prevede che 'è illegale la pretesa di sospendere le leggi o la loro esecuzione per autorità sovrana senza il consenso del Parlamento'. È probabilmente vero che l'esercizio del potere giudiziario non rientra nell'ambito applicativo dell'espressione 'autorità sovrana', ma le Loro Signorie in questa Corte esercitano una giurisdizione di appello che deriva dalla Regina e se si fosse chiesto ai redattori del *Bill of Rights* nel 1688 se questa Corte ha il potere di sospendere le leggi senza il consenso del Parlamento non credo sia difficile immaginare quale sarebbe stata la risposta»[24].

Questo atteggiamento dei giudici inglesi va collocato nel più ampio contesto del tema concernente i rapporti tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo, che sono stati sempre particolarmente problematici. Per un verso, infatti, le Corti inglesi non hanno mai esitato ad applicare una legge adottata dal Parlamento recante modifica di una regola giurisprudenziale.

2), [2002] 2 AC 69; *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, [2004] 1 AC 309; and *Horton v. Sadler*, [2007] 1 AC 307, para 29 per Lord Bingham of Cornhill.

[23] Cross, Harris, *op. cit.*, p. 177 ss.

[24] «[I] find myself unable to visualize circumstances in which it would be proper for a court, having reached a conclusion as to the correct meaning of a statute, to decline to apply to the case in hand the statute thus construed. Section 1 of the Bill of Rights 1688 declared that "…the pretended power of suspending of laws or the execution of laws by regall authority without consent of Parliament is illegall". It is probably right that the exercise of judicial authority is not caught by the reference to "regall authority" in the Bill of Rights but your Lordships in this House exercise an appellate jurisdiction deriving from the Queen in Council and if the promoters of the Bill of Rights in 1688 had been asked whether there was a power in the House of Lords to suspend laws without the consent of Parliament I do not think it is difficult to guess what their answer would have been» (*National Westminster Bank plc v. Spectrum, Plus Ltd* [2005] WLR 58, *per* lord Scott of Foscote, n. 126).

Per altro verso, tuttavia, l'approccio al diritto di fonte legislativa poggia su una serie di criteri (giurisprudenziali) che conducono ad una interpretazione estremamente rigorosa e restrittiva. Senza che sia possibile indugiare sul punto, è però utile ricordare quanto meno la cd. "presumption against the alteration of the common law", che conduce i giudici inglesi a ritenere che il Parlamento non intende alterare una regola giurisprudenziale, sicché la volontà del legislatore di derogare alla *common law* deve risultare in modo esplicito[25].

Questo atteggiamento dei giudici inglesi trova conferma in un caso recente, in cui veniva in questione un'altra tradizionale regola ermeneutica, consistente nella presunzione secondo cui la legge non vincola la Corona a meno che ciò non sia previsto espressamente ("presumption that legislative provisions do not bind the Crown"). In base a questa regola, in sostanza, affinché una disposizione legislativa possa ritenersi applicabile anche ai pubblici poteri è necessario che ciò emerga in modo esplicito o comunque che ciò sia desumibile senza alcun dubbio. Nel caso di specie, si trattava della legge contro il fumo passivo (*Health Act 2006*), che prevede una procedura per denunciare eventuali violazioni. Un detenuto aveva invocato l'applicazione di questa procedura nel carcere, in cui si trovava esposto al fumo passivo, particolarmente nocivo per le sue condizioni di salute. L'amministrazione carceraria aveva però respinto la richiesta, perché la legge non prevede espressamente la sua applicabilità anche alla pubblica amministrazione.

Il caso è giunto quindi all'esame della *Supreme Court*, che è stata sollecitata ad affrancarsi dall'applicazione di una regola ermeneutica troppo rigida e forse anche irragionevole, essendo chiara l'intenzione del legislatore di limitare gli effetti del fumo passivo. I giudici si mostrano sensibili agli argomenti utilizzati in favore di una interpretazione più libera, ma ritengono che la presunzione è una regola consolidata nel diritto inglese, per cui molte leggi sono state redatte e approvate proprio tenendo conto del fatto che la Corona non sarebbe stata vincolata al loro rispetto a meno che ciò non risultasse esplicitamente o fosse comunque desumibile oltre ogni dubbio[26]. La Corte non nasconde di ritenere irragionevole la scelta legislativa di non

[25] Su questo punto e, in generale, sul rapporto tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo, v. le ampie pagine di N. Duxbury, *Elements of Legislation*, Cambridge, 2013, p. 36 ss. e *passim*.

[26] «The presumption […] is so well established in modern times that many, many statutes will have been drafted and passed on the basis that the Crown is not bound except by express words or necessary implication», *Black, R (on the application of) v. Secretary of State for Justice* [2018] 2 All ER 212, n. 35, *per* Lady Hale (che ha redatto l'*opinion* a cui tutti i giudici hanno aderito).

includere espressamente la Corona tra i destinatari della norma sul fumo passivo. Ciò nondimeno, pur auspicando un intervento del Parlamento, si guardano bene dal discostarsi dalla sua applicazione: «Se il Parlamento avesse inteso che la Parte 1 del Capitolo 1 della legge del 2006 era vincolante per la Corona, nulla sarebbe stato più facile di inserire una simile disposizione»[27].

Da questi pur brevi cenni emerge con nitore tanto l'approccio orientato alla stabilità nell'interpretazione della norma, quanto la riluttanza ad abbandonare canoni ermeneutici consolidati.

È sufficiente richiamare il ben diverso orientamento seguito dalla nostra Corte di cassazione in tema di interpretazione della legge per avvedersi della differenza, laddove in particolare essa, in alcune occasioni, non ha esitato a ritenere che l'accertamento dell'intenzione del legislatore può condurre a superare il tenore letterale della norma, dovendosi privilegiare la funzione evolutiva ed adeguatrice dell'interpretazione della legge[28].

[27] «Had Parliament intended Part 1 of Chapter 1 of the 2006 Act to bind the Crown, nothing would have been easier than to insert such a provision into that Part» (*ivi*, n. 48).

[28] Solo per fare un esempio, la Corte di cassazione ha superato la lettera dell'art. 2941 n. 1 c.c. ritenendo che la sospensione del termine prescrizionale tra i coniugi non opera in caso di separazione personale, sulla scorta della seguente argomentazione: «Ritenuto che l'esistenza di una chiara formulazione grammaticale della norma non è sufficiente per limitare l'interpretazione all'elemento letterale, occorrendo, altresì, che il senso reso palese dal significato proprio delle parole, secondo la loro connessione, non si ponga in contrasto con le argomentazioni logiche sull'intenzione del legislatore; ritenuto che da tempo è divenuto desueto il noto canone *in claris non fit interpretatio* e l'art. 12 disp. prel. c.c. non privilegia più il criterio interpretativo letterale perché, facendo riferimento alla intenzione del legislatore, evidenzia un riferimento essenziale alla coerenza della norma e del sistema; ritenuto che la dottrina e la giurisprudenza dominanti hanno rilevato l'inadeguatezza della stessa idea di interpretazione letterale, dovendo l'interpretazione della legge avere anche una funzione evolutiva ed adeguatrice; ritenuto, altresì, che in tema di sospensione del termine prescrizionale, il diritto alla corresponsione dell'assegno di mantenimento tra coniugi separati (o divorziati), avente ad oggetto più prestazioni autonome, distinte e periodiche, si prescrive non a decorrere da un unico termine, bensì dalle singole scadenze di pagamento; ritenuto, infine, che la norma di cui all'art. 2941, n. 1 c.c. vada ormai inquadrata nel generale e progressivo fenomeno di valorizzazione delle posizioni individuali dei membri della famiglia rispetto al principio della conservazione dell'unità familiare: ritenuto tutto quanto precede, deve ritenersi che in tema di diritto del coniuge separato (o divorziato) beneficiario di un assegno di mantenimento, alla luce dell'evoluzione del quadro normativo e della coscienza sociale, la sospensione della prescrizione non opera nell'ipotesi di separazione personale tra coniugi di cui all'art. 2941 c.c.» (Cass. Civ., sez. I, 4 aprile 2014, n. 7981, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, I, p. 1070).

4. *L'approccio della Corte di cassazione*

Il tema del ruolo della giurisprudenza è tornato alla ribalta in modo imponente negli ultimi anni, da noi, con riferimento a due vicende che hanno visto la Corte di cassazione impegnata ad affrontarlo direttamente: quella relativa alle conseguenze di un *revirement* circa l'interpretazione di norme processuali e quella connessa alla possibilità di configurare una responsabilità del giudice per violazione di legge, laddove si discosti da un consolidato orientamento giurisprudenziale.

La prima vicenda prende avvio da una pronuncia della Corte di cassazione resa a sezioni unite nel mese di settembre del 2010[29], che aveva ribaltato il consolidato e pacifico orientamento circa l'interpretazione dell'art. 645 c.p.c. in materia di termini di costituzione in giudizio nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo. Alla luce della nuova "interpretazione", tutti i procedimenti in corso avrebbero dovuto essere dichiarati improcedibili se la costituzione in giudizio fosse avvenuta oltre il termine di cinque giorni, divenuto applicabile alla luce del repentino *revirement*. Per uscire dall'*impasse* è intervenuto il legislatore, per ristabilire l'interpretazione delle norme fino a quel momento accolta dalla Corte di cassazione (l. 29 dicembre 2011, n. 218). Tuttavia, prima di questo intervento normativo, la Corte ha colto l'occasione per precisare il suo pensiero sul rapporto tra diritto e interpretazione[30], con una sentenza del 2011, resa a sezioni unite, ove per la prima volta vengono enunciati alcuni principi sul cd. *overruling*[31].

Dovendo dare risposta circa le conseguenze di un mutamento di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali che dà origine ad una preclusione o una decadenza, la Corte prospetta due possibili soluzioni: ritenere che l'atto compiuto in conformità alla precedente giurisprudenza è rituale, oppure considerarlo invalido per difformità alla norma di riferimento successivamente reinterpretata, ricorrendo, se del caso, a meccanismi di tutela dell'affidamento riposto dalla parte nel precedente orientamento. Ecco dunque porsi in modo ineludibile il nodo del valore del precedente nel nostro ordinamento, «che, a sua

[29] Cass. Civ., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2360.

[30] Su cui cfr., da ultimo, L. Moccia, *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 915.

[31] Cass. Civ., sez. un. 11 luglio 2011, n. 15144, cit. Cfr. ampiamente E. Calzolaio, *Mutamento giurisprudenziale e ovverruling*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 899 ss., nonché Id., *The (Mis)use of Overruling in the Italian Case Law: Comparative Remarks*, (2018) 134 LQR 26.

volta, incrocia le problematiche, di più ampio respiro, della funzione, meramente dichiarativa o (concorrentemente) creativa, riconosciuta alla giurisprudenza, del suo (eventualmente possibile) inquadramento tra le fonti di implementazione e conformazione dell'ordinamento giuridico e del discrimine tra modificazione del contenuto della norma per via interpretativa e *novum jus*; per coinvolgere, ancor più a monte, la definizione del ruolo del giudice nel sistema costituzionale di divisione dei poteri».

La Corte non si discosta dalla visione secondo cui i giudici sono «estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche», che trovano la loro fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), cioè in atti di competenza esclusiva degli organi del potere legislativo. I giudici sono soggetti alla legge (art. 101, comma 2, cost.) e soltanto ad essa e il loro compito si esaurisce nella interpretazione della norma giuridica.

Tuttavia, la norma non è cristallizzata in se stessa, ma è soggetta anzitutto a dinamiche evolutive, che risentono anche del fatto che ogni norma è inserita nel contesto di «settori e subsettori normativi» ed ha «relazioni reciproche con norme contigue», sicché «le eventuali successive modificazioni, abrogazioni, sostituzioni delle disposizioni interferenti [hanno] una possibile ed automatica ricaduta sul contenuto della disposizione in questione». Di qui la nozione di "diritto vivente" come fenomeno oggettivo, cioè legato alla natura assiologica della norma e determinato dalle dinamiche evolutive dell'ordinamento, sicché esso «per la sua complessità esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea».

Diversa dalla interpretazione "evolutiva" è la interpretazione "correttiva", in cui il giudice torna sul significante e ne desume un significato diverso. Ciò può avvenire semplicemente perché questo diverso significato è ritenuto preferibile, ma la stessa Corte riconosce che non dovrebbe essere ricercata una nuova interpretazione della norma quando anche l'altra, precedentemente seguita, è compatibile con la lettera della legge, «essendo preferibile e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario l'interpretazione sulla cui base si è già formata una pratica di applicazione»[32]. Quando, invece, il giudice ravvisa un errore nella precedente interpretazione della norma, egli è chiamato a modificarla per correggere tale errore.

In caso di interpretazione correttiva (definita come «overruling correttiva»), la affermata natura dichiarativa della giurisprudenza implica che «l'atto compiuto dalla parte o il comportamento da essa tenuto in conformità all'orientamento overruled risulta - ora per allora – non rituale»; ogni diversa soluzione significherebbe attribuire alle singole pronunce

[32] Così Cass. Civ., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 198.

«valore di atti fonte del diritto di provenienza dal giudice: soluzione non certo coniugabile con il precetto costituzionale dell'art. 101 Costituzione».

La Corte si chiede però se ciò valga anche nei casi di un mutamento di giurisprudenza che attiene ad una regola del processo «con effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte che sulla stabilità del precedente abbia ragionevolmente fatto affidamento». In queste ipotesi, il «valore superiore del giusto processo» impone che sia tutelato tale affidamento, attraverso l'istituto della remissione in termini o, se ciò non è concretamente possibile, attraverso la «esclusa operatività della preclusione derivante dall'overruling nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa»: infatti, «se è pur vero che una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo che sia poi riconosciuta errata, e quindi *contra legem*, non può, per la contraddizione che non lo consente, essere considerata la *lex temporis*, vero è però anche che, sul piano fattuale, quella giurisprudenza ha comunque creato l'apparenza di una regola, ad essa conforme. Per cui, anche per tal profilo, viene in rilievo l'affidamento in quella apparenza riposto dalla parte. Affidamento, ovviamente, tutelabile non oltre il momento di oggettiva conoscibilità (da verificarsi in concreto) dell'arresto nomofilattico di esegesi correttiva».

Questa sentenza ha dato avvio ad un orientamento ormai granitico. La semplice consultazione di qualsiasi banca dati fa emergere che il termine "overruling" è utilizzato in oltre mille sentenze della Corte di cassazione tra il 2011 e il 2019, senza contare tutte le sentenze di merito e le non meno numerose pronunce dei giudici amministrativi. La regola che si è affermata può essere enunciata nel modo che segue: i mutamenti di giurisprudenza pronunciati dalle sezioni unite della Corte di cassazione hanno effetto solo per il futuro ogni volta che rechino una nuova interpretazione di norme processuali che implica una limitazione del diritto di difesa della parte[33]. La

[33] V. ad esempio Cass. Civ., sez. un., 20 giugno 2012, n. 10143, www.dejure.it, che risolve un contrasto di giurisprudenza e modifica l'interpretazione dell'art. 82 r.d. n. 37 del 1934 secondo cui l'avvocato ha l'onere di eleggere domicilio nel luogo dove ha sede l'autorità giudiziaria presso la quale il giudizio è in corso e, in difetto, l'elezione di domicilio si intende presso la cancelleria della stessa autorità giudiziaria, ove sono legittimamente eseguite le comunicazioni e le notificazioni. Facendo leva sul mutato contesto normativo, in base al quale ora l'avvocato deve indicare, al momento della costituzione in giudizio, un indirizzo di posta elettronica certificata, la Corte è giunta a ritenere che l'elezione di domicilio presso la cancelleria prevista dall'art. 82 cit. vale solo nel caso in cui l'avvocato non abbia indicato il proprio indirizzo di posta elettronica certificata. In tale contesto, la Corte, facendo leva sulla sentenza Cass. Civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, cit., afferma che l'interpretazione di una disposizione può mutare nel tempo in ragione del diverso contesto normativo in cui si innesta «e che

giurisprudenza successiva ha anche chiarito che il cd. *overruling* deve essere connotato dal carattere dell'imprevedibilità[34], sicché, per un verso, è escluso che la parte possa invocare utilmente un suo affidamento in presenza di un contrasto di giurisprudenza[35] e, per altro verso, un solo precedente non è sufficiente per ingenerare un affidamento rilevante[36]. Inoltre, il mutamento interpretativo deve comportare un concreto pregiudizio al diritto di difesa della parte, ciò che è escluso, ad esempio, quando decorre un idoneo lasso di tempo dalla pubblicazione della pronuncia recante *overruling*[37]. La Corte è poi ferma nel limitare l'applicazione dell'*overruling* solo ai casi di *revirement* nell'interpretazione di norme processuali, ma non sostanziali[38]. La ragionevolezza di una simile limitazione è stata criticata[39], ma la Corte anche di recente appare ferma e irremovibile sul punto[40].

La seconda vicenda in cui la Corte si è trovata ad affrontare il tema del ruolo della giurisprudenza trae spunto da un caso in cui è stata invocata la responsabilità del giudice di merito per violazione di una consolidata regola giurisprudenziale in tema di rivalutazione e interessi. Al fine di negare la responsabilità, la Corte ha ripreso gli argomenti già utilizzati in materia di *overruling*, ribadendo che «la norma giuridica trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), negli atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del potere legislativo». I giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101 Cost., comma 2) e ciò «impedisce

quindi ci sia parimenti una modulazione diacronica del suo significato precettivo *senza che ciò smentisca la natura meramente dichiarativa dell'interpretazione della legge fatta dalla giurisprudenza*» (c.vo aggiunto).

[34] Cass. Civ., sez. VI, 3 novembre 2011, n. 22752, www.dejure.it; Cass., sez. trib., 14 dicembre 2011, n. 26912, www.dejure.it.

[35] Cass. Civ., sez. I, 15 dicembre 2011, n. 27086, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 981.

[36] Cass. Civ., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30796, www.dejure.it; Cass. Civ., sez. III, 18 gennaio 2012, n. 686, in *Il Foro it.*, 2012, I, p. 1074.

[37] Cass. Civ., sez. un., 19 dicembre 2011, n. 27286, www.dejure.it; Cass. Civ., sez. lav., 28 febbraio 2012, n. 3042, in *Giust. civ., Mass.*, 2012, p. 233.

[38] Ad esempio, si è escluso l'overruling in materia di decorrenza del termine prescrizionale del diritto all'integrazione dell'indennità di espropriazione (Cass. Civ., sez. I, 3 novembre 2011, n. 22790, in *Giust. civ., Mass.*, 2011, p. 1554) e di licenziamento dei dirigenti (Cass. Civ., sez. lav., 27 dicembre 2011, n. 28967, in *Giust. civ., Mass.*, 2011, p. 1866).

[39] Ad esempio cfr. E. Vincenti, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4126 ss. L'autore, che è un magistrato dell'Ufficio massimario, ritiene che «il mutamento di giurisprudenza nell'interpretazione del diritto non è fenomeno riducibile ad un determinato settore dell'esperienza giuridica, giacché esso è in grado di investire lo spettro complessivo dell'ordinamento».

[40] Cass. Civ., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, in *Il Foro it.*, 2019, I, p. 1623.

di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto»[41]. Da ciò consegue che: «L'interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione (e massimamente dalle sezioni unite di essa) va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato»[42]. Sicché, «il precedente giurisprudenziale, pur autorevole, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto, e come tale non è direttamente vincolante per il giudice (salvo che, naturalmente, per il giudice di rinvio)»[43].

5. *La natura dichiarativa dei precedenti: dalla stessa premessa, due conseguenze diverse*

Al lettore che ha avuto la pazienza di seguire sin qui non sarà sfuggito che la premessa maggiore del ragionamento della nostra Corte di cassazione è la natura dichiarativa della giurisprudenza, insistendo, per un verso, sul fatto che la soggezione del giudice alla legge impedisce di attribuire all'interpretazione giurisprudenziale il valore di fonte del diritto e, per altro verso, che la norma giuridica trova la sua unica fonte di produzione nella legge, quale atto di esclusiva competenza del potere legislativo. Sicché, il giudice è chiamato ad applicare la legge e, nel momento in cui la interpreta, non svolge un ruolo propriamente creativo, ma ne disvela il significato. Si tratta, all'evidenza, di una *fictio*, perché già quando il giudice attribuisce alla norma un certo significato in qualche modo partecipa alla formazione del diritto e, a maggior ragione, la creatività dell'interpretazione si fa ancor più palese laddove il giudice applica la norma a situazioni e con finalità del tutto estranee a quelle contemplate dal legislatore al momento della sua emanazione.

Orbene, è interessante rilevare che ad una simile finzione si ricorre anche oltre Manica, almeno a partire dal Sei-Settecento, con la ben nota definizione del Blackstone, che vedeva nei giudici i «depositari della legge», gli «oracoli viventi», che dichiarano e rendono pubblico il diritto del Regno.

Il carattere fittizio della "declaratory theory" è stato evidenziato dai teorici inglesi del positivismo giuridico ottocentesco, che non hanno esitato ad additare come una "finzione puerile" la pretesa completezza della *common law*, in

[41] Cass. Civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, n. 13.6, *De Jure*.
[42] *Ivi*, n. 13.5.
[43] *Ivi*, n. 13.2.

base alla quale i giudici si limiterebbero ad attingere dalla *general custom of the realm* per dare la soluzione ai casi nuovi o dubbi, mascherando così la verità delle cose e cioè che il diritto basato sui precedenti è creato dai giudici[44].

Oggi nessuno pone seriamente in dubbio che la giurisprudenza abbia un ruolo creativo nel diritto inglese. Tuttavia, il contrasto di posizioni sulla natura dichiarativa o creativa dei precedenti «rivela il doppio (e contraddittorio) volto di un medesimo processo di formazione del diritto per via giurisprudenziale: un processo che prima di compiersi, quando ancora pende la decisione e si tratta di trovarne le ragioni, non può fare a meno di riferirsi a materiali giuridici già esistenti (o suscettibili di essere reperiti, con abilità e pazienza) dove cercare la (una) regola di diritto, nel senso di presumerne, ovvero di fingerne la (pre)esistenza; mentre una volta e, anzi, non appena compiuto, esso tende ad essere razionalizzato, all'opposto, in termini di modifica, aggiunta o innovazione, rispetto al diritto preesistente»[45].

Questo approccio è ben evidenziato da Lord Goff in un importante caso in cui la *House of Lords* ha affrontato direttamente il tema: «quando un giudice decide un caso a lui sottoposto, egli decide sulla base di ciò che intende essere il diritto. Ciò egli scopre (*discovers*) dalle leggi applicabili e dai precedenti. Oggidì trova molto aiuto dagli scritti accademici nell'interpretazione delle leggi e, ancor più, dalle decisioni pubblicate; e, se del caso, considera le pertinenti decisioni di giudici di altri paesi. In sede di decisione del caso può, in certe occasioni, sviluppare la *common law* nell'interesse della giustizia, sebbene come regola generale ciò avvenga solo 'in modo interstiziale', per usare l'espressione di O.W. Holmes J. formulata nel caso *South Pacific Co. v. Jensen* (1917) 244 U.S. 2095, 221. Questo significa non solo che [il giudice] deve agire nei limiti fissati dalla regola del precedente, ma che il cambiamento così introdotto va riguardato come uno sviluppo, e di solito uno sviluppo molto modesto, di un principio esistente, tale da assumere il proprio posto nella *common law* nel suo insieme»[46].

[44] Per un quadro di sintesi delle posizioni espresse da Jeremy Bentham e da John Austin, v. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., p. 446 ss.

[45] *Ivi*, p. 452.

[46] «When a judge decides a case which comes before him, he does so on the basis of what he understands the law to be. This he discovers from the applicable statutes, if any, and from precedents drawn from reports of previous judicial decisions. Nowadays, he derives much assistance from academic writings in interpreting statutes and, more especially, the effect of reported case; and he has regard, where appropriate, to decisions of judges in other jurisdictions. In the course of deciding the case before him he may, on occasion, develop the common law in the perceived interests of justice, though as a general rule he does this "only interstitially", to use the expression of O.W. Holmes J. in *South Pacific*

Come si vede, fittizia quanto si vuole, la teoria dichiarativa stenta ad essere del tutto abbandonata, in quanto funzionale ad una concezione secondo la quale il diritto non si riduce all'atto volitivo di creazione di qualcuno, ma è invece accertabile sulla base di antiche consuetudini, estraibile da principi di giustizia (divina, di natura o di ragione), disponibile e adattabile alle più varie circostanze di fatto, se cercato con competenza e abilità[47].

Da questo approccio discendono alcune conseguenze di rilievo ogni volta che si tratti di stabilire regole per casi nuovi o di cambiare regole precedentemente stabilite. Infatti, la teoria dichiarativa fornisce una parvenza di legittimazione all'effetto retroattivo delle decisioni giudiziali, cioè alla regola secondo cui il precedente *overruled* continua ad applicarsi al caso di specie e a tutti i casi pendenti al momento della pronuncia. In proposito, è significativo che l'idea secondo cui il giudice può limitare solo *pro futuro* gli effetti della nuova regola (*prospective overruling*), accolta negli Stati Uniti a seguito delle critiche mosse alla teoria dichiarativa, è da qualche tempo messa in discussione dalla *Supreme Court* degli Stati Uniti[48]. In altri paesi di *common law* (come Australia e Canada) il *prospective overruling* non è ritenuto ammissibile[49] e, quanto al diritto inglese, in passato la *House of Lords* aveva mostrato un atteggiamento cautamente flessibile[50], ma le timide aperture sono state ben presto abbandonate, perché il *prospective overruling* costituirebbe una usurpazione della funzione legislativa («judicial usurpation of the legislative function»)[51].

Co. v. Jensen (1917) 244 U.S. 2095, 221. This means not only that he must act within the confines of the doctrine of precedent, but that the change so made must be seen as a development, usually a very modest development, of existing principle and so can take its place as a congruent part of the common law as a whole» (*Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council Kleinwort*, [1998] 4 All ER 513, *per* Lord Goff of Chieveley).

[47] Cfr. ancora Moccia, *op. ult. cit.*, p. 453. Sul tema v. anche Duxbury, *op. cit.*, p. 3 ss.

[48] V., da ultimo, S.J. Hammer, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, (2018) Harv. J. L. & Pub. Pol'y 409. Cfr. altresì A. Gathan, *The incentive problem with prospective overruling*, in *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 2010, p. 179 ss.

[49] Cfr. M. Harding, I. Malkin, *Overruling in the High Court of Australia in Common Law Cases*, (2010) Melbourne University Law Review 519. Cfr. altresì B. Juratowitch, *Retroactivity and the Common Law*, Portland, 2008, p. 205 ss.

[50] Cfr. in specie *Barclays Bank Plc v. O'Brien*, [1995] 1 All ER 289 e *Royal Bank of Scotland v. Etridge*, [2001] 4 All ER 449.

[51] *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus ecc.*, cit.

6. *Riflessioni conclusive*

È ora possibile tornare allo spunto da cui si sono prese le mosse, circa un modo di rappresentare il rapporto *civil law-common law* in termini di ormai raggiunta convergenza, stante il ruolo assunto dalla giurisprudenza nei paesi di *civil law* e la proliferazione del diritto legislativo in quelli di *common law*, in cui il giudice starebbe perdendo il suo tradizionale ruolo creativo.

I rilievi sin qui svolti mostrano chiaramente che il tema del ruolo normativo della giurisprudenza, lungi dall'essere confinato al mondo di *common law*, è invece comune ad entrambe le tradizioni giuridiche. Sicché, non è davvero più sostenibile la narrazione, tuttora prevalente, secondo cui negli ordinamenti di *civil law* alla giurisprudenza non può essere riconosciuto un ruolo di fonte del diritto. Del resto, che il giudice crei diritto è un'evidenza e, diremmo, una necessità. Per quanto chiara possa essere la lettera di una disposizione normativa, la norma che essa contiene costituisce il risultato, più che il presupposto, dell'attività interpretativa, perché quando la legge scritta impatta il mondo reale, quello dell'esperienza, essa non può che sprigionare dubbi interpretativi[52]. Se si osserva ciò che accade nell'esperienza, insomma, è agevole avvedersi che il giudice, quando decide, non applica *solo* la lettera della legge ma, appunto, da essa parte in un percorso avventuroso che si incontra con le vicissitudini umane, gli interessi materiali e i motivi ideali che si celano dietro ai fatti della vita reale.

È sempre più chiaro, allora, che la contrapposizione *civil law-common law* non costituisce più la linea di confine tra culture antagoniste geograficamente collocabili, quanto piuttosto essa è l'emblema di due diversi modi di concepire e praticare il diritto che coesistono all'interno di ciascun ordinamento: un tipo di diritto codificato e, comunque, a base legislativa, esposto in forma sistematico-deduttiva e un tipo di diritto a base giurisprudenziale, esposto in forma analitico-induttiva[53].

Nello stesso tempo, è fuorviante trarre da ciò argomento per ritenere (frettolosamente) superata la diversità del ruolo del diritto giurisprudenziale nelle due tradizioni giuridiche.

Quanto al mondo di *common law* almeno due aspetti meritano di essere

[52] Osserva Moccia, *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto,* cit., p. 918, che «il rapporto diritto/interpretazione non è mai un rapporto lineare […] si tratta, invece, di un rapporto circolare […] poiché una volta arrivati alla realtà dei casi, dove situare la (una) norma ad essi applicabile, occorre tornare alla disposizione di partenza, dove poter attingere, ma con l'esperienza maturata nel tempo del viaggio che separa il diritto dalla vita, la norma da applicare al caso concreto».

[53] Sul tema v. ampiamente Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo,* cit., p. 27.

evidenziati.

In primo luogo, la presenza di una parte del diritto avente formazione giudiziale, cioè prodotta mediante i precedenti per opera di generazioni di giuristi e giudici, che essi continuano a stabilire e sviluppare, integrandola se necessario con i precetti legislativi[54]. Il *case law* è una fonte autonoma e separata rispetto al diritto di fonte legislativa e le regole giuridiche create dal giudice costituiscono regole del caso concreto che, come tali, vengono assunte a base di decisioni future: «tendiamo a pensare che il singolo caso ha un effetto relativamente limitato, è una base per operazioni future, in quanto il diritto si sviluppa in avanti da caso a caso – e occasionalmente all'indietro se siamo abbastanza modesti di riconoscere che forse si è andati troppo lontano»[55].

In secondo luogo, l'atteggiamento di grande prudenza rispetto al mutamento giurisprudenziale, che si fa particolarmente rigoroso quando si tratta di modificare l'interpretazione di una norma legislativa, preferendosi lasciare nelle mani del legislatore la scelta di intervenire per attribuire ad essa un significato diverso rispetto a quello accolto per via giudiziale. Insomma, la stabilità della regola giurisprudenziale (che costituisce la ragion d'essere dello *stare decisis*) è percepita come un valore ancor più rilevante proprio quando il giudice è chiamato ad interpretare una norma, essendo ben consapevole del ruolo creativo dell'interpretazione, sicché una volta che alla norma viene attribuito un significato, spetta poi al legislatore, e non al giudice, attribuirne uno diverso.

Per converso, nel mondo di *civil law* il ruolo assunto dalla giurisprudenza continua a non scalfire la concezione secondo cui la legge è (percepita come) fonte formalmente superiore e (come) categoria prevalente di diritto e costituisce il punto di partenza imprescindibile del «diritto vivente», che la giurisprudenza elabora «nei termini – riflessivi, più che creativi – di un diritto legislativo in evoluzione»[56]. Sicché, non è tanto il precedente

[54] Le ragioni di una simile concezione del diritto giurisprudenziale e, in specie, della sua autonomia rispetto alla fonte legislativa, vanno rintracciate nella vicenda evolutiva dell'esperienza giuridica inglese: anzitutto, la precoce affermazione, già dal XIII secolo, di un sistema accentrato di giustizia, che faceva perno sulle corti regie aventi sede a Londra; in secondo luogo, il formarsi, attorno a queste corti, di un ristretto gruppo di giuristi pratici, esperti nell'arte forense dell'allegazione e discussione delle questioni di fatto e di diritto oggetto di causa; in terzo luogo, il reclutamento dei giudici tra le fila di questi professionisti dell'arte forense. Per questo quadro di sintesi, cfr. ancora Moccia, *op. ult. cit.*, p. 461.

[55] Lord Goff of Chieveley, *The future of the common law*, (1997) *Int. Comp. Law Quarterly* 745.

[56] Moccia, *op. ult. cit.*, p. 439. Per una conferma che è esattamente questa la concezione che informa la nostra esperienza giuridica, cfr. V. Marinelli, voce *Precedente giudiziario*,

(inteso come decisione di uno specifico caso) ad assumere rilievo, quanto piuttosto un orientamento costante e consolidato circa l'interpretazione di una norma, riferito (e come tale applicabile in futuro) ad una pluralità di ipotesi analoghe. Come è stato di recente affermato, «il precedente in tanto rileva la sua utilità pratica in quanto il principio di diritto, che pure è legato alla concretezza del caso individuale, *sia disancorato dalla specifica regola dettata per quest'ultimo e assurga a paradigma di fattispecie*, rivelandosi efficacemente prescrittivo per la soluzione dei casi successivi in ragione dell'identità o dell'analogia dei fatti e venendo così a svolgere […] un ruolo di guida nell'interpretazione e di sintesi coerenziatrice nella formazione del diritto vivente»[57].

La conseguenza di un simile approccio conduce la giurisprudenza ad assumere, a ben vedere, un ruolo amplissimo e, per quanto ciò possa apparire paradossale, molto maggiore di quanto non avvenga nell'esperienza di *common law*. Infatti, il giudice crea diritto muovendo dall'assunto che non lo sta facendo e, così, de-responsabilizza all'origine la propria condotta, nel momento stesso in cui si erge ad arbitro quasi assoluto della «legge» e si ricava uno spazio autenticamente creativo. Come testimonia la vicenda dell'*overruling*, la nostra Corte di cassazione giunge a limitare *pro futuro*, nell'ambito (per ora) del diritto processuale, gli effetti della regola risultante da una nuova interpretazione. In un momento in cui il *prospective overruling* viene abbandonato dalla Suprema Corte statunitense, oltre che non accolto in Inghilterra e in altri paesi di *common law*, esso viene introdotto per via giurisprudenziale da noi. È quanto meno singolare che, muovendo dalla premessa del valore dichiarativo della giurisprudenza, si giunga a riconoscere la possibilità ed anzi il dovere di adottare una interpretazione adeguatrice o evolutiva, il cui risultato è di creare, nei fatti, una nuova norma che si sostituisce alla precedente, fino al punto di ammettere che, in alcuni casi, tale nuova interpretazione produca effetti solo nel futuro, proprio come avviene per una norma legislativa.

Tanto più da noi, ove si registra un numero considerevole di sentenze

in *Enc. dir.*, aggiorn. 6, Milano, 2002, p. 871 ss., ove si parla di «autorità normativa riflessa dei precedenti, in quanto rispecchiano il valore della fonte da cui deriva ciascuna delle norme interpretate ed applicate in sede giurisdizionale» (p. 910).

[57] Così si esprime G. Canzio, già Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione, nel saggio *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzione*, Napoli, 2018, t. I, p. 99 ss., a p. 107 (corsivo nostro). Cfr. altresì M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, p. 13, nonché G. Visintini, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, p. 409.

pronunciate ogni anno dalla Corte di cassazione, la stabilità degli orientamenti dovrebbe costituire un valore ancor più avvertito, perché quando si muta in radice il significato riconosciuto ad una norma di legge è davvero innegabile che ciò si traduce in un mutamento della norma stessa.

L'argomento comparativo, preso realmente sul serio, apre dunque ampi spazi di riflessione su un fenomeno che continua a giungere al cuore dell'esperienza giuridica contemporanea.

Biagio Andò

Il diritto privato maltese tra fonti della tradizione e processo di codificazione

Sommario: 1. Premessa – 2. Le ordinanze di Dingli del 1868 e del 1873 – 3. Il processo di codificazione del diritto privato maltese 'visto dall'interno': gli *Appunti* di Dingli – 4. *Diritto Municipale di Malta* e tradizione consuetudinaria maltese – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Oggetto di queste brevi note sarà il processo di codificazione del diritto privato compiutosi nell'epoca in cui Malta era parte dell'Impero britannico. Questo frammento di storia del diritto maltese è d'interesse per i cultori del diritto comparato e gli storici del diritto, per due ordini di ragioni: da una parte, perché Malta al momento in cui viene avviata la codificazione del diritto è stabilmente – già da più di mezzo secolo – nell'orbita inglese; dall'altra, perché l'individuazione dei momenti qualificanti del processo di riforma del diritto privato costituisce un'occasione preziosa per l'analisi dei nessi intercorrenti fra l'iniziativa del legislatore e la tradizione giuridica autoctona preesistente. Il contributo dato dal processo di codificazione si deve leggere secondo la categoria interpretativa della discontinuità rispetto al passato o secondo quella della sostanziale continuità con esso?

Più che alla dimensione dell'ibridismo del diritto maltese, prodotto storico della coesistenza di diritto inglese e *civil law* nello stesso ordinamento giuridico, si presterà attenzione ai processi che hanno dato al diritto privato maltese la forma di legislazione unitaria di settore sullo sfondo della tradizione giuridica europea continentale, rappresentata, come si vedrà, da alcuni giuristi maltesi quale alveo naturale nel quale situare il loro diritto. La statualizzazione del diritto privato impone di risalire all'incidenza che su questa hanno avuto le fonti di diritto scritto e non scritto preesistenti[1].

[*] Questo breve contributo è dedicato al Professore Luigi Moccia, che desidero ancora una volta ringraziare per i preziosi suggerimenti e l'attenta lettura del mio libro *Certezza del diritto e discrezionalità giudiziale nei sistemi giuridici ibridi. Il caso della Louisiana*, Napoli, 2018.

[1] Sulla categoria storica del diritto non scritto – quale diritto prodotto 'dal basso' – e

Significativo rilievo verrà accordato, nell'economia dell'indagine, alle riflessioni di alcuni giuristi maltesi, utili ai fini della ricostruzione delle complesse dinamiche del processo in esame.

2. *Le ordinanze di Dingli del 1868 e del 1873*

Nel diritto privato maltese moderno, uno snodo decisivo è rappresentato dalla redazione ad opera del *Crown Advocate* Adrian Dingli, fra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70 del diciannovesimo secolo, di due ordinanze volte a regolare settori normativi omogenei nell'area dei rapporti interprivati: la prima ordinanza, n. VII del 1868 (promulgata l'11 febbraio del 1870), disciplinava la materia dei beni; la seconda, n. I del 1873 (promulgata il 22 gennaio del 1874), l'area dei soggetti. A loro volta, le ordinanze inglobavano regolamentazioni di singole materie (pertinenti alle aree normative sopra indicate) introdotte fra il 1855 e il 1868.

Queste ordinanze costituiscono l'ossatura del diritto privato e del futuro codice civile (nel quale esse vennero trasfuse nel 1942, costituendo l'oggetto dei due Libri dei quali questo si compone).

Dingli operò con estrema prudenza, consapevole delle difficoltà incontrate nel processo di codificazione del diritto[2] dalle commissioni incaricate dal governo britannico all'epoca in cui l'Isola era già divenuta colonia inglese[3]. Proprio per questa ragione, il giurista maltese scelse di non

sulle traiettorie evolutive che hanno inciso negativamente sulla sua rilevanza (a vantaggio del diritto statale), si rinvia alle riflessioni condotte, con particolare attenzione al diritto tedesco, da S. Meder, *'Ius non scriptum'. Tradizioni della produzione privata del diritto,* Napoli, 2011, secondo il quale la contrapposizione fra diritto scritto e diritto non scritto non si delinea in epoca moderna, essendo il riflesso storico di due distinti paradigmi, rispettivamente quello veterotestamentario incarnato dai Dieci Comandamenti e quello romano espresso dalle Dodici Tavole.

[2] È necessario sin d'ora precisare che la storia del processo di codificazione del diritto maltese eccede i confini del diritto privato, investendo ulteriori ambiti del diritto sostanziale (commerciale e penale) e processuale (civile e penale). La codificazione del diritto privato costituirà, tuttavia, l'oggetto esclusivo delle presenti riflessioni.

[3] La prima Commissione fu insediata nel 1831, composta da giuristi maltesi ed inglesi, e sciolta nel 1843 senza che fosse stato adottato alcun provvedimento di rilievo; un'altra commissione insediatasi nello stesso anno, composta solo da giuristi maltesi, aveva deciso di ispirarsi a modelli europei continentali e di legiferare in italiano, non addivenendo tuttavia alla redazione di un testo di codice civile. Per maggiori dettagli riguardo ai tentativi infruttuosi di codificazione del diritto maltese prima dell'entrata in scena di Dingli, si rinvia a G. Bonello, *The Maltese Civil Code. A Brief Historical Introduction*,

procedere *d'emblée* alla codificazione integrale del diritto privato, preferendo piuttosto operare per tappe[4].

Il processo di codificazione del diritto privato si avvia a Malta in un'epoca in cui l'Europa continentale ha già vissuto due *vagues* di 'codificazione' del diritto – anteriori all'elaborazione dei codici moderni – distinguibili, secondo un orientamento diffuso fra i cultori di questo ambito di studi, in virtù dell'idea di riforma del diritto che ne sarebbe alla base[5].

Nell'epoca coincidente con i primi due decenni del diciottesimo secolo, il nucleo essenziale della 'codificazione' del diritto viene individuato nella produzione di raccolte di leggi già in vigore volta a perseguire l'obiettivo di una maggiore certezza del diritto – da intendersi nel ristretto senso di più agevole reperibilità delle norme giuridiche vigenti – rispetto al passato. Gli studiosi che nel secolo scorso si sono occupati di questo processo hanno messo in evidenza che il diritto introdotto attraverso questa tipologia di codificazione è 'nuovo' solo da un punto di vista formale, avendo in realtà la sostanza di semplice risistemazione del diritto previgente.

Altre codificazioni, introdotte nei decenni successivi, intendono non solo garantire il (ri)assetto ordinato delle fonti del diritto previgente, quanto produrre una riformulazione innovativa del diritto.

Esprime una visione nettamente distinta da questi processi di codificazione quella veicolata dai codici moderni, dei quali è espressione emblematica il codice civile francese. Il codice recherebbe, infatti, l'idea di un nuovo ordine rispetto al passato, nel segno della discontinuità[6]. Questa

in Id., *Histories of Malta. Reflections and Rejections*, vol. v, Malta, 2004, pp. 190-197.

[4] L'approccio privilegiato da Dingli è descritto analiticamente da P. De Bono, *Sommario della storia della legislazione maltese*, Valletta, 1897, pp. 292-309. Sulla ragion d'essere della scelta di procedere attraverso ordinanze dal contenuto circoscritto, De Bono osserva che essa «ebbe il pregio di assuefare poco a poco il paese alle innovazioni, ed il vantaggio di impedire o almeno di menomare le opposizioni de' lodatori del passato, che per convinzione o per interesse non vogliono essere astretti a disimparare ciò che sanno» (p. 306).

[5] Nelle righe immediatamente successive, sarà sintetizzata la ricostruzione proposta da G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione*, Bologna, 1976, pp. 191-222.

[6] Lo schema interpretativo della discontinuità fra la cultura dell'*ancien régime* e l'orizzonte giuridico-culturale nazionale proprio dei processi legislativi che portarono all'approvazione dei 'codici borghesi' non sembra essere stato recepito dalla cultura giuridica maltese, come dimostra la recente indagine di M.A. Sammut, *Judicial Importations of Italian Private Law Solutions and Its Implications*, in *Id-Dritt*, vol. xxv, 2015, pp. 157-168. L'a. osserva infatti a p. 161: «the essential point is that the creation of the national Civil Codes in nineteenth-century Europe took place in an ideological context which no longer believed in a European ius commune (the law common to all Europeans which had characterized Europe in the High Middle Ages and Early Modernity – the ancien régime period), but

diversa comprensione della portata dei codici trarrebbe la propria ragion d'essere dal mutato atteggiamento del codificatore che ne permeerebbe le scelte sul terreno della regolazione dei rapporti fra diritto anteriore alla codificazione e diritto codificato. Al diritto codificato il legislatore del tempo avrebbe, secondo questa interpretazione, impresso carattere di diritto 'nuovo' rispetto al diritto previgente (nonostante esso recepisca in modo significativo soluzioni e mutui schemi di ragionamento da quest'ultimo); di diritto 'statuale' (in quanto prodotto della decisione del legislatore statale, detentore del monopolio delle fonti di produzione del diritto); di diritto esaustivo ed autonomo dal diritto pregresso, legittimando in tal modo la sua rappresentazione alla stregua di un diritto 'completo'[7]. Questa completezza sarebbe l'esito della sostituzione del diritto codificato a quello previgente, perseguita attraverso la soluzione tecnica dell'abrogazione di quest'ultimo[8].

Alla luce di quanto sopra ricordato, occorre comprendere quale significato rivesta allora l'opera di codificazione del diritto privato maltese per il suo autore: se essa possa leggersi alla stregua del paradigma interpretativo avente ad oggetto i codici storicamente a lui più vicini; o se, piuttosto, Dingli la iscriva nel solco della tradizione anteriore di diritto scritto maltese.

A quest'ultimo riguardo possono ricordarsi due 'consolidazioni'[9] di epoca gerosolimitana nell'ambito del diritto privato (anche se, per la verità, ne ritagliano il perimetro in modo diverso dai codici moderni), risalenti al diciottesimo secolo: le *Prammatiche* del 1724 (entrate in vigore all'epoca del

believed wholeheartedly in a shared European legal culture which served as background to the diverse national socio-economic situations». La distinzione tracciata da Sammut fra le epoche del diritto comune e delle grandi codificazioni sembra infatti essere più di segno quantitativo che non qualitativo.

[7] Con riferimento al *Code Nap.*, mette in risalto la natura ideologica dell'assunto della sua completezza, U. Petronio, *La nozione di* Code Civil *fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza")*, in *Quad. Fior.*, xxvii, 1998, p. 84 ss., il quale ravvisa in esso gli estremi di un «mito piuttosto che una realtà storicamente percepibile, per diventare poi, in tempi più vicini a noi, addirittura una "ideologia"» (p. 86).

[8] Sempre Petronio, *La nozione di* Code Civil, cit., pp. 88-96, afferma che la portata dirompente – di cesura netta rispetto al passato – assegnata al noto art. 7 della legge 30 ventoso anno xii, n. 3667 («à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code») è frutto di una *certa* lettura del codice civile francese, invalsa nei decenni successivi alla sua introduzione, non corrispondente all'intento dei codificatori di assicurare – finalmente – una legislazione uniforme ed un diritto unificato.

[9] È d'obbligo il rinvio a M. Viora, *Consolidazioni e codificazioni,* Bologna, 1934, pp. 11-14.

Granmaestro Manoel de Vilhena)[10] e il *Diritto municipale di Malta* del 1783 (risalente al principato di Emanuele De Rohan), che rappresenta l'ultima – in ordine di tempo – riforma legislativa varata sotto il regime dei Cavalieri di Malta e, forse, quella più significativa[11].

Queste legislazioni sono suscettibili di essere qualificate consolidazioni, in quanto consistono in raccolte di legislazioni precedenti (e non in nuovi corpi normativi) di contenuto eterogeneo. In queste risistemazioni del diritto pregresso s'innestano in misura contenuta ed in modo rapsodico innovazioni ed aggiunte; esse testimoniano una visione dell'intervento legislativo non come cesura rispetto al passato quanto piuttosto quale attività di sedimentazione/accumulo/stratificazione/giustapposizione di diritto 'nuovo' e 'vecchio', la cui coesistenza non è *a priori* organizzata dal legislatore, destinata a venir meno solo nel caso di abrogazione espressa da parte di quest'ultimo[12].

[10] De Bono, *Sommario*, cit., p. 195, coglie il tratto caratterizzante della legislazione del 1724 nel disordine che ne contraddistingue l'oggetto: in essa confluiscono «materie di diritto pubblico interno, di diritto civile, di diritto mercantile, di diritto criminale, di diritto giudiziario e di economia». Poco prima, l'a. così mette in evidenza il carattere impresso alle *Prammatiche* da Manoel de Vilhena: «ordinò che si riformassero le precedenti prammatiche, si resecassero le superflue e le inutili, altre nuove secondo i bisogni del tempo si aggiungessero, e di tutto si formasse una compilazione o digesto. Abrogò espressamente tutte le prammatiche e tutti i bandi che da lui e da' suoi predecessori erano stati fino allora promulgati, e che nelle nuove costituzioni non furono individualmente (*testuale*) confermati» (p. 194).

[11] Secondo M.A. Sammut, *The Place of the* Codice Municipale di Malta *in European Legal History*, in *Id-Dritt*, 2009, vol. xx, pp. 343-344, la riforma varata sotto il principato di De Rohan «is the child of the natural Law as perceived in the 17th and 18th centuries. It is a law ordained by this or that Prince, projected over this or that territory, but conserving the determining characteristics of the Natural Law. It is the positive law of a State, but it is still the carrier of the principles read in the nature of things and therefore full of their own ethic and absoluteness. It is the positive law for the citizens of a State, but it still speaks the abstract language of Natural Law, has as its protagonists abstract subjects who build abstract juridical relationships». Così, De Bono, *Sommario*, cit., pp. 205-206, rappresenta il multiforme contenuto del *Diritto Municipale di Malta*: «nel libro primo si organizzano i tribunali […]. La forma de' giudizi civili e criminali e la prescrizione danno materia al secondo libro. Il terzo s'aggira sui doveri tra genitori e figli, tutori e minori, amministratori e amministrati, sulla società dei beni e sulla comunione degli acquisti tra i coniugi, sulle vendite, sulle enfiteusi, sulle locazioni, su altre convenzioni d'uso più frequente, sul retratto, sulle servitù, sulle ipoteche. Materia del libro quarto è il diritto successorio […]. Il libro quinto contiene materie di diritto criminale. Il sesto versa sopra il commercio specialmente marittimo e sugli armamenti per mare. Ma dei libri dei commercianti, del modo di tenerli, del loro valore probativo, dei sensali e de' loro diritti e doveri si parla nei capi ottavo e decimo del libro settimo. Il quale, intitolato *Miscellaneo*, con poco ordine regola materie fra loro distinte e disparate».

[12] Non è contemplata, invece, la possibilità dell'abrogazione tacita (regolata nel diritto

3. *Il processo di codificazione del diritto privato maltese 'visto dall'interno': gli* Appunti *di Dingli*

Nei propri *Appunti*[13], in cui Dingli cita espressamente i modelli che hanno rappresentato fonte d'ispirazione per la redazione delle ordinanze, è dedicato ampio spazio a norme tratte da precedenti codificazioni europee del diritto privato, al *Code Nap.* ed a commenti dottorali a esso dedicati[14], alle esperienze italiane preunitarie di codificazione, alle riflessioni di giuristi europei (non solo francesi) operanti prima dell'elaborazione del codice francese del 1804, alle esperienze di codificazione e dottrinali maturate nel mondo *civilian* al di fuori dello spazio europeo continentale (Louisiana e Scozia). I riferimenti effettuati costituiscono chiaro riconoscimento da parte del *Crown Advocate* dell'influenza esercitata sull'attività di codificazione da modelli esterni al contesto maltese[15]. Per quanto risulta allo scrivente, questo documento non è stato fatto oggetto di puntuali indagini; esso tuttavia merita di essere discusso in questa sede proprio perché osservatorio prezioso del laboratorio del codificatore.

Questi riferimenti appartengono a tipologie diverse.

Un primo ambito ricomprende i molti casi in cui è semplicemente effettuato un rinvio al 'luogo normativo' da cui è mutuata la previsione maltese senza ulteriori commenti; in questi casi, Dingli sottintende di aver operato una mera trasposizione di una soluzione normativa vigente altrove[16].

In altri casi, le note assolvono alla funzione di argomentazione a sostegno di scelte (di carattere eterogeneo) operate alla luce di soluzioni invalse negli ordinamenti giuridici considerati dal codificatore. Le glosse apposte da Dingli alle singole disposizioni di volta in volta: illustrano una scelta innovativa rispetto all'universo normativo di riferimento; spiegano le ragioni dell'a-

italiano all'art. 15 delle *Disposizioni sulla legge in generale)*, quale meccanismo atto a governare la presenza di fonti dello stesso livello gerarchico, ma emanate in tempi diversi, da cui discendano conseguenze giuridiche incompatibili a margine di una medesima fattispecie; quanto al codice civile maltese introdotto nel 1942, è evidente la mancanza di una disciplina che regoli a livello generale la successione delle leggi nel tempo.

[13] Chi scrive ha consultato una copia dattiloscritta degli *Appunti* presso la *Library Melitense* dell'*University of Malta*.

[14] Fra tutti i commentatori citati (Zachariae, Toullier, Troplong) viene accordato uno spazio primario a Marcadé.

[15] Nelle materie del diritto di famiglia e delle successioni hanno rilievo centrale istituti e regole della tradizione giuridica maltese di fonte consuetudinaria (v. *infra* in queste note).

[16] Esempi di questa tecnica si rinvengono negli artt. 8, 10, 21.

desione ad una delle opzioni disponibili[17]; giustificano la decisione di adottare una combinazione di soluzioni diverse[18] o di optare per una determinata formulazione della regola atta ad evitare il rischio di ambiguità semantiche[19].

In altri casi ancora – residuali rispetto alle prime due categorie – viene espressamente dichiarata l'assenza di riferimenti esterni relativamente ad una determinata disposizione ('nihil'[20]) o rivendicata la paternità della previsione ('mio'[21]).

Chi scrive ritiene che Dingli non intendesse i propri *Appunti* quale 'agenda di lavoro'. Se ad essi fosse stata ascritta semplicemente la funzione di promemoria degli stati di avanzamento del lavoro, essi avrebbero avuto una forma molto più frammentaria. Per loro tramite, Dingli fornisce invece al lettore una rappresentazione compiuta e dettagliata del lavoro svolto. Inoltre, risulterebbe inspiegabile la puntualità dei richiami alle fonti – legislative e dottrinali – che Digli pone alla base delle sue scelte. È di gran lunga più plausibile l'ipotesi secondo cui gli *Appunti* per l'autore fossero rivolti ad un *parterre* determinato. A quale funzione allora essi assolvevano? E chi ne era destinatario?

Si può ipotizzare che gli *Appunti* dovessero costituire 'traccia' del senso ascritto alle previsioni dal loro redattore; una testimonianza cioè delle scelte compiute da Dingli nella scrittura delle ordinanze atta ad orientare uno specifico ambito di destinatari su quale fosse la 'intenzione del legislatore'.

Qualora si adotti questa chiave interpretativa, le note di Dingli, volte a tracciare la genealogia della sua riforma del diritto privato, troverebbero nelle corti maltesi il loro destinatario immediato. La ricostruzione del significato ascritto a queste disposizioni dal loro autore, incoraggiando in tal modo la formazione di un *framework* atto ad orientarne interpretazione ed applicazione, poteva pensarsi quale strumento volto a rendere più agevole la soluzione di questioni di carattere applicativo. Questa ipotesi, tuttavia, ad una considerazione più attenta, non sembra sufficientemente solida; occorrerebbe assumere, infatti, che il giudice medio dell'epoca di Dingli fosse dotato di una cultura giuridica sufficiente a far tesoro delle indicazioni fornite dal *Crown Advocate*. L'ipotesi di lavoro sembra potersi accantonare,

[17] Art. 4, n. 4; art. 9 n. 1.

[18] Art. 19.

[19] Art. 58, §3; art. 83.

[20] Artt. 40, 42.

[21] Fra gli altri, art. 17; artt. 203-204. Non mancano casi in cui alla rivendicazione della paternità della disposizione si accompagna la precisazione che la soluzione trae ispirazione – sebbene solo indirettamente – da fonti dottrinali (ad es., art. 248) o legislative (ad es., art. 256 §2).

se si accorda credito alla vulgata che attribuiva a Sir Adrian un indiscusso prestigio presso la comunità dei giuristi maltesi proprio in virtù di una cultura giuridica fuori dall'ordinario[22].

Alla luce di quanto appena rilevato, i rinvii operati a modelli giuridici esterni al contesto di recepimento quali fonti più o meno dirette dei testi normativi maltesi non sembrano rivestire il ruolo di 'mappe' destinate ai giudici (e, più in generale, ai giuristi) – di bussola, cioè, atta ad orientare questi ultimi nella ricerca e nella determinazione dei significati da ascrivere alle disposizioni. Ciò può considerarsi ancor più vero per quelle disposizioni per le quali mancavano riferimenti a fonti normative o dottrinali esterne (ipotesi che il codificatore identifica attraverso il lemma 'nihil') o che venivano riconosciute dall'autore quale prodotto originale, la cui elaborazione cioè non era mediata da modelli altri.

Sembra più convincente la tesi secondo cui attraverso la rappresentazione del proprio laboratorio intellettuale, Dingli intendesse conferire alla propria opera una legittimità forte, individuandone il fondamento in una cornice culturale dal prestigio indiscutibile (e della quale riteneva che fosse parte il diritto maltese). Gli *Appunti* costituirebbero una riprova del fatto che le ordinanze, lungi dal potersi considerare (solo) espressione di *ratio imperii*, erano piuttosto manifestazione di *imperium rationis*[23]; più precisamente, di quella *ratio* che trova il proprio sostrato nella tradizione del diritto europeo.

L'assenza di un puntuale riferimento normativo alla base di una determinata disposizione, così come l'espressa rivendicazione della paternità di una disposizione, intendevano mettere in evidenza la loro non riconducibilità a fattori esterni al contesto giuridico maltese. Sulla specifica funzione assolta da tali precisazioni chi scrive ritiene di poter avanzare una determinata ipotesi ricostruttiva.

Si può pensare che nel primo caso l'assenza di riferimenti fosse dovuta al fatto che la disposizione costituisse la formulazione di un precetto familiare al contesto giuridico maltese e dunque non necessitante di puntuali argomentazioni a sostegno della soluzione adottata[24].

[22] Si veda al riguardo, A. Mercieca, *Sir Adriano Dingli sommo statista, legislatore, magistrato*, Malta, 1955, p. 16; Bonello, *The Maltese Civil Code*, cit., p. 193.

[23] A sostegno di questa interpretazione sembrano potersi invocare le osservazioni di A. Mercieca, *Sir Adriano Dingli*, cit., nella parte in cui rileva che Dingli «diede in quei tempi un corpo di leggi, che fu più moderno e perfetto dello stesso Codice Francese, giacché, egli da par suo, studiò le diverse questioni che dividevano la dottrina e la giurisprudenza in riguardo a diverse disposizioni di quel Codice, ed accolse quella interpretazione che egli credeva più fondata su ragioni giuridiche e storiche» (p. 32).

[24] De Bono, *Sommario*, cit., osserva che le ordinanze furono introdotte «[non] senza

Nel secondo caso, la rivendicazione della paternità di una disposizione il cui contenuto è qualificato dall'autore come originale – e sulla cui portata questi non fornisce ulteriori chiarimenti – rappresenta forse il tentativo di attirare l'attenzione dell'interprete sul carattere esclusivamente soggettivo della scelta del codificatore che osterebbe – sul piano applicativo – al riconoscimento di un rilievo sistematico della previsione[25].

Poiché i due gruppi di disposizioni da ultimo ricordati sono – sul piano quantitativo – residuali rispetto a quello delle norme mutuate da un modello esterno, può ritenersi che Dingli attraverso i suoi *Appunti* intendesse legittimare in modo forte la matrice 'sapienziale' della propria opera, situandola in uno spazio giuridico di grande prestigio.

L'intervento riformatore di Dingli, nonostante gli ampi richiami a recenti e meno recenti (al tempo in cui scriveva) riforme nazionali in ambito europeo continentale, non sembra sorretto dall'intento di dar vita ad uno *jus novum*. L'approccio privilegiato, piuttosto, sembra ispirato da una pre-comprensione dei modelli impiegati quali materiali la cui omogeneità di fondo è frutto della loro riconducibilità alla medesima cornice culturale.

Gli *Appunti* sembrerebbero attestare una visione, propria del codificatore, di un diritto 'aperto'[26], transnazionale. Di un diritto che è 'comparato' nel senso peculiare di conoscenza e comprensione dei diritti locali quali epifanie di una tradizione giuridica unitaria e di un patrimonio comune – in un'accezione, dunque, diversa da quella, oggi corrente, di disciplina caratterizzata da uno statuto scientifico autonomo e dotata di categorie concettuali idonee a misurare e valutare somiglianze/differenze fra sistemi giuridici distinti. Una tradizione la cui *silhouette* non solo è rivelata da uno spazio geografico che 'trasgredisce' i confini statali, ma anche da una

rispettare e mantenere […] il diritto comune, e per ragioni locali, certi statuti e consuetudini che trovarono veglianti. Così, ad esempio, conservano […] il testamento congiuntivo, […], il retratto legale, il diritto di preferenza nella locazione delle case, l'ipoteca generale, che colpisce tutti i beni presenti e futuri del debitore […]; vietano pel futuro le sostituzioni fidecommissarie, ma non aboliscono quelle anteriormente ordinate, sebbene ne agevolino la derogazione» (pp. 307-308).

[25] Diversamente Bonello, *The Maltese Civil Code*, cit., il quale rileva che l'originalità delle previsioni si spiega alla luce di una valutazione da parte del codificatore dell'inadeguatezza dei modelli, e della necessità di colmarne le lacune «with its own original drafting» (p. 194). Questa spiegazione ingenera perplessità perché implicitamente riduce l'opera di Dingli ad una pedissequa trasposizione nell'ordinamento maltese di norme vigenti in altri contesti, laddove essa sembra essere caratterizzata da un respiro più ampio.

[26] Sul concetto di 'ordinamento aperto', si vedano le belle pagine di L. Moccia, *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, vol. 3, pp. 923-927.

dimensione temporale in cui i referenti concettuali passato/presente non operano come dispositivi che condizionano *la transizione da un ordinamento ad un altro* e che, pertanto, non sono idonei a regolarne in modo univoco la vigenza.

L'approccio privilegiato dal giurista maltese evoca alla mente di chi scrive la formula della *lex alii loci* di Gino Gorla[27].

Il metodo di lavoro adottato da Dingli nel processo di codificazione – identificazione di fonti esterne a supporto delle soluzioni adottate nelle sopra menzionate ordinanze – sembra mostrare forti assonanze con quello adottato dallo stesso autore in uno scritto successivo sulla questione delle fonti giuridiche regolanti il matrimonio fra cattolici non appartenenti alla Chiesa Romana[28]. I vari passaggi argomentativi (ammissibilità dell'abrogazione di una legge ad opera di una consuetudine di segno contrario; natura degli atti necessari a fondare una consuetudine; periodo di tempo necessario a fondare una consuetudine; caratteristiche dei fatti idonei a dar luogo ad una consuetudine[29]) scanditi a sostegno della tesi secondo cui la consuetudine è fonte del diritto canonico sono punteggiati da richiami a fonti di diritto romano la cui portata è mediata dalle interpretazioni proposte da giuristi europei, fra fine Cinquecento e Settecento[30]. In questo scritto, Dingli rileva l'esistenza di una *consuetudo* che prevale, relativamente alla celebrazione del matrimonio fra cattolici non appartenenti alla Chiesa Romana, sulla disciplina canonistica regolante la celebrazione del matrimonio adottata dal Concilio tridentino. Utilizzando le tassonomie familiari al diritto canonico sin dall'epoca medioevale per governare la successione delle leggi nel tempo, Dingli riconduce le consuetudini regolanti il matrimonio fra cattolici non appartenenti alla Chiesa Romana alla categoria dello *jus singulare*, idoneo in quanto tale ad apportare una deroga, ma non suscettibile però di operare al di fuori dello specifico ambito d'applicazione ad esso proprio, al diritto canonico generale (*jus commune*), vigente sull'Isola, costituito appunto dal Decreto *Tametsi*[31].

[27] Si rinvia ovviamente a G. Gorla, *Il ricorso alla legge di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo*, in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 631- 645.

[28] A. Dingli, *On the Force and Effects of Custom (Consuetudo) according to the Civil (Roman) Law with reference to the Validity of Certain Marriages Contracted in Malta*, Malta, 1893, pp. I-56.

[29] Esse sono enumerate a p. 27: uniformità, pubblicità, reiterazione, durata, acquiescenza da parte del legislatore, razionalità.

[30] Le *auctoritates* citate sono Eineccio, Averanio, Duareno, Cuiacio, Richeri, Voet, Vinnio, Perezio, Pothier.

[31] La tradizione del diritto canonico accorda preferenza – nell'ipotesi di conflitto fra

L'importanza di questo testo ai fini delle presenti riflessioni trascende la specifica questione della forma della celebrazione di determinati matrimoni[32]. Esso infatti dischiude la prospettiva secondo cui il diritto non scritto può rilevare sul terreno presidiato – evidentemente, solo in modo parziale – dal diritto scritto. Il richiamo di 'autorità' dottrinali quale imprescindibile *medium* per la ricostruzione della portata delle fonti considerate veicola la visione di un argomentare del giurista la cui legittimazione non discende necessariamente da un testo del legislatore, poggiando piuttosto su quanto quelle 'autorità' statuiscono sul piano dei significati da attribuire ai testi oggetto delle loro analisi. Con la conseguenza, rilevante, che esse in sostanza assurgono a *fonte diretta* delle regole prodotte dalle interpretazioni elaborate a margine di testi del diritto romano.

Due rilievi s'impongono: a) su un piano immediato, il presupposto implicito da cui le riflessioni di Dingli prendono avvio è che le autorità sopra menzionate costituissero diritto vigente all'epoca in cui questi scriveva; b) queste fonti legittimano la possibilità che una consuetudine regolante uno specifico caso integri quanto dispone generalmente la legge posta dal potere politico qualora questa non disciplini lo specifico caso. Questa ricostruzione del valore della consuetudine certamente non sembra essere il portato di una lettura 'statualista' delle fonti del diritto.

diritto 'generale' e 'diritti particolari' (fra i quali quello di matrice consuetudinaria) – a questi ultimi, anche nel caso in cui la norma di tenore generale sia successiva, a meno che quest'ultima non contenga una clausola derogatoria (del diritto speciale previgente) espressa. Alla base di questo principio v'era la premessa per cui la presunzione di conoscenza del diritto generale operante per l'autorità pontificia non s'applicava ai diritti particolari fondati su fatti: al riguardo, O. Condorelli, *"Quum sint facti et in facto consistant". Note su consuetudini e statuti in margine a una costituzione di Bonifacio* VIII *(Licet Romanus Pontifex*, VI.1.2.1), in *Riv. int. dir. com.*, vol. 10, 1999, pp. 205-295, *passim*. L'a. mette in rilievo che, non operando la presunzione di conoscenza dei diritti particolari da parte dell'autorità pontificia, viene meno anche la necessità del consenso di quest'ultima alla vigenza di una *consuetudo contra legem*.

[32] De Bono, *Sommario*, cit., pp. 371-372, 383, rileva che il diritto canonico ha valore di fonte sussidiaria del 'diritto civile'. Nelle conclusioni l'a. argomenta così la portata generale del diritto canonico nel sistema giuridico maltese: «[a]lcune controversie devono ancora essere decise colle disposizioni del diritto canonico, sia perché questo venne costantemente ricevuto, in certe materie, come legge civile dell'isola, o come modificativo del diritto comune, o come lo *ius aequum* de' tempi moderni, sia perché le parti hanno voluto espressamente o tacitamente sottomettervisi, allorquando le disposizioni dell'uomo possono derogare alle disposizioni della legge» (p. 383).

4. Diritto Municipale di Malta *e tradizione consuetudinaria maltese*

Quale funzione gioca il passato nelle raffigurazioni della storia giuridica maltese?

De Bono conclude la propria disamina della storia del diritto maltese – che è prima di tutto un'indagine sulla storia delle diverse dominazioni che si sono susseguite nel governo dell'Isola condotta dal punto di vista dei 'colonizzati' – elevando a pietra angolare della sua analisi storica la continuità e stabilità dei tratti costitutivi dell'identità del popolo maltese[33], nonostante l'intensità e molteplicità delle relazioni intrattenute con poteri stranieri. Nella rappresentazione proposta, il popolo maltese ha assorbito da civiltà diverse quanto di buono esse offrivano, al contempo resistendo ai tentativi di trasformazione radicale posti in essere da queste.

De Bono coglie sul piano del diritto positivo i tratti di persistenza e di resilienza identificativi della comunità maltese che ne hanno punteggiato la storia; assurge ad emblema di tale rappresentazione la disposizione del *Diritto Municipale di Malta* secondo cui «qualora una controversia non possa essere decisa con una disposizione delle leggi municipali, si deve avere riguardo alle leggi comuni». L'a. precisa che questa regola «non fu mai per le materie civili abrogata e tuttora si applica»[34]. La norma in esame assolverebbe ad una duplice funzione.

Sul piano tecnico, essa costituisce il meccanismo attraverso cui le lacune del diritto vigente vengono colmate attraverso il rinvio alla *lex anterior*, che mantiene, entro spazi circoscritti, validità[35]; fra le fonti del diritto maltese

[33] Individua nella lingua, nella religione e nell'ordinamento politico i fattori essenziali della costruzione dell'identità maltese C. Cassar, *Society, Culture and Identity in Early Modern Malta*, Malta, 2000, il quale mette in evidenza come il tema delle radici culturali della lingua maltese sia stato aspro terreno di battaglia fra due opposte strategie egemoniche: da una parte, quella imperialista (filo-inglese); dall'altra, quella nazionalista (filo-italiana).

[34] De Bono, *Sommario*, cit., p. 383. L'a. non manca di precisare che «[s]otto la espressione leggi municipali […] viene anche la consuetudine, la quale, riconosciuta dal diritto romano e dal diritto siculo, continua pure oggidì ad essere ritenuta come una norma giuridica» (ivi). Il Codice viene riconosciuto espressamente quale fonte atta a regolare una controversia decisa nel 1875 dalla Corte di Appello di Malta, che afferma che esso «è conservato in osservanza nelle Corti di Giustizia di queste isole e non fu abrogato, né espressamente, né implicitamente» (la citazione è tratta da C. Carcereri De Prati, *Le riforme giudiziarie a Malta nella seconda metà del* xviii *secolo*, in *Testi e documenti per la storia del processo. Codice di Malta. 1777/1784*, t. iii, Milano 2001, pp. xvi-xvii).

[35] La tesi di una residuale vigenza del *Diritto Municipale di Malta* è sostenuta, fra gli altri, da H.W. Harding, *Maltese Legal History under British Rule (1801-1836)*, Malta, 1980, pp. 2-3, e, più di recente, da Sammut, *The Place of the* Codice Municipale di Malta, cit.,

che entrano in gioco nel caso di silenzio del *Diritto Municipale di Malta*, rilievo primario quale fonte suppletiva del diritto scritto riveste il diritto romano-comune. Questa locuzione rende immediatamente evidente che il diritto romano non è evocato in una dimensione storica precisa, quanto piuttosto quale precipitato della sovrapposizione ad un tessuto di principi costitutivi di un diritto romano 'atemporale' di concrezioni di epoca medievale. Il diritto romano oggetto delle pratiche discorsive dei giuristi maltesi consta di un insieme di regole e principi ricondotti all'universo del diritto romano attraverso il filtro delle elaborazioni dei giuristi medievali integrate dall'*usus fori*[36]. Un sistema di precetti la cui esistenza è pacifica e che viene riconosciuta nella veste di *ratio scripta* al fine di governare problemi d'interpretazione del diritto scritto[37] o in quella, più rilevante, di fonte di produzione di regole operanti in caso di lacune[38].

Il diritto romano non esaurisce le fonti che innervano la tradizione giuridica maltese; accanto ad esso devono considerarsi gli istituti propri del diritto feudale il cui rilievo di diritto vigente – di matrice consuetudinaria – nell'ambito del diritto delle successioni non sarà messo in discussione fino agli anni '50 del secolo scorso[39], nonché regole di diritto canonico e siculo.

pp. 330-354, che legge nel *Codice* un «typical codification effort of post-medieval, pre-modern times […] certainly […] not belonging to the modern, Napoleonic model» (p. 354). Dei codici premoderni il Codice gerosolimitano ha il tratto tipico di raccolta di leggi appartenenti a distinte aree dell'ordinamento (di diritto sostanziale e processuale).

[36] In questi termini, Harding, *Law*, cit., p. 212. Si veda anche De Bono, *Sommario*, cit., p. 211, che dopo aver qualificato il Codice come «statuto municipale secondo i concetti del tempo», ed aver ad esso riconosciuto il rango di «prima fonte del diritto nostro», precisa che «a lato di esso rimasero, fonti sussidiarie, ma obbligatorie: a) le leggi comuni; b) nei casi controversi e dubbi, le opinioni abbracciate da' supremi e più accreditati tribunali, c) negli affari marittimi, gli usi e gli stabilimenti del consolato generale del mare».

[37] In alcuni casi decisi dalla Corte d'Appello maltese, nell'ultimo ventennio del diciannovesimo secolo il diritto romano viene utilizzato per risolvere problemi d'interpretazione sollevati da disposizioni regolanti istituti di origine romanistica: Dr. Messina v. Galea, 5 gennaio 1881 (in materia di prescrizione); Nobile Giuseppe dei Marchesi De Piro vs. Monsignor Don Salvatore Grech Delicata, 7 gennaio 1885 (a margine del problema della definizione di sanità mentale); Camenzuli v. Vella, 28 ottobre 1895 e Manduca vs. Mizzi, 18 maggio 1895 (entrambe in tema di servitù).

[38] Concorso di creditori della eredità di Edward Watson (1840); Concorso dei creditori del Conte Fonatni Manduca (1897).

[39] Al riguardo, J.M. Ganado, *The Contribution of the Privy Council on Questions of Maltese Civil Law*, in R.H. Code Holland, G. Schwarzenberger (eds.), *Law, Justice and Equity. Essays in tribute to G.W. Keeton*, London, 1967, pp. 92-101, il quale distingue fra *individual entails* (*primogenitures*; *majorats*) e *dividual entails*, che cessano di essere vigenti negli anni '50 del secolo scorso, e le *feudal tenures* ancora vigenti all'epoca in cui l'a. scriveva.

Sul versante di una strategia che potrebbe definirsi di carattere giuridico-politico, la disposizione del *Codice Municipale di Malta* sopra discussa corrobora i discorsi dei giuristi maltesi che conferiscono alla tradizione giuridica autoctona un rango primario nel sistema delle fonti del diritto maltese. La persistenza di un nucleo immutabile del diritto maltese, a dispetto del variegato panorama di poteri stranieri susseguitisi al governo dell'Isola[40], legittima *in parallelo* sul piano politico una certa lettura della posizione occupata da Malta quale territorio sui quali l'Impero britannico dispiega la propria sovranità. Né conquistata, né ceduta (da un potere sovrano ad un altro), Malta avrebbe scelto liberamente di riconoscere la sovranità britannica, consegnandosi 'spontaneamente' agli Inglesi. L'affermazione di una cessione volontaria è chiaramente strumentale alla rivendicazione di un'autonomia dell'Isola sul piano qualitativo e quantitativo superiore a quella riconosciuta dall'Impero alle altre sue colonie [41].

[40] De Bono tratteggia la storia giuridica maltese nel prisma delle molteplici 'dominazioni' che si sono succedute: fenicia; greca; gotica; giustinianea; musulmana; normanna; sveva; angioina ed aragonese; castigliana; gerosolimitana; francese; inglese (prima nella forma di 'protettorato' e poi in quella più intensa di 'dominazione'). La stessa griglia concettuale è adottata da H.W. Harding, *Law*, in H. Frendo, O. Friggieri, *Malta. Culture and Identity*, Ministry of the Youths and Art, Malta, 1994, pp. 205-217.

[41] La questione della posizione occupata da Malta nel *British Empire* – suscettibile di essere qualificata in tre modi diversi, a cui corrispondono gradi di autonomia differenziata: *conquered*, *ceded*, *settled* – riveste rilievo strategico in un *leading case* deciso dal *Privy Council*, *Sammut and Another v. Strickland*, [1938] 3 All ER 693 (sul quale si ritornerà nelle conclusioni). La rappresentazione di cui viene dato conto nel testo può forse considerarsi come una narrazione 'strategica' attraverso cui l'*élite* maltese intende reagire ad un atteggiamento del potere coloniale percepito come squalificante e non rispettoso delle gerarchie sociali operanti nella comunità maltese. Al riguardo, si vedano le considerazioni sull'atteggiamento politico definito *Maltese Nationalism* svolte da J. Chircop, *Colonial Encounters in Multiple Dimensions: Collaboration, Defiance, Resistance, and Hybridity in the Making of Maltese History*, in Id. (ed.), *Colonial Encounters: Maltese Experiences of British Rule, 1800-1970s*, Malta, 2015, p. 24 ss., il quale coglie intime contraddizioni nel fatto che «[w]hile forcefully proclaiming its opposition to British Colonialism, this nationalist discourse of *Latinità* contained a veritable paradox, by virtue of its being rooted in the same colonial Europeanist epistemology that informed British attitudes towards the Maltese. […] it was fully impregnated with an analogous prejudice against and belief in racial-ethnic superiority, expressed in a denial of any racial, cultural or historical intimacy with 'the Arabs', whom they saw as members of a race inferior to their own Latin one. […] Such myths facilitated their strategy of class distinction from the rest of the common native population and framed their nationalism» (p. 25).

5. *Conclusioni*

Malta ha avviato il processo di codificazione del diritto privato nell'ultimo quarto del diciannovesimo secolo, ma sembra che non sia mai attecchita una comprensione del codice civile (della sua posizione e del suo rilievo nel sistema delle fonti) analoga a quella invalsa nella prassi interpretativa francese sviluppatasi a margine del *Code Nap.* fra gli anni '50 e la fine del diciannovesimo secolo. In questo torno di anni, il codice civile francese viene sul piano applicativo eretto a monumento legislativo autosufficiente ed esaustivo, protagonista esclusivo ed incontrastato nell'agone del diritto privato; quest'operazione si rende possibile anche grazie alle specifiche circostanze che – sul piano propriamente tecnico – ne accompagnano l'introduzione. La previsione dell'abrogazione del diritto previgente crea le condizioni per una centralità incondizionata del diritto codificato, 'ufficialmente' liberato dai retaggi del passato. Lo strumento tecnico attraverso cui in Francia viene operata la semplificazione del sistema delle fonti di produzione del diritto privato poggia su una precisa strategia – al tempo stesso di cultura giuridica e politica – che muovendo dal riconoscimento allo Stato di una posizione di monopolio nella produzione del diritto intende porre in essere una netta soluzione di continuità fra diritto di recente introduzione e quello di *ancien régime*.

Il quadro normativo che accompagna l'entrata in vigore della codificazione a Malta presenta sotto quest'ultimo profilo una fisionomia differente, non avendo il legislatore provveduto a fornire all'interprete criteri di soluzione delle eventuali antinomie create dalla coesistenza del diritto pregresso e del diritto 'nuovo'.

Ai fini della comprensione delle peculiarità del diritto privato maltese, chi scrive ha ritenuto preferibile soffermare l'attenzione sui nessi – né occasionali né flebili – fra questo e la tradizione *civilian* europea premoderna che precede i processi di codificazione, evidenziati in modo ricorrente dai giuristi maltesi che a cavallo fra Ottocento e Novecento riflettono sulla genealogia del loro diritto e sull'interazione fra *patterns* giuridici esterni e diritto autoctono.

Su questo terreno, lo *ius non scriptum* inteso quale insieme di regole giuridiche di carattere privatistico promananti dalle forze sociali (e non dallo Stato) s'è rivelato essere un terreno significativo.

Il diritto codificato (nel senso di diritto prodotto dal potere politico per conformare le condotte della società di riferimento secondo una logica *top-down*) non è stato considerato capace, neanche a decenni di distanza dalla

sua introduzione, di esaurire senza residui il diritto vigente. Accanto a regole di diritto scritto resistono precetti di *ius non scriptum*, tanto rilevanti sul terreno dei regimi giuridici particolari quanto su quello del diritto generale.

La persistente vigenza di fonti, anteriori alla codificazione, nell'ambito presidiato dal codice civile ne testimonia una sostanziale continuità. Una continuità che si manifesta nell'insieme eterogeneo di fonti non integralmente riconducibili a un atto di volontà del legislatore e in un riconoscimento sostanzialmente limitato e residuale al principio per cui la legge posteriore abroga l'anteriore.

Un sistema delle fonti espressione di una precisa 'spazialità', che abbraccia su distinte epoche del diritto maltese, nel cui ambito non è riconosciuto al criterio cronologico una funzione primaria nell'organizzazione e nella soluzione degli eventuali conflitti fra norme succedutesi nel tempo.

Una siffatta rappresentazione del sistema del diritto maltese dispiega la propria rilevanza non solo sul piano della ricostruzione delle dinamiche evolutive del diritto privato in chiave storica, proiettandosi oltre i confini di questo. Essa attribuisce una legittimazione politica forte alla pretesa (avanzata da certe fasce della comunità maltese) ad un margine significativo di autonomia dalla penetrante ingerenza del potere coloniale britannico. Nel già citato caso *Sammut v. Strickland*, il potere della Corona britannica d'introdurre nuove tasse mediante *Orders in Council* veniva contestato da un cittadino maltese sul duplice terreno del fondamento della sovranità britannica sull'Isola e su quello della previsione ad opera della Costituzione del 1921 di un *self-government* maltese fondato sulla presenza di un parlamento indipendente. Sotto il primo profilo, si metteva in evidenza che Malta non fosse stata né *conquered* dall'Impero, né ad esso ceduta da un altro potere sovrano; piuttosto, la sovranità inglese sull'Isola poggiava su un *compact* – su un accordo – fra Corona e popolazione maltese, in virtù del quale quest'ultima spontaneamente aveva riconosciuto quale legittima la presenza del Governo britannico, ottenendone in cambio diritti più ampi di quelli di regola riconosciuti ai sudditi dei territori conquistati o ceduti. Sotto il secondo profilo, alternativo al primo, veniva osservato che l'esercizio della potestà legislativa inglese sul territorio maltese era fondato su una consuetudine durata più di un secolo, venuta meno però con la Costituzione del 1921. La revoca di quest'ultima ad opera del Governo britannico non era però idonea a determinare il ripristino della consuetudine. Questi argomenti avevano orientato la decisione della Corte d'Appello, ma non quella resa dal *Privy Council* che, sulla base di consolidati principi di diritto costituzionale inglese, aveva statuito che il diritto della Corona di legiferare non era mai

venuto definitivamente meno, nemmeno nell'epoca in cui a Malta era stato riconosciuto il diritto di dotarsi di istituzioni rappresentative autonome[42]. È significativo comunque che il privato avesse fatto leva nelle proprie difese sull'argomento secondo cui la sovranità britannica fosse basata sul diritto consuetudinario maltese.

In questa rivendicazione decisa di autonomia sta la chiave di comprensione delle rappresentazioni, da parte della comunità giuridica maltese, del proprio diritto: alla confluenza di due grandi tradizioni giuridiche – europea continentale ed inglese – ma non appiattito su di esse. Un diritto non chiuso alle influenze esterne, ma consapevole della propria storia e delle proprie peculiarità.

[42] «[T]heir Lordship […] are unable to agree […] that it is an established constitutional principle […] that the grant of representative institutions once made, the Crown is immediately and irrevocably deprived of its right to legislate by letters patent or orders in council, unless there is an express reservation of a right to that effect. […] as a general rule, such a grant, without the reservation of a power of concurrent legislation, precludes the exercise of the prerogative while the legislative institutions continue to exist».

Adolfo Giuliani*

After comparative legal history

Summary: 1. Comparative legal history: focusing on case-law – 1.1. A flashback: Pavia, 1950 – 1.2. Toward a history of legal history – 1.3. What is antiformalism? – 1.4. The European dimension – 1.5. European antiformalism vs. American realism – 1.6. The primacy of judges and procedure – 1.7. Broadening the discipline – 1.8. The rise of comparative legal history – 2. Law as information – 2.1. Looking back at the 1950s – 2.2. The problem: a conceptual gap created by the information-age – 2.3. Legal-historical research during the information age – 2.4. Law as information – 2.5. Four ages of legal understanding – 3. Conclusion.

1. *Comparative legal history: focusing on case-law*

1.1. *A flashback: Pavia, 1950*

October 1950, University of Pavia, a classroom in the austere edifice of the Faculty of Law. The theme Professor Gino Gorla (1906-1992) chose to inaugurate his Comparative Law course was a classic foundational topic – contracts – but his approach was new and unusual. Some of the students who attended his lecture (one of them was a young Antonio Padoa-Schioppa, the future eminent legal historian) remember it still today; more precisely, they remember the shock[1]. No mention was made of the usual dogmatic-conceptual approach, not a word on the Pandectist-based account, silence on *Willensmacht* with its clean-cut corollaries, but a new approach: a historical-comparative methodology.

Behind that lecture was a legal philosophy that gave voice to the anxiety of a generation of post-World War II jurists who wanted to get free from the grip of the inherited commitments to 19th century legal science. It was made of a sense of history, a concern for facts and language, a dislike for

* Research Fellow, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt, Germany (email adolfogiuliani@gmail.com).

[1] I am grateful to Professor Antonio Padoa-Schioppa for this personal recollection. Shortly after this lecture Gorla moved to Alexandria, Egypt to teach until 1957. Gino Gorla then developed this theme in his two-volume study *Il Contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955.

abstractions, an unremitting search for new foundations. Those concerns were best expressed in a comparative-historical approach. True, such approach was not new (Charles Donahue found precursors in Jean Bodin or even in Aristotle)[2] but in that occasion Gorla gave voice to a new beginning triggered by a wide philosophical orientation, which answered a call from an entirely changed social world.

Beginning as a disciple of Gorla, Luigi Moccia had a voice in that season of renaissance. He contributed to grow comparative legal history into a new field of inquiry and explored dimensions of the legal past showing a set of legal ideas that offered a comparative vision of the English common law; and to this purpose he determined a precise conceptual apparatus to make it possible[3]. He contributed to raise the question of history in an original way to offer solutions to a legal science that pervasively felt the limiting strictures of a formalist understanding of law. But he subsequently gave voice to the new questions rising from the field in its progressive broadening to a transnational and global dimension as well as the technological implications for the ways to think the law, because all those factors changed the subject-matter of legal investigation. The new frontier to be crossed is there.

The main idea offered by this essay is that the new frontier to be crossed is in the information age. Because the way law is conceptualised has changed, legal-historical research is changing direction as well. While the post-World War II rise of comparative legal history gave voice to an image of law rooted in the intellectual outlook of 20th century, today's concerns are emerging from the information age. To bring to light this change and its environment is the purpose of this essay.

1.2. *Toward a history of legal history*

This essay will look at the turn announced by Gorla as an object of historical investigation. His claims, as those uttered during that period by some other original scholars, have been generalised in the course of time into broad assertions that today are taken for granted, and precisely because

[2] C. Donahue, *Comparative Law Before the Code Napoléon*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019, at 3.

[3] See, for example: L. Moccia, *Glossario per uno studio della «Common law»*, Milan, 1983; Id., *English Law attitudes to the 'Civil Law'*, (1981) 2 2 The Journal of Legal History 157-168; Id., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005; Id., *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo:un punto di vista globale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, vol. 65, n. 3, pp. 767-786; G. Gorla, L. Moccia, *A 'revisiting' of the comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16th-19th Century)*, (1981) 2 2 The Journal of Legal History 143-156.

of their broad and almost general acceptance it is convenient to clarify the context of origin to get an understanding of what they rejected and what they offered in its place. This essay will be successful to the extent to which it will be able, as Lorraine Daston put it, to place «that past into conscious view», so that we will be then able to «release us from the bondage of the past» and freely move towards new ways of approaching the legal past[4]. The premise is that knowledge has a historical nature: it is part of the legacy received from the historical sense harboured by 20th century jurists the claim that knowledge is made ('maker's knowledge') and hence has a historical dimension[5]. This broad observation applies to academic knowledge: new disciplines come into being reacting to questions arising from the outside world, and powered by new problems and ways to answer, they arise, evolve and extinguish. A convenient label for this field of research would be the history of legal history.

It is true that academic knowledge seems untouched by history. Its vocabulary is populated by timeless entities; the word 'faculty', for example, takes us back to the medieval four-fold division of knowledge studied in the corresponding academic faculties, which in turn reflects the matching four faculties of the mind, as discussed by Kant in his *Conflict of the faculties* (1798). The foundational idea is that knowledge is reflection ('mimesis') of an immutable order of things, and on this basis legal scholars designed the architecture of juristic disciplines with its ordered and symmetrical structure lending an aura of immanent eternity to the legal curriculum. In the background is the idea that knowledge is subject-less and impersonal, and precisely for this reason is true. It has been the contribution of historians of science the understanding that knowledge has a history, which is palpable in the thriving field of historical epistemology[6]. The history of academic disciplines is part of such broad historical interest.

Legal history, too, has a history, but with an important qualification: it cannot be separated from a philosophical idea of 'law' and evolved in hand with changing images of law. Given this background, legal history has not been made by legal historians but by philosophers. At its main turning

[4] L. Daston, *Historical Epistemology*, in J.K. Chandler, A.I. Davidson, H.D. Harootunian (eds.), *Questions of Evidence: Proof, Practice, and Persuasion Across the Disciplines*, Chicago, 1994, pp. 282-289, at 283-4.

[5] For a discussion on 'maker's' and 'mimetic' knowledge see L. Floridi, *The logic of information*, ch. 2; on subject-less knowledge see L. Floridi, *'Objective Knowledge': The Disappearance and Revaluation of 'Knowledges' from John Sergeant to Karl Popper*, in *Nouvelles de La Republique Des Lettres*, 1994, n. 1, pp. 97-122.

[6] Daston, *Historical Epistemology*, cit., pp. 282-289.

points we find Savigny who believed to be the Kant of the discipline; then Kantorowicz who reversed the earlier premises starting from neo-Kantianism and linguistic philosophy[7], and today (if it would be possible to fathom the significant point of departure for our own age), H.P. Glenn who, reformulating the main themes of 20th century antiformalism, presented in his *Legal Traditions of the World* (2000) the path-breaking view of "tradition as information." As he put it, information is "that which is brought from the past to the present, in a particular social context. A tradition is accordingly composed of information" [8].

1.3. *What is antiformalism?*

To begin to understand the philosophy behind Gorla's turn we need first to consider that the decades 1930-60 saw a major turn in European legal science. Some legal scholars refused the hegemonic doctrines bequeathed from the 19th-century legal science and launched an attack on the 'formalism' at the heart of its intellectual framework[9]. One of their arguments focused on the protagonist of the legal system, and they turned from the legislator to the judge, with the fundamental implication that they started from another set of assumptions about 'law'. They contributed to the beginning of another phase that not merely turned upside down the legacy received from the 19th century but also reformulated legal-historical research. In this context must be placed the rise of comparative legal history: this new field was the fruit of a major philosophical turn.

The clearest sign of a new atmosphere was the unprecedented impetus in opening new paths of research. A major field was the study of early-modern Superior Courts pursued by Gino Gorla, John Dawson and an ever-growing group of scholars. Another original field was the medieval *ius commune* of Francesco Calasso (1954); other new or previously overlooked

[7] An attempt to explain his position is in my paper *Hermann Kantorowicz as a philosopher of language* read at the Conference on H. Kantorowicz, Centre of Excellence in Law, Helsinki, 26.10.18 (unpublished).

[8] H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2014, p. 16; on this book see N.H.D. Foster, *A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn's Legal Traditions of the World*, (2006) 1 Journal of Comparative Law 100-199; see also T. Duve, *Legal traditions. A dialogue between comparative law and comparative legal history*, (2018) 6 Comparative Legal History 15-33.

[9] On this see H.P. Haferkamp, *Legal Formalism and its Critics*, in H. Pihlajamäki, M.D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, 2018, p. 929.

subjects received attention, as for example the history of public law, administrative law, criminal law and social history. Just the diversity of themes and methodologies contradicted 19th century historical research, unified by object and methodology[10]. Such unrest was not limited to legal history. A new wind invested general history, and the Cambridge school of Quentin Skinner, the *Annales* of Marc Bloch and Lucien Febvre, the *Begriffsgeschichte* of Reinhardt Koselleck are only the more well-known names in a general redirection of methods and approaches that pervaded historical research at large. Many and diverse directions of inquiry were perceptible, but they all converged on a deeply felt disagreement with the intellectual commitments received from 19th century historiography. One sparrow does not make spring, and it is precisely in those many voices, which infused historiography with a new spirit of inquiry, that we find the signs of a new beginning.

Legal history is however a special case. This discipline cannot be separated from the way its scholars conceptualise their subject-matter – the law. To understand this new wave of historical research, we need first to turn to their assumptions about what is law, who makes it and how. The main idea offered by this essay is to see this historiographical turn as part of the sweeping change of mind that invested legal thought in the period 1930-60.

One of the features of the early-20th century was the demise of intellectual commitments bequeathed from the 19th century and the beginning of another phase based on different premises. While the 19th century-jurist imagined law focusing on the combination of legislation and doctrine announced by Savigny's manifesto (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814), this period re-wrote its premises. Some scholars started by launching a devastating attack on the absence of concreteness implied by the 19th century paradigm and went on dismantling the scaffolding of its theoretical premises. They reshaped the assumptions upon which they worked, and most notably, they replaced the former protagonist, the legislator, who determined formal norms *in abstracto* with the judge[11]. The pendulum swung to case-law.

[10] M. Stolleis, *History of Public Law in Germany 1914-1945*, translated by T. Dunlap, Oxford, 2004. For a general orientation see G. Iggers, *The German conception of history. The national tradition of historical thought from Herder to the present*, Middletown, Connecticut, 2012, On *ius commune* see F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Milan, 1954.

[11] K. Llewellyn, cited in Dawson, *Oracles*, p. XIV. The view of the judge as 'living law' is an Aristotelian statement (Nichomachean Ethics V 4, 1132 a 22) recurrent in *ius commune* texts. On this expression see also D. Nelken, *Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law*, (1984) 4 Legal Studies 157.

A constellation of assumptions accompanied this turn. Beginning from the pinnacle, we find a turn away from justice viewed as an ideal to be achieved by abstraction and deduction from first principles to the understanding that justice is best served when is determined case by case[12]. Other jurists fixed their attention on judicial procedure and showed its relevance, previously overlooked. Some others concentrated their efforts on the appropriate models of reasoning to make that instrument work, such as reasoning with probable arguments, paradigms, cases and examples. Legal scholars felt constrained by the narrow boundaries of their discipline and explored other normative dimensions. They tried to reconnect them to the law as they believed that in its evolution law had been isolated, and consequently impoverished. They moved in diverse directions and, reengineering the inherited image of law, turned to a myriad of directions aimed at a wider notion of normativity.

A fitting label for this constellation of ideas is antiformalism. It would be appropriate to see it as an intellectual ferment or a broad philosophical movement rather than a school of thought based on a coherent set of ideas because of their inescapable diversity; however, those scholars were nevertheless homogeneous in repudiating the dominating paradigm in legal academia. At the heart of their endeavours was the dislike, and sometimes the outspoken attack, launched on a range of ideas whose kernel was the 'formalism' implicit in Kant's idea of science, based on a dualism of matter and form, which Savigny placed at the basis of his project of a legal science depurated from external contaminations.

To capture the full sense of this project we must look at the philosophical foundation derived from Immanuel Kant. This author strongly influenced the formative stages of 19th century legal science and is particularly perceptible in Savigny's intellectual formation, if we are to believe the wish he expressed during his university days to become the Kant of legal science[13]. The distinctive claim Savigny made was that legal history and legal science were united in a common pursuit; they could not be separated, as he wrote, «as nobody can separate light from shadow»[14]. On one hand was

[12] See for example the revival of case-based moral reasoning in A.J. Jonsen, S. Toulmin, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkley, 1988. See also M. Walzer, *Spheres of justice. A Defence of Pluralism and Equality*, Oxford, 1983.

[13] On which see D. Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*, Frankfurt, 1994; see also F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, translated by T. Weir, Oxford, 1995, at 292-99, esp 294.

[14] F. Savigny, Review of Gustave Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts* in Savigny, *Vermische Schriften*, 1850, V, 2.

the study of the particular viewed in historical evolution; on the other was the coherent construction of legal science.

Among those who have explored Savigny's intellectual project, as for example Franz Wieacker, the consensus has been that this union of history and system was indeed a fragile thing. Ideally, legal history and legal science proceeded hand in hand but in practice their union was a sting that pierced the entire project. It is true that Savigny's project turned private law into a unified theory and generally legal science into a coherent doctrinal system, but it is nevertheless true, as Franz Wieacker observed, that «the path toward the most utterly internal vision of law led to a legal science whose integral formalism turned it into the first non-historical jurisprudence of the whole history of law»[15].

The price to pay to upgrade legal science to a philosophy was to separate it from the real world. It is therefore unsurprising, as Wieacker remarked, that the ensuing scholarship – Rudolph Jhering and the jurisprudence of concepts, Philippe Heck and the jurisprudence of interests, Hermann Kantorowicz and the free law movement, American and Scandinavian realism, legal sociology – sought facts, experience, concreteness[16]. They not only disliked any sort of abstractions and formalism, but refused to follow Savigny in his project of constructing a legal world «in indissoluble communion with the whole past», and turned upside down the legacy received from the 19th century.

In the aim to re-formulate the 19th century intellectual legacy received from Pandectism, anti-formalism focused on the boundary that protected the law's purity, and accordingly abhorred the idea of law understood as a depurated knowledge and challenged the connected notion of a dividing line that separated the purely legal from the real world. Some scholars refused to think of law as a closed system because too narrow and abstract, and explored the ways to broaden it[17]. They thus sought to enlarge what they perceived a field impoverished by the demise of justice, which believed to be intrinsic to the legal. But at the same time they shared the preoccupation of a whole generation jurists to separate the legal from the

[15] F. Wieacker, *Storicismo e formalismo alle origini della scienza giuridica moderna*, in *Studi in onore di Salvatore Pugliatti*, Milan, 1978, p. 893 ff., at 909.

[16] I owe this observation to Wieacker, *Storicismo e formalismo*, *supra* note 15. See on this also J. Gordley, *The Jurists. A Critical History*, Oxford, 2014, pp. 275-312.

[17] Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, cit., at 328 and 295. In this essay, I avoid the term 'post-modernism' because of its vagueness. If a reference to modernity is necessary, the historical orientation which pervades this intellectual stream would rather suggest the term 'pre-modernism'.

interference of politics, religion and morality. In conclusion, they believed that a perceptible juristic perspective exists: law is a body of knowledge aimed at solving disputes according to justice.

1.4. *The European dimension*

Anti-formalism is the child of 20th century's troubled European history. Among its many components, we find a group of *emigrés* who fled Germany for the UK and the US[18], beginning with Hermann Kantorowicz (1877-1940), who contrasted 'formal law' with what he called 'free law'. This and other similar critical positions show a line of descent that goes back to Rudolf von Jhering (1818-92) and other jurists of late-19th century Germany (e.g. Philippe Heck, Ernst Fuchs, Ernst Stampe) [19], but with an essential difference. While those earlier utterances did not transcend the boundary of German scholarship and had a minimal echo outside Germany, the new positions spoke to a broader audience which by then expanded internationally following a broad shift in intellectual leadership from Germany to the Anglo-American world. In this process they reformulated their own legal tradition for the new intellectual setting[20]. One characteristic argument was to view the English common law as the perfect specimen of judge-made law and a superior model to contrast with continental law, whose stricture they attributed to its quest for systematic coherence. Some scholars carried the argument even further seeking a new start in uncovering, as Fritz Pringsheim put it, the 'inner relationship' between civil law and the English common law[21]. Such approach has of course proved to be extremely fruitful for comparative legal historians.

[18] See on this K. Tuori, *Empire of law: Nazi Germany, exile scholars and the battle for the future of Europe*, Cambridge, 2020.

[19] On them see Gordley, *The Jurists*, 275-312. On Jhering see H. Hofmann, *From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism*, in E. Pattaro, D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann, P. Riley (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Dordrecht, 2009, vol. 9, pp. 301-54, at 301, esp. 306-7.

[20] D. Ibbetson, *Hermann Kantorowicz and Walter Ullmann*, in J. Beatson, R. Zimmermann (eds.), *Jurists Uprooted*, Oxford, 2004, p. 269; see also the project led by K. Tuori, 'Reinventing the Foundations of European Legal Culture 1934-1964'. An overview in U. Mattei, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law* (1994) 42 Am. J. Comp. L. 195.

[21] F. Pringsheim, *The Inner Relationship Between English and Roman Law*, (1935) 5 Cambridge Law Journal 347.

A broad range of intellectual strands contributed to such intellectual ferment, and although developed in distant European areas, a family resemblance is perceptible. In the Nordic countries we find Scandinavian realism and Axel Hägerström, who sought an alternative explanation to the basis of private law[22]; in England, we find the fallibilism of those who exposed the fragility of an epistemology based on first principles (Karl Popper, Isaiah Berlin, Michael Polanyi); in France, we find the neo-Thomism of Jacques Maritain and Michel Villey, who revived ethics in view of a broader understanding of law, and the *École de Bruxelles* of Chaïm Perelman, whose main concern was to uncover the relevance of classical rhetoric to current forms of judicial reasoning. Their dislike for a paradigm that in their eyes had lost credibility contributed to a deep turn in the European legal tradition.

1.5. *European antiformalism vs. American realism*

Although the antiformalist wave included a variety of intellectual strands, it would be misleading to view it as a borderless constellation of ideas. Some jurists keenly separated their project from that pursued on the other side of the Atlantic by American legal realism. They saw it as another and separate version of antiformalism. As it is well-known, the early decades of the 20th century saw in the US the legal realist protest against the conceptualism that dominated legal academia. A host of leading scholars (among others Karl Llewellyn, Jerome Frank, and Max Radin) began by remarking that formal law counted only little and was indeed just one element in decision-making. Starting from the empirical observation of how judges effectively worked, they noted that, because of the law's unavoidable indeterminacy, as Brian Leiter wrote, «in deciding cases, judges respond primarily to the stimulus of the facts»[23]. The main idea was that decisions came from a process chiefly concerned with facts, and everything else, as Lon Fuller famously asserted, was 'Reified Abstractions, Omnibus Concepts, and Metaphors

[22] A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, translated by C.D. Broad, Stockholm, 1953; see also H. Pihlajamäki, *Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared*, (2004) 52 Am. J. Comp. L. 469.

[23] B. Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, (1997) 76 Texas Law Review 267, at 269. On realism see generally N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, 1997 and B. Leiter *Positivism, Formalism, Realism*, (1999) 99 Columbia Law Review 1138.

Masquerading as Facts'[24]. The moral was that the proper subject of legal study was only the latter: facts.

It is true that both American and European approaches fixed their eyes on formal law's indeterminacy to the effect of eroding its immaterial majesty. However, as Kantorowicz stressed, there was a point that needed to be emphasised in American legal realism: the extent by which they considered the empirical approach to be their chief centre of attention. Such single-minded concern with facts blurred the line between law and natural sciences, and this was a step which he was unwilling to take[25]. The current extension of economic analysis to the legal field makes those arguments worthy of being considered again.

Antiformalism is one of the traits of today's legal thinking. Some of the seminal ideas that have fuelled original research in legal studies in the last decades, and are today shared as an obvious truth – 'to place law in context', 'to think outside the doctrinal box', the distaste for abstract theorising –bare the fruit of the antiformalist turn of the 1930-60.

1.6. *The primacy of judges and procedure*

A range of antiformalist arguments launched an attack on 'purity', namely, the 19th century belief that law can be isolated from the context in which it operates and can therefore be studied as an entity free from contaminations. Current legal scholarship is inclined to stress the hybridity, the porosity, the mixtures, the contamination, in a word, the understanding that law has no clear boundaries[26]. In diverse ways they attacked its main implication: a theory-centred idea of law. They believed that theory produced only unproductive and sterile knowledge. The extraordinary amount of attention fixed on Giambattista Vico (1668-1744) as the avatar of a fresh historical sense, testifies such attempt. At the heart of this constellation of ideas is the belief that historical sense counteracts theory. This idea is further strengthened by the conviction that history offers a mode of knowing that contradicts the belief that the legal world can be conceived as perfect as the world of nature. There is no nature to contemplate for historians (as the

[24] Cited in Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, cit., p. 223.

[25] The point was made by H. Kantorowicz in his *Some Rationalism about Realism*, (1934) 43 Yale Law Journal 1240.

[26] See S. Donlan, *To Hybridity and Beyond: Reflections on Legal and Normative Complexity*, in V. Palmer, A. Koppel, M. Mattar (eds.), *Mixed Legal Systems, East and West*, Farnham, 2015; and generally, W. Twining, *Law in Context. Enlarging a Discipline*, Oxford, 1997.

philosopher José Ortega y Gasset asserted, «man does not have a nature, has a history»). All they have is the belief that human learning grows by posing questions and attempting answers. They also know that to investigate on the institutions, concepts and doctrines of the social world produces a fully effective knowledge, as this is man-made world and thus knowable, according to Vico's "verum ipsum factum" principle («the true and the made are convertible into each other»)[27].

One of the clearest signs of the dismissal of a theory-centred idea of law is the turn to procedure and evidence occurred in early 20th century. The rise of comparative legal history boosted this turn. Beginning from Gino Gorla's earliest researches in the 1950s, Luigi Moccia and other legal scholars stressed the significance of judges and courts in the making of early-modern law. By doing so, they contributed to establish a field of inquiry that today has the lion's share of research projects of comparative legal history[28].

Those inquiries reflect a major preoccupation in the legal science. Keeping in mind the distinction between substantive law and procedure we realise that, while 19th century legal science prioritised the first and despised the second, the early 20th century legal scholarship reversed the trend prioritising the second: judicial procedure and evidence. Legal scholars found a largely understudied field of inquiry emarginated by the almost exclusive concern with private law; in England procedure has won some serious consideration only recently[29]. Such shift of focus implies the recognition that at the heart of law is the controversy, not a system of subjective rights to be enforced and executed, and that the whole fabric of law starts from disputed facts and the judicial ways to settle them. Such arguments opened another stream of research aimed at a better understanding of the question of fact. It favoured the study of legal reasoning, the revival of rhetoric and of a constellation of other subjects finalised to the rise of a new evidence scholarship, with its interdisciplinary implications. As the legal theorist William Twining said, «[t]he serious study of reasoning in regard to disputed matters of fact is at least as important and can be at least as intellectually demanding as the study of reasoning in respect of disputed questions of law». In short, jurists

[27] This principle is invoked in the Trento manifesto of comparative law, third thesis (1987) cited in R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I of II)*, (1991) 39 Am. J. Comp. L. 1, at 26, note 29.

[28] See *e.g.* the titles of the series *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History* published by Duncker & Humblot, Berlin.

[29] J.A. Jolowicz, *Lo studio del diritto processuale civile in Inghilterra. Perché così scarno e così in ritardo?*, (1998) 52 *Riv. trim. dir. proc. civ.* 871, and generally the essays collected in W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge, 2006.

must learn to take facts seriously[30].

The point they pressed with the greatest vehemence was to erode the hegemonic presence of private law as the major focus of historical research. They sought alternatives to the viewpoint of the private law scholars who tend to project into in the legal past their familiar conceptual world, sometimes worked out with considerable attention to detail, seeking dogmatic categories. As the English legal historian John Baker observed:

> «We have . . . become interested in contract and tort to an extent which lawyers before the 19th century would have thought absurd — not because either was unimportant, but because litigation in those areas was resolved by applied common sense and required only practical knowledge. We find ourselves poring over a tiny core of materials, reading between the lines to uncover the unspoken assumptions about questions we address everyday in our own law schools. Some leading cases . . . were not about substantive law of contract and tort as we know it, but about procedure and pleading. But I would suggest that we cannot properly understand anything of the earlier common law unless we understand the dominance of form and procedure, and perceive the limitations which the procedural framework placed on the questions which could be asked at the time and therefore on the questions which can be answered now»[31].

The new historiographical wave persuaded that to study black-letter law is not enough. While the study of legal norms was essential for the legal historian, it was equally important to understand the process by which they are applied to facts. The point was made by Helmut Coing in 1985, asserting that a meaningful investigation of the *ius commune* implied a detailed study not only of the formal sources of law but also of the methods and ways of reasoning by which rules are applied[32].

[30] W. Twining, *Taking Facts Seriously*, in Id., *Rethinking Evidence.*, cit., pp. 14-34. See also T. Giaro, *Knowledge of Law as Knowledge of Facts. The Roman Experience*, in T. Giaro (ed.), *Roman Law and Legal Knowledge Studies in Memory of Henryk Kupiszewski*, Warsaw, 2011, p. 215; C. Varga, *On Judicial Ascertainment of Facts*, (1991) 4 Ratio Juris 61-71, and T. Giaro, *Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale*, in *Fides, humanitas, ius. Studi Labruna*, vol. IV, Naples, 2007, pp. 22-45.

[31] J. Baker, *Reflections on 'Doing' Legal History*, in A. Musson, C. Stebbings (eds.), *Making Legal History. Approaches and Methodologies*, Cambridge, 2012, pp. 7-17.

[32] H. Coing, *Europäisches Privatrecht, Bd. 1: Älteres Gemeines Recht (1500–1800)*, Munich, 1985, p. 15: «Ein tieferes Verständins des Rezeptionsvorganges und des älteren gemeinen Rechtes ist nur möglich, wenn man auf die Eigenarten der *Quellen*

1.7. *Broadening the discipline*

As we reflect on this turning away from a theory-centred law, we realise that, while it takes us closer to a better understanding of legal phenomena, at the same time requires to extend legal-historical research to a *terra incognita*[33]. That territory was however part of legal thinking before the rise of the 19th century legal science, which came at the price of restricting and impoverishing the legal field by erecting boundaries to keep it uncontaminated. Among those who in the period 1930-60 felt such constraints, the consensus was to reopen a dialogue with disciplines that a theory-centred law had made redundant.

Their efforts spread in several directions. With some simplification, it may be said that the effort was to revive some Aristotelian works that conflicted with the *pathos* of codification: Rhetoric, Ethics, Politics and Economics[34]. The aim was to reconstitute a dialogue between law and those disciplines for a better understanding of the legal world, and by doing so, to recapture its former complexity.

Aristotle's *Rhetoric* was revived by the *nouvelle rhétorique* movement of Chaïm Perelman, whose main concern was to explain judicial reasoning in a way that, by showing the rational dimension of truth-seeking in the question of fact, supported the autonomy of the judge and in turn contradicted the hierarchical structure of the continental judiciary[35]. Another dimension to be added is that legal reasoning is unaffected by state-law boundaries; more

des rezipierten Rechtes und auf die *Methode* eingeht, mit welcher die Juristen seit der Wiederbelebung der Rechtswissenschaft an diese Quellen herangetreten sind». (emphasis in the original text).

[33] A. Wijffels, *Qui millies allegatur. Les allégations du droit dans les dossiers du Grand Conseil de Malines*, Leiden, 1985, I, pp. 454-455. See the study of the 'styles of legal thought' advocated by William Ewald «as an intermediate position broader than textualism, but less broad than full sociological contextualism» in W. Ewald, *Legal History and Comparative Law*, (1999) 7 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 553, at 556.

[34] The relation between Ethics, Economics and Politics is stated in Thomas Aquinas, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, Turin, 1934, p. 4: «moralis philosophia in tres partis dividitur. Quarum prima considerat operationes unius hominis ordinatas ad finem, quae vocatur monastica [scil. Ethics]. Secunda autem considerat operationes multitudinis domesticae, quae vocatur oeconomica. Tertia autem considerat operationes multitudinis civilis, quae vocatur politica», cited in J. Kraye, *Cambridge History of Renaissance Philosophy,* Cambridge, 1988, p. 304.

[35] C. Perelman, L. Obrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique*, Paris, 1958. On the intellectual context of the 20th century revival of Aristotle's Rhetoric see A. Giuliani, *L'altro Aristotele*, (2010) 3 Sociologia 125.

specifically, a concern with legal reasoning is the premise to understand legal traditions that recognise a place for the interpretive elaboration of the law; one example is Islamic law (*shari'a*), whose sources include doctrinal consensus (*ijma*), logical principles and analogical reasoning (*qiyas*)[36].

The second Aristotelian book was the *Politics*, the work that suggested the view of the community structured around a political order alternative to the state. As Quentin Skinner showed, this work was part of a constellation of ideas revived in the medieval communes of Central and Northern Italy focused on active citizenship and civic virtues, suggesting that this was the intellectual context in which Bartolus of Saxoferrato wrote his well-known tracts *On Tyranny*, *On City Government* and *On Guelfs and Ghibellines*[37]. However, if those insights were part of a general methodological re-orientation experienced within the field of the history of political thought, the legal historians' impetus in rethinking the world of medieval communes during the 1930-60s was one of the most characteristic and influential turning points of the discipline. Some legal historians, Francesco Calasso (1904-65) foremost among them, saw a legal world ordered around a plurality of institutions and laws which orderly combined in the overarching macrostructure of the *ius commune*[38]. Such construction was evidence of a law without the state. Calasso stressed also the originality of their learned constructions; in his mind they closely reflected the uniqueness of the medieval legal world and were inextricably bound to it. Their law could not be separated from the historical setting of the medieval world, which produced, as one of its most characteristic fruits, its own law. Such *ius commune* was, as Calasso famously put it, '*il medioevo del diritto*'. His view sharply opposed Romanists, who saw in medieval law an indistinguishable phase in the broader evolution of Justinian's law. The impact of the *ius commune*, viewed as a law without the state and alternative to the state-centric conceptions inherited form the 19th century, could not be deeper.

[36] P. Owsia, *Sources of Law under English, French, Islamic and Iranian Law. A Comparative Review of Legal Techniques*, (1991) 6 Arab. Law Q 33, at 41.

[37] Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, 1978, I, pp. 50-51 and P.O. Kristeller, *Renaissance Thought I. The classic, Scholastic, Humanistic Strains*, New York, 1961, p. 36, and on this general theme see Q. Skinner, *Liberty Before Liberalism*, Cambridge, 1998.

[38] Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., on which see P. Costa, *"Ius commune", "ius proprium", "interpretatio doctorum": ipotesi per una discussione*, in A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional, Barcelona, 27–28 de maig de 1994*, Barcelona, 1995, pp. 29-42.

Thirdly, the *Nicomachean Ethics* is the work that brought to light a substrate of virtues in human action and whose Book V on justice is one of the essential texts in the making of the Western Legal Tradition. As James Gordley and Wim Decock demonstrated in their historical studies of contracts, the private law scholar can ignore that substrate at his peril[39]. One consequence was to question the heuristic value of understanding contract law by a formal analysis when in fact the contractual bond covers a much broader phenomenon: it involves justice and fairness, signs to communicate the intention to be bound, a community in which transactions take place, and the exchange of wealth. By assigning those investigations such paramount importance, they engendered new insights into the most closely analysed legal notion. They showed that the price for achieving a theory-centred idea of law was the simplification of the legal discipline.

Fourthly, the (pseudo) Aristotelian work on economics (*Oiconomica*) offers an understanding of exchanges in a community beginning from household management. This work was important for those scholars who tried to reconstitute a dialogue between law and economics. The point they pressed was to revive a perspective that vanished with the establishment of Economics (previously known as Political Economy) as an autonomous academic discipline in mid-19th century. The highlight of their efforts was the revival of Adam Smith, known as the father of Economics, but also as a moral philosopher who had a place in the intellectual landscape of his time with his *Theory of moral sentiments* (1759) and a teacher of Jurisprudence[40].

The moral is that scholars from different fields set themselves the task to recapture a unitary view of law that studied individuals in the diverse roles they had in the social world. Legal reasoning, for example, studied their arguing about the truth of a statement; ethics, their acting more or less virtuously; politics, their interacting within a community; economics, their producing and exchanging wealth.

Once we turn away from a theory-centred law we are in the position to rethink the time-honoured question of the relationship between *ius commune* and English common law. We may realise that the real problem is not whether Roman law had been the cement that united the two legal traditions – which poses some unanswerable questions[41] – but to understand

[39] J. Gordley, *The Philosophical Foundations of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991; W. Decock, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune*, Leiden, 2012.

[40] A. Smith, *Lectures on Jurisprudence*, R.L. Meek, D.D. Raphael and P.G. Stein (eds.), Oxford, 1978.

[41] See for example J. Hackney, *More than a Trace of the Old Philosophy*, in P. Birks (ed.),

the ways by which they are applied in the real world, and examine new dimension of their interrelation, for example to see how judicial procedure evolved reflecting an ongoing development of legal reasoning general views about approaching the truth[42]. These sectors, so strictly dependent from epistemic concerns, require a philosophical key to understand the full range of their implications.

1.8. *The rise of comparative legal history*

The decades 1930-60 saw the publication of a host of works self-styled as comparative legal history. Among them we find the works published by Gino Gorla, John Dawson, Robert Millar and others. Looking back at them today, we realise that they can be placed at the beginning of a research in balance between a historical and comparative approach. On one hand their work had a genuine historical concern – witness the sources used for example in Gino Gorla's and John Dawson's works – and on the other they are based on an in-depth knowledge of foreign law and a special concern with judicial procedure[43]. Yet, what makes their contribution distinctively original is less in their sporting a comparative legal history label, already known in the 19th century, but in their premises[44]. This essay argues that it

The Classification of Obligations, Oxford, 1997, p. 123, at 130-5.

[42] On this approach see D. Ibbetson, *Common law and ius commune*, Selden Society, 2001.

[43] Among which J. Dawson, *The Oracles of the Law* (Cooley lectures 1959, Ann Arbor 1968); R.W. Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, New York, 1952, the many studies by G. Gorla, among which *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milan, 1954; *I Grandi Tribunali italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d' Italia*, in *Quaderni de 'Il foro italiano'* (suppl *Il foro it.*, 1969, c. 629). The volumes of the *Recueils de la Societé Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions* (Bruxelles 1936-), whose general project is discussed in J. Gilissen, *Histoire comparée du droit: l'expérience de la Société Jean Bodin*, in M. Rotondi, *Buts et méthodes du droit comparé, Inchieste di diritto comparato*, vol. 2, Padua, 1973, pp. 256-97; the series *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, H. Coing, K. W. Nörr (eds.) (Berlin 1998-), and the series *L'Educazione Giuridica*, *Ricerche sul Processo*, *Testi e documenti per la storia del processo,* A. Giuliani, N. Picardi (eds.) (18 vols., Padua and Milan, 1975-1996).

[44] A chair of *Histoire générale et philosophique des législations comparées* was established at the *Collège de France* in 1831, to which was appointed Jean-Louis-Eugène Lerminier (1803-1857), author of a *Histoire des législations comparées* (1837), on which see F. Audren, G. Navet, *Note sur la carrière d'Eugène Lerminier au Collège de France (1831-1849)*, in (2001) 4 Revue d'Histoire des Sciences Humaines 57. On the combination of universal legal history and comparative law in Joseph Kohler (1849-1919), on this and other comparative works, see H.C. Gutteridge, *Comparative Law: An Introduction to*

would be misleading to separate their methodological approach from the antiformalist redirection of legal science occurred in the period 1930-60, and more specifically, it contends that their main intention is in an anti-dogmatic stance. For example, if we turn to Gorla's work on contracts (1954) we realise that this work's purpose was not in a descriptive account of the similarities and differences between continental and English contractual regimes, but in investigating other ways to explain the contractual phenomenon. Its real impact came from keeping provocatively silent on the hegemonic account bequeathed from 19th century Pandectism.

Gino Gorla was right to emphasise the relevance of Supreme Courts. He spoke of early modern Supreme Courts as the protagonists of a phase which he saw running from the late 16th century to the time of the codifications and identified by precise features he summarised in the shorthand 'the second *ius commune*', which, swinging the pendulum of sources from scholarly doctrines toward legal practice, found in the determining presence of Supreme Courts the protagonists of a system of sources of law reshaped by the presence of a circulation of opinions and doctrines of jurisprudential origin which knew no boundaries. This *jurisprudentia forensis* was the determining source of law, and Gorla explored the many facets of its workings: the binding force of precedents, the style of decisions, the collection of court decisions, to name but a few of an immense scholarly production. This view implied a reconsideration of the traditional understanding of *ius commune:* it was more than a learned law (law in books), given the proliferation of a jurisdictional complexity made of customary, merchant and other laws that found their way into codes[45]. Gorla was right also to foresee the new paths and the potentialities that such field of study could open. Its relevance is clear today. The blurring of nation state boundaries means that other legal entities, wider in scope and judicial in nature, take on functions that states cannot pursue while at the same time law grows by judicial determinations; as A.M. Slaughter said, we live in a phase of judicial globalization[46].

the Comparative Method of Legal Study & Research, Cambridge, 1946, pp. 11-22. More recently, see G. Hamza, *Comparative Law and Antiquity in the Trends of Legal Humanism and Natural Law*, (2007) 47 Acta Hungarica 279 and the broad overview offered in Donahue, *Comparative Law Before the Code Napoléon*, cit., at 3.

[45] D. Heirbaut, *Europe and the people Without Legal History: on the Need for a General History of Non-European Law*, (2000) 68 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review 269-80; G. Pugliese, *Diritto romano e diritto comparato*, in *Incontro con G. Pugliese (18 aprile 1991)*, Milan, 1992, pp. 125 sq.; A. Mazzacane, *Il leone fuggito dal circo*, (2001) Index 29, pp. 99 sq.

[46] I borrow the title from A.M. Slaughter, *Judicial globalization*, (1999) 40 Va. J. Int'l L. 1103. A lively discussion is growing around this topic, such as for example, A.-M.

The main idea is that the rise of a historical-comparative approach can be explained by looking at the broad renovation that crossed legal academia at large, and which in turn meant a redirection of legal historiography. During those years some jurists worked out a set of views about the nature of law in the form of a critical reaction to the received understanding. They stood back from the intellectual commitments bequeathed to them by the 19th century and starting from other premises, they contributed to replace an image of law that saw codification and doctrine as the chief ideals to be fulfilled, with the commitment to the idea that justice is best served by the judge who decides case by case. Their focus shifted from substantive law to procedure, from statutory law to case law, from abstractions to facts. They saw themselves not only looking at an alternative understanding of law, but at another way to write its history. With those reformulated assumptions they determined a new beginning because once a tradition is broken, it cannot be mended – «as if we had to repair a torn spider's web with our fingers», as Ludwig Wittgenstein wrote[47].

2. *Law as information*

2.1. *Looking back at the 1950s*

Today we look back at the age of Gorla's lecture with a hint of nostalgia. Seen from the present day's standpoint it seems a 'felix aetas' (as some jurists from the turmoil of early-17th-century described the preceding century) because the Europe imagined then by comparative legal historians was to become a space of growth, prosperity and peace. They projected into their historical vision the ideal of a common legal past based on equality and rights, amplified by a law-based identity neatly synthetized by Paolo Grossi's expression "Europa del diritto". That was in fact the source of the Western Legal Tradition, and was worked out in a long-term history that started from the 12th century and particularly from the rise of individual natural rights. The world-historical significance

Slaughter, *Global Community of Courts, A*, (2003) 44 Harv. Int'l LJ 191; R. Higgins, *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, (2006) 55 4 International and Comparative Law Quarterly 791; S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Rome, 2009.

[47] L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations,* § 106, in A. Kenny, *The Wittgenstein Reader*, 2a ed., Oxford, 2006, p. 63.

of that tradition transmitted the Western ideal to the whole world. Its formation was accompanied by claims about the West having reached the 'end of history', the belief in a Western world dominance, the promise of uninterrupted growth. Looking back, we realise that only little is left today of that optimism: the 21st century started with the erosion of longstanding geopolitical arrangements following the terrorist attacks of 9/11, the fall of economies of 2008 followed, with the ensuing loss of security on a world scale, leaving global instability and uncertainty. That 'felix aetas' is about two generations away, and we sense its belonging to another phase. From our detachment from those claims, so confidently asserted during the last decades of the 20th century, we measure the distance from that age.

In those claims some scholars today tend to see utopias. For example, in international law Martti Koskenniemi denounced the utopia implicit in the appeal to the superior normativity and impartiality of this body of law; Samuel Moyn sees "the last utopia" in human rights theory, and denounces as preposterous and self-congratulatory the belief in the immemorial inheritance of human rights; his argument being that «[t] he search for the origins of human rights is a by-product of the end of the Cold War – more specifically, the temporary age between the bipolar stand-off of the past and the multipolar struggle of the future»; and the European legal tradition – the seedbed of rule of law, rights, equality and liberty – has been shown by Kaius Tuori to be the child of the troubled events of World War II[48].

Legal historians are perhaps on the verge of another phase of legal-historical research, which may be entirely possible if there is some truth in the statement that legal history has a history. To have a more precise perception of this shift, and because this discipline evolves in hand with changing images of law and cannot be separated from a philosophical idea of 'law', we must turn to consider how in the present time legal scholars tend to conceptualise law. What does it mean to 'know' the law in the present time, understanding knowledge, as Annelise Riles writes, as «the ensemble of forms of knowing, theorizing, judging, analyzing and reflecting that constitute the practices of legal actors»[49]? My working

[48] M. Koskenniemi, *From apology to utopia: the structure of international legal argument*, Cambridge, 2005; S. Moyn, *The last utopia: human rights in history*, Cambridge (Massachusetts), 2012; Tuori, *Empire of law: Nazi Germany, exile scholars and the battle for the future of Europe*, cit. Moyn's quotation appears in his *Human rights and the uses of history*, Verso, 2017, xiv.

[49] On this approach see A. Riles, *Legal knowledge*, in *International Encyclopedia of Law and Society*, 2007, pp. 885-88 (Cornell Legal Studies Research Paper No. 05-034).

hypothesis is that legal scholarship is silently moving toward conceiving law in terms of a particular dimension of knowledge: information.[50]

2.2. *The problem: a conceptual gap created by the information-age*

A massive attention is focused today on the sweeping effects of information technology on the law. This is usually presented as a "disruptive technology" which is leading to radical and sweeping changes that will be impacting on the legal field in an unprecedented way[51]. Evidence of this revolution is in online dispute resolution, data-driven legal intelligence, digital text-dissemination and new forms of legal education[52]. But those changes have been barely noticed in academia and are mostly limited to its true protagonists: legal practitioners, engineers, economists. If so, at the heart of the new developments is a dramatic divide between law in action and law in books but deepened to an unprecedented degree. The major risk is to separate legal practice from its points of reference. Developing at a high speed and gone further than its conceptual and intellectual roots, information technology is thus producing a legal environment unmatched by concepts. Unaided by tools to justify its development, legal practice is entering a conceptually uncharted territory[53]. Legal science is a conceptual enterprise: it works by conceptual frameworks that impose a degree of order and make

[50] The relationship between information and knowledge needs a proper clarification, especially in its historical evolution. A short and introductory explanation is offered by the philosopher M. Dummett: «[information is] a cruder and more fundamental concept than that of knowledge on which philosophers have concentrated so much […]. Information is conveyed by perception, and retained in memory, though also transmitted by means of language. One needs to concentrate on that concept before one approaches that of knowledge in the proper sense. Information is acquired, for example, without one's necessarily having a grasp of the proposition which embodies it; the flow of information operates at a much more basic level than the acquisition and transmission of knowledge», in M. Dummett, *Origins of analytical philosophy*, London, 1993, p. 186. The main point of reference are Luciano Floridi's studies mentioned at fn. 56.

[51] R. Susskind, *The end of lawyers? Rethinking the nature of legal services*, Oxford, 2010, p. 93; Id., *Transforming the law: Essays on technology, justice and the legal marketplace*, Oxford, 2000; J.L. Bower, M. Christensen, *Disruptive technologies: catching the wave*, (1995) 73 1 Harvard Business Review 43-53.

[52] See the project directed by Mireille Hildebrandt, https://www.cohubicol.com/about/data-driven-law/ (accessed 30 August 2020).

[53] On this see R. Koulu, *Dispute resolution and technology: revisiting the justification of conflict management*, Halsinki, 2016, and Id., *Law, technology and dispute resolution: privatisation of coercion*, New York, 2019.

sense of the legal facts upon which actors operate. By entering a conceptually uncharted territory this divide is thus creating a legal phase which cannot justify its premises and so misunderstands the nature and consequences of its own evolution. Such risk is made deeper by the challenging blueprints in legal education and new dispute settlement practices. Paraphrasing Karl Popper, the current legal phase seems to produce buildings which have been growing up stacking floors upon floors but without having dug proper foundations[54], thus risking to produce a legal phase without foundations. What follows begins from the concern about the perverse effects of the present divide between legal theory and practice.

2.3. *Legal-historical research during the information age*

Information-based technologies have reshaped legal environments to the extent that they are increasingly dependent on information. It would be misleading however to overlook that the information age is not just about technology, as its real impact is in having created working environments in which jurists think differently about the law and how it operates. Because humans get to know their world by concepts, when the environment changes they must reformulate their concepts to make sense of their world, sometimes re-engineer old ideas and build new theories in order to make it understandable. The main challenge for jurists is to make sense of their changed environment in order, as it were, to re-semanticise it. While the expansion of information societies has generated technical questions to be answered by the hard sciences it has also produced broad epistemic questions which go deeper into different ways to understand knowledge: What is information? How is it related to knowledge, truth, meaning and epistemic dimensions? Such questions belong to a rapidly established field, the philosophy of information[55]. Beginning from this basis we can clarify the impact exerted by information on the legal process, considering its dependence from the dynamics of production, management and transmission.

[54] The image is in K. Popper, *Logic of scientific discovery*, London, 2002, p. 94, cit. in L. Floridi, *The fourth revolution*, Oxford, 2014, p. 235

[55] L. Floridi, *The philosophy of information*, Oxford, 2011; Id., *The ethics of information*, Oxford, 2013; Id., *The logic of information: a theory of philosophy as conceptual design*, Oxford, 2019; Id., *Philosophy and computing: an introduction*, London, 1999; Id., *Information: a very short introduction,* Cambridge, 2010; Id., *The Blackwell guide to the philosophy of computing and information*, Oxford, 2004.

I believe that a proper understanding of information-based legal environments requires a historical perspective that brings to light the broad lines of development through a long-term evolution. This view is an alternative to all accounts of rupture, revolution or exceptionalism which are to be found in mainstream scholarship. As legal historians would observe, those explanations misread how legal systems work. A long-term view shows that legal systems are embedded in a network of interactions that cannot be simplified; legal practices cannot come to a sudden stop as they rather belong to an ongoing process by which the legal system reinvents itself by reshaping its conceptual framework and its institutions. It is a long-term view that brings to light the complexity that oversees law changes. By focusing on information, by clarifying the interaction between the ways by which jurists produce, manage and transmit information and the legal process, by showing how different ways of managing information produce changes in what the law is and does, legal-historical research can offer an original explanation of how legal systems work. A clear understanding of information tones down the exceptionalism of legal informatics.

At the same time, legal history needs a new start. This discipline is suffering a perceptible marginalisation that becomes particularly visible when we consider the central place that this discipline had in the 20th century for example in the formation of a European self-identity. This is not because historical analysis is unimportant, on the contrary, but because the most successful historical accounts, paradoxically, have been written by scholars from other disciplines. They lead to believe that the stronger lenses to understand the social world are those of economics and social sciences. The alarm bell has been sounded by James Whitman introducing the massive *Oxford Handbook of European Legal History* (2018). He argues that, while legal-historical research pursued by economists had a major impact and even influenced international policy-making (as he notes, reaching the World Bank, the International Monetary Fund and the International Human Rights movement) if we turn to traditional legal history we find that

> «[t]he sad truth is that scholars who invest their energies in mastering the doctrines of the past, comparing manuscripts, establishing texts, and sifting through archival records are scholars whose work seems unimportant, even trivial, to too many colleagues. Specialists in European legal history risk being relegated to a sleepy and neglected corner of legal academia. This is a sorry prospect, made all the sorrier when non-specialists in other departments write best-sellers about our subject while our positions are being cut and our funding is being

slashed. It is in our collective interest to recolonise our field as best as we can»[56].

Whitman presses to abandon the customary cautiousness; his purpose is «to encourage European legal historians to speak to the great questions of the field in any way they can». I interpret those "great questions" to be not only those about the world historical significance of European legal history (the focus of his brilliant paper) – but *philosophical* questions about legal history itself addressed at explaining its subject of study, which could be framed as «What is law», and, «What is the mode of being of law in the current information-based legal systems». This essay suggests to think of law as information.

2.4. *Law as information*

Law is too broad and complex a field to be investigated without a clear premise. Some great scholars famously selected a specific view and spoke of law as norm (H. Kelsen), law as fact (K. Olivecrona), law as normative fact (N. MacCormick), law as institution (O. Weinberger), law as communication (M. Van Hoecke), law as an autopoietic system (G. Teunber) and others. Law as information begins from a question that could be framed as: «What are the implications of the information-age for the ways legal scholars think about the law and more specifically about the legal past?». It suggests seeing that the intellectual forces that set legal systems in motion by creating rules, decisions, actions and choices, are embedded in information. In this view, information is the agent of change of the legal process. Accordingly, legal systems can be viewed as communities that organise, store, communicate and process information.

One of the premises is that legal thinking evolves in connection with the available forms of information-management by which jurists record, accumulate and transmit cognitions and events[57]. They operate as knowledge workers, whose work functions with epistemic forms, and their evolution reflects the changing textual forms by which doctrine, legislation, judicial decisions and other forms of making the law are set out[58]. If we

[56] J.Q. Whitman, *The World Historical Significance of European Legal History*, M. D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, cit., pp. 5-6.
[57] See on this M. Hildebrandt, *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency: Law as Information*, (2016) 79 The Modern Law Review 1-30.
[58] P.W. Martin, *Abandoning Law Reports for Official Digital Case Law*, (2011) Cornell

turn to the textual forms used in dispute settlement and teaching we soon realise that they changed at specific points in time, and those junctures went in hand with the broad epistemic changes that separate the basic phases of legal history (glossators, commentators, humanism, natural law, state-codifications, informational law). They reflect changing attitudes about accessing and communicating the available legal information. At the same time, this historical approach makes visible the complexity of the legal system and the interconnections between its components, one of which is the text. Such framework explains how changes in information-management are accompanied by changes in the law.

True, it may be admitted that the present concern about the technological *medium*'s role in legal evolution arises from today's overwhelming presence of information management, from which current legal systems are currently dependent. It has nevertheless a rationale. Such historical account has the benefit of showing that legal digitalization, with its fluid texts constantly updated in real time, is part of a broader story: it is a further phase in a long development in which the printed page revives in another form, with its corollary of consequences in legal reasoning and judicial institutions. Such historical account will be meaningful to the younger audience of digital natives who will be accessing the legal environment in the next future. Unlike jurists educated in the 20th century, they will be in the position of having no experience of the traditional non-digital environment. If lacking a historical perspective, if unable to make sense of this development, they will be irremediably separated and working and thinking with a law without history.

The concern with information advocated by the present essay has been in the air for some time already[59]. As the philosopher Luciano Floridi observes, information has been the mute servant of most philosophical disciplines, including the legal field, and jurists have sometimes benefited of its explanatory power. A good example is the idea of 'reception'. When we turn to Franz Wieacker's *History of Private Law in Europe* (1952), we find that he explained his idea of 'reception' borrowing the idea of information from biology:

> «Perhaps the genetic model of modern biology is the most

Law Faculty Publications 1197.

[59] Alessandro Giuliani, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, Milan, 1976, pp. 167-90, 243-47; Hildebrandt, *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency: Law as Information*, cit.; Id., *Law as computation in the era of artificial legal intelligence: Speaking law to the power of statistics*, (2018) 68 University of Toronto Law Journal 12-35.

> appropriate for the historian of the effect of the ancient civilization on its daughter culture in Europe, for it sees the transmission of life from generation to generation in terms of information: living forms reproduce themselves by means of genetic information, which like a matrix engenders and builds new organisms with the same or similar form»[60].

Wieacker was supposedly aware of the research done by the British biologists Francis Crick (1916-2004) in the 1950s on the genetic code focused on the «problem in information transfer in living material» and on the way genetic information is stored in molecular form and transmitted through DNA[61]. He put it to service to explain legal change according to the way information is communicated.

2.5. *Four ages of legal understanding*

Seen from a historical perspective, European legal thinking seems to have evolved on the basis of a succession of philosophies, each of them revising its starting point in accordance to a specific approach to knowledge:

i) The *ius commune* was indebted to a philosophical outlook based on Aristotelian Scholasticism. Thinking by *quaestiones*, *maximae*, *genus* and *species*, structuring knowledge by *loci communes* are the typical working tools of this phase[62]. At its heart was ontology, namely, the philosophical field revolving around the study of the nature of reality ('all that is or exists') and about the different entities and categories within reality.

ii) The mid-17th century saw the demise of Aristotelianism. That intellectual framework crumbled under the new philosophies based on first principles announced by Hobbes, Leibniz, Descartes and other writers who made their anti-Aristotelianism one of the most visible features of their challenging projects. Legal thinking received the impact of a philosophy of first principles that explained legal rules in terms of Reason. Legal minds were captivated by the prospect of an idea of law of a logical nature that could be derived from a set of philosophical principles, which could then expand by deduction to cover all cases. That Aristotelian dismissal was one of the

[60] Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, cit., p. 26.

[61] F. Crick, *On Protein Synthesis*, 1957, http://libgallery.cshl.edu/items/show/52220 (accessed 11/12/20).

[62] M. Scattola, *Dialectics, topology and philosophy in early modern times*, in M. Dascal, H. Chang (eds.), *Traditions of Controversy*, Amsterdam, 2007, pp. 181-206.

most radical turns in the European intellectual tradition, which determined a sharp divide between the new and the old philosophy and contributed to a *pathos* stubbornly hostile to the *ancient régime*. Leibniz repeats the Aristotelian-scholastic maxim so often found in medieval juristic writings, «there is nothing in the intellect that was not first in the senses,» then adding, «except the intellect itself»[63]. Thinking the law (as well as reality) is reengineered beginning from the mind. At the heart of this phase is epistemology: the philosophical field focused on knowledge and the appropriate method to reach it.

iii) The 20th century opened with a concern with language. Jurists saw language as a problem: they exposed the illusion that language could be a faithful servant of thought; by severing the alliance between language and thought they raised the question of how language can convey meaning. From the Vienna-circle (Wittgenstein, Neurath, Carnap) this concern spread to the Anglo-American world. Some jurists (*e.g.* Kantorowicz) applied that epistemic turn to their discipline and its impact is perceptible in the two chief constructions of the 20th century: Hans Kelsen's *Reine Rechtslehre* (1934 and 1960) and Herbert Hart's *Concept of Law* (1961). The concern with language, the awareness that reasoning is marred by unavoidable gaps and imperfections is one of the characters traits of the 20th century. It influenced how legal scholars have been thinking about law, designing an internal intellectual tradition which, from Kantorowicz, Kelsen, Hart goes up to the *Nouvelle Rhétorique* developing a set of concerns that we find revived and reformulated by HP Glenn[64]. At the heart of this phase is language.

iv) Today we are experiencing the next stage: new questions arise from the relationship between thinking and its physical support; we see thinking as a support-independent or de-physicalized entity and we are left its immaterial content: information[65]. Given this context, the philosophy of information grows from an internal development in philosophical thinking, moving from the linguistic turn to the informational turn. At the heart of this phase is information.

[63] G.W. Leibniz, *New essays on human understanding* [1765], Cambridge, 1996, bk. II, chap. I, p. 111, cited in S. Pinker, *The Blank Slate. The Modern Denial of Human Nature,* New York, 2002, p. 34

[64] H. P. Glenn, L. D. Smith, *Law and the New Logics*, Cambridge, 2017; see also his *Legal traditions of the world* ch. 10 and M. Hildebrandt, *The Precision of Vagueness, Interview with H. Patrick Glenn*, (2006) 35 3 NJLP 346-360.

[65] Floridi, *Philosophy and computing: an introduction*, cit., p. 18.

Turning to the neat explanation suggested by Floridi and Dummett, we can explain European legal evolution in the succession of philosophies: ontology, epistemology, language, information. In juristic terms, they are captured by the successive basic questions: What is law (*quid ius*); what is the correct method to know the law; what is the correct language to access the law; what is the informational framework whereby the law operates.

3. *Conclusion*

The impact exerted by Gino Gorla and a generation of legal scholars who worked in the period 1930-60s was to mark the beginning of a fertile stream of research based on a historical-comparative methodology focused on case-law viewed as the paradigm of the true living law. As I argued, the new frontier today has shifted, and the new challenges are to be found in the information age and in thinking law as information. This is not a rupture but a further phase in a long line of development that grows from an internal development in philosophical thinking. This new direction of research reformulates our understanding of the legal past by bringing to light how law had a life in different information societies, challenged in their thinking and creating law by the availability of information in the many stages of production, capture, processing, transmission and communication.

PARTE II

DALLA COMPARAZIONE ALL'INTEGRAZIONE GIURIDICA: CITTADINANZA E DIRITTO EUROPEO

Sabino Cassese

The European Common Constitutional Traditions[*]

Summary: 1. A higher law made up of lower law – 2. The insertion of supranational regimes into national legal orders – 3. The ECtHR's doctrine of consensus: *"così fan tutte"* – 4. Establishing principles through comparison – 5. European and national identity – 6. The dangers of resorting to common constitutional traditions to establish European legal principles.

1. *A higher law made up of lower law*

The Preamble to the Treaty on the European Union (TEU) establishes two important principles: respect for the past ("inheritance", "history") and subsidiarity. In particular, it states the following: «drawing inspiration from the cultural, religious and humanist inheritance of Europe, from which have developed the universal values of the inviolable and inalienable rights of the human person, freedom, democracy, equality and the rule of law», «desiring to deepen the solidarity between their peoples while respecting their history, their culture and their traditions», and wishing «to continue the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe, in which decisions are taken as closely as possible to the citizen in accordance with the principle of subsidiarity».

Article 2 TEU contains a basic recognition of the values shared among the Member States, providing that «[t]he Union is founded on the values of respect of human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect of human rights […]. These values are common to the Member States».

While the "value" of respect for human rights is recognized as common, or shared by the Member States, the same is not true for the "principles" regarding fundamental rights. Rather, their regulation is to be found in various supranational sources of law (the European Convention for the

[*] An initial draft of this article was presented at the Seminar on "Constitutional Traditions Common to the Member States", Bocconi University and European Law Institute, 28-29 November 2019. I wish to thank Giuliano Amato and the participants in the seminar for their comments on previous versions of this article.

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR)), but also in what the constitutional traditions of the individual Member States have in common. Article 6(3) TEU provides that: «[f]undamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law».

A similar clause is found in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Article 340: «[i]n the case of non-contractual liability, the Union shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties». In this case too, European law is grounded on the law of the Member States, even if with one major difference: reference is made to the "general principles of the laws", not to the "constitutional traditions" of the Member States.

The reference to the legal orders of the Union's Member States as sources of Union law is reiterated in the CFR, albeit with different wordings (first "principles" and later "traditions"). Article 41(3) CFR provides that «[e] very person has the right to have the Union make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States». Article 52 CFR states that «[i]n so far as this Charter recognises fundamental rights as they result from the constitutional traditions common to the Member States, those rights shall be interpreted in harmony with those traditions».

A partial application of the same principle may be found in European legislation. An example is Recital 34 of Regulation no. 1024/2013 on the ECB, according to which «[f]or the carrying out of its tasks and the exercise of its supervisory powers», the ECB should apply «the relevant Union law, in particular directly applicable Regulations or Directives»; however, «where the material rules relating to the prudential supervision of credit institutions are laid down in Directives, the ECB should apply the national legislation transposing those Directives. Where the relevant Union law is composed of Regulations and in areas where, on the date of entry into force of this Regulation, those Regulations explicitly grant options for Member States, the ECB should also apply the national legislation exercising such options».

The common constitutional traditions clause originates from the well-known 1970 *Internationale Handelsgesellschaft* decision (11-70) of the

European Court of Justice, which stated that: «[r]ecourse to the legal rules or concepts of national law in order to judge the validity of measures adopted by the institutions of the Community would have an adverse effect on the uniformity and efficacy of Community law […]. However, an examination should be made as to whether or not any analogous guarantee inherent in Community law has been disregarded»[1].

The importance of this clause has been stressed by the president of the European Court of Justice: «Any European State wishing to join the EU must adhere unequivocally to the constitutional traditions common to the Member States by ensuring compliance with democratic principles, fundamental rights, and the rule of law. As the Court of Justice made clear in the seminal Wightman and Others case, joining the EU – as well as leaving it – is a free and voluntary act of national sovereignty. Nonetheless, once a Member State decides to join the EU, it must comply with a set of common values. It is thus assumed that after taking up EU membership such a State will remain committed to defending liberal democracy, fundamental rights, and a government of laws, not men. Recent developments show that this assumption cannot simply be taken for granted»[2].

Regarding the norms that refer to common constitutional traditions as sources of principles for European law, there are two opposite points of view. On the one hand, there are those who consider them as «the 'gold standard' for examining the Union's courts' recourse to the comparative law method», «as a source of inspiration in the interpretation and discovery of general principles of EU law»[3]. On the other hand, there are those who find that «the Charter of Fundamental Rights contains so many and such expansive

[1] On the history and sources of the clause, see S. Cassese, *The "constitutional traditions common to the Member States" of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, n. 4, p. 939 ff. See also M. G. Graziadei, R. De Caria, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, vol. 4, p. 949 ff.; M. Comba, *Common Constitutional Traditions and National Identity*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, vol. 4, p. 973 ff., spec. p. 974; M. Fichera, O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, (2019) 20 German Law Journal 1097-1118, https:// doi.org/10.1017/glj.2019.82; G. Pitruzzella, *Do common constitutional traditions matter in the field of regulated markets?*, in *Federalismi.it*, 25 ottobre 2019, n. 5.

[2] K. Lenaerts, *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*, (2019) 21 German Law Journal 29-34, https:// doi.org/10.1017/glj.2019.91.

[3] K. Lenaerts, K. Gutman, *The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European Union*, in M. Andenas and D. Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015, p. 151 and p. 173.

fundamental rights that these constitutional traditions are likely to decline in relevance»[4].

These provisions introduce an entirely new manner of lawmaking. In particular, this type of constitutional legislation has six peculiarities.

The first is that the higher law is made up of the lower law. Therefore, in the area of fundamental rights, the "general principles" of European law are the result of a complex "two-way" process, because they first proceed from the bottom up, and then from the top down. A higher law may derive from lower law. "General principles" do not drop down from the top. This process initiates a "dialogue" between the two levels of government, and is proof of their reciprocal openness.

The second peculiarity is that this vertical two-way procedure also requires a horizontal and comparative process (which also acts as an incentive to self-approximation), as the commonalities must be discovered through a comparison of traditions. Comparison becomes a part of the norm-setting procedure.

The third peculiarity is the continuity that this process establishes between the future and the past. The "general principles" that must regulate future cases derive from what is common to the national regulations of the past. Thus, the future is shaped on the basis of the past. History becomes a part of the norm-setting procedure. This procedure includes a temporal dimension (as in the case of an "ever closer Union" or of the unamendable clauses of national constitutions).

The fourth peculiarity is that "general principles" do not derive from national legislation but must be part of a tradition, and this tradition must be shared by several countries. The concept of a common constitutional tradition is therefore basically an anti-positivistic one.

The fifth peculiarity is the discretion that this process leaves to the interpreting authority, and in particular to the European Court of Justice. This court has the power to decide whether a given national constitutional tradition effectively exists, as well as the number of converging national traditions that must be found in order to conclude that it is indeed "common". In addition, the European Court of Justice can determine the balance between CCTs and the European Convention on Human Rights, as Article 6(3) combines the two sources («as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms *and* as they result from the constitutional traditions common to the Member

[4] P.M. Huber, A.L. Paulus, *Cooperation of Constitutional Courts in Europe. The Openness of the German Constitution to International, European, and Comparative Constitutional Law*, in M. Andenas and D. Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, cit., p. 299.

States»). Reference to common constitutional traditions leaves wide room for manoeuvering, while at the same time providing "reassurance" for the national legal orders and legitimation for the higher law.

The sixth peculiarity is that this manner of balancing national and supranational law does not apply to all subject-matters, but only to fundamental rights[5]. This means that the framers of the European "constitution" believed that in this area, history was particularly relevant, and that therefore the new European law should bow to preexisting legal traditions. They did not wish to broaden the area within which national traditions – if common to the national legal orders – could influence general principles of European law. Constitutional arrangements are excluded from the two-way process of norm-setting.

2. *The insertion of supranational regimes into national legal orders*

I shall now take a step back and consider the insertion of supranational regimes into national legal orders, and vice versa.

Since the decline of the State as the exclusive source of regulation, supranational and national regimes have attempted to adjust to each other's competences, trying to find a solution to the problem of the simultaneous allocation of authority. There are numerous examples of this "dialogic" exercise.

One example is Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, which refers to the «general principles of law recognized by the civilized nations». Another was Article 4 of the Weimar Constitution (1919), according to which «the generally accepted rules of international law are to be considered as binding integral parts of the law of the German Reich»; yet another is Article 10 of the 1948 Constitution, which provides that «the Italian legal system conforms to the generally recognized principles of international law». These provisions are good examples of the reciprocal openness of "superior" and the "inferior" legal orders, because they provide for adjustments in both directions.

The legal historian Luigi Lacché noticed that «the concepts of "common constitutional heritage" and CCTs are to be confronted […] with those, for example, of pluralism and complexity». «We need to be aware of

[5] A different interpretation is that proposed by K. Lenaerts, K. Gutman, *The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European Union*, in M. Andenas and D. Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, cit., p. 173. They write «including, but not limited to fundamental rights».

the fact that myths and traditions are part and parcel of constitutional history building». «A constitution is at one and the same time a factor of sharing and of separation, of identity and of difference. A constitution is always a patchwork composed of different elements. A constitution is not a fixed design because it always lives through discourses, languages, the transnational exchange of ideas and the interplay of constitutional stakeholders. A constitution has long been a means of communication between State and society, institutions and social classes»[6].

Bottom-up, national regimes accept supranational primacy, but with some exceptions, as may be seen in *Solange I* and *II* and in the "counter-limits" doctrine present in some European national legal orders. In these cases, national legal orders, while accepting the primacy of a supranational body of law, want to continue having the final say.

Top-down, supranational legal systems, while assuming their superiority over the national legal orders, recognize some room for maneuvering on the part of national legal orders, resorting to doctrines of deference, subsidiarity or margins of appreciation, which are all means of decentralization.

The crucial problem is, then, how can the superior legal order assert itself as higher law. In this field, the richest experience is that of the ECtHR, which has developed a test of proportionality based on counting (consensus) as a means to confine the discretion ("margin of appreciation") of the national governments.

3. *The ECtHR's doctrine of consensus:* "così fan tutte"

I shall now pause to reflect on the ECtHR's doctrine of consensus[7], which must be considered as a precedent to the CCT mechanism.

According to this doctrine, when reviewing the proportionality of a country's application of its margin of appreciation, the ECtHR must consider how many ECHR Contracting States have adopted a certain interpretation of the Convention provision in question.

According to the consensus doctrine, the proportionality test is integrated with a "horizontal" test, as occurred in the case on abortion in Ireland, in which the ECtHR also tested the compliance of national law

[6] L. Lacché, *Crossing boundaries. Comparative constitutional history as a space of communication*, in (2018) 15 Glossae: European Journal of Legal History 132.

[7] To which the ECtHR also refers with expressions such as "common ground", "common European approach", "continuing international trend" and "evolving convergence".

with a common, recognised standard (i.e. the "consensus standard")[8]. In this case, the "higher" court must analyse and compare many different national legal orders, ascertain whether a "consensus" may be found, and balance the "superior" rule with these. The proportionality principle is used as a facilitator, in this process of reception-circulation of legal rules among parallel national legal orders. The job of the courts, then, is to evaluate the relevance of the context of each national provision[9] and to establish the relevant standard (consensus inquiry) by means of a comparative process that leaves room for a choice from among a number of options ("*wertende Rechtsvergleichung*")[10]. Integration of the principle of proportionality, which operates "vertically", with the "consensus" doctrine, which operates "horizontally", is extremely important. If the latter predominates, the principle of proportionality may lose importance, as agreement among different legal orders becomes the parameter against which to evaluate State action.

In these cases, national and supranational courts try to balance national legal orders – that is, diversity – and supranational legal orders – that is, uniformity.

However, counting has presented some problems. One is that in counting, the ECtHR has sometimes resorted to legal solutions adopted in countries that are not among the 47 members of the Council of Europe, such as Canada or South Africa. Another is that the ECtHR traces a difference between relevant and non-relevant consensus.

Domestic courts become interested in acquainting themselves with the legal solutions adopted in other countries due to the implications that these may have in subsequent judgments concerning the domestic system.

4. *Establishing principles through comparison*

The European Union could have established a higher law for fundamental rights that disregarded the different national legal orders and their provisions or traditions in this area. However, it did not follow that path, in order to take into account the different national traditions, to let them – so to say – speak to each other, trying to find out what they have in common. Article

[8] G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'argomentazione e giurisprudenza sovranazionale*, Naples, 2011, pp. 129, 134, 184 and 144.
[9] Repetto, *op. cit.*, p. 127.
[10] Repetto, *op. cit.*, p. 259 and p. 264.

6 TEU is an invitation to compare and find a common heritage (and, therefore, what the Member States do not have in common with national legal orders that do not belong to the Union).

When can one conclude that the traditions are common? The simplest answer is this: when there is a majority of countries that, in practice, accept the same principles. Therefore, "common" means "shared by a majority of countries". But should this majority be counted in terms of countries or of population? In the background to this answer, therefore, there lies a more general problem. In comparative law, three approaches may be seen. The first and more traditional one is the following: national legal systems are inherently different, because they are the result of decisions taken by national legislators or by national courts; however, they are slowly converging under the pressure deriving from common problems. According to the second approach, national legal systems were once different from one another, but transplants and imitations have introduced many common principles. The third approach states that national legal systems have always had many common "ingredients", from the very beginning, and it is only because of our intellectual nationalism that we assume them to be diverse; on the other hand, these common principles differ from one another due to the different national contexts in which they exist. Similar provisions are implemented in different ways, in accordance with the varying contexts of each national system.

In building the basis for the implementation of the CCT clause[11], can one resort to the methodology used in the preparation of the "Principles of European Contract Law" and of the "Common Core of European Private Law"? These were developed through a comparative exercise, but one that resulted in choosing the most efficient solution – instead of the solution adopted by the majority of the countries – even if it had not been adopted by any country at all[12].

Two mistakes should be avoided: cherry-picking and "going abroad". To avoid cherry-picking, general guidelines can be established to determine what is a CCT. For example, the European Court of Justice, when called upon to implement the CCT clause, could initiate a dialogue with national constitutional courts, which would be required to assess what is the national

[11] For cases in which the European Court of Justice resorted to the clause, see Lenaerts, Gutman, *The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European Union*, in M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, cit., pp. 161-162 and 170-173; and Graziadei, de Caria, *The "constitutional traditions common to the Member States" in the case-law of the European Court of Justice: judicial dialogue at its finest*, cit., 2017, n. 4, p. 949 ff.

[12] P. Sirena, *La scelta dei "Principles of European Contract Law"(PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, n. 3, p. 612.

constitutional tradition surrounding a certain fundamental right, in order to facilitate establishing what is indeed common. But to establish what is a CCT, the European interpreting authority cannot consider non-European countries (non-Member States), even if they have homogeneous legal orders and belonging to the same legal tradition, because foreign law cannot be a source of legal principles of the European Union.

5. *European and national identity*

Do European principles, derived from what the national constitutional traditions have in common, necessarily conflict with national identities[13]?

To answer this question, one must first consider that the TEU addresses both European and national identities. Recital 11 TEU establishes the goal of "reinforcing the European identity". Article 4 provides that «the Union shall respect […] the national identities inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government, of the Member States».

According to the European legal order, therefore, the two identities are not mutually exclusive, and for extreme cases there is an *ad hoc* resolution procedure: national legal orders can react to the development of principles of European law by using the counter-limits doctrine, to allow national identities to prevail.

6. *The dangers of resorting to common constitutional traditions to establish European legal principles*

The CCT clause raises many questions and presents some dangers.

The first lies in the ambiguity of the word "tradition". What is a tradition? Tradition includes interpretation, implementation, conventions, practices, customs… in one word, "living law". Law in action is as relevant, or perhaps even more relevant, than law in books. But the same principles may have different implementations. Should a time requirement be established to conclude that there is indeed a tradition? What about the "invention of

[13] See M. Comba, *Common constitutional traditions and national identity*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, n. 4, p. 973 ff.

traditions"[14], or traditions that have been forgotten? Is it advisable to choose an authority or a procedure empowered to determine when there is a CCT, and how to establish it?

Second: who is the addressee of the clause? Is the CCT clause addressed to the European legislator, called upon to develop the "general principles" in legislation, or to the Court of Justice, which is required to interpret European law in the light of such principles, or yet again to the European Commission, the task of which is to implement European law in accordance with those "general principles"?

Third: from the CCTs, can European courts and legislators only derive "general principles" that act as a source of law, or can they also derive criteria for the interpretation of European and national law?

Fourth: if the two procedures diverge (ECHR and constitutional traditions common to the Member States), which one should prevail? Should CCTs play a residual or a dominant role?

Fifth: can "general principles" regarding fundamental rights be "petrified" into what is common to national constitutional traditions[15]? Should European authorities also look to evolving traditions?

[14] E. Hobsbawm, T. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983.

[15] This is a "paraphrasing" of the question raised by C. Santos Botelho in *Constitutional Narcissism on the Couch of Psychoanalysis. Constitutional Unamendability in Portugal and Spain*, (2019) 21 3 European Journal of Law Reform 345: «Can the constituent power of the people be petrified in one historical constituent decision and constrain future democratic transitions?».

Silvio Gambino

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione fra (quasi) costituzionalismo europeo e costituzionalismi nazionali

Sommario: 1. Alcune premesse a mo' d'introduzione al tema – 2. Prospettive e limiti nella evoluzione del diritto costituzionale comune europeo – 3. La Carta europea dei diritti: da documento politico a norma giuridica – 4. Il processo d'integrazione europea dopo (e alla luce de)i 'nuovi' trattati – 5. La comunitarizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e i riflessi sui diritti e le costituzioni nazionali.

1. *Alcune premesse a mo' d'introduzione al tema*

Ai fini della trattazione della tematica proposta – prima di concentrarci sull'evoluzione che ha portato alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (d'ora in poi CDFUE) e sui relativi contenuti – nell'analisi che segue accenneremo preliminarmente alla questione della possibile utilizzazione delle categorie costituzionali classiche al processo di integrazione europea. Un processo, ieri accelerato nei Paesi della Unione europea (d'ora in poi UE) a seguito della sottoscrizione del 'Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa' (d'ora in poi TC) e successivamente accolto (nella sua gran parte) nei contenuti dei nuovi Trattati UE (d'ora in poi TUE), per come revisionati a Lisbona (il 13 dicembre 2007). Il tema risulta per più ragioni meritevole di approfondimento scientifico e per questa ragione lo abbiamo prescelto per onorare un amico, studioso apprezzato, che ha dedicato una vita intera alla ricerca scientifica e all'insegnamento del diritto dell'UE ed in particolare alle tematiche della cittadinanza europea[1]. Soprattutto a seguito della integrazione della CDFUE all'interno dei 'nuovi trattati' (TUE), tale processo – in alcuni approcci dottrinari – è stato ritenuto potersi prestare a essere considerato come un atto costituzionale pienamente conseguito (almeno *materialiter*), in deroga alle stesse procedure previste nel diritto

[1] Nell'ampia bibliografia in tema, dei lavori scientifici di L. Moccia mi limito a richiamare il suo volume (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione Europea*, Milano, 2010 (e al suo interno *Il 'sistema' della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, p. 165 ss.).

pubblico interno e degli altri Paesi membri dell'Unione per assicurare la legittimazione politica di una nuova Costituzione. In tale ottica, prima di interrogarci se una omologa relazione possa proporsi per lo stesso TUE, ci chiederemo, in particolare, se il TC fosse da cogliersi come una Costituzione, secondo quanto una parte della dottrina, a suo tempo, aveva assunto o se, in senso contrario, lo stesso della Costituzione non disponesse che del mero *nomen juris*, per il resto avendo natura (formale e materiale) di un qualsiasi trattato internazionale. Aggiungeremo, quindi, che tale approccio non impedisce che (possano e) debbano prendersi in considerazione le conseguenze, per più tempo operative (prima della vigenza del TUE), circa la piena forza giuridica all'interno del diritto dell'Unione europea delle norme di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, individuate inizialmente (nella metà degli anni '60) in via giurisdizionale, come concretizzazione dei principi generali del diritto comunitario, codificate in seguito (Nizza, 2000) come (mere) proclamazione politiche, successivamente (Roma, 2004) integrate nel corpo dei trattati ed ora (TUE, Lisbona, 2007) pienamente giuridicizzate attraverso il riconoscimento alle disposizioni della CDFUE della stessa forza giuridica dei trattati. Concluderemo, infine, interrogandoci sulle procedure (anche costituenti) da seguirsi per assicurare la trasformazione (della natura) dei presenti trattati in una (quasi) Costituzione europea. Nelle more di una simile determinazione politica da parte dei popoli europei (allo stato, verosimilmente, rinviato nel tempo), pertanto, permangono aperte tutta una serie di questioni di raccordo fra livelli di protezione (europei e nazionali) che, al momento, dovranno trovare una soluzione avvalendosi degli strumenti predisposti dal diritto dell'Unione, i quali si rimettono, in ultima istanza, ai giudici nazionali per far valere il primato e la diretta applicabilità del diritto dell'Unione su quelli nazionali. Riguardando parametri ormai (almeno *materialiter*) costituzionali (quelli cioè relativi ai diritti fondamentali europei), nel prossimo futuro, ma già nella fase attuale, in tal senso, tale diretta applicabilità del diritto dell'Unione pone il giudice ordinario nella condizione di far valere direttamente il diritto dell'Unione su quello interno nella stessa materia che, a livello nazionale, vede la presenza della Corte costituzionale, competente a far valere l'eventuale invalidità della legge per lesione dei principi fondamentali e dei diritti costituzionalmente garantiti. Ed è appunto in questa delicata e complessa vicenda che può individuarsi la necessarietà di un procedimento costituente capace di assicurare la formale gerarchia/preminenza del diritto primario dell'Unione sugli stessi principi fondamentali e sui diritti garantiti dal diritto costituzionale degli Stati membri dell'Unione. È pur vero, sotto tale profilo – come in questa sede non potremo argomentare – che, tranne

limitate (ancorché rilevanti) eccezioni (si ricordano, fra gli altri, i casi *Kreil*, *Viking*, *Laval*, *Rüffert*), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (d'ora in poi CGUE), fin qui, ha saputo dare prova di equilibrio e di *self-restraint*, nel suo mancato invadere l'area di protezione dei diritti costituzionali nazionali, ma ciò non toglie che il problema esiste, per come la (discutibile) giurisprudenza europea in tema di libertà economiche conferma. Ed esiste sia, e innanzitutto, come problema di legittimazione politica, sia come problema teorico-dogmatico, ed è per tale ragione che in un *Liber amicorum* incentrato sulle tematiche (teoriche e pratiche) del diritto dell'Unione, si è ritenuta tutto affatto singolare la trattazione del tema che ora se ne farà.

2. *Prospettive e limiti dell'evoluzione del diritto costituzionale comune europeo*

Accostandoci ora (con volo pindarico) al tema oggetto di analisi, può sottolinearsi come la ratifica del Trattato sottoscritto a Maastricht (il 7 luglio 1992), il Trattato di Amsterdam (in vigore dal maggio 1999), il Trattato di Nizza (2001) e i 'nuovi' trattati di Lisbona (2007) costituiscano le tappe fondamentali nella più recente evoluzione del (quasi) diritto costituzionale europeo, connotandosi come una nuova fase nel processo di consolidamento di una "Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa". In tale (almeno trentennale) evoluzione, l'Unione si è solennemente impegnata a rispettare «*i diritti fondamentali* quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ... e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, *in quanto princìpi generali del diritto comunitario*»[2]. Con tali scelte, i governi e i parlamenti europei hanno avviato una trasformazione sostanziale del diritto comunitario nella direzione (allo stato incompiuta, per come si dirà meglio in seguito) di un diritto costituzionale comune europeo[3], assicurando la forza propria del dato normativo positivo ad una giurisprudenza comunitaria che aveva già conseguito una simile tutela (a partire dai primi anni '70). In tale quadro evolutivo, i parlamenti europei sono stati sempre più rapportati all'esigenza di assicurare, con le opportune misure costituzionali, il processo

[2] In tema, cfr. anche i nostri *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009, nonché *I diritti fondamentali nel processo costituente europeo*, in M. Scudiero (a cura di), *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2005, vol. I, p. 933 ss.

[3] M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002.

di revisione delle proprie costituzioni per armonizzarle con i princìpi appena evocati. Le soluzioni seguite sono state variegate. La scelta seguita dalla Francia, con l'art. 88.1 Cost., nel fondo, è stata la medesima seguita dalla Germania (art. 23 LFB), dalla Spagna (art. 95, 96 e 10.2 Cost.) e dal Portogallo (art. 7.6 Cost.), per limitarsi ad alcuni soli casi nazionali. Tali scelte sono apparse rispettose delle sovranità nazionali, manifestando, al contempo, un segnale esplicito e senza grandi incertezze verso l'integrazione europea. Alcuni problemi, tuttavia, permangono. Le carte costituzionali, benché revisionate, non possono tutto; restano limiti alla cessione della sovranità (in materia di princìpi supremi e di diritti fondamentali); in una parola, rimane confermato che la Costituzione continua ad imporsi sul diritto comunitario nella materia dei princìpi costituzionali e dei diritti fondamentali. Né convincono pienamente sul punto quegli orientamenti che, nell'argomentare l'esistenza di una (pressoché compiuta) Costituzione europea, osservano come, in base ai princìpi sanciti dalla CGUE in tema di primato e di diretta applicabilità sul diritto interno, fin dai primi anni '60 (sentt. *Van Gend c/Amministrazione delle Finanze olandese, Costa c/ENEL*), i trattati e i regolamenti comunitari siano dotati di diretta applicazione, producendo una deroga generalizzata al diritto interno, resistendo alle stesse leggi di rango costituzionale.

In assenza di una Costituzione europea formalmente tale, pertanto, all'interrogativo della dottrina su chi rilasci il 'visto d'ingresso' alle norme comunitarie – se l'apposita norma legittimante delle varie costituzioni nazionali ovvero, ormai, l'Unione europea, per forza costituzionale propria[4] – si dovrebbe allora rispondere che tale soggetto è certamente l'UE, ma a condizione (di sottolineare) che tale 'autorizzazione' conosce dei limiti inderogabili, quelli appunto costituiti dai princìpi supremi degli ordinamenti nazionali, che non certo un giudice può rimuovere ma solo un procedimento, una decisione costituente, che rinvii ai popoli-sovrani dei singoli Paesi europei. La risoluzione di tali problematiche di legittimazione costituzionale, dunque, non può avvenire che ricorrendo al ('pur problematico' quanto alle forme del suo esercizio) potere costituente originario. Come si può osservare, infatti, non è propriamente di *deficit* democratico che può correttamente parlarsi quando si affrontano le tematiche dei rapporti fra Costituzione nazionale e diritto comunitario quanto piuttosto di *deficit* costituzionale, che risulta superabile solo con il rinvio ai soggetti che unicamente possono risolvere tale *deficit* di legittimazione costituzionale: i popoli europei, sovrani

[4] L'interrogativo è di A. Barbera, *Esiste una 'costituzione europea?*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 1, 2000, p. 67.

decisori della Costituzione europea. È pur vero, sotto tale profilo, che i conflitti fra gli ordinamenti – nazionali e comunitario – sono più paventati che effettivi (almeno fino alla recente, discussa, stagione delle sentenze in tema di primato delle libertà economiche europee sui diritti costituzionali economici nazionali). In tale contesto, i giudici nazionali sono chiamati a conciliare regole costituzionali e diritto europeo, assicurando la primazia e la diretta applicabilità di quest'ultimo (regolamenti comunitari ma anche direttive *self-executing*) ma, al contempo, azionando, nel caso si renda necessario, il sindacato delle leggi di recezione dei trattati, almeno rispetto ai profili riguardati dal giudizio in corso. Omologo percorso è chiamato a seguire la giurisprudenza della CGUE a sostegno del primato del diritto dell'Unione su quello degli Stati membri dell'Unione.

La giurisprudenza costituzionale interna in tema di contrasto fra norme comunitarie e princìpi supremi dell'ordinamento costituzionale[5] – partendo dall'orientamento nel quale, con la sanzione del principio della diretta applicabilità e del primato delle norme comunitarie, si limita ad ipotizzare l'incostituzionalità delle leggi di esecuzione del Trattato[6] – rinvia ad un controllo di costituzionalità che si estende a qualsiasi norma del Trattato per come è interpretata e applicata dalle istituzioni comunitarie[7]. D'altra parte, la previsione, nel TUE, della disposizione sulle *'tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri',* come si vedrà meglio in seguito, non può che fondare princìpi generali del diritto a cui la CGUE deve attenersi nella propria giurisdizione, facendo sì che, in conclusione, i timori di vedere violata la Costituzione da parte del diritto comunitario dovrebbero scemare di molto, (quasi) fino a scomparire.

Circa il ruolo che la CGUE avrebbe potuto ulteriormente svolgere nella recezione della CDFUE all'interno del TC, prima, ed ora nel TUE, ad ulteriore sviluppo delle forme di tutela dei diritti fondamentali e nello stesso consolidamento del diritto costituzionale comune europeo, avremo modo di ritornare nel seguito della riflessione, sia pure in modo essenziale. Rimane in ogni caso aperta la questione della giustiziabilità degli atti del diritto comunitario derivato, che in Italia ha trovato fondamento sulla (debole) base dell'art. 11 Cost., nella parte in cui autorizza l'immissione di norme in contrasto con la Costituzione, soggette, tuttavia, al sindacato della Corte costituzionale (mentre questa strada, ad esempio, rimane preclusa

[5] In particolare nella sent. n. 232/1989, su cui, fra gli altri, cfr. M. Cartabia, *Princìpi inviolabili e integrazione europea,* Milano, 1995, p. 112 ss.

[6] Sentt. cost. n. 183/1973 (Frontini) e n. 170/1984 (Granital).

[7] A. Adinolfi, *I princìpi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 521 ss.

all'ordinamento francese, attesa la natura del controllo *a priori* svolto dal *Conseil constitutionnel,* almeno fino alla riforma del 2008). Una questione, quest'ultima, che suggerisce un più esplicito rispetto del principio di democraticità mediante una previa revisione e un adattamento delle costituzioni nazionali (in ogni caso nel rispetto dei relativi limiti impliciti ed espliciti) al fine di stabilire la possibilità di un controllo *a priori* degli atti comunitari diversi dai trattati in senso stretto, nonché, ovviamente, di questi ultimi. Le corti costituzionali, in questo scenario, sono chiamate – molto più di quanto non sia fin qui avvenuto – a marcare i limiti dello sviluppo del diritto europeo, provocando una presa di coscienza più netta del fatto che, di volta in volta, è necessario rivedere la Costituzione se si vuole far progredire la integrazione comunitaria[8]. La Francia e alcuni altri Paesi europei (Germania, Spagna, ma anche Portogallo), hanno avviato un proficuo percorso costituzionale in tale direzione. L'Italia aveva affrontato tale questione nell'art. 61 del testo di revisione costituzionale proposto dalla Commissione bicamerale (Commissione D'Alema)[9], ma il fallimento dell'intera proposta di revisione ha fatto rinviare ad un futuro indefinito una più organica riconsiderazione del problema, con la non irrilevante conseguenza che è dato assistere, da una parte, a vere e proprie declamazioni retoriche di tipo 'europeistico' circa l'esigenza di spingere oltre il processo di integrazione europea e, dall'altra, di continuare a disporre, a tal fine, di disposizioni costituzionali pensate dai costituenti repubblicani per dirimere le controversie internazionali e concorrere ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni, che solo mediante una 'forzatura' interpretativa, nei sessanta anni alle spalle, hanno potuto essere utilizzate per legittimare la stipula del Trattato di Roma (e di quelli che successivamente lo hanno integrato e modificato).

[8] Sul punto, cfr. anche il nostro *La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del tribunal europeo de los derechos del hombre*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2007, vol. 8, p. 189 ss.

[9] R. Mastroianni, *Disciplina degli accordi internazionali e partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea nel testo della Commissione bicamerale*, in S. Gambino (a cura di), *La riforma della Costituzione nelle proposte della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali della XIII Legislatura*, Roma, 1998.

3. *La Carta europea dei diritti: da documento politico a norma giuridica*

Le evoluzioni più recenti registrate in materia dal diritto dell'Unione, sotto il profilo ora in considerazione, si prestano a più livelli di indagine. Quello relativo ai rapporti fra TC, prima, TUE in seguito, e costituzioni nazionali ne costituisce uno fra i più rilevanti, se non quello di maggiore rilievo, portando ad interrogarsi sulla fondamentale questione se (il TC e) il TUE sia/no o meno destinato/i a modificare i rapporti fra diritto europeo e diritti costituzionali nazionali. Affronteremo ora questo tema limitatamente alle problematiche poste a partire dalla incorporazione della CDFUE all'interno del TC, prima, e ora del TUE e dei relativi riflessi sulle costituzioni nazionali. A tal fine, ci interrogheremo sulla stessa questione della necessarietà (o meno) di procedure di legittimazione costituenti alla base della pretesa di 'supremazia' del diritto europeo sulle costituzioni nazionali, ancorché questo non significhi disconoscimento formale della primazia del primo sui secondi alla luce dell'art. 11 Cost. Allo stato, infatti, il diritto dell'Unione può vantare sulla ricognizione da parte dei trattati europei dei valori condivisi fra Stati/popoli europei, la cui armonizzazione non potrà che continuare a fondarsi sul ruolo della CGUE, nella ricerca delle ragioni e delle forme per assicurare la convivenza fra più livelli costituzionali, in una parola, una 'armonia fra diversi'[10].

Nella essenziale ricostruzione della questione non può che partirsi dalla 'Carta di Nizza', salvo poi a ricostruire, sia pure in modo necessariamente essenziale, la giurisprudenza pretoria della CGUE in materia di diritti fondamentali a partire dai primi anni '70. Se dunque l'analisi può farsi partire dalla solenne proclamazione (politica ma non ancora giuridica) dei diritti fondamentali nella 'Carta di Nizza', non pare potersi affermare che le soluzioni accolte in tale documento (ricognitivo di giurisprudenze e di carte internazionali) possano ritenersi comparabili, quanto ai relativi contenuti materiali, alla tutela dei diritti fondamentali per come accolta nelle maggioritarie esperienze costituzionali europee. Ciò soprattutto se si considera il regime giuridico previsto per i diritti politici e i diritti sociali europei, per come definiti – questi ultimi – sia nella 'Carta di Nizza' che nella Convenzione di Roma e nelle Carte sociali (sottoscritte dalla gran parte degli Stati membri dell'UE, ancorché dall'incerta forza giuridica). Tuttavia, deve anche osservarsi che, in presenza della piena vigenza dei diritti fondamentali europei alla luce dell'art.

[10] V. Onida, *'Armonia tra diversi' e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 3, 2002, pp. 549-558.

6 del TUE, nella presente fase, la disciplina di tali diritti costituisce ormai un *acquis communautaire* e con esso una importante apertura allo stesso tema del bilanciamento fra valori economici e valori sociali dell'ordinamento comunitario originario[11]. Questi ultimi, così, registrano una innovazione particolarmente significativa (non più solo sotto il profilo simbolico), presentandosi come contenuto fondamentale del 'patrimonio costituzionale comune' europeo[12]. La stessa dottrina che era stata validamente impegnata nel sostenere le ragioni della necessarietà della CDFUE in sede di Convenzione (sul futuro dell'Europa) aveva sottolineato come lo stesso art. 136 TCE (ora art. 151 del TFUE) – ove si prevedeva che l'Unione e gli Stati membri si impegnano a "tenere presenti" i diritti sociali nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale definiti nella medesima disposizione – esclude «tassativamente dalle competenze comunitarie le materie delle retribuzioni, del diritto di associazione, del diritto di sciopero, ecc.»[13].

Uno dei problemi di maggior rilievo in materia, ampiamente approfondito in dottrina e nella stessa giurisprudenza nazionale e in quella comunitaria, è costituito dalla definizione della posizione della CDFUE nell'ambito della gerarchia delle fonti comunitarie[14]. Benché la volontà della

[11] Sulla rilevanza della "scrittura" dei diritti, cfr. C. Pinelli, *La Carta dei diritti, la cittadinanza, la vita democratica dell'Unione*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004; Id., *Il momento della scrittura*, Bologna, 2002. Sulle «domande inappagate sulla Costituzione europea e il tempo lungo del dibattito sulle tradizioni comuni», dell'A. appena citato cfr. anche *Il dibattito sulla Costituzione europea e le virtù trasformative delle tradizioni costituzionali comuni*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; P. Ridola, *I diritti di cittadinanza, il pluralismo ed il 'tempo' dell'ordine costituzionale europeo. Le 'tradizioni costituzionali comuni' e l'identità culturale europea in una prospettiva storica*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010; L. Lacchè, *Europa una et diversa. A proposito di jus commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2003, p. 40 ss. Per una lucida analisi sul futuro dei diritti fondamentali nell'ottica della loro positivizzazione nel Trattato costituzionale e nella prospettiva della globalizzazione, cfr. anche G. Azzariti, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, vol. 3, 2003, p. 239 ss.

[12] A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale*, cit.; M. Patrono, *I diritti dell'uomo nel Paese d'Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all'altro*, Padova, 2000.

[13] A. Manzella, *Agnizione e innovazione: nascita di una Costituzione*, in E. Paciotti (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Milano, 2003; S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Bologna, 2001.

[14] Fra gli altri, P. Caretti, *I riflessi del nuovo sistema delle fonti comunitarie sul diritto interno (Relazione al Seminario di Pisa sulle fonti comunitarie, del 5 novembre 2004)*; M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini, G. Tiberi

Commissione, del Parlamento Europeo e di alcuni Stati (tra cui l'Italia) fosse quella di un inserimento della CDFUE nel *corpus* dei trattati comunitari, e benché anche l'organo costituito per la sua redazione avesse lavorato sul presupposto della sua efficacia vincolante, il Consiglio europeo, a Nizza, come si è già osservato, si era limitato a 'proclamare' solennemente la CDFUE senza assumerne ancora l'integrazione/incorporazione nei trattati europei. Nelle sue conclusioni, in proposito, il Consiglio di Colonia (3/4 giugno 1999) aveva precisato che, solo dopo la proclamazione comune della CDFUE ad opera del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, si sarebbe potuto esaminare se, ed eventualmente in quale modo, la CDFUE potesse essere integrata nei trattati. Nonostante la sua incerta natura giuridica, nel primo decennio della sua attuazione, la CDFUE aveva comunque registrato una piena attuazione sia nell'ordinamento dell'Unione che nel costituzionalismo nazionale. In tale ottica – a mo' di *Bill of rights* del costituzionalismo comunitario – la CDFUE rappresentava un passo significativo verso una futura Costituzione europea, rendendo più chiara l'esigenza di ripensare se non a forme di statualità compiute, (almeno) ad un nuovo e peculiare costituzionalismo inclusivo della relativa legittimazione costituzionale[15]. Pertanto, è da rilevare come la CDFUE, prima ancora della sua incorporazione (sia pure sostanziale) nei 'nuovi' trattati, quale 'ricognizione' di un comune 'patrimonio costituzionale europeo' ha costituito una importante base di riferimento, soprattutto in sede giurisdizionale[16]. Benché tale orientamento non sia stato sempre seguito dalla CGUE, che in merito, durante tale fase, si era attenuta ad un prudente *self-restraint*[17], secondo parte della dottrina, essa offriva il vantaggio di consentire una fissazione chiara e definitiva dei diritti fondamentali, assicurandone l'*indivisibilità* (fra diritti civili, economici e sociali) e l'*inscindibilità* rispetto ai valori e alla pregressa esperienza comunitaria[18], in maniera tale da consentire di stabilizzare un processo, a volte convulso, che

(a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, cit., 2004.

[15] L.S. Rossi, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002.

[16] Causa C-173/99. Si può ricordare, a tal fine, la decisione accolta nella causa *BECTU v. Secretary of State for Trade and Industry*, nella quale si dà piena garanzia in quanto diritto sociale al diritto alle ferie annuali retribuite. In precedenza, uno specifico riferimento alla Carta dei diritti era stato fatto dal Tribunal Constitucional spagnolo (STC 292/2000, del 30 novembre 2000) e dalla Corte costituzionale italiana (Corte cost., sent. n. 135/2002) con riferimento ad un questione relativa alla libertà di domicilio.

[17] Superato, tuttavia, dal Tribunale di primo grado, almeno in due pronunce: causa T-54/99 del 30 gennaio 2002 e causa T-177-01 del 3 maggio 2002.

[18] Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, cit., p. 62 ss.

ha permesso alla CGUE di travalicare i limiti dei trattati e di spingersi oltre con una interpretazione aperta ed evolutiva.

Quanto ai profili materiali della protezione dei diritti, è pur vero però che, in astratto, una fissazione rigida dei diritti fondamentali avrebbe potuto rischiare di comportare una riduzione di tutela, in quanto limitata a quanto espressamente stabilito nella CDFUE[19] e che altri avevano osservato come la stessa si riducesse ad una elencazione di diritti, senza nessuna previsione di doveri o quantomeno di limiti all'esercizio degli stessi (nel caso del diritto di proprietà e di iniziativa economica, ad esempio, non era stato previsto il limite della "funzione sociale", necessario a legittimare gli interventi legislativi di conformazione dei diritti medesimi a finalità sociali dell'ordinamento).

A fronte di tale orientamento, tuttavia, non era mancato chi si fosse richiamato alle origini (per così dire) giusnaturalistiche dei diritti nell'ambito del costituzionalismo europeo. In tale contesto, era stato convincentemente osservato che i diritti costituiscono un *acquis* consolidato, «che limita e relativizza qualsiasi sovranità … essi sono per così dire l'antisovrano»[20], ed ecco perché «scrivere una carta europea dei diritti significa (e ha significato) non tanto redigere un testo su cui dovesse esprimersi una volontà legislativa, ma trovare e raccogliere, nel secolare "deposito" della tradizione costituzionale – fatta di carte, di testi, ma anche e soprattutto di giurisprudenza, sia essa dei giudici nazionali o comunitari o della Corte di Strasburgo – ciò che vi è di essenziale e di comune: un'opera, appunto, prevalentemente ricognitiva»[21]. Le disposizioni della CDFUE, nelle previsioni accolte nella 'Carta di Nizza', così, hanno un ambito di applicazione limitato agli atti delle Istituzioni e degli Organi dell'Unione e agli atti degli Stati membri in sede di attuazione del diritto dell'Unione, così come previsto all'art. 51, § 1, della stessa CDFUE, mentre il § 2 della medesima disposizione afferma che la stessa non introduce nuove competenze per l'Unione, né apporta modifiche ai compiti definiti dai Trattati. Il TC, in tale ottica, non richiedeva modifiche delle costituzioni degli Stati membri, né (naturalmente) si sostituiva ad esse, limitandosi a proporre una sistemazione (con finalità di visibilità) che offriva uno spazio comune di diritti, un denominatore comune fra tradizioni giuridiche e sensibilità diverse, diventando, in tal modo, premessa di una

[19] A. Pizzorusso, *La codificazione internazionale dei diritti fondamentali e la loro influenza sugli ordinamenti nazionali* (paper).

[20] V. Onida, *Il difficile compito della Convenzione sull'avvenire dell'Europa*, in http:// *forumcosttuzionale.it* 2004.

[21] Onida, *Il difficile compito*, cit.

(quasi) compiuta 'cittadinanza europea'[22]. In ogni caso, prima ancora delle determinazioni in merito sancite nell'art. 6 del TUE, può osservarsi come la CDFUE avesse già una sua valenza (almeno fattualmente) normativa, a testimoniare quel sentimento comune europeo che è costituito di diritti e di conquiste civili e a manifestare quello che è il carattere profondo di una Europa, non solo economica ma sempre più aperta alla ricerca di 'tradizioni costituzionali comuni' che possano costituire l'*ethos* condiviso dei diversi popoli europei riunificati giuridicamente attraverso le istituzioni europee.

La soluzione al problema della natura giuridica della CDFUE (e con esso lo stesso problema della sua collocazione nell'ambito della gerarchia delle fonti comunitarie), pertanto, era rinviato ad una fase successiva (ed è stato oggetto di disciplina, prima, nel TC e, successivamente, nel TUE). In relazione al connesso profilo riguardante l'ambito di applicazione della CDFUE, era stato osservato che alcune delle sue disposizioni apparivano disciplinare materie di più ampio respiro rispetto al nucleo delimitato delle competenze dell'Unione. A tal fine, era stata predisposta una 'clausola orizzontale' secondo la quale la CDFUE non aveva la finalità di modificare le competenze dell'Unione, in quanto una siffatta innovazione avrebbe potuto essere introdotta solo attraverso l'attivazione dell'apposito *iter* procedurale di revisione dei trattati. In conclusione, appariva certo come lo sforzo di positivizzare le 'tradizioni costituzionali comuni' dei Paesi membri dell'UE in materia di diritti fondamentali consegnasse alla CDFUE un evidente ruolo di 'ponte fra passato e futuro dell'Europa'. In tal modo, non appariva dubbio, che l'Europa si lasciasse alle spalle un complesso ordinamento giuridico pensato soprattutto per le merci e i capitali e si profilasse all'orizzonte (in modo più o meno chiaro) una Europa dei cittadini e dei diritti. Una Europa che avrebbe potuto attrarre le sensibilità e le culture dei popoli europei, molto più di quanto non aveva potuto (e saputo) fare l'originaria Europa dei mercati.

In tale nuovo scenario, importanti scelte di fondo riguardavano il contenuto, l'estensione, le garanzie giurisdizionali dei singoli diritti intesi non come mere questioni tecnico-redazionali bensì nel loro significato assiologico-oggettivo[23]. Esse avevano un primario carattere politico-

[22] Sul punto, fra gli altri, cfr. anche i nostri *Cittadinanza e diritti sociali fra neo-regionalismo e integrazione comunitaria*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 1, 2003, pp. 67-90; *Los derechos fundamentales comunitarios: entre Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, tratados y Bill of rights*, in *Revista Vasca de Administración pública*, vol. 2, 2003, pp. 167-190; C. Amirante, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, *agg.* XII, Roma, 2004; V. Lippolis, *La cittadinanza europea*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 1, 1993, p. 136.

[23] A. Ruggeri, *Quale Costituzione per l'Europa*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia*

giuridico, proponendosi, perfino, per come si è già (in parte) osservato, come momento fondativo di un ordinamento democratico-costituzionale (quasi) pienamente compiuto, e in tale prospettiva autoreferenziale. Secondo parte della dottrina[24] – le cui argomentazioni, in assenza di un compiuto procedimento costituente (che seguisse la via delle assemblee costituenti ovvero quella, più domestica, del referendum confermativo o meglio ancora della recezione del trattato con legge costituzionale), tuttavia, non riteniamo di poter condividere (salvo a considerarle come espressione di un mero 'fatto' costituzionale o, meglio ancora, come espressione di un costituzionalismo consuetudinario, ancorché ormai pienamente riconosciuto dagli stessi Stati membri dell'Unione europea) – in tal senso, la CDFUE avrebbe potuto trasformare la stessa fonte di legittimazione dell'ordinamento europeo, che in tal modo sarebbe passata dalla volontà degli Stati membri a quella dell'Unione. Quadro normativo – quest'ultimo – che ora può declinarsi come disponibile e giuridicamente vigente. Pur dovendosi prendere atto della evidenza della effettività osservabile, oltre che nel processo[25], nella (quasi, ma non ancora, pienamente conseguita e riconosciuta) normatività costituzionale europea, in senso diverso, a noi pare doversi sottolineare che l'incorporazione della CDFUE all'interno dei trattati comunitari – sia che si guardi ad essa nella prospettiva delle scelte adottate a Nizza, sia che la si analizzi nella prospettiva dell'art. 6 del 'nuovo' TUE – deve affrontarsi anche con riferimento alle problematiche costituzionali poste dalla legittimazione del (nuovo) ordinamento europeo (quasi) costituzionale, come appunto il diritto primario dell'Unione si presenterà alla CGUE ma anche ai giudici ordinari e costituzionali dei singoli Paesi dell'Unione europea.

Constitucional, vol. 8, 2004, p. 455 ss., nonché *Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003. Nel volume appena citato cfr. anche R. Romboli, *Carta europea dei diritti e garanzie giurisdizionali (notazioni introduttive)*, p. 107 ss. e A. Spadaro, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, p. 115 ss.

[24] A. Baldassarre, *La Carta europea dei diritti, I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea*, in http://www.luiss.it/semecost/europa/carta/index.html.

[25] A. Spadaro, *Dalla Costituzione come 'atto' (puntuale nel tempo) alla Costituzione come 'processo' (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 3, 1998, p. 343 ss.; Id., *Il caso esemplare della Costituzione europea come 'insieme di atti' (puntuali nel tempo) e 'insieme di processi' (storici): dalle C.E.E. alla C.E., all'U.E.*, in Aa.Vv., *Verso una Costituzione europea*, Lungro di Cosenza, 2003, pp. 721 ss.

4. *Il processo d'integrazione europea dopo (e alla luce de)i 'nuovi' trattati*

Benché con una intensità diversa dalla sensibilità costituzionale evidenziata nella bozza di TC, nel séguito del processo di integrazione europea, il diritto dell'Unione continua ad essere di stringente attualità nel suo farsi carico delle complesse questioni poste dalla coabitazione della cultura dell'integrazione con il rispetto della uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e della loro «identità nazionale insita nella relativa struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali» (art. 4 dei 'nuovi' trattati)[26]. Facendo seguito alle stesse previsioni accolte nella bozza del TC (sia pure bloccata nel suo *iter* dal voto referendario negativo degli elettori francesi ed olandesi), l'integrazione europea è successivamente pervenuta al pieno riconoscimento della stessa forza giuridica dei trattati (art. 6 dei 'nuovi' trattati) ai diritti (alle libertà e ai principi) sanciti nella CDFUE. A seguito dell'incorporazione (sostanziale) della CDFUE all'interno dei 'nuovi' trattati, così, come si è già accennato, il processo di integrazione europeo si presterebbe, almeno secondo alcune letture, perfino ad essere considerato come un processo costituzionale pienamente conseguito, in deroga alle stesse procedure disciplinate dal diritto costituzionale (non solo interno) per assicurare la legittimazione politica di una nuova Costituzione.

Secondo un convincimento diffuso in dottrina (e nello stesso mondo politico-istituzionale), a seguito della sottoscrizione delle più recenti riforme dei trattati, il processo di integrazione europea si sarebbe ulteriormente sviluppato e assestato, sia con una razionalizzazione delle disposizioni dei trattati dell'Unione fin qui sottoscritti e recepiti dagli ordinamenti nazionali, sia e soprattutto mediante l'incorporazione nel TUE – a mo' di *Bill of Rights* – della CDFUE e l'adesione dell'U.E. alla C.E.D.U. Tale processo di positivizzazione dei diritti si accompagna con importanti interrogativi che riguardano sia la questione del superamento (o meno) del *deficit* democratico delle Istituzioni comunitarie, sia – e soprattutto – quello della relativa legittimazione costituzionale. Sul punto teorico specifico, tuttavia, la dottrina costituzionale risulta ancora divisa. Da parte di taluni, infatti, si sottolinea la natura per così dire consuetudinaria del processo d'integrazione europea in corso, che avrebbe fattualmente determinato una discontinuità con il costituzionalismo europeo, ormai non più sanabile dal punto di vista degli ordinamenti costituzionali nazionali che ne sono stati ormai travolti. È

[26] S. Gambino, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 3, 2012, p. 533 ss.

in tal modo, secondo le richiamate letture, che si porrebbero le premesse di un costituzionalismo europeo (quasi) compiuto, pienamente autoreferenziale e capace di produrre tutte le conseguenze giuridico-istituzionali che il primato e la diretta applicabilità delle sue disposizioni hanno (avuto e continueranno ad avere) sui diritti nazionali, ivi incluso nella stessa materia dei diritti fondamentali (fatti comunque salvi i 'controlimiti' opposti dalle giurisdizioni costituzionali europee, e *in primis* da quella italiana)[27]. Tale orientamento si accompagna con una lettura della discontinuità ormai compiuta nella quale si sottolineano le capacità novative della rivelazione di un ordinamento costituzionale nascosto, che si fonderebbero sulla legittimazione dei cittadini che agiscono attraverso i diritti, potendo ora farlo nei confronti dei propri Stati (e perfino contro di essi). Ma vi è anche una diversa lettura, diremmo più prudente. Interrogandosi sulla natura dei più recenti trattati e cogliendone la persistente loro natura giuridica (di Trattato e non quella di Costituzione), tale orientamento offre argomentazioni a favore della tesi secondo cui le modifiche introdotte nei nuovi trattati costituiscono poco più che una riorganizzazione normativa di quelli previgenti. Pur sottolineando come la frontiera dell'integrazione europea risulti spostata significativamente in avanti attraverso i diritti, tuttavia, tale orientamento ne ha sottolineato il persistente *deficit* costituzionale. Secondo tale approccio, in altri termini, una Costituzione, in quanto atto fondativo di un ordinamento giuridico sovranazionale e di quest'ultimo costituente parte integrante fondamentale nella sua componente di *inner law*, non potrebbe che procedere da una volontà politicamente e formalmente costituente, pertanto direttamente espressa dai popoli europei. Che tale atto costituisca l'espressione di una Assemblea o di un referendum costituente probabilmente non rileva più di tanto; ciò che deve risultare in modo indiscutibile è che la Costituzione europea deve rappresentare il risultato di un processo costituente, con una legittimazione, quella dei titolari della sovranità, che non possa dare adito a dubbi, con una forza dirompente propria perché basata sulla volontà dei *demoi* europei. In altri termini, secondo tale approccio, non si potrebbe pensare che un approdo progressivo alla Costituzione europea possa mettere in ombra – in tal modo svalutandole – le risalenti categorie dogmatiche alla base dei processi di legittimazione costituzionale.

[27] S. Gambino, *La Carta e le Corti costituzionali. 'Controlimiti' e 'protezione equivalente'*, in *Politica del diritto*, vol. 3, 2006, p. 411 ss.

5. *La comunitarizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e i riflessi sui diritti e le costituzioni nazionali*

Con riguardo specifico alle questioni poste dalla (sostanziale) incorporazione nei trattati della CDFUE e dall'adesione di quest'ultima alla CEDU (art. 6.2 Tr. Lisbona), si rende ora necessario un approfondimento aggiuntivo circa il significato stesso della formale positivizzazione dei diritti fondamentali al livello europeo e sulle questioni poste dai rapporti fra diritti fondamentali riconosciuti a tale livello e diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni nazionali. Rispetto a tale riconoscimento l'inserimento di un catalogo dei diritti fondamentali in un testo europeo, dal rilievo (se non formalmente) materialmente costituzionale, come si è già osservato, costituisce una condizione necessaria (benché non ancora sufficiente) al compimento di un processo di costituzionalizzazione comunitaria e con essa alla costruzione di quel legame inscindibile fra diritti e Costituzione, che costituisce una delle più tradizionali quanto attuali affermazioni del costituzionalismo europeo contemporaneo. L'obiettivo della realizzazione di una 'comunità politica' basata sulla valorizzazione dei diritti fondamentali e sulla loro effettività – in uno sforzo di sintesi che traduca realmente il patrimonio costituzionale dei Paesi membri – costituisce una 'sfida' di portata indubbiamente maggiore rispetto a quelle affrontate fin qui dall'Unione, richiedendo riforme ben più ampie e scelte più nette da parte degli Stati. Nella disciplina di tale questione, i 'nuovi' trattati recepiscono la raccomandazione che era stata già formulata all'interno della 'Convenzione sul futuro dell'Europa', volta a sottolineare «l'importanza della distinzione fra 'diritti' e 'princìpi'», finalizzata ad assicurare «la certezza del diritto nella prospettiva di una Carta giuridicamente vincolante e dotata di *status* costituzionale». Già in base all'art. 51 della CDFUE – per come si ricorderà – i 'diritti' devono essere 'rispettati, mentre i 'princìpi' osservati e promossi nella loro applicazione secondo le rispettive competenze, potendo la loro attuazione richiedere il ricorso ad atti legislativi o esecutivi e pertanto ricadendo, sotto tale profilo, nella competenza degli organi giurisdizionali in sede di interpretazione.

In dottrina, è stato già osservato con sottolineatura problematica come la distinzione fra 'diritti' e 'princìpi' indebolisca l'ambito di talune categorie di diritti, come ad es. i diritti sociali, che, per il loro concreto godimento, richiedono appunto un disposto legislativo (attuativo del principio costituzionale e/o comunitario, a seconda del relativo ordinamento) e un *facere* amministrativo (servizi pubblici); da qui l'impressione circa la natura a

dir poco aleatoria della richiamata clausola, in quanto inidonea a "declassare la portata" dei diritti e dei princìpi della CDFUE. Benché la disposizione dell'art. 52.3 di quest'ultima non precluda che il diritto dell'Unione possa concedere una protezione più estesa – quanto alla portata e ai limiti dell'interpretazione dei 'diritti' e dei 'princìpi' dell'UE – tali previsioni fanno comunque salvi i diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU (trovando «significato e portata degli stessi uguali a quelle loro conferite dalla suddetta Convenzione»), quelli che trovano fondamento nei trattati e infine tutti gli altri diritti, individuabili per esclusione, i quali incontrano i limiti e le condizioni previste dall'art. 52.1 (per il quale il relativo esercizio deve essere tale da rispettare «il contenuto essenziale di detti diritti e libertà»). Nel merito, tuttavia, deve sottolinearsi come risulti del tutto ambigua la previsione di limitazioni ulteriori che gli stessi possano conoscere qualora queste stesse appaiono necessarie (clausola del tutto indeterminata e per questo potenzialmente rischiosa per il contenuto dei diritti) e «rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Pertanto, non mancano preoccupazioni quanto all'ambito e alla portata delle possibili limitazioni al diritto e alle libertà dell'UE, pur così innovativamente riportate al rango simil-costituzionale di tale ordinamento. Tali preoccupazioni, peraltro, risultano alimentate da ulteriori previsioni in materia del TUE, come quando quest'ultimo rinvia, per la previsione di 'limiti', alle indeterminate 'condizioni' stabilite nel diritto dell'Unione e alle legislazioni e alle prassi nazionali. Una disciplina – quest'ultima – ben distante dalla più puntuale previsione delle costituzioni europee nella disciplina della riserva di legge (e di giurisdizione) applicata ai diritti, che è sempre tipizzata e teleologicamente motivata in sede costituzionale. In tal senso, può pienamente condividersi quell'autorevole orientamento dottrinario quando fa osservare come, rispetto alla distinzione fra 'diritti' e 'princìpi', non saremmo molto distanti dalle problematiche già conosciute nell'ordinamento interno con riferimento ai princìpi fondamentali sanciti nella Costituzione. L'art. 52.5 della CDFUE, in tale ottica, parrebbe voler «semplicemente escludere che dalla enunciazione di un principio nella 'Carta' (di un principio e non di un diritto) si possano ricavare conseguenze immediate e dirette circa posizioni soggettive concrete azionabili in giudizio, se non passando attraverso la *interpositio legislatoris*. Da un principio costituzionale (non da una norma costituzionale attributiva di diritti) un giudice non può ricavare direttamente una posizione giuridica soggettiva azionabile che non abbia alcuna altra base. La potrà ricavare interpretando le leggi, ed ecco il valore interpretativo della Costituzione, in

quello che non è tanto un controllo diffuso di costituzionalità, quanto un uso della Costituzione ai fini dell'applicazione delle leggi ordinarie; oppure potrà invocare il principio ai fini del sindacato di costituzionalità sulla legge: là dove cioè una previsione legislativa appaia in contrasto con il principio. Non mi sembra si tratti di qualcosa di molto diverso da ciò che siamo abituati a pensare riguardo ai princìpi costituzionali»[28].

Tanto richiamato della prospettiva di positivizzazione dei diritti, il vero nodo in materia sembra posto dalla previsione di norme in materia di giurisdizione dei diritti al livello dell'Unione e di mancata disciplina dei rapporti fra questa e le giurisdizioni costituzionali nazionali, da una parte, e quella della Corte EDU, dall'altra. In conclusione, per come si è osservato in precedenza, le previsioni dei 'nuovi' trattati consentono d'individuare alcuni primi orientamenti del processo modificativo dei trattati dell'Unione, che sono risultati particolarmente innovativi con riferimento alla positivizzazione dei diritti fondamentali nel diritto primario dell'Unione, ancorché in presenza di persistenti lacune quanto alla disciplina della definizione delle limitazioni al loro concreto esercizio e della loro effettiva 'giustiziabilità', in ragione di una (sostanzialmente) carente disciplina del sistema giudiziario europeo (rispetto ai sistemi giurisdizionali nazionali) e delle relative 'vie di accesso' riconosciute alle persone fisiche e giuridiche.

Se l'incorporazione (sia pure in forma sostanziale) della CDFUE nei nuovi trattati e dunque la loro 'scrittura' in un ampio catalogo – che riepiloga, positivizzandola e rendendola visibile, la giurisprudenza della CGUE e della Corte EDU e alla cui formazione hanno contribuito le 'tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri' per come lette dalla CGUE – non consente ancora di poter essere assunta quale espressione di una piena costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE, essa pare comunque incidere in modo significativo nel 'processo di costituzionalizzazione' (sia pure materiale) dello stesso, costituendone una fase embrionale, *statu nascenti*[29].

Con la innovativa positivizzazione dei diritti fondamentali nel diritto primario dell'Unione, pertanto, può affermarsi che alla previgente funzione di mero limite all'adozione di atti comunitari in eventuale loro violazione si accompagna, ora, una di tipo positivo, quella di costituire uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, capace di guidare lo stesso esercizio da parte delle istituzioni dell'Unione delle competenze loro riconosciute. Così, se gli

[28] Onida, *Il problema della giurisdizione*, in *La Costituzione europea*, cit.

[29] Cartabia, *I diritti fondamentali*, cit., p. 57; G. Zagrebelsky, *Corti europee e corti nazionali*, in http://www.luiss.it.

stessi hanno svolto fin qui una funzione per così dire strumentale, in ragione delle esigenze connesse ai progressi della costruzione del mercato comune europeo, il loro inserimento all'interno dei trattati (sia pure con una tecnica di mero rinvio) ne disvela ora una nuova vocazione, capace di assicurare maggiore linfa e smalto a concetti ugualmente centrali nel processo di costruzione europea, come la cittadinanza dell'Unione o il significato della reciproca fiducia tra gli Stati 'in uno spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia'. I diritti fondamentali, in tale nuovo quadro, non costituiscono più un mero limite, imposto all'azione delle Istituzioni comunitarie o degli Stati membri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, per come viene espressamente sancito nei 'nuovi' trattati. Al previgente obbligo (di non violare i diritti fondamentali) imposto alle istituzioni e agli organi dell'Unione, come anche agli Stati membri in sede di attuazione del relativo diritto, ne segue ora uno di tipo promozionale, secondo cui «i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze» (art. 51.1 CDFUE).

A questo punto dell'analisi, volendo richiamare (sia pure in termini essenziali) il tema centrale della giurisdizione nonché quello dell'effettività della tutela giudiziaria delle pretese giuridicamente riconosciute ai soggetti[30], può osservarsi come le recenti evoluzioni nel processo d'integrazione europea appaiano (plausibilmente) destinate a una valorizzazione ulteriore del sistema giurisdizionale, al cui interno potrà assistersi (in modo inevitabile) ad un nuovo protagonismo sia della CGUE che dei giudici nazionali. Tale protagonismo potrà esprimersi sia nella fase ascendente, di adizione alla CGUE da parte del giudice nazionale (ed ora della stessa Corte costituzionale) attraverso lo strumento del 'rinvio pregiudiziale', che avrà nuove e più articolate disposizioni su cui esercitarsi, sia, e soprattutto, nella fase discendente, con riferimento cioè alla disapplicazione del diritto interno per contrasto con la normativa dell'Unione, ora composta sia da disposizioni di garanzia dei diritti, sia da disposizioni che sanciscono princìpi[31]. In tale quadro, quanto ai rapporti fra diritto dell'Unione e diritto

[30] Nell'ampia bibliografia, sul punto, cfr. anche S. Gambino, *Il diritto a un giudice autonomo e indipendente. Ri-forma di stato e sistema di giustizia nell'ottica interna, comparata e comunitaria*, in *Democrazia e diritto*, vol. 3, 2005, pp. 320-363; Id., *Modelli europei di ordinamento giudiziario e tradizioni costituzionali in materia giudiziaria comuni agli stati membri dell'U.E.*, in *http://www.federalismi.it*, 2005, vol. 3; Id.-G. Moschella, *L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Politica del diritto*, 2005, vol. 4, pp. 543-623.

[31] R. Alonso García, *Il giudice nazionale come giudice europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, vol. 1, pp. 11-136; dello stesso A. cfr. anche *Costituzione europea: un nuovo modello di giustizia costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 1, 2004, pp. 874-878.

interno – e pertanto alla disapplicazione del diritto interno per contrasto con la disciplina dell'Unione in materia di diritti – in realtà, non sembrano sussistere dubbi di sorta; disponiamo, infatti, di una giurisprudenza risalente ed ormai consolidata. Dalle sentenze *Van Gend en Loos*[32] e *Costa/Enel*[33] in poi, la prevalenza e la diretta applicabilità del diritto comunitario nell'ambito del diritto interno costituiscono princìpi pienamente affermati, riconoscibili come un (pienamente conseguito) *acquis* comunitario[34]. Rispetto alla questione relativa alla piena vigenza dei regolamenti comunitari riguardati da leggi di recepimento (non previsti dai trattati) in contrasto con gli stessi, la Corte costituzionale, infatti, assume che il giudice ordinario non ha il potere di disapplicare le leggi contrastanti, potendo lo stesso solo sollevare la questione della loro legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 11 Cost. Tale *primauté* risulta pienamente confermata dalla giurisprudenza della CGUE, ancorché ispirata ad un prudente *self restraint* nella materia dei princìpi e dei diritti fondamentali nazionali. In tema sono state già richiamate, in particolare, l'importante considerando della sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*[35], la sentenza *Tanja Kreil*[36], le sentenze *Omega* e *Schmidberger*[37], in cui la tutela della dignità umana nonché la libertà di espressione e di riunione, in quanto valori e al contempo beni fondamentali, sono assunte come parametro per giustificare la restrizione ad una delle libertà fondamentali (nella specie, rispettivamente, il divieto di esercitare un'attività economica e la libertà di circolazione delle merci) sancite dai trattati.

Un interrogativo finale occorre ora porsi con riferimento all'esercizio delle funzioni giurisdizionali del giudice nazionale in presenza di princìpi fondamentali comunitari. La risposta maggiormente convincente

[32] Sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62, in Racc., 1963, p. 3.

[33] Sent. 15 luglio 1964, causa 6/64, in Racc., 1964, p. 1160 («... Il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità»).

[34] … ancorché non possa sottacersi l'almeno apparente ripensamento del Giudice delle leggi nella sentenza ICIC (sent. n. 232/1975).

[35] CGCE, sent. 17 dicembre 1970, C-11/70, § 3.

[36] CGCE, sent. 11 gennaio 2000, C-285/98.

[37] CGCE, sent. 14 ottobre 2004, C-36/02 (Omega Spielhallen); CGCE, sent. 12 giugno 2003, C-112/2000 (Schmidberger). In modo convincente, M. Cartabia legge tali giurisprudenze come una vera e propria dinamica che muove dai diritti fondamentali "versus" le libertà fondamentali (così in *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea,* in Id., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 42).

all'interrogativo, rispetto al diritto vigente (artt. 52 e 53, CDFUE), porta a ritenere tanto che gli stessi possano costituire materia opportuna di 'rinvio pregiudiziale', quanto che possano costituire valido parametro ai fini dell'interpretazione degli atti sottoposti alla sua cognizione ('interpretazione conforme al diritto comunitario'). Ed è appunto in tale ambito che si dischiudono significative questioni poste dall'intersezione fra la disciplina dell'Unione in tema di diritti e di princìpi fondamentali comunitari (si pensi, fra le tante, alla materia del bio-diritto o a quella della famiglia) e quella costituzionale di ogni singolo Paese membro dell'U.E., di norma garantita dal principio della rigidità costituzionale e da quello connesso di controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi. Da una parte, così, ritroviamo la CGUE costituita a presidio del rispetto del diritto nella interpretazione e nell'applicazione dei trattati, dall'altra, gli Stati membri chiamati a stabilire i rimedi per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea. Sempre nell'ambito delle cosiddette 'clausole orizzontali' (art. 52.6 della CDFUE), viene sancito, parimenti, che si tiene pienamente conto delle legislazioni e delle prassi nazionali. Risolutiva della questione ora in considerazione appare la disposizione della CDFUE relativa al "livello di protezione" dei diritti (art. 53), secondo cui nessuna disposizione della CDFUE può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, oltre che dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'UE o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la CEDU, e dalle Costituzioni nazionali[38]. *Nulla quaestio*, pertanto, circa l'individuazione della portata e del livello di protezione dei diritti fondamentali dell'UE. Questi ultimi sono da individuare e da proteggere secondo lo *standard* più elevato e con preferenza per le garanzie costituzionali assicurate da ogni singolo Paese membro dell'Unione, e naturalmente con preferenza del parametro comunitario in presenza di c.d. diritti nuovi. L'espansione del ruolo del giudice ordinario, pertanto, pare trovare un suo spazio particolare negli interstizi di questi due ordinamenti giuridici. Ogni volta che la norma da utilizzarsi per la risoluzione della singola controversia sia da valutare con riferimento al sospetto di una sua incostituzionalità, la procedura è quella del ricorso alla Corte costituzionale, la quale, in tal caso, nell'auspicio di un superamento del suo attuale orientamento giurisprudenziale in riferimento

[38] S. Gambino, *I diritti fondamentali tra 'Carta dei diritti UE' e 'costituzionalismo multilivello'*, in *La cittadinanza europea*, 2020, vol. 1, pp. 47-85.

ai casi di «doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale»[39], dovrebbe entrare nel merito della questione sottopostale a prescindere dalla questione se la norma dell'Unione sia o meno priva di effetti diretti. Tuttavia, se la stessa norma da utilizzarsi come parametro non ricade espressamente nei parametri costituzionali e nella giurisprudenza costituzionale già disponibile – nonché nell'interpretazione conforme alla Costituzione – pare aprirsi più di un varco a questo stesso giudice di adire la CGUE, o mediante il rinvio pregiudiziale o mediante la risoluzione della controversia con un'interpretazione conforme alle disposizioni dei trattati. L'orizzonte che si apre, come si può cogliere appare indubbiamente nuovo; è l'orizzonte di un controllo diffuso della costituzionalità comunitaria.

In un simile quadro non appariva del tutto astratto supporre, come era stato autorevolmente evidenziato, un possibile rischio di elusione del controllo di costituzionalità, a seguito degli (ampi) spazi riconosciuti al giudice ordinario nella sua funzione di *jus dicere*[40]. Così, se già in presenza di una CDFUE solo politicamente proclamata, ma (al tempo) ancora senza formale vigenza giuridica, il Giudice dell'Unione aveva saputo appoggiarsi ad un "blocco di comunitarietà", che aveva già in precedenza elaborato per assicurare tutela giurisdizionale alle pretese giuridiche soggettive sottoposte alla sua giurisdizione (soprattutto in materia di libertà economiche e di circolazione dei beni, dei capitali e delle persone, in breve, a sostegno delle libertà riguardate dalla loro 'funzionalità' al mercato comune europeo, alla luce dell'art. 26 TFUE in tema di mercato interno), poteva ben assumersi – per come è puntualmente avvenuto nel più recente indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale (sent. 269/2017; ord. 24/2017; sent. 15/2018) – che il riconoscimento del valore giuridico della CDFUE avrebbe potuto (e dovuto) porsi come presupposto di una giurisprudenza innovativa, nel senso ulteriormente espansivo della protezione dei diritti fondamentali europei, non limitata alle classiche libertà economiche, ma aperta anche a quelle sociali (e probabilmente anche a quelle di partecipazione politica), secondo un suo indirizzo giurisprudenziale risalente. In tale ottica devono richiamarsi, in particolare, il 'considerando' della sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* (CGCE, sent. 17 dicembre 1970, C-11/70), la sentenza *Tanja Kreil* (CGCE, sent. 11 gennaio 2000, C-285/98); e, qualche anno più tardi, le sentenze *Schmidberger* (CGCE, sent. 12 giugno 2003, C-112/2000) e *Omega* (CGCE, sent. 14 octobre 2004, C-36/02), nelle quali due ultime

[39] M. Cartabia, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale*, in *Il Foro it.*, 1997, V, p. 222 ss.

[40] A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti,* Milano, 2005, p. 95 ss.

la tutela della libertà di espressione e di riunione nonché quella della dignità umana – in quanto valori e beni giuridici fondamentali – vengono assunte come parametro per motivare una restrizione a libertà fondamentali sancite dai trattati (nella specie, rispettivamente, il divieto di esercitare un'attività economica e la libertà di circolazione delle merci). Si tratta quindi di approfondire se il rapporto fra ordinamenti e il necessario, connesso, bilanciamento fra beni costituzionalmente comparabili possa estendersi, senza conseguenze giuridicamente problematiche, alla stessa questione della comparazione fra libertà economiche europee e diritti sociali per come garantiti dagli ordinamenti costituzionali nazionali.

L'apertura di nuovi spazi interpretativi per il Giudice dell'Unione, consentiti da parametri (ora positivizzati nella CDFUE) nella stessa materia dei diritti fondamentali, impone naturalmente un'attenta riflessione sulle prospettive racchiuse nel c.d. 'dialogo fra le Corti'. Rispetto alla evoluzione precedente di tale rapporto fra l'ordinamento interno e quello comunitario, le nuove prospettive interpretative sono ora stabilite dall'art. 53 della CDFUE (*multilevel constitutionalism*). Nel quadro delle opportunità interpretative consentite da un sistema costituzionale a più livelli (che sono naturalmente molto ampie), tale criterio sottolinea la questione fondamentale posta dal criterio dell'effettività della protezione dei diritti fondamentali a livello europeo. Tale effettività è assicurata dal rispetto di un criterio ermeneutico che non si ponga come elusivo dei contenuti di garanzia più elevati *pro persona* – in ogni caso restando condizionati, di volta in volta, alla fattispecie fattuale oggetto della specifica questione pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale – ma si estenda fino a conseguire le garanzie più elevate previste nelle costituzioni nazionali e/o nel sistema internazionale/consuetudinario[41].

[41] G. Campanelli, F. Dal Canto, E. Malfatti, S. Panizza, P. Passaglia, A. Pertici (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli,* Torino, 2010; F. Vecchio, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti,* Torino, 2012; M. Fragola (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo,* Napoli, 2012; E. Malfatti, (con la collaborazione di F. Biondi Dal Monte e N. Pignatelli), *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, 3a ed., Torino, 2018; G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo,* Napoli, 2009; O. Pollicino, V. Sciarabba, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali Corti costituzionali*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale,* t. II, Padova, 2011; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo,* Milano, 2012; L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo,* Torino, 2013; S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, Napoli, 2000.

In tale quadro, appare innegabile assistere alla concorrenza con il livello delle garanzie accordate a livello nazionale sulla base delle relative disposizioni costituzionali e delle interpretazioni assicurate dalle Corti costituzionali nazionali; nell'ordinamento italiano particolarmente evidente almeno fino al *revirement* giurisprudenziale segnato dalla sentenza n. 356 del 1996, con riguardo al vincolo dell'interpretazione conforme a Costituzione richiesto al giudice ordinario dalla Corte costituzionale.

Possiamo, ora, trarre qualche considerazione conclusiva, anche richiamando la più autorevole dottrina italiana che si è fin qui espressa in materia. La questione centrale – con riferimento alla forza giuridica accordata alle disposizioni generali della CDFUE – rimane quella del rapporto esistente, a livello di Unione, fra la tutela dei diritti fondamentali, le altre disposizioni costituzionali europee e le 'tradizioni costituzionali comuni' agli Stati membri, nonché quella – strettamente connessa – se sia o meno previsto un controllo di costituzionalità comunitaria sugli atti normativi 'ordinari'. La risposta che può darsene è nel senso assertivo, e da ciò può trarsene la conclusione che tale controllo costituisce sintomo ed evidenziamento di un processo di costituzionalizzazione europeo che, se non può ancora definirsi compiuto, indubbiamente si spinge fino ai 'controlimiti' opponibili dai livelli costituzionali nazionali di protezione costituzionale dei diritti e dei princìpi fondamentali. Come si è fatto bene osservare, infatti, «[…] questo sembra il momento essenziale in cui nasce una vera Costituzione: finché non c'è nessun giudice che può utilizzare la Costituzione per contestare la legalità di un altro atto, anche legislativo, il documento rimane una mera enunciazione politica; si trasforma in un documento giuridico quando questo controllo è possibile»[42]. Pertanto, che si dia una competenza (di giurisdizione costituzionale europea) in capo alla CGUE appare problema non revocabile in dubbio. Che tale competenza confonda in una sola giurisdizione competenze di merito e competenze di legittimità (degli atti dell'Unione rispetto al relativo diritto) è parimenti indubitabile. Ciò che costituisce, al momento, un problema aperto (e che potrà accompagnarsi con eventuali pronunce divergenti fra le diverse giurisdizioni in sede di applicazione del diritto dell'Unione e di quello convenzionale-CEDU) – più che l'incerta individuazione del contenuto dei singoli diritti – è dato da quello, risalente e ancora senza compiuta soluzione, posto dal «rapporto fra le diverse enunciazioni degli stessi diritti e fra le diverse giurisdizioni sui diritti»[43] e in particolare del

[42] Onida, *Il problema della giurisdizione*, cit.

[43] L. Favoreu, *I garanti dei diritti fondamentali europei,* in G. Zagrebelsky (a cura di),

rapporto fra CGUE, Corti costituzionali nazionali e Corte EDU[44]. Rispetto a tali problematiche, si fa opportunamente rilevare la problematicità delle soluzioni di riforma accolte nei trattati al fine di garantire l'effettiva tutela dei diritti (incorporati ora, per come si è osservato, nel TUE mediante la tecnica del riconoscimento alla CDFUE della sua stessa forza giuridica) nell'ambito dello spazio giuridico europeo[45]. La CGUE sarebbe inevitabilmente chiamata a svolgere il delicato compito di garantire i contenuti normativi della CDFUE, che ora diviene *pleno jure* diritto dell'UE; né appare proponibile (o auspicabile) l'attribuzione di tale incombenza alla Corte EDU, ovvero ad una Corte istituita *ad hoc*, una sorte di 'Corte europea *bis*', come pure era stato autorevolmente suggerito[46]. Molteplici elementi osterebbero all'efficace svolgimento di tale compito cui le nuove disposizioni del TUE non aggiungerebbero nessuna reale garanzia di miglioramento. D'altra parte, i giudici nazionali, chiamati a fare riferimento alle disposizioni dei 'nuovi' trattati in tema di diritti fondamentali dell'Unione nell'ambito di applicazione del relativo diritto, non avrebbero competenza per sottoporre al controllo di tutela dei diritti gli atti dell'Unione secondo quanto si è già osservato; le corti nazionali non potrebbero, quindi, che limitarsi al controllo dell'attività degli organi degli Stati membri, *in unum* con le classiche funzioni di sindacato della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge. In verità, non è mancata autorevole dottrina che si è già chiesto se il nuovo ordinamento dei diritti fondamentali dell'Unione non autorizzi gli stessi giudici nazionali, in un controllo che diverrebbe così di costituzionalità diffusa, alla disapplicazione del diritto nazionale in contrasto con quello dell'Unione nell'ambito della stessa materia dei diritti fondamentali[47].

Negli ordinamenti europei, si dischiude, in tal modo, una inedita via a forme di controllo diffuso della costituzionalità comunitaria delle leggi, «che certamente riceverà un incremento, mano a mano che i magistrati e gli avvocati dei vari Paesi realizzeranno una piena maturazione culturale

Diritti e Costituzione nell'Unione Europea, Roma-Bari, 2003.

[44] Sulla natura «praticamente velleitaria» del tentativo di pervenire per via ermeneutica a qualsiasi razionalizzazione dei rapporti in essere fra le diverse Corti europee cfr. anche A. Spadaro, *Una (sola) Corte per l'Europa*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e* le Corti d'Europa, Torino, 2003.

[45] Favoreu, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in D*iritti e Costituzione*, cit.

[46] L. Favoreu, *Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, p. 3 ss.

[47] Pizzorusso, *Una Costituzione 'ottriata'*, Onida, *Il problema della giurisdizione*, entrambi in *La Costituzione europea*, cit.

che li porterà a utilizzare meglio queste tecniche fino ad ora poco conosciute»[48]. Tale prospettiva, in Italia, è stata rafforzata, tra l'altro, dalla modifica dell'art. 117 della Costituzione «che ha introdotto un primo comma che sembra possa consentire sviluppi di questo tipo, per quanto la giurisprudenza non si sia ancora pronunciata in proposito. Quando le disposizioni del Trattato … entreranno in vigore, inclusa la Carta dei diritti, queste opportunità probabilmente cresceranno e la prospettiva di sviluppo della giurisdizione costituzionale diffusa potrà probabilmente avere ragione anche della modificazione apportata all'art. 52 della 'Carta', di cui si è detto sopra. Per non dire che, se per avventura tale disposizione funzionasse nel senso di escludere la possibilità di utilizzare le norme della 'Carta', in loro vece ben potrebbero essere utilizzate moltissime altre norme di carattere internazionale di analogo contenuto che sono comunque in vigore anche negli ordinamenti statali. Ci sono ormai decine di testi internazionali che, in un modo o in un altro, sono stati recepiti nel diritto interno di molti Stati e ciò fa sì che il mondo del diritto sia ormai quasi sempre permeabile a questo tipo di esigenze, per cui le idee che si sono concretizzate in un modo o nell'altro in questi testi hanno grandi possibilità di trovare attuazione soprattutto nella misura in cui esiste una maturazione culturale degli operatori che rende tutto questo possibile (insieme ovviamente con tutte le altre circostanze che si possono presentare nel corso della storia dei singoli Paesi)»[49]. Tali autorevoli orientamenti dottrinari nel senso di un'apertura al nuovo quadro normativo europeo – che continua a restare, per molti profili, ancora incerto e ambiguo per quanto concerne il tema della effettività della protezione giurisdizionale dei diritti[50] e a tal fine della precaria definizione del sistema dei raccordi giurisdizionali (nazionale/U.E./convenzionale) – in conclusione, non fanno che sottolineare, sia pure in modo implicito, il persistente *deficit* regolativo in tema di verifica degli atti dell'Unione e dei relativi limiti delle vie di ricorso disponibili per far valere i diritti fondamentali[51]. Dopo le (persistenti) incertezze in materia del TUE, i nuovi trattati non sembrano aver compiuto grandi passi in avanti

[48] Pizzorusso, *Una Costituzione 'ottriata'*, cit.

[49] Pizzorusso, *Una Costituzione 'ottriata'*, cit.

[50] S. Gambino, *Uniformazione giuridica e Corti europee. Diritto ad un giudice imparziale e giurisdizione, fra tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, trattati comunitari, C.E.D.U. e giudici nazionali*, in F.P. Traisci (a cura di), *Il diritto privato europeo dal mercato interno alla cittadinanza europea*, Napoli, 2010, p. 225 ss.

[51] Nell'ampia bibliografia cfr. U. Villani, *Principi democratici e diritti fondamentali nella 'Costituzione europea'*, in *La Comunità internazionale*, 2005, vol. 4, p. 643 ss.; A. Tizzano, *I 'diritti fondamentali e le Corti in Europa'*, in *Il diritto dell'UE*, vol. 4, 2005.

sotto questo profilo. Tali considerazioni – oltre agli opportuni suggerimenti della dottrina[52] – ancora una volta riportano alla questione della necessità di una positivizzazione di (più) adeguate tutele giurisdizionali dei diritti fondamentali dell'Unione, la garanzia dei quali non può che chiamare in causa il livello della Costituzione e pertanto di forme (più) adeguate di legittimazione politica del diritto dei trattati. In conclusione, pertanto, si ribadisce che parlare di diritti e di Costituzione nell'ambito dell'UE vuol dire porsi degli interrogativi sulla natura stessa dell'integrazione europea (e sulla relativa effettualità), superando di conseguenza l'approccio funzionalista che l'ha caratterizzata fin dalle origini per ridefinirne le fonti di legittimazione e consolidarne i valori fondanti (in tal modo rispettando ed esprimendo realmente le tradizioni costituzionali più avanzate degli Stati membri dell'Unione).

[52] U. Allegretti, *I diritti sociali*, in S. Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005.

Francisco Balaguer Callejón

La costruzione di un'identità cittadina europea[*]

Sommario: 1. Introduzione – 2. Identità nazionale *versus* identità cittadina – 3. La questione del soggetto: il popolo nei confronti della cittadinanza – 4. Una cittadinanza senza democrazia pluralista? – 5. Un'identità di cittadinanza solidale.

1. *Introduzione*

La costruzione di un'identità cittadina europea richiede la previa configurazione di due concetti complessi: quello di identità europea e quello di cittadinanza europea. Questi termini non vengono ancora utilizzati, in Europa, nella pienezza del loro significato e, per questo motivo, è necessario renderli oggetto di una costruzione[1]. In realtà, se questa assenza si percepisce in maniera immediata relativamente al concetto di identità europea[2], risulta più complesso individuarla rispetto a quello di cittadinanza europea che, vantando un insieme di diritti e doveri che include anche il diritto al suffragio nelle elezioni del Parlamento europeo e nelle elezioni comunali degli Stati membri dell'Unione, costituisce una realtà giuridica. Una cittadinanza europea che, come afferma Luigi Moccia, rappresenta attualmente il "cuore federale" dell'Unione europea e che possiede una sua rilevanza sistematica, potendosi configurare in maniera tanto autonoma da consentire l'identificazione di uno spazio comune vincolato alla residenza e connesso ai diritti fondamentali[3].

[*] Traduzione dal castigliano di Giacomo Palombino.

[1] Come afferma giustamente Luigi Moccia, siamo di fronte ad «un mosaico che attende di essere ancora composto, ma dai lineamenti sistematici già identificabili», L. Moccia, *Il sistema della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, in Id. (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 167.

[2] Per quanto riguarda l'identità, come suggerisce G. Zagrebelsky, «la verità è che l'identità, come la legittimità, è qualcosa che si esperisce silenziosamente e che, quando in proposito ci si interroga espressamente, ciò significa che non c'è più e che deve essere costruita, come un compito, e non può semplicemente essere appresa come un dato», in *La identidad europea*, versione spagnola di J. F. Sánchez Barrilao, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, 2009, p. 17 ss.

[3] Cfr. Moccia, *ult. op. cit.*, pp. 174-175, 187-189, 193.

La questione diventa ancora più complessa quando abbiniamo i due termini, ovvero quando trattiamo in maniera congiunta l'identità e la cittadinanza, che sarebbero corrispondenti, a livello europeo, all'identità nazionale rispetto alla nazionalità. È proprio ragionando in questi termini che possiamo chiaramente constatare la debolezza del progetto di integrazione dinanzi alla forza eccessiva dello Stato nazionale, sia rispetto al peso assunto dalla nazionalità nella costruzione dell'istituzione statale sia in relazione alla configurazione di una identità nazionale forte proprio perché vincolata all'idea di Nazione.

Ragionando sul confronto tra i binomi identità nazionale/nazionalità e identità europea/cittadinanza, si nota come il primo dei due continui ad essere, nonostante l'evidente indebolimento dello Stato nazionale nel contesto della globalizzazione e della integrazione sovranazionale[4], un fattore importante nella costruzione dello spazio pubblico europeo. Al contrario, possiamo affermare che il binomio identità europea/cittadinanza si caratterizza ancora per la sua versione "*light*" che, nonostante l'innegabile proiezione nell'ambito giuridico, non riesce a svilupparsi nella sua dimensione politica all'interno dello spazio pubblico europeo.

Senza dubbio, la cittadinanza europea dispone di un proprio statuto giuridico che, nonostante i suoi limiti, rappresenta una base idonea ad incentivare un progresso della costruzione dell'identità europea, soprattutto per quanto concerne la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Tuttavia, nello stesso ambito, non si può ancora parlare di una cittadinanza europea come concetto politico e fattore determinante per la costruzione di un'identità.

In effetti, la cittadinanza europea opera sul piano politico nelle vesti di una cittadinanza nazionale proiettata in Europa, finalizzata alla difesa degli interessi di ogni Paese. Non esiste un sentimento europeo ma un'articolazione o declinazione della condizione europea come componente di una identità nazionale. Si è cittadini europei, per esempio, in quanto cittadino italiano, spagnolo o tedesco. Ciò appare come una considerazione ovvia in quanto così stabilito proprio dallo statuto giuridico della cittadinanza europea, la quale è connessa alla nazionalità di uno Stato membro[5]. Una connessione, questa, che condiziona necessariamente la dimensione politica della cittadinanza europea.

[4] Cfr. F. Balaguer Callejón, *Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo*, in F. Lanchester (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Padova, 2019, pp. 59-82.

[5] In base all'articolo 9 del TUE: «È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce».

2. *Identità nazionale* versus *identità cittadina*

Nonostante l'identità nazionale non debba confondersi con il nazionalismo, è evidente come i due concetti condividano una medesima origine. Ed è proprio questa origine comune a conferire una forza peculiare. Come afferma Isaiah Berlin, nel nazionalismo si radica la convinzione che il modello di vita di una società sia simile a quello di un organismo biologico; i bisogni della società corrispondono a ciò di cui tale organismo ha bisogno per un suo adeguato sviluppo e questi possono definirsi i bisogni supremi; in caso di conflitto con altri valori che non discendono dalle necessità specifiche dell'"organismo", devono prevalere i valori supremi della società, visto che solo in questo modo si eviterà la decadenza e la rovina della Nazione[6].

Questa condizione organica dell'identità nazionale rende per l'individuo l'appartenenza alla Nazione una questione vitale, qualcosa che dà un senso alla sua stessa vita. È evidente che, partendo da questa premessa, è possibile individuare già una differenza tra l'identità nazionale e la cittadinanza, in quanto quest'ultima prende origine da una componente razionale, da un insieme di diritti e libertà che si attribuiscono alla persona nella prospettiva della sua integrazione all'interno di una società e di un sistema giuridico. Una condizione che non è immutabile in quanto può essere fatta oggetto di modifiche o adattamenti attraverso processi democratici. Per comprendere in maniera chiara la differenza tra l'una e l'altra tipologia di identità, dovremmo partire dalla distinzione kelseniana tra sistemi normativi statici e dinamici[7], la quale permette di evidenziare il contrasto tra la realtà normativa, tendenzialmente immutabile, degli ordini religiosi e morali e quella che si adatta alle condizioni sociali conformemente alle decisioni democratiche della società stessa[8].

È possibile asserire che l'identità nazionale e l'idea di appartenenza che da essa discende si muovano in uno spazio irrazionale, ispirato a sentimenti, a vincoli storico-tradizionali ed infine, come suggerisce Berlin, alla percezione che i valori e i principi su cui poggia questa appartenenza siano tali per il

[6] I. Berlin, *Nationalism: Past Neglect and Present Power*, 1979, tratto dalla versione spagnola di I. Berlin, *Sobre el nacionalismo. Textos escogidos*, Barcellona, 2019, pp. 92-93.

[7] Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a ed., Vienna, 1960, ristampa del 1967, p. 196 ss.

[8] Secondo Kelsen esiste una corrispondenza tra democrazia, razionalismo e scienza: «la teoría jurídica, política y social del tipo democrático, se revela en su verdadero carácter de teoría social científica por excelencia, mientras que el tipo autocrático trata el problema de la sociedad como objeto del conocimiento, con arreglo a puntos de vista político-religiosos, esencialmente teológicos», in *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, versione spagnola della seconda edizione del 1929, *Esencia y valor de la democracia*, Barcellona, 1934, p. 152.

solo fatto di appartenere ad una determinata "comunità Nazione", vale a dire perché appartengono alla "mia" Nazione. Tale configurazione porta all'affermazione della superiorità di una Nazione su tutte le altre, generando una contraddizione tra il relativismo culturale, che deriva dalla diversità dei sentimenti delle diverse nazioni e l'assolutismo, su cui si basa il suo presupposto (che gli stessi valori sono assoluti e devono realizzarsi in ogni caso, incluso di fronte ad altre nazioni). La contraddizione può essere superata attraverso l'attribuzione a questi valori nazionali di una condizione superiore o più coerente con i veri bisogni dell'essere umano[9].

Questo assolutismo, ovviamente, contrasta con l'idea di democrazia così come concepita da Kelsen al momento di sviluppare la sua teoria di un relativismo critico, in base alla quale viene criticata la concezione metafisica del mondo, basata sulla convinzione in ciò che è assoluto. Alla visione metafisica e assolutista del mondo si chiede un atteggiamento autocratico, così come alla democrazia corrisponde una concezione scientifica dell'universo, il relativismo critico[10].

Tutto ciò, che in maggiore o minore misura si rintraccia nell'identità nazionale, è del tutto estraneo al concetto di cittadinanza. Quest'ultimo, infatti, richiede una configurazione razionale, tendenzialmente universale, dei diritti e delle libertà delle persone. Questi diritti possono e devono essere modificati al fine di includere nuove facoltà o limitare la loro incidenza rispetto ai diritti altrui in funzione di criteri altrettanto razionali. Anzi, nel confronto tra questo sistema di diritti e quello di altre comunità si generano processi dialettici che contribuiscono ad un loro potenziamento, così manifestando una tendenza universale che risulta contraria all'idea di identità nazionale.

Eppure, il fatto che l'identità di cittadino sia, considerata la sua specifica configurazione, più debole dell'identità nazionale dal punto di vista

[9] «Los profetas del nacionalismo hablan en ocasiones como si los derechos superiores – de hecho, supremos – que la nación tiene sobre el individuo se debiesen a que solo la vida, los fines y la historia de dicha nación dan vida y significado a todo lo que el individuo es y hace. Pero eso parece implicar que otros hombres mantienen una relación similar con sus propias naciones – las cuales reclaman tener sobre ellos derechos igualmente válidos y no menos absolutos – , y ello podría entrar en conflicto con la plena realización de los fines y la "misión" de la nación de un individuo dado, lo cual, a su vez, parece conducir en el terreno teórico al relativismo cultural – que no concuerda con el absolutismo de la premisa, incluso aunque no la contradiga formalmente – y abrir la puerta a la guerra de todos contra todos». Para evitar llegar a esa conclusión, hay nacionalistas que intentan demostrar que determinada nación o raza «es intrínsecamente superior a otros pueblos» y que su cultura «engendra seres en los que los verdaderos fines del hombre ser acercan a la plena realización más de lo que lo hacen en el caso de los hombres de otra cultura», Berlin, *op. cit*, p. 98.

[10] Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., pp. 153-154.

politico, non deve far pensare che, al fine di favorire il progetto europeo, sia auspicabile la costruzione di un'identità nazionale europea. In realtà, il significato moderno di identità nazionale è stato costruito sulla base di condizioni storiche che, attualmente, hanno subito sostanziali evoluzioni[11], ragion per cui sarebbe difficile riflettere sulla possibilità di articolare una identità nazionale europea, anche qualora fosse (ma non lo è) augurabile. In questa prospettiva, sarebbe più opportuno che l'identità di cittadino europeo contribuisse a moderare i profili di un'identità nazionale che negli Stati membri sta dando vita a movimenti nazionalisti, ispirati a posizioni chiaramente contrarie al diritto costituzionale europeo.

Pertanto, si può parlare di una identità *cittadina* o, allo stesso modo, di una futura identità *costituzionale* europea, ma non di un'identità *nazionale* europea. Ebbene, anche per la prospettiva di un'identità costituzionale europea bisogna chiedersi a quali elementi di tale identità non si possa ricorrere in quanto legati ad una configurazione costituzionale che risale alle origini dello Stato costituzionale moderno ed alla prefigurazione nazionale di questa tipologia di Stato[12]. Senza voler pretendere che il progetto europeo sostituisca le identità nazionali, sarebbe auspicabile canalizzare queste identità all'interno di uno spazio cittadino europeo, in cui la tensione politica possa articolarsi in termini razionali e costituzionali.

A ciò può ovviamente contribuire il riconoscimento dell'identità nazionale come identità costituzionale così come avviene, dopo il Trattato di Lisbona, tramite l'articolo 4.2 del TUE, e cioè vincolando l'identità nazionale con il profilo costituzionale, in maniera tale che l'Unione europea sia chiamata a rispettare, innanzi agli Stati membri, «l'identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». In effetti, la canalizzazione dell'identità nazionale attraverso le strutture politiche e costituzionali fondamentali conduce ad uno spazio di razionalità, proprio del mondo del diritto e, più precisamente del diritto costituzionale, dove il conflitto tra l'identità nazionale e il progetto europeo fa riferimento ad un insieme di concetti che troveranno punti di contatto con il diritto costituzionale dell'Unione europea, come è evidenziato dalla giurisprudenza di merito della Corte di Giustizia[13].

[11] Cfr. J. Habermas, *Geschichtsbewusstein und posttraditionale identität*, 1987, versione spagnola di M. Jiménez redondo, *Conciencia histórica e identidad postradicional* in J. Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, 2007, p. 83 ss.

[12] Cfr. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998, versione spagnola di Redondo, *Facticidad y validez*, Madrid, 2005, p. 619 ss.

[13] Cfr. F. Balaguer Callejón, *A relação dialética entre identidade constitucional nacional*

3. *La questione del soggetto: il popolo nei confronti della cittadinanza*

Le molteplici identità così come la complessità dei valori che caratterizzano una società plurale e progressivamente multiculturale fanno sì che gli effetti dell'integrazione sociale tra tutti i settori – anche nell'ambito statale costituzionale – non agiscano senza riscontrare difficoltà, e ciò non solo a causa dei concetti provenienti da altri ambiti identitari (religiosi, etici o culturali) ma anche per quelli che continuano a avere un valore centrale, in funzione della propria evoluzione storica, nel diritto costituzionale odierno e che difficilmente sono utili alla configurazione delle identità cittadine che siamo chiamati a costruire all'interno di una società democratica contemporanea[14]. Ciò si può osservare proprio nella fase costituente, in quanto alcune Costituzioni già incorporano il concetto di cittadinanza riferendosi al soggetto costituente che accompagna o sostituisce, in questo modo, altri soggetti costituenti come il Popolo o la Nazione[15].

Così come l'identità nazionale ha sviluppato una sua specifica patologia con le forme di nazionalismo, l'appello al popolo quale soggetto storico ha sviluppato la propria, vale a dire il populismo. I movimenti populisti costruiscono una finzione politica, quella di un popolo unico che solo loro rappresentano o meglio, come dice Rosanvallon, che solo loro riflettono e incarnano, considerato che il meccanismo rappresentativo, generalmente negato alle istituzioni democratiche (che comunque vengono interrogate sulla condizione rappresentativa), non riesce a definire la relazione che questi movimenti pretendono di avere con quel soggetto politico che corrisponde al nome di "popolo"[16].

Il populismo non invalida il nome di "popolo" quale referente culturale del costituzionalismo, anzi, come suggerisce Peter Häberle, non è possibile

e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu, in *UNIO - EU Law Journal*, vol. 3, n. 1, gennaio 2017.

[14] Cfr. F. Balaguer Callejón, *European Identity, Citizenship and the Model of Integration*, in A. Silveira, M. Canotilho, P. Madeira Froufe (eds.), *Citizenship and Solidarity in the European Union. From the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, Bruxelles, 2013.

[15] Cfr. P. Häberle, *La ciudadanía a través de la educación como tarea europea*, in *ReDCE*, 2005, n. 4, pp. 613-630.

[16] Nell'ambito del populismo si può parlare, come afferma Rosanvallon, di una «représentation-miroir» (una "rappresentazione-specchio") attraverso l'uomo-popolo, ovvero il leader che riflette in sé tutto ciò che compone il popolo. Cfr. P. Rosanvallon, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, French edition, *janvier* 2020, p. 50 ss.

rinunciare a questo valore e consegnarlo ai movimenti populisti[17]. Del resto, non possiamo neanche smettere di domandarci se una società plurinazionale come quella europea, nel contesto di una globalizzazione accelerata del secolo XXI, abbia bisogno di ricorrere realmente a concetti appartenenti al primo costituzionalismo, al "*we the people*" per costruire il suo progetto costituzionale. A mio parere, oltre a non essere necessario, questo non deve neanche porsi in essere, ed è per questo motivo che tale questione, così ricorrente nel dibattito dottrinale europeo[18], non merita l'influenza che le è stata concessa.

Cento anni fa, Kelsen già segnalava il carattere fittizio dell'unità attribuita al popolo, affermando che non c'è nulla di più problematico che quella unità a cui si è soliti riferirsi con il nome di popolo. Per Kelsen, il popolo, diviso per differenze di carattere nazionale, religioso o economico rappresenta più un agglomerato di gruppi che una massa compatta dalla natura omogenea[19].

Circa cinquant'anni fa, Martin Kriele evidenziava anche l'incompatibilità dell'idea di sovranità con quella di Stato costituzionale, il quale altro non è se non la conseguenza della limitazione dei poteri dello Stato previsti dalla Costituzione normativa[20]. La sovranità del popolo, oggi, costituisce una finzione dello Stato nazionale se consideriamo che sia alla sua dimensione soggettiva (l'unità e l'omogeneità del popolo) sia a quella oggettiva (la illimitata condizione del potere che esprime) mancano le caratteristiche attribuite dalla dottrina costituzionalista. Con riferimento agli Stati membri dell'Unione europea, ciò non solo non è applicabile all'esercizio del potere all'interno dell'ordinamento costituzionale ma anche in relazione all'esercizio del proprio potere costituente, dovuto alla frammentazione che l'integrazione europea genera su quest'ultimo[21].

[17] «Me niego a regalarle la palabra *populus* a los populistas. Pensemos en Cicerón y su *res publica*, *res populis*, en los romanos con su *senatus populus romanus*, en el no menos famoso *we the people*, en la inscripción del Reichstag "el pueblo alemán", o en el hecho de que, en la mayoría de los Estados, se considere que el poder judicial se expresa "en nombre del pueblo"». Häberle, *El constitucionalismo como proyecto científico*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, gennaio-giugno, 2018, n. 29.

[18] Per tutti, confronta D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 1994, versione spagnola *¿Necesita Europa una Constitución?*, *Debats*, 1996, n. 55.

[19] Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., pp. 30-31.

[20] Cfr. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 1975, 4a ed., Westdeutscher, Opladen, 1990.

[21] Cfr. F. Balaguer Callejón, *European Integration and Limitation of the Power of Constitutional Reform*, in R. Arnold (a cura di), *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Berlin, 2016, pp. 15-25.

Infatti, non conosciamo un "popolo europeo" all'interno dell'ordine costituzionale così come non conosciamo un "popolo" italiano, spagnolo o tedesco nel contesto di una democrazia pluralista. Individuiamo, al contrario, una cittadinanza plurale che si esprime attraverso la dialettica tra la maggioranza e l'opposizione, nel rispetto delle regole costituzionali. Una democrazia costituzionale, insomma, che rompe la finzione del popolo come unità di potere per stabilire limiti giuridici alla maggioranza governante. È giusto domandarsi, allora, se sia possibile individuare un "popolo europeo" come fattore costituente, perché è in questa dimensione (quella costituente) che la sovranità popolare potrebbe continuare a svolgere una funzione reale all'interno dello Stato nazionale. Ciò, d'altronde, aveva un senso prima della globalizzazione e dell'integrazione sovranazionale. All'interno dell'integrazione europea, il potere costituente è il frutto di un'azione congiunta dei popoli nazionali (della cittadinanza nazionale, per essere più precisi) e della cittadinanza europea i quali, pur riflettendo due differenti centri di potere, non corrispondono ad ordinamenti costituzionali indipendenti l'uno dall'altro e dove, inoltre, non sono presenti atti di sovranità volti a rompere un ordine costituzionale già composto, che integra gli ordinamenti costituzionali parziali degli Stati membri e quelli dell'Unione europea[22]. Un atto di sovranità che non si realizzerebbe neanche in presenza di un'evoluzione dell'Europa, d'accordo con l'auspicio dei federalisti europei ai quali appartengo, in uno Stato federale, perché questa organizzazione politica si baserebbe comunque sul rispetto della realtà costituzionale degli Stati membri.

4. *Una cittadinanza senza democrazia pluralista?*

Ciò che è necessario per la costruzione costituzionale dell'Europa non è tanto un soggetto storico, quanto una forma di organizzazione politica: la democrazia pluralista. Tale organizzazione politica, infatti, rifletterebbe in maniera esatta la pluralità politica e territoriale dell'Europa in funzione delle diverse cittadinanze esistenti nell'Unione: regionali, statali ed europee[23],

[22] Circa l'interazione tra ordini costituzionali parziali che si viene a configurare tramite la Costituzione di ogni Stato membro, da intendersi in parte europea e in parte interna, cfr. Häberle, *¿Tienen España y Europa una Constitución?,* versione spagnola di M. Azpitarte Sánchez, con prologo di A. López López, Sevilla, 2004, pubblicato anche in *ReDCE*, n. 12, luglio-dicembre, 2009.

[23] Cfr. F. Balaguer Callejón, *Constitución y ciudadanía en perspectiva europea*, in

ognuna di queste a loro volta articolate sulla base di una democrazia pluralista che esprime e canalizza il pluralismo politico.

Nel pluralismo è radicata una delle differenze più significative tra un concetto di cittadinanza utile a configurare un nuovo soggetto costituente e il concetto di popolo come collettività omogenea che detiene un potere unitario. Il pluralismo rappresenta, in sé, anche una nuova forma di divisione del potere nelle costituzioni normative[24]. Rappresenta, anzi, il presupposto dell'esistenza di queste ultime, considerato che solo in funzione del riconoscimento del pluralismo è possibile la forza normativa della costituzione e la configurazione di un diritto costituzionale capace di canalizzare i conflitti politici fondamentali. L'evoluzione del costituzionalismo può spiegarsi tramite la sua relazione con il conflitto e la sua lotta finalizzata a rivelare il conflitto, ovvero renderlo visibile dinanzi ai poteri politici ed economici che hanno cercato di nasconderlo, trasferirlo, trasformarlo o negarlo invece di canalizzarlo attraverso procedimenti democratici e costituzionali[25].

In questa prospettiva, il caso dell'integrazione europea è paradigmatico. In realtà, il conflitto sociale soffre una trasformazione essenziale quando gli interessi sociali vengono considerati nella loro dimensione europea, poiché la mediazione statale circa le questioni europee fa sì che sparisca il conflitto tra maggioranza e minoranze che è consustanziale a qualsiasi società democratica moderna. Nella sua dimensione europea, il conflitto sociale si trasforma in un conflitto nazionale contro l'Europa[26] e, in questo modo, ha bisogno di un'unità fittizia che impedisce la contrapposizione di interessi nonché lo stesso pluralismo. In Europa, i governi statali, a prescindere dal partito politico al quale appartengano, sventolano la bandiera degli interessi nazionali, così da non lasciare spazio all'espressione di alternative come quelle che si manifestano nel processo democratico interno.

È evidente come questa forma di intendere il processo di integrazione,

---

Aa.Vv., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, Madrid, 2008, vol. II, pp. 1923-1933.

[24] Cfr. F. Balaguer Callejón, *L'articolazione territoriale del potere politico in Europa. Il pluralismo costituzionale di fronte alla crisi económica*, in F. Balaguer Callejón, P. Cruz Villalón, P. Grossi, P. Häberle, S. Mangiameli, G. Milano, J. Miranda, D. Schefold, *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, pp. 81-100.

[25] Sulla relazione tra conflitto e costituzione, cfr. C. De Cabo Martín, *Conflicto y constitución desde el constitucionalismo crítico*, Madrid, 2019.

[26] Cfr. F. Balaguer Callejón, *Diritto e giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo*, versione italiana di A. Schillaci, in A. Cantaro (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011, pp. 31-49.

che è stata quella che lo ha inspirato fino ad ora, non può considerarsi europeista in un senso profondo, in quanto porta ad attribuire all'Europa tutti gli aspetti negativi delle politiche pubbliche, in maniera tale che, ogni qualvolta vi siano da promuovere azioni impopolari, la responsabilità dei governi nazionali si trasferisce in capo alle istituzioni europee. Pertanto, la costruzione di una identità europea è resa più complessa poiché la relazione con l'Europa si manifesta attraverso una tensione che finisce con il rinforzare l'identità nazionale e svilire quella europea. La conclusione che possiamo trarre da ciò è che il modello di integrazione europea non solo non favorisce la costruzione di un'identità europea ma, altresì, la rende più difficile [27], favorendo, al contrario, il rafforzamento delle identità nazionali e, come effetto patologico, dei nazionalismi.

Ciò che manca in Europa è uno spazio pubblico europeo fondato sulla contrapposizione democratica tra maggioranze e minoranze. In altri termini, il problema dello spazio pubblico europeo non è il suo carattere *in fieri*, il suo scarso grado di sviluppo, ma una configurazione inadeguata (derivante dal modello di integrazione seguìto finora) basata sulla contrapposizione di interessi nazionali e non nell'articolazione pluralista e democratica di alternative politiche a livello europeo. La questione del deficit democratico e costituzionale dell'Unione europea è quindi strettamente connessa con quella dell'identità. Fintantoché l'Europa sarà carente di strutture democratiche omologabili a quelle nazionali non sarà possibile far emergere un sentimento europeo attraverso la cittadinanza, capace di esprimere una sua specifica identità.

Nell'Unione europea la dimensione politica della cittadinanza è praticamente assente dallo spazio pubblico europeo, al quale si accede sostanzialmente attraverso la mediazione dello Stato membro al quale si appartiene. Tutto ciò finisce con il rinforzare l'identità nazionale di fronte a quella europea e impedire, nella pratica, la costruzione di un'identità propria a livello europeo. Nello spazio europeo non esistono alternative democratiche se non quelle nazionali, cosicché l'identità nazionale è sempre proiettata quale elemento consustanziale al progetto europeo. La trasformazione della struttura politica europea in una democrazia pluralista è quindi la prima esigenza costituente in Europa, la quale renderebbe possibile portare a termine l'opera fondamentale inaugurata con l'entrata in vigore della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Considerato che la Carta definisce una cittadinanza europea affidandole una configurazione propria di diritti, la democrazia pluralista permetterebbe

[27] Cfr. Balaguer Callejón, *European Identity, Citizenship and the Model of Integration*, cit.

che la dimensione istituzionale della realizzazione dei diritti, d'accordo con la tradizione del costituzionalismo moderno, abbia una proiezione anche nella struttura istituzionale dell'Unione europea. Bisogna tenere presente che uno dei principali contributi del costituzionalismo alla garanzia dei diritti fondamentali, già prevista nell'articolo 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, è stata giustamente quella di far emergere l'importanza di una struttura del potere capace di rendere effettiva la proclamazione dei diritti[28]. Questa prerogativa è praticamente assente nell'Unione europea poiché manca un assetto istituzionale idoneo all'instaurazione di una democrazia pluralista[29].

L'assenza di una democrazia pluralista a livello europeo svilisce la natura della sua organizzazione istituzionale, dal momento che, in queste condizioni, le sue istituzioni non riflettono un'autentica natura costituzionale: dal sistema delle fonti del diritto alla funzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea passando per il Parlamento europeo, si rilevano le conseguenze dovute all'assenza di una democrazia pluralista in Europa.

Ma ciò che è più importante è che questa assenza di democrazia pluralista sottrae potenziale identitario alla cittadinanza europea in quanto quest'ultima continua a proiettarsi a livello europeo in chiave nazionale, impedendo la costruzione di un'autentica identità cittadina europea. In assenza di democrazia pluralista, la cittadinanza non può pienamente costituire un fattore di costruzione costituzionale.

5. *Un'identità di cittadinanza solidale*

Affinché queste cittadinanze operino in maniera armonica nella complessa realtà costituzionale europea è necessario che tra le stesse si instauri un vincolo di solidarietà, nel senso habermasiano, che contribuisca a configurarle come un'autentica comunità politica[30]. La solidarietà è un fattore di creazione

[28] Cfr. F. Balaguer Callejón, *La interacción entre democracia y derechos en el constitucionalismo y su proyección supranacional y global*, in Aa.Vv., *Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, pp. 45-87.

[29] Cfr. F. Balaguer Callejón, *Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo*, in *La cittadinanza europea*, 2015, vol. 1, pp. 39-62.

[30] Come afferma giustamente Habermas, «Si la emergencia de la conciencia nacional implicó un doloroso proceso de abstracción, que llevó de unas identidades locales y dinásticas, a otras nacionales y democráticas, ¿por qué debería, en primer lugar, esta

dell'identità particolarmente forte poiché completa l'idea di uno statuto legale dei diritti che è comune, con l'idea dei doveri di solidarietà che creino una connessione tra ogni singolo cittadino e la comunità intera.

Tuttavia, la strada da fare è ancora lunga e molteplici sono le carenze che, con il tempo, dovranno essere superate. La solidarietà intesa come fattore di identità, attualmente, si concentra solo a livello statale e regionale, continuando ad essere praticamente assente a livello europeo. Questa è la conseguenza, principalmente, degli errori dell'Europa (come la recente crisi finanziaria, che ha provocato uno scontro tra Paesi creditori e Paesi debitori), del suo modello di integrazione (che possiede elementi di disgregazione[31]) e dell'avanzamento dei movimenti nazionalisti e populisti, quale ulteriore conseguenza di tali errori e del modello di integrazione perseguito.

In realtà, il fallimento relativo del modello di integrazione negli ultimi tempi (nonostante la sua innegabile funzionalità previa) corrisponde alla sua incapacità di far fronte alla globalizzazione, uno dei principali obiettivi del progetto europeo. Il futuro dell'Europa si gioca proprio in questa capacità di affrontare la globalizzazione e la debolezza manifestata negli ultimi anni in tal senso ha favorito l'evoluzione dei movimenti nazionalisti e populisti che oppongono al progetto europeo le proprie identità nazionali, così come oppongono le proprie identità regionali a quelle nazionali degli Stati membri, in un processo di disgregazione che detiene la sua base nel malessere dei settori importanti di ogni comunità nei confronti della comunità più ampia, a cui attribuiscono l'incapacità di salvaguardare i propri diritti dinanzi agli attori globali.

La costruzione di un'identità costituzionale europea nel contesto della globalizzazione non deve confrontarsi con queste identità nazionali e regionali, ma deve basarsi sull'idea di uno statuto giuridico di diritti della cittadinanza compatibile con le identità nazionali o territoriali esistenti all'interno degli Stati membri. Il concetto di cittadinanza detiene un'evidente proiezione alla futura articolazione identitaria dei diversi spazi costituzionali che coesistono in Europa. I quali spazi, oltre a definire diritti e doveri della cittadinanza, sono legati da una sostanziale continuità derivante dalla loro natura costituzionale. Questa continuità favorisce un'interazione che può contribuire allo sviluppo di un insieme di diritti sempre più avanzato.

generación de una clase de solidaridad cívica sumamente artificial – "solidaridad entre extraños" –, estar condenada a detenerse definitivamente justo ante los límites de nuestros clásicos Estados-nación?», J. Habermas *¿Por qué necesita Europa una constitución?*, in *New Left Review*, n. 11, nov-dic. 2001, p. 16.

[31] Cfr. F. Balaguer Callejón, *L'Unione europea di fronte alla Brexit e ad altri processi disgregativi nel contesto globale*, in *federalismi.it*, 2020, n. 13.

In definitiva, il concetto di cittadinanza rende possibile una conciliazione delle identità politiche, territoriali, culturali e religiose dei cittadini e permette un'apertura alle nuove realtà costituzionali che si stanno sviluppando all'interno e all'esterno dello Stato. È, pertanto, un concetto che guarda al futuro. Ciò non significa che non presenti profili di complessità e neanche che non sussistano incoerenze tali da ostacolare la sua effettività. Sulla cittadinanza, come concetto basilare del diritto costituzionale europeo, si ripercuotono le trasformazioni derivanti dalla relazione tra diversi spazi costituzionali. Anche la globalizzazione avrà la sua incidenza così come le trasformazioni sociali che sta generando.

Il risultato di questi processi deve essere l'espansione dei diritti e libertà dei cittadini europei così come l'evoluzione del concetto di cittadinanza, in modo tale da rompere la sua limitata configurazione storica legata alla formazione dello Stato nazionale[32]. E ciò nella prospettiva di un concetto di cittadinanza che deve essere ugualmente solidale all'interno degli Stati europei e nella concezione del ruolo che l'Europa deve svolgere nel contesto internazionale nell'ottica di contribuire a ridurre gli effetti nocivi del processo di globalizzazione.

[32] Durante il processo di elaborazione del Trattato Costituzionale, la questione della estensione della cittadinanza ebbe una rilevanza significativa rispetto al tema dei migranti che siano residenti di lunga durata. La proposta del Comitato Economico e Sociale Europeo (19/09/2002), indicata nella Convenzione, di sganciare la cittadinanza e la nazionalità al fine di rendere possibile la concessione della cittadinanza dell'Unione europea ai migranti di lunga durata senza la necessità che fossero cittadini degli Stati membri, anche se alla fine non venne approvata, indica una futura prospettiva di approccio al tema: «Occorre migliorare le politiche d'integrazione degli immigrati. Il Comitato chiede che la Convenzione europea studi la possibilità di concedere la cittadinanza dell'Unione ai cittadini dei Paesi terzi che hanno lo status di residenti di lunga durata». Cfr. il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Integrazione nella cittadinanza dell'Unione europea» in cui il Comitato «propone alla Convenzione di contemplare, all'articolo 7 (Cittadinanza dell'Unione), la concessione della cittadinanza dell'Unione non soltanto ai cittadini degli Stati membri, bensì anche a tutti coloro che risiedono stabilmente o per un periodo prolungato nell'Unione europea. La cittadinanza dell'Unione andrà ad aggiungersi alla cittadinanza nazionale senza sostituirla. In tal modo queste persone saranno cittadini europei e pertanto uguali davanti alla legge».

Ennio Triggiani

Fra sovranità e sovranismi nell'Unione europea[*]

Sommario: 1. Fra sovranità, sovranismo e nazionalismo – 2. Sovranità effettiva o apparente – 3. Sovranità come capacità effettiva di governo e Unione europea – 4. Risultati sovranazionali conseguiti dall'integrazione europea – 5. La necessaria condivisione di sovranità e il problema delle identità nazionali – 6. Patrimonio culturale e valoriale a base del rilancio dell'integrazione europea – 7. Conclusioni.

1. *Fra sovranità, sovranismo e nazionalismo*

Il termine *sovranismo* è un'invenzione recente, mentre il concetto di *sovranità* è uno dei pilastri del pensiero politico moderno. In sintesi, la sovranità è la somma dei poteri di cui è dotato lo Stato, nella dimensiona interna ed in quella esterna riguardo alla sua indipendenza. Nel diritto pubblico il concetto giuridico di *sovranità,* con riferimento allo Stato, è caratterizzato da due aspetti, uno interno consistente nel supremo potere di comando in un determinato territorio e uno esterno consistente nell'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Paesi. Teorico di tale processo è stato, come è noto, il filosofo britannico Thomas Hobbes nella sua celebre opera *Il Leviatano* con il passaggio da un iniziale '*stato di natura*' fatto di individui isolati pronti a distruggersi reciprocamente *(Bellum omnium contra omnes e Homo homini lupus*) ad un insieme di atti contrattuali con cui i singoli individui trasferiscono la loro forza ad una '*persona comune*' che è lo Stato.

La comunità internazionale contemporanea, quale delineatasi nel secondo dopoguerra, si è basata sul tentativo di limitazione di una sovranità assoluta, foriera di guerre continue, attraverso il sistema delle Nazioni Unite, la nascita di una pluralità di organizzazioni e organismi internazionali nonché significativi fenomeni di integrazione sovranazionale e più o meno incisivi

[*] Il saggio, inviato prima della crisi pandemica, non tiene ovviamente conto della straordinaria e innovativa reazione delle istituzioni dell'Unione europea nell'ottica della sovranazionalità. Ci si riferisce, soprattutto, all'attivazione di un debito comune, prima impensabile, attraverso il *Next Generation* EU e l'avvio di una "Unione europea della salute". Ha trovato, pertanto, piena concretizzazione l'assunto, indicato nel testo, per cui la solidarietà sintetizza la natura stessa del processo d'integrazione essendone perno centrale.

tentativi di tutela internazionale dei diritti fondamentali della persona.

Contro tale impostazione nasce il *sovranismo*, termine con cui si indicano soprattutto le posizioni che si oppongono al trasferimento di funzioni a organizzazioni sovranazionali per ristabilire un presunto onore perduto proprio con la 'riconquista' (spesso solo illusoria) della sovranità. Per di più, l'obiettivo non è solo quello di uscire dalle istituzioni politiche sovranazionali, ma più ambiziosamente si tenta di distruggerle e di fare in modo che l'Unione europea (UE), la più significativa espressione di organizzazione internazionale del potere di governo, semplicemente non ci sia più.

La fortuna del termine sovranismo è quella di indicare qualcosa di palese evidenza e immediatamente tangibile e cioè il diritto-dovere di dare priorità agli interessi del proprio Paese e del proprio popolo che, in quanto sovrano, tale deve rimanere, circostanza peraltro ovvia e incontrovertibile, anche nei confronti dell'UE. Ma sovranismo, così come viene inteso nel dibattito di oggi, non è il semplice esercizio della sovranità; esso è la sua rivendicazione polemica che si traduce nel recupero di una piena (e presunta) sovranità nazionale attraverso posizioni isolazioniste e protezionistiche. In realtà si tratta di un illusorio desiderio di ritorno al Novecento, che non tiene conto dei cambiamenti tecnologici del mondo, del rimpicciolimento del globo e della presenza di potenze globali che si avvantaggiano della riduzione sovranista di Stati che, da soli, perdono forza e significato politico.

Il risultato finale è dato dalla circostanza che sovranismo e autodeterminazione si saldino col nazionalismo, sostantivo che si preferisce nascondere per evitarne il pericoloso riferimento storico a terribili guerre e nefande tragedie che ha generato nel secolo scorso. Di tale situazione non va, tuttavia, sottovalutata nel nostro Continente la responsabilità dell'Unione, ma soprattutto dei suoi Stati membri, nell'incapacità di far progredire il modello europeista. Ed allora il risorgere pericoloso di richiami alle sovranità nazionali assolute e a ideologie nazi-fasciste sollecita una profonda riflessione sul significato odierno, in Europa, di sovranità e democrazia e su come si pone il processo d'integrazione europea rispetto alla declinazione democratica della sovranità.

Anzitutto, ricordiamo che l'UE è la più significativa risposta politico-istituzionale ai problemi creati dalla globalizzazione crescente di compiti che erano in precedenza monopolio esclusivo dello Stato. Ciò comporta l'analisi di due problemi. In primo luogo, il trasferimento, parziale, di poteri sovrani alle sue istituzioni sulla base del principio di attribuzione pone la questione della qualità democratica della struttura istituzionale dell'Unione per la verifica dell'esistenza nell'UE di un corrispondente livello di garanzie democratiche che ne avvalori la legittimazione, e cioè la

'transnazionalizzazione della democrazia'.

In secondo luogo, bisogna chiedersi se, nel quadro dell'odierna globalizzazione, l'esercizio di alcuni poteri, essenza della sovranità, in capo agli Stati sia effettivo o apparente in particolare rispetto alla dimensione 'esterna' della sovranità. E cioè se lo stesso dibattito sul rispetto degli idonei requisiti democratici in ordine a tale trasferimento debba invece proiettarsi sul livello ultranazionale nel cui ambito si spiega l'effettività dell'esercizio di molti dei poteri in questione.

2. *Sovranità effettiva o apparente*

Sotto il primo profilo, nel quadro della realtà di integrazione transitoria quale è oggi l'UE nelle sue nuove forme di organizzazione giuridica e nella sperimentazione di un ordinamento giuridico del tutto particolare e innovativo, è indubbio che livelli qualificati di legittimazione democratica non possano che essere principalmente riferiti al ruolo giocato, nel sistema, dal Parlamento europeo (PE) quale diretta rappresentanza dei cittadini europei e come 'costituente permanente' (secondo la definizione che ne diede Willy Brandt). In proposito, la riforma di Lisbona aveva registrato il consistente ampliamento dei poteri del PE in chiave co-decisionale legislativa e di bilancio, con un richiamo al bicameralismo di tipo federale pur con la permanente esclusione di importanti settori quali la fiscalità (persistente e grave limite di una rappresentanza senza tassazione) e la politica estera.

Ma la riforma resta indebolita dalla debolezza del sistema politico-partitico europeo a causa della scarsa vitalità del relativo sistema di istituzioni intermedie, nonostante il richiamo al ruolo dei partiti politici a livello 'comunitario'[1]; tale ruolo è però oggi pressoché inesistente per mancanza

[1] L'articolo 10, comma 4 del Trattato sull'Unione Europea afferma che: «I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione». L'articolo 224 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea recita: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, determinano lo statuto dei partiti politici a livello europeo di cui all'articolo 10, paragrafo 4 del trattato sull'Unione europea, in particolare le norme relative al loro finanziamento». Il Regolamento 1141/2014 del 22 ottobre 2014 ha disciplinato lo statuto ed il finanziamento di partiti e fondazioni europee. Esso è stato modificato dal Regolamento 2018/673 del 3 maggio 2018 (GUUE L 114 del 4.5.2018). Il termine *europartiti* indica federazioni transnazionali ed extraparlamentari di partiti nazionali dei diversi Stati membri dell'UE, uniti da affinità politiche. Queste organizzazioni non sono quindi identiche ai gruppi politici del Parlamento europeo,

della loro ristrutturazione su base continentale e non è certo favorito dalla mancanza, finora, di liste elettorali transnazionali nelle elezioni del PE, che andrebbero più decisamente 'europeizzate' per almeno attenuarne la frequente dipendenza dalla sommatoria di logiche politiche nazionali in esso presenti.

La prassi di questi anni ha per di più evidenziato il rafforzamento della componente intergovernativa anche attraverso il crescente ruolo giocato, nell'equilibrio dei poteri, dal Consiglio europeo, peraltro privo di sufficiente controllo anche da parte dei Parlamenti nazionali di riferimento di ciascun membro, rispetto al quale quello europeo solo se fondato su di una solida e convinta maggioranza europeista potrebbe aspirare ad esserne una sorta di 'contropotere' democratico. Certo, i membri del Consiglio europeo sono ovviamente espressione democratica del voto nazionale ma la loro legittimazione si diluisce ampiamente nell'ambito della proiezione sovranazionale. Si tenga, inoltre, presente che questa istituzione è sottratta al controllo e al giudizio della Corte di giustizia per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di ogni regola del diritto relativa alla loro applicazione o abuso di potere.

Ulteriori problemi e contraddizioni, nel ridisegnare idonei livelli di qualità democratica del sistema, derivano da un governo 'comunitario' (la Commissione) privo di omogeneità politica e, nonostante la fiducia ricevuta dal PE, spesso con questo in contrasto (anche, non raramente, di fronte alla Corte di giustizia). Del resto, nello stesso TUE sia la sopravvenuta precarietà dell'*acquis* (art. 48) che la formalizzazione del recesso (art. 50), di cui si è servito il Regno Unito, appaiono a loro volta esprimere un indiscutibile rafforzamento della componente intergovernativa e comunque delle sovranità nazionali.

Per di più, la moltiplicazione dei processi decisionali, con la creazione di un vero e proprio labirinto deliberativo, ne riduce la trasparenza evidenziando un profilo di criticità rilevante soprattutto in un ordinamento che vede persone fisiche e giuridiche dirette co-protagoniste dello stesso.

In realtà, il Trattato di Lisbona, pur introducendo significative innovazioni, non ha modificato l'impianto politico del sistema ed i relativi processi decisionali, come già detto, rimangono tuttora ben fondati sul controllo degli Stati nazionali che continuano ad essere il vero sovrano europeo. Nell'Unione, ancora organizzazione eteronoma, non esiste un

sebbene cooperino strettamente. I due europartiti più numerosi e noti sono il Partito Popolare Europeo (PPE) e il Partito Socialista Europeo (PSE). L'uso dell'aggettivo 'comunitario' per quanto ormai formalmente improprio viene in questo testo usato, fra virgolette, per comprensibile comodità.

potere di autorevisione dei propri fondamenti giuridico-istituzionali; e sono sempre gli Stati gli effettivi protagonisti delle istituzioni comunitarie, vuoi perché il PE è ancora lontano dall'essere paragonabile alle assemblee rappresentative conosciute e teorizzate dal diritto costituzionale (partecipa solo relativamente alla formazione dell'indirizzo politico) vuoi perché sono gli Stati che direttamente compongono le istituzioni comunitarie (come nel caso del Consiglio) o ne scelgono i membri (come avviene per la Commissione, sebbene in relativa 'compartecipazione' con il PE). È, quindi, perlomeno superficiale parlare di un'Unione distante e separata, contrapposta a 'poveri' Stati sottoposti senza alcuna capacità di difesa ai verticistici imperativi posti dalla burocrazia dell'UE.

Ulteriore dimostrazione di tale assunto è ricavabile dalla fondamentale procedura di approvazione del bilancio pluriennale. Il Trattato prevede che Parlamento e Consiglio agiscano con spirito di cooperazione leale per facilitarne l'adozione sottoposta al voto a maggioranza del primo ed a quello unanime del secondo. Tuttavia, il Consiglio europeo tende ad avocare a sé le scelte fondamentali tentando di porre davanti al fatto compiuto le due istituzioni formalmente competenti.

In altri termini, i Paesi membri pur cedendo considerevoli poteri all'Unione ne hanno continuato a mantenere un ampio controllo attraverso la loro prevalente presenza nel relativo equilibrio dei poteri dell'assetto istituzionale. Pensiamo, ad esempio, agli accordi internazionali della crisi economica ed al nuovo Fondo salva-Stati il cui ruolo viene enfatizzato ponendolo allo stesso piano della Commissione; esso, però, in quanto organismo sorto al di fuori dei Trattati europei decide sempre all'unanimità. In realtà, sotto molteplici profili sia formali che, soprattutto, sostanziali è in fondo la 'democrazia' degli Stati a permeare ancora il sistema 'comunitario'.

La legittimazione democratica nel sistema dell'UE non presenta, pertanto, un parametro unitario di riferimento ma si fonda su di una molteplicità di soggetti che pretendono di esercitare una forma di rappresentanza. Gli equilibri istituzionali derivanti dai rapporti tra PE, Parlamenti nazionali, Consigli, Commissioni sono comunque riconducibili all'art. 10 TUE per il quale «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa», con le connesse garanzie, e la soluzione dei possibili conflitti interni viene affidata alla Corte di giustizia, sempre nel quadro del rispetto di diritti e principi fondamentali.

È così indubbio che i passi avanti nel superamento del c.d. *deficit* democratico, evidenziati altresì ad esempio (anche se più in astratto

che concretamente) dal *diritto di iniziativa popolare*[2], rischiano di essere parzialmente depotenziati in assenza di una riflessione sull'odierno significato del concetto di sovranità.

3. *Sovranità come capacità effettiva di governo e Unione europea*

E veniamo quindi al secondo aspetto della questione. In altri termini, la complessità del problema si lega al venir meno della sovranità nazionale come centro concettualmente unitario di imputazione dei profili soggettivi della capacità di governo. La nozione di sovranità dovrebbe basarsi, come ricordava Rolando Quadri, sull'effettiva capacità di governo di una comunità, che cessa quando il relativo potere smetta di essere effettivo. È il criterio dell'effettività che costituisce il fondamento giuridico della potestà di governo fissando nuove frontiere nella ricerca di una *sovranità condivisa*, sempre preferibile ad una meramente nazionale sempre più virtuale, e proiettando i cittadini stessi in una dimensione sovranazionale dei diritti e delle istituzioni.

Gli Stati sono attraversati dal potere globale della finanza, delle banche, dei media, della criminalità, della mafia, del terrorismo e non sono comunque in grado da soli di affrontare problematiche per loro natura sovranazionali (si pensi all'ambiente, all'inquinamento, ai flussi migratori). Per non parlare della crescita delle piattaforme di rete con capacità di raccolta dei dati senza precedenti, facilmente utilizzabili ed utilizzate per minare la democrazia diffondendo spesso notizie false e visioni estreme così condizionando gli orientamenti politici: una governamentalità algoritmica in funzione della decostruzione della sovranità.

È, pertanto, chiaro che non riusciremo a risolvere i problemi globali se non con strumenti politici e istituzionali globali, restituendo alle istituzioni la possibilità di interpretare volontà e interessi reali delle popolazioni.

[2] Ai sensi dell'art. 11 TUE, par. 4 «Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati». L'iniziativa dei Cittadini Europei (ICE) è dal 1° gennaio 2020 disciplinata dal Regolamento 2019/788 del 17 aprile 2019 (G UUE L 130 del 17.5.2019) e dal Regolamento delegato 2019/1673 della Commissione del 23 luglio 2019 (abrogati i precedenti Regolamenti 211/2011 e 1179/2011).

Diversamente, dinanzi ad una sovranità fittizia anche gli strumenti e le istituzioni della democrazia diventano virtuali. La realtà è che gli Stati nazionali europei «non hanno più il fisico», non hanno le risorse per dedicarsi a baldorie sovraniste. E difatti il neo-nazionalismo parla di recuperare la sovranità nazionale (contro l'Europa) ma è disponibile a fare del proprio Paese un satellite di qualcun altro. A giovarsi della fine dell'UE sarebbero infatti soprattutto la Russia, libera di tornare nell'Est Europa, e gli Stati Uniti, liberi di negoziare qualsiasi cosa con 27 Paesi più o meno piccoli piuttosto che con un colosso economico, finanziario, culturale quale in questo momento siamo come continente. Per non parlare della Cina, la cui espansione economica in Africa sta progressivamente soppiantando decenni di rapporti dell'Europa consolidati attraverso, soprattutto, le Convenzioni di Lomè e Cotonou[3]. Ma in quel caso il sovranismo si configurerebbe come un vero e proprio tradimento della nazione, portata fuori da un perimetro di protezione, quale è l'UE.

Il problema è che i governi nazionali sono costretti, di volta in volta, ad affrontare e risolvere problemi specifici di natura europea ma proponendo e valorizzando ancora troppo spesso soluzioni di tipo meramente intergovernativo. Invece, proprio in quanto la sovranità si concretizza nell'esercizio di poteri effettivi è indispensabile che in materie decisive come fiscalità, politica estera, difesa, migrazione gli attuali compiti sussidiari oggi affidati all'UE si trasformino in poteri veri e propri.

Sussiste, infatti, il concreto rischio che la crisi dello Stato nazionale posta alla base dell'integrazione europea 'contamini' le stesse istituzioni di questa proprio in quanto esse sono troppo condizionate dagli Stati membri. Si tratta allora di coniugare il concetto di democrazia con le esigenze di organizzazione sociale tipiche del sistema giuridico dell'Unione e di assicurare rappresentatività ai soggetti che vi operano. In altri termini, bisogna coniugare legittimità con efficacia.

[3] Ci si riferisce al Gruppo degli stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (abbreviato in ACP) che è un'organizzazione internazionale formata dai Paesi che partecipano al sistema di partenariato e cooperazione con l'Unione europea istituito dalla Convenzione di Lomé del 1975 e confermato dalla Convenzione firmata a Cotonou il 23 giugno 2000 attualmente in fase di ridefinizione. Il numero dei paesi ACP è passato da 46 nel 1975 a 79 dal 2012 (48 paesi dell'Africa subsahariana, 16 dei Caraibi e 15 del Pacifico).

4. *Risultati sovranazionali conseguiti dall'integrazione europea*

Che la strada alla ricerca, per questa via, di una nuova dimensione della sovranità effettiva sia quella giusta è riscontrabile, anzitutto, nella pace proprio grazie al ridimensionamento del carattere di onnipotenza di cui nel corso degli anni si era rivestito il nazionalismo statale come indiscutibile fonte di aggressività individuando la guerra come madre degli Stati nazionali. La pace, invece, è un indiscutibile risultato dell'integrazione europea e della condivisione di sovranità proprio perché, pur non cancellandoli, sono stati ridimensionati i confini scolorendoli nelle proprie molteplici dinamiche. In questo senso, il processo di unificazione continentale deve essere considerato anche come il tentativo degli europei di riscattare il loro passato trasformando il nostro da continente di guerra in continente di pace.

Strettamente connesso al valore della pace, che viene così ulteriormente qualificata, è l'irrompere dell'affermazione e della tutela dei diritti fondamentali della persona. Cade definitivamente la visione dell'esclusività della sovranità statuale e si afferma l'idea che i diritti fondamentali non possono essere violati neanche dallo Stato. La creazione della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il processo evolutivo delle Comunità europee costituiscono, nel nostro Continente, la prima consacrazione istituzionale di una vera e propria rivoluzione. L'affermazione e la tutela dei diritti fondamentali rappresentano, pertanto, un ulteriore aspetto positivo ed efficace dell'integrazione europea, rafforzato all'inizio del terzo millennio dalla Carta di Nizza dei diritti fondamentali che offre il valore aggiunto di porre sullo stesso piano diritti individuali, collettivi, economici e sociali. Si tratta, tuttavia, di una parificazione che non sempre ha trovato riscontro nei fatti. Lo stesso principio di solidarietà, con forza e sotto più profili sancito da Lisbona, è per sua natura di portata sovranazionale, senza però riuscire anch'esso a trovare ancora adeguata applicazione se solo si pensa alla questione dei flussi migratori (art. 80 TFUE). La solidarietà sintetizza la natura stessa del processo d'integrazione essendo declinabile nell'ambito sia delle relazioni tra i cittadini europei anche in ottica intergenerazionale sia nelle relazioni tra Stati membri e tra questi ultimi e le istituzioni 'comunitarie'.

In tale ambito, il riconoscimento ai cittadini europei di un ampio catalogo di diritti direttamente ostensibili dinanzi ad un giudice è una caratteristica che differenzia l'UE da gran parte delle organizzazioni intergovernative e che la accomuna, piuttosto, agli Stati. In ordine alla loro tutela la Corte di giustizia, contrariamente alle Corti supreme federali, non ha però il potere di annullare le norme interne in contrasto con il diritto dell'Unione.

Il particolare 'protagonismo' della persona fisica nel sistema dell'UE è, comunque, rafforzato dall'attribuzione ad essa, sul presupposto dell'appartenenza ad uno Stato membro, della cittadinanza 'europea'. Essa è corredata da un vero e proprio elenco di diritti, peraltro ancora ed inevitabilmente limitato, quale specifica espressione dello *status* giuridico di una seconda cittadinanza, per la prima volta non riferita ad uno Stato sovrano da forgiare sul fondamento della dignità della persona quale cemento dell'integrazione delle diverse identità unificate dal comune progetto di sviluppo. In altri termini, più cittadini in senso pieno che consumatori.

Tuttavia, non può non segnalarsi la singolare circostanza per cui un identico *status* si consegue attraverso vie a volte profondamente diverse considerato che, ovviamente, spetta alle sovranità statali il potere di disciplinare l'attribuzione delle rispettive cittadinanze nazionali o il riconoscimento delle altrui. Si passa, infatti, dal più complesso requisito di lunghissimi anni di stabile residenza alla 'semplice' (e discriminatoria) possibilità, addirittura, di acquisto della stessa. Molti Stati dell'UE offrono la cittadinanza o la residenza a chi ne fa richiesta sulla base di consistenti investimenti nel Paese, ad esempio tramite l'acquisto di beni immobili o finanziamenti nelle attività economiche (si pensi a Cipro, Malta, Bulgaria).

Ben altro rilievo assumerebbe la cittadinanza dell'Unione se essa fosse attribuita attraverso un'autonoma disciplina giuridica prevista dall'ordinamento unionale. Certo, non mancano importanti interventi della Corte di giustizia che, in più occasioni, ha riconosciuto forza e dignità all'istituto in questione tanto da ritenere essere destinato a costituire «lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri», come ripetutamente affermato a partire dalla sentenza *Grzelczyk* del 20 settembre 2001. Potrebbe, per questa via, trovare un'idonea soluzione la contraddittoria vicenda degli stranieri provenienti da Paesi terzi ormai lungo-residenti in Europa, dove hanno ormai definitivamente collocato la propria sede familiare, sociale ed economica. Ad essi sarebbe offerto l'esercizio di un minimo catalogo di diritti, sottraendoli da quella sorta di 'apolidia politica' che frequentemente li caratterizza. Il nesso tra nazionalità e diritti va, quindi, necessariamente riconsiderato nella misura in cui, nell'ambito dei grandi flussi migratori, rischia di produrre esclusioni e conseguenze antidemocratiche.

Inoltre, una disciplina autonoma della cittadinanza dell'Unione avrebbe risolto la complessa questione, nel dopo Brexit, dei cittadini britannici. Per essi si dovrebbe verificare la perdita di tale *status*, attribuito sul presupposto del possesso della cittadinanza di uno Stato membro (art. 20 TUE). Certo, nessun problema si sarebbe posto se questo istituto giuridico avesse già goduto, come detto, di una specifica disciplina che ne avesse consentito il

mantenimento pur in caso di perdita di tale presupposto giuridico.

Analoga singolarità, in quanto anch'essa non riferita all'esistenza di uno Stato sovrano, è espressa dalla moneta unica, frutto di una scelta indubbiamente coraggiosa dei Paesi che vi aderiscono, offrendo ai paesi la possibilità di mantenere stabili i tassi di cambio e quindi di godere dei benefici dell'apertura all'interno del mercato unico, contenendone allo stesso tempo i costi. Per i vari Paesi dell'unione monetaria questa maggiore integrazione ha, per esempio, portato importanti vantaggi sulle loro relazioni di cambio. La moneta unica ha consentito, del resto, di recuperare sovranità monetaria effettiva rispetto al regime di parità fisse a suo tempo vigenti nel Sistema Monetario Europeo (SME): le decisioni rilevanti di politica monetaria erano allora prese in Germania, mentre oggi sono condivise da tutti i Paesi partecipanti. La dimensione dei mercati finanziari dell'euro ha inoltre reso l'area della moneta unica meno esposta agli *spillover effects* della politica economica americana, nonostante l'accresciuta integrazione finanziaria globale.

L'Eurozona, tuttavia, non è priva di palesi criticità in ordine al proprio funzionamento. Infatti, la mancanza di capacità strategica in governanti privi di adeguata statura politica ha lasciato il progetto a metà strada, con le ovvie conseguenze negative emerse al momento in cui, partita dagli Stati Uniti una grave crisi economica, le relative contraddizioni sono esplose. In realtà, la moneta unica sarebbe in grado di funzionare in maniera equa ed efficiente solo se fosse integrata in una politica economica e fiscale unitaria dei 19 Paesi dell'Eurozona. Fra l'altro, sono gli Stati membri strutturalmente più deboli ad avere più bisogno che l'UEM disponga di strumenti che prima di tutto diversifichino il rischio delle crisi e che poi ne contrastino l'effetto nell'economia.

5. *La necessaria condivisione di sovranità e il problema delle identità nazionali*

Ed allora, di fronte alle due grandi problematiche esposte l'unica via d'uscita consiste nel rovesciamento di uno scenario prevalentemente intergovernativo come l'attuale, in cui la parte del leone è inevitabilmente giocata dai Paesi più forti che ragionano nella logica della loro individuale convenienza.

Bisognerebbe quindi procedere nella ulteriore concretizzazione dell'interdipendenza che lega gli Stati i quali, sottoposti ad una reciproca

e consistente influenza, vedono le proprie sorti strettamente legate e sono costretti a godere della fiducia sia dei vicini che dei mercati. Si tratta della *horizontal accountability* teorizzata dagli studiosi della globalizzazione, per la quale ciascun governo, in misura maggiore o minore in relazione al proprio peso politico ed economico, deve rispondere non solo ai propri elettori ma anche, orizzontalmente, ad altri governi e ad altri popoli. Ciò con buona pace dei c.d. 'sovranisti' per i quali esiste un concetto molto elementare della democrazia, intesa come un rapporto esclusivo stretto soltanto tra un popolo, con le sue insoddisfazioni socio-economiche, e il suo governo.

Gli stessi mercati, peraltro formati anche da risparmiatori grandi e piccoli, sono controllati dagli Stati ma, a loro volta, li controllano e sono pronti a colpire una politica di *deficit spending* per le economie europee a più alto debito pubblico. Per cui, solo la prosecuzione democratica del processo di integrazione può far superare questa ricaduta in una spaccatura nazionalistica dell'Europa.

In tale obiettivo, appunto politico, di portare a compimento il perfezionamento del processo di più ampia condivisione delle sovranità, probabilmente su base federalistica, per alcuni un ostacolo è legato alla circostanza che la sovranità si collegherebbe strettamente al carattere unitario dell'identità del popolo sul quale e per il quale essa si determina. In proposito, la clausola identitaria, di cui all'art. 4 par. 2 TUE, potrebbe porre l'identità nazionale in funzione di limite all'integrazione più che come contenuto specifico dell'identità europea. Ma una lettura congiunta con la visione di apertura europeistica espressa dall'art. 2 TUE ne evidenzierebbe, al contrario, il fondamento giuridico della sovranità nazionale quale premessa e legittimazione della erigenda sovranità europea.

Inoltre, l'inesistenza di un popolo europeo che si ponga come base costituente potrebbe diluire la stessa politicità del Parlamento e la sua potenza progettuale. Tuttavia, se non esiste tale popolo in grado di rapportarsi in termini sovranazionali al tradizionale concetto di sovranità, bisogna comunque prendere atto che la presunta omogeneità storica, religiosa, culturale, linguistica caratterizzante la popolazione di ciascuno Stato oggi tende progressivamente ad attenuarsi nonostante i goffi ma pericolosi tentativi di restaurarla propagandisticamente per ricondurla a visioni ultranazionaliste e razziste. L'Unione è un 'laboratorio' di una democrazia di più popoli, tipica di società complesse nelle quali la sovranità non si regge più sulla unicità del *demos* ma richiede forme inedite di organizzazione della convivenza di un tessuto plurale.

Il modello europeo costituisce, quindi, un esempio unico e mirabile di

coesistenza fra culture differenti ma, allo stesso tempo, affini in continuità con una tendenza storica; infatti l'Europa è stata caratterizzata, sin dal Medioevo, da una profonda unità culturale che non ha potuto svilupparsi compiutamente proprio a causa delle divisioni politiche create dalle barriere ideologiche dello Stato-nazione. È necessario ricordare, in proposito, il ruolo svolto da S. Benedetto, non a caso riconosciuto da Paolo VI nel 1964 Patrono d'Europa, che, nel secolo più buio del disfacimento dell'Impero Romano, ha fatto appello ai nostri valori comuni per ricostruire l'anima e la stessa economia dell'Europa di allora. Gli insegnamenti di Benedetto arrivarono, appunto, dopo il declino della civiltà romana e furono fondamentali per la nascita della cultura europea, portando la novità, dopo gli eccessi dell'età romana e delle violenze dei barbari, di non guardare «alla condizione sociale, né alla ricchezza» ma al «senso della persona». Le radici più profonde e più chiare dell'Europa pensata come un insieme nel secolo XX sono quelle culturali. Secondo gli storici contemporanei esse si collocano nell'Alto Medioevo: l'uso della lingua latina, la civiltà della scrittura, i centri di insegnamento – e la nascita delle Università – sono alcuni dei fattori che gli storici coniugano con fattori giuridici: il diritto scritto, le scuole di diritto, l'universalità delle leggi, la nozione di cittadinanza e di res publica costituiscono quelle che Michel Baniard, docente dell'Università di Tolosa, definisce le «salvaguardie culturali» della civiltà europea.

Per Paolo Rumiz – autore di *Il filo infinito*, scritto al termine di un lungo pellegrinaggio nei monasteri benedettini – c'è tuttavia bisogno di una narrazione all'altezza non solo di ciò che l'Europa è stata in passato, ma anche di ciò che è anche oggi questa grande costruzione comune. E non è vero che la diversità abbia creato i confini, piuttosto sono i confini che hanno esaltato la diversità; questi, nella storia, cambiavano a seconda delle conquiste, con la nascita e il declino degli imperi, e non sono mai stati rigidi. Ci si deve abituare a pensare alla nostra identità culturale come qualcosa di plurale, di composito, frutto di innumerevoli stratificazioni storiche, processi di riconoscimento, ibridazioni e incroci: si tratta di assumere la diversità come valore in sé e quindi molto più significativa di un generico 'multiculturalismo'.

L'identità non è uno stato ma un processo, non è un'essenza ma un dato storico che viene costruito, decostruito e ricostruito secondo le circostanze politiche, economiche e sociali, locali o regionali, le tendenze demografiche, le migrazioni e, in generale, la considerazione che viene assegnata all'identità e alla dignità umana. Non ci si può limitare ad iscriversi ad una identità.

Per di più, come già aveva sostenuto Joseph Ernest Renan in un celebre

discorso tenuto a Parigi alla Sorbonne l'11 marzo 1882, «le nazioni non sono eterne, come hanno avuto un inizio così avranno una fine (…) Probabilmente le rimpiazzerà la confederazione europea». Il nesso tra Stato e nazione, dato dall'intreccio fra un elemento politico-giuridico e uno storico-etnico e culturale, è un fenomeno storico fondamentale ma, proprio in quanto tale, tende a configurarsi in forme e contenuti diversi.

È, infatti, anche storicamente datata la modalità attraverso la quale si entra a far parte di una nazione. L'aggregazione a una comunità nazionale avviene, generalmente, su base ascrittiva e non elettiva in quanto di regola si nasce in uno Stato e più difficilmente si è in grado di poterlo scegliere liberamente. Tuttavia, negli ultimi decenni il progressivo ampliarsi dei flussi migratori, in Europa in particolare, ha portato al radicamento di milioni di persone provenienti anche da realtà continentali diverse consentendo ad esse di acquisire, in tempi più o meno lunghi, la cittadinanza del Paese nei quali avevano collocato stabilmente la residenza. Si è, pertanto, modificata sensibilmente la natura stessa delle popolazioni statali e ridimensionata la coscienza nazionale, ponendo così in termini nuovi il problema della legittimazione dello Stato.

D'altronde proprio attraverso la 'convivialità delle differenze' si instaurano legami inscindibili espressione del concetto di identità plurale, il quale consente ad ogni individuo di identificarsi ad un tempo con varie comunità e gruppi, sfuggendo alla desolazione della mono-identificazione identitaria ed avendo a mente che invece i conflitti culturali son ben più profondi rispetto a quelli economici e sopravvivono agli stessi. Si tratta, in altri termini, di ridefinire le varie identità, nessuna delle quali è esclusiva ed escludente, per adattarle alla nuova realtà creatrice di una identità aggiuntiva rispetto alle nazionali. Secondo Chabod l'idea di Europa intesa in senso moderno non si deve confondere con la sua idea geografica o fisica. Ciò che rileva è l'Europa intesa in senso politico culturale e morale, perché è questa l'idea che penetra nella *forma mentis*, nell'abito culturale dei moderni. Quel che conta è l'idea politica d'Europa, come 'corpo politico' in cui gli Stati si bilanciano reciprocamente in un equilibrio dei poteri.

6. *Patrimonio culturale e valoriale a base del rilancio dell'integrazione europea*

La speranza di un rilancio dell'UE deve nutrirsi, quindi, del suo patrimonio culturale e valoriale il quale ci consente di comprendere il

passato e di costruire il futuro sulle basi dello Stato di diritto. E, poi, c'è da chiedersi se, in un ambito democratico, sia necessario riferirsi astrattamente al 'popolo' o se sia invece preferibile parlare di 'cittadini' con il loro catalogo di diritti e di doveri. Dal punto di vista dinamico il fattore giuridico ha un ruolo ancora più rilevato, perché diviene uno dei motori propulsivi dell'Europa del futuro; ed infatti è dalla dimensione giuridica che è partita la edificazione della nuova Europa.

Cicerone ha dato una definizione del popolo che sembra ancora valida: «Dunque la repubblica è la cosa del popolo, e popolo non è ogni unione di uomini raggruppata a caso come un gregge, ma l'unione di una moltitudine stretta in società dal comune sentimento del diritto e della condivisione dell'utile collettivo»[4].

In proposito non può che salutarsi positivamente la Risoluzione con cui il 12 settembre 2018 il PE, ai sensi dell'art. 7 TUE, ha invitato il Consiglio a stabilire se esista un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori fondanti dell'Unione (art. 2 TUE), per di più ribaditi con la Carta dei diritti fondamentali. Purtroppo, la richiesta unanimità nel Consiglio europeo, al termine dell'intera procedura, rende improbabile le previste conseguenze sanzionatorie considerato che almeno la Polonia esprimerà un voto contrario. Essa, infatti, è a sua volta oggetto di un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia riguardo ad una legge sulla Corte suprema che violerebbe il principio di indipendenza della magistratura, la cui applicazione è stata sospesa con ordinanza del 19 ottobre dalla vicepresidente della Corte di giustizia. Lo stesso PE il 20 gennaio 2020 ha denunciato che «l'incapacità del Consiglio di applicare efficacemente l'articolo 7 continua a compromettere l'integrità dei valori comuni europei, la fiducia reciproca e la credibilità dell'Unione nel suo complesso».

L'indispensabile modifica del Trattato di Lisbona dovrebbe partire proprio dalla realizzazione ulteriore di tali valori fondanti, quali d'altronde già indicati dal ministro degli esteri francese Robert Schuman giusto 70 anni fa in quel 9 maggio 1950 nella Dichiarazione che ha segnato la nascita dell'integrazione europea e che è pertanto ricordata, nel suo forte valore simbolico, come data della Festa dell'Europa. L'obiettivo primario da conseguire era (ed è) la pace che «non potrà essere salvaguardata se non con sforzi creativi… Il contributo che un'Europa organizzata e vitale può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche… Questa proposta…costituirà il primo nucleo concreto di una Federazione europea indispensabile al mantenimento della pace».

[4] *La repubblica*, introduzione, trad. it. e note di F. Nenci, Milano, 2016, libro I, XXV, p. 297.

Si delineava, quindi, nel 1950 il chiaro superamento di una concezione assolutistica della sovranità alla base degli antichi conflitti europei, tanto che il Regno Unito inizialmente rifiutò di aderirvi sostenendo, per poi pentirsi, che mai avrebbe consentito tale intrusione nella sua sfera sovrana peraltro mai intaccata oltre certi limiti.

Gli «sforzi creativi», dei quali parlava Schuman, si sono concretizzati in questi decenni attraverso il perfezionarsi di una realtà unica e originale basata su norme comuni, prevalenti in caso di contrasto su quelle nazionali, su di una struttura istituzionale fortemente innovativa dotata di un proprio sistema giurisdizionale, su di una crescita economica enorme per tutti i Paesi membri grazie all'unione economica e, per 19 degli Stati membri, monetaria. Certo molto si deve ancora realizzare ed è indispensabile che la costruzione in atto trovi il suo perno centrale, come detto, sulla solidarietà. Questa dovrà manifestarsi con ben maggiore concretezza e ampiezza in particolare nella gestione dei flussi migratori anche irrogando idonee sanzioni verso i Paesi membri riluttanti. Ma è da registrare positivamente il rafforzamento del *Corpo europeo di solidarietà* che, attraverso un budget complessivo di 117 milioni di euro, offre ai giovani significative opportunità per dare supporto alle comunità in una vasta gamma di settori, consentendo loro di acquisire nuove esperienze e competenze per la propria crescita personale e professionale. Si tratta di uno strumento utile, come lo è l'Erasmus, per evidenziare il concreto spessore della cittadinanza europea.

Diceva Jean Monnet, effettivo ispiratore della Dichiarazione del 1950, che: «Le persone accettano i cambiamenti solo di fronte alla necessità e riconoscono la necessità solo di fronte a una crisi». Recuperando lo spirito della Dichiarazione si tratta di sviluppare un incrocio fecondo tra memoria e futuro da nutrire con l'indispensabile pizzico di utopia. Lo strumento a tal fine dovrebbe essere, a partire proprio dalla *Conferenza sul futuro dell'Europa* del 9 maggio 2020 che si pone l'obiettivo di ridisegnare, in due anni, le riforme necessarie a rilanciare il processo di integrazione attraverso un processo che è indispensabile sia aperto e partecipato con il pieno coinvolgimento della società civile. Ma è altrettanto imprescindibile che l'orizzonte di riferimento non sia il tradizionale approccio funzionalista, basato sulla politica dei piccoli passi (magari anche indietro!) in una logica meramente continuista, ma si fondi su una visione di tipo federalista con cui si sciolgano i veri nodi politici e istituzionali. In altri termini, il cuore del dibattito dovrà concernere un nuovo rapporto tra sovranità e sovranismi, grazie al quale questi ultimi vengano ricondotti alla ragionevolezza di un ruolo in cui i singoli Stati membri recuperino competenze che a volte sono state frettolosamente, e

forse impropriamente, proiettate nella sfera sovranazionale. Nel contempo, è indispensabile radicare nel dibattito pubblico la rinuncia da parte dei governi nazionali al controllo di politiche la cui gestione in sede europea si dimostra di gran lungo la più efficace. Le istituzioni europee per funzionare al meglio, attraverso una attenta ridefinizione delle competenze, devono essere liberate dal pesante condizionamento di governi nazionali in grado oggi di esercitare un controproducente veto laddove ad essi consentito dal Trattato ma, anche in assenza di una previsione formale, spesso efficacemente ponendolo su base meramente politica.

In altri termini, bisogna convincere i cittadini che la sovranità europea e quella nazionale non sono in conflitto in quanto una sovranità condivisa è sempre preferibile a una inesistente e che senza la cessione di ulteriori poteri sovrani non può avere luogo una condivisione democraticamente legittimata delle conseguenze sulle politiche fiscali, economiche e sociali comuni. Il vero pericolo per la democrazia è, infatti, il consolidarsi di una realtà in cui la sovranità non sia più sottoposta a regole e vengano esercitati poteri che i cittadini non sono in grado di controllare in quanto trasferiti in sconosciute mani private, violando i principi di prossimità e trasparenza.

7. *Conclusioni*

La rivoluzione politico-istituzionale effettuatasi nel secolo scorso, configurandosi come un costituzionalismo di sussidiarietà in quanto di supporto o di sostegno rispetto allo Stato, ha la necessità di evolversi per innervarsi nel presente solo dandosi nuovi corpo ed anima attraverso il ricongiungimento fra diritti e poteri nella logica di una nuova 'narrazione' di tipo federale; il che significa, evidentemente, aggiuntivi ma necessari sacrifici di sovranità da parte degli Stati membri per operare una piena sintesi fra storia, mercato e democrazia. Le dismissioni di sovranità a favore dell'Unione costituiscono il sacrificio indispensabile per poter sostenere il confronto con i potenti blocchi di potere transnazionali dinanzi ai quali le costituzioni nazionali sono sempre più indifese. Non bisogna quindi confondere indipendenza e sovranità: cedere quote della prima aiuta a difendere la seconda, l'UE non è un nemico che limita l'indipendenza degli Stati nazionali ma un alleato che ne rafforza la sovranità. È una sovranità condivisa, preferibile a una inesistente. È una sovranità complementare a quella esercitata dai singoli Stati nazionali in altre aree.

Senza la cessione di ulteriori poteri sovrani non può avere luogo una condivisione democraticamente legittimata delle conseguenze delle politiche fiscali, economiche e sociali comuni. Il vero pericolo per la democrazia è, infatti, il consolidarsi di una realtà in cui la sovranità non è più sottoposta a regole e vengono esercitati poteri che i cittadini non possono controllare. Il rischio deriva dalla delegittimazione delle democrazie nazionali senza l'edificazione di una democrazia federativa.

Tuttavia, se si vuole contrastare il sovranismo occorre rivedere molte idee ingenue dell'europeismo. È vero che il protezionismo ci renderebbe tutti più poveri, ma è anche vero che l'apertura dei mercati deve essere governata per prevenire la polarizzazione sociale. Certo, il populismo ci renderebbe tutti meno liberi, ma è altresì vero che le identità nazionali debbono essere riconosciute. L'UE ha bisogno di essere ulteriormente democratizzata, ma non si può farlo pensando di ripetere semplicemente l'esperienza degli Stati nazionali. È ora di abbandonare gli ormeggi dell'inerzia culturale e politica e si spera che la citata *Conferenza sul futuro dell'Unione*, la quale dovrebbe concludersi nel 2022 durante la presidenza francese, possa fornire le necessarie risposte.

Solo se l'Europa diventa lo spazio dove si organizza la politica e la discussione democratica – se diventa l'istituzione intermedia fra Stati e mondializzazione, fra cittadini e mercati anonimi – ciascun Paese potrà ridivenire padrone di sé. Si tratta di costruire, su base non solo economica ma anche ideale, i caratteri sostanziali dello stare insieme in una casa comune per realizzare una società più giusta con ambizioni sociali in cui nessuno minaccia l'altro (*homo homini lupus*) che invece va rispettato come si rispetta un essere divino, l'*homo homini deus* di Cecilio Stazio evocato fra gli altri da Erasmo, de Vitoria, Locke, Bacon.

La questione del deficit democratico riguarda oggi congiuntamente l'Unione e gli Stati in un comune destino politico. È quindi urgente porre in relazione la democrazia politica, che proviene storicamente dallo Stato-nazione, a quanto si sta formando al di fuori di esso in particolare nell'Europa 'comunitaria', recuperando appieno il nesso fra sovranità effettiva e democrazia compiuta, come si è già detto.

L'Europa non può restare un sistema economicamente integrato, socialmente segmentato e politicamente acefalo. Ma l'arduo compito di superane gli ormai evidenti limiti potrà essere svolto solo sulla spinta di noi cittadini se matureremo fino in fondo la consapevolezza di dover essere 'europei'.

Fulvio Attinà

Due cause del blocco integrativo

Sommario: 1. Introduzione – 2. La causa istituzionale – 3. La causa ideologica – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'integrazione europea oscilla ripetutamente tra soluzioni europee e soluzioni nazionali dei problemi comuni, tra risposte comuni e risposte statali alle sfide che vengono dall'interno e dall'esterno degli Stati membri. Ci sono tempi e circostanze favorevoli a mettere in comune risorse e a formulare regole e politiche che impegnano tutti i governi dei paesi membri. Ci sono tempi e circostanze che invece allontanano gli Stati europei l'uno dall'altro, fanno pesare le differenze e inducono i governi a non rischiare il consenso di cui godono presso i propri elettori lasciando approvare dalle istituzioni europee regole comuni che in quel momento non danno benefici ai propri elettori. È difficile dire quali siano le cause dell'alternanza tra risposte comuni e risposte statali – un'alternanza che non ha, comunque, il periodo regolare del pendolo. Possono essere cause che cambiano nel tempo. Oggi, ad esempio, molti dicono che la causa principale della scarsità di soluzioni comuni sia la scelta fatta venti anni fa di aprire l'Unione ai paesi dell'Europa centro-orientale. L'argomento è questo: l'alto numero di Stati membri e la grande diversità che li distingue rendono difficile comporre quegli accordi che in passato era possibile conseguire costruendo *package deals*, cioè pacchetti di provvedimenti che nell'insieme lasciavano tutti i governi abbastanza soddisfatti. I pacchetti, infatti, davano qualcosa a ogni stato ma in qualcosa e in qualche misura penalizzava ogni stato. Varare congiuntamente, piuttosto che separatamente, i provvedimenti permetteva di progredire nel percorso dell'integrazione. In altri termini, tra pochi stati non molto diversi l'uno dall'altro nella politica, nell'economia e nella cultura, è possibile e facile comporre i costi e i benefici di ognuno in un insieme di provvedimenti in alcuni dei quali ogni partecipante perde qualcosa ma in altri guadagna qualcosa. In tanti, e distanti per politica, economia e cultura, la composizione dei vantaggi e degli svantaggi di ognuno, invece, è difficile

da raggiungere.

Questo è vero ma può non essere l'unica ragione che blocca il processo d'integrazione. Può esserci una causa istituzionale che oggi ingessa l'integrazione perché impedisce la produzione di nuove politiche comuni quali che siano le circostanze, sfavorevoli o favorevoli, del momento. Può esserci anche una causa ideologica: è cambiata l'ideologia degli europei ed è cambiata di conseguenza la prospettiva con la quale i governanti statali e gli eurocrati guardano all'Unione e ne progettano il futuro.

Seppure il passato dell'integrazione e le politiche comuni già in atto non siano intaccati dalle condizioni che producono l'attuale blocco del processo integrativo perché gli Stati membri si sono ormai abituati alle politiche comuni che hanno recepito ed interiorizzato nelle pratiche delle loro amministrazioni, la produzione di nuove politiche in settori importanti per la crescita futura dell'integrazione è oggi compromessa: ogni governo si è ripreso *istituzionalmente* – cioè mediante la riforma delle istituzioni e delle procedure legislative dell'Unione (vedremo più avanti quali sono queste riforme) – la capacità di dire no alla composizione di vantaggi e svantaggi, cioè ai *package deals*, e ogni governo può chiedere, e di fatto ormai ogni governo chiede, di dare priorità ai vantaggi ricavabili dalle decisioni dell'Unione perché sono questi che contano davanti agli elettori, e non voglia assumere svantaggi, seppure compensabili all'interno di un *package deal*, perché questi oggi non piacciono agli elettori e gli costerebbero la rielezione in patria e l'uscita di scena a Bruxelles, soprattutto da quella *istituzione* – il Consiglio Europeo – che, per l'appunto, ha cambiato la struttura istituzionale del processo di integrazione. In breve, in un insieme di stati segnato da diverse condizioni economiche, visioni culturali e pratiche politiche, è preferibile approfondire il coordinamento e l'integrazione all'interno di un *network flessibile*, ossia composto da diversi insiemi di stati con interessi largamente convergenti piuttosto che integrarsi in un unico *network rigido* che viene bloccato dalla diversità degli interessi.

In questo capitolo, propongo un breve esame di queste due cause – fra loro connesse, come si vedrà – del blocco della produzione di soluzioni politiche comuni dei principali problemi che l'Unione europea affronta in questi anni. Da quando hanno firmato i trattati istitutivi delle Comunità europee, i governi hanno sempre esercitato la protezione dei propri interessi nel processo d'integrazione che la Commissione aveva il compito di portare avanti attraverso l'emanazione di regole che producevano politiche comuni. La prima tesi che sostengo in questo capitolo è che il Trattato di Lisbona ha imbrigliato la Commissione e trasferito l'iniziativa delle politiche comuni

più importanti al Consiglio europeo nel quale ogni capo di governo ha la capacità di bloccare le decisioni e le politiche comuni che contrastano con l'interesse dei suoi cittadini elettori. La seconda tesi che qui sostengo è che questa trasformazione dell'architettura istituzionale dell'Unione è stata preparata nel corso dell'intero processo integrativo e specialmente dall'inizio degli anni Settanta quando l'ideologia funzionalista e progressiva sulla quale era fondata la struttura istituzionale definita dai trattati costitutivi delle Comunità europee ha ceduto il passo a un'ideologia 'permissiva' e, in seguito, a un'ideologia organizzativa di *networks* interconnessi che ha cambiato la natura dell'Unione e che avrà effetti sullo sviluppo del processo integrativo anche nel prossimo futuro.

2. *La causa istituzionale*

Dopo i trattati di riforma – dall'Atto Unico Europeo al Trattato di Nizza – che hanno potenziato l'Unione, alcune clausole dell'ultimo trattato, quello firmato a Lisbona nel 2007, ne hanno indebolito la struttura. In particolare, dare al Consiglio Europeo la qualità di istituzione dell'Unione e metterlo al vertice del processo di formazione delle politiche comuni è stata una scelta sbagliata ma non improvvisa. È stata, anzi, una scelta calcolata e lungamente preparata. È stata l'atto finale di una riforma strisciante che i governi hanno portato avanti sin dal 1965 quando, pur di riportare la Francia di De Gaulle al tavolo del Consiglio dei Ministri della Comunità Economica Europea, hanno preso, fra l'altro, la decisione di incontrarsi per discutere il processo di integrazione ogni qualvolta lo ritenessero opportuno. Con quell'accordo, che è passato alla storia con il nome di Compromesso di Lussemburgo, dal luogo dove fu stabilito il 29 gennaio 1966, i capi di governo degli Stati membri iniziarono a metter voce in capitolo sulle cose fatte e soprattutto sulle cose da fare: questa opzione non era prevista dai Trattati per la buona ragione che i governi che li avevano firmati – convintamente o non convintamente – avevano comunque fatto una scelta sovranazionale. Nei Trattati erano scritte le cose da fare, cioè le politiche comuni, che soltanto la Commissione aveva la responsabilità di proporre con il potere d'iniziativa di cui interamente godeva. I governi non potevano bloccare quel mandato se non riformando i trattati, cosa che avrebbero fatto, sebbene avessero già due strumenti di controllo dell'esecuzione del mandato al Commissione. Potevano controllare tramite il Consiglio dei Ministri la formulazione

delle decisioni e dei regolamenti proposti dalla Commissione, e potevano intervenire con le amministrazioni statali nell'attuazione delle decisioni e dei regolamenti nella loro giurisdizione seppure accettando la valutazione della Commissione ed eventualmente sottostando al giudizio della Corte di giustizia.

Il processo di *recupero* del primato politico dei capi di governo nell'Unione, iniziato negli anni Sessanta, è stato portato a termine a Lisbona (Box 1). Dopo una conferenza riservata ai governi – a differenza delle precedenti conferenze di riforma dei trattati nelle quali erano stati ammessi anche altri partecipanti – i capi di governo hanno firmato un Trattato che attribuisce alla riunione dei primi ministri degli Stati membri la qualità di istituzione dell'Unione, in realtà attribuisce a tale consesso il ruolo di istituzione apicale del *policy-making* dell'Unione. Non solo. Con le regole approvate a Lisbona e con le prassi di funzionamento del Consiglio europeo, la nuova versione del Trattato di Unione Europea ha dato a ogni capo di governo il potere di bloccare la formazione di politiche dell'Unione ogni qualvolta un capo di governo ritenga la produzione o l'aggiornamento di una politica comune pregiudizievole per i suoi interessi. Quando una nuova politica comune o la revisione di una politica esistente tocca questioni o materie critiche, il singolo capo di governo può opporsi e fermare la decisione. Può anche lasciare passare una proposta della Commissione e poi bloccarla se la ritiene gravemente importante per il suo elettorato e seriamente pericolosa per i successi elettorali del suo partito, per la sua rielezione alla guida del governo statale e, conseguentemente, per la sua stessa permanenza nel Consiglio Europeo.

Il cammino dei capi di governo verso l'apice dell'Unione Europea

- 1961: prima riunione informale dei capi degli esecutivi statali
- 1966: Compromesso di Lussemburgo
- 1969-1971: Vertici dei capi di governo
- 1974: prima riunione come Consiglio Europeo
- 1986: AUE art.2: definizione della composizione e della regolarità delle riunioni
- 1992: TEU: il Consiglio Europeo diventa organo dell'Unione
- 2007/9: Trattato di Lisbona: il Consiglio Europeo diventa istituzione dell'Unione

Box 1

I primi quattro commi dell'articolo 15 del Trattato di Unione Europea dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona danno chiara informazione

sulla natura apicale del Consiglio Europeo nella struttura istituzionale dell'Unione e sul possesso del potere di veto del singolo capo di governo dal momento che le decisioni sono normalmente prese 'per consenso' (Box 2). Poiché il Consiglio non esercita funzioni legislative, ma 'si pronuncia' sugli 'orientamenti e le priorità politiche generali' che pone nell'agenda dei suoi lavori su sua iniziativa e attraverso consultazioni dei suoi membri, appare evidente quanto 'gli impulsi necessari' allo sviluppo dell'Unione che il Consiglio è demandato a definire siano alla mercé del singolo capo di governo che, non dimentichiamolo, decide tenendo presente il *vincolo* di conservare la maggioranza elettorale del suo partito o dei partiti che compongono il suo esecutivo.

Articolo 15 del Trattato di Unione Europea (consolidato)

1. Il Consiglio europeo dà all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali. Non esercita funzioni legislative.

2. Il Consiglio europeo è composto dai capi di Stato o di governo degli Stati membri, dal suo presidente e dal presidente della Commissione. L'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza partecipa ai lavori.

3. Il Consiglio europeo si riunisce due volte a semestre su convocazione del presidente. Se l'ordine del giorno lo richiede, i membri del Consiglio europeo possono decidere di farsi assistere ciascuno da un ministro e, per quanto riguarda il presidente della Commissione, da un membro della Commissione. Se la situazione lo richiede, il presidente convoca una riunione straordinaria del Consiglio europeo.

4. Il Consiglio europeo si pronuncia per consenso, salvo nei casi in cui i trattati dispongano diversamente.

Box 2

La capacità del Consiglio europeo di guidare la risposta comune al problema dell'ondata migratoria verso l'Europa dal 2013 ad oggi è certamente esemplare della, a dir poco, scarsa capacità del Consiglio di definire orientamenti e priorità politiche destinate a dare impulso allo sviluppo delle politiche dell'Unione proprio quando più ce ne è bisogno, cioè in circostanze critiche. Gli orientamenti sui vari aspetti della risposta all'afflusso di migranti irregolari e di richiedenti asilo, che sono stati forniti dai membri del Consiglio europeo tanto alla Commissione che ai governi statali (cioè a sé stessi!), approvati quasi sempre per consenso ovvero all'unanimità, sono stati criticati dagli stessi governanti dopo averli approvati e sono stati disattesi da quasi tutti i governi. Alcune misure preparate dalla Commissione in esecuzione degli orientamenti del Consiglio sono state largamente minimizzate da alcuni governi e ignorate da altri, valgano per tutte le misure sulla ricollocazione dei migranti presenti in Grecia e in

Italia e le misure sui contributi di personale e risorse degli *hot spots* in Italia e in Grecia. Insomma, far dipendere la produzione di politiche europee importanti dall'impulso del Consiglio Europeo è una scelta inconcludente se, nella percezione di un capo di governo, si mette a rischio il successo elettorale della maggioranza partitica che lo sostiene.

Così stando le cose, appare evidente che si è creato un meccanismo che consente al singolo governo di sottrarsi alla responsabilità di bloccare il normale funzionamento democratico dell'Unione europea. Nei regimi democratici chi adotta una politica è sanzionabile dagli elettori che valutano gli effetti che quella politica ha sui loro interessi quando viene eseguita. Nell'Unione non è così. Non viene sanzionato dal voto dell'elettore colui che prende le decisioni a Bruxelles ma il governo statale che contribuisce a formarle e che le deve eseguire. Di conseguenza, ogni governo valuta se e come eseguire quelle decisioni e, ovviamente, sottomette il se e il come eseguirle ai suoi interessi elettorali. Da quando il Consiglio Europeo *definisce le priorità politiche generali* dell'Unione (art.15 TEU), ogni capo di governo calcola se gli convenga fare uso del potere di condizionare la formazione di una politica comune facendo venire meno il proprio consenso nel Consiglio Europeo oppure se *customizzare* l'esecuzione delle politiche europee, cioè fare ricorso all'adattamento nazionale fino a trasgredire parzialmente o totalmente le regole emanate a Bruxelles. Quanto più i capi di governo bloccano la formazione del consenso sulle deliberazioni del Consiglio o deviano a proprio interesse l'esecuzione delle deliberazioni tanto più si blocca la produzione di politiche comuni e si deforma il processo integrativo. Questo è molto probabile che avvenga su politiche che hanno un impatto simbolico sulla sovranità statale e un impatto economico sul benessere dei cittadini: in sostanza, sulle politiche più importanti del processo integrativo e degli interessi elettorali dei partiti di governo.

In queste circostanze, non sorprende che 'coordinazione' sia il termine che sostituisce 'integrazione' in un crescente numero di documenti dell'Unione. Le decisioni dei capi di governo nel Consiglio Europeo, in sostanza, indicano alla Commissione quali proposte di legislazione, quali misure amministrative e quali meccanismi la Commissione deve avanzare per coordinare regole, politiche e agenzie degli stati. Come non considerare questa *rivoluzione* delle relazioni inter-istituzionali dell'Unione che toglie alla Commissione la responsabilità dell'esecuzione del Trattato di Unione Europea e del processo integrativo una ragione importante del declino della produzione di nuove politiche? Ma c'è di più. Le posizioni espresse dal singolo capo di governo nelle riunioni del Consiglio Europeo trasmettono ai parlamentari europei

del partito o dei partiti di governo dello stesso stato un chiaro messaggio su quali sono gli interessi elettorali in gioco per i partiti di governo e, quindi, su quale condotta tenere nei lavori parlamentari e su quale voto conviene esprimere sulle proposte legislative in discussione al Parlamento europeo e in ogni altra votazione su temi correlati. Il capo di governo in Consiglio Europeo e i deputati dello stesso governo nel Parlamento Europeo hanno gli stessi interessi elettorali. La visione tradizionale della dialettica inter-istituzionale Consiglio-Commissione-Parlamento, insomma, non corrisponde più alla realtà di oggi. Non c'è più, come si è ripetutamente sostenuto, al centro del processo decisionale dell'Unione la Commissione che riceve il sostegno del Parlamento che parla per i cittadini che vogliono più Europa e che bilancia o si contrappone al Consiglio che porta avanti gli interessi dei governi che vogliono conservare negli stati il controllo sulla coordinazione delle politiche concertate a Bruxelles. Sulle questioni politiche più delicate e divisive, gli schieramenti partitici determinano la produzione di nuove politiche comuni dal momento che i partiti di maggioranza negli stati *unificano* le scelte dei loro rappresentanti nel Consiglio Europeo, nel Consiglio (dei ministri) e nel Parlamento. Questo avviene sulle questioni più importanti o di *public politics*, cioè le questioni che destano la preoccupazione dei cittadini, causano la polarizzazione delle posizioni dei partiti e degli *stakeholders* e mobilitano la società civile riducendo l'autonomia dei politici[1].

3. *La causa ideologica*

La trasformazione istituzionale dell'Unione europea è stata un lungo processo nascosto ma con alcuni passaggi formali visibili (Box n.1), così quella che chiamo causa ideologica dell'attuale blocco del processo integrativo si è sviluppata nel tempo in modi e forme diverse. In successivi periodi del processo integrativo, i valori e gli interessi che hanno guidato i governi nella cooperazione europea hanno ispirato diverse ideologie e differenti modelli dell'integrarsi e stare insieme.

Quando la seconda guerra mondiale era ancora in corso e subito dopo la sua conclusione, due diverse ideologie o idee-progetto della cooperazione europea erano sostenute da diversi schieramenti delle classi politiche dei paesi dell'Europa occidentale: l'idea-progetto dell'unione federale e

[1] I. De Bruycker, *Politicization and the public interest: When do the elites in Brussels address public interests in EU policy debates?*, (2017) European Union Politics 1-17.

l'idea-progetto dell'integrazione funzionalista. I trattati che negli anni Cinquanta hanno istituto le tre Comunità europee hanno mediato tra le due ideologie in maniera singolare: hanno scelto la strategia funzionalista per giungere alla meta federale. Questo consentiva di iniziare il processo integrativo con l'adesione dei funzionalisti senza escludere la meta federale che non veniva proposta esplicitamente ma era l'obiettivo verso il quale si poteva indirizzare il processo integrativo. Le tre Comunità, infatti, erano organizzazioni internazionali che avevano una conformazione istituzionale e procedurale speciale. Tale conformazione non era intergovernativa come quella di ogni altra organizzazione creata con un trattato di diritto internazionale. Le tre Comunità – che sono state poi fuse in una che, a sua volta, ha ceduto il passo all'organizzazione internazionale chiamata Unione Europea – avevano, infatti, una conformazione sovra-statale perché davano a un'istituzione – l'Alta Autorità/Commissione – il potere di attuare i Trattati proponendo politiche che, approvate ed eventualmente emendate dal Consiglio e in seguito anche dal Parlamento, avevano validità nel territorio degli Stati membri sebbene non fossero emanate dai governi statali. Insomma, la 'cosa' messa in piedi dai Trattati aveva un potenziale federale che poteva essere attuato in un tempo imprecisato, ma poteva anche essere eluso riportando il progetto dentro la categoria della cooperazione internazionale gestita da un'organizzazione interstatale regolata dal diritto. Nella conformazione istituzionale originaria, dare a un'autorità il potere di fare politiche per assolvere funzioni proprio di uno stato – oggi si dice 'per dare servizi ai cittadini' – significava dar vita a un processo federativo di stampo funzionalista. Il trattato della Comunità Economica Europea (CEE) prevedeva inoltre la gradualità del processo ma definiva solo la scadenza della prima tappa ovvero il periodo transitorio di dodici anni entro il quale realizzare il mercato comune.

L'allargamento dell'Unione ha portato un crescente numero di paesi dentro il processo integrativo. Alcuni di essi, come Gran Bretagna e Danimarca, erano e sono insensibili all'idea-progetto che aveva costruito l'integrazione e guidato le sue istituzioni. Altri non erano pronti alle trasformazioni interne necessarie a far progredire l'intera Unione ed erano e sono disponibili a partecipare al progetto solo parzialmente ovvero per quel che serve alla crescita dello stato ma non alla sua trasformazione dentro il processo integrativo. Questo gruppo è formato da paesi dell'Europa centrale. Per una serie di ragioni legate alla fine del blocco sovietico, i problemi che poteva creare al disegno integrativo l'ingresso di paesi eterogenei per cultura politica e per livello di sviluppo economico non furono presi in

considerazione. Si dava per scontato che le diversità non avrebbero pesato sulla costruzione di un'unione sempre più stretta e solida. Nella realtà, la diversità ha pesato e ha bloccato l'esecuzione dell'idea-progetto che sintetizzava l'ideologia funzionalista e quella federalista. Questo effetto appare evidente quando si porta l'attenzione sul cambiamento del modello integrativo e della meta del processo integrativo.

Il modello integrativo è cambiato almeno tre volte. La meta originaria, l'Europa federale, è scomparsa e, cambiando il modello integrativo, è stata sostituita da una meta variabile che chiamo Europa *à la carte* (Figura 1). I governi dei sei paesi fondatori avevano pensato di procedere per tappe. Nella prima, T1, avrebbero delegato alla Commissione il potere di formulare alcune politiche che avevano effetto in tutti gli stati. Altre politiche comuni, valide in tutti gli stati, sarebbero state messe in atto nel periodo successivo, T2, e così di seguito. Secondo il pensiero funzionalista, questo modello progressivo di integrazione avrebbe portato i paesi membri alla formazione della federazione europea. I Trattati, per la verità, prevedevano eccezioni e dilazioni a vantaggio di Stati membri che temporaneamente potevano restare fuori, totalmente o parzialmente, da qualche politica comune ma si impegnavano a entrarvi successivamente o con gradualità. Questa opportunità, prevista dai Trattati come misura eccezionale, è stata sfruttata a partire dal primo allargamento dei paesi membri. Due stati, Gran Bretagna e Danimarca, sono andati oltre la previsione della esenzione temporanea contenuta nei Trattati. Con il cosiddetto *opting out*, cioè l'esenzione *sine die* da una politica comune, hanno di fatto causato l'abbandono del modello progressivo e la sua sostituzione con il modello dell'integrazione variabile. In questo modello di integrazione, anch'esso oggi ormai superato, tutti gli stati attuavano alcune politiche comuni ma in altre politiche alcuni stati restavano indietro – per meglio dire, alcuni stati restavano fuori da una o più politiche comuni oppure non erano vincolati da alcune parti delle politiche comuni per un tempo imprecisato. La scelta di questo modello di integrazione non configurava l'esplicito abbandono dell'idea-progetto che aveva fuso funzionalismo e federalismo, ma certamente allontanava la meta federalista perché alcuni stati si scrollavano di dosso la pressione di muoversi insieme agli altri verso quella meta.

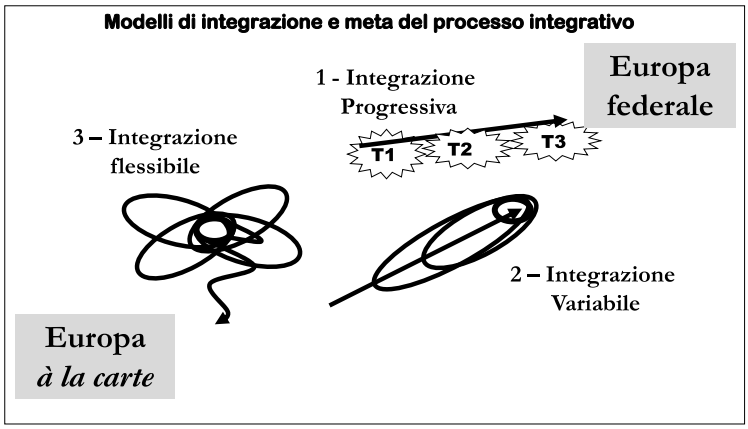


Figura 1

Negli anni Ottanta, infine, si compie il primo passo verso l'attuale modello di integrazione. Nel 1985 viene firmato l'accordo di Schengen che distacca un gruppo di stati dagli altri nella realizzazione di quello che era un obiettivo fondamentale del trattato CEE, la libera circolazione delle persone. Schengen è un passo importante del processo integrativo perché elimina il controllo delle persone alle frontiere interne e introduce una libertà di movimento che immette gli europei dentro lo stesso spazio politico, economico e sociale. La sua rilevanza è talmente alta che diventa un modello di riferimento: è il primo caso di 'cooperazione rafforzata'. I Trattati di riforma, infatti, lo riprendono, lo definiscono e lo regolamentano. Entrando nei Trattati, la 'cooperazione rafforzata' viene disciplinata e si da all'intero gruppo dei paesi membri una forma di supervisione perché non si vuole che alcuni governi formino circoli o networks che possano rendere debole o confuso il processo di integrazione che è regolato dai Trattati. La realtà, però, si sviluppa diversamente: piuttosto che rischiare che i governi contrari alla formazione di una cooperazione rafforzata ne blocchino la nascita, i governi decisi a formare networks di cooperazione rafforzata nei settori di loro interesse, decidono di procedere sulla strada della cooperazione rafforzata anche al di fuori della procedura definita dai Trattati. Se alcuni networks sono costituiti dentro il quadro dei Trattati, valga per tutti il gruppo dei paesi dell'unione monetaria, altri sono costituiti fuori dai trattati e possono essere addirittura networks di networks: è il caso del network della PESCO, un insieme di networks formati da diversi gruppi di stati che decidono, sotto l'ombrello della politica comune di difesa, di svolgere progetti di ricerca di produzioni militari. Atri networks, infine, sono networks informali che non

producono progetti comuni ma alimentano schieramenti politici come il Gruppo dei paesi di Visegrad. Siamo così entrati nel modello di integrazione flessibile: intorno a un nucleo di politiche comuni alle quali partecipano tutti gli stati dell'Unione, si forma un numero di networks, parzialmente sovrapposti, che sviluppano forme di cooperazione di diverso contenuto e forma. Alcuni networks creano politiche comuni come la politica monetaria, altri stabiliscono forme di coordinazione delle azioni statali.

Come spiegare questa mutazione di idea-progetto, di modelli e di meta del processo integrativo? Come ricordato all'inizio di questo capitolo, il processo integrativo europeo non ha avuto un'andatura regolare. La narrativa più diffusa attribuisce a varie circostanze la causa dell'alternanza di periodi favorevoli e sfavorevoli alla produzione di politiche comuni. Helen e William Wallace[2] hanno felicemente rappresentato questa narrativa (Figura 2) per la quale, nonostante l'inadeguatezza degli stati contemporanei a svolgere le loro funzioni senza una stretta coordinazione intergovernativa, nonostante la pressione della globalizzazione e nonostante le specificità degli stati europei che negli ultimi secoli hanno attraversato le stesse esperienze politiche, economiche e culturali, la pressione all'integrazione rimane contrastata dalla pressione di fattori nazionali. In alcune circostanze, tuttavia, la prima prevale sulla seconda. Secondo questa narrativa, quindi, anche la fase negativa nella quale ci troviamo avrà un termine e ci sarà il reflusso verso una nuova crescita delle politiche comuni.

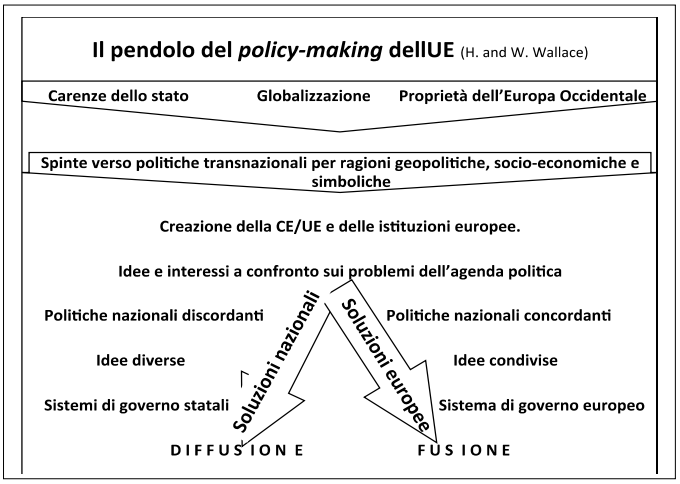


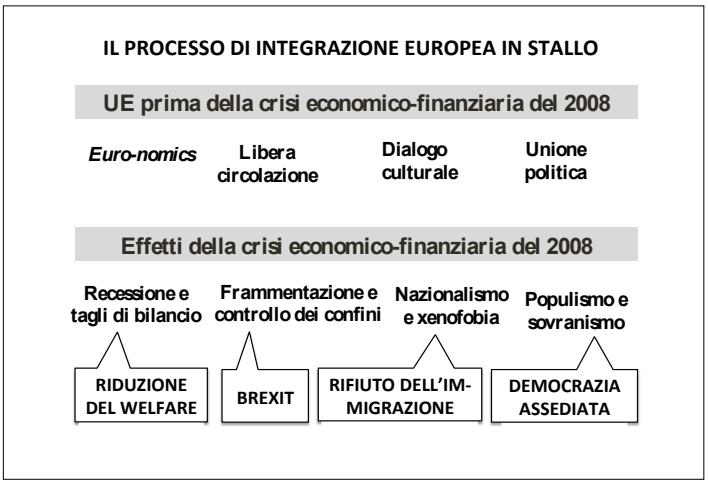
Figura 2

[2] H. Wallace, W. Wallace (eds.), *Policy-making in the European Communities*, 4th ed., London, 1996, p. 13.

La tesi delle mutazioni di progetti, modelli e mete del processo integrativo non nega l'alternanza di fusione e diffusione ma richiama l'attenzione sul fatto che nel susseguirsi di fasi di *stop and go* dell'integrazione nascono nuove idee che possono generare e consolidare nuovi modelli di integrazione e questi non vanno nella direzione segnata all'origine del processo. La questione di oggi, quindi, è capire se l'attuale fase di stallo dell'Unione nasca da una crisi o da una serie di crisi tra loro indipendenti oppure concatenate che producono il blocco della produzione di politiche comuni, soprattutto di quelle più delicate e controverse e anche di quelle destinate a risolvere le crisi in corso. Bisogna anche capire se lo stallo della produzione di politiche comuni rafforzi la mutazione dell'Unione europea che, da organizzazione internazionale destinata ad avvicinare la formazione di un'entità federale, diventa un'organizzazione internazionale che ospita una serie di networks rivolti a coordinare azioni e programmi nazionali intorno a un nucleo di politiche comuni che sono interiorizzate dagli stati e dalle società europee.

L'osservazione della mutazione europea inizia dalla conoscenza degli effetti della crisi economico-finanziaria mondiale sui paesi membri dell'Unione. I governi hanno reagito tardi alla crisi economico-finanziaria del 2007-2008 e non hanno adottato gli stessi provvedimenti. Le economie di alcuni paesi sono state colpite meno severamente di altre ma tutte hanno sofferto flessioni del loro rendimento e cali dell'occupazione. I bilanci statali sono stati tagliati e i tagli hanno colpito il welfare di molti paesi. I progressi compiuti dal processo d'integrazione con i Trattati di riforma si sono arenati e le politiche delle istituzioni europee di consolidamento della moneta unica, di libera circolazione delle persone dopo quella di merci e servizi, di dialogo culturale e multilinguismo, e di democrazia dell'unione politica hanno ceduto il passo ai loro opposti (Box 3). I cittadini hanno sofferto la riduzione del welfare a causa della recessione e delle politiche economiche restrittive; la libera circolazione è stata dichiarata reversibile e sono state poste eccezioni al sistema di Schengen; la Gran Bretagna ha abbandonato l'Unione; le politiche di accoglienza dei richiedenti asilo e le concessioni di visti regolari ai lavoratori stranieri sono state tagliate mentre la regolarizzazione degli immigrati irregolari che serviva a limitare la scarsità di manodopera in alcuni settori del mercato del lavoro è scomparsa dalle gestione del fenomeno[3]. Nella competizione democratica di quasi tutti i paesi membri è penetrato il populismo ed è cresciuto l'estremismo di destra.

[3] F. Attinà, *Tackling the migrant wave: EU as a source and a manager of crisis,* in *Revista Espanola de Derecho Internacional*, 2018, 70, 2, pp. 49-70.



Box 3

Dal 2008 i governi e le istituzioni dell'Unione non hanno cambiato le politiche di risposta alla crisi economico-finanziaria e nello stesso tempo non sono stati in grado di trovare soluzioni comuni alle crisi a quella collegate. Le risposte, di conseguenza, sono state definite dai governi e dai partiti al potere in ogni stato mentre le istituzioni, la Commissione in particolare, hanno avuto una funzione di coordinazione molto al di sotto della funzione di elaborazione di risposte comuni. Da almeno dieci anni, quindi, l'alternanza si è fermata sull'estremo della diffusione e delle politiche nazionali che non ci portano fuori dalla crisi. Le istituzioni comuni, insomma, prevalentemente gestiscono e aggiornano le politiche comuni messe in atto fino ad oggi ma non sono in grado di rispondere ai problemi di oggi.

4. *Conclusioni*

Più di 40 anni fa un economista britannico, Andrew Shonfield, definì l'integrazione europea «a journay to an unkown destination» (un viaggio con meta sconosciuta). Oggi non sappiamo se lo stallo attuale sia la *meta sconosciuta* e il viaggio sia concluso. Possiamo essere cinicamente contenti che nessuno, solo gli inglesi, ha intenzione di fare il viaggio di ritorno. Tenuto conto della nostalgia dilagante per quello c'era alla partenza, cioè gli stati sovrani, è già tanto che il viaggio sia senza ritorno. Difficile fare a meno delle politiche comuni già 'interiorizzate' dagli stati. Vediamo cosa

costa agli inglesi fare diversamente. Fra l'altro, le politiche comuni hanno evitato il rischio più importante che i padri fondatori avevano posto come obiettivo del progetto, i conflitti violenti tra gli stati europei. Restano incerti e incompiuti, invece, gli obiettivi che Jacques Delors aveva proposto con il mercato unico e la riforma dei trattati, cioè attrezzare l'Europa per restare competitiva nel sistema mondiale e dare conseguenti servizi e beni ai cittadini. Difficile raggiungere questi obiettivi con un'organizzazione internazionale che si limita a coordinare le politiche nazionali. Esiste ancora una via per rimettere l'Unione europea in condizione di produrre politiche legittimate dal consenso dei cittadini, dei partiti, delle organizzazioni sociali e specialmente dalla leale adesione dei governi?

Il consenso permissivo dei cittadini, che in passato ha permesso ai leader europei di creare le politiche comuni, è tramontato. L'integrazione europea è entrata come tema controverso nella competizione politica e partitica di tutti gli Stati membri. La contestazione dell'integrazione ha messo ovunque radici nella politica interna. Lo scontro tra il progetto, voluto dalla Germania, di un'Europa prima di tutto economicamente stabile e competitiva nel sistema globale e il progetto di un'Europa anche sociale e vicina ai cittadini, messo in campo da Jacques Delors, è stato risolto a vantaggio del primo con le regole dell'unione monetaria. Il Consiglio Europeo, con le sue regole di funzionamento, non è stato in grado di risolvere gli effetti che la crisi economico-finanziaria ha prodotto negli stati. Ne è seguito il riemergere di istanze di conservazione dei sistemi sociali nazionali garantiti dall'intervento statale, cioè dai governi. Riusciranno i leader e i partiti politici a varare nuove politiche comuni che salvaguardino la sicurezza sociale e riaprano lo sviluppo economico? Questo obiettivo appare difficile da raggiungere dentro un'organizzazione che può soltanto coordinare attese e pretese nazionali. Nessuno, fra l'altro, sa come riaccendere i motori e muoversi verso la meta federale.

Salvatore Bonfiglio

Il metodo degli Spitzenkandidaten *e la riforma dei trattati*

Sommario: 1. L'elezione di Ursula von der Leyen – 2. Il metodo degli *Spitzenkandidaten* quale conseguenza della 'parlamentarizzazione' dei rapporti istituzionali nell'UE – 3. Il ruolo dei partiti politici e l'adozione del sistema degli *Spitzenkandidaten* – 4. Considerazioni conclusive: elementi di comparazione giuridica e ipotesi di riforma dei trattati.

1. *L'elezione di Ursula von der Leyen*

Dopo il voto per il Parlamento europeo e l'elezione di Ursula von der Leyen, non preventivamente indicata agli elettori come candidata alla presidenza della Commissione europea, il metodo degli *Spitzenkandidaten*[1] (ovverosia, dei candidati capilista) ha registrato una battuta d'arresto. Il mancato rispetto di quel metodo ha messo a rischio l'esito stesso del voto sulla candidata indicata dal Consiglio europeo. Del resto, consapevole di tale rischio, la stessa Ursula von der Leyen, nel presentare la sua candidatura alla carica di presidente della Commissione europea, affermava di essere «fermamente convinta» della necessità di migliorare «insieme» il sistema dei candidati capilista e, inoltre, di voler affrontare «la questione delle liste transnazionali nelle elezioni europee come strumento complementare di democrazia europea»[2]. Com'è noto, nonostante i punti qualificanti del suo programma la candidata indicata dal Consiglio europeo è stata eletta il 16 luglio 2019 con una maggioranza risicata: 383 deputati a favore, nove in più della soglia minima di 374 (con 327 contrari e 22 astenuti).

L'esito di questa votazione non stupisce, in considerazione del fatto che il Parlamento europeo aveva già in precedenza evidenziato che se il Consiglio europeo non avesse aderito al sistema degli *Spitzenkandidaten* avrebbe rischiato di sottoporre all'approvazione del Parlamento una candidatura alla carica di Presidente della Commissione non in grado di disporre

[1] Sulle origini degli *Spitzenkandidaten* si veda: J. Priest-Ley, N. Peñalver García, *The Making of a European President*, London, 2015.

[2] Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa. Orientamenti politici per la prossima Commissione Europea 2019-2024.

di una maggioranza parlamentare sufficiente[3]. Nella stessa decisione e, poi, in una risoluzione[4] assunta prima delle elezioni europee del 2019, lo stesso Parlamento avvertiva che sarebbe stato pronto «a respingere qualsiasi candidato, nella procedura d'investitura del Presidente della Commissione», che non fosse stato indicato come *Spitzenkandidat* in vista delle elezioni europee.

Questo forte contrasto tra Parlamento e Consiglio ha comportato anche un mese di ritardo sulla tabella di marcia prevista per l'approvazione della nuova Commissione. È stato necessario un lungo lavoro di tessitura politico-istituzionale per ricomporre una maggioranza parlamentare numericamente più solida rispetto a quella che in precedenza aveva votato per la presidenza della Commissione. Fortunatamente la nuova Commissione approvata dal Parlamento europeo ha ricevuto 461 voti a favore (157 contrari, 89 astensioni). Più voti anche rispetto alla Commissione Juncker, che nel 2014 era stata approvata dal Parlamento con 423 voti favorevoli (209 contrari, 67 astensioni).

2. *Il metodo degli* Spitzenkandidaten *quale conseguenza della 'parlamentarizzazione' dei rapporti istituzionali nell'UE*

Com'è noto, nel 2014 l'elezione di Jean-Claude Juncker alla presidenza della Commissione europea scaturì dalla nuova pratica degli *Spitzenkandidaten*[5]: i principali partiti politici che si presentarono alle elezioni europee indicarono il loro 'candidato capolista' per la guida della Commissione, innovando la dinamica politica e istituzionale della forma di governo dell'Unione europea[6]. Infatti, in base al Trattato di Lisbona (art. 17.7), spetta ai capi di Stato e di governo, nel Consiglio europeo, proporre al Parlamento – a maggioranza qualificata – un candidato presidente della

[3] Decisione del Parlamento europeo del 7 febbraio 2018 sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea (2017/2233(ACI)).

[4] Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2019 sullo stato del dibattito sul futuro dell'Europa (2018/2094(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0098_IT.pdf.

[5] Cfr. S.B. Hobolt, *A Vote for the President? The Role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament Elections*, (2014) 10 Journal of European Public Policy 1528-1540.

[6] L. Mezzetti, *Le istituzioni e la forma di governo dell'Unione*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 180 ss.; F. Fabbrini, E. Hirsch Ballin, H. Somsen (a cura di), *What form of government for the European Union and eurozone?*, Oxford, 2015; R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019.

Commissione, «tenuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate». Il candidato deve essere «eletto dal Parlamento europeo a maggioranza dei membri che lo compongono».

Nella sopra citata decisione del 7 febbraio 2018[7] sulla revisione dell'accordo quadro sulle relazioni tra la Commissione europea e il Parlamento europeo, quest'ultimo ricorda che il sistema degli *Spitzenkandidaten* «rispecchia l'equilibrio interistituzionale tra il Parlamento e il Consiglio europeo quale previsto dai trattati» e, altresì, sottolinea che «questo ulteriore passo avanti nel rafforzamento della dimensione parlamentare dell'Unione è un principio che non può essere revocato».

Ora, non tutti gli studiosi e gli osservatori politici hanno colto appieno la portata del «voto di fiducia» da parte del Parlamento e del metodo degli *Spitzenkandidaten*[8], il quale altro non è che una conseguenza del graduale processo di parlamentarizzazione dei rapporti istituzionali nell'UE[9], a cominciare dal Trattato di Maastricht[10]. Infatti, già con quest'ultimo si giunse ad un compromesso: il Presidente della Commissione sarebbe stato designato di comune accordo dai governi degli Stati membri «previa consultazione con il Parlamento europeo». Si trattava comunque di una

[7] Si veda la nota 3.

[8] Cfr S. Fabbrini, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, (2015) 5 Journal of European Integration 571-586; M. Goldoni, *Politicising EU Lawmaking? The Spitzenkandidaten Experiment as a Cautionary Tale*, (2016) 3 European Law Journal 279-295; T. Christiansen, *After the Spitzenkandidaten: fundamental change in the EU's political system?*, (2016) West European Politics 992-1010; H. Kassim, *What's new? A first appraisal of the Juncker Commission*, (2017) European Political Science 14-33; J. M. Gomez, W. Wessels, *Spitzenkandidaten 2.0. Initial Deficits and Prospects for 2019*, in L. Vai, P.D. Tortola, N. Pirozzi (eds.), *Governing Europe. How to Make the EU More Efficient and Democratic*, Bruxelles, 2017, pp. 49-72; L. De Sio, M.N. Franklin, L. Russo L. (eds.), *The European Parliament Elections of 2019*, Rome, 2019.

[9] Del resto, tutto ciò non avveniva all'improvviso, ma a partire dall'elezione diretta del Parlamento europeo, dal maggio 1979. Successivamente nel 1992, con il Trattato di Maastricht, il mandato della Commissione è passato da quattro a cinque anni, in linea con quello del Parlamento. Inoltre, va ricordato che nel marzo 2018 il Parlamento europeo ha sottolineato anche l'importanza dell'allineamento da sette a cinque anni dell'arco temporale coperto dal quadro finanziario pluriennale dell'UE. Cambiamento possibile perché l'art. 312 del TFUE prevede che il quadro finanziario pluriennale sia «stabilito per un periodo di almeno cinque anni».

[10] Vedi P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, pp. 325-342; V. Cuesta Lopez, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, (2010) European Public Law 129; M. Shackleton, *Transforming representative democracy in the EU? The role of the European Parliament*, (2017) 2 Journal of European Integration 191-205.

consultazione obbligatoria ma non vincolante. Inoltre, il Parlamento avrebbe dovuto approvare, a maggioranza semplice, la composizione dell'intera Commissione, Presidente compreso, prima della nomina formale da parte dei Governi degli Stati membri. In tal modo, le due istituzioni venivano legate da un vero e proprio rapporto fiduciario che si sostanziava anche nella ulteriore possibilità per il Parlamento europeo di votare una mozione di sfiducia alla Commissione «a maggioranza dei due terzi dei voti espressi e a maggioranza dei [suoi] membri».

Successivamente tale processo si è consolidato con il Trattato di Amsterdam: la designazione del Presidente della Commissione fu sottoposta ad una diretta approvazione da parte del Parlamento europeo. Così il Presidente della Commissione veniva rivestito di una fiducia "individuale" – e non più "collegiale", quale componente della Commissione, come avveniva nel regime precedente. In tal modo si rafforzava, contestualmente, il suo ruolo sia nei confronti della Commissione che nei riguardi delle altre istituzioni europee. Con il Trattato di Nizza la designazione e la nomina del Presidente della Commissione venne deferita al Consiglio nella sua composizione dei Capi di Stato e di Governo, mentre la regola dell'unanimità venne abbandonata a favore di quella della maggioranza qualificata.

Nel graduale processo di parlamentarizzazione, un ruolo certamente determinante hanno avuto il Parlamento europeo[11] e le forze politiche europee, ma tutt'altro che trascurabile è stato il contributo anche della società civile e della comunità degli studiosi. Basti pensare che prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, in un appello promosso da Tommaso Padoa-Schioppa e sottoscritto da importanti personalità[12] si proponeva di legare le elezioni per il Parlamento europeo alla scelta del futuro presidente della Commissione. Nell'appello che era il risultato di uno studio[13] condotto da cinque istituti europei – l'Istituto Affari Internazionali (coordinatore, Roma), il Centro Studi sul Federalismo (Torino), l'*Institut für Europäische Politik* (Berlino), Notre Europe (Parigi) e *The Federal Trust*

[11] C. Pinelli, *Il Parlamento europeo come agenzia di innovazione dell'assetto istituzionale dell'Unione europea. Le strategie per il futuro*, in G. Bonvicini (a cura di), *Il Parlamento europeo per la nuova Unione*, Roma, 2014, p. 57 ss.

[12] J. Buzek, C. Azeglio Ciampi, J.-L. Dehaene, J. Delors, W. Kok, P. Tapio Lipponen, P. Medgyessy, W. Schüssel, M. Soares, P. Sutherland, G. Verhofstadt. Si veda: http://www.iai.it/sites/default/files/call_ita.pdf.

[13] G. Bonvicini (ed.), *Democracy in the EU and the Role of the European Parliament*. A Study and a Call [by] Istituto Affari Internazionali, Centro Studi sul Federalismo, Institut für Europäische Politik, Notre Europe, The Federal Trust. IAI Quaderni English series No. 14, Rome, March 2009, http://www.iai.it/sites/default/files/quaderni_e_14.pdf.

(Londra) – i firmatari si appellavano ai partiti politici e ai candidati alle elezioni di giugno 2009 e ai nuovi parlamentari eletti e ai loro gruppi affinché si impegnassero, tra l'altro, a mobilitare l'opinione pubblica in un vero dibattito politico sul futuro dell'UE; a selezionare candidati qualificati e impegnati a costruire un'UE più forte e a «prendere l'iniziativa nella scelta della nuova Commissione, del suo Presidente, dei suoi programmi».

Del resto, il Parlamento stesso aveva già espresso il proprio sostegno per il processo degli *Spitzenkandidaten* nell'ambito della proposta di revisione dell'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale diretto[14].

3. *Il ruolo dei partiti politici e l'adozione del sistema degli* Spitzenkandidaten

Per le elezioni europee del 2014 e del 2019, tutti i principali partiti politici europei[15] hanno adottato il sistema degli *Spitzenkandidaten*, indicando il proprio candidato alla carica di Presidente della Commissione. Si sono tenuti dibattiti pubblici tra i candidati, valorizzando la partecipazione dei cittadini europei. Ora, come si è detto, dopo le elezioni europee del 2019 tale sistema ha registrato una battuta d'arresto. Ciò in evidente controtendenza rispetto a quanto deciso dal Parlamento europeo e in forte distonia rispetto al Trattato di Lisbona, che ha riconosciuto forme di democrazia partecipativa diretta da parte dei cittadini[16] e, altresì, i partiti politici come elementi strumentali privilegiati del rapporto cittadini-istituzioni e incorporati all'interno della rappresentanza democratica dell'Unione[17]. Per

[14] Atto relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio (GU L 278 dell'8.10.1976, p. 1), quale modificato dalla decisione 93/81/Euratom, CECA, CEE del Consiglio (GU L 33 del 9.2.1993, p. 15) e dalla decisione 2002/772/CE, Euratom del Consiglio (GU L 283 del 21.10.2002, p. 1).

[15] Più esattamente, nel dare seguito alla Risoluzione 2012/2829, cinque partiti europei (European People's Party, Party of European Socialists, Alliance of Liberals and Democrats for Europe, European Left e Green Party) hanno indicato i propri candidati alla presidenza della Commissione.

[16] In tal senso l'art. 11, comma 4, del TUE prevede una iniziativa dei cittadini, attraverso la quale un milione di cittadini, appartenenti ad almeno un numero significativo di Stati membri, possano rivolgersi direttamente alla Commissione europea per chiedere la presentazione di una proposta di legge di loro interesse in un settore di competenza dell'UE.

[17] G. Conti, *Costituzionalismo e democrazia dei partiti a livello europeo*, in *Federalismi*, 2014, n. 24.

la prima volta nel Trattato dell'Unione Europea al Titolo II, significativamente intitolato *Disposizioni relative ai principi democratici*, si valorizzano la partecipazione alla vita democratica dell'Unione (art. 10, comma 3) e i partiti politici a livello europeo, in quanto soggetti che contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione europea (art. 10, comma 4).

Rispetto al passato, dunque, l'art. 10, comma 4, del Trattato dell'Unione Europea (TUE), l'art. 224 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)[18] e l'art. 12, comma 2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea[19] – che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha la stessa efficacia giuridica dei Trattati – mostrano maggiore sensibilità verso la rappresentanza politica generale e nei confronti dei partiti politici europei. Non a caso, in una prospettiva di rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e dei partiti politici[20], dopo le votazioni europee del 2014 è stato approvato il Regolamento n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 Ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee[21] e il connesso Regolamento n. 1142/2014 del Parlamento e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, che modifica il Regolamento n. 966/2012 per quanto concerne il finanziamento dei

[18] L'art. 224 costituisce la base giuridica della legislazione di diritto derivato sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei.

[19] L'art. 12, comma 2, della Carta dei diritti statuisce: «I partiti politici a livello dell'Unione contribuiscono a esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione».

[20] Si veda G. Conti, *L'elezione del Parlamento Europeo del 2014 e il processo di consolidamento dei partiti politici europei*, in *Osservatorio AIC*, 2/2014, pp. 1-37; S. Bonfiglio, *La disciplina giuridica dei partiti e la qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2015, vol. 3, pp. 16-35; F. Saitto, *European Political Parties and European Public Space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014*, in *Riv. dir. comp.*, 2017, vol. 2; P. Marsocci, *La possibile disciplina (legislativa) dei partiti politici e il suo collegamento con il loro finanziamento*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, p. 75 ss.; G. Grasso, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2017, vol. 1, p. 159 ss.

[21] Per incoraggiare e sostenere i partiti politici, dunque, viene istituito uno specifico *status* giuridico europeo dei partiti politici europei e delle fondazioni europee a essi affiliate. Il «partito politico europeo», secondo l'art. 2 del Regolamento, è «un'alleanza politica che persegue obiettivi politici ed è registrata presso l'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee». Il partito politico europeo può chiedere la registrazione soltanto a determinate condizioni (art. 3), tra cui quella di rispettare, in particolare nel suo programma e nelle sue attività, i valori sui quali è fondata l'Unione. Il Regolamento prevede, altresì, alcune regole organizzative e di "democraticità" interna.

partiti politici europei[22]. Inoltre, in vista delle elezioni europee del 2019, il Regolamento n. 1141/2014 è stato modificato dal Regolamento n. 2018/673 del 3 maggio 2018[23]. Tale modifica ha come obiettivo quello «di incoraggiare e assistere i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee a essi affiliate nel loro sforzo di creare un legame forte tra la società civile europea e le istituzioni dell'Unione e in particolare il Parlamento europeo» (si veda il *considerando n. 2*).

Si tratta di una tendenza senza dubbio positiva che segna anche un elemento di discontinuità rispetto al passato: basti pensare che l'Unione europea è stata tradizionalmente più attenta alle funzioni dei "gruppi di pressione" piuttosto che alla rappresentanza democratica dell'Unione, che va difesa, innanzitutto, dalle ingerenze delle potenze straniere: ad esempio, vietando il finanziamento dei partiti politici europei da parte delle potenze straniere[24].

L'istituzionalizzazione della forma-partito a livello europeo può essere utile non soltanto al riconoscimento giuridico dei partiti politici come elementi strumentali privilegiati del rapporto cittadini-istituzioni, ma anche a potenziare il ruolo del Parlamento europeo ed aumentare la partecipazione al voto europeo. In tal senso va considerata positivamente l'affluenza alle elezioni europee del 2019, che è stata la più alta dal 1994. Essa è stata determinata da un aumento della partecipazione dei giovani, secondo i risultati dell'indagine Eurobarometro post-elettorale commissionata dal Parlamento. In particolare, i giovani cittadini europei sotto i 25 anni (+14 punti percentuali sul 2014) e i 25-39enni (+12 punti percentuali sul 2014) sono andati al voto in misura maggiore rispetto al passato.

Questo dato sull'affluenza conferma quanto sia importante politicizzare lo spazio pubblico europeo e «garantire meglio che i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee a essi affiliate abbiano un'autentica dimensione transnazionale» (si veda, del Regolamento n. 2018/673 del 3 maggio 2018, anche il *considerando* n. 4).

In questo quadro, costruire veri e propri partiti europei dovrebbe favorire anche il rilancio del metodo degli *Spitzenkandidaten* e contribuire

[22] Pubblicati nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 317 del 4 novembre 2014.

[23] In vigore dal giorno della sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (4 maggio 2018).

[24] Emmanuel Macron nel marzo 2019, nel suo noto appello "per un Rinascimento europeo" (pubblicato nel sito dell'Eliseo in tutte le lingue dell'Ue), propone anche che «venga creata un'Agenzia europea di protezione delle democrazie che fornirà esperti europei ad ogni Stato membro per proteggere il proprio *iter* elettorale contro i cyberattacchi e le manipolazioni» e, altresì, di «vietare il finanziamento dei partiti politici europei da parte delle potenze straniere».

a controbilanciare il potere degli Stati nazionali, rafforzando il ruolo del Parlamento europeo.

4. *Considerazioni conclusive: elementi di comparazione giuridica e ipotesi di riforma dei trattati*

I partiti politici europei hanno una base nazionale e una derivazione istituzionale (parlamentare) in ambito europeo; i regolamenti sopra menzionati sul loro finanziamento garantiscono agli stessi una certa autonomia sia rispetto ai singoli partiti nazionali, sia nei confronti dei gruppi parlamentari del Parlamento europeo.

Nonostante il loro riconoscimento giuridico, i partiti politici europei soffrono comunque all'origine di una crisi d'identità e di leadership, in quanto il partito presente sul territorio (il *party on the ground*) che dialoga con i cittadini elettori è il partito nazionale affiliato ai partiti politici europei. Non a caso, molto spesso prevalgono nel corso della campagna per le elezioni del Parlamento europeo temi prevalentemente nazionali. Anche se dal 2002[25] è stata introdotta l'incompatibilità tra la carica di deputato al Parlamento europeo e quella di membro di un Parlamento nazionale, molti leader di partito, parlamentari in uno degli Stati dell'Unione, continuano a presentarsi come candidati al PE per poi dimettersi dopo la loro elezione, al fine di spostare l'attenzione del corpo elettorale sui temi nazionali e spesso senza chiarire in quale gruppo parlamentare si collocheranno (e con quali altre forze politiche), nonché eventuali disponibilità ad alleanze in Parlamento.

[25] Per vedere le altre incompatibilità si veda l'articolo 7 dell'Atto elettorale del 1976 (come modificato dalla decisione 2002/772/CE, Euratom). La carica di deputato al Parlamento europeo è incompatibile con quella di membro del governo di uno Stato membro, membro della Commissione, giudice, avvocato generale o cancelliere della Corte di giustizia, membro della Corte dei conti, membro del Comitato economico e sociale, membro dei comitati od organismi creati in virtù o in applicazione dei trattati comunitari per provvedere all'amministrazione di fondi dell'Unione o all'espletamento di un compito permanente e diretto di gestione amministrativa, membro del consiglio di amministrazione, del comitato direttivo o dell'organico della Banca europea per gli investimenti nonché funzionario o agente, in attività di servizio, delle istituzioni dell'Unione europea o degli organismi specializzati che vi si ricollegano. Altre incompatibilità sono state introdotte nel 1997 (membro del Comitato delle regioni) e nel 2002 (membro del consiglio d'amministrazione della Banca centrale europea, Mediatore dell'Unione europea e, come sopra detto, membro di un parlamento nazionale).

D'altra parte, non soltanto i partiti politici europei hanno una base nazionale: ciò avviene anche negli Stati federali, a cominciare dagli Stati Uniti d'America, in cui il partito democratico e il partito repubblicano altro non sono che federazioni di partiti tra loro molto diversi, sia dal punto di vista culturale che programmatico. Presenti nei cinquanta Stati che compongono la Federazione, i partiti statunitensi si dice, non a caso, che siano almeno cento: due per ogni Stato considerando soltanto quelli dei democratici e dei repubblicani.

Cosa ha spinto i partiti politici statunitensi a organizzarsi su base statale e a "unirsi" su base federale? Certamente le elezioni presidenziali, che ne hanno anche favorito lo sviluppo organizzativo. Ciò si è verificato, innanzitutto, con la nascita del Partito democratico[26]e con le *Conventions* per la formazione delle candidature presidenziali: si tratta, come scrive Tocqueville, del sistema rappresentativo applicato ad un partito[27].

Attraverso gli studi storico-comparativi conosciamo anche la genesi costituzionale del sistema partitico britannico di derivazione parlamentare e l'evoluzione della forma di governo parlamentare influenzata dai partiti politici[28]. Come negli Stati Uniti il sistema delle primarie è fondamentale per la selezione dei candidati alle elezioni presidenziali, così nel Regno Unito il sistema dei partiti e, in particolare, la meccanica bipartitica e la disciplina di partito sono rilevanti per la scelta dei parlamentari e per assicurare il necessario legame tra il legislativo e l'esecutivo[29]. Infatti, attraverso quel processo di concentrazione nella figura del *Premier* del ruolo di capo dell'esecutivo, capo della maggioranza parlamentare e *leader* del

[26] J.H. Aldrich, *Why Parties? The Origin and Transformation of Political Parties in America*, Chicago, 1995.

[27] A. de Tocqueville, *Voyage en Amérique* (1831-1832), in *Oeuvres*, vol. I, Paris, 1991 (tr. it.: *Viaggio in America: 1831-1832*, Milano, 1990); N. Matteucci, *Alexis de Tocqueville. Tre esercizi di lettura*, Bologna, 1990.

[28] S. Bonfiglio, *Dall'«influenza» regia a quella dei partiti politici. Elementi caratterizzanti l'evoluzione della forma di governo parlamentare del Regno Unito nel XVIII secolo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2018, vol. 2, pp. 1-12.

[29] J. Valera Suanzes-Carpegna, *Governo e partiti nel pensiero britannico (1690-1832)*, nella collana del Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 73, Milano, 2007, p. 77. Sul punto si veda M. Galizia, *Caratteri del regime parlamentare inglese del Settecento*. (In tema di incompatibilità fra la carica di Ministro e appartenenza al regime parlamentare), estratto "provvisorio" dalla *Riv. trim. dir. pub.*, 1969. Qui l'a. scrive che il meccanismo idoneo a realizzare la «benefica corrispondenza fra Esecutivo e Legislativo è per Burke il sistema dei partiti, i quali, adottando una struttura libera e articolata, dovrebbero essere in grado a suo parere di superare gli inconvenienti emersi al riguardo nell'esperienza inglese dell'epoca» (citazione tratta dall'estratto, pp. 51-52).

partito di maggioranza si afferma uno dei capisaldi della forma di governo britannica[30].

Del resto, anche in altri sistemi parlamentari il *leader* del partito che ha vinto le elezioni può contare su una vera e propria investitura da parte del Parlamento o, più esattamente, della Camera eletta a suffragio universale e diretto. Consideriamo qui, ad esempio, i casi tedesco, spagnolo e greco che prevedono una disciplina costituzionale dettagliata sulla formazione del governo. La Legge Fondamentale della Repubblica federale di Germania stabilisce all'art. 63 che il Cancelliere sia eletto senza dibattito dal *Bundestag* su proposta del Presidente Federale. Nel caso in cui il candidato non ottenga il voto della maggioranza dei componenti del *Bundestag*, è quest'ultimo a proporre un altro candidato che, se eletto con la maggioranza sopra indicata, deve essere nominato dal Presidente federale. Vi è anche l'ipotesi (mai verificatasi) che venga eletto Cancelliere chi ottiene il maggior numero di voti, ovverosia una maggioranza semplice: solo in questo caso il Presidente federale può decidere, entro sette giorni dall'elezione, se nominarlo o se sciogliere il *Bundestag*.

In Spagna, l'art. 99 della Costituzione stabilisce che sia il Re a proporre un candidato alla Presidenza del Governo, previa consultazione dei gruppi politici presenti in parlamento e attraverso il Presidente del Congresso. Il candidato proposto esporrà davanti il Congresso dei deputati il programma politico del Governo che intende formare e solleciterà la fiducia della Camera. Se quest'ultima la concederà a maggioranza dei suoi membri, il Re lo nominerà Presidente[31]. Anche in questo caso abbiamo una fiducia per l'investitura diretta del Presidente del Governo, anche se il Governo risponderà solidalmente della sua gestione di fronte al Congresso dei deputati (art. 108 Costituzione spagnola).

[30] D.C.M. Yardley, *The Effectiveness of the Westminster Model of Constitution*, in G.W. Keeton, G. Schwarzenberger (eds.), *Year Book of World Affairs*, London, 1977, p. 345 ss.; A. Lijphart, *Patterns of Democracy. Goverment Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2nd. ed., London, 2012 (si veda l'edizione italiana: *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2014); e, più di recente, A. Marchetti, *Il Westminster Model tra eredità del passato ed evoluzioni istituzionali più recenti: la funzione egemonica della premiership alla prova dei recenti tentativi di razionalizzazione del parlamentarismo inglese. Un nuovo assestamento della forma di governo britannica*, in *Rivista AIC*, 2018, vol. 1, p. 7.

[31] La Costituzione prevede anche che la fiducia per l'investitura sia concessa anche a maggioranza semplice (art. 99, comma 3, Costituzione spagnola). Inoltre, quest'ultima all'art. 99, comma 5, stabilisce che: «Se trascorso il termine di due mesi, a partire dalla prima votazione sulla fiducia, nessun candidato avesse ottenuto la fiducia del Congresso, il Re scioglierà entrambe le Camere e indirà nuove elezioni con la controfirma del Presidente del Congresso».

In Grecia, secondo l'art. 37 della Costituzione il Presidente della Repubblica nomina Primo Ministro il capo del partito che alla Camera dispone della maggioranza assoluta dei seggi. Se nessun partito ha ottenuto tale maggioranza il Presidente della Repubblica conferisce al capo del partito che dispone della maggioranza relativa un mandato esplorativo al fine di accertare la possibilità di formare un Governo che possa ricevere la fiducia della Camera dei deputati[32].

Ora, il sistema di governo dell'Unione europea, come si è detto, si è via via parlamentarizzato, ma la sua evoluzione richiede un sistema partitico strutturato in modo diverso rispetto a quello statunitense; soprattutto, occorre una maggiore disciplina di partito, necessaria per il funzionamento della forma di governo, visto il rapporto fiduciario che la caratterizza.

La Commissione europea, infatti, è espressione di una maggioranza parlamentare definita. Del resto, non bisogna dimenticare che il Parlamento può adottare una mozione di censura, secondo quanto previsto dall'art. 234 del TFUE (*ex* articolo 201 del TCE)*;* e dall'art. 34 del Regolamento interno del Parlamento europeo. Attraverso la mozione di censura il Parlamento esprime il proprio parere negativo sull'operato della Commissione. La mozione può essere adottata dal Parlamento non prima che siano trascorsi tre giorni dal suo deposito e con scrutinio pubblico: la stessa si considera approvata quando abbia riportato la maggioranza dei due terzi dei voti espressi e a maggioranza dei membri che compongono il Parlamento europeo. In conseguenza dell'adozione del provvedimento, i membri della Commissione saranno tenuti a dimettersi collettivamente e l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza si dimette dalle funzioni che esercita in seno alla Commissione. È da notare che i membri della Commissione nominati per sostituire quelli "sfiduciati" durano in carica non cinque anni (termine normale), ma fino alla data in cui sarebbe scaduto il mandato dei Commissari dimissionari. Tale previsione ha lo scopo di non sfalsare la durata in carica della Commissione e del Parlamento, volutamente equiparate con il Trattato di Maastricht.

Il complesso rapporto fiduciario tra Commissione e Parlamento richiede che quest'ultimo possa svolgere un ruolo ancora più determinante nell'investitura del Presidente della Commissione.

La evidente distonia tra l'elezione di stretta misura della Presidente della

[32] Nel caso in cui il capo del partito di maggioranza relativa non riesca ad ottenere la fiducia, l'art. 37, comma 3, prevede che il Presidente della Repubblica conferisca un nuovo mandato esplorativo al capo del secondo partito nella Camera; se anche questo si rivelasse infruttuoso, il Presidente della Repubblica incarica di un nuovo mandato esplorativo il capo del terzo partito nella Camera dei deputati.

Commissione, Ursula von der Leyen, e l'approvazione da parte di un'ampia maggioranza parlamentare della nuova Commissione si è verificata almeno per due principali ragioni: *a)* perché non è stato rispettato il contenuto della Dichiarazione n. 11 collegata all'art. 17.7 TUE secondo cui i «rappresentanti del PE e del Consiglio europeo devono consultarsi, prima della decisione del Consiglio europeo sul profilo del nuovo Presidente per tener conto delle elezioni europee»; *b)* a causa della disapplicazione del metodo degli *Spitzenkandidaten*, che va rilanciato, anche attraverso l'approvazione di alcune auspicabili innovazioni istituzionali.

In primo luogo, si dovrebbe intervenire a favore di un sistema elettorale comune per l'elezione del Parlamento europeo e istituire una circoscrizione elettorale che comprenda tutta l'Unione per dare a tutti i cittadini europei la possibilità di votare liste transnazionali e il loro candidato preferito alla Presidenza della Commissione, a prescindere dal luogo di residenza. In tal senso, alcune di queste proposte erano già state avanzate prima delle elezioni europee del 2019. Il 7 febbraio 2018 il Parlamento europeo, però, riunito in plenaria, ha sostanzialmente respinto per esclusione la proposta della Commissione per gli Affari costituzionali sulle liste transnazionali. Proposta, quest'ultima, che avrebbe permesso di assegnare 46 dei 73 seggi lasciati dal Regno Unito dopo la Brexit a un'unica circoscrizione continentale, dentro la quale le forze politiche europee avrebbero potuto competere al di fuori dalle gabbie nazionali. Tuttavia, come nota la Commissione europea nella sua raccomandazione del 13.02.2018, la partita a riguardo non è del tutto chiusa visto che resta in gioco, richiamata dallo stesso testo approvato il 7 febbraio, una proposta del Parlamento europeo del 2015 in cui figurano le liste transnazionali (Risoluzione 2015/2035)[33]. Al *Considerando* Q, infatti, si legge che «la creazione di una circoscrizione elettorale comune, in cui i capilista siano i candidati di ciascuna famiglia politica alla carica di presidente della Commissione, rafforzerebbe grandemente la democrazia europea e legittimerebbe ulteriormente l'elezione del presidente della Commissione». Con la creazione di una circoscrizione elettorale comune, la competizione tra liste facenti capo ai partiti politici europei spingerebbe finalmente questi ultimi ad un dibattito sui temi europei – e non di esclusivo rilievo naziona-

[33] Il Parlamento europeo nella Risoluzione 2015/2035, al *Considerando* L riconosce che «[...] le elezioni europee sono ancora in gran parte disciplinate da normative nazionali, che le campagne elettorali rimangono a livello nazionale e che i partiti politici europei non possono espletare sufficientemente il loro mandato costituzionale e contribuire "a formare una coscienza politica europea e a esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione", come richiesto dall'articolo 10, paragrafo 4, TUE». Così, il PE prendeva anche atto del mancato raggiungimento, da parte dei partiti politici europei, del proprio obiettivo istituzionale.

le. Una opinione pubblica europea e un contatto diretto dei partiti politici europei con l'elettorato, senza la necessaria mediazione dei partiti nazionali, avvicinerebbero i cittadini europei alle istituzioni dell'Unione[34].

Inoltre, per rilanciare il metodo degli *Spitzenkandidaten* si dovrebbe rafforzare il ruolo dei gruppi parlamentari nella fase di consultazione del Consiglio europeo per l'individuazione del Presidente della Commissione e cambiare le regole sulla investitura di quest'ultimo da parte del Parlamento.

Oggi, secondo la procedura introdotta dall'art. 17, par. 7, TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, se «il candidato non ottiene la maggioranza, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone entro un mese un nuovo candidato, che è eletto dal Parlamento europeo secondo la stessa procedura». In questo modo, spetta soltanto al Consiglio il potere di designazione del candidato alla presidenza.

La riforma dei trattati[35], invece, dovrebbe prevedere che nel caso di una bocciatura del candidato proposto dal Consiglio europeo da parte del Parlamento europeo sia quest'ultimo a proporre, entro due settimane dalla bocciatura, uno dei candidati preventivamente indicati agli elettori come candidati alla presidenza della Commissione europea. Se, però, trascorso il termine di trenta giorni, a partire dalla prima votazione sul candidato proposto dal Parlamento, nessun candidato avesse ottenuto la fiducia, il

[34] Attualmente invece può essere presentata una lista nazionale senza che la relativa forza politica (o le forze politiche, in caso di soggetto federativo) sia affiliata ad alcun partito politico europeo. In compenso, la Raccomandazione della Commissione europea del 14 febbraio 2018 (2018/234/UE), anche dando seguito alla precedente Raccomandazione del 12 marzo 2013 (2013/142/UE), ha invitato gli Stati membri a «promuovere e semplificare la diffusione all'elettorato delle informazioni sulle affiliazioni tra partiti nazionali e partiti politici europei, nonché sui candidati capilista, prima e durante le elezioni del Parlamento europeo, anche permettendo e incoraggiando l'indicazione dell'affiliazione sul materiale usato nella campagna elettorale, nei siti web dei partiti membri nazionali e regionali e, ove possibile, sulle schede elettorali»; di più, nell'atto sull'elezione dei parlamentari europei, dopo la decisione 2018/994 del Consiglio del 13 luglio 2018, ora si prevede che gli Stati membri possano «consentire l'apposizione, sulle schede elettorali, del nome o del logo del partito politico europeo al quale è affiliato il partito politico nazionale o il singolo candidato». In proposito si veda G. Maestri, *Sognando Strasburgo… senza firme: il caso del simbolo dei Verdi Europei*, in *Federalismi.it*, 2014, vol. 9, pp. 8-10; si veda anche, dello stesso A., *Verso le europee: ecco cosa dicono sui simboli le Istruzioni del Viminale*, *www.isimbolidelladiscordia.it*, 22 marzo 2019.

[35] Il piano di Francia e Germania: riformare l'Europa entro il 2022 insiste (http://www.mfe.it/site/fileMfe/file-vari/191126_Conference-on-the-Future-of-Europe.pdf) in particolare sui seguenti aspetti: «transnational lists, lead candidate system, issues related to citizens' participation in EU institutions/matters».

Presidente del Consiglio europeo dovrà sciogliere il Parlamento e indire nuove elezioni con la controfirma del Presidente del Parlamento.

Le riforme sopra ipotizzate e altre ancora, già ampiamente dibattute[36], contribuirebbero a rafforzare il ruolo del Parlamento, i partiti politici europei, la rappresentanza democratica, la cittadinanza comune[37], favorendo più marcatamente l'evoluzione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione europea. In questo modo l'integrazione politica europea potrebbe fare un significativo passo in avanti e non «essere confusa con l'idea di un'Europa "à la carte"»[38] al servizio di interessi nazionali. Per superare la sfiducia verso le istituzioni europee gestite «nella forma di un confederalismo intergovernativo»[39], occorre proporre riforme istituzionali in grado di liberare l'Unione dalla sua originaria natura internazionale e rilanciare l'idea federalista di Altiero Spinelli.

[36] Si tratta di proposte che tendono al rafforzamento delle prerogative e delle funzioni del Parlamento, visto il permanere di alcuni evidenti elementi di criticità. Ad esempio, né il Parlamento nel suo complesso, né i singoli deputati europei hanno il potere di iniziativa legislativa, saldamente conservato, almeno in via ordinaria, nelle mani della Commissione.

[37] Molti studiosi hanno correttamente evidenziato poco prima e subito dopo le ultime elezioni per il Parlamento europeo la necessità di riformare le istituzioni europee, affermando la centralità del Parlamento. Si vedano: L. Moccia, *La cittadinanza comune come fondamento della sovranità democratica europea: ovvero, la posta in gioco nelle elezioni del 2019 per il rinnovo del Parlamento dell'Unione*, in *La cittadinanza europea*, 2018, vol. 2, pp. 5-19 e, dello stesso A., *Cittadini Uniti d'Europa*, in *La cittadinanza europea*, 2019, vol. 2, pp. 5-20; B. Caravita, *Il dibattito sul futuro dell'Europa: quali politiche e quale governance per l'Unione dopo le elezioni europee del 2019 e dopo Brexit*, in *Federalismi.it*, 23/2019, p. 13. Caravita, però, nutre dei dubbi sulla esperienza degli *Spitzenkandidaten* e vede una dinamica del sistema europeo che si avvicina al modello svizzero della forma di governo direttoriale (*op. cit.*, p. 14).

[38] Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2019 sullo stato del dibattito sul futuro dell'Europa (2018/2094(INI)).

[39] Moccia, *La cittadinanza comune come fondamento della sovranità democratica europea*, cit., p. 14.

Alessandro Somma

Il Meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme: un dialogo con gli economisti

Sommario: 1. Un Superstato di polizia economica – 2. Il mercato delle riforme – 3. Il Meccanismo europeo di stabilità – 4. Il non *paper* di Schäuble – 5. Il Fondo monetario europeo – 6. La riforma del Meccanismo europeo di stabilità – 7. Ristrutturazione del debito e ruolo del settore privato – 8. Una tecnocrazia opaca e irresponsabile ma non per tutti – 9. Stati disciplinati dai mercati.

1. *Un Superstato di polizia economica*

Nel corso degli anni l'Europa unita è divenuta un catalizzatore di riforme che elevano il principio di concorrenza a paradigma dello stare insieme come società, e impediscono a principi alternativi di persistere o eventualmente di riemergere. I Paesi membri sono chiamati a tradurre le leggi del mercato in leggi dello Stato, riducendo così l'inclusione sociale a inclusione in un ordine incentrato sul libero incontro di domanda e offerta. Il tutto presidiato da uno «Stato forte e indipendente» cui attribuire compiti di «severa polizia del mercato»: come sintetizzato anni or sono da un padre del neoliberalismo[1].

Spicca tra questi compiti il contrasto delle concentrazioni di potere economico, ovvero l'isolamento dell'individuo di fronte al mercato, al fine di condannarlo a tenere i soli comportamenti che costituiscono reazioni automatiche agli stimoli della libera concorrenza. E lo stesso deve valere per gli Stati, che si devono rendere incapaci di operare in senso difforme rispetto a quanto corrisponde alle aspettative dei mercati. Anche per questo i Trattati europei codificano il «principio del non salvataggio finanziario», per cui «l'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro» (art. 125 Trattato sul funzionamento Ue).

Il divieto di *bail out* non costituisce un presidio contro l'indebitamento

[1] A. Rüstow (1938), in S. Audier, *Le Colloque Walter Lippman: Aux origines du néo-libéralisme*, Lormont, 2012, p. 469 ss.

pubblico, o almeno questa non costituisce la sua principale ragion d'essere. Prevale infatti una diversa finalità: costringere gli Stati a reperire risorse presso i mercati, a cui si conferisce così la funzione di disciplinare i comportamenti degli Stati. Se vorranno evitare interessi elevati, dovranno infatti comportarsi secondo i loro dettami, primi fra tutti quelli che attengono al controllo della spesa. Gli Stati dovranno cioè astenersi dall'assecondare le richieste di redistribuire ricchezza con modalità alternative a quelle suggerite dal mercato, ovvero dovranno neutralizzare il conflitto sociale e in tal senso spoliticizzare il mercato. Il che è un effetto dichiaratamente voluto: come rivendicato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, il contrarre debiti essendo «soggetti alla logica del mercato» induce a «mantenere una disciplina di bilancio»[2].

Di qui l'idea di una «logica della disciplina» contrapposta alla logica della democrazia, esemplificata dall'indipendenza delle Banche centrali dagli esecutivi[3], come fondamento del principio del non salvataggio finanziario. Di qui lo sviluppo dell'Europa unita come Superstato di polizia economica, vero e proprio dispositivo chiamato a presidiare il radicamento dell'ortodossia neoliberale: finalità perseguita anche dal Meccanismo europeo di stabilità (Mes), confermato in occasione dei propositi di riforma recentemente fatti propri dall'Eurogruppo.

2. *Il mercato delle riforme*

La logica della disciplina trova fondamento nei Trattati, ma anche e soprattutto in alcune pratiche costitutive della costruzione europea, prima fra tutte quella che possiamo definire in termini di "mercato delle riforme"[4].

A ben vedere questa pratica si delinea in tempi precedenti l'avvio del processo di unificazione europea, che non a caso trova il suo fondamento nelle misure adottate per attuare il Piano Marshall: un programma realizzato per favorire la ricostruzione dei Paesi devastati dal conflitto mondiale, ma anche e soprattutto un catalizzatore di riforme incentrate sul tema delle libertà economiche attraverso cui ancorare saldamente i partecipanti all'occidente capitalista. Per questa specifica finalità spicca il ruolo dell'Organizzazione

[2] Sent. *Pringle c. Government of Ireland* del 27 novembre 2012, Causa C-370-12.

[3] Cfr. A. Roberts, *The Logic of Discipline. Global Capitalism and the Architecture of Government*, Oxford, 2010.

[4] A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, p. 167 ss.

per la cooperazione economica europea, che avrebbe semplicemente dovuto monitorare l'andamento del Piano, ma che divenne invece un vero e proprio strumento di coordinamento delle politiche economiche dei Paesi europei coinvolti. I quali venivano tra l'altro indotti a risanare le loro economie perseguendo il pareggio di bilancio e dunque contraendo la spesa pubblica, e nel contempo creando un ambiente favorevole agli investitori, a beneficio dei quali occorreva per un verso comprimere i salari e ridurre la pressione fiscale, e per un altro adottare una politica di privatizzazioni e liberalizzazioni. Il tutto presidiato da un efficace sistema sanzionatorio, comprendente la sospensione degli aiuti nel caso non si fossero seguite le indicazioni dell'amministrazione statunitense[5].

Lo stesso schema è stato impiegato per i principali allargamenti dell'Europa unita, ovvero quello verso sud che ha fatto seguito al crollo dei fascismi sopravvissuti al secondo conflitto mondiale, e quello verso est succeduto all'implosione del blocco socialista. Entrambi sono stati sostenuti dalla retorica per cui la costruzione europea era stata concepita come baluardo contro i totalitarismi, e tuttavia la preoccupazione principale concerneva l'edificazione di un ordine economico in linea con l'ortodossia neoliberale.

Quanto all'allargamento verso sud, sono emblematiche le vicende che hanno interessato il Portogallo, liberatosi dalla dittatura attraverso una rivoluzione pacifica ma ispirata da idealità anticapitaliste: come esemplificato nella disposizione di apertura della Costituzione in cui si precisava che la Repubblica era «fondata sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare, e impegnata nella sua trasformazione in una società senza classi» (art. 1). A preparare il Portogallo per l'adesione ci pensò il Fondo monetario internazionale, che per l'occasione ricevette dalle autorità europee una sorta di incarico neppure tanto tacito a farsi carico della questione. Di qui la concessione di due prestiti: il primo nel 1976, in concomitanza con la richiesta di adesione alla costruzione europea, e il secondo tra il 1983 e il 1985, ovvero nel triennio immediatamente precedente l'ingresso nell'allora Comunità economica europea. Soprattutto in questa seconda occasione le condizioni per l'assistenza finanziaria furono particolarmente efficaci perché imposero un contenimento della spesa pubblica nei settori della previdenza e dell'assistenza sociale, della sanità e dell'educazione, oltre a riforme in materia lavoristica finalizzate per un verso a ostacolare gli aumenti salariali, e per un altro a produrre una marcata «flessibilità nell'utilizzo della

[5] Cfr. M. Patrono, *Diritto dell'integrazione europea*, vol. 1 (*Initium Europae*), Torino, 2013, p. 72.

manodopera»[6]. Tanto che la vicenda è stata considerata il banco di prova per mettere a punto quanto si è poi definito in termini di Washington *consensus*[7].

Da questo punto di vista furono se possibile più esplicite le condizioni imposte ai Paesi candidati a realizzare l'allargamento dell'Europa unita verso l'est, che si volle sostenere attraverso prestiti erogati dalla Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo. L'accordo costitutivo di quest'ultimo ente contiene nel merito indicazioni precise: la Banca deve promuovere l'economia di mercato, quindi «l'iniziativa privata», lo «spirito imprenditoriale» e le «riforme strutturali» necessarie «allo smantellamento dei monopoli, al decentramento e alla privatizzazione». Il Preambolo dell'accordo contiene anche riferimenti alla democrazia e ai diritti umani, che tuttavia devono essere letti alla luce di una precisazione da cui si ricava la funzione attribuita al ripristino delle libertà politiche, ovvero il loro essere connesse alla promozione delle libertà economiche così come concepite dal credo neoliberale: «il nesso tra aspetti politici ed economici» implica «un'attenzione primaria per i diritti civili», sicché i diritti sociali semplicemente «possono essere presi in considerazione», non però «nella valutazione dei progressi» fatti dal Paese assistito[8].

Il mercato delle riforme caratterizza anche uno strumento inizialmente estraneo a questa pratica, come i fondi strutturali e di investimento europei. Al varo dell'Unione economica e monetaria introdotta con l'attuazione della libera circolazione dei capitali, si pensò di utilizzarli per risarcire le aree non beneficiate dall'affluenza di capitali e dunque per contrastare in funzione perequativa un «esacerbarsi delle disparità esistenti»[9]. Nel tempo fu peraltro chiarito che i fondi non sarebbero stati strumenti di redistribuzione della ricchezza dalle aree ricche alle aree povere. È ora esplicita l'indicazione per cui devono essere erogati tenendo conto della necessità di «stabilire un legame più stretto tra politica di coesione e governance economica dell'Unione onde garantire che l'efficacia della spesa nell'ambito dei fondi strutturali e di investimento europei si fondi su politiche economiche sane». Il tutto

[6] Cfr. la *Carta de Intenções dirigida ao Fundo Monetário Internacional*, in *Boletim Trimestral - Banco de Portugal*, 1983, 3, p. 5 ss. e la *Carta de Intenções dirigida ao Fundo Monetário Internacional*, *ivi*, 1984, 3, p. 5 ss.

[7] A.B. Nunes, *The International Monetary Fund's Standby Arrangements with Portugal*, Gabinete de História Económica e Social - Documentos de Trabalho 44/2011.

[8] *Political Aspects of the Mandate of the European Bank for Reconstruction and Development* (versione 2013), www.ebrd.com/downloads/research/guides/aspects.pdf.

[9] *Il completamento del mercato interno: libro bianco della commissione per il Consiglio europeo* del 14 giugno 1985, Com/85/310 def.

collegato a un sistema sanzionatorio: «se uno Stato membro non dovesse adottare provvedimenti efficaci nel quadro del processo di governance economica, la Commissione dovrebbe presentare una proposta al Consiglio intesa a sospendere, in parte o in tutto, gli impegni o i pagamenti destinati ai programmi in detto Stato membro»[10].

3. *Il Meccanismo europeo di stabilità*

Il divieto di *bail out* non rappresenta un impedimento assoluto all'assistenza finanziaria degli Stati europei. Se infatti il loro dissesto si traduce in un rischio per la costruzione nel suo complesso, allora il sostegno economico trova una giustificazione. Questa è però condizionata, nel solco dello schema appena descritto e riassunto nella formula del mercato delle riforme.

Per gli Stati membri con deroga, ovvero che non sono tenuti ad adottare la moneta unica o che non soddisfano ancora le condizioni per aderirvi, l'assistenza finanziaria è stata disciplinata con il Trattato di Maastricht a partire da una disposizione contenuta nel Trattato di Roma del 1957 (art. 108). Lì si stabilisce che «in caso di difficoltà o di grave minaccia di difficoltà nella bilancia dei pagamenti» pregiudizievole per «il funzionamento del mercato interno o l'attuazione della politica commerciale comune», la Commissione può raccomandare il «concorso reciproco» (art. 143 Trattato sul funzionamento Ue). Un regolamento ha poi stabilito che il concorso consiste in un «meccanismo di sostegno finanziario a medio termine» da subordinare all'adozione «di misure di politica economica». Lo Stato assistito deve cioè concordare un «programma di riassetto o di accompagnamento» o altre «condizioni di politica economica», con la precisazione che il «versamento o prelievo sarà effettuato in linea di principio in quote successive», e che «la liberazione di ogni quota è subordinata alla verifica dei risultati ottenuti nell'attuazione del programma rispetto agli obiettivi prefissi»[11].

A Maastricht nulla è stato invece previsto in ordine agli Stati partecipanti all'Eurozona, per i quali mancava dunque una base legale certa a fondamento dell'assistenza finanziaria. Anche per questo il Fondo monetario internazionale è stato coinvolto nella definizione delle condizionalità cui si sono vincolati i prestiti accordati dalle prime istituzioni create per fronteggiare la crisi economica e finanziaria scoppiata nel 2008: il Meccanismo europeo di stabilizza-

[10] Regolamento 17 dicembre 2013 n. 1303.
[11] Regolamento 18 febbraio 2002 n. 332.

zione finanziaria e il Fondo europeo di stabilità finanziaria. La lacuna è stata colmata successivamente con una decisione del Consiglio europeo che ha promosso una modifica dei Trattati[12]. Lì si è prevista l'istituzione di «un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della Zona Euro nel suo insieme», e precisato che la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo «sarà soggetta a una rigorosa condizionalità» (art. 136 Trattato sul funzionamento Ue).

Il Meccanismo europeo di stabilità è stato istituito con un accordo intergovernativo, ed è pertanto rimasto formalmente fuori dal diritto europeo (Trattato del 2 febbraio 2010). Il suo organo principale è il Consiglio dei governatori, composto dai Ministri delle finanze dei Paesi membri, tra i quali viene eletto il Presidente: di norma il Presidente dell'Eurogruppo (art. 5), l'organismo che riunisce i Ministri delle finanze dell'Eurozona. Vi sono poi un Consiglio di amministrazione, incaricato di eseguire le decisioni adottate dal Consiglio dei governatori (art. 6), e un Direttore generale, che presiede le riunioni del Consiglio di amministrazione e opera come rappresentante legale del Mes (art. 7). Non è irrilevante notare che l'attuale Direttore è il tedesco Klaus Regling, un finanziere ed economista tedesco di solida fede neoliberale che ricopre la carica fin dall'istituzione del Meccanismo[13].

Il Mes fornisce «sostegno alla stabilità sulla base di condizioni rigorose» su richiesta rivolta al Presidente del Consiglio dei governatori, il quale affida alla Commissione europea e alla Banca centrale europea il compito di valutare il «rischio per la stabilità finanziaria della Zona Euro» riconducibile al dissesto dello Stato richiedente, così come «la sostenibilità del debito pubblico» di quest'ultimo. Sulla base di questa valutazione il Consiglio dei governatori decide di concedere il sostegno, affidando nel contempo alla Commissione europea il compito di negoziare con lo Stato assistito «un protocollo d'intesa» (*memorandum of understanding*) in cui precisare «le condizioni contenute nel dispositivo di assistenza finanziaria». Il tutto con il coinvolgimento della Banca centrale europea e del Fondo monetario internazionale, che continua a giocare un ruolo di primo piano nonostante vi sia oramai una base giuridica per l'assistenza finanziaria, con ciò consentendo di istituzionalizzare la mitica Troika: l'entità incaricata tra l'altro di «monitorare il rispetto delle condizioni cui è subordinato il dispositivo di assistenza finanziaria» (art. 13).

Il Mes non riveste alcun ruolo nella negoziazione, così come nella

[12] Decisione del Consiglio europeo 25 marzo 2011 n. 199.

[13] I membri del Consiglio di amministrazione sono l'irlandese David Eatough, il tedesco Rolf Strauch, il francese Christophe Frankel, l'olandese Kalin Anev Janse, la belga Sofie De Beule-Roloff e la francese Françoise Blondeel.

sorveglianza circa il rispetto delle condizionalità collegate all'assistenza finanziaria. Un regolamento concernente la sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri in difficoltà finanziaria si limita a dire che il Meccanismo dovrebbe «avere l'opportunità di discutere dell'esito di negoziati»[14], ma nulla di più: una soluzione che la riforma del Mes mira a mutare in modo sostanziale assieme al ruolo di questo in tutte le fasi successive alla richiesta di assistenza da parte dello Stato in difficoltà.

Sei sono le forme di assistenza finanziaria condizionata che possono essere accordate dal Mes, e tra queste solo una ha carattere preventivo: la «assistenza finanziaria precauzionale», possibile sotto forma di «linea di credito condizionale precauzionale» o di «linea di credito soggetta a condizioni rafforzate» (art. 14). La prima linea è riservata ai Paesi con «una situazione economica e finanziaria fondamentalmente sana», in particolare dal punto di vista di quanto stabilito nel Patto di stabilità e crescita: un insieme di atti concernenti il rispetto dei cosiddetti parametri di Maastricht e dunque dei limiti al debito e deficit pubblico. La seconda linea è riservata ai Paesi che non rispettano simili criteri sebbene la loro «situazione economica generale rimane sana»[15]. La disciplina di entrambe le forme di assistenza, finora mai utilizzate, è stata oggetto di revisione nell'ambito della proposta di riforma del Mes.

Tutte le altre cinque forme di assistenza condizionata intervengono dopo il dissesto cui intendono far fronte. La prima forma sono i «prestiti per la ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie», pensati per i casi in cui non si reputa di dover intervenire sulle politiche di bilancio (art. 15), già utilizzati in Spagna tra il 2012 e il 2013 nell'ambito di un finanziamento di circa quaranta miliardi di Euro[16]. Sono già stati impiegati anche i "prestiti" per il supporto alla stabilità, concepiti per i Paesi con difficoltà a reperire risorse sul mercato e dunque condizionati a un ampio «programma di aggiustamento macroeconomico» (art. 16): come quelli che hanno interessato Cipro tra il 2013 e il 2016 e la Grecia tra il 2015 e il 2018, con un esborso, rispettivamente, di circa sei e sessanta miliardi di Euro[17].

Le rimanenti forme di assistenza condizionata non sono invece mai state utilizzate. È il caso del «meccanismo di sostegno al mercato primario» (art. 17) e del «meccanismo di sostegno al mercato secondario» (art. 18), concernenti l'acquisto di titoli che nel primo caso è impedito alla

[14] Considerando 12 Regolamento 21 maggio 2013 n. 472.

[15] *Guideline on Precautionary Financial Assistance* del 9 ottobre 2012, www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_guideline_on_precautionary_financial_assistance.pdf.

[16] Dettagli in www.esm.europa.eu/assistance/spain.

[17] Cfr. www.esm.europa.eu/assistance/cyprus e www.esm.europa.eu/assistance/greece.

Banca centrale europea: solo il Mes può operare come un vero e proprio acquirente di ultima istanza dei titoli del debito pubblico. È infine il caso del «meccanismo di ricapitalizzazione diretta» destinato all'assistenza alle istituzioni finanziarie: uno strumento introdotto nel 2014[18], che la riforma del Mes ha inteso riformare.

4. *Il non* paper *di Schäuble*

In occasione dell'ultima riunione dell'Eurogruppo a cui ha partecipato, prima di assumere il ruolo di Presidente del Bundestag, il Ministro delle finanze tedesco ha distribuito un documento informale in cui disegna il futuro dell'Unione economica e monetaria europea[19]. Complessivamente si tratta di un inno alla sua spoliticizzazione, ovvero di uno stimolo a strutturarla in forma di dispositivo impermeabile a scelte diverse da quelle dettate dall'azione di automatismi. Il tutto anche per impedire la nascita di qualsiasi embrione di solidarietà tra Paesi europei, ovvero per escludere forme di assistenza finanziaria non subordinate all'adozione di riforme strutturali di matrice neoliberale.

Schäuble eleva il Mes a punto di riferimento per attuare simili propositi, dal momento che la sua azione si è ispirata allo schema del mercato delle riforme: ha dato prova di saper «procurare solidarietà come contropartita di finanze pubbliche sane». Di qui la proposta di trasformarlo in un «Fondo monetario europeo», così chiamato per sottolinearne il carattere tecnocratico, la sua ispirazione di ente la cui azione viene messa al riparo dalla politica.

Al Mes riformato si dovrebbero affidare nuove competenze, in particolare svolgere compiti di sorveglianza fiscale per prevenire le crisi economiche e finanziarie, a ben vedere confliggenti con quelli attribuiti alla Commissione europea in particolare nell'ambito del semestre europeo: il ciclo di coordinamento delle politiche di bilancio nazionali destinate a confluire nella legge di stabilità. Il tutto avendo come modello quanto previsto con riferimento alle politiche nazionali di cambio dallo Statuto del Fondo monetario internazionale, chiamato a una loro «ferma sorveglianza» e

[18] *Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions* dell'8 dicembre 2014, www.esm.europa.eu/sites/default/files/20141208_guideline_on_financial_assistance_for_the_direct_recapitalisation_of_institutions.pdf.

[19] *Non-paper for paving the way towards a Stability Union* (9 ottobre 2017), http://media2.corriere.it/corriere/pdf/2017/non-paper.pdf.

ad adottare nel merito «principi specifici per guidare gli Stati membri»: compito assolto attraverso la previsione per cui «ogni Stato membro fornisce al Fondo le informazioni necessarie a questa sorveglianza e, su richiesta del Fondo, conduce consultazioni con il Fondo stesso riguardo a queste politiche» (art. iv). Con la precisazione che la sorveglianza del Mes dovrebbe avere come punto di riferimento quanto previsto nel Patto di stabilità e crescita e nel Fiscal compact, e con ciò il rispetto rigoroso dei parametri di Maastricht in particolare quanto ai limiti al deficit e al debito pubblico.

La riforma del Mes dovrebbe poi accompagnarsi alla definizione di «un prevedibile meccanismo di ristrutturazione del debito» nel quale sia previsto e disciplinato anche il ruolo dei creditori privati. Nel merito Schäuble intende evitare il rischio che una minoranza di loro possa impedire un taglio del debito facendo leva sulla disciplina delle clausole di azione collettive (*collective action clauses*), che il Trattato istitutivo del Mes aveva imposto di includere in tutti i titoli del debito pubblico emessi dal 1. gennaio 2013 (art. 12). Queste clausole consentono di modificare le condizioni di pagamento di un titolo con il consenso dei creditori, prevedendo nel merito una doppia maggioranza: del totale dei creditori e di singole categorie di creditori, di norma corrispondenti ai detentori delle diverse serie di titoli (*double limb aggregation*). Ciò pone ostacoli alla ristrutturazione del debito, che può essere impedita da una cosiddetta minoranza di blocco: esito che si intende impedire consentendo ai creditori di esprimersi con la maggioranza singola, ovvero unicamente quella del totale dei creditori (*single limb aggregation*).

L'*ex* Ministro delle finanze tedesco propone poi di utilizzare il Mes nell'ambito del Meccanismo di risoluzione unico (*Single resolution mechanism*), il sistema europeo di risoluzione ordinata delle banche concepito come secondo pilastro dell'Unione bancaria europea[20]. In particolare il Mes dovrebbe assolvere al ruolo di *backstop*, ovvero divenire la fonte ultima di finanziamento del Fondo di risoluzione unico (*Single resolution fund*). Il tutto in sostituzione del «meccanismo di ricapitalizzazione diretta», e in alternativa alla proposta avanzata dall'allora Presidente della Commissione europea di utilizzare a questi fini il bilancio dell'Unione, suscettibile di chiamare in causa criteri politici nel governo delle insolvenze bancarie o comunque di impedire l'operare di automatismi.

Va da sé che la riforma del Mes nel senso auspicato da Schäuble dovrebbe avvenire ricorrendo a un accordo intergovernativo, ovvero evitando di ricondurre la materia al diritto europeo. Si dice nel merito che mancherebbe il necessario consenso politico alla modifica dei Trattati, e di

[20] Regolamento 15 luglio 2014 n. 806.

certo questo rappresenta un problema difficilmente sormontabile. L'opzione intergovernativa è però anche e soprattutto l'espediente utile a evitare l'applicazione dei principi che pure sono contenuti nei Trattati e che attengono al rispetto da parte delle istituzioni europee del meccanismo democratico così come dei diritti fondamentali. Intendiamoci, si tratta in massima parte di principi aggirabili e di norma aggirati, e tuttavia è significativo che si voglia anche in questo modo assecondare la spoliticizzazione dell'Unione economica e monetaria e la sua implementazione attraverso criteri tecnocratici.

5. *Il Fondo monetario europeo*

Il non *paper* di Schäuble vede la luce mentre la Commissione europea è impegnata a formulare proposte per lo sviluppo dell'Unione economia e monetaria e in particolare per incrementare il ruolo della politica nella sua implementazione: tanto da invocare nel merito «una maggiore responsabilità politica e una trasparenza maggiore su chi decide che cosa ai vari livelli», ovvero un maggiore «responsabilità democratica»[21]. Queste e altre formule utilizzate non sono certo nuove nel linguaggio delle istituzioni europee, che le fanno poi seguire a riforme decisamente poco incisive dal punto di vista dei propositi enunciati. È tuttavia significativo che tra le proposte per lo sviluppo dell'Unione economica e monetaria vi siano la richiesta di creare la figura del «Ministro europeo dell'economia e delle finanze»[22], che prelude a ulteriori cessioni di sovranità nazionale in materia economica ma anche alla rivendicazione del carattere politico della materia, così come di istituire un Fondo monetario europeo da ricondurre al diritto europeo (Fme)[23]. Anche in quest'ultimo caso si consolidano le cessioni di sovranità in materia economica e di bilancio consentite dal Trattato sul Mes, e tuttavia si creano le condizioni per un «ancoraggio istituzionale» almeno formalmente idoneo a produrre effetti positivi «in termini di trasparenza» nella misura in cui si incentiva «la cooperazione con la Commissione e la responsabilità nei

[21] *Comunicazione della Commissione: Ulteriori tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria dell'Europa: tabella di marcia* del 6 dicembre 2017, Com/2017/0821 fin.

[22] *Comunicazione della Commissione su un Ministro europeo dell'economia e delle finanze* del 6 dicembre 2017, Com/2017/0823 fin.

[23] *Proposta di Regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo* del 6 dicembre 2017, Com/2017/827 fin.

confronti del Parlamento europeo»[24].

Nella relazione che accompagna la proposta di istituire il Fme si sottolineano i risvolti di una riconduzione dell'ente al diritto europeo, in particolare dal punto di vista del «rispetto dei diritti fondamentali» e della «responsabilità democratica». Nella proposta di regolamento istitutivo del Fondo si riconosce come questo possa adottare decisioni «che si riferiscono alla politica economica e comportano un considerevole grado di discrezionalità» e si formula pertanto il principio per cui questo deve avvenire «con l'approvazione e sotto la responsabilità delle istituzioni dell'Unione» (considerando 34). Inoltre il Fme «risponde al Parlamento europeo e al Consiglio dell'esercizio delle sue funzioni» (art. 5) ed è in qualche modo tenuto a rapportarsi anche con i Parlamenti nazionali (art. 6).

Difficilmente il nuovo assetto potrà però bilanciare la spoliticizzazione dell'assistenza finanziaria che emerge dall'erosione di poteri finora riconosciuti alla Commissione, così come ridefiniti nella proposta di statuto del Fondo. Alla Commissione spetta sempre valutare se la situazione dello Stato richiedente comporti un rischio per l'Eurozona, considerare la sostenibilità del suo debito e monitorare il rispetto delle condizioni cui viene subordinata l'assistenza. Si attribuisce però al Fme la competenza a negoziare le condizioni politiche cui è subordinato il dispositivo di assistenza finanziaria (art. 13), anche «per contribuire a garantire il rimborso dell'assistenza finanziaria»: ovvero per rappresentare quanto si potrebbe definire in termini di punto di vista del creditore (considerando 42). Il che rende una mera clausola di stile l'affermazione per cui «una valutazione d'impatto sociale dovrebbe ispirare la negoziazione del protocollo d'intesa e orientare il seguito dato all'attuazione e il suo monitoraggio» (considerando 26).

Ma non è tutto. La trasparenza che dovrebbe essere incentivata dalla riconduzione del Mes al diritto europeo risulta ampiamente frustrata da quanto si dice nella proposta di regolamento a tutela della «riservatezza dei lavori del Fme», per la quale «è opportuno vincolare all'obbligo di rispetto del segreto professionale, anche dopo la cessazione delle funzioni, i membri dei suoi organi direttivi e il suo personale» (considerando 67), così come gli «osservatori invitati a partecipare alle riunioni del Consiglio dei governatori». Da notare anche i limiti all'applicazione della normativa europea in materia di accesso pubblico ai documenti riconducibili alla volontà di tutelare la riservatezza, nel cui nome si può rifiutare un simile

[24] *Comunicazione della Commissione: Ulteriori tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria dell'Europa: tabella di marcia* del 6 dicembre 2017, cit. V. anche il *Documento di riflessione sull'approfondimento dell'unione economica e monetaria* del 31 maggio 2017, Com/2017/291 fin.

accesso (considerando 70)[25].

Insomma, la proposta di istituire il Fme non accoglie la richiesta di Schäuble di mantenere il carattere intergovernativo dell'ente, e tuttavia i vantaggi di una sua riconduzione al diritto europeo attengono in massima parte a mere dichiarazioni di principio: il carattere tecnico del Fondo lo rende radicalmente inadatto ad assumere compiti politici. Viene invece accolta la proposta formulata dal tedesco di affidare al Fondo il compito di fornire sostegno al Fondo di risoluzione unico, una soluzione che il Parlamento europeo teme possa condurre a trasformare il Fme «in uno strumento esclusivamente destinato alle banche»[26]. Nulla si dice a proposito di regime delle clausole di azione collettiva, ma la lacuna verrà colmata con la riforma del Mes attualmente in discussione.

6. *La riforma del Meccanismo europeo di stabilità*

La riforma del Mes, nella versione recentemente approvata dall'Eurogruppo[27], prende corpo sulla base di linee direttive in parte diverse da quelle cui rinvia la proposta di istituire un Fondo monetario europeo. In primo luogo perché si abbandona l'idea di ricondurlo al diritto europeo, nonostante questo resti formalmente un obiettivo cui mira la Commissione[28]. E poi perché si punta a una maggiore spoliticizzazione del percorso verso la concessione dell'assistenza finanziaria: i poteri nel merito riconosciuti alla Commissione sono ulteriormente circoscritti a favore del Mes, mentre per quest'ultimo si disegna un statuto ancora più opaco e impermeabile al controllo.

Questi aspetti sono stati affrontati dall'Eurogruppo a partire dalle indicazioni fornite dal suo Presidente in una lettera del 25 giugno 2018 indirizzata al Presidente del Vertice Euro, dove siedono i Capi di Stato e di

[25] Ai sensi dell'art. 3 Direttiva 30 maggio 2001 n. 1049.

[26] Risoluzione del 14 marzo 2019, in www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0218_IT.pdf

[27] Nella riunione del 30 novembre 2020, consultabile in www.consilium.europa.eu/media/47294/sn04244-en19.pdf.

[28] *Deepening Europe's Economic Monetary Union: Taking stock four years after the Five Presidents' Report. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council and the European Central Bank European Commission's contribution to the Euro Summit on 21 June 2019*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/emu_communication_en.pdf, p. 11.

governo dell'Eurozona. Lì si è anche auspicato il coinvolgimento del Mes nel Meccanismo di risoluzione unico, concepito come un rimpiazzo del menzionato meccanismo di ricapitalizzazione diretta. Si è poi chiesto di meglio articolare le forme di assistenza finanziaria condizionata di carattere preventivo, anche per esplicitare il loro carattere di misure concepite per soccorrere i soli Paesi rispettosi dei parametri di Maastricht[29].

Da menzionare anche la riunione del Vertice Euro del 14 dicembre 2018, nel corso della quale si è avallato quanto contenuto in un documento confezionato da Commissione e Mes relativo a un maggiore coinvolgimento di quest'ultimo in quanto organismo le cui valutazioni sono compiute «dal punto di vista del creditore»[30]. Il tutto sulla base di un documento di poco precedente, nel quale Commissione e Mes esprimono l'intenzione di «collaborare nel disegnare e negoziare le condizionalità», così come nel «monitoraggio del rispetto delle condizionalità»[31].

Ma procediamo con ordine e consideriamo innanzi tutto lo svuotamento dei poteri attualmente assicurati alla Commissione, che ricordiamo essere incaricata di verificare se la condizione in cui versa lo Stato richiedente assistenza rappresenta un rischio per la stabilità finanziaria dell'Eurozona, quindi di valutare la sostenibilità del suo debito pubblico, di negoziare le condizioni cui viene subordinata l'assistenza e infine di monitorarne il rispetto. La proposta di istituire il Fondo monetario europeo amplia le prerogative del Mes perché lo coinvolge nella negoziazione delle condizionalità. Ora si intende andare decisamente oltre: il Mes, e più precisamente il suo Direttore generale, viene coinvolto nella valutazione del rischio per l'Eurozona e della sostenibilità del debito del Paese richiedente assistenza, del quale occorre altresì ponderare «la capacità del rimborso del sostegno» (art. 13)[32]: attività per la quale il Mes farà valere un punto di vista allineato alla «prospettiva del prestatore» (considerando 5*ter*), ovvero il punto di vista del creditore interessato alla restituzione delle somme date a prestito piuttosto che alle

[29] Lettera del Presidente dell'Eurogruppo Mario Centeno al Presidente del Vertice Euro Donald Tusk del 25 giugno 2018, www.consilium.europa.eu/media/35798/2018-06-25-letter-president-centeno-to-president-tusk.pdf.

[30] *Future cooperation between the European Commission and the European Stability Mechanism* del 14 novembre 2018, www.consilium.europa.eu/media/37324/20181203-eg-1b-20181115-esm-ec-cooperation.pdf.

[31] *Memorandum of Understanding on the working relations between the European Commission and the European Stability Mechanism* del 27 aprile 2018, www.esm.europa.eu/sites/default/files/2018_04_27_mou_ec_esm.pdf.

[32] In caso di divergenze nella valutazione circa la sostenibilità del debito e la capacità di rimborso, la Commissione prevale sulla prima, mentre il Mes sulla seconda (considerando 12a).

sorti del debitore. Lo stesso vale per il monitoraggio circa il rispetto delle condizionalità, il tutto confermando ovviamente il coinvolgimento degli altri soggetti il cui apporto alimenta la spoliticizzazione dell'assistenza finanziaria: il Fondo monetario internazionale e la Banca centrale europea (art. 13).

7. *Ristrutturazione del debito e ruolo del settore privato*

Novità particolarmente dirompenti riguardano una tra le forme di assistenza finanziaria condizionata: quella di tipo precauzionale, pensata per gli Stati «con fondamentali economici solidi che potrebbero subire gli effetti negativi di shock al di fuori del loro controllo» (art. 14). La riforma punta a stabilire una connessione più stretta tra la disciplina dell'assistenza finanziaria condizionata e il rispetto dei parametri di Maastricht così come promosso dal Fiscal compact. Quest'ultimo è stato del resto varato come accordo intergovernativo collegato al Trattato istitutivo del Mes, che non a caso sottolinea la comune vocazione a «promuovere la responsabilità e la solidarietà di bilancio all'interno dell'Unione economica e monetaria» (considerando 5).

Sono direttamente mutuati dal Fiscal compact, e in tal senso spoliticizzati e affidati all'azione di automatismi, i principali parametri attraverso cui verificare se il Paese richiedente vanta «fondamentali economici solidi»: un deficit contenuto entro il 3% del pil e un rapporto tra debito pubblico e pil inferiore al 60% o «una riduzione del differenziale rispetto al 60% nei due anni precedenti a un tasso medio di un ventesimo l'anno», il tutto «nei due anni precedenti l'assistenza finanziaria» (allegato iii). Tra le condizioni si menziona anche «l'assenza di squilibri eccessivi», ma si tratta di un «richiamo nettamente sottodimensionato rispetto all'attenzione prestata agli indicatori di finanza pubblica»[33]. Il tutto in linea con la sensibilità europea per questi ultimi e l'accondiscendenza nei confronti dei Paesi che difatti sfuggono a una procedura di infrazione per squilibri macroeconomici eccessivi: come in particolare la Germania, il cui mercantilismo ha prodotto da anni intollerabili surplus commerciali e dunque un notevole danno per le altre economie nazionali.

[33] V. Giacché, *Audizione presso le Commissioni riunite V e XIV della Camera dei Deputati* (20 novembre 2019), www.centroeuroparicerche.it/wp-content/uploads/2019/11/20191120AudizioneCER20191120_new.pdf.

Quanto detto concerne l'accesso alla linea di credito condizionale precauzionale ordinaria, per la quale la riforma del Mes prevede che il Paese richiedente non debba più negoziare un protocollo d'intesa (*memorandum of understanding*), bensì solo impegnarsi unilateralmente attraverso la sottoscrizione di una lettera d'intenti: documento che spetta alla Commissione europea valutare al fine di verificare «se le intenzioni politiche ivi indicate sono pienamente coerenti con le misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal Trattato» (art. 14). Il protocollo d'intesa resta invece per la linea di credito condizionale rafforzata, dedicata ai Paesi che non rispettano i parametri indicati nel Fiscal compact e che tuttavia «presentano una situazione economica e finanziaria generale comunque solida e un debito pubblico sostenibile» (allegato iii). Si delinea così una netta distinzione tra «Paesi di serie A e Paesi di serie B»: i primi posti nelle condizioni di ottenere assistenza finanziaria precauzionale senza aderire a programmi di aggiustamento macroeconomico, i secondi costretti invece a farlo, magari sulla base di un protocollo comprendente la richiesta di ristrutturazione del debito[34].

Se così stanno le cose, sono decisamente dirompenti le previsioni concernenti l'inserimento di clausole di azione collettiva per l'emissione di titoli del debito, per le quali si accoglie quanto suggerito nel non *paper* di Schäuble: «a partire dal 1. gennaio 2022 si applicano clausole di azione collettiva con votazione a maggioranza singola» (art. 12). Il tutto, a ben vedere, nel solco di quanto stabilito nell'attuale versione del Trattato Mes: lì si anticipa che occorre «prendere in considerazione una forma adeguata e proporzionata di partecipazione del settore privato» al «programma di aggiustamento macroeconomico», sebbene «in casi eccezionali» e «in linea con la prassi del Fmi» (considerando 12).

La possibilità di impedire alle minoranze di blocco di impedire una ristrutturazione del debito può avere effetti positivi per i Paesi in default, in procinto di ridurre il valore dei loro titoli come unica via di uscita da un dissesto finanziario irrecuperabile[35]. I Paesi che non si trovano in questa situazione, pur essendo in sofferenza quanto al rispetto dei parametri di Maastricht, si troveranno prima o poi costretti a ristrutturare il loro debito come condizione per l'assistenza finanziaria. Questo almeno verrà ritenuto

[34] Cfr. quanto osservato da S. Cesaratto ed E. Brancaccio nell'intervista condotta da A. Battaglia, *Riforma Mes: tutti i problemi sul tavolo spiegati da 4 economisti* (11 dicembre 2019), www.wallstreetitalia.com/riforma-mes-problemi.

[35] A. Baglioni, M. Bordignon, *Fondo salva-Stati, cosa c'è e cosa no nella riforma* (22 novembre 2019), www.lavoce.info/archives/62313/fondo-salva-stati-cosa-ce-e-cosa-no-nella-riforma.

un esito probabile dai loro creditori, i quali si riterranno così esposti al rischio molto concreto di un taglio potenzialmente consistente del valore dei titoli in loro possesso. Rischio a cui faranno fronte cessando di acquistare titoli del debito, o peggio vendendo quelli in loro possesso[36], o in alternativa incrementando i tassi di interesse e alimentando così una perversa spirale di crescente indebitamento.

Certo, la ristrutturazione del debito non viene formalmente prevista dal Trattato come condizione per ottenere l'assistenza finanziaria, ma essa rileverà come una sorta di condizione implicita perché questo saranno indotti a ritenere i mitici mercati[37]. Il tutto stigmatizzato anche dal Governatore della Banca d'Italia, che pure sottolinea non esservi alcun «automatismo nelle decisioni circa la sostenibilità dei debiti pubblici» e «un eventuale meccanismo per la loro ristrutturazione»[38], e che tuttavia evoca «l'enorme rischio che si correrebbe introducendolo: il semplice annuncio di una tale misura potrebbe innescare una spirale perversa di aspettative di insolvenza suscettibili di autoavverarsi». E che nel merito ricorda «le terribili conseguenze che fecero seguito all'annuncio del coinvolgimento del settore privato nella soluzione della crisi greca dopo l'incontro di Deauville alla fine del 2010»[39]: quando la Cancelliera tedesca e il Presidente francese evocarono per la prima volta la possibilità di un coinvolgimento del settore privato nella ristrutturazione del debito greco, rendendo con ciò più acuta la sua crisi[40].

Viene poi mutuata dalle proposte dell'allora Ministro delle finanze tedesco anche la previsione per cui il Mes interverrà nell'ambito del Meccanismo di risoluzione unico «per tutti gli impeghi del Fondo di risoluzione unico consentiti in base al diritto dell'Unione europea fatte salve adeguate garanzie» (art. 18*bis*). Si tratta di un intervento «in ultima istanza e purché sia assicurata la neutralità fiscale nel medio periodo» (allegato iv),

[36] C. Clericetti, *Riforma del Fondo salva Stati, fermate quel mostro* (22 novembre 2019), http://clericetti.blogautore.repubblica.it/2019/11/22/riforma-del-fondo-salva-stati-fermate-quel-mostro.

[37] Giacché, *Audizione presso le Commissioni riunite V e XIV della Camera dei Deputati*, cit.

[38] I. Visco, *Audizione presso le Commissioni riunite V e XIV della Camera dei Deputati* (4 dicembre 2019), www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2019/visco-audizione-4122019.pdf

[39] I. Visco, *L'Unione economica e monetaria: è ora di superare lo stallo*, intervento al Seminario OMFIF-Banca d'Italia "Future of the Euro area", Roma, 15 novembre 2019, www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2019/Visco_OMFIF_15112019.pdf.

[40] V. anche S. Cesaratto, M. D'Antoni, *Quel Gattopardo del Mes* (6 dicembre 2019), http://politicaeconomiablog.blogspot.com/2019/12/quel-gattopardo-del-mes.html?m=1.

avallato in particolare in occasione del Vertice Euro del 29 giugno 2018[41]. Un intervento da valutare alla luce dello sviluppo dell'Unione bancaria europea, che oltre al Meccanismo di risoluzione unico comprende il Meccanismo di vigilanza unica, e che attende ancora di essere completata da un Sistema di garanzia dei depositi notoriamente al centro di vivaci dibattiti.

8. *Una tecnocrazia opaca e irresponsabile ma non per tutti*

Il non *paper* di Schäuble ha infine ispirato la possibilità che il Mes assuma compiti di sorveglianza fiscale per prevenire le crisi economiche e finanziarie, così come si ricava dalla previsione per cui, al fine di «svolgere adeguatamente e con tempestività i compiti attribuitigli», il Meccanismo «può seguire e valutare la situazione macroeconomica e finanziaria dei suoi membri, compresa la sostenibilità del debito pubblico, e analizzare le informazioni e i dati pertinenti». Certo, si aggiunge che nel merito occorre coinvolgere la Commissione «per assicurare totale coerenza con il quadro di coordinamento delle politiche economiche» (art. 3). E tuttavia si alimenta anche così il ridimensionamento delle prerogative della Commissione, e dunque la spoliticizzazione dell'ordine economico europeo, vanificando quanto si reputa un principio formalmente non intaccato dalla riforma: quello per cui spetta in esclusiva a quest'ultima la «valutazione complessiva della situazione economica dei Paesi e della loro posizione rispetto alle regole del Patto di stabilità e crescita»[42].

A ben vedere la spoliticizzazione dell'ordine economico europeo non passa solo dal ridimensionamento del ruolo della Commissione nella gestione dell'assistenza finanziaria condizionata. Questo esito viene incrementato da alcune misure destinate a consolidare la messa al riparo del Mes da un ordine politico peraltro già attrezzato a impedire alla partecipazione democratica, e a monte al conflitto democratico, di condizionare le scelte di sua competenza: misure volte a rendere il Meccanismo un'entità tecnocratica immune, opaca e irresponsabile[43].

Le immunità sono previste per «i beni, le disponibilità e le proprietà del Mes, ovunque si trovino e da chiunque siano detenute»: immunità

[41] Dichiarazione concordata all'Eurosummit del 29 giugno 2018, Eurosummit 2, Tsgc 9.
[42] Visco, *Audizione presso le Commissioni riunite V e XIV della Camera dei Deputati*, cit.
[43] Cfr. *Transparency International*, *From Crisis to Stability. How to Make the European Stability Mechanism Transparent and Accountable* (2017), https://transparency.eu/wp-content/uploads/2017/03/ESM_Report_DIGITAL-version.pdf.

«da ogni forma di giurisdizione», dalla possibilità di costituire «oggetto di perquisizione, sequestro, confisca, esproprio e di qualsiasi altra forma di sequestro o pignoramento derivanti da azioni esecutive, giudiziarie, amministrative o normative», e dalle «restrizioni, regolamentazioni, controlli e moratorie di ogni genere». Il tutto completato dalla precisazione che «gli archivi del Mes e tutti i documenti appartenenti al Mes o da esso detenuti sono inviolabili», esattamente come i suoi «locali» (art. 32). L'opacità è quella assicurata dalla previsione per cui i vertici del Meccanismo e il suo personale «sono tenuti a non rivelare le informazioni protette dal segreto professionale» anche «dopo la cessazione delle loro funzioni» (art. 34). Gli stessi vertici e il personale sono poi irresponsabili perché beneficiano anch'essi «dell'immunità di giurisdizione per gli atti da loro compiuti nell'esercizio ufficiale delle loro funzioni e godono dell'inviolabilità per tutti gli atti scritti e i documenti ufficiali redatti» (art. 35).

Un simile quadro normativo è stato criticato dal Parlamento europeo, che ha formulato richieste in buona sostanza incentrate sulle ricadute di una mancata riconduzione del Mes al diritto europeo, sebbene integrate dall'invito a considerare «le prerogative dei parlamenti nazionali in materia di controllo fiscale e democratico»[44]. Di ciò non si trova traccia nella riforma, dove non si innova rispetto all'originaria innocua indicazione per cui il Consiglio dei governatori mette a disposizione dei parlamenti nazionali la relazione annuale contenente i conti sottoposti a revisione (art. 30).

Davvero poco se raffrontato con quanto ottenuto dalla Germania in sede di ratifica del Trattato Mes, in ottemperanza a quanto stabilito dalla sua Corte costituzionale. Questa aveva già avuto modo di affermare in termini generali che l'appartenenza alla costruzione europea non doveva in alcun modo menomare il potere del parlamento tedesco di esercitare un «controllo sulle scelte fondamentali in materia di politica fiscale e di bilancio»[45]. Con specifico riferimento al Trattato istitutivo del Mes ha poi precisato che le sottoscrizioni di capitale ulteriori rispetto a quelle individuate nel testo potevano essere avallate solo dietro «consenso del rappresentante tedesco». Ha poi sostenuto che l'inviolabilità degli archivi e dei documenti del Mes e l'immunità dei suoi vertici e del suo personale non possono costituire un impedimento a una informativa completa al parlamento tedesco relativa alla sua attività[46]. Il

[44] Risoluzione del 14 marzo 2019, www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0218_IT.html.

[45] Bundesverfassungsgericht, 7 settembre 2011, www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/09/rs20110907_2bvr098710.html.

[46] Bundesverfassungsgericht, 12 settembre 2012, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012.html

tutto recepito dal legislatore nazionale, che in sede di ratifica del Trattato ha fornito una ricca e dettagliata elencazione di prerogative del Parlamento che non devono in alcun modo essere frustrate dall'attività del Mes[47].

L'opportunità di riconoscere alla Germania specifici diritti di partecipazione parlamentare è stata ribadita in sede di valutazione della riforma del Mes[48]. Se non altro perché questa è stata criticata per non aver disciplinato l'assistenza precauzionale con automatismi tali da impedire forzature da parte dei Paesi «con deficit strutturale e politiche fiscali deboli»[49]. Va peraltro detto che diritti di partecipazione parlamentare sono stati assicurati anche ad altri Paesi capaci di vantare un sostanziale rispetto dei parametri di Maastricht: Austria, Estonia, Finlandia e Paesi Bassi. Nessuno tra i Paesi in difficoltà con quei parametri ha ottenuto simili privilegi, e anzi l'emarginazione dei loro parlamenti è direttamente proporzionale al peso di quelle difficoltà[50].

9. *Stati disciplinati dai mercati*

Abbiamo ricordato che tra le forme di assistenza finanziaria assicurate dal Mes rientra il meccanismo di sostegno al mercato primario, ovvero l'acquisto di titoli direttamente dallo Stato emittente. Si tratta come è noto di una possibilità sottratta alla Banca centrale europea, che può tutt'al più acquistare quei titoli sul mercato secondario, ovvero dai soggetti che li hanno a loro volta acquistati dagli Stati emittenti. Si può pertanto concludere che l'esistenza del Mes è per molti aspetti motivata dalla scelta di dotarsi di una Banca centrale europea priva della possibilità di operare

[47] Soprattutto parr. 4 e 5 *Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz)* del 13 settembre 2012.

[48] B. van Roosebeke, *Reform of the European Stability Mechanism* (11 dicembre2018), www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Studien/cepAdhoc_ESM/cepAdhoc_ESM_EN.pdf, p. 10.

[49] Così la Corte dei conti tedesca: Budesrechnungshof, *Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach Par. 88 Abs. 2 Bho über die Risiken einer Reform des Europäischen Stabilitätsmechanismus für den Bundeshaushalt* (27 maggio 2019), www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/produkte/beratungsberichte/langfassungen/langfassungen-2019/2019-bericht-risiken-einer-reform-des-europaeischen-stabilitaetsmechanismus-esm-fuer-den-bundeshaushalt-pdf.

[50] Il punto è affrontato in una informata tesi di dottorato discussa preso l'Università di Colonia: O. Höing, *Asymmetric Influence: National Parliaments in the European Stability Mechanism* (2015), https://kups.ub.uni-koeln.de/6485/1/Hoeing_Dissertation.pdf.

come acquirente di ultima istanza. Per quanto sia finanziato, il Meccanismo ha però una capacità di spesa contenuta rispetto a una Banca centrale, che formalmente può creare moneta senza limiti e dunque assolvere davvero alla funzione primaria riconosciuta all'acquisto di ultima istanza: rassicurare i mercati circa la stabilità del valore dei titoli del debito e dunque prevenire manovre speculative.

Di più. Il Mes non è pensato per prevenire manovre speculative e dunque per assicurare all'Unione economia e monetaria europea la stabilità di cui ha bisogno. Esso fornisce assistenza finanziaria solamente ai Paesi in ordine con i parametri di Maastricht: è insomma una sorta di «pseudo Banca centrale europea» plasmata a immagine e somiglianza del modo tedesco di concepire l'ordine economico[51]. E questo, come abbiamo visto, aggrava ulteriormente il rischio di manovre speculative ai danni dei Paesi in sofferenza con i parametri di Maastricht, e con ciò il rischio di una complessiva destabilizzazione dell'Unione economica e monetaria.

Tutto ciò costituisce il riflesso della volontà di attribuire all'ordine economico il potere di disciplinare il comportamento degli Stati, ovvero di spoliticizzare la loro azione nella misura in cui sono costretti a reagire in modo automatico agli stimoli dei mercati elevati al ruolo di «gendarmi» [52]: a compiere le sole scelte che non si tradurranno in aggravi di spesa in occasione del reperimento di liquidità. Il che viene esplicitamente riconosciuto e rivendicato dalle istituzioni europee con le affermazioni di principio riferite in apertura, e da ultimo con quelle incentrate sul coinvolgimento del settore privato nell'assistenza finanziaria preventiva, celebrato in quanto «rafforzamento della disciplina di mercato»[53].

A ben vedere la volontà di attribuire ai mercati il potere di disciplinamento degli Stati è coerente con la scelta dello strumento impiegato per promuovere riforme in tal senso: con il loro essere richieste come contropartite per l'assistenza finanziaria, ovvero con quanto si è sintetizzato in termini di mercato delle riforme. In entrambi i casi si alimenta lo sviluppo e il consolidamento dell'Unione europea come dispositivo neoliberale, sterilizzando la possibilità che essa possa aprirsi a evoluzioni di altro segno, e in particolare a forme di redistribuzione della ricchezza motivate da meccanismi solidaristici tra Paesi membri.

[51] C. Clericetti, *Esm, una pseudo Bce-2 ancora più tedesca* (28 novembre 2019), http://temi.repubblica.it/micromega-online/esm-una-pseudo-bce-2-ancora-piu-tedesca.

[52] Cesaratto, D'Antoni, *Quel Gattopardo del Mes* (6 dicembre 2019), cit.

[53] European Parliament – Economic Governance Support Unit, *The 2019 proposed amendments to the Treaty establishing the European Stability Mechanism* (ottobre 2019), www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/634357/IPOL_IDA(2019)634357_EE.pdf, p. 2.

Tutto ciò trae conferma dalla proposta di istituire un non meglio definito «strumento di convergenza e competitività» destinato a «fornire sostegno all'attuazione tempestiva delle riforme strutturali», in particolare delle «riforme difficili» da realizzare «nel quadro della procedura per gli squilibri macroeconomici»[54]. Con l'occasione si sottolinea infatti che lo strumento, sebbene si traduca in una spesa a favore di un singolo Stato membro, non mira immediatamente a produrre benefici per quest'ultimo: è concepito, come l'assistenza finanziaria condizionata, per «sostenere riforme importanti con potenziali ripercussioni su altri Stati membri, sulla Zona Euro e sull'Ue considerata nel suo insieme»[55].

Il tutto mentre l'impiego dello strumento di convergenza e competitività resta oramai l'unica modalità attraverso cui alla Commissione europea è dato incidere sull'equilibrio dell'ordine economico, dal momento che la cessione al Mes di poteri in materia di assistenza finanziaria condizionata l'ha oramai «ridotta a ufficio studi e strumento meramente esecutivo»[56]. E dal momento che il bilancio europeo è «finalizzato principalmente a sostenere le politiche e gli obiettivi comuni dell'Ue», e per il resto risulta «troppo limitato per una vera stabilizzazione economica anticiclica e per una redistribuzione sostanziale»: come recentemente riconosciuto persino dal Gruppo di alto livello sulle risorse proprie dell'Unione[57].

Sarebbe però un errore ritenere tutto questo il risvolto di una costruzione dell'Unione economica e monetaria ancora in itinere, suscettibile di essere completata in un futuro prossimo in forme idonee a prevenire quanto si reputa ora una patologia. La costruzione europea costituisce un dispositivo neoliberale, e da questo punto di vista la sua incompletezza non deve ritenersi tale: rappresenta un esito voluto, rispecchia cioè il corretto e fisologico funzionamento di una struttura pensata per catalizzare il mercato delle riforme.

Insomma, siamo ancora prigionieri della logica del vincolo esterno

[54] Cfr. *Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita* del 30 novembre 2012, Com/2012/777 fin.

[55] *Verso un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita. Creazione di uno strumento di convergenza e di competitività* del 20 marzo 2013, Com/2013/165 fin.

[56] E. Russo, *Di grande interesse il dibattito sulla proposta di modifica del Meccanismo europeo di stabilità finanziaria* (22 novembre 2019), http://enzorusso.blog/2019/11/23/di-grande-interesse-il-dibattito-sulla-proposta-di-modifica-del-meccanismo-europeo-di-stabilita-finanziaria.

[57] *Future Financing of the Eu. Final Report and Recommendations of the High Level Group on own Resources* (dicembre 2016), http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/reports-communication/hlgor-report_20170104.pdf.

illustrata in modo esemplare nella sua filosofia di fondo da Guido Carli, il Ministro del tesoro che rappresentò l'Italia nei negoziati per la definizione dei contenuti del Trattato di Maastricht. Il banchiere era consapevole che avrebbe condotto ad «allargare all'Europa la Costituzione monetaria della Repubblica federale di Germania». E lo apprezzava proprio per questo, perché avrebbe implicato «la concezione dello Stato minimo» e dunque un «mutamento di carattere costituzionale» concepito per consolidare e rendere irreversibile un ordine economico neoliberale: un ordine votato a «una redistribuzione delle responsabilità che restringa il potere delle assemblee parlamentari ed aumenti quelle dei governi», e a determinare così un ripensamento complessivo delle «leggi con le quali si è realizzato in Italia il cosiddetto Stato sociale»[58].

[58] G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana* (1993), Roma e Bari, 1996, p. 432 ss.

Daniela Preda

La partecipazione nel processo d'integrazione europea: il ruolo delle élites *e del popolo*

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il ruolo dei movimenti per l'unità europea – 3. Il ruolo delle istituzioni.

1. *Introduzione*

L'avvio del processo d'integrazione europea è stato opera di intellettuali ed *élites* illuminate. Nel corso della guerra e nell'immediato dopoguerra, un po' ovunque in Europa, all'interno delle differenti aree politiche, si sono levate voci che chiedevano la creazione degli Stati Uniti d'Europa: progetti, idee, piani, giornali e riviste[1], movimenti[2], incontri di frontiera tra i giovani[3], addirittura vere e proprie bozze di trattati costituzionali europei[4]. Sono voci significative, proprio perché capillari sul territorio e appartenenti alle varie famiglie politiche, economiche, culturali, accademiche, ma voci di *élites*.

> «Quando si considera questo periodo che divideva a metà il secolo, si resta colpiti – scrive Monnet – da uno straordinario fervore intellettuale intorno all'idea europea. Quando si rileggono i manifesti dei partiti e dei movimenti di militanti, le dichiarazioni dei leader politici e gli articoli dei giornali – l'"Economist" e il "Times" di

[1] Cfr. D. Pasquinucci, D. Preda, L. Tosi (a cura di), *Communicating Europe. Journals and European Integration 1939-1979*, Berna, 2013; D. Pasquinucci, D. Preda, L. Tosi (a cura di), *Le riviste e l'integrazione europea,* Padova, 2016.

[2] Cfr. S. Pistone (a cura di), *I movimenti per l'unità europea 1945-1954*, Milano, 1992; S. Pistone (a cura di), *I movimenti per l'unità europea 1954-1969,* Pavia, 1996; A. Landuyt e D. Preda (a cura di), *I movimenti per l'unità europea 1970-1986*, 2 voll., Bologna, 2000.

[3] Alla fine della guerra numerosi sono gli incontri di frontiera, in particolare tra giovani appartenenti a Stati diversi, per affermare una uguale volontà di pace e di superamento delle divisioni. Uno tra i primi, tra francesi e tedeschi, è quello sul ponte sul Reno che collega Strasburgo a Kehl, a cui partecipò anche il giovane Helmuth Kohl.

[4] Cfr. *Progetti di costituzione per una unione europea*, 4 voll., in *L'Unione politica europea: proposte, sviluppi istituzionali, elezioni dirette*, a cura di A. Chiti-Batelli, Roma, Servizio studi del Senato della Repubblica, 1978.

> Londra pubblicavano mirabili articoli di fondo degni del *Federalist* di Jay e di Hamilton – si ha la sensazione che una corrente di pensiero così ricca avrebbe senz'altro determinato la realizzazione della più ampia unità europea»[5].

Nonostante, a distanza di settant'anni, il processo continui ad avere carattere prevalentemente elitario, numerosi e di varia natura sono stati nel corso del processo d'integrazione continentale i tentativi di coinvolgimento del popolo nella costruzione europea. Su alcuni di essi, sia a livello della società civile sia a livello istituzionale, si soffermerà questo saggio, nell'intento di aprire un filone di ricerca a oggi poco indagato.

2. *Il ruolo dei movimenti per l'unità europea*

Il primo tentativo di coinvolgimento della società civile nel processo d'integrazione europea è rappresentato, il 6 settembre 1949, dalla richiesta da parte dell'Assemblea Consultiva del Consiglio d'Europa, al termine della sua prima sessione, alle diverse organizzazioni europee di inviare suggerimenti alla Commissione Affari generali, alla quale era stato affidato il compito di elaborare e sottoporre all'Assemblea stessa, entro il 30 aprile 1950, un patto europeo che definisse i principi direttivi del Consiglio d'Europa sul piano politico, economico, sociale e culturale. Sulla scorta di questo invito, il Movimento federalista europeo (MFE) decideva di avviare quella che può essere considerata la prima Campagna popolare europea: la sottoscrizione di una petizione in favore di un Patto di unione federale da sottoporre all'Assemblea Consultiva «per la sollecita creazione di un governo europeo con potere di decisione e per l'elezione diretta dei deputati europei»[6]. La proposta italiana era accolta dall'*Union européenne des fédéralistes* (UEF)[7] durante l'assemblea straordinaria di Parigi di fine ottobre, nel corso della quale veniva elaborato ed approvato anche uno schema di Patto di unione

[5] J. Monnet, *Cittadino d'Europa*, Napoli, 2007, p. 252.

[6] *Il Consiglio nazionale (Nervi, 9 ottobre 1949*, in *Europa federata*, II (1949), n. 14 (30 novembre). Al riguardo si veda U. Morelli, *La campagna per il patto di unione federale europea (1949-1951),* in S. Pistone (a cura di), *I movimenti per l'unità europea 1945-1954*, cit., pp. 343-366.

[7] Cfr. S. Pistone, *L'Unione dei federalisti europei*, Napoli, 2008; J.-F. Billion, W. Loth, J.-P. Gouzy, D. Preda, A. Radicchi, F. Zucca, *Les fédéralistes en Europe des années Trente à la fondation de l'Union européenne des federalists (Paris, décembre 1946)*, Paris, 2018.

federale e si decideva di avviare una Campagna a favore di tale Patto. La Campagna per la petizione aveva lo scopo di contribuire a diffondere tra i cittadini l'idea dell'unificazione europea e del superamento della sovranità statale assoluta, indicando gli ordinamenti federali come garanzia di pace, benessere, libertà. In Italia, la Campagna ricevette un forte sostegno da parte dei vertici istituzionali: il Presidente della Repubblica Luigi Einaudi, il Presidente del Consiglio Alcide De Gasperi, il ministro degli Esteri Carlo Sforza ne condivisero gli obiettivi, sostenendone lo sforzo organizzativo e firmando solennemente, il 4 novembre 1950, a suggello dell'iniziativa, la petizione federalista[8]. Appoggiata dai cattolici, che vedevano in essa lo strumento per rispondere alla mobilitazione pacifista e neutralista dei Partigiani della Pace, la Campagna fu ampiamente sostenuta dai movimenti per l'unità europea, ma non riuscì ad avere un impatto forte sull'opinione pubblica e a ottenere risultati concreti.

Dopo la caduta della Comunità europea di difesa (CED), in un articolo programmatico apparso su "Europa Federata" dell'ottobre 1954 intitolato significativamente *Nuovo corso*, Altiero Spinelli affermava l'esigenza che la lotta per l'unificazione europea non rimanesse circoscritta alle *élites*, ma si trasformasse in lotta di popolo. Spinelli constatava come il periodo favorevole all'unificazione europea apertosi dopo la seconda guerra mondiale – caratterizzato, all'interno, dallo smantellamento di amministrazioni, burocrazie, eserciti, all'esterno da paura dell'URSS, guerra fredda e favore americano all'integrazione europea – si fosse chiuso nel 1954: con la ricostruzione degli Stati nazionali e il mutamento del quadro internazionale provocato dalla morte di Stalin e dall'avvio della distensione, l'occasione era sfumata[9]. Nel nuovo scenario europeo, non sarebbe stato più possibile – a suo parere – pensare a un ruolo 'gesuitico' del federalismo, che mirasse direttamente ai capi e alle *élites* dirigenti. Questa strategia faceva parte del passato. Nel momento in cui i governi abbandonavano la politica europea, occorreva che i federalisti passassero a un ruolo di opposizione non solo di governo, ma anche "di regime e di comunità". Spinelli chiudeva l'articolo chiedendo una "Assemblea Costituente" eletta dai "liberi popoli europei", l'elaborazione di una costituzione europea e la sua ratifica attraverso "referendum popolari"[10].

A tal fine, diventava necessario, a suo parere, creare una forza federalista

[8] *De Gasperi e Sforza hanno firmato la petizione,* in *Europa federata*, III (1950), n. 35 (15 novembre), pp. 3 e 5.

[9] A. Spinelli, *Nuovo corso*, in *Europa federata*, 1954, 7, n. 10 (ottobre). L'articolo è stato in seguito ristampato in A. Spinelli, *L'Europa non cade dal cielo*, Bologna, 1960, pp. 205-216.

[10] *Ibidem*.

autonoma, disancorata dai partiti, molto più consapevole di se stessa di quanto non lo fosse stata sin allora, pronta a impegnarsi in azioni politiche concrete e incisive. La piattaforma di tale forza veniva individuata da Spinelli in un soggetto nuovo, il "popolo europeo", di cui avrebbe teorizzato per la prima volta il ruolo nell'aprile 1955:

> «Il popolo europeo – scriveva – esiste, ma esiste oppresso e semi incosciente, a causa del perdurante antico regime degli stati sovrani. I federalisti non sono altro che la parte cosciente del popolo europeo»[11].

Anche il concetto di popolo europeo – un concetto peraltro fortemente contestato negli stessi ambienti federalisti[12] – si coniugava per Spinelli con l'azione delle *élites*. La sua attenzione era infatti posta non sul popolo europeo in quanto tale, ma su un'avanguardia cosciente del popolo europeo, di cittadini militanti per l'Europa unita, capaci di 'forzare' i governi alla scelta della Costituente europea. A partire dalla nuova prospettiva del "popolo europeo" aperta da Spinelli, la natura del militante federalista verrà compiutamente teorizzata, sino ad arrivare alla stesura da parte di Mario Albertini[13] di un vero e proprio manuale del militante federalista[14].

Se guardiamo ai numeri, il MFE contava nel 1955 circa 50.000 iscritti, nel '56 meno della metà. Sarebbero occorsi quindi strumenti d'azione politica sovrannazionali per passare dall'avanguardia cosciente del popolo europeo alla sensibilizzazione di strati più ampi della società civile – quello che veniva definito l'"europeismo diffuso" – e indirizzare la lotta del popolo europeo verso la Costituente federale europea. Lo strumento fondamentale proposto da Spinelli per realizzare questo obiettivo sarà il Congresso del popolo europeo (CPE).

La Campagna per il CPE aveva lo scopo di dare espressione al sentimento popolare di opposizione agli Stati nazionali, rivendicando una statualità europea. Strumento della Campagna sarebbe stato, sull'esempio del

[11] A. Spinelli, *Il popolo europeo*, in *Europa federata*, 1955, 8, n. 7 (1 aprile). L'articolo è stato in seguito pubblicato in Spinelli, *L'Europa non cade dal cielo*, cit., pp. 223-226.

[12] I federalisti tedeschi, per esempio, rifiutavano l'idea di popolo europeo, contrapponendovi quella di popoli europei.

[13] Cfr. M. Albertini, *Tutti gli scritti*, a cura di N. Mosconi, 9 volumi, Bologna, 2006-2010; D. Preda, *Per una biografia di Mario Albertini: la formazione, la scelta europea e l'autonomia federalista*, Pavia, *Jean Monnet Centre of Pavia - Polo Interregionale Jean Monnet di Pavia*, 2014.

[14] M. Albertini, *Manuale del militante*, s.d. (ma 1956), *La linea politica. Il fine, il mezzo, le tappe future*, seconda versione, in Albertini, *Tutti gli scritti*, cit., vol. II, pp. 413-444.

Congresso gandhiano, l'elezione diretta da parte del popolo europeo di un Congresso popolare continentale con lo scopo di ottenere la convocazione di un'Assemblea costituente europea. La riunione del Congresso sarebbe stata preceduta da incontri di settore, che avrebbero consentito, per un verso, di mobilitare tutte le forze pro europee, per l'altro, di elaborare, sull'esempio della Rivoluzione francese, dei *cahiers de doléance* che nel loro insieme costituissero un vero e proprio atto d'accusa nei confronti degli stati nazionali sovrani. Questa impostazione avrebbe consentito anche il coinvolgimento di larghi strati dell'opinione pubblica, nei vari settori economici, politici, sociali, culturali. La Campagna prevedeva elezioni primarie da tenersi in varie città d'Europa. Si sarebbe così costituita, secondo Spinelli e Albertini, "dal basso", un'organizzazione politica autonoma e sovrannazionale di lotta federalista, una sorta di embrione di vita politica europea che avrebbe reso visibile l'opposizione del federalismo al sistema degli stati nazionali.

Nel settembre 1957, veniva dato alle stampe il primo numero di "Peuple européen", l'edizione francese di un "giornale europeo unico" quadrilingue per la formazione dei militanti. La diffusione di "Popolo europeo", così come quella dei primi giornali dei movimenti per l'unità europea, sarebbe stata sempre molto limitata, così come limitati, seppur significativi, sarebbero stati i sostenitori del CPE.

Il primo, sparuto gruppo di elettori – «i primi europei nella storia dell'Europa», li definiva Albertini[15] – si recava alle urne nell'autunno del '57 ad Anversa, Ginevra, Lione, Maastricht, Milano, Strasburgo e Torino, dove, dal 6 all'8 dicembre, si sarebbe tenuto il primo Congresso del popolo europeo. I risultati, se letti in numeri assoluti, non si potevano certo definire entusiasmanti: ad Anversa 6.415 voti, a Düsseldorf 3.300, a Ginevra 1.522, a Lione 5.100, a Maastricht 3.057, a Milano 8.386, a Strasburgo 27.001, a Torino 16.959. In tutto, poco più di 70.000 voti. I numeri, tuttavia, assumevano ben altro significato se si consideravano le difficoltà incontrate: la scarsità delle urne, il silenzio dei grandi mezzi di comunicazione, l'ignoranza diffusa sui temi trattati, le critiche comuniste e l'indifferenza degli altri partiti, l'esiguità delle forze impegnate nell'azione, ma soprattutto la complessità di questa. Prima della seconda sessione del Congresso, che si sarebbe tenuta a Lione dal 23 al 25 gennaio 1959, numerose erano le città a chiamare i propri cittadini al voto europeo. I risultati migliori erano

[15] M. Albertini, *Voi siete i primi europei della storia d'Europa*, in *Domani d'Europa*, numero speciale per gli elettori europei di Milano e di Como, dicembre 1957, n. 12, ora in Albertini, *Tutti gli scritti*, cit., vol. II, pp. 783-784.

conseguiti in Italia, a Genova[16], La Spezia, Udine, Bologna, Ferrara, Rovigo, Cuneo. Si votava anche all'estero, a Darmstadt, per esempio, e a Kerkrade. A Bruxelles, anche, ma qui era una sonora sconfitta. Si cominciava a intuire che le città dove era possibile portare avanti un'azione concreta a favore dell'Europa erano in realtà ben poche e che le elezioni per il CPE potevano avere un seppur, come s'è visto, limitato successo solo dove già esistevano sezioni attive dei movimenti federalisti. Non risultavano invece efficaci nell'allargare la cerchia dell'europeismo militante.

Mentre il CPE progressivamente si spegneva, il gruppo di Albertini – Autonomia federalista – avviava una nuova azione a carattere popolare – il Censimento volontario del popolo federale europeo – una raccolta di firme per il riconoscimento del potere costituente del popolo europeo, da diffondere sino all'ottenimento di una maggioranza per gli Stati Uniti d'Europa. "Fare l'Europa dipende anche da te": questo l'appello dei federalisti autonomisti ai loro concittadini europei. Si trattava di un'azione semplice, fatta propria dal MFE negli anni Sessanta, che poteva essere concepita su più piani, diversificata a seconda che avvenisse in una città in cui la forza federalista era già notevole, oppure discreta, o, infine, là dove esistessero solo individui isolati che credevano nel federalismo. Un'azione capace di dare una dimensione europea all'organizzazione federalista[17]. Il cittadino veniva invitato a firmare un documento e a pagare una somma pari alla spesa approssimativamente sostenuta dall'organizzazione per la sua firma. Così, dopo un primo momento in cui l'autofinanziamento sarebbe ricaduto direttamente sui militanti che avessero deciso d'intraprendere l'azione, quest'ultima si sarebbe autofinanziata e, anzi, nel progetto dei suoi ideatori, sarebbe stata in grado di attrarre fondi nuovi. Uno strumento nuovo, quindi, teso a creare una forza federalista censendo la speranza dei cittadini e non a sfruttare la forza esistente, come invece era successo con il CPE. Ma anche l'individuazione di un soggetto nuovo: un popolo formato di cittadini che appartengono e hanno un legame diretto contemporaneamente con

[16] Nella prima tornata elettorale che si tenne nel collegio di Genova (che comprendeva anche il distretto di La Spezia) dal 25 al 28 aprile 1958, i votanti furono più di 34.000, mentre nella seconda, che si sarebbe tenuta nell'aprile 1961, si sarebbero superati i 50.000 voti. Cfr. G. Levi, *Il Movimento federalista europeo a Genova e in Liguria (1945-1954)*, in *L'europeismo in Liguria. Dal Risorgimento alla nascita dell'Europa comunitaria*, a cura di D. Preda e G. Levi, Bologna, 2002, p. 160. Per un approfondimento, si veda inoltre la voce *Centro ligure del MFE*, in G. Levi, *Per una storia dell'europeismo in Liguria. Documenti e materiali*, Genova, 2007, in particolare p. 136.

[17] Strumento prezioso della Campagna per il Censimento del popolo federale europeo sarà il "Giornale del Censimento", pubblicato con cadenza mensile tra l'aprile 1965 e il dicembre 1966 in italiano, francese e tedesco, sotto la direzione di Mario Albertini.

uno Stato (Italia, Francia, Germania, ecc.) e una federazione di Stati (la federazione europea).

Promossa nella prima metà degli anni Sessanta, anche quest'azione era tuttavia destinata a non avere seguito. Altre iniziative dei movimenti per l'unità europea sarebbero seguite, facendo da contrappunto alle tappe fondamentali del processo di unificazione europea sino ai nostri giorni. Su di esse si auspica che la storiografia possa presto far luce in maniera sistematica.

3. *Il ruolo delle istituzioni*

Le prime Comunità europee sono state create – come noto – sulla base della strategia funzionalista. L'integrazione europea si è realizzata tramite il diritto: una serie di trattati internazionali tra i sei Paesi della piccola Europa con cui gli Stati non si sono limitati a stipulare accordi bilaterali o multilaterali, ma hanno progressivamente limitato la propria sovranità in alcuni settori. Una grande rivoluzione della storia – quella europea –, silenziosa, poco conosciuta dai cittadini, poco "partecipata" e scarsamente comunicata.

> «È una rivoluzione – affermava Monnet durante una conversazione con Spinelli nel 1952 – quella che vogliamo, e la dobbiamo fare con mezzi legali, con uomini di Stato privi di energia, senza alcun appello sentimentale. Mi chiedo talvolta se non sbagliamo, se non occorre la forza, se non occorrono i martiri»[18].

A partire dal rilancio europeo di Messina, il processo di unificazione europea è avvenuto – come ha affermato Jacques Delors – "avec le visage masqué": l'Europa ha privilegiato un'integrazione di carattere orizzontale, prevalentemente economica, quasi espungendo gli obiettivi politici fondamentali all'avvio del processo. L'obiettivo da raggiungere – la federazione europea – non è stato più esplicitato all'interno dei trattati, pur rimanendo un patrimonio dei padri fondatori: Spaak, Dehousse, Hallstein pensavano che le riforme istituzionali e l'integrazione politica sarebbero state il corollario dell'unificazione economica, realizzando un'unificazione di fatto. Il successo dell'integrazione economica avrebbe provocato infatti, a loro parere, l'esigenza di passi ulteriori verso l'unificazione, quasi 'naturalmente',

[18] A. Spinelli, *Diario europeo 1948-1969*, a cura di E. Paolini, Bologna, 1989, p. 140.

senza bisogno di dibattiti, scontri, coinvolgimento dell'opinione pubblica[19].

Questo 'basso profilo' dell'integrazione europea ha avuto conseguenze negative sull'opinione pubblica, che ha faticato a percepire e a far proprio il cambiamento epocale in corso, sino a sfociare in anni più recenti in aperto euroscetticismo.

La percezione della necessità di coinvolgere pienamente l'opinione pubblica nella costruzione comunitaria è stata tuttavia immediata all'interno delle istituzioni europee e costanti sono state le iniziative attuate al fine di far conoscere, prima di tutto attraverso una capillare opera d'informazione, il processo *in fieri*, anche al fine – come avrebbe scritto Rabier – di «éveiller chez le citoyens des six Pays une nouvelle façon de penser et d'agir, une conscience européenne, grâce à laquelle les peuples de ces États en voie d'union pourront exercer d'une façon de plus en plus efficace leurs responsabilités démocratiques»[20].

Già all'inizio degli anni Cinquanta, anche se l'attività d'informazione non era prevista dai trattati, la prima Comunità europea – la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) –, su sollecitazione in particolare di Jean Monnet e di Max Kohnstamm, sviluppò un servizio d'informazione[21], con lo scopo di ottenere il consenso dei cittadini al raggiungimento degli obiettivi politici che la Comunità si proponeva[22]. Tra il 1952 e il 1953 nasceva il Servizio Stampa e Informazione, guidato da Jacques René Rabier, già collaboratore di Monnet al Commissariat au Plan, con il compito di gestire i rapporti con i media e rafforzare la politica d'informazione sull'attività della Comunità. Create le nuove Comunità, subito ci si pose il problema dell'informazione dei cittadini sulla loro attività. Fu lo stesso Rabier a proporre di convertire l'esistente Servizio stampa e informazione della CECA in un Servizio comune alle tre Comunità[23]. Dopo l'unione degli Esecutivi sarebbe stata creata la DG X - Press and Information Service.

Poco dopo la creazione della CECA, nel 1953, veniva fondata, con

[19] Mi sia consentito, al riguardo, di rimandare alla mia *Introduzione* al volume *Avanti adagio. I Trattati di Roma e l'unità europea*, a cura di D. Preda, Padova, 2013.

[20] J.-R. Rabier, *L'information des Européens et l'intégration de l'Europe: leçons données les 17 et 18 Février 1965 par Jacques-René Rabier*, Bruxelles, 1965.

[21] Cfr. F. Casini, *The Birth of the Joint Press and Information Service (1958-1960)*, in *Communicating Europe. Journals and European Integration 1939-1979*, cit., pp. 565-580.

[22] F. Casini, *The Role of the ECSC Information Policy in the Development of the Consensus towards the European Integration (1952-1958)*, in D. Preda, D. Pasquinucci (a cura di), *The Evolution of the Consensus to European Integration 1950-2005*, Berna, 2012.

[23] Cfr. Casini, *The Birth of the Joint Press and Information Service (1958-1960)*, in *Communicating Europe. Journals and European Integration 1939-1979*, cit., pp. 565-580.

sede dapprima a Lussemburgo e poi a Bruxelles, anche la prima Agenzia di stampa europea, *L'Agence Europe*, per iniziativa di Ludovico Riccardi – già presidente dell'ANSA – e di Emanuele Gazzo, giornalista genovese e fervente europeista che a lungo ne sarebbe stato il direttore. L'Agenzia di stampa europea fu un progetto pionieristico, trasformatosi ben presto in uno strumento fondamentale di informazione sulle attività delle nuove istituzioni europee. Dal 1953 l'Agenzia pubblica un «Bulletin Quotidien Europe»/«Europe Daily Bulletin», distribuito in francese, inglese, italiano e tedesco, che propone sintetici editoriali a commento dei fatti del giorno.

Nella seconda metà degli anni Cinquanta nascevano anche le prime associazioni di giornalisti europei: nel 1955 veniva fondata a Roma l'Associazione giornalisti per la federazione europea, presieduta da Ugo La Malfa; nel 1961, si costituiva, sempre a Roma, l'Associazione giornalisti europei (AGE), dando alle stampe un proprio organo –"L'Europa dell'opinione" – diretto da Enrico Serra; nel 1963, in seguito a un convegno costitutivo tenutosi a Sanremo l'anno precedente, veniva fondata l'Association des Journalistes Européens (AJE), con sede a Parigi, il cui primo presidente fu il redattore capo del quotidiano "Le Soir", il belga Charles Rebuffat.

Un indubbio salto di qualità nella formazione di una consapevolezza europea dei cittadini fu rappresentato dalle elezioni dirette del Parlamento europeo. Tra il 7 e il 10 giugno 1979, 180 milioni di cittadini degli allora nove Paesi della Comunità venivano chiamati alle urne per eleggere i 410 deputati del Parlamento europeo, sotto la presidenza di Simone Veil. L'elezione diretta fu percepita come il simbolo stesso della partecipazione del popolo europeo alla costruzione di uno Stato sovrannazionale democratico, come espressione di una cittadinanza matura e responsabile. Un Parlamento eletto era evidentemente cosa diversa rispetto alle precedenti designazioni nazionali e i parlamentari che s'insediavano quell'anno nell'emiciclo di Strasburgo sarebbero stati responsabili direttamente di fronte ai cittadini europei. Furono in molti a credere che l'elezione diretta avrebbe moltiplicato le forze favorevoli all'Europa, fungendo da formidabile cassa di risonanza e forgiando un nuovo cittadino dalla duplice lealtà e appartenenza. Si diffondeva l'idea che il Parlamento eletto potesse accelerare la spinta all'Unione. Willy Brandt, nel suo intervento al congresso organizzato a Bruxelles dal Movimento europeo nel 1976, invitava il Parlamento europeo a impegnarsi in una prova di forza contro i governi nazionali. «Il Parlamento – affermava – deve essere "la voce dell'Europa". (…) Esso dovrà dunque considerarsi come una assemblea costituente permanente dell'Europa»[24].

[24] Discorso di Brandt al Congresso dell'Europa organizzato dal Movimento europeo, Bru-

Quegli anni sospesi tra speranza e prudenza e le manifestazioni europeiste che li caratterizzarono sono ben ricordati da Antonio Papisca in uno scritto di qualche anno fa[25].

Esisteva tuttavia una contraddizione in termini tra le aspirazioni e la limitatezza dei poteri di fatto devoluti al Parlamento europeo. Quella del Parlamento europeo, inoltre, continuava ad essere un'elezione anomala, in mancanza di veri e propri partiti europei e di un dibattito tra partiti europei e candidati europei.

In realtà la svolta fondamentale per quanto concerne il tema partecipazione è rappresentata dalla caduta del Muro di Berlino. Nell'epoca del bipolarismo e della guerra fredda, l'Europa ha infatti costantemente potuto contare su un quadro di riferimento politico – gli Stati Uniti – che ha garantito la sicurezza e una difesa comune, cioè gli strumenti essenziali della sovranità. La fine della guerra fredda e il crollo dell'impero sovietico hanno segnato una brusca svolta in questo processo.

Al crocevia di questo cambiamento si poneva, sul versante europeo, il Trattato di Maastricht, pensato e avviato in epoca bipolare, approvato in un contesto nuovo. E significativamente il Trattato di Maastricht, entrato in vigore nel 1993, oltre a proporre il rilancio dell'unificazione europea, introduceva anche il concetto, pur sussidiario, di cittadinanza europea.

Sarebbe però stata la Conferenza di Nizza, nel dicembre 2000, ad avviare un dibattito approfondito sul futuro sviluppo dell'Unione europea. L'anno successivo, a Laeken, veniva approvata una Dichiarazione in cui era prevista la convocazione di una Convenzione europea sul futuro dell'Europa, che sarebbe stata presieduta da Valéry Giscard d'Estaing. Per rispondere alle richiesta di partecipazione 'dal basso' alle riforme da parte dei cittadini, fin dalla sua prima seduta la Convenzione apriva una fase di 'ascolto', attraverso l'apertura di un *forum* per le organizzazioni della società civile (parti sociali, settore privato, organizzazioni non governative, ambienti accademici) e di una Convenzione europea dei giovani, che si sarebbe svolta tra il 9 e il 12 luglio 2002, sotto la presidenza dell'italiano Giacomo Filibeck. L'esperienza avrebbe generato un effetto moltiplicatore, con la riunione di Convenzioni a livello locale e nazionale. Il coinvolgimento dell'opinione pubblica era ampio e migliaia sarebbero state le proposte fatte pervenire alla Convenzione da associazioni, enti, scuole, cittadini.

Nell'agosto 2004, nel periodo della Commissione Barroso, al

xelles 5-7 febbraio 1976, in *L'Unità europea*, 1976, III, n. 25, pp. 9-12 (il discorso in lingua originale è in *Informationdienst Rat der Europäischen Bewegung 27*, n. 3, marzo 1976, pp. 2-3.

[25] *1979-2009: uso/abuso delle elezioni europee. Le speranze di 30 anni fa negli scritti europeistici di Antonio Papisca*, Padova, 2009.

vicepresidente Margot Wallström veniva assegnato il portafoglio delle Relazioni istituzionali e della Strategia di comunicazione, al fine di migliorare la conoscenza dell'Europa fra i cittadini. Nell'ottobre 2005, inoltre, la Commissione lanciava il cosiddetto "Piano D" (D come democrazia, dialogo e dibattito), finalizzato al recupero dell'interesse nei confronti dell'Europa da parte dei cittadini, attraverso lo sviluppo dei mezzi di comunicazione e d'informazione[26]. Questa riflessione veniva avviata in un periodo particolarmente difficile per il processo di unificazione europea, in cui emergeva con evidenza la diffusione dell'euroscetticismo non solo nei Paesi che tradizionalmente risultavano più tiepidi nei confronti del processo d'integrazione continentale, ma anche in alcuni Stati fondatori. Nel febbraio 2006, la Commissione adottava il Libro Bianco su una Politica Europea di Comunicazione e, nell'ottobre 2007, veniva elaborata la comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale e al Comitato delle regioni intitolata *Insieme per comunicare l'Europa*. In pratica, la Commissione proponeva un nuovo approccio teso a realizzare il passaggio da una comunicazione basata sulle istituzioni a una incentrata sui cittadini, attraverso un modello decentrato. La Commissione, infatti, sottolineava più volte il ruolo dei media nazionali, attraverso i quali vengono "filtrate" le informazioni sulle tematiche europee, sottolineando la necessità di promuovere una *cittadinanza europea attiva.*

In conclusione, una dialettica costante popolo/*élites*, quella che ha caratterizzato il processo di unificazione europea. Se il coinvolgimento dell'opinione pubblica nel processo di unificazione europea è sempre stato marginale e gli sforzi delle organizzazioni europee per contribuire alla definizione degli obiettivi di un'unificazione federale sono in gran parte stati frustrati, non è mai mancata la consapevolezza da parte delle *élites* della necessità di superare i tecnicismi e arrivare al cuore della cittadinanza comune, ponendo le basi reali dell'unità europea. Come scriveva nel 1923 Richard Coudenhove-Kalergi nella sua famosa opera *Pan-Europa*,

> «Aussi longtemps que des milliers d'hommes seulement croiront à la Pan-Europe, elle sera une utopia; dès que des millions y croiront, elle sera un programme politique; sitôt que 100 millions y croiront, elle sera faite»[27].

[26] Per una rassegna molto ampia della stampa federalista cfr. S. Calissano, *L'Europa in prima pagina. Il giornalismo europeista e federalista nel secondo dopoguerra. Le riviste federaliste ed europeiste in Italia. Dalla Resistenza sino alla fine degli anni Cinquanta*, Centro Studi sul Federalismo di Torino, marzo 2008, http://www.csfederalismo.it/attachments/article/854/RP_Calissano_08.pdf.

[27] R. Coudenhove-Kalergi, *Pan-Europa*, Vienna, Pan-Europa, 1923.

Fabio Zucca

L'Università di Pavia e l'Europa: dall'utopia all'azione politica

Sommario: 1. Introduzione – 2. Ernesto Teodoro Moneta: gli Stati Uniti d'Europa premessa per la pace mondiale – 3. L'azione per la federazione europea: Mario Albertini e il *Kindergarten* pavese.

1. *Introduzione*

Ai militanti delle forze politiche europeiste, che dall'immediato secondo dopoguerra operarono pur con diverse sfaccettature per la costruzione degli Stati Uniti d'Europa, va ascritto il merito di aver indirizzato il processo di integrazione europeo verso tale ideale con battaglie politiche concrete come quella per l'elezione a suffragio universale diretto del Parlamento Europeo[1]. Il federalista Mario Albertini, portando a piena maturazione attraverso il suo personale e travagliato percorso di studi presso l'Ateneo pavese la formazione risorgimentale ricevuta dal padre, metteva in primo piano proprio il rapporto fra pensiero e azione, cultura e politica individuando nel processo d'integrazione europeo il punto d'arrivo del Risorgimento italiano e dei risorgimenti europei[2]. Con questa analisi Albertini segna ancora oggi la via per una militanza europeista e federalista che trova nell'Università degli Studi di Pavia, nonché nel Risorgimento italiano ed europeo, di cui l'Ateneo fu protagonista, le concrete risposte per la costruzione della pace in Europa e nel mondo. Attraverso questo filo conduttore non è azzardato accostare il pensiero e l'azione di Ernesto Teodoro Moneta, studente pavese e unico italiano premio Nobel della Pace nel 1907, con la straordinaria stagione d'azione federalista che all'inizio degli anni Cinquanta, coinvolse, sotto la guida di Mario Albertini, tanti studenti pavesi nella battaglia per gli Stati Uniti d'Europa e per la pace nel mondo. Il filo conduttore di queste storie

[1] L.V. Majocchi, F. Rossolillo, *Il Parlamento europeo. Significato storico di un'elezione*, Napoli, 1979.

[2] Cfr. M. Albertini, *Il Risorgimento e l'unità europea*, Napoli, 1979. Sul pensiero e l'azione di Mario Albertini cfr. Id., *Tutti gli scritti*, voll. I-IX, a cura di N. Mosconi, Bologna, 2006-2010.

è l'Ateneo pavese che, nella seconda metà degli anni Cinquanta del secolo scorso, riappropriandosi di un ruolo di formazione non solo nazionale, ha proiettato giovani studenti nell'agone della Storia.

2. *Ernesto Teodoro Moneta: gli Stati Uniti d'Europa premessa per la pace mondiale*

Grazie al lavoro di recupero delle fonti documentarie dell'Ateneo[3], in occasione del Convegno *Ernesto Teodoro Moneta. Un premio Nobel all'Università di Pavia* (2007)[4] veniva presentato il documento che attestava la frequenza di Moneta del primo anno di corso della Facoltà di Studi politico-legali presso l'Università di Pavia nel 1852-53[5]. Prima di questo ritrovamento la bibliografia prevalente su Moneta citava esclusivamente il suo corso di studi presso l'Imperial Regio Liceo di Porta Nuova a Milano, mentre la sua frequentazione quale studente privato dei corsi politico-legali pavesi veniva sottaciuta.

Moneta, nato a Milano il 20 settembre 1833 da una famiglia di

[3] Sulla genesi dell'Archivio storico dell'Università di Pavia (d'ora in poi ASUPv), cfr. S. Negruzzo, F. Zucca (a cura di), *Gli archivi storici delle Università italiane e il caso pavese. Atti del Convegno nazionale (Pavia, 28-29 novembre 2000)*, Pavia, 2001 (*Annali di Storia Pavese*, 29); F. Zucca, *L'Archivio storico dell'Università degli Studi di Pavia. Interventi per la sua conservazione e valorizzazione*, in G. Penzo Doria (a cura di), *Studium 2000. Atti della 3ª Conferenza organizzativa degli archivi delle università italiane*, Padova, 2002, pp. 289-300; F. Zucca, A. Baretta, M.P. Milani (a cura di), *L'Archivio storico dell'Università degli Studi di Pavia*, Pavia, 2010.

[4] Il Convegno fu organizzato dal neocostituito Archivio storico dell'Università di Pavia il 10 dicembre 2007 e si svolse alla presenza del rettore Angiolino Stella (gli Atti non sono stati pubblicati per carenza di fondi). Un precedente Convegno si era svolto nell'aula del Quattrocento il 24 marzo 2003 su iniziativa della Società per la Pace e la Giustizia internazionale. I relativi atti sono stati pubblicati in *Ernesto Teodoro Moneta. Pace e diritti umani: strategie per il terzo millennio*. Atti del convegno (Pavia, 24 marzo 2003), Società per la pace e la giustizia internazionale, Pavia-Milano, 2005 (*Quaderni della Società per la pace e la giustizia internazionale*).

[5] ASUPv, Giurisprudenza, Sezione storico/legale, cart. 2766, fasc. 1. Il documento è stato ritrovato grazie al lavoro d'inventariazione delle archiviste Alessandra Baretta e Maria Piera Milani. Altri documenti che attestano la frequentazione pavese di Moneta sono in Archivio di Stato di Pavia, Fondo Università, reg. 215 (*Libro degli studenti in Legge*) e reg. 307 (*Catalogo semestrale ed annuale degli esami, 1852-1853*). Sulle vicende che portarono al deposito, negli anni Sessanta del secolo scorso, dell'Archivio antico dell'Ateneo pavese presso l'Archivio di Stato di Pavia, cfr. S. Negruzzo, *L'Archivio storico dell'Università di Pavia depositato presso l'Archivio di Stato di Pavia*, in *Gli archivi storici delle Università italiane e il caso pavese*, cit., pp. 75-81.

antiche origini nobiliari e di forti sentimenti patriottici e repubblicani[6], poté frequentare i corsi politico-giuridici che erano stati riorganizzati, dopo il periodo napoleonico, nel 1830, a completamento della serie di riforme riguardanti i piani di studio e la struttura dell'Imperial Regia Università di Pavia. La struttura e i piani di studio allora adottati rimasero sostanzialmente invariati sino agli anni Cinquanta dell'Ottocento, quando Moneta frequentò l'Ateneo pavese. Il percorso di studi, oltre a prevedere una serie di insegnamenti di base, apriva allo studente lombardo una visione giuridica, statistica e politica di respiro europeo. Moneta durante il primo anno del corso di laurea, poi abbandonato, conseguì giudizi brillanti: «Nell'Introduzione enciclopedica allo studio Politico-legale; nel Diritto Naturale privato e pubblico; nel Diritto penale, e nel Processo penale – la Classe prima con Eminenza. Nella Statistica generale degli stati d'Europa – la Classe prima. Nella Statistica particolare degli Stati d'Austria – la Classe prima»[7]. Non si conoscono i motivi che lo indussero a lasciare gli studi, anche se possiamo ipotizzare che il suo forte patriottismo e gli ideali unitari che già lo avevano portato ad abbracciare i moti milanesi del 1848 siano i principali elementi che lo indussero a volgere le sue giovanili energie verso l'attività politica e cospirativa antiaustriaca.

In sintesi l'Università di Pavia fornì, seppur solo in parte – ma non si possono escludere nuove scoperte – le basi culturali e giuridiche che portarono Moneta a elaborare, nella terza parte della sua vita, dedicata alla politica internazionale, quell'azione a favore della pace e per la costruzione degli Stati Uniti d'Europa che gli valse il premio Nobel.

La vita di Ernesto Teodoro Moneta fu comunque indissolubilmente legata alle vicende risorgimentali caratterizzate da quello stato di rivoluzione permanente che, partendo dalle Cinque giornate di Milano, a cui partecipò giovanissimo, lo portarono a fondare una società segreta di giovani d'azione per poi aderire alla Società nazionale e quindi partecipare, nelle file garibaldine, alle battaglie del 1859 e alla spedizione dei Mille. Conclusa vittoriosamente quest'ultima campagna entrò nell'esercito regolare combattendo nella Terza guerra d'indipendenza. La battaglia di Custoza segnò però una svolta decisiva nella sua vita. Rimase infatti colpito dall'inutilità di quello scontro, dal sacrificio di tante vite umane il cui spreco venne ancor più alla luce dopo che gli accordi diplomatici diedero al Regno d'Italia le compensazioni territoriali che aveva perso sui campi di battaglia.

[6] L'Archivio Moneta è conservato presso il Museo del Risorgimento di Milano.

[7] ASUPv, Giurisprudenza, Sezione storico/legale, cart. 2766, fasc. 1 (il documento è datato 18 novembre 1859).

Moneta decise quindi di lasciare l'esercito per iniziare l'attività di giornalista collaborando con *Il Secolo*, quotidiano milanese fondato da Edoardo Sonzogno nel 1866, di cui assunse la direzione nel gennaio 1869 per tenerla sino al 1895. Sotto la guida di Moneta *Il Secolo* divenne il più diffuso quotidiano italiano. Il giornale sposava le posizioni politiche dei democratici radicali lombardi ampiamente critiche verso i governi della Destra storica[8]. In questo periodo Moneta, prendendo atto dell'esito sempre più cruento delle guerre, arrivò a maturare l'idea che la guerra appartenesse a una storia dell'uomo che si doveva concludere perché i conflitti aumentavano i problemi dell'umanità invece di risolverli. Lo strumento per superare i contrasti era l'arbitrato internazionale che doveva comporre le crisi fra gli Stati. Iniziò così a combattere la sua battaglia per la pace, azione che condusse con quello spirito garibaldino che aveva contrassegnato le precedenti fasi della sua vita, inserendo la sua opera nel solco del pacifismo internazionale che prese le mosse durante il Congresso di Ginevra del 1867 che si concluse con la fondazione della *Ligue international de la Paix et de la Liberté*. In Italia il movimento pacifista si diede una prima forma organizzativa solo nel 1878, quando a Milano venne fondata la Lega di libertà, fratellanza e pace alla cui costituzione collaborò anche Moneta. La svolta si ebbe però con la fondazione, nell'aprile 1887 sempre a Milano, dell'Unione lombarda per la pace e l'arbitrato internazionale, sezione italiana dell'*International Arbitration and Peace Society*. Moneta, oltre a essere fra i promotori dell'iniziativa, divenne presidente dell'associazione dal 1891 alla sua morte, nel 1918. In questa veste fondò, nel gennaio 1898, la rivista *La vita internazionale* che sarà lo strumento attraverso il quale porterà avanti la sua battaglia pacifista e per l'arbitrato internazionale. Nell'ambito di questa attività Moneta tornò all'Università di Pavia nel 1888, per tenere una conferenza su *La pace e la guerra nella storia e nella scienza*, in cui affermò la sua fede nell'uomo e nelle sue capacità di progresso[9].

Il premio Nobel gli venne conferito il 10 dicembre 1907, a sancire la sua attività pacifista a livello italiano e internazionale. Per Moneta il tema della pace era strettamente collegato alla convinzione che fosse necessario costituire una federazione europea, che sola avrebbe potuto garantire la pace e la prosperità in Europa. Nel 1905 egli scriveva come gli Stati Uniti d'Europa erano «in cima al programma» dell'Unione lombarda della pace e obiettivo di lotta della sua rivista, *La vita internazionale*. Disarmo, arbitrato

[8] V. Castronovo, *La stampa italiana dall'Unità al fascismo*, Roma-Bari, 1973, 2ª ed. [Roma-Bari 1970[1]], p. 79.

[9] C. Ragaini, *Giù le armi! Ernesto Teodoro Moneta e il progetto di pace internazionale*, Milano, 1999, pp. 39-41.

internazionale e federazione europea erano per Moneta i riferimenti intellettuali e i mezzi sia per garantire il raggiungimento della pace sia il suo mantenimento[10].

Com'è ovvio, data l'epoca, l'idea di federazione europea non poteva ancora essere definita con la stessa chiarezza né essere dotata della valenza politica che caratterizzano il federalismo elaborato durante la Resistenza e nell'immediato dopoguerra, in particolare la versione costituzionale formulata da Altiero Spinelli e dagli ideatori del *Manifesto di Ventotene*. Ma per quanto non organicamente esposta, essa rappresentava comunque per Moneta la conseguenza naturale del Risorgimento italiano ed europeo. La strada era pertanto indicata: occorreva però tentare di dare concretezza all'idea degli Stati Uniti d'Europa.

3. *L'azione per la federazione europea: Mario Albertini e il* Kindergarten *pavese*

Partendo dall'analisi del contesto generale che rilevava la crisi dello Stato nazionale sovrano[11], la corrente di pensiero federalista, definito costituzionale o hamiltoniano, aveva raggiunto, attraverso la lotta al nazifascismo, un concreto punto d'elaborazione politica. Questi federalisti si ponevano l'obiettivo di una federazione europea quale premessa indispensabile per l'affermazione della democrazia e il raggiungimento della pace nel continente e nel mondo. Il vero problema non era una riforma in senso federale della struttura statale o della società, ma la costruzione di uno Stato sovranazionale in Europa, fondato sui principi del federalismo costituzionale statunitense. Si trattava di una rivoluzione politica e culturale in cui la preminenza della battaglia per la federazione europea era determinata dalla realtà storica, il crollo del sistema europeo degli Stati, mentre quella per la federazione mondiale sarebbe stata, al momento, un'utopia[12]. Nella sua

[10] *Ivi*, pp. 67-68.

[11] Per una visione generale dell'orientamento storiografico che pone la crisi dello Stato nazionale sovrano al centro delle proprie riflessioni cfr. L. Einaudi, *La guerra e l'unità europea*, Milano, 1948; L. Dehio, *Equilibrio o egemonia. Considerazioni sopra un problema fondamentale della storia politica moderna*, Bologna, 1988, 2ª ed. [Bologna 1954[1]]; A. Spinelli, E. Rossi, *Problemi della Federazione europea*, Bologna, 1970; M. Albertini, *Lo Stato nazionale*, Milano, 1960, 2ª ed. [Milano 1958[1]]; S. Pistone, *Ragion di Stato, relazioni internazionali, imperialismo. Corso di storia del pensiero politico contemporaneo (anno accademico 1983-1984)*, Torino, 1984.

[12] Sulla storia dell'idea mondialista e federalista, per la poderosa bibliografia citata, cfr. J.F. Billion, *Mondialisme, fédéralisme européen et démocratie internationale. Le mondialisme et*

formulazione più cosciente, questa teoria federalista trovò l' elaborazione, con indicazioni politico-strategiche, nelle pagine che Altiero Spinelli, Ernesto Rossi ed Eugenio Colorni scrissero nel 1941, durante il confino sull'isola di Ventotene, e che divennero poi il programma politico di questa corrente del federalismo con il nome di *Manifesto di Ventotene*[13].

È infatti solo fra il luglio 1941 e l'agosto 1943, anno di fondazione del Movimento Federalista Europeo (MFE), che si può cominciare a parlare di federalismo europeo militante, identificando con questa espressione coloro i quali cominciavano ad anteporre alla lotta politica nazionale quella per la realizzazione della federazione europea. Durante la riunione costitutiva del movimento, tenutasi a Milano il 27 e 28 agosto 1943, furono approvate le sei tesi politiche che avrebbero guidato l'azione dei federalisti costituzionalisti sino ai giorni nostri[14].

Durante il periodo bellico i rapporti tra i federalisti e i partiti clandestini italiani furono caratterizzati da alterne vicende legate sia alle posizioni ideologiche delle varie formazioni politiche, sia alla capacità di convincimento e penetrazione dei federalisti negli organi dirigenti delle stesse. Nel maggio 1943 si registrarono alcune adesioni programmatiche agli obiettivi federalisti, mentre durante il 1944 il ricostituito Partito liberale fece propri i principi contenuti nel *Manifesto*, soprattutto grazie all'azione di Luigi Einaudi[15]. Di particolare rilievo fu anche la presenza delle idee federaliste all'interno del Partito d'Azione. L'adesione al movimento azionista di buona parte dei fondatori del MFE, le successive conversioni federaliste di azionisti[16] portarono a commistioni sia politiche sia organizzative[17]. Lo stesso Spinelli, dopo iniziali esitazioni, aveva aderito al PdA per «compenetrarlo della visione federalista» e per far giungere, attraverso gli azionisti convertiti,

l'intégration européenne (1945-1995), Fédérop-Istituto di Studi federalisti Altiero Spinelli, Église-Neuve d'Issac-Pavia, 1997.

[13] Le tesi contenute nel *Manifesto* furono discusse da Spinelli, Rossi e Colorni. Quest'ultimo ne curò la prima edizione clandestina, a Roma nel 1944, pubblicando in copertina solo le iniziali dei due compagni di lotta: A.S. e E.R. omettendo le proprie.

[14] Sulla costituzione del MFE cfr. C. Rognoni Vercelli, *Mario Alberto Rollier. Un valdese federalista*, Milano, 1991, pp. 85-112.

[15] A. Spinelli, *Come ho tentato di diventare saggio. La goccia e la roccia*, a cura di E. Paolini, Bologna, 1987, p. 60; R. Broggini, *Terra d'asilo. I rifugiati italiani in Svizzera (1943-1945)*, Bologna, 1993, p. 320.

[16] Rognoni Vercelli, *Mario Alberto Rollier*, cit., p. 89.

[17] La situazione di cooperazione organizzativa divenne evidente all'indomani della liberazione quando gli uomini e le sedi del PdA e del MFE verranno in molti casi a coincidere. L'oggettiva condizione di collaborazione ha portato alcuni a definire il PdA come il partito federalista per eccellenza.

le idee federaliste al Comitato di Liberazione Nazionale, che a suo giudizio avrebbe costituito «il nucleo della futura classe politica democratica»[18].

Azionista era anche Luciano Bolis, uno dei maggiori rappresentanti dei nuovi valori della civiltà europea e del loro legame con le idealità della Resistenza, la cui formazione culturale e politica ebbe inizio a Pavia. Nato nel 1918 a Milano, Bolis si "convertì" all'antifascismo a seguito di un travagliato percorso intellettuale e morale avviato proprio negli anni in cui fu studente di Lettere moderne presso l'Università pavese, cui si era iscritto nel 1937 per laurearsi il 30 aprile 1942 con una tesi su Gian Battista Martini compositore, teorico e storico della musica. In contatto con Ugo La Malfa e Ferruccio Parri, Bolis fu arrestato nel 1942 e poi condannato dal Tribunale Speciale a due anni di reclusione per l'attività clandestina svolta dal Centro studentesco liberale, che aveva contribuito a fondare l'anno precedente. Amnistiato dopo la caduta di Mussolini e riparato in Svizzera, dove in seguito all'incontro con Rossi e Spinelli scoprì e fece propria la causa del federalismo europeo, nel settembre del 1944 rientrò in Italia per partecipare alla Resistenza in veste di Segretario dell'Unione Ligure del Partito d'Azione e Ispettore Regionale delle formazioni di Giustizia e Libertà. A Genova, il 6 febbraio 1945, fu nuovamente arrestato, orrendamente torturato, e infine liberato dai compagni partigiani. Nel dopoguerra ricoprì cariche importanti nel PdA, fondò e diresse fino al 1953 l'Istituto Storico della Resistenza in Liguria, ma soprattutto militò senza sosta per la federazione europea. Fu infatti Vicesegretario dal 1948 al 1959 e Vicepresidente dal 1961 del MFE, dirigente dell'Unione europea dei federalisti sovranazionale e membro attivo di altre organizzazioni europeiste. Nel 1964 fu poi nominato alto funzionario al Consiglio d'Europa, come responsabile dei servizi stampa, informazione e documentazione[19].

A Pavia il MFE iniziò a operare già nel 1945[20]. È infatti del 19 ottobre 1945 un comunicato con cui i federalisti pavesi informavano i cittadini del trasferimento della loro sezione dalla Casa dello Studente alla sede del PdA. L'ideale europeista era penetrato anche a Pavia negli ambienti azionisti e a queste persone, prevalentemente appartenenti ad ambienti culturali elevati, si aggiunsero militanti cattolici e terzaforzisti che parteciparono alle

[18] Spinelli, *Come ho tentato di diventare saggio*, cit., p. 71.

[19] Su Luciano Bolis cfr. C. Rognoni Vercelli, D. Preda (a cura di), *Dalla Resistenza all'Europa. Il mondo di Luciano Bolis* Pavia, 2001; C. Rognoni Vercelli, *Luciano Bolis: dall'Italia all'Europa*, Bologna, 2007.

[20] Sulla storia dei movimenti per l'unità europea fra il 1945 e il 1954 cfr. S. Pistone (a cura di), *I movimenti per l'unità europea, 1945-1954. Atti del convegno internazionale (Pavia, 19-21 ottobre 1989)*, Milano, 1992.

discussioni e ai pubblici dibattiti che si svilupparono fra il 1946 e il 1947[21].

In questo contesto si colloca la figura di Mario Albertini, nato a Pavia il 23 febbraio 1919, personaggio chiave del federalismo italiano della seconda metà del secolo scorso e caposcuola di quella sua particolare versione teorico-intellettuale che proprio a Pavia fu elaborata da un gruppo di militanti dirigenti del MFE e nel contempo studiosi legati all'Ateneo. Gli anni giovanili di Albertini furono contraddistinti dalla ricerca di una via di formazione personale, professionale e politica. L'alternanza dei percorsi di studi lo portarono all'iscrizione, presso l'Ateneo pavese, al primo corso del biennio propedeutico a Ingegneria, anni 1937-38, poi al passaggio al terzo anno del corso in Matematica e fisica, anno accademico 1940-41. Nell'anno successivo decise d'iscriversi a Filosofia, per ritornare negli anni 1942-43 e 1943-44 a Matematica e Fisica. Gli eventi storici gli impedirono tuttavia di concludere, per quel momento, gli studi: partecipò alla Seconda guerra mondiale come ufficiale, rimpatriò nel luglio 1943 per malattia, tornò a Pavia ove si sottrasse alla cattura, rifiutò di arruolarsi nelle milizie della RSI e partecipò saltuariamente alle azioni della Resistenza locale[22]. Dopo la guerra riprese gli studi avendo deciso, dopo attenta riflessione, di concentrarsi su quelli filosofici; intraprese quindi un percorso formativo di alto profilo e conseguì, il 28 novembre 1951, la laurea in Filosofia con votazione di 110/110 con lode, con una tesi dal titolo *La politica nella filosofia di Benedetto Croce*[23], relatore Giulio Preti allora incaricato dell'insegnamento di Filosofia morale presso la Facoltà di Lettere e Filosofia. L'incontro con Bruno Leoni[24], allora titolare della cattedra di Dottrina dello Stato e incaricato di Filosofia del diritto, darà ad Albertini gli strumenti metodologici di contestualizzazione storico-politica per il suo fondamentale lavoro sul federalismo[25]. Presso la sua cattedra Albertini fu infatti assistente

[21] Cfr. D. Preda, *All'avanguardia dell'Europa. I primi vent'anni del Movimento Federalista a Pavia*, in *Bollettino della Società Pavese di Storia Patria*, 1985, 85, pp. 153-215.

[22] D. Preda, *Per una biografia di Mario Albertini: la formazione, la scelta europea e l'autonomia federalista*, Jean Monnet Interregional Centre of Excellence-University of Pavia, Pavia, 2014, pp. 17-19.

[23] ASUPv, Fascicoli studenti, fascicolo di Mario Albertini e ASUPv, Fascicoli docenti, fascicolo di Mario Albertini.

[24] R. Cinquanta, *L'eredità dell'insegnamento di Bruno Leoni nel pensiero politico di Francesco Rossolillo, suo allievo di eccellenza*, in F. Zucca, A. Baretta, M.P. Milani (a cura di), *Divulgatori di conoscenza, di idee e di metodi. I docenti dell'Università di Pavia raccontati attraverso le loro carte. Atti del convegno (Pavia, 22 febbraio 2013)*, Milano, 2014, pp. 141-160.

[25] M. Albertini, *Il federalismo e lo Stato federale. Antologia e definizione*, Milano, 1963, pp. 141-160.

volontario e poi supplente tra il 1957 e il 1959, anno in cui fu abilitato alla libera docenza e prese avvio la carriera accademica che lo vedrà impegnato come docente dell'Ateneo pavese fino al 1994. Titolare, tra il 1959-60 e il 1972-73, degli insegnamenti di Storia contemporanea, Storia della Politica e Dottrina dello Stato, ottenne poi la nomina di Professore di Filosofia della Politica, straordinario dal 1980 e ordinario dal 1984. Come ha scritto Giovanni Vigo «queste discipline costituivano, al di là degli steccati accademici, un terreno unitario, da esplorare accuratamente (...) per agire allo scopo di dare il proprio contributo alla soluzione dei problemi che ogni generazione deve affrontare»[26].

Sempre a Pavia, in corso Cavour, dopo il conflitto mondiale Albertini aprì, insieme alla fidanzata Valeria Scuri[27] e al fratello Maurizio, la libreria *Lo spettatore*. Si trattò del passaggio fondamentale per Albertini e per la storia del movimento federalista a Pavia: la libreria divenne infatti un centro politico-culturale di dibattito, incontro e propaganda. La situazione internazionale, le speranze suscitate prima dalla Comunità Europea di Difesa poi dalla Comunità Politica Europea, stimolarono nuove adesioni al MFE e la ricostituzione, nel febbraio 1953, della sezione pavese la cui attività era andata spegnendosi dopo l'attivismo degli anni Quaranta. La riunione costitutiva avvenne, su iniziativa di Giulio Cesoni, vigevanese e segretario regionale del MFE, in collaborazione con il rettore del Collegio Ghislieri Aurelio Bernardi, nell'aula Volta dell'Ateneo alla presenza del rettore dell'Università Plinio Fraccaro[28]. Albertini, iscritto al MFE dal 1945, venne eletto segretario della rifondata sezione e la libreria *Lo Spettatore* divenne la vera sede del MFE pavese. I primi anni della sua militanza effettiva, che coincide quindi con la rinascita della sezione locale del movimento, rientrano nel contesto della linea politica di "nuovo corso" che Spinelli ideò nel 1954, dopo la caduta della Comunità Europea di Difesa. Una linea radicale, apartitica e antigovernativa, cui Albertini rimase fedele anche quando, all'inizio degli anni Sessanta, lo stesso Spinelli ne prese le distanze. Il distacco che ne seguì spinse Albertini a fondare una corrente interna al MFE, *Autonomia Federalista*, e ad avviare a Pavia un percorso politico indipendente, di natura teorico-culturale, che diventerà il tratto più distintivo dell'intero movimento italiano a partire dal 1966, quando lo stesso Albertini ne assunse la guida. I membri di *Autonomia Federalista*,

[26] G. Vigo, *Mario Albertini, filosofo della politica e teorico del federalismo*, in *Divulgatori di conoscenza, di idee e di metodi*, cit., p. 92.

[27] Valeria Scuri sposerà Albertini il 24 novembre 1955.

[28] Fraccaro era iscritto al MFE già dal 1952 (cfr. Preda, *Per una biografia di Mario Albertini*, cit., p. 50).

accademici e studiosi per lo più pavesi, intendevano infatti costituire un gruppo di avanguardia politica totalmente autonoma dal mondo della politica "ufficiale". L'autonomia che perseguivano non era soltanto politica, ma anche organizzativa e finanziaria e, soprattutto, culturale. Il risultato fu una rielaborazione della teoria del federalismo quale dottrina politica del mondo contemporaneo che trovò la sua principale espressione nella rivista *Il Federalista*, fondata da Albertini nel 1959 e da questo diretta fino al 1996[29]. Intorno alla sua figura venne così a costituirsi una generazione federalista che nei successivi decenni occuperà i più importanti ruoli dirigenziali non solo del movimento italiano, ma anche della sua organizzazione sovrannazionale, l'Unione dei federalisti europei (UEF), presieduta da Albertini stesso dal 1975 al 1984.

Alla riunione in aula Volta partecipò anche un giovane ghisleriano, Giulio Guderzo, che giunto all'ultimo anno di Lettere e Filosofia conseguirà la laurea in Lettere con 110/110 e lode l'8 novembre 1954, con una tesi dal titolo *Voghera industriale nel secolo XIX*[30], per ottenere, dopo anni d'insegnamento, la cattedra di Storia del Risorgimento all'Università di Pavia nel 1976. Egli si era già dedicato alla politica militante nelle file cattoliche[31]; venne quindi coinvolto sempre di più da Albertini nella lotta per gli Stati Uniti d'Europa che, dopo la caduta della CED, si fece lotta di militanti che consapevolmente sceglievano l'obiettivo europeo come prioritario rispetto alla lotta politica nazionale. Come scrive Guderzo, Albertini sapeva coniugare l'azione politica a scala continentale con quella locale, ma anche con una riflessione scientifica di altissimo livello per cui negli anni verrà delineando una vera e propria teoria del federalismo di cui divenne l'autorevole maestro[32].

Giulio Guderzo si impegnerà sempre di più sia sul fronte accademico, divenendo maestro di future generazioni di storici e in particolare fondando a Pavia un filone di studi sul processo d'integrazione europea che ancora oggi trova – purtroppo solo in altre Università poiché la storia contemporanea a Pavia ha intrapreso una via di triste declino – i suoi continuatori, che su quello europeista e federalista divenendo una

[29] I suoi scritti sono stati pubblicati in *Tutti gli scritti*, a cura di N. Mosconi, M. Albertini, voll. IX, Bologna, 2006-2010.

[30] ASUPv, Fascicoli studenti, fascicolo di Giulio Guderzo e ASUPv, Fascicoli docenti, fascicolo di Giulio Guderzo.

[31] Su Giulio Guderzo cfr. G. Guderzo, *Compagni di viaggio*, Milano, 2007; Id., *Storie di casa*, Pavia, 2009; Id., *Amore di Pavia*, Milano, 2011; S. Negruzzo, D. Preda (a cura di), *Perché sono europeo. Studi per Giulio Guderzo*, Milano, 2013.

[32] Guderzo, *Compagni di viaggio*, cit., pp. 30-31.

guida politica per un'intera generazione di studenti del Collegio Ghislieri. All'inizio degli anni Cinquanta all'interno del Collegio si poteva comunque già registrare la presenza di simpatizzanti europeisti provenienti da diverse culture politiche: laica, cattolica e socialista. Fra questi: Adriano Declich, Tito Ballarino, Vittorio Colesanti, Domenico Maselli, Alberto Sdralevich, Giovanni Lancellotti, Alessandro Coda, Arturo Colombo, Mario Stoppino, Marco Crippa. Molti di questi studenti partecipavano anche all'attività dell'Associazione Studenti Universitari Pavesi e al giornale dell'Organismo Rappresentativo Universitario Pavese. A partire dal 1955, un nuovo gruppo si formava al Ghislieri intorno alla ricordata figura di Guderzo. Questi studenti assumeranno il ruolo di militanti federalisti spesso coniugando i brillanti risultati accademici e scientifici con l'azione europeista. Fra gli altri si possono citare: Luigi (Gino) Vittorio Majocchi, Francesco Rossolillo, Marco Vitale[33], a cui si aggiungeranno, nel 1957, Elio Cannillo, Alberto Majocchi, Max Malcovati, Antonio Padoa Schioppa e più tardi Giovanni Vigo, mentre nel Collegio Cairoli Luigi Zanzi iniziava il suo percorso federalista. L'idea europeista veniva anche diffusa nel Collegio Castiglioni Brugnatelli dove entrava, fra le altre, Renata Colorni, figlia di Eugenio e Ursula Hirschmann, Maria Luisa Majocchi e Gianna Zei.

Nella seconda metà degli anni Cinquanta l'idea dell'Europa unita e il pensiero federalista avevano quindi assunto in molti giovani studenti dei Collegi universitari pavesi una posizione di quasi monopolio politico culturale. Per Guderzo fu la presenza di Albertini, con la sua disponibilità al dialogo e capacità di guida, a spiegare questo straordinario successo di proselitismo che darà anche una nutrita schiera di ricercatori e docenti dell'Ateneo che hanno fatto di Pavia e della sua Università un fulcro del federalismo organizzato a scala continentale.

Fra quelli che contribuirono a questa azione possiamo ricordare, ma tutte le biografie andrebbero ricostruite, Francesco Rossolillo (1937-2005) e Luigi Vittorio Majocchi (1937). Rossolillo, immatricolato nel 1955, si laureò in Giurisprudenza con 110/110 con lode con una tesi dal titolo *Di alcuni principi fondamentali del diritto del continente europeo paragonati con i corrispondenti principi del diritto nei paesi anglosassoni*. Il lavoro fu redatto sotto la supervisione di Bruno Leoni, del quale sarà assistente volontario fino alla morte improvvisa del docente nel 1967. Come ricordato, studente del Collegio Ghislieri, durante gli anni di formazione universitaria fu "reclutato" da Giulio Guderzo nel MFE. Insieme ai giovani intellettuali pavesi costituirà, nei primi anni Sessanta, sotto la guida di Albertini una corrente interna

[33] Per l'elenco completo rimando a *Perché sono europeo*, cit., p. 13.

al MFE, Autonomia Federalista, che svolgerà un ruolo d'avanguardia per la lotta a favore della federazione europea. La militanza di Rossolillo, che sarà uno dei più stretti collaboratori dello stesso Albertini, iniziò nel 1957 con la carica di vicesegretario della Gioventù federalista pavese per culminare nella presidenza, effettiva dal 1990 al 1997 e poi onoraria, del Movimento Federalista Sovrannazionale e quindi dell'UEF che riuscì a mantenere unito e attivo grazie all'ideazione di progetti innovativi quali il Nucleo federale. Fondamentale fu il suo contributo all'elaborazione di una nuova cultura politica federale: la teoria del federalismo postindustriale e il nuovo modello di Stato federale multilivello[34].

Un altro "figlio" di quello straordinario gruppo fu Luigi Vittorio Majocchi, vigevanese di nascita, laureato in Giurisprudenza con 110/110 il 27 febbraio 1961 con una tesi dal titolo *Il "Procedural due process of law" nel pensiero dei giudici americani*; svolse studi di perfezionamento presso l'Harvard University insegnando successivamente presso la Portland State University. È stato titolare della prima cattedra Jean Monnet di Storia dell'integrazione europea attribuita all'Italia dall'a.a. 1989-90 al 1998; docente presso l'Università di Pavia, ha insegnato Storia dell'Europa occidentale a generazioni di studenti. Entrato in contatto con la scuola federalista pavese, fu iniziato agli aspetti della cultura federalista da Albertini mentre Altiero Spinelli lo spinse a impegnarsi nella battaglia per l'unità federale dell'Europa. Militante federalista divenne segretario del MFE dal 1980 al 1987 e direttore del Movimento europeo internazionale dal 1984 al 1987. In questo periodo coadiuvò la battaglia di Altiero Spinelli per il Trattato istituente l'Unione europea per poi proseguirne l'azione attraverso la lotta per il conferimento del mandato costituente al PE. Nella sua duplice veste di studioso e militante federalista ha fondato nel 1971, e diretto sino al 1987, il Centro studi sul federalismo, il regionalismo e l'unità europea, che oltre a promuovere ricerche ha pubblicato la collana *I problemi della lotta politica per il federalismo*, da lui diretta. Nel 1999 ha promosso la fondazione del Centro di studi storici sul federalismo e l'unità europea "Mario Albertini" che attualmente presiede. Majocchi ha però prima di tutto saputo mantenere una scuola di studi storici che ha fornito i mezzi interpretativi a più di una generazione di studiosi della storia dell'integrazione europea.

La ricostruzione storica ha quindi evidenziato come presso l'Università

[34] Sulla sua figura cfr. R. Cinquanta, *Francesco Rossolillo federalista europeo*, in *La Cittadinanza Europea*, 2013, vol. 1, pp. 85-93; Ead., *I federalisti e il processo costituente europeo dopo l'elezione diretta del Parlamento europeo*, in *Europea*, 2017, vol. 2, pp. 39-62; Ead., *Per un efficace rilancio del processo di unificazione politica: il progetto del nucleo federale*, in *Collana Working Papers*, 2017, vol. 2, pp. 4-19.

di Pavia negli anni Cinquanta del secolo scorso si è formato, grazie all'opera culturale di Mario Albertini e al proselitismo di Giulio Guderzo, un gruppo di politologi, storici, giuristi ed economisti che hanno svolto un'importante funzione di precursori politici. Convinti che solo un'azione d'avanguardia accompagnata da una rivoluzione culturale potesse condurre alla fondazione degli Stati Uniti d'Europa, essi fusero attività pratica e teorica, avviando così linee di ricerca e insegnamento sui temi europei estremamente innovative e ancora attuali.

Antonello Miranda

Smoke gets in Euro-eyes*:* *fusione e fissione del diritto comunitario*

Sommario: 1. I motivi della scelta dell'argomento: l'influenza dei giudici di *common law* sull'opera della Corte di Giustizia Europea e sul diritto comunitario – 2. Il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno, il tema della "disapplicazione" e il caso *Simmenthal* – 3. Il potere legislativo dello Stato: una sentenza dimenticata della Cassazione e una sentenza poco conosciuta della *Queen's Bench Division* – 4. La fissione del diritto comunitario.

1. *I motivi della scelta dell'argomento: l'impatto dei giudici di* common law *sull'opera della Corte di Giustizia Europea e sul diritto comunitario*

Ho conosciuto Luigi "Gigi" Moccia quando ero un "tenero virgulto della comparazione" (così usava presentarmi, nonostante la stazza, il mio Maestro Giovanni Criscuoli ai suoi colleghi ed amici e Gigi Moccia era uno di questi); allora, eravamo nel secolo scorso e precisamente nel 1984, la cosa che mi colpì subito fu la modestia e la grandissima bonomia che lo caratterizzavano, nonostante la fama di studioso e la statura accademica di grande livello. E così, sebbene ne avessi un certo e doveroso timore reverenziale, ci ritrovammo quasi inavvertitamente a darci del tu, a chiamarci per nome e a discutere sui propri studi come se non ci fosse nessuna differenza tra l'affermato professore e il giovane aspirante ricercatore alle prime armi. Confesso che una cosa simile mi è capitata (al di fuori della cerchia dei comparatisti miei coetanei) solo rarissime volte nella mia oramai lunga carriera accademica: con Gabriele Crespi Reghizzi, Maurizio Lupoi e Pasquale Stanzione (che considero con Gigi, e loro lo sanno, i miei "numi" ai quali mi lega un affetto che va oltre il rapporto accademico), con Guido Alpa e Roberto Pardolesi, Anna De Vita, Enzo Varano, Antonio Gambaro, Francesco Castro, Stefano Rodotà e Ugo Majello, tutti Maestri indiscussi e grandi personalità non solo accademiche ma anche sul piano umano ed ai quali io devo molto di quello che ho imparato e a cui sono e sarò sempre grato per la cordialità, la comprensione e disponibilità che mi hanno dimostrato.

Con Gigi Moccia, poi, la sorte ha voluto che condividessimo anche l'avventura dei "famigerati" tavoli tecnici a supporto del Ministero dell'Università in materia di ordinamento delle "classi di laurea": abbiamo infatti partecipato al "tavolo tecnico" della Conferenza dei Presidi delle Facoltà di Scienze Politiche, lui *suo jure* e pure da Presidente, io dapprima come delegato della mia Facoltà e poi ahimè come preside (credo che con Gianni Piccinelli siamo stati decisamente i più giovani presidi di scienze politiche). Ecco, sarebbe molto interessante se un giorno Gigi, Gianni e io *fossimo presi per incantamento* e scrivessimo una cronaca di quelle riunioni, un po' folli a volte …, a cui però si deve tutto l'odierno assetto dei corsi di laurea e laurea magistrale: si siamo noi i colpevoli … ma, almeno per me e credo anche per loro, c'è da andarne ben fieri perché se oggi il Diritto Comparato ha un ruolo forte ed importante in quei corsi -e non solo in quelli- il merito è nostro (e pure della sapienza di Gigi Moccia nel presiedere quelle a volte turbolente riunioni).

Luigi Moccia venne a Palermo, nella mia facoltà, per inaugurare il mio corso di lezioni di "Sistemi giuridici comparati" (una bella tradizione accademica oggi un po' negletta), e per presentare il suo bellissimo libro "Comparazione Giuridica e Diritto Europeo". In quella occasione confessai che avevo spesso pensato di scrivere un "manuale" sul diritto comparato ma che dopo avere letto il libro di Moccia … mi ero reso conto che lui lo aveva già fatto e talmente bene ed in modo così completo da aver esaurito la discussione… una sorta di fine della storia, insomma.

Ecco perché, adesso, volendo scrivere per questa raccolta in suo onore, sono titubante. La pessima figura davanti ad un Maestro e davanti ai lettori temo che sia dietro l'angolo.

Mi sono quindi arrovellato per cercare un argomento che in qualche maniera potesse piacere a Gigi Moccia e che mi permettesse di dire la mia (come si sa … superati i sessant'anni, si può dire quello che si vuole…).

Lo spunto mi è venuto, non solo dagli scritti di Moccia, ma anche dalla situazione attuale e dalla crisi dell'Unione europea. A dire il vero su questo argomento in molti anni di lezione mi ero ripromesso di metter mano a penna e buttar giù qualcosa ma poi di fronte al coro quasi unanime dei giuristi (e non solo) sulla supremazia del diritto europeo e sulla limitazione di sovranità degli Stati membri dell'Unione, avevo rinunciato. Anche perché sembrava che fosse cosa di altro "settore" disciplinare e pensavo che nessuno, neanche me stesso, mi avrebbe perdonato l'invasione di campo.

Ecco allora che oggi questa raccolta di scritti mi dà l'occasione di riprendere un ragionamento e dei pensieri, in libertà, che non avevo provato

a organizzare un bel po' di tempo fa.

Luigi Moccia è sicuramente un europeista convinto come del resto lo sono io. Dunque voglio rassicurare i miei venticinque lettori che, nonostante quel che si dica in questi giorni, e nonostante il titolo di questo scritto, il mio non è un approccio euroscettico e filo-britannico (anche se lo ammetto, ho sempre seguito, apprezzato e condiviso la lettura pragmatica all'inglese dei compiti e dei ruoli dell'U.E.[1]). Resta il fatto, però, che avendo in fondo avuto la fortuna di seguire, sin dai primissimi giorni dei miei studi nel corso di laurea in Giurisprudenza, lo sviluppo e la crescita dell'Unione e dell'opera della Corte di Giustizia, mi è sempre rimasto il dubbio che la Trimurti comunitaria e le sue reincarnazioni fossero qualcosa di completamente diverso da qualsiasi tipo di "organizzazione internazionale" allora conosciuta e di diverso anche da qualsiasi tipo di "superstato" o "Stato federale". In altre parole, per quanto da giovane liberale sentissi forte il richiamo politico verso gli Stati Uniti d'Europa, da giovane aspirante giurista non riuscivo a farmi convinto di alcun fondamento o giustificazione dello sbandierato arretramento e subordinazione dello Stato-membro rispetto alla stessa Comunità. Troppe le ambiguità, troppi i salti logici che si potevano leggere nei manuali dell'epoca (e che si leggono ancora per una classica *path dependency*) e forse troppe le collusioni sia pure involontarie dei giuristi finiti a Bruxelles o a Lussemburgo o a Strasburgo, che ovviamente mai e poi mai avrebbero potuto ammazzare la gallina delle uova d'oro[2]; o più semplicemente si trattava di un approccio fondato sulle linee prospettiche e sull'uso di categorie tipiche della propria disciplina "politico-giuridica" istituzionale e internazionale da grande successo di pubblico (e di critica), allora e poi per lunga pezza, decisamente "europeista". Per me, che crescevo alla severa scuola dei civilisti/comparatisti palermitani e avevo avuto la fortuna di studiare il diritto internazionale e il *Conflict of Laws* a Londra

[1] Illuminante al riguardo anche alla luce della storia contemporanea, se non della cronaca dei nostri giorni, è il bel libro di L. Castellina, *Manuale antiretorico dell'Unione Europea. Da dove viene (e dove va) questa Europa*, Castel San Pietro Romano, 2016.

[2] Gli Euro-burocrati di cui tanto spesso ci si lamenta oggi, non ci sono solo tra gli economisti ma c'erano e ci sono anche tra i professori che ovviamente hanno cavalcato spesso il tema della supremazia del diritto comunitario su quello interno e la "subordinazione" dello Stato di fronte al "super-potere" delle Comunità e dell'Unione. Per evitare che si possa pensare che queste affermazioni siano dettate da un po' di invidia ne approfitto per raccontare che subito dopo la laurea in giurisprudenza partecipai e vinsi una selezione a funzionario giuridico "comunitario" ma, forse ingenuamente ma scientemente, vi rinunciai per tentare la sorte nel primo concorso libero di ricercatore universitario bandito nell'Ateneo di Palermo. Il suggerimento di sostenere quel concorso mi venne dal dott. Giancarlo Olmi che, come si dirà più avanti, avevo conosciuto durante i miei studi a Londra.

con il "mitico" prof. Kenneth R. Simmonds[3], i dubbi restavano soprattutto sul problema della "cessione e limitazione di poteri" da parte dello Stato membro e per il richiamo all'Art. 11 della Costituzione[4] come elemento giustificativo della supremazia del diritto comunitario.

Per di più al momento di lavorare alla stesura della mia tesi di laurea (dedicata, mi fa piacere ricordarlo, agli *implied terms* nel *contract* di diritto inglese) dovendo approntare anche tre "tesine" su argomenti diversi da quello scelto per la tesi, essendo uno dei pochissimi studenti ad avere frequentato il corso facoltativo di "Diritto delle Comunità Europee[5], finii per discutere con la Commissione di Laurea giusto giusto l'appassionante caso "S*immenthal*" che allora era fresco fresco di giornata[6]. Da comparatista in fieri, quella sentenza stimolò la mia attenzione non solo per la nota questione della disapplicazione del diritto interno a favore dell'applicazione del diritto comunitario ma anche perché si trattava di una decisione che, rispetto alle precedenti "*Van Gend en Loos*", "*Costa c. Enel*" e "*Internationale Handelsgesellschaft*", veniva dopo l'ingresso del Regno Unito nella CEE[7] e dunque in presenza di una particolare composizione della Corte di Giustizia con la nuova partecipazione di avvocati generali e di giudici della tradizione di *Common Law* come Jean-Pierre F. E. Warner, Andreas O'Keefe e, soprattutto, di Alexander J. Mackenzie Stuart poi Baron of Dean.

Personalmente credo che la composizione delle corti e soprattutto di questa particolare corte (ma anche delle corti costituzionali e supreme in genere), sia un elemento importantissimo perché se è vero che è "l'organo"

[3] Tra i miei compagni di studio, tutti stranieri, c'era un unico italiano, oltre a me: il dott. Giancarlo Olmi, vice-direttore dell'ufficio legale della Commissione. Il dottor Olmi, persona affabile e squisita, direi un gentiluomo di altri tempi, era a Londra per studiare "on site" il sistema inglese la cui conoscenza era, a suo dire, per lui importante visto che con l'ingresso del Regno Unito e dell'Irlanda nel suo servizio capitava sempre più spesso di doversi confrontare proprio con quell'alieno del *Common Law*.

[4] Come è noto il richiamo all'art. 11 della Costituzione proviene (oltreché dalla dottrina) in modo autorevole dalle Corti più importanti del nostro ordinamento: e so bene che "rigore c'è quando arbitro fischia" e dunque se è stato così deciso resta poco da fare. Ma, come si vedrà più avanti, questo richiamo è discutibile, anzi discutibilissimo e si ha l'impressione che come spesso accade, si sia voluto far dire al legislatore qualcosa che non poteva neppure immaginare di poter pensare. Con buona pace di Napoleone …

[5] Insegnato, come da copione, da un docente di diritto internazionale "imprestato" alla disciplina.

[6] Tutto avrei potuto immaginare ma non che nel caso *Simmenthal* la Commissione avesse mandato a sostenere la sua opinione proprio quel dott. Giancarlo Olmi, mio collega di studi a Londra. Quando si dice la combinazione …

[7] O nel MEC come più riduttivamente ma con grande lungimiranza dicevano i Britannici.

che prende la sua decisione, l'organo è composto da esseri umani e gli umani portano inevitabilmente nelle decisioni il proprio background socio-culturale e pure le idee politiche[8] non tutti essendo come San Tommaso Beckett; sicché siamo di fronte ad un *criptotipo* che finisce per influenzare la produzione e l'evoluzione del diritto.

Per quello che qui interessa, a me sembra significativo come lo sviluppo e la crescita della Comunità (con il suo passaggio a 9 componenti e poi via via fino agli attuali 28-1) corrisponda ad una diminuzione della effettiva capacità decisionale del Consiglio e quindi di riflesso della stessa Commissione, a tacer del Parlamento. Tutto questo poi a fronte di un aumento esponenziale dell'opera politico-giuridica della Corte di Giustizia Europea che, guarda caso proprio dalla metà degli anni '70 del secolo scorso, comincia una sorta di trasformazione da "giudice dei trattati" a vero e proprio giudice "del merito" inserendosi creativamente negli spazi lasciati aperti dalle altre svogliate istituzioni europee. Così facendo la Corte di Giustizia Europea finiva, a mio avviso naturalmente, per assomigliare nelle funzioni svolte più ad una House of Lords che ad una Corte costituzionale Francese o Tedesca[9].

[8] Piero Calamandrei diceva: «Quando per la porta della magistratura entra la politica, la giustizia esce dalla finestra». E che «Il pericolo nuovo che incombe sulla giustizia è la politicizzazione dei giudici... Il magistrato che scambia il suo seggio con un palco da comizio cessa di essere magistrato»; tuttavia è innegabile che proprio in contesti come quelli delle corti costituzionali se non delle corti supreme il gioco della loro composizione comporta comunque il riflesso delle idee dei singoli uomini e donne che le compongono. Basta vedere con quanta accuratezza fu costruito il sistema di controllo sulle nomine dei giudici della *Supreme Court* degli Stati Uniti proprio per ridurre al minimo il rischio di una troppo "forte" o "manifesta" rispondenza ad una parte politica. Su questo tema i comparatisti si sono spesso incontrati e la letteratura è ampia: mi limito a citare uno scritto illuminante e chiarissimo, che lessi con piacere condividendolo ampiamente, inviatomi dalla carissima amica e collega Elisabetta Grande e apparso relativamente di recente su http://temi.repubblica.it/micromega-online/usa-kavanuagh-alla-corte-suprema-verso-una-dittatura-trump/. Del resto il diritto non è paragonabile alla biologia (lo so, sto dicendo una banalità quasi come la affermazione che non ci sono più le mezze stagioni…) e seppure i giuristi sono scienziati i giudici non possono comportarsi come i biologi o i fisici che studiano e osservano il fenomeno che hanno davanti senza però "decidere" se abbia ragione il virus A o il virus B. Se decidi non puoi mai farlo asetticamente. Ora questo in sé non è né bene né male, ma il giurista quando analizza criticamente una decisione, a mio avviso, non può non tenere conto anche di questa "variabile".

[9] So bene di attirarmi le critiche di tanti giuristi, però basterebbe guardare a quali e quanti casi si decidevano presso la Corte prima del "*divide*" costituito dall'ingresso dell'Irlanda e del Regno Unito e a quali e quanti casi dopo quel *divide* e prima dell'ingresso massiccio dei Paesi "*newcomers*" per capire, dati alla mano, che la Corte si è davvero evoluta subendo l'influenza del "*Common Law*" e approfittando dei vuoti politico-giuridici lasciati dall'incapacità o dalla non volontà di decidere del Consiglio. La linea evolutiva, anzi la parabola seguita dalla Corte

Non sono un costituzionalista o un pubblicista (e si vede, penseranno i miei venticinque lettori) ma se si osserva l'evoluzione dell'Unione non si può non notare che i sei Paesi fondatori erano e sono tutti paesi di *Civil Law* di stretta osservanza "franco-germanica"[10]: nei trattati istitutivi delle Comunità

di Giustizia è molto ben descritta in un agile e sintetico volumetto ampiamente diffuso tra gli studenti britannici e … palermitani: R. Kuper, *The Politics of the European Court of Justice*, London, 1998, dove ad esempio a pp. 49-50 si legge: «From 1973 to the mid-eighties, the pattern shifts. The restricted nature of the competences transferred to the Community (the pooling of sovereignties 'albeit in limited fields') began to be eroded, so that no core of state powers was beyond Community reach. This growth of powers 'willed by all actors involved', was often predicated on the 'elastic' Article 235 which became more broadly interpreted – by all parties concerned – than originally intended, when it was merely to allow a legal basis for activities necessary to attain the limited joint objectives of the Treaty already explicitly agreed but where no explicit powers had been granted». «[T]his wide reading, in which all political institutions partook, meant that it would become virtually impossible to find an activity which could not be brought within the "objectives of the Treaty". A Community without limit to its competences was not what member states had signed up to as political oppositionists of all colours have not been slow to point out - nor, indeed, have the supreme and/or constitutional courts in various member states. This was not a problem where decisions were made under 'the shadow of the veto'; following the introduction of Qualified Majority Voting, however, they are now made 'under the shadow of the vote'. Issues of the legitimacy of the whole construction, buried while member states had veto control, have surfaced once more. In other words, while member states might object very strongly to particular Court decisions the process as a whole was one in which the executive branch of government prospered, together with the judicial, at both member state and European level. This does not mean there is no conflict between executive and judiciary or between the executive at national level and at European level. Quite the reverse. The latter conflict has often been quite extreme as shown clearly by the behaviour of Britain under the Conservatives (and to some extent continued under Labour). And the on-going refusal of member states' courts to accept supremacy on the Court's terms is a marker that this struggle is by no means over». Ed ancora a p. 51 si legge: «A European Court of Justice will of course play an important part in any democratic, decentralised, socially and environmentally aware future construction of Europe. One of its chief roles would be to safeguard and enhance individual and collective rights, rights that derive from a consideration of citizens' needs and humanitarian considerations, not from the abstract needs of the market. The Court bears some of the blame for not having delivered these to date – but only some, given the political climate and lack of vision on which Europe is currently based. These values can only emerge in a genuinely participatory and democratised political process at all levels – local, regional national and European. And lest the Europe that emerges has any fortress characteristics, let it be stressed from the outset that the idea of Europe described above cannot be built nor can it survive in splendid isolation, excluding both at its frontiers and within the poor, the persecuted and the oppressed. A Court dedicated to seeing that people get the rights that are due to them would need to be much more welcoming to those groups in society who in practice are currently least likely or able to use it. There is some room even now to use the Court as one weapon in the armoury to further the interests of marginalised groups».

[10] Uso l'espressione "Franco-germanica" non certo per dare una connotazione "politica"

il ruolo delle "Corti comunitarie" era modellato appunto sul controllo di legittimità delle regole comunitarie sulla scorta dell'esperienza delle corti amministrative[11] e/o costituzionali degli Stati membri. Non mi sembra, ma forse mi sbaglio, che nel caso della Ceca o dell'Euratom le rispettive corti avessero poteri di intervento paragonabili a quelli che la Corte di Giustizia europea si è saputa conquistare finendo per creare una mole impressionante di "*leading cases*" e per giunta "*binding precedents*".

Sarà pure una banalissima osservazione ma se guardiamo alle dimensioni dei testi di "*European Union Law*" cioè ai manuali che si occupano delle Istituzioni dell'Unione europea e li confrontiamo a spanne con quelli che si occupano del "*Substantive European Law*" vale a dire degli aspetti "privatistici", ci accorgiamo che i secondi quanto meno "doppiano" se non triplicano il numero di pagine dei primi; e se scendiamo nel particolare nei secondi troviamo richiamati centinaia di casi concreti a fronte di un numero

all'asse purtroppo dominante nell'Unione europea, ma per sottolineare un preciso elemento comune dei sistemi giuridici dei Paesi fondatori. Non ho volutamente usato la locuzione "Romano-Germanica" perché, con il pieno e totale rispetto dell'opera classificatoria di R. David, essa fa leva sulla comune discendenza diretta dal diritto Romano in contrapposizione alla non "romanizzazione" del diritto inglese e del *common law* in genere. A mio modestissimo avviso ho qualche riserva sulla effettiva forza e sostanza di siffatto elemento distintivo. Non è certo qui il luogo dove discuterne ma preferisco individuare nel "primato" della Legge sulle altre fonti il carattere distintivo tra sistemi di *Civil Law* e di *Common Law*: per definizione – Napoleone *docet* e l'art. 4 del *Code Napoléon* è emblemático – i sistemi che hanno codificato in età contemporanea, cioè dal 1804 in poi, riconoscono tutti un'unica fonte del diritto e cioè la Legge; non esistono, dal punto di vista del diritto positivo, altre "fonti" se non nel caso in cui siano espressamente richiamate dalla stessa Legge. Al contrario in un certo qual modo, lo dico con la consapevolezza della banalizzazione e della semplificazione di queste mie affermazioni, nei sistemi di *Common Law* e soprattutto in quello Inglese esistono più fonti del diritto che si intersecano e talvolta si sovrappongono ma che hanno tutte pari forza e pieno riconoscimento. In due battute si potrebbe dire (sempre ovviamente dal punto di vista "positivo") che i sistemi di *Civil Law* sono "monofonte" mentre quelli di *Common Law* sono "plurifonte".

[11] Questa in particolare è la tesi suggerita proprio da MacKenzie Stuart nel suo bellissimo libro *The European Communities and the Rule of Law*, London, 1977. In questo studio, inserito nella prestigiosissima serie delle *Hamlyn Lectures*, Lord Mackenzie Stuart sosteneva che: «In performing its task of controlling Community administration – and this, of course, is far from its only duty – the Court of Justice is an administrative court with a function which corresponds to that of the administrative courts to be found in all the original members» (p. 14); da un altro punto di vista aggiungeva (a p. 63) che «The hierarchic structure of the Community law ... fits well with the traditions of the eight Member States which have written constitutions. In so far as one of the duties of the European Court is to determine the compatibility with the treaties of subordinate Community legislation, it is in essence performing the role of a constitutional court».

decisamente inferiore nei primi[12]. Potrebbe ovviamente non significare nulla dal punto di vista scientifico ma a mio avviso una approfondita analisi quantitativa e qualitativa dell'opera della Corte di Giustizia Europea potrebbe rivelarsi illuminante confermando (o magari smentendo) questa che resta una mia personale "sensazione"[13].

Il fenomeno si è ripetuto tantissime volte nella storia del diritto e di sicuro ciò è avvenuto in Inghilterra dove ad esempio la corte ecclesiastica si è ricavata un ruolo forte e concretamente rilevante "inserendosi" negli spazi lasciati volutamente o inconsapevolmente aperti dalla *Curia Regis*[14].

Non voglio entrare in un "settore disciplinare" che non mi riguarda[15], ma vedo e leggo che spesso gli scienziati della politica e gli studiosi delle istituzioni politiche nel valutare appunto le decisioni delle corti supreme

[12] Una conferma si trova in una raccolta di saggi sul tema dovuta proprio a Luigi Moccia che ha curato il volume *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, Munich, 2013.

[13] Non per essere polemico, ma a mio avviso potrebbe essere altrettanto interessante ed illuminante tentare uno studio quantitativo-qualitativo della composizione del nostro Parlamento (intendo dei parlamentari) dall'Unità di Italia fino ad oggi. Se mal non ricordo qualcosa del genere è stata fatta dai colleghi politologi ma non in modo così approfondito e completo. Potrebbe essere un buon argomento per una tesi di laurea magistrale.

[14] Ciò ad esempio è accaduto per la materia proprietaria e successoria, laddove: «è più conforme desumere dai dati storico-evolutivi che fu il *common law* a non sviluppare un particolare interesse per la proprietà mobiliare piuttosto che affermare che le corti ecclesiastiche ne avessero uno esclusivo. Del resto le corti ecclesiastiche erano state create per occuparsi di quelle materie civili e penali concernenti questioni relative alla Chiesa … applicando il diritto canonico, dando vita ad una giurisdizione non alternativa ma speciale, giacché anch'essa dipendente dalla corona e come tale destinata a subentrare negli spazi lasciati dal *common law* così come avverrà più tardi per altre e più particolari corti esclusive (ad esempio le corti mercantili)… Fu dunque il disinteresse del *common law* e della corona sulle sorti dei beni mobili a consentire in questo ambito lo sviluppo della giurisdizione ecclesiastica. Disinteresse, questo, che ancora oggi possiamo riscontrare in dottrina ove mancano opere significative sulla *personal property* e sul fondamento di questa a fronte di ben più importanti contributi in tema di *real property* e di *land law*», in A. Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova, 1995, p. 83 ss.; sul punto, conforme cfr. L.B. Curzon, *English Legal History*, Plymouth, 1968, p. 17; W.S. Holdsworth, C.W. Vickers, *The Law of Succession Testamentary and Intestate*, Oxford, 1899, p. 18; in una attentissima ricostruzione fatta dal massimo esperto italiano del diritto inglese, G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 1994, p. 104 si afferma: «L'ambito nel quale la nuova giurisdizione ecclesiastica estendeva la sua competenza era molto vasto e soprattutto aveva … confini alquanto labili, tali da consentire, con sottili e spesso disinvolte giustificazioni "spirituali", un suo progressivo allargamento con la trattazione di questioni, d'ordine civile e penale, essenzialmente laiche».

[15] Ma che stupidità questi steccati burocratici che provano a rinchiudere il sapere in tanti recinti come se si trattasse di bestie feroci.

tengono giustamente in gran conto l'aspetto politico della decisione e riescono a ricostruire anche la "linea di pensiero" politicamente rilevante che una data corte finisce per seguire più o meno volutamente[16].

Certamente nelle affermazioni dei giudici europei è difficile trovare *apertis verbis* la convinzione di essere "giudici legislatori", anzi. Di solito essi si premurano di affermare che il loro operato è solo ed esclusivamente legato alla tutela dell'applicazione delle norme e dei Trattati e che mai penserebbero di svolgere un ruolo "politico" di giudice-legislatore. Non so se si tratti di una classica *excusatio non petita* ma da un lato è il retaggio dell'impostazione "napoleonica" (e conseguenza di una lettura restrittiva della separazione dei poteri) del rapporto tra "ordinamento" e "giudice" tipico del *civil law* e dall'altro del rispetto "formale" dei ruoli tipico, a sua volta, del *common law*[17]. Salvo poi, in quest'ultimo caso, a specificare che anche se «the Common Market is *not* intended to function as the majority of judges consider desirable and expedient, but as prescribed by the Treaties, in the most efficient way however, and by using all possibilities which have a basis in law»[18] questo non impedisce che «at the same time, there is nothing new or unusual in a court seeking a solution of a problem which will make things work rather than bring them to a halt. In English law the maxim *ut res magis valeat quam pereat* goes back at least as far as *Coke on Littleton*» [19]. Sicché nel caso specifico della Corte di Giustizia europea, può sembrare che «molti malintesi derivino dalla mancata distinzione essenziale tra i Trattati stessi da un lato e, dall'altro, la regola che deve essere osservata nella loro interpretazione e applicazione... I Trattati sono il risultato di una scelta politica, una scelta che anche ora è controversa, così come la legislazione interna è spesso il risultato di una scelta politica controversa. In un senso si può dire che, nel dare un significato ad un testo politicamente motivato per rendere la norma effettivamente efficace, si persegue un fine politico, ma ciò confonde l'attuazione di una scelta con la scelta stessa e fraintende la natura del compito giudiziario. Come ha giustamente affermato il procuratore generale della Corte di cassazione belga, M. Dumon, una decisione politica

[16] Anche qui la bibliografia è sterminata. A titolo meramente esemplificativo segnalo: M. Blauberger & S.K. Schmidt, *The European Court of Justice and its political impact*, West European Politics, 2017, 40:4, pp. 907-918. A questo va aggiunto, per un'osservazione da oltremanica, almeno R. Kruper, *The Politics of the European Court of Justice*, London, 1998.

[17] Mi sia permesso di rinviare ad un mio studio: A. Miranda, *Codificazione e Common Law*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze, delle Lettere e delle Arti di Palermo*, Palermo, 1987, vol. VII, pp. 137-152.

[18] G. Nicolaysen, *Basic Problems of the European Community*, Oxford, 1975, p. 167.

[19] Mackenzie Stuart, *The European Communities and the Rule of Law*, cit., p. 78

non va confusa con una decisione che comporta conseguenze politiche»[20].

Sia come sia è un dato di fatto che la Corte di Giustizia, come del resto la stessa Comunità, abbia risentito in modo profondo dell'arrivo della "pattuglia dei *common lawyers*". Basta pensare all'uso della lingua inglese che, una volta introdotta, il complicatissimo meccanismo dell'uso delle lingue di lavoro e delle lingue ufficiali non ha certo impedito che "debordasse" e si diffondesse come vera e propria "lingua franca", a volte con risultati paradossali se non esilaranti[21]. Basta pensare alla abilissima "operazione simpatia" condotta con successo dai *common lawyers* per conquistarsi la fiducia dei colleghi "continentali"[22]. O basta guardare, sia pure superficialmente, ai dati statistici

[20] *Ibidem*, pp. 78- 79.

[21] A. Miranda, Smoke gets in euro eyes. *L'uniformazione di norme in materia di buona fede contrattuale in un'analisi euroscettica*, in *Vita Not.*, 1998, p. 1776.

[22] Mi sembra interessante ricordare che la "pattuglia britannica" era composta da giuristi scelti tra coloro che avessero un "legame" più o meno forte con i Paesi del Continente ed i loro diritti. Così ad esempio l'Avv. Generale Jean-Pierre Warner, e lo si intuisce dal nome, era figlio di una francese e fu educato in Francia dove visse fino ai 14 anni per poi tornare in Inghilterra per studiare, finita la guerra, a Cambridge dove studiò Storia e poi Diritto. Sir Jean-Pierre Warner, divenne Barrister (del prestigioso Lincoln's Inn) e dopo una carriera nell'Amministrazione dello Stato, fu scelto proprio per la sua conoscenza del francese e dei francesi, per rappresentare il Regno Unito alla Corte di Giustizia dove divenne il primo Avvocato Generale britannico. A sua volta Lord MacKenzie Stuart aveva sposato Anne Miller una compagna di studi conosciuta presso il Centre of European Governmental Studies dell'Università di Edimburgo, anch'essa giurista e soprattutto attivissima politicamente nel movimento europeo scozzese. La Miller conosceva il diritto comunitario e certamente fu fonte di ispirazione e consigli per il marito che fu chiamato a ricoprire il ruolo di giudice alla Corte di Giustizia proprio per la sua particolare formazione universitaria (si sa che lo studio del diritto in Scozia ha forti influenze "romanistiche") e per le buone conoscenze di diritto comunitario. Volendo fare un po' di sano gossip sembra che la coppia fosse molto bene integrata in quel del Lussemburgo tanto da organizzare "ricevimenti leggendari" e svolgere una costante azione politica a favore di una visione "europea" comune; l'uso dei "ricevimenti" durante i quali i "giudici" si scambiano le proprie opinioni e mescolano buon vino, buon senso e buon diritto è tradizionalmente radicato nel *Common Law* inglese tanto da avere persino consentito lo sviluppo di quel sistema attraverso l'opera dei giudici itineranti e la "ricezione" spontanea delle consuetudini locali e delle decisioni più sensate. È un modo, per noi non sempre comprensibile, di ragionare piacevolmente e in termini non conflittuali (anche tra *Barristers* e *Judges*) su argomenti che possono essere complessi. Sul punto si veda: G. Criscuoli, M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le Fonti*, Milano, 2016, p. 129 ss. L'opera della "pattuglia britannica" fu essenzialmente orientata a smussare e superare le palesi divergenze tra i sistemi di *Civil Law* e quelli di *Common Law* e a mitigare le diffidenze dei *civilians* nei confronti dei *common lawyers*. Evidentemente dovettero riuscirci considerato che Lord MacKenzie Stuart, grazie anche al lavoro dell'amico Warner e della moglie, fu tanto apprezzato per il suo apporto da essere nominato Presidente della Corte di Giustizia giusto negli anni in cui l'impegno della stessa

per notare come mentre dal 1952 al 1972 la Corte di giustizia era stata investita da una media di circa 50 casi l'anno, a partire dal 1973 si assiste inizialmente ad un raddoppio dei casi e poi a una vera esplosione dal 1979, anno in cui furono presentati innanzi alla Corte ben 1324 cause. La media, in seguito, si assesterà intorno ai 500 casi l'anno (fino al 2017)[23].

Sarà possibilmente una coincidenza ma questi numeri sembrano confermare un continuo ampliamento della quantità dei ricorsi presentati alla Corte proprio a seguito dell'arrivo dei "*common lawyers*" e senza che tale aumento possa essere imputato all'incremento del contenzioso "contro" (o dovuto a) gli Stati *newcomers*. A tal proposito è utile ricordare che se si guarda ai ricorsi per inadempimento contro gli Stati membri, sempre nel periodo 1952-2017, il Regno unito subisce 142 ricorsi a fronte dei 291 della Germania, dei 386 dell'insospettabile Belgio, dei 418 della Francia e dei 645 dell'Italia "europeista".

A tutto questo va aggiunto che la Corte di Giustizia proprio nel decennio più ricco di sviluppi e sotto la presidenza di MacKenzie Stuart si trovò ad operare con una composizione particolare in quanto all'ampliamento a 12 della Comunità non corrispose l'invio "immediato" di giudici provenienti dai Paesi *newcomers*: il ruolo di "mediatore culturale" svolto dai *common lawyers* ed in particolare dal Presidente ne fu decisamente rafforzato. Inoltre va anche considerato che la composizione della Corte che giudicava in quegli anni (circa 21 giudici) era un gustoso mix ottenuto, come un perfetto Negroni, da 1/3 di professori, 1/3 di "togati" di varie corti nazionali e varia esperienza e 1/3 di politici, economisti e amministratori non sempre e non tutti necessariamente "giuristi" anzi direi "diversamente giuristi".

Come dicevo non è qui il caso di analizzare la "storia" della composizione della Corte ma questo elemento ha sicuramente influito sull'evoluzione (per me, adesso diventata più un'involuzione) delle decisioni prese dalla Corte: se le sentenze sono oggi sempre più "tecniche" e sempre più giustificate su rigidi schemi interpretativi e ragionamenti logico-giuridici e sempre meno improntate alla "*reasonableness*" forse lo si deve all'aumentato peso dei "giuristi" duri e puri rispetto alle altre componenti.

Comprendo benissimo che si tratta di una "impressione aneddotica" che, come dicono i virologi, non è scientificamente provata ma la composizione odierna della Corte (e tralascio quella del Tribunale di prima

era cresciuto a dismisura. Lord Stuart tra l'altro fu tra i fautori dell'istituzione del "Tribunale di prima istanza" che venne inaugurato pochi mesi dopo il termine della sua presidenza.

[23] I dati sono ricavati dalle statistiche ufficiali presenti nelle relazioni annuali dell'attività giudiziaria della Corte di Giustizia e reperibili online al seguente indirizzo web: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/ra_jur_2017_it_web.pdf.

istanza) conta 38 tra giudici e avvocati generali di cui quasi tutti, con la sola eccezione dei pochissimi rappresentanti dell'area del *Common Law*, purtroppo oggi in uscita, laureati o plurilaureati in Giurisprudenza, giudici "togati" nazionali e, in massima parte, professori di diritto internazionale o europeo o diritto amministrativo[24]: siamo passati dal Negroni al Bellini[25] e il gusto è decisamente diverso.

2. *Il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno, il tema della "disapplicazione" e il caso* Simmenthal

Per uno dei tanti casi della Storia, Lord MacKenzie Stuart espose il suo pensiero sul rapporto tra diritto comunitario e diritto interno, e sul ruolo pragmatico della Corte di Giustizia attraverso le "*Hamlyn Lectures*" con il già citato libro *The European Communities and the Rule of Law* edito nell'aprile del 1977 e cioè tre mesi prima che fosse presentato il ricorso pregiudiziale e a meno di un anno dalla decisione del caso *Simmenthal* che qui ci interessa.

Nelle "*Hamlyn Lectures*" del 1977 Lord Mackenzie Stuart, rivolgendosi ad un pubblico inglese fa il punto sulla "evoluzione" e sullo stato dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, alla luce della diversità concettuale tra *Common law* e *Civil Law Systems*, cercando di spiegare l'opera di "*reconstruction*" delle regole comunitarie e dei Trattati e le funzioni della Corte. Si parte con l'affermazione che «Community law has a habit of emerging in unlikely corners. Who at first sight would have thought that an advertisement in a Belgian newspaper for players who might be interested in joining an Italian football club or the issue by French Railways of a card entitling large families to reduced fares could give rise to problems of Community law?» per poi passare a sottolineare che «among the unspectacular achievements of Community Institutions I would include those of the Court of Justice of the

[24] La fonte è, ovviamente quella ufficiale nella pagina web di presentazione dei componenti della Corte, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7026/it/. Sul punto della evoluzione della Corte di Giustizia si veda: Y. Dezalay, B. G. Gart (eds.), *Lawyers and the Construction of Transnational Justice*, Oxon e N.Y., 2012, p. 217 ss. ed in particolare A. Vauchez, *The Force of a Weak Field: Law and Lawyers in the Government of Europe*, p. 219 ss.; A. Cohen, *The European Court of Justice in the Emergent European Field of Power: Transnational Judicial Institutions and National Career Path*, p. 239 ss.

[25] La composizione della corte è oggi di 2/3 di professori e 1/3 di togati. Per chi (pochi, presumo) non conoscesse la composizione dei due famosi cocktail la riporto qui di seguito. Negroni: 1/3 di gin 1/3 di bitter Campari e 1/3 di vermut rosso; Bellini: 2/3 di prosecco e 1/3 di succo (meglio nettare) di pesca.

European Communities which, in its decisions, has constantly underscored the basis of legal order on which the Communities rest»[26].

Ecco un primo punto che qui mi interessa mettere in luce e cioè l'idea, peraltro chiaramente richiamata dal caso *Van Gend en Loos v. Nederlandse administratie der belastingen*, che la Comunità costituisca «a new legal order for the benefit of which the States have limited their sovereign rights»[27].

MacKenzie Stuart, infatti, precisa che "*legal order*" può certo tradursi con "ordinamento giuridico", è sinonimo di "sistema giuridico" ma che forse è più coerente richiamarsi al concetto di "*rule of law*". E, come tutti sappiamo (meglio … come tutti i comparatisti sanno) il concetto di "*rule of law*" nella mente dei britannici ha un significato non proprio del tutto sovrapponibile al nostro "Stato di diritto": perché come è stato acutamente osservato «la *rule of law* consiste nella eredità medievale della supremazia della legge (*io personalmente direi piuttosto del "diritto" – N.d.A.*), di una legge che né il governo può violare, né il Parlamento radicalmente cambiare, proprio perché nella concezione medievale nessuno "fa" la legge (*anche se per definizione "the king cannot do wrong" e dunque è egli stesso il detentore del dovere di "azionare" e rendere effettiva la "sua" stessa legge, sicché il "suo" Governo e la "sua" Corte non possono entrare in conflitto tra di loro essendo entrambe "sue" promanazioni*[28]); essa non deriva dall'atto di volontà di un singolo o di una maggioranza nella misura in cui (...) (la norma, la regola) viene semplicemente dichiarata o ricordata; e soltanto in caso di una lacuna interviene – **in funzione meramente suppletiva** – il re con l'*Equity* o il Parlamento con uno *Statute*. Questa legge antica e immemoriale, il *common law*, si fonda nel consenso, non in quello di una assemblea, ma in quello tacito delle popolazioni, comprovato dall'uso delle generazioni»[29] e, aggiungo io, incarnato dalla figura stessa del sovrano quale custode della "pace del regno" e della "giustizia".

Sulla scorta di questo assunto, secondo una recente analisi, risulterebbe poi relativamente semplice comprendere le differenze ontologiche tra *Rule of Law* e Stato di Diritto: «quella basilare consiste appunto nel rapporto tra cittadino e Stato rispetto al tema della libertà. Se la prima postula una relazione di tipo orizzontale, con lo Stato che si fa garante del rispetto

[26] MacKenzie Stuart, *The European Communities* …, cit., pp. 1-2.

[27] Caso 26/62 (1963) E.C.R. 1, p. 12. Da notare che la lingua della decisione fu l'olandese e che il termine usato fu "*nieuwe rechtsorde*". Non è superfluo ricordare che il caso fu deciso molto prima dell'arrivo dei "*common lawyers*".

[28] La frase in corsivo è mia.

[29] N. Matteucci, introduzione a C. H. McIlwain, *La Rivoluzione americana*, Bologna, 1965, p. 26.

di libertà e diritti individuali che esistono da prima che lo Stato stesso si formasse perché emersi dal basso, da una società che anela alla libertà, il secondo è invece il frutto della formazione o della trasformazione dello Stato moderno da assoluto a liberale, ed è quindi inevitabile che sia lo Stato a determinare gli spazi entro cui esercitare libertà e diritti»[30]. Come spesso dico agli studenti del mio corso di sistemi giuridici comparati, semplificando al massimo i concetti, la differenza sta nel fatto che da noi in *Civil Law* tutto ciò che non è esplicitamente previsto, consentito e riconosciuto dal legislatore è per definizione vietato o inesistente, mentre per il *Common Law* vale la regola opposta per cui è sempre permesso e garantito tutto ciò che non è espressamente vietato; o almeno è così che, da noi, sembra che la pensino alcuni funzionari dello Stato[31].

Ciò che a me interessa mettere in luce del pensiero di MacKenzie Stuart è l'idea che questo "nuovo sistema giuridico" non sia "nuovo" affatto: l'espressione – ci dice MacKenzie Stuart – suona sinistra perché suggerirebbe che i valori tradizionali vengano eliminati e al loro posto si imponga un nuovo sistema, per ciò stesso sospetto, «ispirato da motivazioni sconosciute e che dirige la nostra vita lungo un percorso inesplorato»[32]. Qui è evidente il retaggio culturale di chi appartiene a una società e a un sistema giuridico che mal sopporta le "rivoluzioni" e che ha il suo "spirito"[33] nella continuità e al tempo stesso nella flessibilità "ragionevole" di adattamento all'evoluzione dei tempi. Un retaggio culturale che si pone dunque in contrapposizione a chi, e questo spiega bene l'affermazione espressa in *Van Gend en Loos*, è "figlio" della Rivoluzione e di Napoleone (con una spruzzatina di Rousseau) più che dell'Illuminismo enciclopedico e del pensiero colto e libertario di François-

[30] C. Martinelli, *Brevi riflessioni sulla rule of law nella tradizione costituzionale del Regno Unito*, in *Diritti Comparati*, 2017, https://www.diritticomparati.it/brevi-riflessioni-sulla-rule-law-nella-tradizione-costituzionale-del-regno-unito.

[31] Non possiamo certo dimenticare che siamo il Paese dove occorre "certificare" persino l'esistenza in vita. Emblematica è poi la norma dell'art. 1 del nostro codice civile: La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. Come se ci volesse il "riconoscimento" dello Stato per affermare che gli individui hanno per il solo fatto di essere "umani" la piena titolarità dei propri diritti e doveri. Può darsi che la norma sia stata messa li (e poi nella Costituzione) per "tutelare" i cittadini ma a me suona sempre come una graziosa concessione del legislatore/Stato; a meno di non considerarla pleonastica e lapalissiana come un po' tutte le tanto mitizzate norme costituzionali relative ai "diritti": belle dichiarazioni di principio che dicono tutto ed il contrario di tutto.

[32] MacKenzie Stuart, *The European Communities* …, cit., p. 4.

[33] R. Pound, *The Spirit of the Common Law* (Classic Reprint), London, 2017.

Marie Arouet. La battaglia di Trafalgar non è ancora finita[34].

Al contrario l'affermazione espressa nella sentenza *Van Gend en Loos* va intesa nel senso che «le Comunità europee poggino su un sistema che ha una sua caratteristica, un sistema fondato sul principio che coloro i quali amministrano le Comunità sono essi stessi soggetti a limitazioni imposte dalla legge e che coloro i quali sono amministrati hanno diritti che devono essere tutelati. (…) [Esse costituiscono] un ordinamento giuridico che cerca di assicurare al singolo alcuni diritti che possono essere trascurati dal suo proprio sistema nazionale e che lo protegge contro l'uso arbitrario del potere comunitario»[35]: in questo senso si tratta di un "sistema" del tutto coerente e compatibile con, ma comunque diverso da, quelli "nazionali" degli Stati membri. E difatti: «la Comunità non è uno «Stato», almeno nel senso tradizionale del termine. Sebbene i trattati le conferiscano personalità giuridica, le manca la caratteristica principale di uno Stato, che è la capacità di agire in tutte le questioni non specificamente escluse (*qui fanno gioco il classico principio di attribuzione, di sussidiarietà e quello di proporzionalità* [36]). L'apparato legislativo e l'amministrazione comunitaria si limitano ai compiti specificamente attribuiti loro»[37].

Ciò ovviamente non significa che la Comunità sia il frutto di un semplice accordo tra Stati perché è evidente che il Trattato istitutivo ha creato qualcosa che, come dicevo nel paragrafo precedente, non si era mai visto in precedenza, tanto da indurre il pur prudente prof. Nicolaysen ad affermare che quello derivante dal Trattato «è un sistema giuridico autonomo, che mira ad attribuire alla Comunità la capacità di agire all'interno e all'esterno, che le conferisce gli attributi fondamentali della *Rule of Law* e che rappresenta, attraverso la sua capacità di applicazione generale e il regolare coinvolgimento dei giudici nazionali, un elemento essenziale di integrazione»[38] senza che però la Comunità possa essere considerata «né un super-Stato né un quasi-Stato, né (e questo è importante) uno Stato federale»[39]; e soprattutto a patto che la descritta capacità di integrazione a seguito dell'autonomia giuridica e politica della Comunità sia intesa come

[34] Anche se penso che Lord Nelson possa stare tranquillo dall'alto della sua colonna di Trafalgar Square.

[35] MacKenzie Stuart, *The European Communities* …, cit., p. 3.

[36] La frase in corsivo è mia.

[37] MacKenzie Stuart, *The European Communities* …, cit., p. 14. Vedi inoltre: l'opinione dell'Avvocato Generale nel caso 9/69 *Sayag v. Leduc*, 1969, E.C.R., p. 342.

[38] G. Nicolaysen, *The European Court: its work and its future*, in P.D. Dagtoglou (Ed.), *Basic Problems of the European Community*, Oxford, 1975, p. 163.

[39] P.D. Dagtoglou, *European Communities and Constitutional Law*, in *C.L.J.*, 1973, p. 259.

la conseguenza della "trasmissione" di alcuni dei poteri finora riservati agli Stati membri[40]. Il che porta inevitabilmente alla conclusione difficilmente contestabile che «la presunzione di giurisdizione sia a favore degli Stati membri che conservano ancora i loro principali poteri sovrani e rimangono la principale entità politica»[41].

Questo è il secondo punto del pensiero di MacKenzie Stuart che mi interessa qui rilevare e cioè l'idea che la Comunità sia una entità "politica" e che la "politica" determinata dagli Stati membri sia preordinata alla legge nel senso che le scelte e le linee di sviluppo della comunità sono politiche e semmai le regole giuridiche ne sono un derivato, una sorta di strumento di esecuzione. Ma se le scelte sono politiche, lo è anche la scelta di appartenere alla Comunità e dunque, nonostante nessuna legge e nessuna Corte possa imporre scelte politiche agli Stati sovrani, il fatto stesso di aver deciso politicamente di appartenere alla comunità "impedisce" che le leggi degli Stati membri si discostino dalle scelte politiche comunitarie perché se così fosse ciò significherebbe, in sostanza, abbandonare la Comunità. Questo è più o meno quello che sosteneva Lord Denning quando metteva in guardia il Parlamento inglese affermando che la *House of Lords* avrebbe dovuto interpretare sempre gli *Statutes* come se fossero rispettosi del diritto comunitario perché un eventuale assoluto contrasto con la "scelta politica" espressa nell'*European Act* avrebbe significato la denuncia di quella politica e dunque l'uscita dalla stessa Comunità[42]. Ovviamente questo non significava che il Parlamento o lo Stato non fossero più liberi di legiferare o di decidere ma semplicemente in un certo qual modo si "aggravava" la responsabilità del cambiare la scelta politica dell'appartenenza alla Comunità, ferma restando

[40] Cfr. Dagtoglou, *European Communities and …,* cit., p. 261.

[41] Dagtoglou, *European Communities and …,* cit., p. 259; ma vedi anche il giudicato della Corte Europea sull'European Road Transport Agreement, caso 22/70, 31 Marzo 1971 in *C.M.L.R.*, 1975, p. 335.

[42] «Thus far I have assumed that our Parliament, whenever it passes legislation, intends to fulfil its obligations under the Treaty. If the time should come when our Parliament deliberaltely passes an Act with the intention of repudiating the Treaty or any provision in it intentionally of acting inconsistently with it and says so in express terms then I should have thought that it would be the duty of the courts to follow the statute of our Parliament» per Lord Denning in *Macarthis Ltd v. Smith*, [1979] 3 All ER 325, 329c-d. Sul punto, e conformemente a quanto detto nel testo, è interessantissima la ricostruzione della linea di decisioni delle Corti inglesi fatta da L J. Laws (*nomen omen*) della *Queen's Bench Division* in the Supreme Court of Judicature, nel caso *Thoburn v. Sunderland City Council*, [2002] 3 WLR 247, [2003]QB 151. Si veda anche M.S.R. Palmer, *Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution: Lessons from an Unwritten Constitution* in *American Journal of Comparative Law*, 2006, vol. 54, n. 3, pp. 587-636.

la piena e totale sovranità: e se questo accadeva negli anni settanta, oggi viene decisamente più facile comprendere quale sia stato, e sia ancora, il travagliatissimo iter della *Brexit*.

In questa ottica è abbastanza chiaro che nella visione "*British*" non ci sia spazio per un'idea "forte" e "gerarchica" della supremazia del diritto comunitario su quello dei singoli Paesi membri. E difatti lo stesso MacKenzie Stuart (scelto, come si è detto anche per le sue dichiaratissime simpatie per la Comunità) afferma che: «Da parte mia non mi piace la parola "supremazia". C'è una suggestione in quella parola che richiama un comandante che dà gli ordini, un superiore austiniano o qualcuno che parla dall'alto in basso, una suggestione che ricorda un tribunale che siede su una sua particolare nube equidistante da tutti gli Stati membri e a circa 5.000 metri sopra di essi, emettendo editti che scavalcano le tradizioni nazionali e ignorano le suscettibilità nazionali. Nulla potrebbe essere più lontano dalla verità. La ragione per cui è essenziale adottare la soluzione comunitaria non è dovuta a una reale o finta esistenza di una gerarchia sovranazionale. Essa non deriva da alcun merito intrinseco della norma comunitaria in questione, ma dalla natura e dalle finalità stesse della Comunità»[43] che, è bene ricordarlo, derivano da una scelta politica. Se gli Stati hanno politicamente deciso di "stare insieme" (*it takes two to tango*, ovviamente) essi non sono tenuti al mero rispetto dell'impegno derivante dal trattato istitutivo – e qui non importa se si applichino le categorie dei giuristi internazionalisti e le tesi monista o dualista – ma a qualcosa di più e di diverso perché la "forza" e l'essenza della Comunità (poi Unione) sono il frutto della scelta politica degli Stati che comporta la "trasmissione" di specifici poteri *ad hoc*.

In altre parole non si può dire che la Comunità/Unione sia "sovraordinata" agli Stati membri né che ci sia stata una "fusione" dei diversi sistemi per creare un'unica entità, o due entità separate ma legate gerarchicamente (in quest'ultimo caso non si capirebbe quale sia poi la relazione che lega i diversi sistemi tra loro nei rapporti che esulano dall'impegno preso con i Trattati istitutivi); semmai la Comunità/Unione rappresenta qualcosa che si muove in parallelo e che si incrocia con i sistemi degli Stati membri. Come ciascuno degli Stati membri anche la Comunità è capace di creare diritti che devono essere riconosciuti a tutti i cittadini perché gli Stati membri le hanno dato politicamente il mandato a realizzare a questa situazione. Affermare quindi che «è realistico riconoscere che l'ordinamento giuridico comunitario, per

[43] MacKenzie Stuart, *The European Communities …*, *op. cit.* p. 3. Sul punto e più approfonditamente si veda il ricchissimo *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 40, Milano, 2011.

essere efficace, deve anche soddisfare le legittime esigenze nazionali»[44] è come dire che la Comunità/Unione sia un'entità di pari forza rispetto agli Stati membri. Su questo ritornerò fra breve.

Ciò che mi interessa è sottolineare come la "pattuglia del *Common Law*", e Lord MacKenzie Stuart per primo, non usi le categorie mentali dei *civilians* né faccia riferimento, pur conoscendole, alle richiamate tesi del diritto internazionale[45]. Semmai, come si dirà a breve, ha riletto la storia evolutiva della Comunità alla luce del loro modo di pensare e delle "logiche" tipiche del *Common Law* che vedono un'ampia disponibilità delle Corti a "sistematizzare" principi e soluzioni anche alla luce di indicazioni provenienti da fonti diverse da quella legislativa nazionale: il sistema inglese è per sua natura aperto e flessibile con un nucleo "di gomma", come avrebbe detto Giovanni Criscuoli. Sicché appare perfettamente coerente e comprensibile, dal suo punto di vista, l'affermazione di Lord MacKenzie Stuart secondo cui: «nel Regno Unito il diritto statutario è diventato, senza dubbio, più importante in molti campi del diritto casistico, ma anche quando la legge innova lo fa nel contesto del *common law*, riflettendo una precisa esigenza sociale. La Comunità, (...) è una struttura politica che emerge da un atto deliberato di volontà. (…) In sostanza è un sistema, che parte da una base scritta ed è su questa base che continua a costruire. Le tecniche giudiziali utilizzate in quell'atto di costruzione possono essere familiari, ma devono adattarsi a nuovi materiali e a nuove fondamenta»[46] ad esempio facendo leva anche sull'*unwritten Community Law*, cioè quell'insieme di regole e principi di derivazione e comuni tra tutti gli Stati membri che pur non essendo esplicitamente previsti nei Trattati costituiscono il *background* e la filigrana sullo sfondo dei quali le regole comunitarie devono essere necessariamente ricostruite: il principio di buona fede in senso oggettivo e la "*reasonableness*", l'ordine pubblico, il buon costume, le clausole generali, la buona amministrazione, i diritti umani, e via dicendo.

Ecco dunque che il *loop* si chiarisce. I singoli sistemi nazionali reagiscono con i Trattati e creano una nuova entità che, a sua volta, riceve e dà a ciascun sistema nazionale, creando nuove entità e sviluppando nuove energie destinate a incontrarsi ancora, reagendo a catena e modificandosi reciprocamente, e così via all'infinito: come nella fissione nucleare, appunto.

Questa idea, è ovvio, è ben diversa da quella diffusa tra gli internazionalisti,

[44] MacKenzie Stuart, *The European Communities* …, cit., pp. 25-26.

[45] MacKenzie stesso è particolarmente deciso sul punto: «[…] Classic international law is at best a doubtful source», *op. ult. cit.*, p. 34.

[46] MacKenzie Stuart, *The European Communities* …, cit., pp. 26-27.

direi di area "continentale", del diritto comunitario creato per fusione di più nuclei scaturiti dagli Stati membri "attraverso la limitazione dei propri poteri" e l'obbligo di rispettare i trattati; e non importa, come ho già detto prima, se si voglia seguire la tesi "monista" o quella "dualista" perché comunque il risultato non cambia: in ogni caso il diritto comunitario è poziore rispetto al diritto interno anche se questa preminenza mal si concilia con la mai discussa indipendenza e sovranità degli stessi Stati membri[47].

La questione è ovviamente molto più complessa di quanto si possa qui riportare. Tuttavia mi sembra chiaro che tra i giuristi britannici sia del tutto normale presupporre la coesistenza e la fissione tra più nuclei o sistemi di regole e principi, che si autoalimentano e si riproducono, magari sovrapponendosi senza prevaricarsi ma integrandosi, perché è così che "funziona" *the machinery of Common Law*.

Del resto da quanto scritto da MacKenzie Stuart si evince chiaramente che la visione *British* del rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario risenta delle categorie mentali e del modo pragmatico e poco teorico di affrontare i problemi, tipico di quel sistema; se aggiungiamo la diversissima formazione dei giuristi e dei giudici britannici rispetto alla tradizionale e scolastica formazione dei giuristi continentali possiamo ben comprendere come l'idea di una supremazia del diritto comunitario basata sulle teorie "monista" e "dualista" escogitate dagli internazionalisti e sulla scorta di una presunta "limitazione dei poteri dello Stato" possa suonare a dir poco stonata se non fastidiosamente stridente.

Se infatti guardiamo alla complessità del sistema delle fonti del diritto inglese ed in particolare al rapporto tra *Statute Law* e *Common Law* da un lato e tra *Common Law* ed *Equity* dall'altro, possiamo meglio comprendere se e come il pensiero britannico abbia influenzato le decisioni della Corte di Giustizia Europea e se, dal nostro punto di vista, ciò ci permetta di ipotizzare un rapporto diverso da quello tradizionalmente assunto e dato per scontato tra la potestà degli Stati ed il diritto comunitario magari anche ricorrendo, come mi sembra possibile fatte le debite proporzioni, a categorie in uso al diritto privato[48].

[47] Il problema, com'è noto, torna spesso alla ribalta: da ultima la recentissima decisione della Corte di cassazione Tedesca sul tema del *quantitative easing* e sui limiti del diritto comunitario.

[48] So bene che così si corre il rischio di affrontare il tema saltando da un piano all'altro e mescolando elementi diversi ma questo è il bello della comparazione: diceva il mio Maestro, Giovanni Criscuoli, che se è vero che si compara senza un fine preciso perché la comparazione è scienza di base è pur vero che essa può servire a comprendere meglio il proprio sistema o a verificare le teorie seguite, nello specchio di quelle altrui magari

Non posso né voglio qui entrare nel dettaglio dei rapporti tra *Statute Law*, *Common Law* ed *Equity* anche perché è materia molto ben conosciuta. Mi limito dunque a richiamare alcuni passaggi fondamentali e una serie di scritti[49] sul tema che ci danno la misura del contesto in cui è maturato l'approccio britannico al diritto comunitario o meglio l'opera di giudici come MacKenzie Stuart.

Come si è visto per gli Inglesi e i *common lawyers* la coesistenza di sistemi e fonti diverse che agiscono pariteticamente non è qualcosa di traumatico e comunque non viene risolto in termini di *supremacy* o di abdicazione e limitazione di poteri che in teoria non possono essere neppure messi in discussione: i conflitti, quando ci sono, vengono risolti "andandosene all'inglese" – anche se proprio gli inglesi preferiscono dire: *to take french leave* - e cioè aggirando i problemi oppure con degli escamotage tecnici che ottengano il risultato concreto salvando, almeno apparentemente, la logica intrinseca del sistema.

Proprio Luigi Moccia in *Comparazione Giuridica e Diritto Europeo*, chiarisce il senso del dualismo "*Law-Equity*" che si traduce in quella «separazione dei due sistemi di regole, principi e mezzi di tutela a lungo mantenutasi, e che continua ad essere influente sulla struttura del diritto in Inghilterra… caratterizzata da una duplicità di regimi e di categorie giuridiche, con le relative classificazioni e qualificazioni, di carattere sia terminologico che concettuale»[50]. Una coesistenza (non sempre pacifica) di difficile comprensione per un giurista *post-napoleonico* se è vero che «if someone were compelled to explain the essence of civil law to a common lawyer in one sentence, he could perhaps say that civil law is what common law would have been if it had never known a court of chancery. It is true that the answer would hardly be helpful, the picture suggested being probably beyond the imagination of a common lawyer. The picture of conflicting and

appunto recependo spunti di riflessione, idee e soluzioni, imparando a usare tecniche argomentative diverse da quelle a cui si è abituati.

[49] La letteratura in materia è vastissima. Per ciò che riguarda questo lavoro occorre in primo luogo fare riferimento al volume curato da J.C.P. Goldberg-H.E. Smith-P.G. Turner, *Equity and the Law. Fusion and Fission*, Cambridge, 2019 (ai quali sono tributario del titolo di questo mio scritto e anche se si vuole della conferma della mia impressione iniziale circa il tema della relazione tra diritto interno e comunitario). All'interno del volume in questione va segnalato il lavoro di P.G. Turner, *Fusion and Theories of Equity in Common Law Systems* che si trova facilmente anche nella versione in *open access* nelle Legal Studies Research Paper Series, Paper no. 63/2018, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3253606.

[50] L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo,* Milano, 2005, p. 213. E per un altra illuminante e chiarissima ricostruzione si veda: Criscuoli, *Introduzione allo Studio del Diritto Inglese*, cit., in particolare il capitolo dedicato all'*Equity*.

coexisting jurisdictions is equally inconceivable to a Latin or even a German lawyer, who believes in the *Einheit der Rechtsordnung*, the uncompromising and sometimes cruel unity of the legal order»[51].

Venendo al rapporto in sé e cercando di superare "l'inconcepibile", basta qui ricordare che se il *Common Law* è il prodotto dell'opera dei giudici in teoria è espressione del potere del sovrano che parla attraverso i suoi giudici; ma al tempo stesso anche la corte del Cancelliere, è espressione del sovrano: per dirla con il mitico Conte di Nottingham il sovrano è fonte di giustizia e grazia, di diritto ed equità e queste sono dispensate nelle corti come Dio che è fonte di luce la dispensa con la luna ed il sole[52]. Questi due sistemi, nonostante i *Judicature Acts 1873-1875*, seppure riuniti formalmente restano separati ed operano con principi a volte differenti ma sempre nel nome del Sovrano. Tanto che: «*Equity follows the Law*» cioè deve rispettare il *Common Law* «anche quando opera nei suoi confronti, correggendo le sue soluzioni o colmando le sue lacune. Perché allora essa non lo rinnegherà mai, come non disconoscerà o annullerà i diritti soggettivi esistenti in base ad esso. Ma lo paralizzerà, bloccando l'esercizio dei corrispondenti diritti soggettivi, attraverso l'impiego di appositi strumenti tecnici» come l'*injunction* o il *set aside*. Quest'ultimo strumento, com'è noto, serve ad esempio ad "accantonare" un contratto che, pur se valido per il *Common Law,* è dichiarato inefficace dall'*Equity*. Il risultato è lo stesso che si raggiungerebbe dichiarando la nullità del contratto poiché in concreto dire che un contratto è nullo e dunque non può produrre effetti o dire che un contratto è valido ma non può produrre effetti è praticamente la stessa cosa. Il punto qui è che la corte di *Equity* non può formalmente mettersi in contrasto con la corte di *Common Law* e deve ricorrere ad un escamotage appunto cioè "disapplicando" le regole del *Common Law* e "applicando" il principio di *Equity*. I principi di *Equity* sembrano essere "speciali" rispetto ai principi "generali" del *Common Law* e dunque si applicano "a preferenza" laddove la fattispecie nuova, eventualmente sottoposta al giudizio della corte, rientri perfettamente nell'ambito del precedente giudicato: se così non fosse il *Common Law* avrebbe pieno vigore e dovrebbe essere applicato senza indugi. In altri termini la regola di *Common law* resta valida e applicabile a tutte le fattispecie future tranne che nel caso in cui ci si ritrovi nella stessa identica precisa situazione riconosciuta dall'*Equity*. Entrambi i sistemi restano diversificati ed operano regolando in questo modo il possibile *overlapping*.

[51] A. Pekelis, *Legal Techniques and Political Ideologies: A Comparative Study*, in *Michigan Law Review*, 1943, pp. 690-691.

[52] Cfr. H. Finch, *Manual of Chancery Practice: And Prolegomena of Chancery and Equity*, Cambridge, con una *Introduction* di D.E.C. Yale, 1965, p. 191.

Inoltre si tratta di sistemi che interagiscono non con la "fusione" di due entità separate quanto piuttosto con una "fissione" che da vita a sempre nuove interazioni e allo sviluppo di nuove regole e all'applicazione di nuovi principi. Un esempio di questo è facilmente rinvenibile nella disciplina del *Trust* che dall'originario istituto nato per esigenze particolari è diventato uno strumento complesso che copre le più svariate situazioni e che ha finito per cambiare la sorte stessa del diritto delle successioni, del diritto di famiglia, del diritto di proprietà e del diritto commerciale.

Per un'altra di quelle coincidenze della storia, Lord MacKenzie Stuart era il figlio del prof. MacKenzie Stuart autore di un fortunato e importante volume sul *Trust*[53] e notissimo docente dell'Università di Aberdeen.

Senza volere attribuire molto peso agli accidenti storici e alla forza di impatto del singolo uomo sugli eventi, qui però è un dato che per i *common lawyers* arrivati in quel di Lussemburgo (e per i giuristi inglesi in genere) fosse piuttosto chiaro che: i) gli Stati membri erano pienamente sovrani; ii) che il rapporto tra Comunità e Stato membro fosse essenzialmente politico; iii) il cosiddetto "nuovo ordine legale" si fondava sulla *rule of law* più che sul concetto di Stato di diritto; iv) che non ci fosse fusione tra il sistema nazionale e quello comunitario; v) che non ci fosse una supremazia (gerarchica, basata sulle tesi moniste o dualiste del diritto internazionale, ecc.) del diritto comunitario rispetto al diritto degli Stati membri; vi) che non ci fosse alcuna limitazione di poteri dello Stato ma semmai una "trasmissione", volontaria e politica, entro i confini del principio di sussidiarietà; vii) che il sistema giuridico comunitario fosse esattamente sullo stesso piano del sistema giuridico dello Stato membro essendo entrambi fonti di diritto; viii) che i due sistemi potevano perfettamente integrarsi e convivere come avveniva da secoli per il rapporto tra *Statute Law* e *Common Law* e soprattutto tra *Equity* e *Common Law* e che i problemi di eventuale sovrapposizione potevano essere risolti alla luce delle regole dei Trattati, del principio di sussidiarietà e dei meccanismi tecnici usati per risolvere gli analoghi conflitti tra *Equity* e *Common Law*.

Tenuto conto di questo background, come dicevo a pochi mesi di distanza dalla pubblicazione delle "*Hamlyn Lectures*", Lord MacKenzie Stuart partecipa alla stesura della sentenza del caso *Simmenthal* che in concreto verteva sul principio dell'efficacia diretta delle norme comunitarie già peraltro oggetto della sentenza *Van Gend en Loos*.

Tutti noi sappiamo che in questa decisione si è fissato il principio

[53] A. MacKenzie Stuart, *The law of trusts: with special reference to the Trusts (Scotland) Act, 1921, and recent decisions*, Edinburgh, 1932.

secondo il quale il giudice nazionale, di fronte ad un conflitto tra norme statali (anche se posteriori) e norme comunitarie (nel caso di specie quelle direttamente efficaci) è tenuto a disapplicare il diritto interno e ad applicare quello comunitario.

Come ho detto la corte, presieduta dall'esperto H. Kutscher[54] vedeva la presenza di due giudici e giuristi dell'area del *Common Law* e di docenti del calibro di Pierre Pescatore[55], Giacinto Bosco[56], Max Sorensen[57] e Andreas Donner[58]. L'avvocato generale era Gerhard Reischl[59].

La sentenza si inserisce in apparenza nella linea dei precedenti giudicati della stessa Corte di Giustizia.

In questa sentenza, al capoverso 17, si legge che «le disposizioni e atti [del Trattato e delle istituzioni] fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri»[60].

Si legge inoltre che «il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica ad atti legislativi nazionali che invadano la sfera nella quale si esplica il potere legislativo della Comunità, o altrimenti incompatibili con il diritto comunitario, equivarrebbe (...) a negare sotto questo aspetto il carattere reale d'impegni incondizionatamente ed irrevocabilmente assunti, in forza del Trattato, dagli Stati membri mettendo così in pericolo le basi stesse della Comunità».

La formula usata resta fumosa perché se da un lato ammette che le norme del diritto comunitario sarebbero "di rango superiore" dall'altro si dice che questa "superiorità" è conseguenza proprio degli impegni politici presi con il Trattato dagli Stati ma soprattutto conseguenza del fatto che tali norme sarebbero quelle di "competenza esclusiva" della Comunità.

[54] Laureato in Scienze Politiche e in Giurisprudenza aveva svolto in Germania attività amministrativa in ambito governativo accumulando grande esperienza e prestando poi servizio come giudice della Bundesverfassungsgericht.

[55] Lussemburghese, già direttore e Segretario Permanente del ministero degli affari esteri del Lussemburgo, Professore Straordinario e titolare della Cattedra di Diritto delle Comunità Europee.

[56] Il componente più anziano, professore di diritto internazionale ma anche (e soprattutto) senatore, e più volte Ministro in vari dicasteri.

[57] Danese, Professore di Diritto Internazionale e di Diritto Costituzionale, con grande esperienza politica affinatasi in quel di Londra e presso la Corte permanente degli Arbitrati.

[58] Olandese, Professore di Diritto Costituzionale ed Amministrativo, figlio del Primo Ministro olandese, Presidente della Corte che decise il caso *Van Gend en Loos*.

[59] Tedesco, Giudice nazionale di grande esperienza e già Segretario di Stato oltre che Parlamentare al Bundenstag.

[60] Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA, c. 106/77.

Proprio questo è il punto che, a mio avviso, è di maggiore interesse perché non si dice *apertis verbis* (ma neanche in modo sottinteso) che si tratti di una limitazione di potere degli Stati e non si spiega, se non con un larvato riferimento agli impegni politicamente assunti dagli Stati membri, in cosa consista concretamente questa "disapplicazione"[61] considerato che se le norme comunitarie sono superiori di grado rispetto a quelle interne, queste ultime sarebbero nulle o comunque "non costituzionalmente[62] compatibili" con quelle comunitarie[63].

Il mio Maestro mi ha insegnato che è sempre opportuno risalire alle fonti originali per capire meglio e cercare di fugare eventuali dubbi interpretativi. Ciò è a maggior ragione vero in ambito europeo ben sapendo che molto spesso la traduzione di una decisione sia fatta nelle varie lingue ufficiali da

[61] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, p. 299, spiega la differenza con l'abrogazione ritenendo che la disapplicazione possa essere considerata uno strumento che consenta «di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace».

[62] Uso "costituzionalmente" in senso volutamente a-tecnico e comune.

[63] Sul punto, in uno dei primi commenti alla sentenza in esame, dovuto a F.D. Riccioli, *Preoccupanti contrasti tra Corte comunitaria e Corte costituzionale*, *in Il Foro it.*, 1978, IV, p. 206, si legge: «Le perplessità sorgono là dove la sentenza ripropone un'interpretazione dei rapporti tra diritto comunitario e ordinamento italiano che una parte non trascurabile della nostra dottrina contesta da sempre. In particolare, appare molto discutibile la perentoria affermazione della Corte di giustizia che attribuisce alle norme comunitarie un rango superiore rispetto a quelle nazionali, fino al punto di impedire "la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali" se incompatibili con le prime (capov. 17). Si ripropone qui invero la consueta — e piú volte contestata — pretesa della corte di voler risolvere una questione, quella del rango formale delle norme comunitarie negli ordinamenti statali, che esula dalla competenza della corte e dello stesso diritto comunitario, perché va risolta dall'ordinamento ad quem secondo i principi e le caratteristiche del relativo sistema costituzionale. È bensì vero, come la corte rileva al successivo capov. 18, che emanare e fàr sopravvivere leggi nazionali incompatibili con il diritto comunitario significherebbe disattendere gli impegni internazionali dello Stato e mettere in pericolo le basi stesse della Comunità, ma è questo un problema che va risolto nei suoi termini propri e non confondendo il ruolo che spetta a ciascuno dei sistemi in causa: avendo cioè chiaro che alla descritta situazione consegue, dal punto di vista del diritto comunitario, un illecito dello Stato da sanzionare con le relative procedure; e, dal punto di vista dell'ordinamento nazionale, il funzionamento dei meccanismi interni, in quanto e come esistenti, per eliminare una legge che, pur restando valida nello Stato, ne contraddice tuttavia gli obblighi internazionali. In caso contrario, ancora una volta, come già è accaduto in passato, si confonde tra limiti alla libertà e limiti alla capacità degli Stati, essendo evidente che, allo stato attuale dell'integrazione europea solo i primi sono messi in causa e non i secondi (v. sul punto A. Tizzano, *Recenti tendenze in tema di competenza a stipulare della CEE*, in *Il Foro it.*, 1973, V, 20 s.; e *Sull'«incostituzionalità» delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari*, in *Il Foro it.*, 1976, I, 2312) ».

una base che è quella della "lingua del caso" ma che a sua volta costituisce la traduzione di una discussione possibilmente avvenuta tra i giudici della Corte con una lingua veicolare che non sempre è pienamente padroneggiata e non sempre riesce a tradurre perfettamente i concetti e i contenuti giuridici delle espressioni terminologiche. A maggior ragione qui che la lingua della sentenza era l'italiano, il giudice relatore era lussemburghese, l'avvocato generale tedesco e due giudici erano uno scozzese che conosceva la lingua francese e un irlandese. E a maggior ragione qui perché questa sentenza è stata, presumo nella sola versione "italiana", alla base di tante decisioni anche della nostra Corte di cassazione e della Corte costituzionale e in particolare della "sentenza Granital".

Considerata la "professione di fede" fatta da Lord MacKenzie nelle sue *Hamlyn Lectures* e le considerazioni su esposte, ho voluto confrontare il testo italiano e quello francese e inglese per essere sicuro che il significato delle espressioni in italiano fosse davvero "coerente" con quanto scritto in inglese e francese.

Il capoverso 17 suona piuttosto simile tra la versione italiana[64] e quella francese[65] se si eccettua che la frase più importante "con rango superiore rispetto alle norme interne" nella versione francese sia "*avec rang de priorité*" guarda caso senza il riferimento alle norme interne e non usando il termine "*superieur*" che pure avrebbe avuto una maggiore aderenza.

A ben guardare il termine *priorité* richiama[66]maggiormente il concetto

[64] «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere "ipso jure" inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie».

[65] «qu'au surplus, en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore – entant que ces dispositions et actes font parti intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres – d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires».

[66] Rinvio alla completissima definizione di *priorité* data dal *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, https://www.cnrtl.fr/definition/priorité. Per questa indicazione devo ringraziare il Collega di facoltà (pardon... dipartimento, lo so bene; ma noi vecchi *dean-o-sauri* in estinzione siamo ancora affezionati alla facoltà) prof. Antonio Lavieri,

di "precedenza" o di "prevalenza" che è molto più neutro e generico soprattutto senza il riferimento esplicito alle norme interne. Dire che le norme comunitarie sono "poziori" rispetto a quelle degli Stati membri è in linea con i precedenti della stessa Corte di Giustizia e molto più blando che affermare con forza l'esistenza di una "rigida gerarchia" peraltro non giustificata costituzionalmente né politicamente.

Se guardiamo, poi, alla versione inglese[67] si può facilmente notare che quella stessa frase è riportata in modo quasi identico alla francese e cioè "take precedence in" senza il riferimento alle norme interne; inoltre l'intero capoverso suona perfettamente in accordo con le tesi sulla relazione tra diritto comunitario e diritto interno espresse da Lord MacKenzie Stuart e diffuse tra i giuristi inglesi.

Appare ancora più chiara la differenza tra i testi a raffronto quando giungiamo al capoverso "cardine" (il n. 21), quello che è il *core* della decisione, e cioè l'affermazione che: … «qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, *disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna*, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria». [corsivo mio]

Nella versione francese[68] il termine "disapplicando" viene reso con "en lassant inappliquee" che, a mio avviso sottintende una intrinseca "validità" del diritto interno che non viene disconosciuta al di fuori dello specifico campo di applicazione della norma comunitaria.

che da docente di traduttologia francese è stato prezioso per chiarire i termini linguistici del problema: questo è il bello delle facoltà di Scienze Politiche, dove si respira un'aria multidisciplinare e ci si può confrontare proficuamente con studiosi di aree diverse.

[67] «Furthermore, in accordance with the principle of the **precedence** of Community law, the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the Member States on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically **inapplicable** any conflicting provision of current national law but – in so far as they are an integral part of, and **take precedence** in, the legal order applicable in the territory of each of the Member States – also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions». [grassetto mio]. Ringrazio qui la Collega di facoltà prof. Giulia Adriana Pennisi che da docente di traduttologia inglese e di *discourse analysis*, è stata preziosa per chiarire i termini linguistici e il loro impatto sugli aspetti giuridici del problema. [grassetto mio].

[68] «qu'il découle de l'ensemble de ce qui précède que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, **en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale**, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire». [grassetto mio].

Nella versione inglese[69] tutto il testo del capoverso n. 21 appare semplificato di molto e il termine "disapplicando" viene reso con l'espressione, "*set aside*" così tipicamente inglese, così tipicamente da *common lawyer* e che abbiamo visto essere uno dei *tools* usati soprattutto in caso di sovrapposizione e contrasto tra norme di *Equity* e norme di *Common Law*.

Per quanto abbia cercato nella sterminata produzione della Corte di Giustizia europea, non sono riuscito a trovare sentenze precedenti a quella del caso *Simmenthal* , in cui si usi l'espressione *set aside*: se è vero, questo confermerebbe che l'espressione e il concetto ad essa sottostante siano stati introdotti dai giudici della "pattuglia del *Common Law*" e possibilmente dallo stesso Lord MacKenzie Stuart. Con la conseguenza che a ben guardare in questa sentenza *Simmenthal* c'è più dell'impostazione giuridica inglese di quanto non vi sia della tradizionale impostazione di *Civil Law*.

Con tutta la buona volontà non mi sembra che il termine "disapplicazione" sia proprio diffuso tra i concetti in uso tra i giuristi dell'area del *Civil Law*, anzi. Peggio ancora se lo intendiamo "all'inglese" e lo associamo al *set aside*.

Questo spiega probabilmente la "resistenza" della Corte costituzionale capitolata solo con il caso *Granital* dove in sostanza si ripete in modo un po' ossessivo che in caso di contrasto tra norma interna e norma comunitaria occorre disapplicare il diritto interno ed applicare il diritto comunitario. La giustificazione però resta la stessa di prima e cioè che si tratti di due ordinamenti distinti ma coordinati e che il nostro ordinamento avrebbe acconsentito alla limitazione di suoi poteri in forza della previsione dell'art. 11 della Costituzione.

Questa impostazione è (più o meno) coerente con la "versione italiana" della sentenza *Simmenthal* ma non lo è, a mio avviso, se teniamo conto della versione inglese e comunque non esclude che, proprio sulla scorta della esperienza inglese, non si possa dare una diversa lettura e provare a fare una ricostruzione più lineare e coerente del rapporto tra diritto interno (italiano) e diritto comunitario[70].

Il mio compianto amico Alan Watson probabilmente farebbe notare che

[69] «It follows from the foregoing that every national court must, in a case within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals **and must accordingly set aside any provision of national law** which may conflict with it, whether prior or subsequent to the Community rule». [grassetto mio].

[70] Con le debite proporzioni e tenuto conto che siamo in un ambito diverso, è opportuno richiamare anche il caso Taricco, Corte costituzionale, 31 maggio 2018, n. 115 su cui si veda *ex multis* l'articolo di F. Guella, *Ci può essere dialogo tra le Corti senza leale cooperazione tra i legislatori? Dal caso Taricco bis al sindacato di costituzionalità "in supplenza" sulla legge penale*, in *DPCE online*, 1-2018, http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/issue/view/34.

in concreto qui, in particolare con la sentenza *Granital*, le nostre Corti hanno operato, credo in modo del tutto involontario[71], un trapianto di concetti estranei all'ordinamento giustificandone la validità con strumenti interni al recettore e, per ciò stesso, poco coerenti con il contesto del "donatore". Forse non c'è stato il rigetto ma di sicuro una "irritazione giuridica" c'è stata e, almeno per me molti dubbi restano.

3. *Il potere legislativo dello Stato: una sentenza dimenticata della Cassazione e una sentenza poco conosciuta della* Queen's Bench Division

La resistenza della Corte costituzionale italiana prima della sua (quasi) definitiva capitolazione rispetto alla "supremazia" del diritto comunitario ha avuto forti critiche e pochi pareri favorevoli. Con la sentenza *Granital* le poche critiche sono definitivamente annegate nel *maelstrom* dei giudizi dei fautori della onnipotenza della Unione europea.

Nel Regno Unito, viceversa, le idee espresse da Lord MacKenzie Stuart

[71] Torno nuovamente al tema della composizione delle corti: ovviamente non potrei mai mettere in discussione la grandissima scienza e la preparazione dei competentissimi ed illustrissimi giuristi che sono stati (e sono) chiamati a comporre la nostra Corte costituzionale. Noto però che nel caso della sentenza Granital la Corte era composta dai dottori e *grand-commis* Aldo Corasaniti, Francesco Saja e Arnaldo Maccarone, dai notissimi politici Brunetto Bucciarelli Ducci e Oronzo Reale, da due giudici provenienti dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti e cioè Antonino De Stefano e Guglielmo Roehrssen, ed infine dai notissimi professori Leopoldo Elia, Livio Paladin, Antonio La Pergola, Virgilio Andrioli, Giuseppe Ferrari, Giovanni Conso e Ettore Gallo; questi ultimi professori di diritto pubblico, diritto penale, diritto processuale penale, diritto processuale civile, diritto parlamentare, diritto costituzionale. Pur essendo indiscutibile la sapienza enciclopedica degli illustrissimi professori e giudici, sembra che nessuno di questi fosse inquadrabile nel settore scientifico del "diritto comparato" (a parte il prof. La Pergola – libero docente di Istituzioni di diritto pubblico, LLM conseguito a Harvard, docente di *comparative government* alla sede bolognese della John Hopkins University, vincitore "ternato" con Bognetti e Tesauro della cattedra di Diritto pubblico americano e gran conoscitore del diritto degli Stati Uniti d'America che, tuttavia, è piuttosto lontano dalla "purezza" del sistema inglese – si veda: http://www.dpce.it/antonio-la-pergola.html, a cura di N. Olivetti Rason, M. Patrono e A. Reposo): poco male, naturalmente. Con questo non voglio dire, né posso dire, che non conoscessero il sistema inglese o quello francese e tedesco; anzi questi grandissimi Maestri avevano una conoscenza enciclopedica e vasta che oggi non si trova facilmente. Diciamo però che c'è il legittimo sospetto che le tecniche della comparazione e lo studio del sistema inglese in particolare e più in generale dei sistemi stranieri, non fossero proprio quello che si dice il "centro dei loro interessi". Ecco perché parlavo di trapianto "involontario" del concetto di disapplicazione.

e condivise in larghissima parte dai giuristi britannici, si consolidavano sempre di più nella visione pragmatica delle corti le quali hanno poi avuto modo di precisare il loro pensiero riguardo ai rapporti con l'Unione. Ciò è avvenuto, in particolare, quando dopo il trattato di Maastricht si è acceso il dibattito politico sulle "prerogative reali" che rischiavano di essere compresse e compromesse e sull'opportunità per il Regno Unito di accettare una costituzionalizzazione dell'Unione europea. Timori in realtà infondati poiché la Storia ci dice che la "Costituzione Europea", come venne pomposamente e forse un po' avventatamente chiamata, fu azzoppata dalla Olanda e dalla Francia.

Sempre per quelle strane coincidenze della Storia, che però qui cominciano a pesare come i famigerati tre indizi che fanno prova, all'incirca negli anni in cui passava il principio espresso nella sentenza del caso *Francovich*, in Italia e United Kingdom vengono decise, in modo più o meno analogo, due cause che affrontano rispettivamente il tema delle prerogative del Parlamento e della Corona.

Non ho la fortuna, per limiti di spazio e per miei limiti personali, di entrare nel pieno del dibattito sulle prerogative dello Stato. Mi limiterò quindi a prender spunto da queste due sentenze per riagganciare il tema del rapporto tra diritto interno e diritto comunitario.

Comincio dalla pressoché dimenticata sentenza della nostra Corte di cassazione dell'1/4/2004 n. 4915 che più che un pesce d'aprile è stata, a seconda dei punti di vista, una mosca bianca o una pecora nera tra le decisioni in materia di rapporti con l'ordinamento comunitario.

Il caso era stato originato da una questione apparentemente banale: il 12 giugno del 1991, il sig. Massimo Della Minola aveva acquistato nel proprio domicilio alcuni libri da un rappresentante della Publi Marketing S.r.l.; dopo un paio di giorni dall'acquisto il Della Minola richiamandosi agli artt. 4 e 5 della direttiva CEE n. 577/85 in materia di contratti stipulati al di fuori dei locali commerciali comunicò alla venditrice di voler recedere dal contratto. La Publi Marketing, tuttavia, contestò il diritto al recesso dell'acquirente, per cui il Della Minola pensò di intentare un procedimento innanzi al Pretore di Pietrasanta il quale, il 3 marzo del 1994, rigettò la domanda attrice basando la propria decisione sulla circostanza che la direttiva in questione non era stata ancora "attuata" nell'ordinamento giuridico italiano. Persa la causa, il Della Minola non propone appello ma transige la questione con la Publi Marketing pagando la somma di 750.000 lire, ottenendo in cambio la risoluzione consensuale del contratto.

Chiuso il punto con la Publi Marketing il Della Minola, cambiando il bersaglio, si rivolge al giudice di pace di Pietrasanta convenendo in giudizio

lo Stato italiano, in persona dell'allora Presidente del Consiglio dei Ministri, sostenendo di aver subito danni (tra costi effettivi della transazione, spese di giudizio innanzi al pretore e neanche un libro rilegato da mettere in bella mostra in biblioteca) per un ammontare complessivo di 2.000.000 di lire in conseguenza della ritardata attuazione da parte dello Stato della direttiva, avvenuta il 15/1/1992. Nonostante (o forse per questo) la difesa dello Stato in giudizio, il giudice di pace, il 30 settembre del 1998, decideva a favore dell'attore sostenendo che ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. e in base ad un "superiore principio di equità" lo Stato italiano doveva rispondere del danno subito dal Della Minola. La Corte di cassazione, ad appena 11 anni dal verificarsi delle circostanze che diedero vita al caso in esame, chiude la questione accogliendo il ricorso della Presidenza del Consiglio e rigettando i contro-motivi del Della Minola al quale, forse, sarebbe andata meglio se si fosse accontentato dell'acquisto dei libri a cui aveva poi rinunziato.

Come dicevo questa sentenza è passata sotto silenzio e praticamente dimenticata. Per quante ricerche abbia fatto ho trovato solo qualche nota di critica in dottrina[72] tutte però più focalizzate a stigmatizzare l'apparente disconoscimento da parte della Corte di cassazione del principio della responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttive comunitarie. Quest'ultimo tema è di notevole interesse e spesso affrontato dalla dottrina ma, a mio avviso, il principio espresso nella notissima sentenza *Francovich* (e su cui posso semplicemente rinviare alle bellissime pagine scritte da Ermanno Calzolaio[73]) non è il punto cruciale della sentenza che qui e adesso si sta esaminando.

È vero che dalle poche righe della motivazione non è che si possa ricavare molto e la massima potrebbe essere mentitoria, ma a mio avviso il vero *clou* del ragionamento seguito dalla corte è da un lato intimamente legato al fatto in sé e agli elementi fondanti i concetti intriseci all'art. 2043

[72] La prima è una nota a firma di G. Giacalone, *Mancata attuazione di direttive comunitarie e responsabilità dello Stato nei confronti del singolo: un ripensamento della Cassazione?,* in *Giust. Civ.*, 2003, I, p. 1193; la seconda è la nota di commento di G. Capilli, *La responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi comunitari*, in G. Alpa, G. Capilli, P. Putti (a cura di), *Casi scelti in tema di responsabilità civile*, Padova, 2004, pp. 145-160. Seguono altri lavori in cui si discute *en passant* della sentenza in questione: F. Ippolito, *Responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario: osservazioni sulla prassi giurisprudenziale interna,* in *Il Diritto del commercio internazionale,* 2005, vol. 3-4, pp. 561-577, a p. 574; L. Bairati, *La responsabilità dello Stato – legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, CDCT working paper 6-2012/ European Legal Culture 5, http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx.

[73] E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa, Padova, 2007, p. 597.

c.c. e dall'altro nell'aver puntualizzato, seppure ce ne fosse stato bisogno, la sovranità del Parlamento e del legislatore. Certo qui la sorte è bizzarra considerato che il "Governo" si è visto costretto a difendere la sovranità del parlamento e del legislatore mentre sappiamo benissimo che già ben prima dell'epoca della sentenza il ruolo del parlamento era pressoché marginale e poco incisivo. Ma questo è tutto un altro discorso.

Tornando alla sentenza in questione mi sembra che in realtà un ruolo non indifferente abbia giocato il comportamento dell'attore. Non dico, ovviamente, che se uno si richiama al ristoro previsto dal 2043 c.c. debba necessariamente avere le "*clean hands*" richieste dall'*Equity* ma che comunque debba almeno in qualche modo comportarsi senza "approfittare" della situazione. In ogni caso, a mio avviso, a ben guardare mancherebbero persino i presupposti per l'applicazione del *neminem laedere* in quanto, ammesso che danno vi sia stato, esso sarebbe privo dell'elemento dell'ingiustizia intesa come illogica e irragionevole sproporzione tra i comportamenti e le azioni o omissioni delle parti. Quello che voglio dire è che il comportamento dell'attore non sembra proprio lineare: da un lato agisce innanzi al Pretore e contro la società venditrice; persa la causa non propone appello ma procede a una transazione; dopodiché vorrebbe che fosse lo Stato a risarcirlo per la transazione stessa e le spese di giudizio e di transazione che però egli stesso aveva liberamente deciso di fare. Insomma sembra che voglia ottenere "*two bites of the cherry*" e questo è, al di là di altre motivazioni più tecniche, irragionevole e scorretto[74] tanto da far venire meno l'ingiustizia del danno lamentato.

Non sappiamo, naturalmente, se il comportamento dell'attore fu davvero un "motivo nascosto" per far pendere la bilancia a suo sfavore e come si sa la Storia e le sentenze non si fanno con i se e con i ma. Sia come sia la Corte di cassazione esclude in questo caso la responsabilità dello Stato ma non tanto "smentendo" il principio generale previsto dalla sentenza *Francovich* quanto riaffermando un principio assolutamente ovvio e cioè che se lo Stato italiano è sovrano e se il Parlamento italiano ha la prerogativa di "fare" le leggi, non essendoci una "subordinazione" gerarchica rispetto all'Unione europea, il Parlamento, nella sua autonomia, così come può "fare" le leggi è

[74] Sul punto singolare e significativa la consonanza con la linea di giudicati delle corti inglesi in materia. Si vedano: *James McNaughton Paper Group Ltd. v. Hicks Anderson & Co.*, in *NLJ Reports*, 1990, p. 1311 ss.; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990], 2 All ER 908; ma anche il famosissimo *Anns v. Merton London Borough* [1978] AC 728. Su questi casi e per una ricostruzione dell'irragionevolezza ed ingiustizia del danno sia consentito rinviare a: A. Miranda, *The Negligence's saga: Irragionevolezza ed ingiustizia del danno nel risarcimento delle pure economic losses*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, n. 1, p. 387 ss.

assolutamente libero di non "farle". Potremmo dire che in questo caso vale lo stesso principio dell'autonomia delle persone e dei contraenti: la massima libertà non consiste semplicemente nel "poter fare" qualcosa ma nell'essere libero anche e soprattutto di "non" farlo.

Nel momento in cui il Parlamento (direi il Legislatore) fosse in qualche modo costretto a emanare per forza una legge, esso non sarebbe più libero di esercitare la sovranità in nome del popolo secondo il dettato dell'art. 1 della nostra Costituzione[75].

In riferimento al caso in esame si potrebbe obiettare che c'è appunto una limitazione di sovranità (in base all'art. 11 della Costituzione) conseguente all'appartenenza all'Unione europea; si potrebbe dire che esiste l'obbligo di adeguamento nei confronti delle Direttive europee e che il mancato adeguamento comporta la responsabilità dello Stato nei confronti del cittadino secondo il precedente *Francovich*. Su quest'ultimo punto si sono concentrate le due note critiche alla sentenza in esame. Tuttavia, come dicevo prima, non mi pare che la Corte di cassazione abbia in qualche modo messo in dubbio il precedente *Francovich* e dall'altro l'obbligo derivante dai trattati di adeguare l'ordinamento alle direttive comunitarie. È possibile che a mettere fuori strada i critici sia stato l'esplicito riferimento ai precedenti della stessa Cassazione richiamati in sentenza; ma anche in questo caso la motivazione fa riferimento a un principio generale, anzi generalissimo del nostro ordinamento e non legato al tema della *Francovich*.

I giudici della Cassazione mi sembra siano stati più che chiari: «La Carta Costituzionale nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato, regola la funzione legislativa, ripartendola tra il governo e il parlamento, quale espressione di potere politico, libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale. Ne consegue che di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli, onde deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato-ordinamento».

La Corte in sostanza dice espressamente che il Parlamento è e resta libero e sovrano nel fare (o non fare) le leggi e che non c'è alcun diritto del singolo ad ottenere una legge. Dice pure implicitamente che dal diritto comunitario

[75] La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

si evince semmai che l'adeguamento dell'ordinamento interno possa avvenire con qualunque mezzo ma non per questo che ciò debba essere obbligatoriamente fatto con l'emanazione di una legge; che nel caso di specie l'attore non poteva imputare il danno subito allo Stato per non avere emanato una legge di adeguamento, in quanto esistevano alternative percorribili.

Quest'ultimo passaggio non è proprio centrale nel discorso che qui sto facendo ma a mio avviso torna utile per capire esattamente il bersaglio contro cui si muoveva la Cassazione. In pratica, e torno a quanto sostenevo prima sul comportamento del Della Minola, a ben guardare l'attore avrebbe potuto benissimo risolvere la questione in altro modo, ad esempio impugnando la decisione del Pretore favorevole alla Publi Marketing[76]; inoltre nessuno aveva imposto allo stesso attore di chiudere la prima controversia con una transazione e dunque era impensabile che la transazione fosse imputabile anche per una semplice questione di nesso di causalità alla "omissione" da parte dello Stato (cosa questa acutamente fatta rilevare nei motivi di ricorso da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri e considerato motivo assorbito da parte della Corte di cassazione). Aggiungerei che il Della Minola, o meglio il suo avvocato, avrebbe probabilmente fatto meglio a chiedere il risarcimento per mancato adeguamento *tout court* da parte dello Stato e non legandolo alla tardiva emissione di una legge di attuazione della direttiva in questione.

Resterebbe ancora da dire del richiamo all'art. 11 Cost. it. e delle «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni». Per il vero, nel caso di specie che qui ci interessa, la Corte di cassazione ha solo ribadito il principio della sovranità dello Stato che, art. 11 o meno, non mi pare sia messa in discussione dai Trattati delle Comunità e dell'Unione; la Corte, prudentemente, si limita a ritenere non ammissibile la richiesta di risarcimento del danno come conseguenza della mancata o tardiva emissione di una legge di adeguamento al diritto comunitario (cosa che, lo si ripete, poteva essere fatta con altri mezzi e persino in teoria dallo stesso giudice di prime cure con una interpretazione "conforme"). Ciò detto, continuo ad avere il sospetto che l'utilizzazione dell'art. 11 per giustificare la primazia e la superiorità del diritto comunitario sul diritto interno sia qualcosa di più realista del re. Non sono del tutto convinto che il rapporto in questione comporti davvero una limitazione di sovranità quanto piuttosto un trasferimento o, se si vuole, una delega di poteri. In fin dei conti, se guardiamo alle varie legislazioni nazionali degli

[76] Ad esempio, contestando che il giudice non avesse utilizzato l'interpretazione conforme; e via argomentando.

Stati membri e se ci rifacciamo alle sentenze della Corte di Giustizia europea non mi pare che, come si è visto, ad eccezione delle "versioni in italiano" si parli di superiorità gerarchica delle norme comunitarie e di limitazione della sovranità, né che qualcuno tra quegli stessi Stati abbia poi rinunciato alla propria indipendenza e sovranità, anzi[77].

Questo è proprio il tema che viene sollevato nella causa decisa dalla *Queen's Bench Division* britannica nel 1993 e che ha visto contrapporsi la Regina contro il Segretario di Stato per gli Affari esteri e del Commonwhealth *ex parte* Rees-Mogg[78].

Questa decisione tenuta ferma per oltre 15 anni è tornata alla ribalta di recente in occasione della c.d. Brexit con la notissima sentenza nel caso Miller[79], quella, per la precisione, con cui la *former House of Lords* oggi *Supreme Court* ha stabilito che tra le prerogative della Corona e dei suoi Ministri non c'è anche quella di ritirarsi da un trattato come quello europeo senza passare da un precedente voto "autorizzativo" del Parlamento. In questo si è detto la *Supreme Court* avrebbe operato un parziale *distinguishing* rispetto al caso del 1993, tuttavia riconfermandone pienamente l'assunto principale per cui resta nel potere della Corona (e dei suoi Ministri) esercitare le proprie prerogative, al limite delegandole per determinati aspetti anche senza un preventivo "assenso" del Parlamento.

La causa in questione, quella decisa dalla *Q.B.D.*, che qualcuno esagerando ha descritto «as the most important constitutional case for three hundred years» era stata intentata da Lord Rees Mogg, il famosissimo parlamentare conservatore *pro-brexit*, all'indomani della firma del Trattato di Maastricht in particolare sostenendo che «by ratifying Title V of the Treaty, the Government would be transferring part of the Royal Prerogative to community institutions without statutory authority, namely, the power

[77] Aggiungo inoltre che neppure con la riforma del Titolo V della Costituzione italiana e con la nuova versione dell'art. 177 la questione può dirsi risolta nel senso suddetto. L'affermazione secondo cui: «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato … nel rispetto … dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario…» in realtà non aggiunge e non toglie nulla alla questione della "indipendenza e sovranità" dello Stato italiano e del potere legislativo esercitato dal Parlamento che, come è pure possibile, potrebbe benissimo decidere di utilizzare ad esempio l'art. 50 del Trattato dell'Unione Europea. Dire che si esercita la potestà legislativa nel rispetto dei vincoli comunitari non significa imporre al Parlamento di legiferare ad ogni costo e per forza ma, al massimo, di non legiferare "contro", pena la denunzia del trattato stesso e la violazione degli impegni politici così assunti.

[78] *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* ex p. *Rees-Mogg*, [1993] EWHC Admin 4 (30 July 1993), [1994] QB 552, 1 All ER 457, [1994] 2 WLR 115.

[79] *Miller & Anor, R (on the application of) v. Secretary of State for Exiting the European Union* (Rev 3), [2017] UKSC 5 (24/1/2017), [2017] 1 All ER 593.

to conduct foreign and security policy» cosa che sarebbe evidentemente impossibile e sostanzialmente esclusa se non vietata dalle regole costituzionali inglesi consistendo di fatto in una "abdicazione o rinunzia" all'esercizio dei propri poteri.

Va notato che il caso specifico sollevato sembrava pretestuoso in quanto in realtà, come rileverà la difesa della Corona, il Regno Unito non aveva sottoscritto il "Protocollo sulle Politiche Sociali" e dunque di fatto il problema non sussisteva se non in modo riflesso e meramente eventuale come conseguenza dell'approvazione dell'intero Trattato e del titolo V in particolare. In effetti la Corte ritenne che il Trattato fosse da considerare come un *unicum* e dunque comprensivo anche dei protocolli per quanto questi ultimi non fossero "applicabili" al Regno Unito e nonostante non ci fosse una "alterazione dell'ordinamento interno".

Ma il vero motivo del contendere stava tutto nella questione "filosofica" e "costituzionale" della possibilità o meno del trasferimento delle prerogative regie alle istituzioni comunitarie.

Lord Justice Lloyd dice subito che la questione sollevata dalla parte Rees Mogg è sicuramente interessante ma debole. Infatti, dopo aver richiamato "to give the flavour" alcuni articoli del Titolo V del Trattato di Maastricht[80], il giudice Lloyd punta dritto al centro della questione sostenuta dal ricorrente: «By English common law, the Crown is, he says, incapable of abandoning, or transferring, any of its ancient prerogative powers, without statutory enactment». Rees Mogg in effetti produce a sostegno di questa tesi un certo numero di *Authorities* e di precedenti persuasivi ai quali abilmente risponde la difesa della Corona. Il giudice Lloyd richiama il precedente *Blackburn v. The Attorney General* [81] in cui il Blackburn aveva agito sostenendo che con la firma del Trattato di Roma il Governo britannico avrebbe ceduto per sempre una parte della sovranità della Corona e del Parlamento e che questo costituiva una palese violazione del diritto. In quel caso Lord Denning, con una singolare sintonia con le affermazioni della nostra Corte di cassazione nel caso Della Minola, aveva puntualizzato che: «il Signor Blackburn ha

[80] e in particolare l'articolo J.1.4 (oggi art. 11 par. 2 del testo consolidato) secondo il quale: «Gli Stati membri sostengono attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell'Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca. Gli Stati membri operano congiuntamente per rafforzare e sviluppare la loro reciproca solidarietà politica. Essi si astengono da qualsiasi azione contraria agli interessi dell'Unione o tale da nuocere alla sua efficacia come elemento di coesione nelle relazioni internazionali. Il Consiglio provvede affinché detti principi siano rispettati».

[81] *Blackburn v. The Attorney General* [1971] 2 All ER 1380, [1971] EWCA Civ 7, [1971] WLR 1037, [1971] 1 WLR 1037, [1971] CMLR 784.

riconosciuto il principio generale, ma ha insistito sul fatto che questo trattato proposto rientra in una categoria a sé stante, in quanto riduce la sovranità del Parlamento sul popolo di questo paese. Non posso accettare la distinzione. Il principio generale si applica a questo come a qualsiasi altro trattato. Il potere di stipulare il trattato non spetta ai tribunali, ma alla Corona, cioè a Sua Maestà che agisce su consiglio dei suoi ministri. Quando i suoi ministri negoziano e firmano un trattato, anche un trattato di così grande importanza come quello proposto, agiscono per conto del paese nel suo insieme. Essi esercitano la prerogativa della Corona. La loro azione in tal senso non può essere contestata o messa in discussione davanti alle Corti».

Sulla scorta di questo giudicato, confermato da altri casi successivi, il giudice Lloyd chiude la discussione sostenendo che il Titolo V del Trattato di Maastricht «cannot be regarded as a transfer of prerogative powers. (...) Title V does not entail an abandonment or transfer of prerogative powers; but an exercise of those powers».

Sul tema delle "prerogative della Corona" e sulla sovranità dello Stato e della potestà del Parlamento ci sarebbe da dire moltissimo ma il discorso sarebbe davvero lungo e fuor di luogo.

Quello che qui mi interessa mettere in evidenza è che la sentenza della Corte britannica esclude che con la firma dei Trattati comunitari e dell'Unione europea ci sia stata una cessione o limitazione di poteri [82] affermando che semmai si tratta dell'esercizio proprio della sovranità nel senso che fa parte delle prerogative della Corona (e dello Stato) *delegare* – non a caso in inglese si usa il termine "*delegation*"– ad altre istituzioni, ovviamente entro un quadro ben preciso e sempre limitatamente e sussidiariamente, il potere di gestire e disporre su determinate materie.

Questa affermazione si inserisce perfettamente nel quadro delineato venti anni prima da Lord MacKenzie Stuart e ci dà la misura del modo in cui i *common lawyers* vedono il rapporto tra diritto interno e diritto comunitario: una visione che non prende in considerazione l'ipotesi della fusione o commistione tra ordinamenti né quella della coesistenza "multilivello" ma prende atto della situazione reale alla luce dell'esperienza storica di fondo del *Common Law* originario. Si punta, cioè, a un rapporto non conflittuale ma collaborativo tra Stato membro e Unione laddove quest'ultima, che è una delle tante fonti del diritto, interagendo con il diritto nazionale fa nascere e crescere sempre nuove situazioni giuridicamente rilevanti a cui dare sempre nuove risposte e tutele.

[82] Del resto non mi sembra che né Monsieur Macron né Frau Merkel, in rappresentanza dei rispettivi Stati, abbiano mai ipotizzato una "cessione" e riduzione dei propri poteri e della sovranità, anzi.

4. *La fissione del diritto comunitario*

È tempo di tirare le fila di questo lungo viaggio che ho cercato di fare in sella al "*diminutive donkey*" usato da Hercule Poirot per evitare le conseguenze delle svolte improvvise e tortuose che hanno reso complesso districarsi tra le tante differenti visioni del "comune cammino europeo".

Proprio a quest'ultimo riguardo vorrei dire che l'impressione che si ha leggendo le nostre "Autorità" è quella di una chiusura a riccio (e pure autoreferenziale) su costruzioni teoriche di "area" e categorie in uso tra i giuristi (più o meno puri e duri): si cerca, quindi, di giustificare le dinamiche derivate dalla formazione dell'Unione e dei suoi precursori, sulla base di una visione dello Stato e del diritto dello Stato che in realtà potrebbero andare bene se l'Unione europea fosse una delle tante Organizzazioni Internazionali o se gli Stati fossero ancora quelli "moderni", di diritto, nati dalla Rivoluzione e figli delle codificazioni e delle Costituzioni. Ho anche l'impressione che questo approccio al tema derivi dalla "formazione del giurista" italiano e che sia dimentico dei fondamentali aspetti politici che sono le vere radici dell'Unione europea. Non sto mettendo in dubbio, ovviamente, né potrei farlo per miei limiti personali, l'operato della Corte costituzionale o dei giuristi "europeisti" in genere ma temo che, una volta inforcati gli occhiali da giurista, si veda tutto verde smeraldo come nel Mago di Oz e non si riesca a vedere proprio nel caso della relazione tra Unione europea e Stati membri che la realtà, politica, sia molto più variopinta e a colori. Voglio dire che se uno continua ad affrontare la questione europea con la piccola cassetta degli attrezzi del giurista e non con quella ben più ricca del politologo e dello storico rischia di fronteggiare i problemi solo guardandoli dalla propria prospettiva; è allora normale ma non risolutivo cercare giustificazioni e ipotizzare teorie sensate giuridicamente ma poco coerenti con il dato politico reale.

Comincio dal tema della limitazione o cessione di sovranità che come si è visto nelle pagine precedenti non sembra poi così diffusa negli altri Paesi "fratelli" e che potrebbe essere persino frutto di un *misunderstanding* linguistico-giuridico. Come dicevo mentre negli altri Paesi nessuno mette in dubbio la sovranità del singolo Stato pur accettando, in vario grado e con varie giustificazioni, la priorità del diritto comunitario, in Italia si è utilizzato l'art. 11 della Costituzione per "costituzionalizzare" le norme comunitarie mediante il richiamo appunto alla "limitazione di sovranità".

Non sono un costituzionalista né un pubblicista però non credo che ci voglia molto ad ammettere che, a prescindere dal vincolo della reciprocità

che in questo caso proprio non è rispettato, l'art. 11 della Costituzione aveva ben altra ratio e ben altro scopo. Innanzitutto riguardava il «ripudio della guerra come strumento di risoluzione delle controversie», bella affermazione di principio a carattere fortemente (e meramente) simbolico e politico; in secondo luogo mirava a favorire e promuovere le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni: ora tutto si può dire della Ceca, dell'Euratom e della Cee e oggi dell'Unione ma non che si tratti di organizzazioni internazionali il cui scopo primario e dichiarato sia quello di assicurare la pace e la giustizia tra le Nazioni. Tutto questo, poi, a prescindere dalla condizione di reciprocità che, richiesta dallo stesso art. 11 Cost. it., difficilmente può considerarsi verificata nel contesto comunitario soprattutto per le materie per cui è possibile la decisione a maggioranza anche contro gli interessi dello Stato.

Ovviamente poiché, come si sa, l'intenzione del legislatore non è quella del legislatore dell'epoca ma quella che è ricostruita dall'interprete contemporaneo, non ci si stupisce che la Corte costituzionale, fin dalle prime occasioni nelle quali essa è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, ne abbia «individuato il sicuro fondamento nell'articolo 11 Cost. È in forza di tale parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione Europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione».

Può darsi che si sia così voluto evitare il ricorso a un lungo processo di revisione costituzionale per risolvere con un escamotage il problema della "gerarchia" delle fonti comunitarie ed interne, ma questo non toglie, a mio avviso, che forse facendo tesoro dell'esperienza degli altri Stati membri, soprattutto di quelli dell'area del *common law*, si sarebbe potuto provare a trovare una giustificazione alternativa e più conforme alla realtà oggettiva e soprattutto politica del rapporto in questione.

Forse il richiamo all'art. 10 della Costituzione, quello del ben noto principio *pacta sunt servanda* sarebbe stato più coerente e forte; o forse sarebbe bastato prendere atto che dalla decisione politica di *delegare* entro precisi limiti e su determinate materie all'Unione parte dei poteri dello Stato discendeva l'impegno dello stesso Stato a rispettare i risultati e le conseguenze della delega concessa tenendone indenne, come farebbe qualsiasi *dominus*, il delegato; o che, proprio a seguito di quella decisione politica, era di fatto mutato lo schema delle "fonti del diritto" non più centrato e chiuso sulle sole leggi nazionali o sulla gerarchia interna delle stesse ma finalmente

aperto all'interazione di una pluralità di atti normativi di pari forza, grado ed intensità, sia pur diversi per funzionalizzazione e scopi.

So bene di correre il rischio della banalizzazione e di commettere gravi errori entrando in materie e utilizzando categorie non proprio a me familiari ma credo che il compito del giurista e del comparatista sia proprio quello di provare ad adattare le categorie alla realtà e non pensare che sia la realtà a doversi piegare alle categorie. Provo dunque ad avventurarmi su questo crinale in primo luogo rilevando, sulla scorta dell'esperienza di *common law*, che se il rapporto tra Stati membri e Unione è essenzialmente politico la delega di poteri sulle materie concordemente individuate come di competenza esclusiva dell'Unione non è per niente una limitazione dei poteri dello Stato e della sua sovranità quanto piuttosto esercizio degli stessi poteri e della stessa sovranità. Per di più, considerata la particolarissima natura dell'Unione europea, non comune organizzazione internazionale ma più "associazione" tra soggetti[83] autonomi, più che di delega in senso amministrativo[84] del termine sarei tentato di parlare di procura in senso civilistico cioè di conferimento del potere di compiere in nome proprio e per proprio conto atti giuridici. Una categoria che calzerebbe benissimo nel rapporto in questione e che spiegherebbe in modo semplice e concreto perché lo Stato membro, avendo conferito all'Unione la procura per compiere in sua vece e con il suo consenso determinati atti giuridici, ne debba poi accettare e rispettare le conseguenze. Il vincolo "civilistico" è ben più forte che quello amministrativo giacché conferita la procura, il "dominus" non può ignorare né revocare in autotutela il potere conferito accettando preventivamente tutte le conseguenze dell'operato del delegato.

In secondo luogo, se così stessero le cose, a ben guardare la più importante conseguenza politica (e giuridica) della delega di (parte dei) poteri dello Stato è la immediata internalizzazione o statalizzazione delle norme poste in essere dal delegato, nel senso che essendo queste il frutto della pro-

[83] G. Cuniberti, *Conflict of Laws. A Comparative Approach*, Cheltenham, 2017, p. 335 e ss. parla di «Sister States» che «have joined together to form a common entity to which they have transferred parts of their sovereignty. ... By joining the organization, members accept that they have a common destiny. They also agree to share common values, which are typically expressed in documents binding on all members». Nonostante possa apparire irriguardoso, sarei più portato a vedere l'Unione europea come una famiglia poliamorosa dove al rapporto matrimoniale tradizionalmente biunivoco si sostituisce una relazione plurima tra soggetti diversi legati da un unico ménage.

[84] E cioè (provando a dare una definizione a titolo meramente esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza e di esattezza) l'attribuzione di un potere di azione politica e/o amministrativa da un soggetto che ne è titolare *proprio jure* (e che ne resta titolare anche in seguito alla delega), ad un soggetto che ne sarebbe sprovvisto.

cura/delega conferita sono per definizione direttamente operative in capo al dominus e prese in nome e per conto dello stesso dominus. Il che equivale a dire che le norme "europee" sono per definizione anche norme interne.

In terzo luogo, se così stessero le cose, verrebbe meno il problema della "supremazia" gerarchica del diritto comunitario: se le norme sono emanate e gli atti compiuti non da un "ente superiore" che operi comprimendo e limitando la sovranità dello Stato ma al contrario da un'entità paritetica che agisce su delega (o procura) dello Stato attraverso il conferimento di precisi poteri e in nome e per conto dello Stato stesso, trattandosi di norme anche "interne" non ci sarebbe più una questione di gerarchia quanto di primazia connessa all'oggetto o allo scopo delle norme comunitarie. In altri termini e riprendendo ancora l'impostazione del sistema inglese, si tratterebbe di una tipologia di norme frutto di un preciso impegno politico che, senza togliere validità al diritto interno di esclusiva produzione dello Stato, ma anzi rispettandolo, si pongono su un piano paritario parallelo e concorrente contribuendo ad arricchire l'insieme delle regole, delle tutele e dei diritti dei cittadini: più o meno come abbiamo visto succedere tra *Common Law* e *Equity* dove la seconda rispetta la prima anche se in concreto opera modificandola o sovrapponendovisi sempre, tuttavia, nei limiti degli spazi concessi; *Equity follows the Law* ma poi di fatto il giudice applica l'*Equity* e *sets aside the Law* così come il diritto comunitario rispetta il diritto interno ma alla fine il giudice applica il diritto comunitario e disapplica il diritto interno. Non c'è dunque bisogno di scomodare l'art. 11 della Costituzione per dare superiorità gerarchica alle norme comunitarie che, si ripete, sono di per se stesse anche norme interne non gerarchicamente ma "politicamente" diversificate[85].

Conosco bene che l'obiezione a questa visione ispirata dal "modello inglese" porrebbe al solito la questione dell'eventuale successione nel tempo di norme in contrasto o perfino abroganti. In realtà si tratta di un falso problema perché in primo luogo è una sorta d'ipotesi di scuola e in secondo luogo, come si è detto e si è visto, il fatto stesso della delega del potere legislativo all'Unione, comporta un'ovvia conseguenza politica che è al tempo stesso giuridica: lo Stato membro esercitando le proprie prerogative conferisce una procura all'Unione e dunque ne accetta tutte le decisioni e conseguenze; può, naturalmente ripensarci (nessuno può vincolare il potere legislativo per il futuro) ma qualsiasi "legge" in contrasto con le norme comunitarie o andrebbe applicata al di fuori delle ipotesi previste specificamente dalla

[85] Forse mi sfugge qualcosa a causa dei miei limiti, ma non capisco perché non si possa concepire una "delega" all'Unione Europea del potere normativo e poi però si ammetta e si sopporti senza battere ciglio una decretazione del presidente del consiglio come quella che abbiamo vissuto e purtroppo stiamo ancora vivendo per "l'emergenza" epidemica del Covid.

norma comunitaria, o interpretata ed applicata sempre nel senso che venga comunque garantita la coerenza con le norme comunitarie oppure, *at the end of the day* e alla fine della fiera, implicherebbe un *withdrawal* politico e dunque sostanzialmente il chiamarsi fuori dalla stessa Unione (cioè una scelta politica). E a ben guardare mi sembra che nella oramai lunghissima casistica non sia mai successo (o almeno non lo sia da un bel po' di lustri) che il nostro Parlamento abbia approvato leggi in contrasto o abroganti del diritto comunitario; anzi con l'escamotage della legge comunitaria sembra piuttosto che il Parlamento scarichi addosso all'interprete e al giudice il compito dell'armonizzazione concreta dell'ordinamento.

Del resto ciò è quello che da sempre realmente avviene anche in altri Paesi dell'Unione e in certa misura è quello che la nostra stessa Corte costituzionale ha sostenuto, ovviamente non in questo modo semplicistico e forsanche banale: penso ad esempio allo "strano" fenomeno per cui la Corte costituzionale Tedesca che si riserva[86] di valutare l'eventuale contrasto tra le norme comunitarie e le norme costituzionali, guarda caso non ha mai trovato occasione, neppure nelle situazioni più sfacciatamente evidenti, di rilevare un siffatto contrasto ma anzi si è sforzata di giustificare l'ingiustificabile. Del resto, di là dal dato giuridico e delle costruzioni in termini filosofici o delle attese etiche e morali, le Corti Costituzionali sono organismi politici a tutto tondo che non di rado rappresentano un preciso gruppo di potere politico o, nella migliore delle ipotesi, sono comunque legate al potere politico, non fosse altro che per il meccanismo delle nomine e la durata dei mandati[87].

[86] Come fa anche la nostra Corte costituzionale.

[87] L'affermazione è, naturalmente, opinabile e riconosco i miei limiti in materia. Il tema è stato spesso affrontato da ben altre "Autorità": *ex multis* segnalo per uno studio di filosofia politica: A. Palumbo, *La Polity Reticolare. Analisi e critica della governance come teoria*, Roma, 2013 in cui si sostiene che «lo stato nazione centralizzato viene progressivamente rimpiazzato da sistemi politici reticolari e multilivello dove l'autorità è devoluta a istituzioni che operano in base a obiettivi specifici, hanno giurisdizione geograficamente illimitata e riconoscono appartenenze multiple che tendono a sovrapporsi». Per uno studio ampio e variegato si veda: Aa.Vv., *Giustizia Costituzionale e Politica*, in *Percorsi Costituzionali*, nn. 2/3, 2010 (Fondazione Magna Carta) con un ampio e interessante editoriale dal significativo titolo "*Sul mito della Corte costituzionale in-politica*" di Giuseppe de Vergottini e Tommaso Edoardo Frosini dove appunto si legge: «La decisione di volere dedicare questo fascicolo di *Percorsi* al delicato tema dei rapporti fra la politica e la Corte costituzionale, nasce da un'esigenza teorica nonché istituzionale. Che non è affatto quella di volere disvelare a tutti i costi natura e attività "politica" della Corte, ma piuttosto di contestualizzare la funzione della giustizia costituzionale nell'ambito della forma di governo. Esercizio teorico questo, praticato in anni ormai lontani (come non ricordare il convegno su Corte costituzionale e forma di governo a inizi anni Ottanta?) e da qualche tempo in parte accantonato, anche perché lo studio sul giudizio di costituzionalità delle leggi si è insistentemente concentrato

Certo c'è il tema non facile della funzione "legislativa" assunta piano piano dalla Corte di Giustizia Europea. Ma anche in questo caso la "delega" e il conferimento di poteri alla U.E. sembrerebbero comportare la concreta alterazione dello schema positivo delle fonti del diritto (quello per intenderci dell'Art. 1 delle "Disposizioni sulla legge in generale"): ammesso che tale schema sia mai stato vero e reale, pensare oggi che la "legge" sia l'unica fonte del diritto è solo una dichiarazione di principio. Eppur volendo essere più positivisti dei positivisti, in fondo le "norme" europee in quanto "delegate" sono, come si diceva, per definizione anche interne mentre i trattati, che riconoscono il ruolo e le funzioni della Corte di Giustizia, a loro volta sono internalizzati con le leggi di ratifica e, sia pure con uno sforzo interpretativo ampio, dal richiamo costituzionale al principi[88] del "*Pacta sunt servanda*"

sulla esegesi fin troppo analitica della giurisprudenza, sulle tecniche decisorie, sulla procedura dei ricorsi e dei giudizi. Rischiandosi così di compiere una sorta di trasformazione verso un "diritto processuale costituzionale" in luogo della "giustizia costituzionale", il cui obiettivo può sembrare quello di volere giurisdizionalizzare al massimo un organo che ha invece un'innegabile legittimazione di tipo politico. Storici come Francesco Bonini o politologi come Patrizia Pederzoli hanno compiuto ricerche molto interessanti, che hanno evidenziato il ruolo politico della Corte costituzionale, vuoi attraverso una ricostruzione delle scelte sulle nomine e delle maggioranze all'interno dell'organo, vuoi attraverso un percorso di analisi delle decisioni in punto di *policy*. I giuristi, e in particolare i costituzionalisti, invece si sono prevalentemente trincerati dietro il tecnicismo della giurisprudenza, limitandosi a criticarla in modo felpato oppure, nella maggior parte dei casi, a valorizzarla. Esemplare in proposito è la formula che per tanti anni, in dottrina, ha accompagnato l'attività e il ruolo della Corte nel sistema: "unica isola della ragione nel caos delle opinioni"».

[88] Ben nota per quanto unica e solitaria la teoria esposta da R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, V ediz., Napoli, 1968, p. 59 e seguenti; nonché *Introduzione al diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1963, p. 37 ss. che a mio avviso oggi tenuto conto dell'evoluzione del diritto comunitario torna ad essere centrale. La tesi si concentra su alcuni ragionamenti estremamente lucidi e coerenti che leggiamo nella chiara *summa* fattane da G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, vol. 2, 2009, p. 201 e 202: «In primo luogo, è del tutto irragionevole un doppio intervento legislativo del Parlamento, per autorizzare la ratifica e poi per ordinare l'esecuzione del trattato ratificato; a maggior ragione se entrambi gli atti sono consegnati nella stessa legge. In secondo luogo, è paradossale che l'efficacia di una legge interna, spesso preventiva rispetto all'entrata in vigore del trattato, possa dipendere per ciò stesso dal verificarsi di un evento futuro e incerto. In terzo luogo, è irragionevole un meccanismo di adattamento automatico alle norme del diritto internazionale non scritto senza un adattamento altrettanto automatico alle deroghe che a tali norme apportino i trattati. L'ordinamento internazionale è un tutto unitario ed organico; ed il sistema delle sue norme non può essere scomposto dando automaticamente esecuzione ad alcune delle sue norme, senza tener conto di altre norme che condizionano il vigore delle prime. Gli argomenti che venivano opposti alla tesi di Quadri, erano da questi puntualmente contestati. Quanto ai lavori preparatori, essi non erano per lui decisivi. L'altro argomento, fondato sulla natura non materiale della norma

o, al limite del nuovo art. 177 della Costituzione italiana che, però, a mio avviso non muta il quadro della situazione, limitandosi ad una classica e banalissima affermazione di principio[89].

Pertanto, con il classico gioco delle formule magiche spesso usato nel diritto, alla fine sembrerebbe ancora rispettato nella forma se non nella sostanza quello schema delle fonti del diritto.

Tutto questo sempre per salvare l'approccio positivistico e giuridico della questione perché se svoltiamo decisamente sul fronte della politica e delle sue scelte non vedo davvero dove stia il problema di considerare preso un preciso impegno da parte dello Stato che comporta, finché non cambi la politica dello Stato, il rispetto degli impegni liberamente e politicamente assunti. Che non si tratti di un problema di "limitazione di sovranità" ma piuttosto di esercizio della stessa da questo punto di vista mi sembra evidente. Com'è evidente che da quell'impegno derivano conseguenze politiche e concrete di grandissima rilevanza: penso ad esempio all'introduzione della moneta unica e al riconoscimento dei poteri conferiti alla Banca centrale europea o al caso delle politiche estere dell'Unione. E non si tratta certo di cose meno importanti dell'emanazione di una legge sulle dimensioni delle losanghe delle reti da pesca o della discussione sulla direttiva sulla dimensione dei "mezzi meccanici di contraccezione".

Potremmo allora forse dire, parafrasando gli inglesi, che «the European Law is National Law known by another name»[90] se non fosse che a ben guardare così come la teoria della fusione tra *Equity* e *Common Law* non regge alla prova della realtà dei fatti, così accade pure al rapporto tra diritto comunitario e diritti degli Stati membri.

Già basterebbe questa evidente peculiarità e cioè il fatto che laddove

pacta sunt servanda, era per Quadri altrettanto infondato, in ogni caso provava troppo. Tutte le norme internazionali producono i loro effetti nell'ordinamento internazionale; nulla vieta, tuttavia, che gli Stati operino un rinvio all'ordinamento internazionale affinché le norme richiamate entrino nel diritto interno, che siano materiali ovvero norme sulla produzione giuridica. Le seconde entrano nel diritto interno affinché le prime lo possano a loro volta. Ora, se si riconosce da tutti che l'art. 10, primo comma, consente l'ingresso automatico delle norme internazionali consuetudinarie, come può giustificarsi tale ingresso automatico indipendentemente dalla norma *consuetudo est servanda* che impone agli Stati l'osservanza delle norme consuetudinarie? Lo stesso dovrebbe valere per i trattati e per la norma *pacta sunt servanda*».

[89] *Supra*, nota 75.

[90] La frase originale è: «Equity is common law known by another name», Goldberg-Smith-Turner, *Equity and the Law. Fusion and Fission*, cit., p. 1. Credo che sia il caso di dire che la relazione tra *Equity* e *Common Law* si riproduce anche nel rapporto tra *Statutory Law* e *Common Law*, ovviamente fatte le debite proporzioni.

il rapporto tra *Equity* e *Common Law* in fondo è comunque bilaterale, nel caso del diritto comunitario non c'è solo un "dualismo" tra esso e il singolo stato membro ma piuttosto un "pluralismo" di rapporti che finisce per coinvolgere tutti gli attori di questa *pièce*. Non dico che siamo proprio nel caso del *butterfly effect*[91]ma non c'è dubbio che una volta emanata una norma comunitaria o una volta che sia stata decisa una controversia sia pure apparentemente nei confronti di un dato Stato, gli effetti dell'interrelazione tra diritto comunitario e diritto degli Stati membri si riflettono su tutti i rapporti compresi quelli tra i singoli Stati membri.

Voglio dire che nel caso dell'Unione europea non possiamo guardare solo al rapporto tra diritto comunitario e diritto italiano in quanto per forza di cose il diritto comunitario influisce sicuramente sul diritto italiano ma fa altrettanto con i diritti degli altri Stati membri e ciò a sua volta comporta una alterazione dei rapporti tra i vari diritti degli Stati membri. Qui in sostanza dovremmo guardare anche alle relazioni che si vengono a creare tra i singoli Stati membri. Ecco perché non possiamo limitarci a guardare il fenomeno dal solo punto di vista interno o a considerare in modo unilaterale la "fusione del diritto comunitario" rispetto a quello del singolo stato.

Ancora una volta provo allora a richiamare il modello inglese e l'acuta osservazione di una recente dottrina[92] che afferma: «normally people suppose that a sound theory of equity must be unitary... However ... insitutions that come into being unplanned, and grow organically, have no single simple plan. It is no wonder that the courts of Chancery and common law which came about in that way had no single object, and administered legal rules of no single character. A unitary theory of modern equity is inapt. A composite theory, according to which two or more ideas may be necessary to explain aspects of Chancery equity, seems essential».

A mio avviso, con le dovute precauzioni, lo stesso si può dire del diritto comunitario; il suo rapporto con i diritti degli Stati membri e la loro interrelazione non può essere, come si diceva, affrontata in termini di "fusione" cioè dello scontro tra due nuclei che si fondono per dare vita ad un

[91] Si tratta della nota espressione per cui «il battito d'ali di una farfalla in Cina può provocare un uragano in Brasile»; probabilmente l'origine letteraria è in un bellissimo racconto di fantascienza di R. Bardbury, *Rumore di tuono*, (titolo originale *A Sound of Thunder*) del 1952. Nel futuro, grazie ad una macchina del tempo, sono organizzati dei safari temporali per turisti. Malauguratamente un escursionista catapultato nella preistoria calpesta una farfalla e questo fatto provoca una catena di terribili conseguenze mutando la storia umana. La teoria del caos fu poi alla base del bellissimo film "*The Butterfly Effect*" di Eric Bress del 2004.

[92] Goldberg-Smith-Turner, *Equity and the Law. Fusion and Fission*, cit., p. 15.

nucleo nuovo più pesante ma la cui energia non corrisponde alla semplice somma dei nuclei originali.

Prendendo a prestito, sia pure in modo veramente minimale, le nozioni della fisica, credo che per il diritto comunitario sia più corretto parlare di "fissione": un nucleo pesante che si scinde in 2 meno pesanti ma con una maggiore energia che a loro volta interagiscono dando vita a nuove scissioni e nuovi nuclei con nuova produzione di energia e così via in una infinita reazione a catena.

Con grande dispiacere di mio padre, non sono mai stato troppo abile con i numeri e le formule (e si vede continueranno a pensare i miei venticinque lettori), però l'esperienza da preside mi ha costretto a lavorare con algoritmi e diagrammi di flusso di svariata natura e per svariati scopi. Provo quindi a sintetizzare prendendo a prestito il linguaggio algebrico e chiedendo scusa per le inevitabili imprecisioni nell'uso di concetti giuridici che per forza di cose devo qui ridurre … ai minimi termini.

Fusione del diritto comunitario:

(Or.St.M.1, Or.St.M.n) + F.D.E. (Trattati) = Or.Com. + (Dir.Res. St.M.1 Dir.Res.St.M.n)

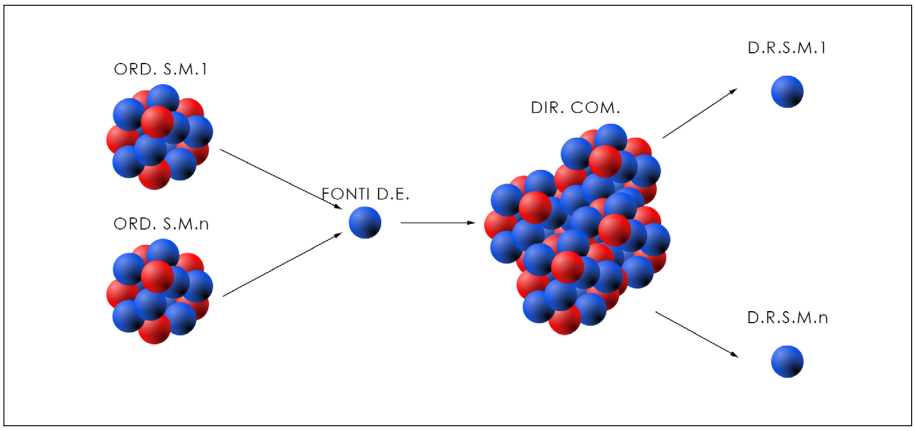
in cui l'ordinamento dello Stato membro 1 e gli ordinamenti degli nStati membri interagiscono con i Trattati fondendosi nell'Ordinamento Comunitario con "rilascio" di nuclei di diritto residuale di applicazione esclusiva dello Stato membro 1 e degli nStati membri.

Fissione del diritto comunitario:

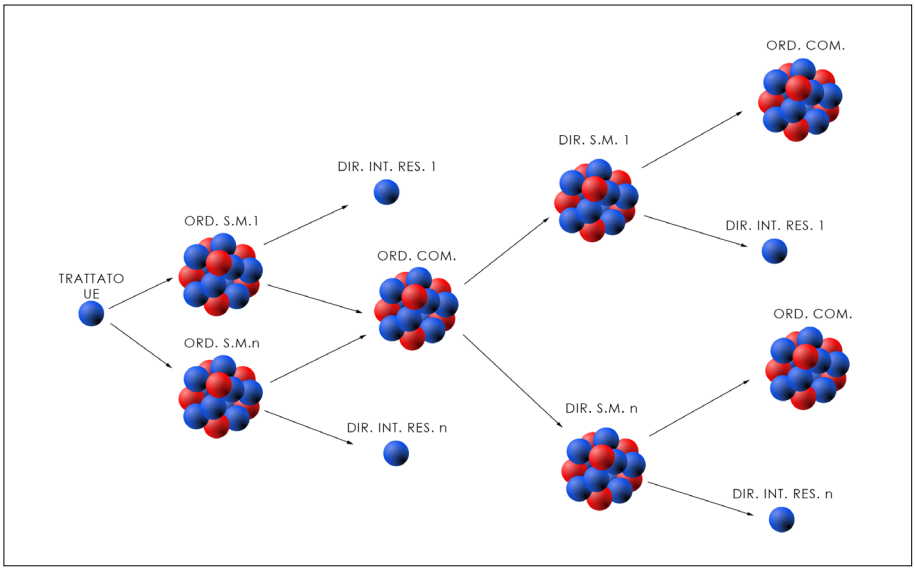
F.D.E. (Or.St.M.1 Or.St.M.n) = Ord. Com. + (Dir.Res.St.M.1 Dir.Res. St.M.n) + (Dir.Int.St.M.1 Dir.Int.St.M.n) x Ord. Com. = (Dir.Res.St.M.1 Dir.Res.St.M.n) + (Dir.Int.St.M.1 Dir.Int.St.M.n) + Ord. Com.

in cui i Trattati U.E (F.D.E.) interagiscono con l'ordinamento dello Stato membro 1 (Or.St.M.1) e gli ordinamenti degli nStati Membri (Or. St.M.n), scindendo questi ultimi nel nucleo pesante dell'Ordinamento Comunitario (Ord. Com.) e in nuclei di diritto residuale dello Stato membro 1 (Dir.Res.St.M.1) e degli nStati membri (Dir.Res.St.M.n) e in nuclei più leggeri di diritto interno (Dir.Int.St.M.1, Dir.Int.St.M.n) che, a loro volta interagiscono con l'Ordinamento Comunitario scindendosi in più nuclei innescando una reazione a catena infinita.

Due semplici diagrammi[93] forse chiariscono molto meglio delle formule algebriche i fenomeni descritti:



Fusione del Diritto Comunitario



Fissione del Diritto Comunitario

[93] La parte "teorica" è di mia totale responsabilità, anche e soprattutto per gli errori in cui sicuramente sarò incappato. La "trasformazione" in diagramma è invece opera dell'Arch. Fulvio Miranda, tra l'altro autore del logo dell'A.I.D.C., che ha saputo interpretare benissimo il mio pensiero (facendomi tuttavia notare e pesare che secondo i suoi studi … la fisica non è proprio il mio forte).

So bene che se dovessimo applicare le teorie della fissione e della fusione nucleare o più in generale della fisica al diritto faremmo una operazione poco precisa.

Tuttavia penso che al di là delle formule algebriche e dei diagrammi, gli spunti utilizzati tornino utili, fatte le debite proporzioni, per esemplificare e sintetizzare quello che fin qui ho cercato di dimostrare.

L'idea o teoria della fusione del diritto comunitario con la creazione di un sistema sovraordinato rispetto agli ordinamenti degli stati "fratelli" o "congiunti" che siano, in realtà non solo non può essere applicata o ritenuta valida per tutti gli Stati membri (i quali hanno dato, sulla questione, risposte spesso molto differenti) ma non corrisponde neppure alla realtà fattuale cioè al meccanismo con cui opera l'interscambio tra il sistema di ciascuno Stato membro e il sistema comunitario.

Comunque si guardi il problema, l'interazione tra diritto comunitario e diritto degli Stati membri non può essere vista in maniera statica e giustificata cercando di calzare delle categorie appunto statiche ad una realtà operazionale decisamente dinamica.

Il fatto è, e ce ne stiamo accorgendo ogni giorno di più, che gli Stati "fratelli" una volta delegato all'Unione il potere di compiere atti normativi (e politici) in proprio nome e per proprio conto, sia pure senza rinunziare alla propria sovranità e sia pure su specifiche materie, hanno dato vita ad una sorta di valanga, ad un *butterfly effect*, che nessuno aveva immaginato fosse possibile e che nessuno è in grado di spiegare, almeno tra i Paesi di *Civil Law*, utilizzando gli strumenti e le categorie alle quali si era abituati.

Come ho detto, si può giustificare in mille modi il rapporto tra Stato membro e ordinamento comunitario ma sta di fatto che questo rapporto nasce da qualcosa di originale e finora non ancora "replicato"[94]. Esso opera non in modo biunivoco ma creando un circuito, un flusso o una circolazione di regole, atti, norme, idee, politiche, interpretazioni che finiscono inevitabilmente per alterare, modificare, integrare, fortificare il diritto di ciascun Stato membro e, per un effetto *rebound*, anche e di nuovo lo stesso diritto comunitario producendo appunto un *loop* infinito o se si vuole una "fissione" con un continuo sviluppo di nuova energia, di nuove

[94] Come dicevo l'Unione europea resta ancora oggi un esperimento innovativo non essendo, a mio avviso, assimilabile a nessuna delle organizzazioni internazionali conosciute: non è la Lega Araba, non è l'ASEAN, non è il Commonwealth, non è l'ONU, non è il F.M.I., non è l'Opec, non è il Mercosur, non è la Nato e neppure la Banca Mondiale o il WTO. So bene che l'Unione europea è catalogabile tra le organizzazioni internazionali ma sfido chiunque a dimostrarmi che il suo funzionamento e la sua stessa ragion d'essere abbia nulla a che fare con le altre organizzazioni internazionali.

regole, di nuove azioni, di nuove tutele, di nuovi diritti.

Se la realtà è questa, è piuttosto sterile continuare, come accade da noi, a giustificare il rapporto tra il nostro e il diritto comunitario facendo leva sulla gerarchia delle fonti e sulla "costituzionalizzazione" delle regole comunitarie. Sarebbe molto più logico e coerente prendere atto che l'esperimento comunitario nel corso degli anni ha prodotto una nuova situazione e che anche noi dobbiamo provare a reinventare lo schema positivo delle fonti del diritto magari ammettendo che, come avviene nell'esperienza inglese, oggi il nostro ordinamento non può più essere chiuso su se stesso ma è costretto ad aprirsi e a recepire e a sua volta rielaborare le regole e i principi che provengono dall'esterno e che però sono fatti propri ed operano all'interno del sistema affiancandosi ed integrandosi con i principi e le regole di questo.

Non so se sono riuscito a dimostrare con impeccabili ragionamenti di stretto diritto quest'ultimo argomento; resto però convinto che il compito del giurista non sia quello di piegare la realtà alle proprie regole e categorie mentali quanto piuttosto di sforzarsi di modellare e reinventare le regole e le categorie mentali sulla scorta della realtà.

Bertrand Russel diceva che era piuttosto improbabile che l'universo avesse imparato la teoria della gravitazione universale essendo invece decisamente più ammissibile che quella teoria fosse stata sviluppata prendendo atto della realtà[95].

Continuare a spiegare la realtà operazionale del diritto comunitario e la sua interazione con gli ordinamenti degli Stati membri, ignorando la portata e la novità del meccanismo e costringendo i dati concreti nello spazio angusto di teorie e categorie come quelle che si continuano ad usare, sia pure validissime in astratto non è forse "giuridicamente" sbagliato ma assomiglia tanto al comportamento di quel noto *Master of Rolls*[96] che nel suo testamento lasciò tutti i suoi averi per "sanare" il debito pubblico: il lascito fu considerato *very foolish* ed il testatore completamente pazzo perché, a detta della Corte, era come se egli avesse tentato di coprire l'intera campata centrale del ponte dei Blackfriars con la sua parrucca.

[95] Cfr. A. Miranda, *Tra moglie e marito non mettere il dito*, in R. Cavalieri, G.F. Colombo (a cura di), *Il massimario. Proverbi annotati di diritto comparato*, Milano, 2013, p. 165 ss.

[96] Si tratta dello "strano caso di Mr. Joseph Jekyll", richiamato da A.R. Mellows, *The Law of Succession*, London, 1983, p. 38. Si veda inoltre: Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, cit., p. 274.

Michele Graziadei

The European Court of Justice at work: comparative law on stage and behind the scenes

«…i soggetti veri dell'apertura
e della comunicazione o, al
contrario, della chiusura, non sono
gli ordinamenti, come fenomeno
istituzionale, ma i rispettivi giuristi,
come realtà individuale e collettiva,
caratterizzata ed ispirata da
determinati atteggiamenti e valori».

Luigi Moccia

Summary: 1. Introduction – 2. Multilingualism, translation and interpretation at the ECJ – 3. Comparative law, and the search for shared meaning in European law – 4. The keywords, the concepts, the general principles – 5. The extraterritorial reach of EU law, and the comparison of different laws – 6. The transatlantic dimensions of the comparative exercise – 7. EU law and the extracontractual liability of the European institutions – 8. The 'constitutional traditions common to the Member States' as an invitation to comparative law.

1. *Introduction*

The European Court of Justice, known as the ECJ, is entrusted with the task of securing the uniform interpretation and application of the law of the European Union (art. 19 TUE). To achieve its mandate, the ECJ often draws on the methodologies of comparative law to interpret the law of the EU. I intend to showcase aspects of this practice and highlight how it has been fundamental to the growth of European law, as well as to consider some of its less known features. As is well known, the ECJ is now part of the Court of Justice of the European Union, which is comprised of the ECJ and the General Court. The General Court is a specialised Court of more limited jurisdiction. The ECJ remains the dominant forum for the most important part of the judicial business of the Union. In this paper, I will therefore mostly focus on the ECJ as a consumer of comparative law. I am happy to dedicate this contribution to Luigi Moccia, whose profound

contributions on European legal history, European law, and comparative law, are admired by all jurists who study the foundations of the European legal order in comparative and historical perspective[1].

As is known, there is an abundance of literature on the various uses of comparative law by Constitutional and Supreme courts around the world[2]. This literature analyses citation patterns and practices and mutual

[1] See, e.g., L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto: Raccolta di saggi*, Padova, 2016; Id., *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 767 ff.; L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005; Id., *Le basi culturali del giurista europeo: un punto di vista continentale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 213 ff. The citation given above is taken from: L. Moccia, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell'ordinamento giuridico «aperto»)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 181 ff., at 193. This text was first presented as the 2019 John H. Tucker jr. lecture, sponsored by the Center of Civil Law Studies, Louisiana State University. I wish to thank its director, Prof. Olivier Moréteau, for the invitation to deliver the lecture, for his warm hospitality, and for his helpful comments on a draft of this text. I am indebted to dr. Celestina Iannone, Director of the Research and Documentation Directorate of the Court of Justice for many interesting conversations on the topic of this contribution. All remaining errors are mine.

[2] To mention works published in the last twenty years only: see, e.g., U. Drobnig, S. van Erp (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, in *XIVe Congrès international de droit comparé, Athènes = XIVth International Congress of Comparative Law* (Athens, 1997), The Hague, Boston, 1999; B. Markesinis, J. Fedtke, *The Judge as Comparatist*, (2005) 80 Tulane Law Rev 11; G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; B. Markesinis, J. Fedtke (eds.), *Judicial Recourse to Foreign Law*, London, 2006; B. Markesinis, J. Fedtke, *Engaging with Foreign Law*, Oxford, 2009; T.H. Bingham, *Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*, Cambridge, 2010; G. Smorto, *L'uso giurisprudenziale della comparazione,* in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 223 ff.; V. Barsotti, V. Varano (eds.), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1 Quaderni, Napoli, 2012; M. Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013; M. Gelter, M.M. Siems, *Language, Legal Origins, and Culture Before the Courts: Cross-Citations Between Supreme Courts in Europe*, (2013) 21 Supreme Court Economic Review 215; T. Groppi, M-C. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford and Portland, Or., 2013; E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Oxford and Portland, Or., 2013; M. Gelter, M.M. Siems, *Citations to Foreign Courts – Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe*, (2014) 62 Am. J. Comp. Law 35-86; R. Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014; M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015; D.S. Law, *Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy*, (2015) University of Pennsylvania Law Review 927; R. Hirschl, *Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence & Methodological Challenges*, in E.F. Delaney, R. Dixon (eds.), *Comparative Judicial Review*,

influences, but also poses a good number of critical questions concerning the use of comparative law by Courts. A basic question is whether comparative law references are relevant at all in deciding a case pending before a national Court. What are these references? A mere puffery by learned jurists, an embellishment of national laws, the mark of a desperate litigator? What else could they be? Another question often posed is to what degree are comparative law arguments made by the courts legitimate? Do they simply fall outside the purview of the judge because they go beyond the local, applicable law? Are they legitimate, if examined under broad rule of law criteria? In some judgments of United States Supreme Court these questions emerge, and are also addressed by some members of that court in their extrajudicial writings[3]. Personally, I had the pleasure of listening to Justice Ruth Bader Ginsburg on these very issues. The occasion was the World Congress of Comparative Law held in Washington by the International Academy of Comparative law in 2010[4]. It was a fascinating lecture, which defended the use of comparative law in constitutional adjudication. Closer to home, the Italian Constitutional Court has increasingly paid attention to comparative law as a subject that is relevant in various ways to the decision of constitutional law cases[5]. A former Italian Constitutional Court Judge,

Cheltenham, 2018, p. 403 ff.; G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden; Boston, 2019; C. Lienen, *Judicial Constitutional Comparativism at the UK Supreme Court*, (2018) 39 Legal Studies 166. The literature on judicial dialogue, judicial globalisation, community of courts, or transnational organizational field of courts, provides further insights on the trends mapped by this literature. For the historical perspective: G. Gorla, *Il ricorso alla legge di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Il Foro it.*, 1973, V, 89.

[3] S.A. Simon, *The Supreme Court's Use of Foreign Law in Constitutional Rights Cases: an Empirical Study*, (2013) 1 Journal of Law and Courts 279; R.C. Black, R.J. Owens, J.L. Brookhart, *We Are the World: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Sources of Law*, (2014) 46 British Journal of Political Science 891; G.F. Ferrari, *Legal Comparison Within the Case Law of the Supreme Court of the United States of America*, in Id. (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, 2019, 94 ff.

[4] The speech was delivered on July 30, 2010. It is now reported on the web site of the Supreme Court of the United States, https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeech/sp_08-02-10. An extended version of the speech was delivered on previous occasions: see., e.g., R. Bader Ginsburg, *A Decent Respect to the Opinions of Humankind: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, (2005) 64 Cambridge Law Journal 575.

[5] For a recent assessment: P. Passaglia, *Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sineddotica, una conclusione (quasi) sinestesia*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, proceedings of the conference (Naples 11-13 May 2017, 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile), Napoli, 2018, p. 63 ff.; the offices of the Court have

Prof. Sabino Cassese, points to the fact that in the late twentieth century the increased relevance of comparative law in this context has been favoured by the demise of the ideology of nationalism, and by the spreading of the awareness that common problems may yield common solutions, elaborated beyond the nation state, at the international level[6].

The literature that I have just mentioned is hardly relevant to approach the use of comparative law by the European Court of Justice, however. The use of comparative law reasoning by the ECJ must be understood holistically, in the light of the institutional position of the Court and the nature of EU law. Far from being contested, recourse to the use of comparative law by the ECJ is widely accepted. The legitimacy of recourse to comparative law in the interpretation or application of European law derives, in specific instances, from the fact that it is required by the texts of the Treaties that are the bulwark of the EU's very existence. But, beyond those cases, comparative law is widely accepted (and practiced) by all the players in the game: members of the Court, litigants, and academic commentators on EU law by and large share the same support for the legitimacy of comparative law in the judicial practice of the ECJ. Eminent members of the Court – including its current President, Koen Lenaerts – writing in their extrajudicial capacity signal the substantial role that comparative law plays in the jurisprudence of the Court[7]. I will therefore discuss the overall practice of comparative law

produced a document which reflects on this use as well: Corte Costituzionale - Servizio studi, *L'assistenza alla decisione giurisdizionale*, R. Nevola (ed.), 2018 (STU 308), https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_308.pdf.

[6] S. Cassese, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica. Relazione al seminario "La dinamica dei formanti nel mondo contemporaneo"*, (Torino, 14 gennaio 2016), in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, p. 993 ff.

[7] F.G. Jacobs, *Comparative Law and European union Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd. ed. Oxford, 2019, 525 ff.; K. Lenaerts, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, (2017) 25 Eur. Rev. Priv. Law 297; Id., *The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes Across the Atlantic*, (2016) 64 Am. J. Comp. Law 841; K. Lenaerts, *La Cour de Justice de l'Union européenne et la méthode comparative*, in B. Fauvarque-Cosson (ed.), *Le droit comparé au XXIe siècle – Enjeux et défis*, 2015, p. 35 ff. For previous extra judicial writings by members of the Court on its use of comparative law methods: P. Mengozzi, *Les principes fondamentaux du droit communautaire et les droits des États membres*, in *RDUE*, 2002, p. 435 ff.; W. Van Gerven, *Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law*, in *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley,* I, The Hague, Boston, 2000, p. 433 ff.; C.N. Kakouris, *Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities*, (1994) 6 Pace Int'l L. Rev. 267; J Mertens de Wilmars, *Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal des Tribunaux*, 19 January 1991, nr. 5575;

by the Court, while highlighting some of its specific features. I will then formulate a few observations concerning this practice, to better understand what the Court is comparing when it goes about the business of rendering its rulings.

2. *Multilingualism, translation and interpretation at the ECJ*

A preliminary point to consider is the specific linguistic regime governing litigation going up to Luxembourg. This regime mirrors the institutional position of a supranational Court that belongs to an integrated multilingual European legal order. The 27 Judges of the Court, one for each Member State, and the 11 Advocates General of the Court, are called upon to work as well in a multilingual environment. The European Union's linguistic regime requires the publication of EU law in all the 24 official languages of the Member States, bar one, Irish, that, for resource-related reasons, is not as well served[8]. The specific linguistic arrangements governing the procedure of the ECJ need not be presented in detail here[9], but they surely involve a huge translation and interpretation effort. In the preliminary ruling procedure, used by the national Courts to refer questions relating to the interpretation of EU to the ECJ, the language of the questions posed to the ECJ determines the language of the case. The preliminary questions formulated by the local Court must then be immediately translated in all the other official languages

Y. Galmot, *Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. fr. droit adm.*, 1990, p. 255 ff.; P. Pescatore, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Rev. int. droit comparé*, 1980, p. 337 (with citations to prior contributions on the same topic); for the opinion of a former member of the Commission legal services, M. Hilf, *The role of comparative law in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities*, in *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 558; F.G. Jacobs, *Comparative Law and European Union Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 525 ff.

[8] Regulation No 920/2005 of 13 June 2005, amending Regulation No 1 of 15 April 1958 determining the language to be used by the European Economic Community and Regulation No 1 of 15 April 1958 determining the language to be used by the European Atomic Energy Community and introducing temporary derogation measures from those Regulations.

[9] There is a short presentation of the applicable rules on the web site of the Court of Justice: *Language arrangements at the Court of Justice of the European Union*, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_10739/en/ (last consulted on 7.1.2020).

of the Union for their publication in the Official journal of the Union. The deliberations and the internal communications of the Court are all in French, which was the language of choice when the Court was established in 1958. French is also the language of the draft judgments deliberated by the Court and of the final judgement. Once more, however, that judgment has to be translated in the language of the original procedure – the language considered authentic – and then in all the official languages of the Union. By itself, this demanding linguistic regime involves considerable comparative law skills. To provide reliable, accurate renderings of meaning across all these languages is a formidable task. One commentator who closely observed the workings of the institution noticed that: «[…] the role of translation at the CJEU goes deeper than 'simply' converting judgments from the working language of that Court into the other 23 EU official languages. Translation is, in fact, embedded in the process of drafting, reasoning and deciding a case before the CJEU»[10]. Consider, for example, the case of *Webb v. Webb*[11]. This litigation raised a question of jurisdiction over immovable property located in France, subject to an English resulting trust. The question referred to the Court required the European judge to be familiar with notions such as legal ownership, beneficial interest, presumption of advancement, and the nature of a resulting trust. To bring these terms into languages other than English, where the trust may be a relatively new or even non-existent concept, surely requires comparative law skills. A similar difficulty may arise with purely civilian notions, of course. For instance, can a usufruct over immovable property be compared to the concept of 'leasing or letting of immovable property' for tax purposes? In giving a positive answer to this question, Advocate General Francis Jacobs provided an extensive comparative examination of the legal regimes of Europe in relation to time limited rights over immovable property[12]. This is a wonderful example of functional comparative law. It must have also been a formidable challenge for the lawyer-linguists who translated this opinion into all the other official languages of the Union[13]. To facilitate the tasks of the 606 lawyer-linguists

[10] K. McAuliffe, *Translating Ambiguity*, (2015) 9 The Journal of Comparative Law 65, at 66. For an insider's view of the process which is involved in the drafting of a judgment: Ead., *Behind the Scenes at the Court of Justice*, in F. Nicola, B. Davies (eds.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge, 2017, p. 35 ff.

[11] C-294/92, EU:C: 1994:193; ECR 1994 I 01717.

[12] Opinion of Advocate General Jacobs of 22 February 2001, Case C-326/99, Stichting 'Goed Wonen'v Staatssecretaris van Financiën, EU:C:2001:115; ECR 2001 I-06831.

[13] On their role: K. McAuliffe, *Hidden Translators: The Invisibility of Translators and the Influence of Lawyer-Linguists on the Case Law of the Court of Justice of the European*

employed at the Court[14], there is a terminology coordination Unit that handles the management of (comparative) multilingual legal terminology. This Unit defines and coordinates the terminological projects which contribute to the overall quality of the texts; among its tasks there is the terminological and legal pre-processing of the documents to be translated[15].

3. *Comparative law, and the search for shared meaning in European law*

As discussed in the next pages, recourse to comparative law in the interpretation and application of EU law is expressly warranted by the Treaties in some cases. Beyond those cases, the Court also has recourse to comparative law even when it is not expressly sanctioned by the Treaties. The uniform interpretation and application of EU law throughout the Union requires the establishment of a uniform meaning of law across the Union's languages. This meaning may be established in clear terms by the European texts, which often provide the relevant definitions. But this is not always so, and therefore the Court must decide whether, absent a clear indication by those texts, a certain term or expression shall nonetheless have a uniform meaning across the Union, or not. Sometimes the laws of many jurisdictions may converge on a single answer to this question, buy providing a shared meaning for a certain term or expression, but this is seldom the case. When the laws of the Member States go in different directions, comparative law helps the Court establish the level of uniformity or divergence that is achieved or should be achieved by EU law on a certain point. To cater to the relevant research and documentation needs, the Court has in place tailored support resources. The Court may thus turn to the services of its Research and Documentation Directorate to acquire a comparative law report on any question that merits an analysis of such considerations. Until now these reports are not fully accessible to the public, or to researchers, and in this respect at least comparative law operates behind the scenes in the workings

Union, Language and Law/Linguagem e Direito, 2016, p. 35. McAuliffe notes that the grounding of jurisprudence in the historical French as dictated by the Court secures the stable meaning of the terms of art. However this at times leaves even native French speakers struggling with the interpretation of their own language.

[14] Court of Justice of the European Union, in *Annual report - The Year in Review*, 2018, p. 19.

[15] See the information on this Unit that is available on the web site of the Court, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_641406/.

of the European judiciary, although some of them are now accessible on the web site of the Court.

How does the Court proceed to resolve conflicting interpretations of EU law in the Member States? Here is a simple, illustrative example, provided by a famous package travel case[16]. A girl goes on holidays with her parents in Turkey. At the club where they spend their holiday she gets food poisoning. After her return to Austria, she claims damages for pain and suffering and, most importantly, for her spoiled holiday. The defendant is a German travel agency. Vacation packages in Europe are governed by a directive, which has been implemented in all the Member states[17]. But how the concept of 'damages' plays out in EU law under that directive is unclear. The Austrian Court that has jurisdiction over the case rejects the claim for the loss of enjoyment of the holiday. Under Austrian law this is type of non-material loss is not a compensable loss. On appeal, the Court formulated a request for a preliminary ruling by ECJ. The question referred to the ECJ concerned the concept of 'damages' under the applicable package travel directive. Can damages include compensation for the non-material damage suffered by the unlucky young tourist? Without a clear answer in the directive, was the Austrian court right to simply apply its own law concerning what damage is recoverable in similar circumstances? In addressing this issue, the ECJ had before itself the variety of solutions prevailing in the laws of Member States: some favouring compensation for the non-material damages, others rejecting it. Advocate general Tizzano, presenting this picture to the Court, spotted a trend prevailing across the Member State favouring the reparation of the non-pecuniary damage for spoiled holidays[18]. Furthermore, to rule out a uniform approach to those losses would have frustrated one of the purposes of the Directive, namely the securing of undistorted competition in the functioning of the internal

[16] Case C-168/00, *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, EU:C:2002:163; ECR 2002 I-02631.

[17] Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours. The Directive has been replaced by a new instrument, which is force since 2018: Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC. The recitals of the new Directive now make clear that damages for spoiled holidays under the Directive shall: «cover non-material damage, such as compensation for loss of enjoyment of the trip or holiday because of substantial problems in the performance of the relevant travel services».

[18] Opinion of Mr Advocate General Tizzano, Case C-168/00, *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, cit.

market[19]. Following the Advocate General's opinion, the Court thus held that compensation of the non-pecuniary damage asked by the claimant for the non performance of touristic services should have been allowed, if such damages were proven before the national court.

4. *The keywords, the concepts, the general principles*

This brings me to highlight two points. First, the methodology to research key sources, namely the case law corpus of the EJC which would give us a fuller picture of the use of comparative law by the Court. A textual search in the European case law database Eurlex to find documents containing the words 'comparative law' would have missed the package travel case I have just mentioned. How can that be? The keyword 'comparative' is absent from the judgement; the search string "comparative law" misses the AG's opinion too, because he uses the expression "comparative analysis" instead. If my tentative count is correct, no more than 10 judgments of the Court contain a textual reference to "comparative law". Indeed this is a rare textual occurrence. The Advocate Generals' opinions present a more encouraging picture. A first tentative count produces 108 opinions containing the search string 'comparative law'. But, as mentioned above, these numbers cannot be considered reliable if we intend to go into the substance of the matter. Let there be no doubt about this: a deeper investigation would turn out different numbers. How different? This is difficult to say. No study has systematically addressed this precise question so far. In other words, this is a latent reservoir of comparative law exercises that has yet to be tapped for research purposes.

Let me now turn to the second point mentioned above, which concerns the nature of the exercise in which the Court is involved when deciding similar cases. By securing the uniform interpretation and application of EU law across Europe the Court reduces the discretion that is otherwise left to the Member States, as it did in the package travel case discussed above. There can be no uniform interpretation of EU law if the Member States were to enjoy a high degree of discretion, as it happens when the Treaties allow for this diversity, because a certain matter is not attributed to the competence of the Union, or because the Union has not legislated to introduce such uniformity, even though it would have been competent to

[19] *Ibidem*, §44.

do so. Nonetheless, when the Court elaborates the autonomous concepts that are needed to establish the uniformity that is required, the Court often consults the laws of the Member States, and draws from them, thus avoiding a top down approach to the interpretation of EU law. Why does this happen?

It is true that the legal order established by the Treaties is autonomous from the laws of the Member States[20]. This is a constitutional feature of EU law. Yet, in spite of this, the legal order established by the Union is also incomplete in many respects, precisely because it is a new legal order. To put it quite bluntly, and in common sense language: in many respects EU law has more holes than a well-aged piece of Swiss cheese. This reflects an underlying structure in which 'being a European lawyer ', as Luigi Moccia wrote: «means to be able to be a bridge for communication and the opening of its national (domestic) legal system with other member states' legal systems and with the Union's legal system itself, through the development on a comparative basis of a new European *ius commune*».[21]. A manifestation of this reality is to be found in the fact that Treaty has established that the Court must secure the uniform interpretation and application of the law, thus establishing the principle of legality as its lodestar, but the Treaty itself does not provide a full account of the substantive principles underlying EU law, nor of the applicable standard of review[22]. This is why in the last two decades or so, with respect to core areas of private law, a legion of European

[20] Case 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, EU:C:1963:1; ECR, English special edition, 1963, 00001; Case 6-64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, EU:C:1964:66; ECR, English special edition, 1964, 00585.

[21] L. Moccia, *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, in *La cittadinanza europea*, 2015, p. 5; Moccia's works have explored in depth these dimension of the European order, both from the historical and the current prespective: L. Moccia, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato. (Per una teoria dell'ordinamento giuridico "aperto")*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*, 1996, p. 181; L. Moccia, *Diritto europeo, ordinamento aperto e formazione giuridica*, in *La cittadinanza europea*, 2012, p. 31 ff.; L. Moccia, *Cittadinanza dell'Unione e formazione di un diritto e di un giurista europeo,* European Rights, 16/03/2013, http://www.europeanrights.eu/public/commenti/L.Moccia_CNF_16.3.13.pdf (last consulted on 7.01.2020); L. Moccia, *Formazione di un giurista e di un diritto europeo: scenari e prospettive,* in A. Miranda (ed.), *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli*, III, Torino, 2015, p. 216 ff.; Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit, parte III.

[22] T. Tridimas, *General priciples of EU law*, Oxford, 2006, p. 20; T. Koopmans, *The Birth of European Law at the Crossroad of Legal traditions*, (1991) 39 Am. J. Comp. Law 493, pp. 493-495. With regard to private law: N. Reich, *General Principles of EU Civil Law,* Antwerp, 2014.

jurists strived to provide a text that would eventually help to fill many of the gaps, by providing an overall frame of reference for those areas[23]. The search for a full set of principles, concepts, and rules covering certain private law matters was driven by the desire to overcome the piece-meal approach of EU law to contract, torts, delictual liability, obligations, and so on. Whether the EU had the competence to enact such a wide ranging text was a foundational constitutional question[24], which was often postponed in the debates over this proposal. In the end, the Union decided not to go forward, for a number of disparate reasons, which cannot be investigated here. But the challenge posed by this state of affairs remains open[25], although surely the many lessons linked to this failure must still be explored[26]. To further outline the challenge that the Court must address in interpreting EU law one has to consider that any comparative law input must anyhow still lead to the application of rule that fits the aims or purposes of the Union, because the use of comparative law as a means of gap filling and interpretation of EU law is useful only insofar it advances the purposes of the European legal order and fits coherently into the system of EU law[27]. However, reference to the laws of Member States remains indispensable in the search for a solution that is fully in line with the objectives and basic principles of EU law. This has been recognised by the Court over and over again, from the very inception of its activity. The *Algera* case[28] is an early, much cited illustration of this approach. In the *Algera* case the Court remarked that the rules of the Treaty did not cover the problem raised by the litigation, but also found that it was:

[23] C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law: Current Controversies in Law*, 2nd ed., London, 2013.

[24] See, e.g., S.R. Weatherill, *European Private Law and the Constitutional Dimension*, in F. Cafaggi (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law* (Collected Courses of the Academy of European Law, Volume XV/2), Oxford, 2006.

[25] See, e.g., N. Jansen, R. Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018. The books in the Common Core of European private Law series (gen. ed. Ugo Mattei and Mauro Bussani), and the *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, started by Walter van Gerven and now directed by Dimitri Droshout, tackle as well the same challenge.

[26] For critical reflections on this see H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018.

[27] There is common agreement on this point, which is further highlighted by S. Rodin, *Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions*, (2016) 64 Am. J. Comp. L. 815.

[28] Joined Cases 7/56 and 3-7/57, *Dineke Algera et al v. Common Assembly of the European Coal and Steel Community*, EU:C:1957:7; [1957–58] ECR 39.

> «[…] familiar in the case-law and learned writing of all the countries of the Community [...] Unless the Court is to deny justice it is therefore obliged to solve the problem by reference to the rules acknowledged by the legislation the learned writing and the case-law of the member countries»[29].

The Court is not forced to a lowest common denominator when proceeding in this way. As Advocate General Slynn remarked in a later case: «Such a course – the comparative examinations of the various national solution – is followed not to import national laws as such into Community law, but to use it as a means of discovering an unwritten principle of Community law»[30]. While the International Court of Justice is required by art. 38(1) (c) of its Statute to apply: «the general principles of law recognised by civilised nations», there is no general provision like this in the European Treaties[31]. Nonetheless, this has not stopped the Court from elaborating general principles of EU law that are of great importance for the evolution of EU law[32], putting flesh on the bones of the EU's legal order to use the metaphor advanced by Advocate General Mazak nearly ten years ago[33].The principles in question often derive from a comparative examination the laws of the Member States on certain issues. The case law of the Court on this point has recognised on this basis a variety of principles, e.g the prohibition of unjust enrichment on the part of the Community[34], the admissibility of 'default interests' for sums due under EU law[35], the recognition of client-

[29] *Ibidem*, § 55.

[30] Opinion of Advocate General Slynn in C-155/79, *AM & S Europe Limited v. Commission of the European Communities. Legal privilege*, EU:C:1982:17; ECR 1982 -01575.

[31] The point is marked by Jacobs, *Comparative Law and European Union Law*, cit., p. 537. Cp. the Opinion of Advocate General Tesauro in C-46/93 - *Brasserie du pêcheur v. Bundesrepublik Deutschland and The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and Others*, EU:C:1995:407; ECR 1996 I-01029.

[32] Cp. S. Vogenauer, S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Oxford and Portland, 2017; T. Tridimas, *Conclusion - The General Principles of Law: Who Needs Them?,* Cahiers de droit europeen, 2016, 52, p. 419; K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, (2010) 47 Common Market Law Review 1629.

[33] Opinion of Advocate General Mazàk, C-411/05, Félix Palacios de la Villa, EU:C:2007:106; ECR 2007 I-08531, § 83-86.

[34] C-47/07, *Masdar (UK) v. Commission*, EU:C:2008:726, §§ 44-50.

[35] For a summing up of the relevant law see the opinion of Mr Advocate General Bot delivered on 4 September 2014, Case C-336/13 P, *European Commission v. IPK International - World Tourism Marketing Consultants GmbH*, EU:C:2014:2170, §§ 62-67.

lawyer privilege in proceedings opened by the Commission[36].

5. *The extraterritorial reach of EU law, and the comparison of different laws*

So far I have discussed how the comparative examination of laws of the Member States plays out in the interpretation and application of EU law by the Court. At the core of the European Union lies the establishment of the internal market. This drives a multitude of harmonizing efforts, targeting the laws of the Member States, which stand in a dialectical relationship with the principle of mutual recognition, first affirmed in the *Cassis de Dijon* case[37]. But comparisons among the laws of the Member States are not the only ones that the Court develops within this framework. The Court draws comparisons between EU law and US law as well; they are important too, to understand what type of comparisons the ECJ develops in fulfilling its tasks.

The world we live in is a highly interconnected world. To cope with previously unknown coordination problems, we need more, rather than less, comparative law expertise[38]. As far as EU law is concerned this means an openness to comparisons involving the laws of non Member States as well, and first and foremost with the United States, the other major trading block among capitalist economies[39].

A dispute now pending before the ECJ is a wonderful illustration of the increasing demand for the coordination of regulatory regimes at the international level and of how comparative law becomes relevant in this respect. The case concerns *inter alia* the validity of the agreement between the EU and the US known as 'Privacy Shield'[40]. The agreement governs

[36] Case 155/79, *AM & S Europe Limited v. Commission of the European Commun*ities, EU:C:1982:157; ECR,1982-01575, §§ 18-21. Cp. C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd v. European Commission*, EU:C:2010:512; ECR 2010 I-08301, §§ 40-51 (no common trend among Member States concerning the recognition of legal privilege over correspondence for in-house lawyer).

[37] Case 120/78, *Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42; ECR 1979 -00649.

[38] As S. Breyer, *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, New York, 2015, p. 4, put it: «[…] judicial awareness can no longer stop at the border».

[39] This was the intuition which led to the pioneering study of M. Cappelletti, M. Seccombe, J. H. Weiler, *Integration Through Law Europe and the American Federal Experience*, vol. 1, New York, 1986.

[40] Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to [Directive 95/46] on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy

the safeguards to be provided in the transfer of EU citizens' personal data from the EU to the US. Companies conducting business in Europe and North America need to transfer data across the Atlantic, but such transfers are regulated by EU law as well. The story behind this litigation begins in 2010, when Mr. Maximilian Schrems, a law student from Austria aged 23, goes for his semester abroad at Santa Clara University in the Silicon Valley. During his stay at that Law School, Mr. Schrems participated in a seminar where the guest speaker was Ed Palmieri, Facebook's privacy lawyer. Schrems relates that he was shocked by the speaker's limited grasp of the severity of data protection laws in Europe. Once back at home in Austria, he launched a first law suit to challenge the status quo. The litigation ended up at the ECJ. In 2015 a first judgement was thus handed down by the ECJ in this matter[41]. The judgment proclaimed that the so-called Safe Harbour agreement – the predecessor of the Privacy Shield agreement – was based on an invalid decision of the Commission[42]. The ECJ found that the decision of the Commission on Safe Harbour agreement was invalid because it failed to state, as required by EU law, that the USA ensures an 'adequate level of protection' of the fundamental rights and freedoms of EU citizens after their data was transferred to the US, as required by the applicable EU legislation and fundamental rights law[43]. The Court explained that governments may interfere with personal data «only in so far as is strictly necessary». It further held, along the lines already announced in *Digital Rights Ireland*[44], that:

> «[…] legislation permitting the public authorities to have access on a generalised basis to the content of electronic communications must be regarded as compromising the essence of the fundamental right to respect for private life». (§ 94)

This meant that surveillance operations conducted through bulk access to data are not compatible with the European fundamental rights regime[45].

Shield (OJ 2016, L 207, p. 1).

[41] Case C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, EU:C:2015:650.

[42] The decision that was thus declared invalid was the Commission Decision 2000/520/EC of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce (OJ 2000, L 215, p. 7).

[43] *Ibidem*, § 96-97.

[44] *Digital Rights Ireland and Others*, C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238.

[45] *Ibidem* § 92-93.

Furthermore, E.U. law requires «effective judicial protection» and access to legal remedies for privacy violations. The ECJ found that the European Commission had failed to assess whether the US approach to data protection was satisfactory in this respect too[46]. Both in Brussels and in Washington, the judgment was a bombshell[47]. The EU Commission and the US government had been sent back to the drawing board. They thus rushed to strike a new agreement. However, the new agreement, known as Privacy Shield, has already been hit by a fresh request for a preliminary ruling by the ECJ[48]. Again, the question is whether the fundamental rights and freedoms relating to personal data, guaranteed in Europe, are being respected when personal data are transferred to the US. The Court will also have to decide whether alternative approaches based on 'Standard Contractual Clauses' – that is, contract templates that are pre-approved by the European Commission for data transfers[49] – are adequate or not, a vital point for the firms that are currently using this technique in day to day operations.

Advocate General Henrik Saugmandsgaard Øe's opinion in this case holds that the Commission's Decision on Standard Contractual Clauses is valid, provided that there are sufficiently sound mechanisms to ensure that transfers based on the standard contractual clauses are suspended or prohibited where those clauses are breached or impossible to honour. In his view, that is the case in so far as there is an obligation – placed on the data controllers and, where the latter fail to act, on the supervisory authorities – to suspend or prohibit a transfer when those clauses cannot be complied with. With respect to the privacy shield decision, the Advocate General expressed criticism in the light of the right to respect for private life and the right to an effective remedy, although he also held that the dispute in the main proceedings does not require the Court to rule on the validity of the privacy shield[50].

[46] *Ibidem* § 95.

[47] The hearing of the US House of Representatives Subcommittee on Communications and Technology (Committee on Energy and Commerce) held on November 3, 2015 on the Safe Harbour decision, gives an idea of the US reactions to the ECJ ruling, https://docs.house.gov/Committee/Calendar/ByEvent.aspx?EventID=104148.

[48] Case C-311/18, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited*, Maximillian Schrems.

[49] Commission Decision of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council (OJ 2010, L 39, p. 5), as amended by Commission Implementing Decision (EU) 2016/2297 of 16 December 2016 (OJ 2016, L 344, p. 100).

[50] C-311/18, *Facebook Ireland v. Schrems*, EU:C:2019:1145.

The Court ruled instead that the privacy shield is invalid[51]. This litigation brought about an unprecedented wave of comparative law research about privacy laws on the two sides of the Atlantic. Some form of harmonisation between the EU and US approach to privacy and data protection is much more likely to occur in the future as a consequence of these developments.

6. *The transatlantic dimensions of the comparative exercise*

In the Privacy Shield litigation a comparison of laws is implicitly mandated by EU fundamental rights law and the relevant data protection legislation. But the ECJ may go for outward looking comparisons concerning US law, as opposed to inward looking comparisons concerning the laws of the Member states, for a variety of reasons. The Court may conduct these comparisons because of the relative novelty of some issues coming up before the Court. The same issues may, however, be not so new in a wider perspective. Sometimes it is tempting to turn to the US to elaborate solutions for Europe, or at least to make informed decisions benefitting from the experience and lessons learnt in the US, as it has happened in a variety of fields, including, inter alia, antitrust, intellectual property (and trademarks in particular), federal-state relations in connection with the regulation of interstate commerce, and gender-based antidiscrimination law[52]. Once more, the precise numbers of the ECJ cases that have carried out such a comparison for one of the reasons mentioned above is difficult to establish. Here I will only mention two cases that have brought about important developments in EU law and that are illustrative of this practice.

The first is *Jenkins v. Kingsgate*[53], dating back to 1981. This ruling is the first to ban indirect discrimination based on sex in equal pay cases under EU law. Jenkins was a woman employed as part-time worker, to do the

[51] C-311/18 *Facebook Ireland v. Schrems* EU:2020:559.

[52] Three important studies have explored this theme: P. Herzog, *United States Supreme Court Cases in the Court of Justice of the European Communities*, (1997) 21 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 903; L.F. Peoples, *The Use of Foreign Law by the Advocates General of the Court of Justice of the European Communities*, (2007) 35 Syracuse J. Int'l L. & Com. 219; Id., *The Influence of Foreign Law Cited in the Opinions of Advocates General on Community Law*, (2009) 28 Yearbook of European Law 458.

[53] Case C-96/80, *Jenkins v. Kingsgate Ltd.*, EU:C:1981:80; ECR 1981-00911. Cp. I. Tourkochoriti, *Jenkins v Kingsgate and the Migration of the US Disparate Impact Doctrine in EU Law*, in F. Nicola, B. Davies (eds.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, cit., p. 418 ff.

same work as her full-time colleagues, in a small textile company based in England. Her hourly pay was 10 per cent less than the pay of the full time workforce. In her factory, nearly all the part time workers were women, while nearly all the full time workers were men. The Advocate General's opinion in *Jenkins* relied explicitly on the US Supreme Court decision in *Griggs v. Duke Power*[54] to establish a parallel between the condition of African Americans in the United Stated and women in Europe, with respect to indirect discrimination. The Advocate General knew, of course, that in the US the disparate impact doctrine, first affirmed with respect to racial discrimination cases under the Civil Rights Act 1964, was applied to fight sex discrimination in the workplace as well:

> «As has been observed more than once, the Supreme Court of the United States and this Court often find themselves confronted with similar problems. Although of course the provisions of the United States Civil Rights Act of 1964 that were in question in the *Griggs* case were worded differently from Article 119 of the Treaty, their essential purpose was the same, except in so far as the provision in question in the *Griggs* case was about racial discrimination, not sex discrimination. Indeed in *Dothard v. Rawlinson* (1977) 433 US 321 the Supreme Court applied similar reasoning to sex discrimination. I draw considerable comfort from finding that my conclusion accords with the conclusions of that court in those cases»[55].

An English barrister with a Harvard LLM, Anthony Lester, who had contributed to the elaboration of UK Race relations Act by managing to persuade the Labour Government to insert reference to indirect discrimination in it, pleaded the Jenkins's case before the ECJ. The Advocate General's opinion reveals that this English barrister argued that the US disparate impact doctrine announced by Chief Justice Burger in *Griggs* should have guided the ECJ's decision over pay discrimination as well. The argument thus first advanced in the defendant's brief is reflected in a couple of lines of the ECJ judgment, though without any reference to US civil rights law. A pay differential between full and part-time workers is not in itself prohibited under the Treaty: «[…] unless it is in reality an indirect way of reducing the pay of part-time workers on the ground that that group of

[54] *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).
[55] Case 96/80, Opinion of Mr Advocate General Warner, EU:C:1981:21; ECR 1981 -00911.

workers is composed exclusively or predominantly of women»[56].

The second case of an outward looking use of comparative law between US and EU Law is provided by the *Ruiz Zambrano* litigation[57]. Here the ECJ concluded that denying a residence and work permit in Belgium to a Colombian father would impermissibly interfere with the substance of the European citizenship of his Belgian-born children. There is no need to ponder the full details of the case. Let's just note that it is also a landmark decision because the right of the plaintiff is recognised with respect to a situation that is purely internal to one of the Member States. And yet, in spite of this, the case is brought under the umbrella of EU law. What deserves a closer examination here is the opinion of Advocate's General Sharpston. She explores the idea whether the question put to the Court should be addressed purely on the basis of the protection of fundamental rights under the Charter of Fundamental Rights of the European Union[58]. Citing the US Supreme Court in *Gitlow v. New York*[59], Sharpston argues that a step in this direction would bring the EU law approach in line with how the US doctrine of incorporation as first outlined:

> «[…] when the US Supreme Court extended the reach of several rights enshrined in the Constitution's First Amendment to individual states. The 'incorporation' case-law, based since then on the 'due process' clause of the Fourteenth Amendment, does not require an inter-state movement nor legislative acts from Congress. According to the Supreme Court, certain fundamental rights are so significant that they are 'among the fundamental personal rights and liberties protected by the due process clause […] from impairment by the states»[60].

The Advocate General thinks that when the relevant facts occurred in

[56] Case C-96/80, *Jenkins v. Kingsgate Ltd*, cit., § 15.

[57] C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office National de l'Emploi*, EU:C:2011:12; ECR, 2011 I-01177. On this case see see the instructive contribution by F. Strumia, *Ruiz Zambrano's Quiet Revolution*, in F. Nicola, B. Davies (eds.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, cit., p. 224 ff.

[58] Opinion of Advocate General Sharpston in case C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office National de l'Emploi*, EU:C:2010:560; ECR 2011 I-01177 §§ 172-173.

[59] *Gitlow v New York*, 268 U.S. 652 (1925). Cp. R. Schütze, *European Fundamental Rights and the Member States: From 'Selective' to 'Total' Incorporation*?, in C. Barnard, M. Gehring (eds.) *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14, 2011-2012, Oxford and Portland, 2012, p. 337 ff.

[60] *Ibidem*, § 172.

Zambrano no such a doctrine was yet established. But Advocate Sharpston maintains that this change may come sooner rather than later:

> «[…] the Court should not, in the present case, overtly anticipate change. I do suggest, however, that (sooner rather than later) the Court will have to choose between keeping pace with an evolving situation or lagging behind legislative and political developments that have already taken place. At some point, the Court is likely to have to deal with a case – one suspects, a reference from a national court – that requires it to confront the question of whether the Union is not now on the cusp of constitutional change (as the Court itself partially foresaw when it delivered Opinion 2/94). Answering that question can be put off for the moment, but probably not for all that much longer»[61].

The case that Advocate Sharpston foreshadowed has now come to the Court, not just in one dispute, but in several ones, and in various proceedings, namely as a reference for a preliminary ruling, but also in the context of infringement procedures.

For the first time in 2016, in dealing with the Portuguese judges' case[62], the Court announced a common standard concerning judicial independence that has been held broadly applicable also to rule against measures of the Member States that undermine the right to an effective judicial remedy and to judicial independence. The case concerned the salary-reduction measures applied to the judges in Portugal, as well as to all other public employees of that Country in response to the 2008 financial crisis. These measures were challenged under EU law, but the Court upheld their validity. The Court held that the pay reduction measures applied in Portugal did not undermine judicial independence, which an essential component of the right to an effective judicial protection, because these measures affected the entire public sector. Although this conclusion could be easily taken for granted in that context, in its ruling the Court affirmed a general obligation for Member States to guarantee and protect judicial independence that is an essential part of the principle of effective judicial protection of individual's rights: «[…] a court or tribunal's independence is essential, as confirmed by the second subparagraph of Article 47 of the Charter, which refers to the

[61] *Ibidem*, §177.

[62] Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v. Tribunal de Contas*, EU:C:2018:117.

access to an 'independent' tribunal as one of the requirements linked to the fundamental right to an effective remedy»[63]. The principle of the effective judicial protection of individuals' rights under EU law, referred to in the second subparagraph of Article 19(1) TEU, is in turn:

> «[…] a general principle of EU law stemming from the constitutional traditions common to the Member States, which has been enshrined in Articles 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950, and which is now reaffirmed by Article 47 of the Charter»[64].

This is why some commentators have considered this judgement as a first step in the development of a European version of the incorporation doctrine announced by the US Supreme Court in *Gitlow v. New York,* as foreshadowed by AG Sharpston[65]. The Portuguese judges' ruling was followed by other decisions handed down by the Grand Chamber of the ECJ in 2019. In *Commission v. Poland*[66] at issue were the measures taken by the Polish government to lower the retirement age of judges. The question raised was whether these measures violated the obligations flowing from primary EU law to secure judicial independence and the right to an effective judicial remedy. The precedent set in the Portuguese judges' case already made clear that the traditional material criterion that separated the respective spheres of EU and national law cannot and do not govern questions of such fundamental importance for democracy and the rule of law as judicial independence. The claim of the Polish (and Hungarian) government that the rules governing the judiciary fall within the exclusive competence of the Member state was flatly rejected by the ECJ. In *Commission v. Poland* the ECJ makes the principle of effective judicial protection (including the principle of judicial independence) reviewable at a federal standard – to use the language that would be used across the Atlantic. Therefore, to quote the words of the judgment in this case:

[63] *Ibidem*, §41.
[64] *Ibidem*, §42.
[65] L. Pech, S. Platon, *Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case*, (2018) 55 Common Market Law Review 1827. According to the authors, the case «[…] comes close to being the EU equivalent of the US Supreme Court case of *Gitlow* as regards the principle of effective judicial protection».
[66] Case C-619/18, *European Commission v. Republic of Poland*, EU:C:2019:531.

> «[…] although, as the Republic of Poland and Hungary point out, the organisation of justice in the Member States falls within the competence of those Member States, the fact remains that, when exercising that competence, the Member States are required to comply with their obligations deriving from EU law». (§52)

The ECJ ruling in this case as in the previous case concerning the Portuguese judges holds that effective judicial protection is a general principle of EU law stemming from the constitutional traditions common to the Member States[67]. The same holding has also been affirmed in *Commission v. Poland (Indépendance des juridictions de droit commun)*[68] and underlies the judgement of the Court in the Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A. K. and Others v. Sąd Najwyższy*[69]. The latter of these decisions makes clear that the principle of the primacy of EU law requires the referring court to disapply national law which reserves jurisdiction to a court that does not meet the requirements of judicial independence. As such, the case would need to be heard and decided by a court that meets the articulated requirements.

7. *EU law and the extracontractual liability of the European institutions*

The reference to the common constitutional traditions of the Member States in the *Commission v. Poland* judgment brings me to consider what I have until now postponed. There are provisions of the Treaties that call, in rather explicit terms, for a comparative law foundation of the applicable law. A first well known example of this kind, going back to the origins of the law of the European institutions, is the law applicable to the extra contractual liability of the EU. A second example of more recent but ever growing importance is provided by the reference to the notion of «constitutional traditions common to the Member States»[70]. Together with the European

[67] *Ibidem*, §49.

[68] C-192/18, in *Commission v. Poland* (Indépendance des juridictions de droit commun), EU:C:2019:924.

[69] Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A. K. and Others v. Sąd Najwyższy*, EU:C:2019:982.

[70] O. Pollicino, *Transfiguration and Actual Relevance of the Common Constitutional Traditions: Past, Present and Future*, (2018) Global Jurist 1; Id., *Common Constitutional Traditions in the Age of the European Bill (s) of Rights: Chronicle of a (Somewhat*

Convention for the Protection of Human Rights these traditions provide a grounding of fundamental rights as general principles of EU law, as now proclaimed by art. 6.3 TUE and art. 52.4 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Already in the first version of the Treaty, dating back to 1957, the extracontractual liability of the European institutions was established on the basis of the general principles common to the laws of the Member States. In its present version, Article 340 of the Treaty on the Functioning of the European Union provides that: «[…] the Union shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties».

According to the same article, a similar provision now governs the liability of the European Central Bank, which does not, however, involve the liability of the Union, which is treated as an autonomous institution in this respect as well. With the entry into force of the Charter of Fundamental Rights, the duty of the Union to make good any damage caused to third parties has acquired a further dimension. The Charter now establishes as a binding fundamental right of every person: «[…] to have the Union make good any damage caused in accordance with the general principles common to the laws of the Member States» (CFR, art. 41.3).

The reference to the general principles common to the laws of the Member States in these articles require the Court to conduct a comparative examination of those laws, to establish what is actually common to them, as far as their principles are concerned. Essential concepts such as damage, loss, injury, negligence, causality, fault, and so on, are still given different meanings in the Member States so that to determine to what extent one can find commonalities across the Member States is not a simple task[71]. This explains why the jurisprudence of the Court on this matter has been examined more than a few times in works dedicated to European private law. Authors seek to answer the question 'how does the Court do it'[72]. In

Prematurely) Death Foretold, in L. Violini, A. Baraggia (eds.), *The Fragmented Landscape of Fundamental Rights Protection in Europe. The Role of Judicial and Non-Judicial Actors*, London, 2018, p. 42 ff.

[71] K. Gutman, *The Evolution of the Action for Damages Against the European Union and its Place in the System of Judicial Protection*, (2011) 48 Common Market Law Review 700, notes that «…the case law on the Union's non-contractual liability is littered with concepts – e.g. damage, loss, injury, causal link, fault, negligence, etc. – that are interpreted differently in the Member States».

[72] Cp. H. Koziol, R. Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community,* Wien, 2008.

turn, these works have been cited to the Court – as usual, the citations are mostly in the Advocates General's opinions[73]. In terms of effectiveness, the jurisprudence of the Court in this matter attracts some critical remarks because claims brought against European institutions on this basis have a very low rate of success. A recent study prepared for the European Parliament highlights this outcome[74]. From the time that the Community was founded to the year 2000, only 20 actions for damages were successful. The number is similar between 2000 and 2014: 19 plaintiffs have won against the European institutions. It is not quite 'mission impossible' but these are very low numbers indeed. The average success rate is a mere 8%. More recent data do not change this picture. The case law of the Court thus makes «only a modest contribution to breaking down the immunity afforded to public bodies»[75]. This is somewhat ironic, considering the importance that the Court attributes to the principle of effective judicial protection.

8. *The 'constitutional traditions common to the Member States' as an invitation to comparative law*

As mentioned above, art. 6.3 TUE establishes fundamental rights as general principles of the Union's law: «as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States». Art. 52.4 of the Charter of Fundamental Rights further provides that: «In so far as this Charter recognises fundamental rights as they result from the constitutional traditions common to the Member States, those rights shall be interpreted in harmony with those traditions»[76]. These are once more norms that explicitly require a determination of

[73] See Advocate General Mengozzi in C-282/05 P Holcim, EU:C:2007:19 ECR 2007 I-02941, §§ 58 and 115.

[74] R. Mańko, *Action for Damages Against the EU,* European Parliamentary Research Service, 2018, http://europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630333/EPRS_BRI(2018)630333_EN.pdf.

[75] C. Van Dam, *European Tort Law*, Oxford, 2013, p. 533.

[76] There is a reference to the same notion in the Preamble of the Charter: «This Charter reaffirms, with due regard for the powers and tasks of the Union and for the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms […]».

what is common among the Member States. Obviously, this is more than invitation to adopt a comparative stance to ascertain the general principles of European law in the area of fundamental rights.

Those who are familiar with the evolution of European law will quickly draw attention to the absence of similar provisions from the text of the original Treaties. They are right, of course. A first version of this provision was incorporated in the Treaties only after the European Court of Justice recognized the necessity of containing the potentially disruptive dynamics originating in the inevitable collisions between the norms of the national constitutions of the Members States and European law[77]. The way out of the problem was to proclaim that the validity of EU law could not be challenged on the basis of the constitutions of Member States, and yet, at the same time, to elaborate a doctrine of EU fundamental rights that draw from the constitutional traditions common to the Member States[78]. As the Court first held in *Internationale Handelsgesellschaft*[79]:

> «[…] respect for fundamental rights forms an integral part of the general principles of law protected by the Court of Justice. The protection of such rights, whilst inspired by the constitutional traditions common to the Member States, must be ensured within the framework of the structure and objectives of the Community».

The Court thus asserted the autonomy and the independence of the Community legal order vis à vis the Member States, but it also recognized that this order presents a constitutional dimension 'inspired' – this was the original expression – by the constitutional traditions common to the laws of the Member States. This formula has been subsequently refined and now it is featured in over one hundred decisions rendered by the ECJ according to research conducted by Riccardo de Caria in 2017[80]. The constitutional traditions of the Member States are not a stand-alone source of law in this

[77] S. Cassese, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 939.

[78] B. Davies, *Internationale Handelsgesellschaft and the Miscalculation at the Inception of the ECJ's Human Rights Jurisprudence*, in F. Nicola, B. Davies (eds.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, cit., p. 155 ff.

[79] Case 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, EU:C:1970:114; ECR 1970 -01125, §14.

[80] M. Graziadei, R. De Caria, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case-law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 949. Meanwhile, the number of decision featuring a reference to the notion has grown.

framework. The European Union has undertaken the obligation to respect the constitutional identity of the Member States, which is also an important means to diffuse the tensions that can and do arise in the adjudication of EU law[81]. Clearly, an assessment of what is common among the Member States, as far as the respective constitutional traditions are concerned, should involve a serious comparative effort by the Court, to give substance to the bottom up approach represented by this reference to the laws of the Member States. The European Charter of Fundamental Rights and the European Convention of Human Rights show what has been achieved so far and what is already common to the Member States in the field of fundamental freedoms and rights. But we should not underestimate the power of unwritten law represented by the general principles of EU law, built upon the foundations provided by the constitutional traditions of the Member States. They are an immense normative reservoir to be tapped[82], especially when EU law falls short of providing a specific rule, or textual reference. Reference to those traditions is also a reminder of the fact that EU law can seldom afford the luxury of starting from scratch.

[81] C. Calliess, G. van der Schyff (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism,* Cambridge, 2019.

[82] Pollicino, *Common Constitutional Traditions in the Age of the European Bill (s) of Rights: Chronicle of a (Somewhat Prematurely) Death Foretold,* cit., pp. 42-71.

PARTE III

COMPARAZIONE GIURIDICA E PROSPETTIVE DI STUDIO DEL DIRITTO

Guido Alpa

La "proprietà" dei dati personali

Sommario: 1. I dati personali in un ampio contesto normativo – 2. I dati normativi di riferimento. Dati personali e diritto generale della personalità – 3. Il mercato digitale e la circolazione dei dati con il consenso dell'interessato – 4. I contratti a contenuto digitale – 5. La c.d. proprietà dei dati personali. – 6. *Segue*. Il modello statunitense – 7. A mo' di conclusione.

1. *I dati personali in un ampio contesto normativo*

Sono almeno tre le linee di sviluppo della normativa concernente i dati personali avviate dagli organi dell'Unione europea in fasi progressive: (i) una concerne la protezione dei dati come espressione ed immagine della persona, e quindi come specificazione del *diritto generale della personalità*, che si è venuto costruendo nel nostro modello alla fine dell'Ottocento sulla base di influenze della cultura francese e tedesca[1]; (ii) un'altra riguarda

[1] Per una accurata analisi della storia del diritto (o dei diritti) della personalità v. G. Resta, Il *diritti della personalità*, in G. Alpa, G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2006, p. 361 ss., 383 ss.; V. Zeno Zencovich, voce *Personalità* (diritti della), in *Dig. It.*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, IV, vol. XIII, Torino, 1995, p. 430 ss.; P. Rescigno, voce *Personalità (diritti della*), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1991, s.d.; D. Messinetti, voce *Personalità (diritti della*), in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; P. Vercellone, voce *Personalità (diritti della)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 1083 ss.Nell'esperienza francese si fa risalire addirittura a Domat la nozione di diritti della personalità (v. G. Goubeaux, *Les personnes*, Paris, 1989, p. 248, n. 12; per la letteratura dell'Ottocento e del primo Novecento v. Resta, *op. cit.*, p. 362 ss.).Per l'esperienza tedesca, come riflessa nella cultura giuridica italiana dalla Scuola pandettistica, v. ancora Resta, *ult. op. cit.*; e le ammirevoli, approfondite e copiose note di Fadda e Bensa alle Pandette di Windscheid, vol.I, I parte, Torino, 1902. L'oggetto dei diritti della personalità è stato da sempre un problema cruciale per i giuristi, non potendosi l'uomo considerare oggetto, una *res* sulla quale esercitare un diritto assoluto, né concepire un *ius in se ipsum* (v. la tesi di laurea di A. Ravà, pubblicata con il titolo *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, Torino, 1901), né superare la contraddizione logica della identità tra soggetto ed oggetto dello stesso diritto; di qui l'escamotage di considerare questo diritto o frantumato in diritti particolari (ma il problema rimane, sul diritto al corpo, sul diritto al nome etc.) oppure come un diritto generale – preferito dalla dottrina tedesca – che però era divista tra la concezione di Savigny

la costruzione del mercato dei dati che sono componente essenziale del mercato digitale, la loro circolazione e quindi l'autorizzazione, o il consenso da parte dell'interessato, alla loro acquisizione, al trattamento e alla utilizzazione ed include anche la proprietà delle banche di dati realizzate dagli operatori economici[2]; (iii) un'altra ancora attiene ai contratti che hanno contenuto digitale, tra i quali possono essere rinvenuti dati di natura personale[3]. Vi sono, ovviamente, altre linee di sviluppo, intrecciate con il mondo dell'informatica, della cibernetica e dell'intelligenza artificiale, ma per il momento la letteratura, la giurisprudenza, gli atti delle Autorità indipendenti, i deliberati degli organismi economico-sociali europei e internazionali, i codici di condotta sono concentrati soprattutto sui dati personali e sul loro rapporto con il mercato.

Non è facile ricostruire il quadro normativo, che si compone di fonti europee e di fonti interne, e neppure il substrato dottrinale dal quale esso trae la terminologia, i concetti e le tecniche, anche rimediali, per poter dominare un fenomeno che coinvolge ed investe ogni individuo, ogni impresa, ogni istituzione. E si affida anche a contrapposti orientamenti, che, volendo semplificare le cose, si potrebbero definire l'uno liberista, l'altro garantista: il primo volto a consentire la liberalizzazione della circolazione dei dati e quindi la loro configurazione come "bene" dotato di un valore – e quindi di un prezziario – oggetto di scambio per ottenere altri beni o servizi, l'altro preoccupato invece di tutelare la persona anche contro la sua stessa volontà, a preservare gli aspetti intimi dell'individuo connessi con la sua identità, a controllare l'acquisizione e il trattamento dei dati e a limitare

di impronta romanistica, anti-giusnaturalistica, che identificava i diritti della persona con la persona stessa, e la concezione germanistica, in particolare di von Gierke e Kohler, che realisticamente ne vedono una proiezione pratica sulla proprietà intellettuale e nel diritto della concorrenza (v. ancora Resta, *op. ult. cit.*, p. 403). Sulla concezione giuridica del corpo v. ora S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009.

[2] Sul punto v. *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, (COM 2015/192); G. Simeone, voce *Mercato unico digitale*, in *Enc. Giur. Treccani on line,* 2016; C. Prins, C. Cuijpers, P.L. Lindseth, M. Rosina (eds.), *Digital Democracy in a Globalized World*, London, 2017; OECD, *Key Issues for Digital Transformation* in the G20, Berlin, 12 January 2017; European Commission, *International Digital Economy and Society Index 2018*, Smart 2017/0052, *Final Report* a cura di Foley et al., Bruxelles, 2018.

[3] I lavori sono "in corso": v. il Briefing diramato dal Parlamento europeo nel maggio 2017 su *Contracts for the supply of digital content and perdsonal data protection*, PE 603.929 e i lavori del Segretariato generale del Consiglio, Bruxelles, 11 aprile 2017, 8229/17; la nota della Presidenza del 1 giugno 2017, 9901/17 e nell'amplissima letteratura i contributi raccolti da A. De Franceschi, *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implication of the Digital Revolution*, Cambridge, 2017.

quindi il loro "mercato"[4].

I tre indirizzi normativi sopra ricordati fanno riferimento a regole già in vigore o in preparazione, che però tra loro non sono accuratamente coordinate: è noto che l'ordinamento comunitario non procede come un ordinamento nazionale e che gli interventi degli organi legislativi non sono settoriali, sì che il bilanciamento degli interessi in gioco sono di volta in volta riferiti ai singoli oggetti della normazione; spetta all'interprete ricostruire il sistema, con l'avvertenza che, non essendosi consolidato un diritto privato europeo (e tanto meno un diritto pubblico europeo), la terminologia impiegata nei testi deve essere decodificata, depurandola delle suggestioni dettate da allitterazioni e similitudini lessicali, così come da facili – e ingannevoli – sovrapposizioni di modelli stranieri, provenienti da esperienze fondate su valori e fini assai diversi da quelli che fanno capo al modello europeo (continentale).

2. *I dati normativi di riferimento. Dati personali e diritto generale della personalità*

Richiamare il principio di *dignità* (art. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea) quando si tratta di tutelare la persona nei suoi aspetti vitali è d'obbligo, anche se la Carta è equiparata ai Trattati, e quindi deve essere coordinata con i principi tutelati dai Trattati sulla circolazione di persone, merci, servizi e capitali: nel nostro caso, il bilanciamento, anche se può apparire un po' rozzo, deve essere fatto con la circolazione di merci (beni) se il dato personale inteso come informazione possa essere considerato come un *bene* e con la circolazione dei *servizi,* posto che i dati sono utilizzati prevalentemente dagli Internet providers, i quali per l'appunto se ne avvalgono per effettuare servizi, sia all'interessato, sia al titolare dei dati, sia a terzi.

Richiamare la dignità non è però operazione scontata o retorica[5]: al di là del suo valore intrinseco, essa costituisce un connotato essenziale del modello europeo, che non si riscontra in altri modelli, ad es. nel modello americano; e, pur essendo espressiva di un principio che deve essere coordinato con la libertà d'impresa, anch'essa tutelata dalla Carta (all'art.

[4] In luogo di tanti v. A. Mantelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragioni dell'impresa*, Milano, 2007; S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2014.

[5] Nella letteratura infinita v. per tutti S. Rodotà, Il *diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

16) e dai Trattati, nonché con il diritto di proprietà (art. 17), è proprio su questo principio-valore che la dottrina recente ha edificato il concetto di *homo dignus* e di *identità digitale.*

Sempre la Carta ha distinto la tutela della privacy (art. 7) dalla tutela dei dati personali (art. 8): anche se si volesse inferire dal testo che si è dato corpo ad un aspetto peculiare della privacy, che gli studiosi americani denominano *informational privacy*, il legame tra *persona, dati e consenso* implica una fattispecie diversa da quella originaria come da quella anche più evoluta di *riservatezza*, perché l'orizzonte dei dati personali è più ampio di quello della vita privata, essendo connesso con l'*identità* della persona ed essendo inclusivo di tutti quegli aspetti della persona che possono costituire altrettante cause di discriminazione (art. 21 della Carta), così come è inclusivo degli aspetti relativi alla integrità fisica e alla salute, alla cultura, alla propensione al consumo e al risparmio, ai gusti e così via. Come ha sottolineato Stefano Rodotà, «la distinzione non è solo di facciata. Nel diritto al rispetto della vita privata e familiare si manifesta soprattutto il momento individualistico, il potere si esaurisce sostanzialmente nell'escludere interferenze altrui: la tutela è statica, negativa. La protezione dei dati, invece, fissa regole ineludibili sulle modalità del loro trattamento, si concretizza in poteri di intervento: la tutela è dinamica, segue i dati nella loro circolazione»[6].

Per la verità anche il TUE, all'art. 2, richiama i valori del rispetto della dignità umana e il rispetto dei diritti umani e il TFUE all'art. 16 dispone che «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano», sì che in questo settore il coordinamento di Carta e Trattati è più agevole.

Il Regolamento n. 679 del 2016[7] si colloca in questo quadro di valori e di principi, e già dai suoi "considerando" si può derivare il bilanciamento degli interessi in gioco e delineare l'area della protezione. Il diritto fondamentale che il Regolamento assicura è il diritto alla protezione dei dati, che deve essere "al servizio dell'uomo" ma, in applicazione del principio di proporzionalità, *non è assoluto* in quanto «[...] va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. (…) Rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la

[6] Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti quali vincoli*, cit., pp. 31-32.

[7] Nella versione integrata con le modifiche apportate successivamente, il cui testo è rinvenibile sul sito dell'Autorità Garante dei dati personali.

libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica». Si deve tener conto della libera circolazione dei dati e in particolare del Regolamento che «garantisc(e) certezza del diritto e trasparenza agli operatori economici, comprese le micro, piccole e medie imprese, offr(e) alle persone fisiche in tutti gli Stati membri il medesimo livello di diritti azionabili e di obblighi e responsabilità dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento e assicur(a) un controllo coerente del trattamento dei dati personali, sanzioni equivalenti in tutti gli Stati membri e una cooperazione efficace tra le autorità di controllo dei diversi Stati membri». In più, il testo sottolinea che «per il buon funzionamento del mercato interno è necessario che la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione non sia limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. Per tener conto della specifica situazione delle *micro, piccole e medie imprese*, il (…) regolamento prevede una deroga per le organizzazioni che hanno meno di 250 dipendenti per quanto riguarda la conservazione delle registrazioni. Inoltre, le istituzioni e gli organi dell'Unione e gli Stati membri e le loro autorità di controllo sono invitati a considerare le esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese nell'applicare il (…) regolamento».

Se si volesse sottolineare in modo formale, dal tenore delle parole, la portata di questa disciplina, dovremmo allora osservare che i diritti che scaturiscono dal Regolamento – immediatamente applicabili in capo agli individui (considerati come persone fisiche, e non aggregati in associazioni o tutelati dal velo delle persone giuridiche) riguardano innanzitutto la protezione delle persone fisiche non i dati in sé e per sé considerati; in altri termini, non è tutelato il dato in sé e per sé, ma in via mediata il dato come rappresentazione della persona; ancora, si è in presenza di un diritto fondamentale, ma non di un diritto assoluto; e di un diritto tutelato in modo graduale, perché l'intensità della tutela varia a seconda delle dimensioni dell'impresa che tratta i dati. Sono però tutelate le banche di dati, mediante la disciplina del diritto d'autore, dalla direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996, se meritevoli di essere protette nella loro creatività (art. 3) e senza estensione della tutela ai contenuti dei dati.

Siamo quindi in presenza di una specificazione del diritto generale della personalità, che, come il diritto alla vita privata, e alla vita, alla integrità, alla libertà e alla sicurezza, e alle altre libertà, è classificabile come un

diritto fondamentale, che qui tuttavia è condizionato e bilanciato: diverso, quindi, dai diritti costituzionalmente garantiti dagli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione, e diverso dai diritti della personalità così come costruiti nel corso di più di un secolo, come diritti assoluti, inalienabili, indisponibili.

Se si va più a fondo sul significato dei termini e dei concetti ci si avvede che l'espressione "dati personali" è puramente convenzionale, ed è utile che sia così perché nei diversi modelli dei Paesi membri i principi costituzionali che proteggono la persona, come frammentata nelle specificazioni del diritto della personalità non sono del tutto coincidenti.

Innanzitutto, la categoria concettuale dei *diritti della personalità* non è univoca, come dimostrano le analisi comparatistiche svolte soprattutto con riguardo al diritto francese, al diritto tedesco e al *common law* inglese[8]. Come è noto, la stessa categoria nella nostra esperienza è stata oggetto di ampie discussioni riguardanti la sua ammissibilità, la sua inerenza alla persona, la sua dissociazione dal soggetto al tempo stesso titolare e "oggetto" del diritto. Nonostante che nella nostra esperienza siano tuttora diverse le concezioni dei diritti (o del diritto) della personalità, è ormai prevalente la tesi, enunciata con chiarezza da Franco Galgano, che essi coincidono con i diritti dell'uomo in quanto tale e perciò più che creati sono "riconosciuti" dall'ordinamento[9].

La definizione data dall'art. 4 del Regolamento – «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale» – allude ad altri diritti fondamentali o costituzionalmente garantiti, la cui protezione si associa a quella della protezione della persona riguardo al trattamento dei dati: si pensi al diritto al nome (*ex* art. 22 Cost.), allo pseudonimo (*ex* art. 22 Cost.), all'immagine (*ex* art. 2 Cost.) e agli altri aspetti della *identità*.

E si possono ricavare dalla definizione e dalla protezione della persona anche altri corollari. Ad es., che l'*informazione* è sì considerata un bene[10] – in questo caso inerente la persona – perché ha ad aggetto un aspetto della persona idoneo ad identificarla; ma non è dunque tutelata in sé e per sé, ma

[8] V. per tutti Resta, *ult. op. cit.*

[9] F. Galgano, *Diritto privato*, XIV ed., Padova, 2008, p. 89; Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* cit., p. 41 ss. e p. 140 ss.

[10] V. G. Alpa, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1977, cap. IV.

soltanto in ordine al suo contenuto.

E che il dato personale, proprio perché legato alla persona, ne compone l'*identità digitale*, quasi fosse una proiezione della persona stessa, "una sua parte".

In più, possiamo aggiungere, si tratta di un diritto-bene che può essere cangiante nel tempo: anche il nome si può cambiare (sulla base di procedure particolari, presso di noi, con un semplice mutamento anagrafico in altri ordinamenti), come può cambiare l'immagine, la psiche, l'orientamento politico, religioso e culturale, ed ora anche il sesso fisico o il gender. La scienza biologica è riuscita persino a cambiare il colore della pelle, sì che anche questo dato può considerarsi mutevole[11]. Così come cambia lo stato di salute: forse gli unici dati immodificabili sono il dato genetico, l'iride, le impronte digitali e il dato etnico – non voglio usare l'espressione "razziale" perché frutto di pura invenzione ed utilizzata solo per fini storici e politici. Ma anche il dato etnico può apparire solo come dato originario, potendo la persona assimilarsi perfettamente in un contesto diverso da quello da cui è estratta e perdere dunque i connotati con cui era originariamente classificata.

3. *Il mercato digitale e la circolazione dei dati con il consenso dell'interessato*

La costruzione di un mercato digitale costituisce una delle preoccupazioni degli organi dell'Unione europea non solo per accompagnare e promuovere lo sviluppo economico, ma anche per rimanere al passo con gli altri Paesi tecnologicamente avanzati, per esportare tecnologie, per concludere trattati commerciali. La disciplina dei dati e la loro circolazione è così importante che proprio i contrasti in materia hanno costituito una delle cause dell'interruzione dei negoziati del Trattato transatlantico sul commercio e gli investimenti tra l'Unione europea e gli U.S.A. (TTIP).

Sul piano normativo è da segnalare la Comunicazione della Commissione [COM (2017) 9 final] del 10 gennaio del 2017 volta a "Costruire un'economia dei dati europei", che si deve coordinare con la Comunicazione (n. 7) approvata lo stesso giorno sullo scambio e la protezione dei dati in un mondo globalizzato.

In quest'ultima si legge testualmente (al § 3) che «Il rispetto della privacy è una condizione necessaria per flussi commerciali stabili, sicuri e competitivi a livello mondiale. *La privacy non è una merce di scambio* (…). Internet e

[11] Sul punto v. Rodotà, *La vita e le regole*, cit.; e già Id., *Tecnologie e diritti,* Bologna, 1995.

la digitalizzazione dei beni e dei servizi ha trasformato l'economia globale: il trasferimento transfrontaliero di dati, compresi i dati personali, è parte dell'operatività quotidiana delle imprese europee di tutte le dimensioni e in tutti i settori. Poiché gli scambi commerciali utilizzano sempre più i flussi di dati personali, la riservatezza e la sicurezza di tali dati è diventata un fattore essenziale della fiducia dei consumatori. Ad esempio, due terzi degli europei si dichiarano preoccupati del fatto che non hanno alcun controllo sulle informazioni che forniscono online, mentre la metà degli intervistati teme di essere vittima di frode (…). Al tempo stesso, le imprese europee che operano in alcuni paesi terzi si trovano sempre più spesso a dover far fronte a restrizioni protezionistiche che non possono essere giustificate con argomentazioni legittime di tutela della sfera privata».

E si richiama «a titolo di esempio, la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul "Commercio per tutti – Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile", COM(2015) 497 final del 14.10.2015, pag. 8».

La Comunicazione n. 9 inoltre sancisce il principio della libera circolazione dei dati e aggiunge che «i fabbricanti o i fornitori di servizi possono divenire di fatto "proprietari" dei dati generati dalle loro macchine o processi anche quando i dispositivi stessi sono di proprietà dell'utilizzatore» (§ 3.4).

Il Rapporto predisposto dall'OECD (*Key Issues for Digital Transformation in the G20*) del 12 gennaio 2017 insiste sulla protezione dei dati dei consumatori ma anche sulla necessità di sostenere la concorrenza in un mondo globalizzato.

E la Comunicazione sullo spazio europeo dei dati [COM (2018) 125 final del 25 aprile 2018], pur muovendo dalla premessa che con l'introduzione del Regolamento «l'UE ha creato una solida struttura per la fiducia digitale, un presupposto essenziale per lo sviluppo sostenibile dell'economia dei dati» e che «il regolamento generale sulla protezione dei dati garantisce un elevato livello di protezione», precisa che «gli orientamenti si fondano sui principi per la condivisione dei dati tra imprese e tra imprese e settore pubblico, stabiliti in questa comunicazione. Le misure previste interessano diverse tipologie di dati e hanno pertanto *diversi livelli di intensità*. Allo stesso tempo, tutte concorrono al più ampio obiettivo di riunire i dati, come fonte essenziale di innovazione e crescita, provenienti da settori, paesi e discipline diversi in uno spazio comune».

Occorre dunque, per il legislatore europeo, *sfruttare i vantaggi socioeconomici dell'innovazione guidata dai dati*:

«I dati – prosegue la Comunicazione – sono la materia prima del mercato unico digitale. Possono rivoluzionare le nostre vite e creare nuove opportunità per la crescita, anche per le imprese di piccole e medie dimensioni. La disponibilità di enormi quantità di dati, molti dei quali generati da macchine e sensori, ha effetti su tutti noi. In realtà, sono pochi gli ambiti della nostra vita non ancora interessati dalla rivoluzione dei dati in corso. L'uso ottimale dei dati può aiutarci a vivere più a lungo e in modo più sano, conducendo inoltre una vita meno stressante e più rispettosa dell'ambiente. Può inoltre aiutare gli scienziati a sviluppare modelli migliori per prevedere i cambiamenti climatici e le calamità naturali. L'uso intelligente dei dati ha un effetto trasformativo su tutti i settori dell'economia e sul settore pubblico».

È chiaro che l'intelligenza artificiale e l'Internet delle cose sono due motori straordinari per lo sviluppo economico che si fonda sui dati: non è possibile né invertire il percorso né appesantirlo con ostacoli o limitazioni. Ma è altrettanto chiaro che questo percorso deve avvenire senza pregiudicare i diritti degli interessati.

L'Unione europea sta dunque inoltrandosi in questo mercato digitale tra Scilla e Cariddi: da un lato rassicurando i cittadini – in particolare i consumatori – sulla protezione dei dati personali, dall'altro costruendo un mercato digitale concorrenziale mediante la promozione della circolazione e della utilizzazione dei dati.

Come raggiungere allora un corretto bilanciamento di interessi?

Uno dei criteri è incentrato sul *consenso* dell'interessato[12].

Ma come qualificare giuridicamente il consenso, visto che il Regolamento è ambiguo al riguardo, e che in ogni ordinamento il consenso è configurato in modo non univoco?

Il Regolamento dedica molti considerando e diverse disposizioni al consenso, che deve essere lecito, scritto, consapevole, informato, e può essere revocato. Si astiene però dal darne una configurazione giuridica. Il considerando n. 32, che all'uopo potrebbe essere utilizzato per assumere una posizione avvalorata dall'Unione, non deve essere equivocato. Testualmente recita: «Il consenso dovrebbe essere prestato mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta *l'intenzione* libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati

[12] Tema sul quale si è raccolta una letteratura cospicua: da ultimo v. G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 2, 2018, p. 411 ss.; I.A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del dir. civ. e comm.*, 2018, n. 1, p. 67 ss.

personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale».

All'apparenza sembrerebbe che si parli di una manifestazione di volontà, e quindi che il consenso sia parte di un accordo concluso tra l'interessato e il titolare dei dati, o l'Internet provider, insomma di chi li raccoglie per poi trasformarli. Ma si potrebbe trattare di semplice autorizzazione, cioè del *consenso dell'avente diritto,* del quale, come è noto, si discute se si debba qualificare come atto unilaterale di volontà oppure di un atto non negoziale. In una concezione liberale del mercato (che si sposa con la concezione proprietaria del dato personale) si privilegia la negozialità, meglio, con la contrattualizzazione della manifestazione di volontà; in una concezione garantista della persona, si privilegia l'autorizzazione, che a sua volta può essere atto negoziale oppure non negoziale.

È evidente che se si considera l'identità digitale come componente della persona, e il dato personale come una parte di essa, il consenso deve essere inteso come autorizzazione dell'avente diritto e, seppur rozzamente, esso si affianca al consenso che riguarda i trattamenti del corpo: se si accede all'idea che accanto al corpo fisico ha preso ormai forma il corpo digitale e che i dati personali sono una proiezione della persona, il consenso di cui si parla non può che essere il consenso dell'avente diritto[13].

Due considerando del Regolamento ci possono aiutare in questo senso: «(43) Per assicurare la libertà di prestare il consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato prestato liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica. Si presume che il consenso non sia stato liberamente prestato se non è possibile prestare un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione. (44) Il trattamento dovrebbe essere considerato lecito se è necessario nell'ambito di un contratto o ai fini della conclusione di un contratto».

"Ai fini della conclusione del contratto" non significa che il consenso sia equiparabile all'accettazione, né che il dato sia una moneta o un bene (*commodity*) che si scambia per ottenere altri beni o servizi: il consenso (dell'avente diritto) potrebbe costituire la premessa, la condizione per poter

[13] Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 79 ss. e p. 324 ss.

concludere il contratto.

Alla natura del consenso si è dedicata una letteratura sconfinata, in Italia e all'estero: sciogliere questo dubbio è importante, per via della validità dei contratti conclusi con i titolari dei dati, con le imprese e così via. E soprattutto è importante capire se il consenso sia revocabile *ad nutum*.

Solo se si considera il consenso come consenso dell'avente diritto si può considerare tutelato adeguatamente il dato e quindi la persona.

Una recente sentenza della Suprema Corte (Cass. Civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278) a proposito del divieto pronunciato dal Garante per la protezione dei dati personali nei confronti di una società che aveva raggiunto gli interessati con messaggi pubblicitari senza averne prima richiesto il consenso, ha espresso il seguente principio:

«In tema di consenso al trattamento dei dati personali, la previsione dell'articolo 23 del Codice della privacy, nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito Internet, il quale somministri un servizio fungibile, cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio (nella specie servizio di newsletter su tematiche legate alla finanza, al fisco, al diritto e al lavoro), di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, sempre che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto, il che comporta altresì la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti».

Il consenso sembra dunque un requisito per poter acquisire i dati lecitamente, ma non il corrispettivo del servizio, che è reso gratuitamente perché – come avviene nel caso di specie – il messaggio pubblicitario serve soltanto a catturare l'interesse del destinatario e a promuovere un prodotto o un servizio ma non è né una promessa né una offerta al pubblico e non esprime una volontà del mittente.

Senza cadere in un "ùsteron pròteron" si può argomentare questa tesi anche considerando i rimedi apprestati per tutelare il soggetto cui si riconosce il diritto di autodeterminazione.

I rimedi messi a disposizione dell'interessato nel caso in cui il titolare o gli altri soggetti che trattano i dati non rispettino le norme del Regolamento non sono rimedi di diritto contrattuale. Il Regolamento prevede infatti rimedi di responsabilità extracontrattuale per la violazione delle regole sui dati personali: sembra quindi che anche il Regolamento avvalori questa tesi (v. i considerando 75 e 146).

Dispone infatti l'art. 82:

«Diritto al risarcimento e responsabilità (C142, C146, C147) 1. Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento. 2. Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento. Un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento. 3. Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile […]».

4. *I contratti a contenuto digitale*

Si è parlato dei dati e della loro connessione al diritto generale della personalità, del mercato digitale e della protezione dei diritti dell'interessato ed ora veniamo alla terza linea di sviluppo normativo che riguarda la disciplina dei contratti a contenuto digitale. Si tratta, come è noto, di una proposta di direttiva [COM 2015 634 final] del 9 dicembre 2015, coniugata con analogo provvedimento sulle vendite on line e a distanza di beni, che tutela i consumatori destinatari di forniture a contenuto digitale.

Pur avendo un diverso oggetto rispetto ai provvedimenti che si occupano della tutela dei dati personali, non sfugge al legislatore comunitario la connessione con questa tematica, sì che tra i considerando (al n. 22) si legge che «la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali è disciplinata dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (…) e dalla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che sono pienamente applicabili nell'ambito dei contratti di fornitura di contenuto digitale (…). Tali direttive istituiscono già un quadro giuridico nel settore dei dati personali nell'Unione. L'attuazione e l'applicazione della presente direttiva devono avvenire nel pieno rispetto di tale quadro giuridico». La proposta è anteriore al Regolamento e quindi fa ancora riferimento alla precedente disciplina oggetto non di regolamento ma di direttiva.

I considerando della proposta sono rilevanti ai nostri fini, perché

prendono in considerazione lo scambio tra dati personali e servizi offerti. Data la loro pregnanza, val la pena di riportarli per esteso, dal momento che lo scambio implica da un lato la consapevolezza del consumatore e la liceità del consenso, e dall'altro la determinazione di un valore (costituito dai dati trasferiti) per l'acquisizione di una fornitura; la causa dello scambio potrebbe anche essere gratuita a fronte della cessione dei dati.

Si legge nei considerando nn. 13, 14, 15:

«(13) Nell'economia digitale, gli operatori del mercato tendono spesso e sempre più a considerare le informazioni sulle persone fisiche *beni di valore comparabile al denaro*. I contenuti digitali sono spesso forniti non a fronte di un corrispettivo in denaro ma di una controprestazione non pecuniaria, vale a dire consentendo l'accesso a dati personali o altri dati. Tali specifici modelli commerciali si applicano in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Introdurre una differenziazione a seconda della natura della controprestazione significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l'offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati. Vanno garantite condizioni di parità eque. Inoltre, è possibile che una cattiva prestazione del contenuto digitale fornito in cambio di una controprestazione non pecuniaria abbia ripercussioni sugli interessi economici dei consumatori. L'applicabilità delle disposizioni della presente direttiva non dovrebbe pertanto dipendere dal pagamento o meno di un prezzo per il contenuto digitale in questione.

(14) Per quanto riguarda la fornitura di contenuto digitale non in cambio del pagamento di un prezzo ma di una controprestazione non pecuniaria, la presente direttiva dovrebbe applicarsi solo ai contratti in cui il fornitore richiede dati, quali il nome e l'indirizzo email o foto e il consumatore glieli fornisce attivamente, in modo diretto o indiretto, ad esempio attraverso una procedura di registrazione individuale o sulla base di un contratto che consente l'accesso alle fotografie dei consumatori. La presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il fornitore raccoglie i dati necessari affinché il contenuto digitale funzioni in conformità al contratto, ad esempio la localizzazione geografica se tale dato è necessario per il corretto funzionamento di un'applicazione mobile, o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge, ad esempio nei casi in cui la registrazione del consumatore è obbligatoria ai fini di sicurezza e di identificazione. La presente direttiva non dovrebbe nemmeno applicarsi a situazioni in cui il fornitore raccoglie le informazioni, compresi i dati personali, quali l'indirizzo IP, o altre informazioni generate automaticamente, ad esempio le informazioni

raccolte e trasmesse mediante un cookie, senza che il consumatore le fornisca attivamente, anche se accetta il cookie. Inoltre non dovrebbe essere applicata alle situazioni in cui il consumatore è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti digitali.

(15) Il contenuto generato dai consumatori dovrebbe essere trattato alla stessa stregua di ogni altro contenuto digitale che il consumatore fornisce o memorizza per tutta la durata del contratto, quali musica e giochi, immagini, file video o applicazioni. Il contenuto generato dai consumatori comprende un'ampia gamma di esempi: che include immagini digitali, file video e audio, blog, forum di discussione, formati di testo collaborativi, *chat, post, tweet, log, podcast,* contenuti creati su dispositivi mobili, contenuti creati nel contesto di ambienti virtuali online, le sitografie e le valutazioni di contenuti on line».

Nel testo normativo il problema dello scambio è affrontato solo marginalmente, a proposito del controllo della conformità della prestazione a quanto convenuto. All'art. 6 c. 2 (a) si annovera tra i criteri di valutazione della conformità «il fatto che il contenuto digitale è fornito in cambio del pagamento di un prezzo o di altra controprestazione non pecuniaria».

Questa disposizione presuppone la cessione dei dati come controprestazione, piuttosto che non come condizione per poter conseguire il servizio.

Il tema è trattato con molta perizia e circospezione dal *European Data Protection Supervisor*, Giovanni Buttarelli, nel parere reso il 14 marzo 2017 (Opinion 4/2017) a proposito del progetto di direttiva in esame.

Il parere esclude che sia possibile considerare i dati personali come controprestazione dei servizi o dei beni acquisiti dalle imprese e richiama il parere precedente (Opinion 08/2016) in cui la stessa Autorità aveva sottolineato che nell'ambito dell'Unione europea l'informazione personale non può essere considerata come un bene, richiamando sia le disposizioni della Carta sia l'art. 16 del TFEU. Il parere sottolinea anche la decettività della qualificazione dei dati come "controprestazione", una cosa essendo il prezzo – ben comprensibile per il consumatore – altra cosa il complesso dei dati, la cui destinazione, pur controllata, riveste sempre un margine di incertezza potendo implicare rischi per la persona incompetente o ignara.

Di qui le perplessità sul testo predisposto dalla Commissione. Perplessità che sono state manifestate sia dalla rappresentanza dei consu-

matori (BEUC)[14] sia dalla rappresentanza degli avvocati (CCBE)[15].

Occorre anche considerare che vi sono dati non cedibili, quali quelli inerenti i diritti della personalità, che sono inalienabili, ed altri che non si trasferiscono in proprietà, ma solo in uso, come ad es., l'indirizzo, o le informazioni riguardanti la professione, le caratteristiche fisiche, gli interessi culturali e così via. In più non si riscontra il requisito della esclusività nella trasmissione dei dati. Tutte considerazioni che tendono ad escludere la possibilità di costruire un diritto di proprietà dell'interessato sui propri dati e quindi il trasferimento della loro proprietà all'impresa controparte. Diverso è il caso che i dati siano inventati, artisticamente rappresentati, rielaborati o creati dall'interessato, perché in questo caso potrebbero essere qualificati come opere d'arte o invenzioni ed avrebbero allora una diversa tutela.

Anche il profilo della "gratuità" dello scambio è stato esaminato con dovizia di riferimenti e con acutezza dalle elaborazioni dottrinali in materia, ma in questo contesto il tema non può essere affrontato in modo compiuto[16].

5. *La c.d. proprietà dei dati personali*

Siamo giunti ora al punto clou del nostro discorso: dalla ricostruzione normativa, anche attraverso la definizione di un quadro complessivo e possibilmente sistematico delle norme che provengono dall'Unione europea e che devono essere coordinate con le norme interne, possiamo trarre la conclusione che nel mercato digitale l'individuo (che sia consumatore, utente od operatore o contraente) vanta un diritto di proprietà sui propri dati personali? Oppure che questa scelta sia uno strumento di tutela che rafforza la sua posizione di fronte all'impresa che fa uso dei suoi dati?

Il tema è sollecitante sia sotto il profilo pratico, sia sotto il profilo dogmatico, ed ancora economico, storico e comparatistico. Esso è oggetto di una letteratura infinita, soprattutto diffusa nei Paesi di *common law*, e segnatamente negli Stati Uniti.

Anche qui occorre assumere alcune precauzioni, dato che la maggior parte dei contributi proviene da esperienze assai distanti dalla nostra per

[14] *Digital Content Directive. Key commendations for the trialogue negotiations*, a cura di Reyna e SchmonBruxelles, s.d.

[15] *Position concerning contract rules for online purchases of goods and digital content* (COM (2015) 634 and 635) 18/03/2016 sul sito del CCBE.

[16] Si rinvia perciò a Resta, *ult. op. cit.*

storia, cultura e formazione delle fonti ordinamentali. In altri termini, non si possono sovrapporre o trapiantare modelli giuridici diversi, né usare terminologie o concetti solo apparentemente simili con operazioni meccaniche e semplicistiche.

In Italia il problema si era già aperto a proposito dell'art. 1 della l. n. 675 del 1996 con cui, tra l'altro, si dava attuazione alla direttiva del 1995 ora sostituita dal Regolamento. All'epoca si erano manifestati orientamenti differenziati: alcuni, richiamando i caratteri dei diritti della personalità, erano propensi alla esclusione della proprietà dei dati, riconoscendola solo in capo alle imprese che li raccolgono, li trattano e li manipolano trasformandoli in "beni" o "servizi"; altri invece, qualificandoli come *new properties*, o veri e propri beni immateriali, erano favorevoli alla introduzione del diritto di proprietà alla stessa stregua del diritto d'autore[17].

L'analogia con la titolarità dei diritti d'autore e della relativa disciplina è in effetti una costante nella letteratura statunitense. Ma l'analogia cade immediatamente se si considera che i dati – "nudi e crudi" – spesso non sono creati dal titolare (come ad es. il nome, le sembianze fisiche, l'etnia, il sesso o l'orientamento sessuale, etc.), non hanno i requisiti dell'originalità e non sono sfruttati, normalmente, a scopo di profitto.

Si deve anche considerare che in altre esperienze la proprietà e l'alienabilità dei dati è accettata, così come si considera legittima la cessione dietro compenso di parti del corpo, il sangue, o l'affitto dell'utero nella maternità surrogata; è quindi molto più semplice ed agevole, attraverso questa analogia, pervenire all'idea di proprietà dei dati personali e della loro libera commercializzazione[18].

Questi aspetti sono sottesi alle teorie che liberalizzano i dati ed appartengono sia agli studiosi americani dell'analisi economica del diritto[19], sia agli studiosi che assegnano un valore economico ai dati personali[20], sia agli studiosi che in virtù della tutela della libertà contrattuale appaiono indifferenti all'oggetto del trasferimento e alle modalità del trasferimento

[17] V. per tutti Resta, *op. ult. cit.*

[18] Uno dei saggi più acuti si deve a P.M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, (2004) 111 Harv. L. Rev. 2056; ma v. già J. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, (2000) 52 Sta. L. Rev. 1373; più di recente, T. Hemnes, *The Ownership and Exploitation of Personal Identity in the New Media Age*, (2012) 12 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 1.

[19] R. Posner, *The Right of Privacy*, (1978) 12 Georgia L. Rev. 392.

[20] C.D. Tindall, *Argus Rules: The Commercialization of Personal Information,* (2003) 1 J.of L.Tech.& Policy 183.

pur di proteggere la volontà della persona[21].

Il dato personale come "bene" è una configurazione che ha catturato anche gli studiosi europei, come Herbert Zech, che in un ampio saggio distingue – correttamente – le categorie di dati, e tra esse quelli che si possono cedere in esclusiva, tramite contratti adeguatamente considerati dall'interessato, e quelli che non possono essere ceduti perché connaturali alla persona stessa[22].

La considerazione che una tutela proprietaria può essere una forma di rimedio utile per l'interessato è diffusa e accattivante, come spiega l'indiano Atul Singh[23].

Per questo appare opportuno esaminare le argomentazioni che sono svolte soprattutto nei centri di studio dell'altra costa dell'Atlantico, dove, come si sa, l'evoluzione delle tecnologie e la concezione economica dei rapporti sociali e dei diritti individuali sono particolarmente sviluppate.

6. Segue. *Il modello statunitense*

Tra i diversi indirizzi interpretativi del fenomeno che stiamo indagando nell'esperienza nordamericana si possono isolare almeno tre tendenze: quella liberista, che considera i dati come beni in sé e per sé, come se fossero *new properties* (*commodities*) che per l'appunto sono liberamente negoziabili sul mercato; quella che trasforma i dati in diritti assimilabili al *copyright*, e quindi li rende oggetto di scambio; quella per così dire garantista che si avvicina al modello italiano e li classifica tra i diritti della persona, con le limitazioni e le garanzie previste dall'ordinamento, pur essendo sempre più liberale dei modelli europei perché, come si diceva, i dati, come le parti del corpo, in quell'ordinamento si possono liberamente negoziare sul mercato.

La tendenza liberista è tipica dei cultori dell'analisi del diritto della Scuola di Chicago, il cui corifeo è il "primo" Posner, l'autore che rappresentava l'ala più determinata della concezione mercatista dei diritti e del diritto[24].

[21] S. Schorr, *Personal Information Contracts: How to Protect Privacy Without Violating the First Amendment*, (2005) 80 Cornell L. Rev. 1756.

[22] H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity and the New Instruments of Their Protection*, in A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implication of the Digital Revolution,* cit., p. 53 ss.

[23] A. Singh, *Protecting Personal Data as a Property Right*, (2016) ILI Law Rev., Winter Issue, 123.

[24] Posner, *op. ult. cit.* Sul pensiero di Richard Posner, nelle sue diverse fasi, v. ora G.

Il discorso, alla fine degli anni Settanta, riguardava la *privacy*, piuttosto che non i *personal data*. Ma le argomentazioni possono essere omologhe per i due settori.

Posner non si preoccupa della *privacy* di prima maniera, creata da Warren e Brandeis, intesa nelle forme della curiosità del pubblico per la vita degli altri e del conflitto tra gli individui e i media, ma della *informational privacy*, la *privacy* collegata all'economia della informazione, seguendo le intuizioni di Stigler[25]. Di qui la concezione di "*property rights*" che insistono sulle informazioni private, quali il segreto commerciale. E il favor per la trasparenza, quando le informazioni non riguardano il mercato ma fatti privati, a meno che non si tratti di soggetti che hanno notorietà, ed allora le loro immagini o le informazioni che li concernono hanno un valore economico che non può essere trascurato (*right to publicity*). Vi sono altri casi in cui Posner ammette la tutela della *privacy*, come il caso di informazioni errate, di informazioni che stravolgono il diritto alla identità personale, la violazione del domicilio. In tutti questi casi non si applica la disciplina del contratto ma la disciplina dell'illecito.

I fautori della appropriabilità dei dati da parte dell'interessato e della loro commercializzazione, come Paul Schwartz,[26] non si nascondono gli argomenti che militano in senso contrario a questa tesi, che oscillano dal fallimento del mercato alla incapacità del titolare di negoziare i dati alla libera trasparenza delle informazioni (che implica la connotazione di dati personali come "beni comuni"), ma li superano tutti proponendo una distinzione da caso a caso e da dato a dato. E ne considerano anche gli aspetti positivi: la commercializzazione dei dati riduce i costi transattivi, sostiene lo sviluppo tecnologico, consente agli individui di ottenere più servizi.

La ferma convinzione dei liberisti è che la commercializzazione delle informazioni personali arreca benefici non solo alle imprese ma anche ai consumatori: alle imprese, perché esse possono, con la profilazione, soddisfare meglio le preferenze dei consumatori e sviluppare le tecnologie e l'innovazione in modo da offrire prodotti migliori; e ai consumatori, perché questi possono disporre di una scelta più variegata di prodotti e servizi e maggiormente adeguata alle loro esigenze.

Il problema, se mai, consiste nel modo in cui l'informazione è acquisita:

Calabresi, *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Milano, 2018.

[25] G.J. Stigler, *An Introduction to Privacy in Economics and Politics,* (1980) 9, 4 The Journal of Legal Studies 623-644; ma v. anche A. Acquisti, C. Taylor, L. Wagman, *The Economics of Privacy,* (2016) 54 2 Journal of Economic Literature 442-92, (acquisibile nel web).

[26] V. *supra*, n. 18.

di qui l'esigenza di imporre regole di controllo che possano prevenire l'illecito dell'impresa, posto che lo strumento del risarcimento del danno appare poco efficace perché tardivo, intervenendo quando ormai il danno si è prodotto.

Nel contempo si mette in evidenza una apparente contraddizione: la persona ha una identità digitale con la quale si identifica o è identificata, ma appunto per questo non dovrebbe "possederla"; per contro, i terzi se ne possono appropriare e possono esercitare un diritto proprietario su di essa; ed in effetti la disciplina (anche europea) delle banche di dati protegge la proprietà di chi ha raccolto dati altrui[27].

Questa apparente contraddizione non è però *tranchante*: i dati riferibili ad una persona sono migliaia e selezionarli per collezionarli, sistemarli, configurarli occorre una sofisticata attività che ha un costo, e pertanto è giusto che chi ha svolto questo lavoro ne sia remunerato. Altra cosa è invece la persona "che si appropria di se stessa": questo è un dilemma sul quale la nostra letteratura dibatte e si arrovella dai tempi della creazione del diritto generale della personalità, ma la scelta europea era stata quella di non considerare il soggetto come oggetto di proprietà di se stesso.

L'analogia con il *copyright* (di ascendenza inglese, ricorda Diane Zimmerman[28]) protegge l'interessato, titolare dei dati contro la loro utilizzazione illegale: l'argomento è suggestivo, ma, come si può intendere, siamo in presenza di diritti che nel *common law* (questa volta inglese) non hanno avuto una loro configurazione codicistica, come è avvenuto presso di noi con il diritto all'immagine, e quindi l'analogia è del tutto inutile. Per superare l'impasse si sostiene che il *copyright* di cui si discute è un *copyright* di tipo speciale: riconoscere un diritto di proprietà agli interessati si pone in linea con la formazione di una economia del *cyberspace*, perché favorisce la circolazione delle informazioni da parte dei proprietari delle banche di dati ed evita la negoziazione con ciascun titolare.

Ma proprio in ciò consiste la contrapposizione tra il modello nordamericano e il modello europeo: il *copyright* in Europa ha anche un valore morale; i dati personali in Europa sono diritti fondamentali. Per questo Pamela Samuelson, che costituisce una eccezione tra gli autori americani orientati prevalentemente alla concezione mercatistica dei dati, suggerisce di tenere in considerazione il modello europeo e di porre limitazioni alla circolazione dei dati in considerazione dei valori della

[27] V. Hemnes, *op.cit.*, *supra* n. 18.
[28] D. Zimmerman, *Living Without Copyright in a Digital World*, (2007) 70 Albany L.Rev. 1375.

persona e dell'interesse morale che il dato riveste in sé[29].

Non mancano dunque anche negli Stati Uniti autori, anzi autrici, che invocano la tutela della dignità per sconsigliare la commercializzazione dei dati – o della *privacy* – a beneficio della tutela della persona, come Jennifer Rothman[30]. E autori che pur adottando il modello del *copyright*, ne enfatizzano gli aspetti morali[31].

7. *A mo' di conclusione*

Si possono capire i dubbi e le incertezze che tormentano la dottrina italiana: il mercato digitale ha le sue esigenze, non possiamo essere troppo intransigenti; occorre trovare il giusto bilanciamento; l'*homo dignus* è anche l'*homo oeconomicus*, e la globalizzazione ha i suoi diritti. I mercati non hanno più confini, i Big Data la loro forza poco controllabile. E tuttavia il modello europeo (continentale) non deve essere abbandonato[32]. Si può pensare ad un complesso di iniziative tra loro coordinate, proprio sfruttando le proposte e le regole già vigenti provenienti dall'Unione: l'interpretazione estensiva dell'art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali, la qualificazione estensiva del diritto alla *privacy*, la valorizzazione del consenso e del recesso, il rafforzamento dei controlli sul mercato digitale, senza pervenire alla qualificazione del rapporto dato-persona in termini di proprietà.

La dottrina francese è prevalentemente orientata in questo senso: la proprietà è definita una "falsa buona idea", una "illusione pericolosa", i casi clamorosi come quello di *Cambridge Analytica* allarmano l'opinione pubblica e il Regolamento sembra contenere una contraddizione, da un lato rafforzando i diritti della persona, dall'altro favorendo la circolazione dei dati; si invoca anche un nuovo compromesso sociale e gli stessi economisti esprimono dubbi sullo scambio di dati e beni o servizi[33].

[29] P. Samuelson, *Privacy As Intellectual Property*?, s.d., nel web.

[30] J. Rothman, *The Inalienable Right of Publicity,* (2012) 101 Georgetown L.J. 185.

[31] J. Ritter, A. Mayer, *Regulating Data As Property: A New Construct For Moving Forward*, (2018) 16 Duke L. & Techn. Rev. 220-277.

[32] V. J.E.J. Prins, *Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of Our Identity,* in P.B. Guibault, L. Hugenholtz (eds.), *The Future of Public Domain*, 2006, s. l., p. 223 ss.; N. Purtova, *Property rights in personal data*, (2009) 25 Computer Law and Security Rev 1.

[33] Il web è affollato di interventi contrari alla proprietà dei dati personali come risulta dalla tribuna di Le Monde del 2018.

Ed in conclusione si possono condividere le idee di chi, anziché meditare sulla proprietà dei dati, ci invita a considerare come essi vengono trattati, in altri termini come viene costruita la nostra identità, e come vengono sorvegliate, spiate e scolpite le nostre vite, come si forma, in sostanza, l'appropriazione commerciale della nostra personalità[34]. È una prospettiva che trascende l'indagine individualistica, perché coinvolge l'intera comunità: in sintesi, meglio controllare il processo che liberalizzarlo concedendo diritti di proprietà.

[34] V. per tutti Rodotà, *Il mondo nella rete*, cit., p. 13 e p. 33 ss.

Laura Vagni

Proprietà e tutela dell'affidamento: note a margine di alcune decisioni giurisprudenziali

Sommario: 1. Una premessa: il divieto di *venire contra factum* – 2. *Ius tollendi* e affidamento – 3. La rinuncia tacita a far valere l'acquisto per usucapione – 4. La promessa di adempiere il patto fiduciario orale – 5. La conferma del testamento o della donazione orale – 6. Promesse unilaterali, accordi informali e comportamenti ingannevoli: tra volontà di obbligarsi e tutela dell'affidamento.

1. *Una premessa: il divieto di* venire contra factum

La massima *venire contra factum proprium nemo potest* richiama la regola in base alla quale un soggetto che agisca in giudizio per far valere una pretesa, che sia in contrasto con uno stato di fatto o un comportamento dallo stesso soggetto posto in essere, idoneo a ingenerare affidamento da parte di un terzo, non può far valere tale sua pretesa nei confronti del terzo. Il divieto si sviluppa nel diritto comune europeo, sulla base dell'interpretazione ad opera dei giuristi medievali del *Corpus Iuris Civilis*[1], e presenta una similarità con la regola di *common law* dell'*estoppel*, tanto che parte della dottrina individua un'origine comune delle due regole[2]. Oltre Manica l'*estoppel* nasce come eccezione processuale che il convenuto poteva sollevare in giudizio per inibire la pretesa dell'attore (di far valere un proprio diritto), ma in epoca moderna è

[1] Il primo importante studio da parte della dottrina moderna di deve a E. Riezler, *Venire Contra Factum Proprium. Studien in roemischen, englischen und deutschen Zivilrecht*, Leipzig, 1912; in italiano cfr. F. Ranieri, Exceptio temporis *e* replicatio doli *nel diritto dell'Europa continentale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1971, p. 11; Id., Alienatio Convalescit: *contributo alla storia e alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale*, Milano, 1974, *passim*.; R. Sacco, in R. Sacco, P. Cisiano, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 227 ss.

[2] Il legame tra la massima latina e l'eccezione di *estoppel* è riconosciuto dai giuristi inglesi, i primi riferimenti si trovano in Sir. E. Coke, *The First Part of the Laws of England, or, a Commentary upon Littleton,* 11th ed., to which are annexed *Old Tenures, and some notes and additions*, London, 1719, sect. 667, secondo il quale: «Estoppe cometh of a French word estoupe, from whence the English word stopped». In materia cfr. in italiano C. Amato, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, p. 49 ss. e riferimenti *ivi*.

riconosciuta anche come regola sostanziale, in base alle quale l'affidamento in una situazione di fatto, in determinate circostanze, costituisce il fondamento di un diritto[3]. L'*estoppel* conosce nella giurisprudenza di *common law* una vasta applicazione e diverse denominazioni, a seconda della materia in cui la regola è richiamata. Nel sistema di proprietà si parla di *proprietary estoppel*[4], in base al quale un soggetto che è stato indotto a sopportare dei sacrifici, confidando nel verificarsi di effetti costitutivi o traslativi della proprietà, sulla base di un'apparenza ingenerata dal proprietario o di un'acquiescenza del proprietario ad una situazione di fatto, può agire in giudizio per ottenere «[…] l'attribuzione (*entitlement*) del diritto in via equitativa (*equitable interest*), con efficacia nei confronti di terzi»[5]. La regola del *proprietary estoppel* incide pertanto sulle vicende circolatorie del bene, facendo prevalere le ragioni dell'affidatario su quelle del proprietario e dei suoi aventi causa.

Nei sistemi di *civil law* il divieto di *venire contra factum proprium* non ha conosciuto una così vasta applicazione; al contrario la regola del diritto comune europeo ha avuto solo parziale accoglimento in alcune disposizioni dei codici civili del XIX secolo. Nel nostro ordinamento, la regola ha avuto una scarsa applicazione nella prassi giurisprudenziale del secolo scorso e della prima decade del nuovo secolo, tanto che studi in materia testimoniano di rari casi di richiamo della massima *venire contra factum proprium nemo potest* nelle decisioni dei giudici italiani[6]. Solo recentemente si è assistito a una crescente attenzione della giurisprudenza per il divieto, che è stato applicato in una pluralità di contesti, dal diritto contrattuale, al diritto del lavoro, al diritto tributario e amministrativo, individuando una stretta correlazione tra il divieto e il principio generale di auto-responsabilità e di affidamento[7]. Con

[3] La bibliografia in materia è vasta, per i primi riferimenti cfr. E. Cooke, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford, 2000.

[4] B. McFarlane, *The Law of Proprietary Estoppel*, Oxford, 2014; M. Pawlowski, *The Doctrine of Proprietary Estoppel*, London, 1996.

[5] L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma, ult. ed. 2012, p. 120.

[6] Si è affermata l'utilità del divieto, ma anche l'impossibilità di tradurlo in un principio generale del diritto di vasta portata applicativa, cfr. F. Astone, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, pp. 237-238; F. Festi, *Il divieto di "Venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007, p. 23; v. G. Meruzzi, *l'*exceptio doli *dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 543, il quale rileva un'applicazione 'occulta' del divieto ad opera della giurisprudenza.

[7] In questo contesto, con il termine auto-responsabilità si fa riferimento alla necessità per l'autore dell'atto di sopportare le conseguenze negative che da esso discendono nei confronti dei terzi. Il termine è utilizzato con significato diverso da "responsabilità verso se stessi" e evoca il principio di tutela dell'affidamento incolpevole del terzo. Cfr. Festi,

particolar riguardo al diritto delle obbligazioni, la principale base giuridica dei principi evocati è stata individuata dalla giurisprudenza nel dovere di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)[8].

Quest'orientamento s'inserisce in un panorama più ampio di riconoscimento del divieto di *venire contra factum*, sia a livello europeo e internazionale (ad esempio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE e in alcune fonti non vincolanti del diritto del commercio internazionale)[9] sia in altre esperienze giuridiche europee, dove la giurisprudenza ha riconosciuto il divieto come un principio generale, applicabile ai più diversi settori del diritto[10].

In questo contesto, la proprietà resta la materia meno permeabile all'applicazione del divieto, per la difficoltà di conciliare tale divieto con la libertà del proprietario di disporre, usare e godere dei beni propri.

L'assolutezza dei poteri del proprietario sul bene e l'esclusività del rapporto tra il proprietario e il bene consentono comportamenti contraddittori nell'uso e nel godimento del bene o semplice inattività, nei limiti del rispetto delle norme di legge. La proprietà appare caratterizzata da uno spazio insindacabile di discrezionalità del proprietario, nell'ambito del quale egli può manifestare delle condotte poco conformi alle regole morali e sociali comunemente accettate e persino antitetiche agli standard di comportamento della società. In quest'ambito, il proprietario esercita la sua autonomia e, in modo isolato dalla comunità in cui vive, sviluppa il rapporto con il bene come meglio crede. Così autorevole dottrina ha evidenziato: «[…] la proprietà è uno dei pochi istituti giuridici che, nella tradizione giuridica occidentale, è stato costruito e pensato per ospitare le condotte devianti […] rendendole lecite in un'area circoscritta dell'ordinamento»[11].

La lettura costituzionale del diritto di proprietà consente limitazioni

ult. op. cit., pp. 47-48.

[8] Cfr. tuttavia le osservazioni di Amato, *op. cit.*, p. 105, la quale osserva che la buona fede e l'*estoppel* inibiscono comportamenti contraddittori e scorretti, ma la buona fede è una clausola generale mentre *l'estoppel* nasce come rimedio speciale e di questo conserva la natura e i caratteri. Il rapporto tra le due figure giuridiche resta pertanto controverso e delicato.

[9] Per i primi riferimenti cfr. P. Pinsolle, *Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international*, in M. Behar-Touchais, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris, 2001, p. 37 ss.

[10] Così ad esempio è avvenuto nella giurisprudenza francese, cfr. O. Hillel, M.N. Jobard-Bachelier, *Les applications du principe [de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui] en droit du contentieux interne et international*, *Actes du colloque Paris V*, 13 *janv.* 2000, Paris, 2001, p. 53.

[11] A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, a cura di A. Cicu, F. Messineo, vol. VIII, tomo II, Milano, 1995, p. 212.

all'esercizio dei poteri e delle facoltà del proprietario, al fine di garantire la funzione sociale del diritto e di rendere la proprietà accessibile a tutti (art. 42 Cost.); nondimeno la libertà del proprietario resta un elemento essenziale del contenuto del diritto[12]. Un'autonomia che si erge a rango di diritto fondamentale, tutelato dalla Costituzione, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e, a livello internazionale, dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU)[13].

In un contesto di assolutezza ed esclusività del rapporto che lega il proprietario ai beni propri, risulta difficile poter riconoscere valore vincolante a comportamenti assunti dal proprietario o a dichiarazioni effettuate nell'esercizio del suo diritto, a meno che essi non siano oggetto di espressa previsione di legge. L'assunto trova conferma in una serie di principi e regole del nostro ordinamento, quali il principio di tipicità dei diritti reali, il requisito della forma scritta *ad substantiam* per la costituzione, la modificazione o il trasferimento dei diritti reali su beni immobili o mobili registrati, il rispetto della forma dell'atto pubblico per la validità della donazione (art. 782 c.c.), le regole della trascrizione, in base ai quali la validità o l'efficacia degli atti del proprietario sono subordinate al rispetto dei requisiti previsti dal legislatore, mentre restano irrilevanti a tal fine atti e comportamenti non sussumibili nelle regole astratte.

[12] Non si vuole con ciò entrare nel dibattito dottrinale sull'influenza esercitata dalla previsione costituzionale della funzione sociale della proprietà, di cui all'art. 42 Cost., sulla struttura del diritto disciplinato dal codice civile: se tale da incidere sul contenuto stesso del diritto o, diversamente, volta solo a porre limiti esterni al diritto. Sul primo orientamento v. *ex multis*, S. Rodotà, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, p. 223 ss.; *contra* F. Santoro-Passarelli *Risultati di un convegno giuridico interuniversitario sul tema della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 270, che afferma che proprietà privata e funzione sociale sono termini contraddittori. Sotto un profilo comparativo si può menzionare l'analisi del concetto di proprietà osservato nel panorama delle sue definizioni costituzionali (c.d. "*constitutional clauses*") che vede, da un lato, ordinamenti che ne riconoscono il valore di diritto fondamentale, collocandolo nell'alveo (più tradizionale) dei 'diritti di libertà' (dell'individuo) e, dall'altro, ordinamenti (tra cui quello italiano) che ne riducono (almeno formalmente) tale valore, riconducendolo nell'alveo dei diritti di rilievo economico-sociale: v. L. Moccia, *Basic Ways of Defining Property*, in Aa.Vv., *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 761 ss.

[13] Va da sé che la CEDU si muove nell'orbita dell'orientamento più tradizionale che attribuisce alla proprietà valore di diritto fondamentale assieme agli altri diritti di libertà personale. Sulla compatibilità tra l'idea della proprietà come diritto fondamentale e la funzione sociale del diritto riconosciuta dalla nostra Carta costituzionale cfr. M. Bianca, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da M. Bianca, vol. VI, 2a ed., Milano, 2017, p. 117 ss. e riferimenti *ivi* sulle diverse tesi dottrinali in tema.

Seguendo quest'ultima impostazione, si esclude la possibilità di invocare il divieto di *venire contra factum proprium* per tutelare giuridicamente il terzo che pretenda il riconoscimento di effetti costitutivi o traslativi di diritti reali, al di là delle norme di legge stabilite per la validità degli atti e l'opponibilità degli effetti.

Ciò nondimeno, si rinvengono decisioni in cui le corti, pur nel rispetto formale delle regole legislative, hanno apprestato tutela al terzo che ha confidato su un comportamento o su una dichiarazione del proprietario e hanno respinto la pretesa di quest'ultimo di esercitare facoltà e poteri dominicali in violazione delle aspettative dallo stesso ingenerate nel terzo. Si tratta di una casistica variegata, a volte di decisioni isolate, in cui le corti, attraverso argomentazioni diverse, riconoscono il diritto del proprietario ma, nello stesso tempo, ne vietano l'esercizio a detrimento del terzo.

Senza alcuna pretesa di esaustività, s'intende proporre di seguito qualche esempio di questa casistica, al fine di svolgere una prima indagine sulla possibilità, anche nel nostro ordinamento, che la tutela del terzo apprestata dalle corti giunga fino ad incidere sul contenuto del diritto di proprietà e, in tal caso, valutare quali siano gli effetti.

2. Ius tollendi *e affidamento*

Secondo il principio dell'accessione, qualunque costruzione o opera esistente sul suolo appartiene al proprietario (art. 934 c.c.). La costruzione effettuata da un terzo sul suolo altrui è acquistata a titolo originario dal proprietario del fondo, salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge.

L'acquisto per accessione avviene automaticamente e non dipende dalla volontà del proprietario. Le parti, nell'esercizio della loro autonomia, possono realizzare deroghe convenzionali all'acquisto mediante accessione, ad esempio stipulando un contratto costitutivo di un diritto di superficie.

La nostra giurisprudenza riconosce come meritevole di tutela anche il contratto informale con il quale il proprietario concede al terzo uno *ius aedificandum*, con effetti meramente obbligatori tra le parti. In tal caso, il terzo acquista un diritto personale, non opponibile agli aventi causa del proprietario: il contratto non impedisce l'acquisto della costruzione per accessione da parte del proprietario, ma obbliga quest'ultimo a non avvalersi dell'acquisto nei confronti dell'altro contraente[14]. Secondo un tradizionale

[14] In materia cfr. Gambaro, *ult. op. cit.*, p. 763, secondo il quale il problema delle

orientamento della giurisprudenza, lo *ius aedificandum* non può invece essere costituito dal proprietario attraverso una volontà unilaterale, dichiarata in modo espresso o tacito[15].

Se il terzo costruisce opere con materiali propri su fondo altrui, il proprietario del fondo ha diritto di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a demolirle. Si tratta di un diritto potestativo, il cui esercizio può essere limitato quando le costruzioni sono state erette «[…] a scienza [del proprietario] e senza opposizioni o quando sono state fatte dal terzo in buona fede» (art. 936 c.c., comma 4). La norma è stata interpretata dalla dottrina come un'applicazione del principio del divieto di *venire contra factum proprium*: ciò che rileva è una manifestazione di volontà del proprietario di ritenere la costruzione, dalla quale dedurre una valutazione di utilità della costruzione espressa dal proprietario, che non può essere ritrattata[16]. Seguendo lo stesso ragionamento, la buona fede del terzo costruttore, rilevante ai fini della limitazione dell'esercizio dello *ius tollendi* da parte del proprietario, è solo quella fondata sull'ignoranza scusabile di invadere il fondo altrui, causata da indici di apparenza creati dallo stesso proprietario o da terzi.

In una recente decisione, la Corte di cassazione è stata chiamata a giudicare se il principio di accessione trovi applicazione anche nel caso di una costruzione eretta sul fondo comune da uno dei proprietari, senza il necessario consenso dell'altro[17].

La società Cà d'oro aveva edificato un piano interrato di un edificio in comproprietà con il signor P. L'edificio era costruito su un suolo in comproprietà *pro indiviso* tra le parti. P conveniva in giudizio la società richiedendo lo scioglimento della comunione. La convenuta si opponeva e richiedeva al Giudice di dichiarare la sua proprietà esclusiva del seminterrato.

Il seminterrato era stato realizzato completamente a spese della società che, confidando su una serie di rassicurazioni da parte del comproprietario P, riteneva di poterne acquistare la proprietà esclusiva. Nel giudizio di merito si dava prova dell'esistenza di un accordo informale tra le parti.

Le Corti di merito riconoscevano la proprietà esclusiva del seminterrato alla società Cà d'oro, ritenendo non applicabile al caso di specie la disciplina

«Concessioni ad aedificandum aventi efficacia meramente obbligatoria rimane tuttavia d'interesse più teorico che operativo». Il diritto sarebbe comunque inopponibile ai terzi, non essendo trascritto.

[15] Cfr. Cass. Civ., sez. III, 07 luglio 1980, n. 4337 e con riferimento specifico alla costituzione tramite testamento Cass. Civ., sez. IV, 11 novembre 2002, www.dejure.it.

[16] Così Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 769.

[17] Cass. Civ., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Il Foro It.*, 2018, I, c. 1200, con nota di C. Bona, *Accessione, comunione e Verwirkung.*

dell'accessione. Secondo quest'orientamento, l'accessione opera solo nel caso in cui un terzo costruisca su un fondo altrui. La costruzione su un suolo in comproprietà non rientra nell'ambito di applicazione della regola, perché il costruttore non può definirsi terzo rispetto al proprietario del terreno[18]. Alla costruzione sul suolo comune si applicano le norme in materia di comunione, con la conseguenza che essa cade in comproprietà di tutti i comunisti, se eseguita nel rispetto dei limiti stabiliti per l'uso delle cose comuni (art. 1102 c.c.). Diversamente, se la costruzione è eseguita in violazione delle regole della comunione, essa è di proprietà del solo costruttore.

Giunta la causa davanti alla Cassazione, la Corte ha ritenuto erroneo l'orientamento da ultimo richiamato.

L'istituto dell'accessione non presuppone un'alterità soggettiva tra proprietario del fondo e autore della costruzione. La disciplina dell'accessione e della comunione non si pongono in un rapporto di *genus ad speciem*. Le norme che regolano la comunione, in particolare, non possono incidere sui modi di acquisto della proprietà e mutare l'assetto della proprietà comune attraverso una deroga all'istituto dell'accessione. La Corte ha affermato: «Il vero è che, nella sostanza, la giurisprudenza criticata, una volta esclusa l'applicabilità del principio di accessione in materia di comunione e ritenuta applicabile solo la disciplina di cui agli artt. 1100 e segg. cod. civ., è venuta a creare di fatto, *per via pretoria*, una nuova figura di 'acquisto a titolo originario' della proprietà, che non ha base legale»[19] [corsivo mio].

La costruzione della società sul suolo in comproprietà con P, per il solo fatto dell'incorporazione, cade in comunione con P. Nel caso di specie è applicabile la regola dell'accessione (art. 934 c.c.), ma non l'art. 936 c.c, che presuppone che l'opera sia fatta da un terzo sul suolo altrui. I rapporti tra i due comproprietari sono regolati dalla disciplina della comunione.

Il proprietario che costruisce sul suolo comune, senza il consenso dei comunisti, viola le regole della comunione, sottraendo un uso del bene al godimento comune. Gli altri comunisti, pertanto, possono esercitare nei confronti del proprietario le ordinarie azioni possessorie e l'azione di rivendicazione posta a tutela del loro diritto di proprietà. Tra queste azioni rientra anche il diritto del proprietario di richiedere la demolizione della costruzione, edificata in violazione delle norme che regolano l'uso comune del bene (*ius tollendi*). La Cassazione, tuttavia, ha aggiunto che: «[…] l'esercizio dello *ius tollendi* [deve] essere coniugato con il principio di 'tolleranza', col princi-

[18] Per i primi riferimenti cfr. L. Tormen, *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2018, vol. 6, p. 847 ss. e giurisprudenza *ivi* citata.

[19] Cass. Civ., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

pio di 'affidamento' e con quello di 'buona fede'»[20].

Occorre distinguere le ipotesi in cui il costruttore abbia agito con il divieto dei comunisti dai casi in cui egli abbia agito, se non con il consenso, con la tolleranza degli altri comproprietari del suolo. Nel primo caso gli altri comproprietari possono pretendere la demolizione dell'opera. Nel caso di consenso esplicito o anche meramente implicito del comproprietario, invece, «[…] va escluso – a tutela della buona fede e dell'affidamento del costruttore – che [egli] possa pretendere la demolizione dell'opera»[21].

La Corte è intervenuta in tema di rilevanza della tolleranza della costruzione da parte del comproprietario del fondo, stabilendo:

> «Per la medesima ragione anche la mera tolleranza, ossia la mancata reazione da parte del comproprietario non costruttore all'abuso intrapreso dal comunista costruttore, protratta per un congruo periodo di tempo dal giorno in cui ha avuto notizia dei lavori, preclude l'esercizio dello *ius tollendi*, facendo sorgere l'affidamento del costruttore sul sopravvenuto consenso implicito del compartecipe alla comunione»[22].

La Corte, in conclusione, è giunta a negare l'esercizio dello *ius tollendi* al comproprietario che ha tollerato la costruzione, fondando la decisione non sull'applicazione dell'art. 936 c.c., ma sulla disciplina della comunione, interpretata alla luce del principio di buona fede e della tutela dell'affidamento.

Nella motivazione della decisione si ribadisce il divieto di riconoscere, *per via pretoria*, modi di acquisto di diritti reali non contemplati dalla legge. Nello stesso tempo, la Corte stabilisce che la promessa informale del proprietario o anche la mera tolleranza della costruzione, eretta da un soggetto che non ne aveva diritto, possano vincolarlo, impedendogli di agire in giudizio in contraddizione con la situazione di fatto sulla quale l'altra parte ha confidato.

[20] *Ibidem*.

[21] *Ibidem.*

[22] Cass. Civ., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.; cfr. Bona, *op. cit*, secondo il quale il passaggio riecheggia la *Verwirkung*.

3. *La rinuncia tacita a far valere l'acquisto per usucapione*

Com'è noto, nel nostro ordinamento la rinuncia a far valere un diritto reale su un bene immobile richiede la forma scritta a pena di nullità (art. 1350 c.c., n. 5). Un orientamento costante della nostra giurisprudenza, tuttavia, consente di poter rinunciare informalmente ad avvalersi del diritto di proprietà o altro diritto reale acquistato a titolo originario tramite usucapione.

Secondo la dottrina maggioritaria, l'acquisto per usucapione avviene *ipso iure*, al verificarsi dei presupposti previsti dalla legge[23]. L'acquisto del diritto da parte del possessore si realizza automaticamente e la sentenza che lo accerta ha valore dichiarativo. La rinuncia al diritto già acquisito al patrimonio del soggetto richiederebbe, pertanto, la forma scritta, a pena di nullità dell'atto[24].

In contrasto con l'orientamento richiamato, la giurisprudenza tradizionale ritiene che l'acquisto mediante usucapione non avvenga *ipso iure*, ma *ope exceptionis*[25]: il decorso del tempo è un mero fatto giuridico che assume rilevanza se il soggetto intende avvalersi degli effetti favorevoli che da esso discendono. La rinuncia a questi effetti può pertanto avvenire anche in modo informale[26]. Seguendo questa impostazione, la Corte di cassazione ammette la rinuncia tacita ad avvalersi della tutela giuridica, prevista dalla legge a favore dell'acquirente a titolo originario:

> «[…] si può rinunciare anche tacitamente all'usucapione di beni immobili, ossia anche senza osservare la forma scritta e senza che, per la sua opponibilità agli aventi causa del rinunciante, sia necessaria la trascrizione della rinuncia (neppure concepibile quando manca

[23] Cfr. S. Ruperto, voce *Usucapione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, p. 1022 ss., a p. 1046; U. Natoli, *Il possesso*, Milano, 1992, p. 244 ss.; *contra* R. Sacco, R. Caterina, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, vol. VII, 2a ed., Milano, 2000, p. 508, secondo i quali: «[…] il soggetto che ha posseduto per venti anni non è un proprietario: è un soggetto che può essere possessore o proprietario a sua scelta». Coerenti con questa impostazione sono, secondo gli autori, il potere di rinuncia del possessore e la non rilevabilità d'ufficio dell'usucapione.

[24] *Contra* Sacco, Caterina, *ult. op. cit.*, p. 509.

[25] Cass. Civ., sez. I, 28 maggio 1996, n. 4945, www.dejure.it; Cass. Civ., sez. II, 10 aprile 2019, n. 10056, www.dejure.it.

[26] Cfr. Cass. Civ., sez. I, 28 maggio 1996, n. 4945, cit., in cui si legge: «il soggetto rinuncia unicamente di avvalersi della tutela giuridica connessa col decorso del tempo, apprestata dall'ordinamento per garantire la stabilità dei rapporti giuridici».

> la trascrizione dell'acquisto per usucapione, non essendo ancora avvenuto il relativo accertamento giudiziale)»[27].

La rinuncia tacita si realizza ponendo in essere comportamenti dai quali desumere inequivocabilmente la volontà di non invocare in giudizio l'acquisto per usucapione. Il proprietario convenuto in giudizio dall'acquirente a titolo originario potrà eccepire la contraddizione tra la richiesta di riconoscere l'avvenuto acquisto per usucapione e il precedente comportamento extragiudiziale dell'acquirente, richiedendo al giudice di dichiarare l'intervenuta rinuncia ad avvalersi della tutela giudiziale.

In un recente caso[28], la Corte di cassazione è stata chiamata a risolvere una controversia sul tema, intercorsa tra l'Istituto diocesano per il sostentamento del clero della diocesi di Camerino-San Severino e un possessore di un frustolo di terreno, di proprietà dell'Istituto. Il possessore, pur avendo maturato i requisiti per usucapire il bene, partecipava a una licitazione privata, indetta dall'Istituto, per fare una proposta d'acquisto del bene. L'Istituto concludeva la vendita con un diverso migliore offerente. Il possessore, allora, citava in giudizio l'Istituto, per vedersi riconoscere l'acquisto per usucapione del bene. Giunta la causa in Cassazione, la Corte ha accolto le ragioni dell'Istituto, stabilendo che la partecipazione alla licitazione privata da parte del possessore costituisce un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi dell'acquisto a titolo originario e comporta una rinuncia tacita alla tutela giudiziale. La lettura delle motivazioni delle decisioni delle corti di merito svela la presenza di un comportamento scorretto e ingannevole da parte del possessore del bene, che le corti hanno tenuto in considerazione ai fini della decisione.

Nella sentenza di primo grado, il Tribunale di Camerino ha attribuito rilievo, ai fini della decisione, sia al comportamento tenuto dal possessore durante le trattative per l'acquisto del terreno sia al tempo trascorso tra la licitazione e l'atto di citazione in giudizio[29]. Così il Giudice ha definito «incomprensibile» il comportamento del possessore, che nel corso della licitazione privata aveva rilanciato l'offerta di acquisto pur di aggiudicarsi un bene che «era già suo». Il proprietario, che «non era certo persona sprovveduta», non comunicava all'Istituto l'acquisto del frustolo per intervenuta usucapione, preferendo partecipare alla gara[30]. Il possessore decideva poi di

[27] Cass. Civ., sez. II, 30 maggio 2016, n. 11158, www.dejure.it.

[28] Cass. Civ., sez. II, 14 dicembre 2018, n. 32390, www.dejure.it.

[29] Tribunale di Camerino, sentenza del 7 novembre 2007, inedita.

[30] *Ibidem*, il possessore aveva incaricato un rappresentante di partecipare alla licitazione privata e di curare i rapporti con l'Istituto Diocesano; nella motivazione il Giudice

citare in giudizio l'Istituto diocesano per far dichiarare l'intervenuta usucapione del frustolo oltre un anno dopo la vendita del bene al terzo. Si trattava – a giudizio del Tribunale – di un comportamento scorretto, probabilmente finalizzato ad impedire che il proprietario, reso edotto della volontà dell'altra parte di invocare l'usucapione del bene, intervenisse con un atto ricognitivo del diritto. Indubbiamente il possessore conosceva che per la validità dell'atto ricognitivo è necessaria la conoscenza dell'altrui diritto, per questo taceva le sue intenzioni[31].

In un caso simile[32], la Corte di cassazione è stata chiamata a giudicare una controversia in materia di usucapione tra il Ministero dell'economia e delle finanze e alcuni cittadini, che avevano costruito degli edifici su un suolo divenuto pubblico a seguito di esproprio per costruire una vasca di raccolta delle acque pluviali, senza tuttavia realizzarvi alcun intervento. I privati avevano edificato le proprie abitazioni sul fondo, dietro il rilascio di concessioni edilizie. Quest'ultimi agivano successivamente in giudizio per ottenere il riconoscimento della proprietà delle porzioni di terreno per intervenuta usucapione, ma il Ministero si opponeva eccependo la natura demaniale del suolo e affermando che gli attori, chiedendo l'autorizzazione ad edificare, avevano riconosciuto implicitamente l'altruità del bene.

Le corti di merito hanno accertano la natura non demaniale del bene. Ciò nondimeno, hanno stabilito che la richiesta di concessione edilizia al Comune presentata dai cittadini costituiva una rinuncia tacita ad avvalersi dell'usucapione maturata. La Corte di cassazione ha confermato la decisione di merito.

Un'altra controversia ha ad oggetto un'area adiacente al lungomare di Rimini, che una società aveva posseduto per vent'anni, usandola come parcheggio e giardino di un albergo[33]. La società agiva in giudizio per vedersi dichiarare l'intervenuto acquisto dell'area per usucapione; il comune di

formula più volte la domanda «Perché proporsi acquirente di un bene già giuridicamente proprio?» e afferma che il rappresentante incaricato «[…] non può certo considerarsi persona sprovveduta, è persona che sicuramente è a conoscenza di quanto materialmente era posto in vendita, e allora perché invece di far presente al proprio *dominus* l'intervenuto diritto di proprietà prova prima a "mettersi d'accordo" con l'Ente convenuto e poi cerca di aggiudicarsi il terreno con ben due offerte?».

[31] *Ibidem*: «[…] perché attendere tanto prima di "chiedere che fosse fatta giustizia"? (…) Indubbiamente tali requisiti erano noti a parte attrice altrimenti la stessa si sarebbe comportata diversamente (…) Ne consegue che, in base alla dinamica e alla cronologia dei fatti così come documentati *ex adverso*, la domanda del [possessore] non può trovare accoglimento».

[32] Cass. Civ., sez. II, 19 gennaio 2018, n. 1363, www.dejure.it.

[33] Cass. Civ., sez. II, 10 aprile 2019, n. 10056, www.dejure.it.

Rimini si opponeva eccependo che in alcuni documenti (in particolare nel verbale di un accordo di regolamento dei confini dell'area) la società aveva riconosciuto al comune la proprietà dell'area controversa, affermando che «[…] il sottoscritto rende noto formalmente che il relitto di arenile è, come è sempre stato, a completa disposizione del Comune, che può accedervi quando voglia»[34].

La Cassazione ha confermato la sentenza di merito che individuava nel verbale di regolamento dei confini un volontà inequivoca della società di rinunciare ad avvalersi dell'usucapione. Nella sentenza si legge:

> «[…] la rinuncia agli effetti positivi del decorso del tempo da parte del possessore di un bene immobile altrui non equivale alla rinuncia al diritto di proprietà già acquisito […] ma conserva inalterato il diritto di proprietà del precedente titolare, attraverso il rifiuto di far valere la tutela giuridica concessa nei confronti del possesso ininterrotto protratto per il periodo di tempo previsto dalla legge»[35].

La regola della rinuncia tacita ad avvalersi dell'usucapione è stata applicata dalla giurisprudenza anche ai diritti reali di godimento. In un caso deciso dalla Cassazione[36], il signor G conveniva in giudizio il proprietario del fondo contiguo per far dichiarare costituita per usucapione una servitù di passaggio a favore del suo fondo. Il convenuto si opponeva, eccependo che il fondo del vicino era di precedente proprietà dell'Istituto per il sostentamento del clero il quale, prima di vendere il bene, aveva rinunciato alla maturata usucapione della servitù in una comunicazione indirizzata al convenuto.

La Corte di merito stabiliva che la rinuncia del precedente proprietario non fosse opponibile al signor G., in mancanza di comunicazione o conoscenza. La Cassazione ha accolto invece il ricorso del proprietario del fondo servente, affermando che: «[…] la rinuncia per iscritto all'usucapione della servitù di passaggio fatta dal proprietario del fondo dominante […] rileva di per sé, non potendo la sua efficacia negoziale essere fatta dipendere né dall'avvenuta comunicazione al successivo acquirente […] né dall'osservanza dell'onere della trascrizione»[37].

La casistica richiamata ha suscitato non pochi dibattiti in dottrina,

[34] *Ibidem*.

[35] *Ibidem*.

[36] Cass. Civ., sez. II, 30 maggio 2016, n. 11158, www.dejure.it, in tema v. il commento di S. Nardi, *Rinuncia all'usucapione – profili in tema di vicende possessorie, tra accessione e rinuncia all'usucapione della servitù*, in *Giur. it.*, n. 3, 2017, p. 614 ss.

[37] Cass. Civ., sez. II, 30 maggio 2016, n. 11158, cit.

soprattutto per la difficoltà di conciliare l'orientamento della giurisprudenza con il testo dell'art. 1158 c.c., secondo il quale la proprietà e gli altri diritti reali di godimento si acquistano «[…] in virtù del possesso».

Gli effetti della rinuncia del possessore sulle vicende circolatorie del diritto, inoltre, aprono una serie di questioni di difficile soluzione. Secondo la giurisprudenza la rinuncia non è opponibile solo a chi è *effettivamente* terzo rispetto al possessore che l'ha compiuta. Tali non sarebbero i successori a titolo universale e gli aventi causa del possessore[38]. La rinuncia, pur concernendo il diritto personale alla tutela giudiziale, produrrebbe allora effetti simili alla rinuncia ad un diritto reale: si tratta di un atto unilaterale del possessore opponibile ai suoi successori, i quali, ad esempio, non potranno avvalersi del possesso del loro dante causa *ad usucapionem*, contrariamente a quanto stabilito dall'art. 1146 c.c.

L'orientamento della giurisprudenza in materia di rinuncia ad avvalersi dell'usucapione trova eco in altre decisioni, dove le corti hanno rigettato l'azione giudiziale di un soggetto, esercitata in contrasto con un proprio precedente comportamento, interpretato come una volontà di rinuncia alla tutela giudiziale.

Una regola similare è stata applica in materia di cancellazione del credito ipotecario[39]. Le parti della controversia erano la Banca Monte dei Paschi di Siena e il sig. A.G. La banca vantava un credito ipotecario nei confronti di una società e A.G. aveva prestato garanzia fideiussoria. A.G. adempiva al debito e richiedeva alla Banca di surrogarsi in base all'art. 1203 c.c. A.G., tuttavia, lasciava trascorrere tre anni senza assolvere l'onere di procedere all'annotazione della surrogazione. La banca acconsentiva alla cancellazione dell'ipoteca su richiesta del debitore principale. Il surrogato agiva allora in giudizio nei confronti della Banca e della società debitrice, chiedendo l'adempimento del credito ipotecario. La Corte di appello di Firenze, con decisione confermata in sede di legittimità, ha affermato che secondo l'art. 2843 c.c., in materia di trasmissione del vincolo d'ipoteca per surrogazione, l'annotazione della surrogazione a margine dell'iscrizione dell'ipoteca ha una rilevanza esterna. Nei rapporti con il surrogato e con il debitore prevale la vicenda successoria, così che il consenso dell'originario creditore alla cancellazione dell'ipoteca è subordinato al 'placet' del fideiussore. Nel caso di specie, tuttavia, il creditore non aveva proceduto all'annotazione per oltre tre anni «[…] adottando, così, un ingiustificato comportamento omissivo che comportava (...) l'assunzione da parte del medesimo del rischio di

[38] Così letteralmente Cass. Civ., sez. II, 14 dicembre 2018, n. 32390, cit.
[39] Cass. Civ., sez. III, 09 maggio 2019, n. 12252, www.dejure.it.

cancellazione delle ipoteche in forza dell'estinzione totale del credito del creditore originario»[40].

La Corte d'appello ha stabilito: «[…] l'inerzia ingiustificata e protratta nel tempo, da parte di quest'ultimo, [può] essere 'potenzialmente interpretata e valutata alla stregua di una rinuncia implicita alla garanzia ipotecaria'»[41].

Il debitore può quindi paralizzare l'azione del creditore che, in contraddizione con un'inerzia reiterata nel tempo, intende avvalersi di una garanzia reale del credito, avendone titolo legale.

4. *La promessa di adempiere il patto fiduciario orale*

Com'è noto, nel nostro ordinamento i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, a pena di nullità (art. 1350 c.c.). La norma ha natura speciale: il requisito formale è richiesto per tutti i negozi con effetto traslativo o volti a costituire obblighi di trasferimento della proprietà di beni immobili[42]. Un'ipotesi specifica di negozio con effetto traslativo 'mediato' è rappresentata dal contratto preliminare, per il quale l'art. 1351 c.c. stabilisce la nullità, qualora non rivesta la stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo.

Seguendo quest'orientamento, la dottrina e la giurisprudenza tradizionali stabiliscono la necessità della forma scritta anche per il patto fiduciario, con cui il fiduciario s'impegna a trasferire al fiduciante la proprietà o altro diritto reale su un bene immobile, che ha acquistato con denaro fornito dal fiduciante[43]. Il patto fiduciario è assimilato *quod ad effectum* al contratto

[40] Così è riportato nella descrizione dei fatti in Cass. Civ., sez. III, 09 maggio 2019, n. 12252, cit.

[41] *Ibidem*.

[42] Cfr. da ultimo Cass. Civ., sez. II, 09 dicembre 2019, n. 32108, www.dejure.it.

[43] *Ex multis* v. Cass. Civ., sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663, www.dejure.it: «Considerando infatti che la *ratio* della essenzialità della forma scritta prevista dall'art. 1350 per i contratti in esso elencati risiede nella esigenza della certezza (…) e che alla medesima *ratio* è ispirato anche l'art. 1351 per il contratto preliminare, non par dubbio che la medesima disciplina debba applicarsi per il patto di fiducia, sostanzialmente assimilabile al preliminare in relazione all'obbligo di emettere la dichiarazione di volontà di concludere il contratto voluto dal fiduciante»; Cass. Civ., sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024, secondo la quale: «Il *pactum fiduciae*, con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da quest'ultimo designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art.

preliminare, evidenziando il profilo dell'obbligo a trasferire il bene assunto dal fiduciario. Un patto fiduciario concluso informalmente, pertanto, è nullo e la promessa del fiduciario di trasferire il bene al fiduciante resta incoercibile[44].

Ciò nondimeno, una parte della giurisprudenza di legittimità, valorizzando la causa fiduciaria sottesa al negozio, ha riconosciuto rilevanza giuridica alla promessa unilaterale con cui un soggetto s'impegna a trasferire ad un altro un diritto su un bene immobile, in esecuzione di un patto fiduciario informale concluso tra le parti. L'orientamento trova riferimento principale in una decisione del 2014[45], in cui la Corte di cassazione è stata chiamata a decidere la controversia tra due coniugi, che avevano concluso un patto fiduciario orale. In base all'accordo, la moglie aveva acquistato con denaro del marito la proprietà di quattro immobili, che si era impegnata poi a ritrasferire al coniuge dietro richiesta. Qualche anno più tardi, la moglie redigeva un documento in cui riconosceva che gli immobili erano stati acquistati con denaro del marito e prometteva di trasferire la proprietà dei beni a quest'ultimo, in esecuzione del patto fiduciario intercorso tra le parti.

La signora non onorava la promessa e il marito la conveniva in giudizio, richiedendo alla Corte l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferimento della proprietà degli immobili, *ex* art. 2932 c.c.

Giunta la causa in Cassazione, la Corte ha ritenuto che l'accordo informale tra le parti e la promessa di trasferimento della proprietà dei beni, contenuta nella dichiarazione scritta proveniente dalla moglie, non dovevano essere analizzati separatamente, ma congiuntamente. Tra i coniugi è «[…] intercorsa un'articolata e complessa operazione negoziale, rientrante nell'ambito della fiducia»; l'accordo fiduciario comprende «[…] l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella appunto di realizzare il programma fiduciario»[46].

La Corte ha affermato che la dichiarazione unilaterale, con cui la moglie s'impegnava a trasferire gli immobili al marito ha, in parte, natura di confessione dell'esistenza del patto fiduciario e, in parte, natura di promessa unilaterale di trasferimento. La promessa, rivestendo la forma scritta stabilita

1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo».

[44] V. da ultimo Cass. Civ., sez. un., 06 marzo 2020, n. 6459, www.dejure.it e analizzata *infra* dove si chiarisce che il requisito della forma scritta può ritenersi soddisfatto solo se il documento redatto successivamente alla conclusione del patto «[…] costituisce l'estrinsecazione formale diretta della volontà negoziale delle parti e non anche quando esso si limiti a richiamare un accordo altrimenti concluso».

[45] Cass. Civ., sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, www.dejure.it.

[46] *Ibidem*.

dal diritto per il trasferimento di diritti reali immobiliari, è vincolante e costituisce essa stessa la fonte dell'obbligazione. Nella decisione si legge:

> «L'impegno di ritrasferimento, che trae le sue origini dal *pactum fiduciae* concluso oralmente dai coniugi, ha una sua autonoma fonte nella dichiarazione unilaterale […] che costituisce un atto unilaterale ricognitivo del precedente negozio fiduciario […] ed esprime chiaramente un impegno attuale in capo alla moglie»[47].

La fiducia del marito trovava tutela attraverso la coercibilità della promessa della moglie, condannata all'esecuzione specifica dell'impegno assunto *ex* art. 2932 c.c.

La sentenza è stata criticata da una parte della dottrina che l'ha considerata come una decisione isolata ed emanata in violazione di due principi del diritto civile finora indiscussi[48]: da un lato il requisito della forma scritta *ad substantiam* per tutti i negozi volti a realizzare in modo indiretto il trasferimento di diritti su beni immobili; dall'altro lato, il principio di tipicità delle promesse unilaterali e conseguente irrilevanza della promessa atipica di trasferire la proprietà (art. 1987 c.c.).

In realtà la decisione della Cassazione, sebbene non trovi basi su un consolidato orientamento, si pone nel solco di alcuni casi, in cui le corti hanno riconosciuto rilievo giuridico alla promessa del proprietario di trasferire il bene, forzando in parte le categorie tradizionali del diritto civile, al fine di tutelare il promissario. In questo contesto, giova menzionare quell'orientamento della giurisprudenza secondo il quale l'atto di citazione in giudizio, con il quale il promissario richiedere l'adempimento di una promessa scritta di trasferimento di un diritto su un bene immobile, costituisce accettazione di una proposta (promessa) contrattuale, volta a concludere un contratto con effetti traslativi, vincolante tra le parti[49]. Si tratta di casi in cui le corti ricostruiscono secondo lo schema dell'accordo una promessa unilaterale, effettuata anche a notevole distanza di tempo rispetto all'atto di citazione del promissario.

---

[47] *Ibidem*.

[48] Così A. Gentili, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2019, vol. 12, p. 1473 ss.

[49] Cass. Civ., sez. II, 1 aprile 2003, n. 4886; Cass. Civ., sez. I, 12 maggio 2004, n. 8983; v. già in precedenza Cass. Civ., sez. II, 24 aprile 1990, n. 3440, tutte consultabili in www.dejure.it. Cass. Civ., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corr. giur.*, vol. 8, 2003, p. 1041 con nota di V. Mariconda, *Una decisione della Cassazione "a critica libera" sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili*.

Nella decisione del 2014, in commento, la Cassazione ammette che la ricostruzione di simili promesse in chiave contrattuale è artificiosa e non necessaria ai fini del sorgere dell'obbligazione in capo al promittente: la promessa vincola anche se non accettata, purché sia redatta «con sufficiente chiarezza e attualità d'impegno»[50].

In base alla casistica sopra richiamata, la dichiarazione scritta, con cui il proprietario del bene immobile riconosce il diritto di un terzo sul bene, può di fatto vincolare il dichiarante valendo, a seconda delle circostanze, come una ricognizione di un diritto reale idonea a provare l'esistenza di un patto carente della forma *ad substantiam* o come una promessa unilaterale di trasferimento, vincolante giuridicamente[51]. Si tratta di tesi minoritarie, ma rilevanti tanto che recentemente le Sezioni Unite della Cassazione sono intervenute in materia, sulla base della rimessione disposta con ordinanza dalla seconda Sezione[52] che, individuando un contrasto della giurisprudenza, chiedeva di risolvere la questione concernente la forma del negozio unilaterale con il quale il fiduciario promette al fiduciante di trasferire la proprietà del bene immobile acquistato per suo conto.

Il caso concreto riguardava una controversia tra fratelli: due fratelli e le rispettive consorti avevano acquistato con denaro di un terzo fratello (D.B.)

[50] Cass. Civ., sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, cit.: «Non è necessario, qualora la scrittura privata a questo scopo redatta abbia sufficiente chiarezza e attualità di impegno da poter essere ritenuta autonoma fonte di obbligazione per chi la sottoscrive, ricorrere ad altra ricostruzione pur utilizzata in passato da questa corte, che non sembra rispecchiare la diversa struttura dell'atto e la possibile, autonoma dignità come fonte di obbligazioni di un atto unilaterale». La tesi della validità della promessa unilaterale di trasferimento del diritto reale, assunta dal fiduciario nei confronti del fiduciante, trova un parallelismo nella giurisprudenza che riconosce validità al mandato senza rappresentanza per l'acquisto di diritti reali su beni immobili; ciò anche in assenza di una forma scritta del contratto. In ossequio al principio della libertà delle forme, il mandato può essere concluso in modo informale, mentre l'atto con il quale si realizza l'effetto reale del trasferimento della proprietà necessita del rispetto del requisito formale a pena di nullità. Così letteralmente Cass. Civ., sez. III, 28 ottobre 2016, n. 21805, www.dejure.it. In materia v. le osservazioni di G. Gorla, *Il Contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, pp. 192-193 che evidenzia come l'esigenza dell'accettazione della promessa sia un *vestimentum* e afferma: «Invero nell'esigenza dell'accettazione, per la formazione del vincolo contrattuale […] è implicata quella di un minimo di affidamento del destinatario della promessa, un minimo che risulta provato dall'accettazione».

[51] Cfr. P. Gallo, *I contratti, le promesse unilaterali, l'apparenza*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2017, p. 434, richiamando una casistica variegata su questo tema parla di «[…] progressiva erosione del principio tradizionale di irrilevanza delle dichiarazioni di riconoscimento dei diritti reali».

[52] Cass. Civ., sez. II, 05 agosto 2019, n. 20934, www.dejure.it.

degli immobili, con il patto di trasferirli a quest'ultimo o a persona da lui nominata. A distanza di venti anni dalla conclusione del contratto, gli acquirenti avevano riconosciuto in una scrittura privata l'esistenza del patto fiduciario, promettendo di trasferire gli immobili a D.B, ma non avevano poi onorato l'impegno assunto. D.B. conveniva allora in giudizio gli acquirenti, richiedendo il trasferimento della proprietà degli immobili acquistati in base al patto fiduciario. Nel corso del processo di primo grado l'attore transigeva la lite con una delle parti convenute e proseguiva l'azione nei confronti dell'altra parte, vincendo la causa. Quest'ultima proponeva appello avverso la decisione sostenendo, a favore delle sue ragioni, che il patto fiduciario intercorso tra le parti fosse nullo perché carente della forma scritta. La promessa di trasferire gli immobili all'attore, formulata per iscritto dai fiduciari, costituiva un mero atto confessorio e non era idonea ad integrare la forma scritta prevista per un patto fiduciario riguardante beni immobili.

Giunta la causa davanti alle Sezioni Unite della Cassazione[53], la Corte ha affermato che il patto fiduciario non può essere assimilato, *quod ad effectum*, al contratto preliminare: nel contratto preliminare l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale e lo precede, mentre nel patto fiduciario «[…] l'effetto reale viene prima, e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti». L'atto traslativo con cui è adempiuto l'obbligo assunto con il preliminare ha causa e funzione diverse rispetto all'atto traslativo compiuto in adempimento di un *pactum fiduciae*. L'art. 1351 c.c. in materia di forma del preliminare, quindi, non è applicabile al patto fiduciario. Per contro il rapporto che si realizza per mezzo di un acquisto compiuto dal fiduciario per conto del fiduciante, direttamente da un terzo, è assimilabile al mandato senza rappresentanza:

> «[…] il mandato senza rappresentanza, infatti, costituendo lo strumento tipico dell'agire per conto (ma non nel nome) altrui, non solo può piegarsi alle esigenze di un *pactum fiduciae* che contempli l'obbligo del fiduciario di ritrasferire al fiduciante un diritto, ma si pone anzi come la figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire, senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni, (...) quel determinato intento»[54].

L'analogia svolta dalla Cassazione tra mandato senza rappresentanza e

[53] Cass. Civ., sez. un., 06 marzo 2020, n. 6459, cit.
[54] *Ibidem*.

pactum fiduciae orienta la soluzione del problema della forma del negozio.

Un orientamento recente della Cassazione ha stabilito, in ossequio al principio della libertà delle forme, che il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta ai fini della validità e che anche il mandato concluso informalmente può essere eseguito in forma specifica[55]. Similmente, anche il patto fiduciario concluso oralmente è valido e l'obbligo del fiduciario può essere eseguito *ex* art. 2932 c.c. La promessa del fiduciario di ritrasferire il bene al fiduciante, assunta successivamente alla stipulazione del negozio, non costituisce un vestimento del patto fiduciario concluso oralmente. Il patto orale è la fonte dell'obbligo di trasferimento. La promessa costituisce piuttosto un atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento che «[…] ha la funzione di dispensare 'colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale', l'esistenza di questo presumendosi fino a prova contraria»[56]. La promessa unilaterale del fiduciario, in conclusione, non è fonte dell'obbligazione, ma ha un effetto confermativo del preesistente rapporto fondamentale e determina un'astrazione processuale della *causa debendi*, in base alla quale il fiduciante è dispensato dall'onere di provare il patto fiduciario[57].

5. *La conferma del testamento o della donazione orale*

La conferma del testamento e della donazione nulli trova un riferimento normativo rispettivamente agli artt. 590 e 799 del codice civile. L'art. 590 c.c. prevede che: «La nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa di nullità ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione». Analogamente l'art. 799 c.c. stabilisce che gli eredi e gli aventi causa del donante che, dopo la morte di lui, hanno confermato la donazione o dato ad essa volontaria esecuzione, non possano far valere in giudizio la nullità della donazione, da qualunque causa dipenda.

[55] Cfr. Cass. Civ., sez. III, 28 ottobre 2016, n. 21805, www.dejure.it.

[56] Cass. Civ., sez. un., 06 marzo 2020, n. 6459, cit..

[57] Cfr. G.A. Chiesi, *La forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare: la Corte (ri)scrive le regole del negozio fiduciario*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, vol. II, 2020, p. 248 ss., che commentando la sentenza afferma che in tal modo la Cassazione sembra supera l'orientamento tradizionale che nega la possibilità di un atto ricognitivo *ex* art. 1988 c.c., avente natura confessoria *ex* art. 2720, in materia di diritti reali.

Le regole costituiscono un'eccezione al principio dell'insanabilità del negozio nullo e hanno un precedente nell'art. 1311 del previgente codice civile, che recitava: «La conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa del testatore, dopo la morte di lui, include la loro rinuncia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione». Già durante la vigenza del codice del 1865, la conferma del testamento e della donazione nulli è stata oggetto di un intenso dibattito dottrinale, per la difficile conciliazione della regola con il principio secondo il quale non si possono sanare con alcun atto confermativo i vizi di un atto nullo per difetto di forma[58], tanto che parte della dottrina parlava di un «indovinello misterioso posto dal legislatore»[59], mentre un'altra autorevole voce osservava: «[…] questi due articoli racchiudono, nel modo come sono redatti, una tale contrarietà di principi, che qualunque sforzo di interpretazione è insufficiente a dileguare»[60].

L'art. 1311 cod. abr. costituiva l'esito del recepimento, da parte del legislatore, di una regola applicata dalla giurisprudenza delle corti francesi e degli Stati preunitari, in base alla quale l'erede non poteva agire in giudizio per far valere la nullità del testamento, in contrasto con un precedente atto di esecuzione della volontà del *de cuius*[61]. La nostra Corte di cassazione riconosceva natura equitativa alla regola e affermava che: «[…] la disposizione dell'art. 1311, evidentemente suggerita dall'equità, costituisce un'eccezione al sistema»[62].

Il dibattito sulla *ratio* della conferma del testamento e della donazione nulli, e sulla conciliabilità della regola con il principio d'insanabilità della nullità negoziale, resta aperto anche successivamente all'entrata in vigore del codice del 1942[63]. In materia una delle questioni di più difficile soluzione

[58] Art 1311 cod. civ. abr. del 1865: «Non si possono sanare con verun atto confermativo i vizi di un atto nullo in modo assoluto per difetto di forma», sul quale v. il commento di V. G.B. Ferri, voce *Convalescenza*, in *Nuoviss. Dig. It.*, Torino, 1938, vol. IV, p. 199; l'a. afferma che la disposizione è espressione di un principio di ordine generale, riconosciuto ed ammesso nel sistema italiano, cioè quello dell'impossibilità di conferma e di ogni altra qualsiasi specie di sanatoria dei negozi nulli in modo assoluto.

[59] L. Barassi, *Nota a sentenza della Cassazione di Napoli, 14 dicembre 1908*, in *Il Foro it.*, 1909, I, c. 710.

[60] N. De Crescenzio, *La dottrina della conferma e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma*, Napoli, 1885, p. 2.

[61] Cfr. F. Ranieri, *Rinuncia tacita e verwirkung*, Padova, 1971, p. 73 ss.

[62] Cass. Civ., 16 maggio 1941, n. 1476, in *Il Foro it.*, 1941, I, c. 1036.

[63] V. L. Bigliazzi Geri, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 165 ss.; G. Pasetti, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, *passim*.

riguarda la possibilità per gli eredi (o gli aventi causa del donante in caso di donazione) di confermare tacitamente il testamento nuncupativo o la donazione orale. La giurisprudenza in tema conta poche pronunce, che appaiono comunque orientate ad applicare gli artt. 590 e 799 c.c. a questi casi.

Com'è noto, dalle motivazioni dei giudizi di Cassazione emergono raramente i fatti di causa, che invece si svelano nelle poche pronunce di merito in materia, e illuminano di significato il ragionamento del giudice.

Tra le più recenti decisioni si può citare una controversia tra sorelle riguardo all'eredità del padre, basata su circostanze invero singolari, decisa nel 2009 dal Tribunale di Napoli[64].

In una famiglia composta da padre, madre e due figlie, il padre era proprietario di tre appartamenti e la madre di un altro appartamento. Il padre moriva intestato. Gli eredi, volendo dare esecuzione alla volontà, manifestata in vita dal *de cuius*, di dividere il patrimonio familiare in parti uguali tra le figlie, trasferendo a ciascuna la proprietà di due appartamenti, decidevano di scrivere un testamento falso. Il testamento, redatto materialmente dalla figlia maggiore, disponeva a favore di quest'ultima due appartamenti e a favore della figlia minore un appartamento. Gli eredi, d'intesa tra loro, non impugnavano le disposizioni testamentarie, ma sottoscrivevano un accordo in cui la madre s'impegnava a lasciare in eredità l'appartamento di sua proprietà alla figlia minore e pareggiare così i conti tra le due sorelle. Nel tempo, la madre non manteneva fede alla promessa e vendeva l'appartamento; la figlia minore, allora, agiva in giudizio per far valere la nullità del testamento e ottenere la reintegrazione della sua quota di legittima.

Il Tribunale di Napoli ha respinto la domanda. Nel corso del processo le parti riconoscevano la natura apocrifa del testamento ma, nello stesso tempo, ammettevano la coincidenza tra la volontà testamentaria espressa dal padre in vita e le dichiarazioni riprodotte da una delle sorelle nel documento. Dalla prova testimoniale raccolta in corso di causa emergeva che il *de cuius* aveva «[…] effettivamente esternato le proprie volontà in un testamento nuncupativo di contenuto assolutamente identico a quello del testamento poi pubblicato».

Le due sorelle avevano entrambe dato esecuzione al testamento orale del padre, curando la trascrizione degli acquisti degli appartamenti oggetto di controversia; l'attrice aveva così tacitamente confermato il testamento e non poteva agire in giudizio per invocarne la nullità.

Più di recente il tema della conferma delle disposizioni testamentarie

[64] Tribunale di Napoli, 30 giugno 2009, in *Giur. Merito*, 2010, vol. 12, p. 3010 ss., con nota di M. Di Marzio, *Accordo tra coniugi sulla destinazione* post mortem *dei beni*.

e delle donazioni orali è riemerso in un caso deciso dalla Cassazione[65], riguardante una promessa fatta dal *de cuius* in vita di lasciare una somma di denaro alla compagna, che si era presa cura di lui negli ultimi anni, segnati da una grave malattia. Il caso di specie, benché non concerna la proprietà di beni immobili, è nondimeno utile a comprendere se e in che limiti una promessa di liberalità possa vincolare il promittente.

La sig.ra V. citava in giudizio i fratelli del *de cuius*, unici eredi, deducendo che quest'ultimo aveva assunto prima di morire la determinazione di donarle la somma di 120000 euro. Gli eredi, dopo l'apertura della successione, avevano eseguito in parte la promessa fatta dal *de cuius* all'attrice, versando a quest'ultima una somma pari a 50200 euro. L'attrice agiva in giudizio per l'adempimento della restante somma, in esecuzione della volontà del *de cuius*.

Il Tribunale ha respinto la domanda, che invece è stata accolta in sede di appello. Dalla lettura della motivazione della Corte di appello di Torino emerge che la sera della morte del *de cuius*, nella camera ardente, un cugina degli eredi li aveva avvicinati, raccontando che il defunto aveva promesso alla compagna, che lo aveva accudito nel corso della malattia, di donarle la somma di 120000 euro. La cugina, messa a conoscenza della promessa dal *de cuius in limine mortis*, pregava gli eredi di onorare la promessa e questi incaricavano un consulente finanziario di accreditare parte della somma promessa all'attrice. Dopo qualche tempo, l'attrice aveva inviato una lettera agli eredi, richiedendo il pagamento della somma restante. Gli eredi rispondevano con una lettera precisando: «[…] non sussisteva, in capo nostro, alcun obbligo di riconoscerti la benché minima somma, non avendo il, da noi compianto, Giuseppe lasciato alcuna disposizione in tal senso». Aggiungevano: «[…] essendo persone di parola non possiamo che ribadirTi che onoreremo […] la nostra parola rimettendoti il saldo di quanto abbiamo voluto liberamente riconoscerti entro un anno dalla morte di Giuseppe»[66].

La Corte d'appello ha stabilito che era «[…] pacifica tra le parti una donazione verbale»[67] fatta dal defunto all'attrice. La lettera degli eredi, inoltre, costituiva la prova della conoscenza della nullità della donazione per difetto di forma ed esprimeva la loro volontà di dare esecuzione alla donazione. Era pertanto applicabile l'art. 799 c.c.

Giunta la causa dinanzi alla Cassazione, la Corte ha respinto il ricorso degli eredi, stabilendo che l'art. 799 c.c. consente la «convalidazione della

[65] Cass. Civ., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9091, www.dejure.it.
[66] Corte di appello di Torino, sez. II civ., 13 maggio 2013, inedita.
[67] *Ibidem*.

donazione nulla 'da qualsiasi causa dipenda'»[68]. La Corte ha affermato, *obiter dictum*, che la conferma della donazione orale esige quantomeno l'esistenza di un accordo tra le parti. In presenza di un mero proponimento di donare, l'atto di esecuzione dell'erede costituisce un atto autonomo e deve osservare i requisiti formali previsti dalla legge per la sua validità. La qualificazione dei fatti come accordo piuttosto che come promessa è demandata al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità.

Nel caso di specie, l'individuazione ad opera della Corte di appello di un contratto orale di donazione, invece che di una dichiarazione unilaterale del donante, ha assunto allora un valore determinante per l'applicazione dell'art. 799 c.c.

6. *Promesse unilaterali, accordi informali e comportamenti ingannevoli: tra volontà di obbligarsi e tutela dell'affidamento*

Le motivazioni delle decisioni analizzate nei paragrafi precedenti riguardano fattispecie concrete e regole giuridiche diverse, in materia di accessione, usucapione, successioni, contratti obbligatori. Le corti risolvono le controversie applicando gli istituti della rinuncia, della ricognizione del diritto, della conferma del negozio nullo e dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto (art. 2932 c.c.).

Ci si chiede se possa essere individuato un *fil rouge* che leghi queste decisioni.

In questa prospettiva si osserva, in termini generali, che in tutti i casi le corti apprestano un rimedio per impedire al proprietario di far valere in giudizio una pretesa in contrasto con una sua precedente promessa, un comportamento o con un'acquiescenza mostrata nei confronti di una situazione di fatto. Nelle dichiarazioni o nel comportamento del proprietario s'individua la volontà di far permanere una determinata situazione, che lo vincola giuridicamente.

Il vincolo giuridico è ricollegato quindi al volere del proprietario[69].

[68] Cass. Civ., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9091, cit.

[69] Si tratta dell'influenza ancora importante esercitata nel nostro ordinamento, e nei sistemi giuridici dove il diritto è codificato, dal c.d. dogma dell'autonomia della volontà e «[…] del riconoscimento di una sorta di potere o energia creatrice della volontà: il potere che avrebbe la volontà (del promittente), di creare l'obbligazione, il vincolo o rapporto giuridico. Il diritto non farebbe che realizzare questa volontà», così spiega Gorla, *Il contratto,* cit., p. 77.

Nella decisione commentata in materia di accessione, la Corte di cassazione afferma che l'art. 936 c.c. si applica anche in caso di 'consenso implicito' del proprietario alla costruzione del terzo e assimila il consenso implicito alla tolleranza: «[…] per la medesima ragione anche la mera tolleranza […] preclude l'esercizio del diritto»[70]. La soluzione della controversia, come già menzionato, non si basa sull'applicazione dell'art. 936 c.c.: la Cassazione ritiene che, per il principio dell'accessione (art. 934 c.c.), la costruzione del comproprietario sia incorporata al suolo e cada in comproprietà; i rapporti tra le parti e l'esercizio dello *ius tollendi* da parte del comproprietario sono regolati dalla disciplina della comunione. Attraverso questa diversa argomentazione, tuttavia, la Corte appresta al costruttore dell'edificio una tutela corrispondente a quella prevista dall'art. 936 c.c. Nella motivazione si legge, infatti, che anche nel caso concreto l'esercizio dello *ius tollendi* da parte del comproprietario deve essere coniugato con il principio di tolleranza e si conclude inibendo al proprietario l'esercizio del diritto[71].

Il passaggio dal rilievo del consenso (implicito) al rilievo della tolleranza determina anche un passaggio dal volere del proprietario alla tutela dell'affidamento del terzo: la tolleranza, protratta per un congruo periodo di tempo, preclude l'esercizio dello *ius tollendi* – spiega la Corte – perché «fa sorgere l'affidamento del costruttore sul sopravvenuto consenso implicito»[72]. Ciò che rileva, allora, non è tanto il volere (implicito) del proprietario quanto ciò che è stato compreso dal terzo.

Nei casi richiamati in materia di usucapione, similmente, le corti applicano le figure giuridiche della rinuncia tacita e della rinuncia implicita per respingere l'azione giudiziale dell'acquirente *a non domino* volta a far dichiarare l'intervenuta usucapione.

L'indagine sulla volontà di rinuncia dell'acquirente *a non domino* è demandata al giudice del merito ed è insindacabile in sede di legittimità.

L'analisi delle decisioni di merito, allora, assume valore determinante per comprendere i requisiti di fatto, in presenza dei quali si possa riconoscere

[70] Cass. Civ., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

[71] Nella motivazione si legge «È vero che tale disposizione (relativa al caso del "terzo costruttore") non è applicabile al diverso caso delle opere edificate dal comproprietario sul suolo comune; ciò non vuol dire però che in tale ipotesi non debba tenersi conto egualmente dei principi di tolleranza e di affidamento, nonché del principio di buona fede». Sul punto cfr. le osservazioni di Bona, *op. cit.*, secondo il quale: «Orientata la scelta verso l'accessione, è sicuramente condivisibile l'idea di "costruire" un apparato rimediale simile a quello delineato dall'art. 936 c.c. I dubbi riguardano solo gli strumenti concettuali che si sono utilizzati per compiere questo ultimo passo, strumenti che sembrano spingere verso dimensioni fino ad oggi ignote dei conflitti dominicali».

[72] *Ibidem*.

una volontà di rinunciare a far valere l'intervenuta usucapione[73]. L'indagine effettuata ai fini del presente lavoro su alcune sentenze inedite delle corti di merito fa emergere alcuni fatti considerati dai giudici nelle motivazioni delle sentenze, che consentono una migliore comprensione delle decisioni. Così, è interessante notare che nella decisione del Tribunale di Camerino, in materia di usucapione, il Giudice individua la volontà di rinuncia nel comportamento scorretto tenuto dal possessore nel corso della licitazione privata e nel periodo precedente alla proposizione della domanda giudiziale. Nella motivazione della sentenza il Tribunale insiste sull'esistenza di un comportamento dell'acquirente *a non domino* idoneo a trarre in inganno il precedente proprietario. Anche in questo caso, l'attenzione della Corte sembra spostata dalla volontà dell'acquirente *a non domino* a ciò che è stato compreso dal terzo.

Le pagine scritte da Gino Gorla più di cinquant'anni fa sul contratto obbligatorio spiegano con parole illuminanti il fondamento del vincolo giuridico: «Non al volere è collegato dalla legge il vincolo, ma al voluto, e non a questo soltanto, ma ad una ben più complessa situazione, ivi compreso l'affidamento del promissario […]»[74].

I casi di conferma tacita del testamento o della donazione orale e di promessa di esecuzione del patto fiduciario informale sembrano declinare, in contesti diversi, la stessa regola.

La dottrina italiana si è a lungo interrogata sugli effetti della conferma del negozio nullo, nei casi previsti dagli artt. 590 c.c. e 799 c.c[75]. Si tratta di un dibattito che non trova ancora unanime voce nel nostro ordinamento, dove alcuni autori riconoscono alla conferma un effetto sanante del negozio nullo[76], altri ritengono che essa realizzi una rinnovazione del negozio[77],

[73] In tema cfr. G. Gorla, *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 301 ss., che spiega come sia fondamentale conoscere il fatto concreto della sentenza: «[…] Altrimenti (…) al fatto concreto si sostituisce una fattispecie astratta, che sarà tanto più astratta quanto meno si enunci e si conosca il fatto concreto e così il problema concreto che si è presentato ai giudici», p. 307. L'a. osservava invece che nel nostro Paese le raccolte di giurisprudenza troppo spesso non riferiscono il fatto con la conseguenza che la motivazione della sentenza è presentata non come soluzione del caso concreto ma come spiegazione di una massima astratta.

[74] Gorla, *Il contratto*, cit., p. 79.

[75] La bibliografia in materia è vasta, per i primi riferimenti cfr. G.B. Ferri, voce *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. It*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 339 ss.

[76] Cfr. Pasetti, *op. cit.*, p. 53 ss.

[77] A. Rocco, *La convalescenza dei negozi giuridici e l'art. 137 cod. di comm.,* in *Studi di*

altri che consista nell'adempimento di un'obbligazione naturale[78], altri ancora affermano che la conferma produca effetti meramente processuali, consistendo in una rinuncia all'azione[79]. Senza volere in questa sede aggiungere una voce alle diverse tesi autorevolmente sostenute dalla dottrina in materia, ci si limita ad osservare che, al di là dell'inquadramento teorico di questi istituti, ciò che le corti intendono preservare nelle decisioni sopra analizzate non è la coerenza dell'agire dell'erede o del titolare del diritto (il rispetto della volontà), quanto l'interesse di chi, sulla base di una serie di circostanze, ha confidato nella permanenza di una situazione di fatto. Le dichiarazioni, il comportamento, le promesse del titolare del diritto rilevano non tanto perché espressive di una volontà di vincolarsi, piuttosto perché "fanno sperare" il terzo[80]. *Mutatis mutandis*, è l'affidamento del fiduciante che le corti tutelano eseguendo in forma specifica l'obbligazione di trasferimento assunta dal fiduciario[81].

Un elemento che accomuna le decisioni delle corti menzionate in precedenza sembra costituito dall'interpretazione in chiave volontaristica di fattispecie complesse, in cui il comportamento, le dichiarazioni del titolare del diritto o anche la sua inattività, inserite in un contesto di relazioni tra il titolare e il terzo e accompagnate da altri elementi che realizzano una situazione di affidamento, determinano il sorgere dell'obbligazione.

Ciò che interessa indagare, in queste brevi note, è se il vincolo che in tal modo è imposto al proprietario abbia una mera rilevanza interna, nei rapporti con il terzo, o possa in alcuni casi giungere fino ad assumere un rilievo esterno. La domanda richiama l'attenzione sull'interpretazione del requisito formale richiesto per la realizzazione dell'effetto traslativo del diritto reale, che appare costituire un altro tema ricorrente nelle motivazioni delle sentenze indagate.

diritto commerciale ed altri studi giuridici, Roma, 1933, vol. I, p. 343 ss.

[78] Cfr. E. Finzi, *Sulla nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920, vol. 1, p. 15 ss.

[79] Cfr. Pasetti, *op. cit.*, p. 179; in tema v. le osservazioni di F. Gazzoni, *Il negozio di conferma della donazione nulla e la sua forma*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, p. 313 ss.

[80] Con termini simili L. Moccia, *Promessa e contratto (Spunti storico-comparativi)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 851, spiega che l'ambivalenza del rapporto tra promessa e contratto (inteso come dissociazione o come commistione dei due termini) si riflette anche in un'ambivalenza semantica: nel significato ora di impegnarsi (se obbligare) ora di 'far sperare' (*fidem dare*).

[81] Cfr. da ultimo Cass. Civ., sez. un., 06 marzo 2020, n. 6459, cit., dove la Corte spiega che il riconoscimento di validità del patto fiduciario orale avente ad oggetto beni immobili riconcilia la soluzione giurisprudenziale con la storia e con l'esperienza pratica del negozio fiduciario. Prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 la Cassazione riconosceva che il patto fiduciario come «un patto non espresso affidato alla fiducia di uno dei contraenti».

Le corti riconoscono, come regola generale, che l'effetto traslativo non può prodursi in assenza del requisito formale stabilito dalla legge per la validità del negozio, né è possibile opporre a terzi un diritto senza rispetto delle formalità previste dalla legge a tal fine (ad esempio la trascrizione del diritto per gli atti che costituiscono, modificano o trasferiscono diritti reali su beni immobili). In mancanza del rispetto del requisito formale, nei modi previsti dalla legge, il problema della tutela del terzo che ha confidato nella realizzazione dell'effetto traslativo o nell'opponibilità del diritto ai terzi non ha ragione di porsi. Così, in materia di accessione, la Corte di cassazione ribadisce che «[…] è nulla la promessa verbale del proprietario del suolo di trasferire ad altro la proprietà del manufatto su di esso edificato; come, d'altra parte, la concessione *ad aedificandum* convenuta verbalmente, e quindi senza un atto scritto, non acquista efficacia reale […]»[82]. L'esercizio dello *ius tollendi*, inibito al proprietario che ha tollerato la costruzione del terzo, di conseguenza, dovrebbe essere consentito agli aventi causa del proprietario perché il terzo non ha acquistato validamento un diritto a mantenere la costruzione sul fondo. Si può discutere, tuttavia, se il sub-acquirente del fondo, che sia a conoscenza della costruzione ad opera del terzo, possa acquistare il bene (e la costruzione ivi eretta) per poi demolire la costruzione oppure se il terzo possa utilizzare gli argomenti dell'acquiescenza e della tolleranza della costruzione anche per opporsi all'esercizio dello *ius tollendi* da parte del sub-acquirente, e con quali limiti.

La rinuncia a far valere l'usucapione pone questioni similari.

La rinuncia non equivale alla rinuncia ad un diritto di proprietà acquistato. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, essa è opponibile ai successori e agli aventi causa dell'acquirente *a non domino*. Il vincolo obbligatorio imposto all'acquirente *a non domino*, sulla base di una sua 'rinuncia implicita' all'azione, non è un diritto opponibile *erga omnes*, ma acquista comunque un rilievo esterno. Il proprietario e i suoi aventi causa prevarranno nelle controversie con l'acquirente *a non domino* (che ha rinunciato) e con i suoi aventi causa[83].

Nel caso di conferma della donazione orale, sopra esaminato, la Corte applica l'art. 799 c.c. alla promessa scritta degli eredi di eseguire la donazione orale e consente l'esecuzione in forma specifica della promessa, in assenza dell'elemento formale stabilito dall'art. 782 c.c. per la validità

[82] Cass. Civ., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

[83] In tema v. le osservazioni di Sacco, Caterina, *Il possesso*, cit., p. 509 ss., che distinguono tra rinuncia non accompagnata dalla restituzione del possesso, che vale solo come atto interno e rinuncia accompagnata dalla restituzione del possesso, che vale nei confronti di tutti ed è irrevocabile.

delle donazioni[84]. Nelle decisioni in materia di esecuzione del patto fiduciario concluso oralmente, la promessa scritta del fiduciario, successiva alla stipulazione del patto, è eseguita in forma specifica, con la produzione dell'effetto traslativo, pur in assenza di un contratto formale tra le parti. In questo caso il requisito della forma scritta *ad substantiam* si ritiene soddisfatto ora dalla presenza di una promessa unilaterale effettuata dal fiduciario per iscritto, ora dalla dichiarazione resa in udienza e verbalizzata per iscritto della volontà di trasferire il bene al fiduciante, ora ritenendo che l'atto di citazione, con cui il fiduciante agisce per l'adempimento del patto fiduciario nullo, costituisca accettazione formale di una proposta (promessa) scritta del fiduciario di trasferire il bene[85].

Volendo trarre dai casi analizzati alcune conclusioni, che ci proponiamo di approfondire con ulteriori ricerche, si può affermare che promesse unilaterali, patti informali, comportamenti ingannevoli del proprietario sono interpretati dalle corti in chiave contrattuale e sanzionati giuridicamente. In assenza dei requisiti formali stabiliti dalla legge l'effetto traslativo del diritto non si realizza, ma il proprietario è vincolato a quanto dichiarato o promesso al terzo o ancora all'apparenza ingenerata attraverso atti di acquiescenza, con effetti (obbligatori) che incidono sull'effettivo uso e godimento dell'oggetto della proprietà. In alcune circostanze il vincolo obbligatorio imposto al proprietario assume un rilievo esterno, ed è opponibile ai suoi aventi causa, a tutela di chi ha confidato nella situazione di fatto.

Nei casi esaminati l'autonomia del proprietario e il potere di contraddirsi sono limitati dalle corti, che fanno prevalere ragioni di giustizia del fatto concreto. La massima *venire contra factum proprium nemo potest*, allora, assume un importante valore descrittivo del bilanciamento degli interessi operato dal giudice e della *ratio* sottesa all'interpretazione giudiziale: il divieto non costituisce la base giuridica delle decisioni che, com'è noto, poggiano sempre su norme di legge, ma esprime un fondamento equitativo della soluzione apprestata in concreto dal giudice. Le corti, attraverso diversi itinerari interpretativi, irrorano le regole giuridiche di equità, con effetti anche in materia di proprietà. L'autonomia del proprietario nell'uso e godimento del bene è proiettata in un contesto di relazioni dalle quali emergono anche elementi obbligatori, limitativi del potere del proprietario[86].

[84] V. *supra*, paragr. 5.
[85] V. *supra*, paragr. 4.
[86] Sulla continuità e discontinuità delle forme di proprietà v. diffusamente L. Moccia, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Lavis, 2016, p. 107 ss.

Francesco Paolo Traisci

L'animale. Oggetto o soggetto di diritto?

Sommario: 1. Premessa – 2. La visione tradizionale: l'animale oggetto di proprietà – 3. L'approccio animalista: l'animale non è una cosa – 4. Le normative di protezione degli animali con effetti anche civilistici – 5. La riforma del *Code civil* – 6. La riforma del *Code civil* versione belga –7. L'animale: oggetto o soggetto di diritto?

1. *Premessa*

È per me un grande onore, oltre che un piacere, essere stato invitato a partecipare a questa raccolta di Studi per Luigi Moccia, uno dei Maestri del Diritto Comparato, al quale mi legano un affetto ed una collaborazione ormai più che ventennali. E, per questo invito, mi sento in dovere di ringraziare gli amici curatori dell'iniziativa, Ermanno Calzolaio, Raffaele Torino e Laura Vagni.

Sicuramente, dovendo scegliere un argomento per il mio contributo, non potevo non cercare di rifarmi ad uno dei molteplici campi della ricerca fatti propri dal Maestro, quello della proprietà, da lui analizzato sotto molteplici punti di vista. In queste brevi note, non potendo certo affrontare tematiche di fondo, mi limiterei ad alcuni spunti in relazione ad un particolare oggetto di proprietà: l'animale. Un oggetto di diritto sicuramente particolare, tuttavia, come riconosciuto da un numero sempre maggiore di codificazioni. Un oggetto la cui natura viva e senziente ha infatti messo in crisi, in molti ordinamenti, la tradizionale dicotomia fra soggetti ed oggetti di diritto, con risultati spesso notevoli per la stessa riforma delle basi concettuali della disciplina del diritto di proprietà ed in generale della teoria dei beni.

2. *La visione tradizionale: l'animale oggetto di proprietà*

Nel nostro codice civile, come è noto, gli animali sono tuttora considerati a pieno titolo dei beni materiali. Come tali vengono spesso menzionati

esplicitamente fra le cose oggetto di diritti reali, ed in particolare del diritto di proprietà. E ciò in conseguenza della caratterizzazione profondamente fondiaria della proprietà all'interno del *Code Napoléon* ed a seguire anche nei codici che a questo si sono ispirati, primo fra tutti il nostro.

La prospettiva è chiaramente quella utilitaristica: il punto di partenza è però rappresentato dal diritto agrario e dalla vocazione agraria della proprietà fondiaria che il nostro codice ha modellato, prendendo spunto da quello francese. Sin dalla preistoria, l'uomo ha catturato, e poi allevato e spesso ucciso, animali per consumarne la carne ed altri prodotti, o sfruttarne la forza fisica o la velocità. Utilizzandoli come beni oggetto di proprietà, mobili per definizione o immobili per destinazione. E questo si riflette chiaramente in tutte le codificazioni che si sono ispirate al *Code civil*.

Partendo quindi da quest'ultimo, possiamo rilevare come l'appartenenza degli animali al regime dei beni (sino ad una recente, e molto interessante ai nostri fini, novella del 2015, di cui parleremo più avanti) sia sempre stata data per scontata, distinguendo in modo esplicito, nell'art. 522, relativamente agli animali destinati all'agricoltura fra animali sottoposti al regime di beni mobili e quelli sottoposti al regime degli immobili per destinazione, in quanto pertinenze del fondo agricolo. In tal senso, poi, il successivo art. 524 elenca fra i beni immobili per destinazione, insieme agli utensili ed alle sementi, anche gli animali utilizzati per le attività agricole, menzionando poi esplicitamente i piccioni dei colombai, i conigli nelle conigliere, le arnie (e quindi le api) e, in virtù di una successiva modifica, anche i pesci degli stagni e dei corsi d'acqua privati.

Che gli animali siano considerati dei beni si desume poi anche dall'art. 547, in cui fra i modi di acquisto della proprietà, viene menzionato esplicitamente, fra i beni che vengono acquistati a titolo di accessione, le "*croit des animaux*", ossia la loro crescita ponderale o numerica in virtù di nuovi parti.

La natura di bene dell'animale si desume, infine, anche dalla regola in virtù della quale l'animale che sfugge alla custodia del padrone rimarrebbe per un lasso di tempo nel patrimonio di quest'ultimo, non diventando immediatamente *res derelicta* e quindi oggetto di appropriazione. Questo si può dedurre, nel silenzio di una norma generale, dalla lettura a contrario dell'art. 564 che prevede invece che i piccioni, i conigli ed i pesci che passano, rispettivamente, da una colombaia, una conigliera ed una peschiera ad un'altra appartengono al proprietario di quest'ultima, a meno che non vi siano stati attirati "*par fraude et artifice*". Ma che quest'ultima regola sia eccezionale, a fronte ad una disciplina generale in cui l'animale fuggito dal

fondo rimane del proprietario, appare scontato, tanto che la disposizione introdotta con l'art. L. 221-4 del *Code rural*, per il quale il pollame e gli altri animali di bassa corte che fuggono nei fondi vicini non cessano di appartenere al proprietario che li ha persi di vista, ma costui non li può reclamare decorsi trenta giorni dalla dichiarazione che hanno dovuto fare presso il comune le persone presso le quali sono riparati, appare una semplice specificazione della norma generale, così come lo stesso è stato affermato in relazione al successivo art. L. 221-9, che, disciplinando gli sciami di api, afferma che il proprietario ha facoltà di seguirli nel fondi vicini e di recuperarli, finché non abbia cessato di seguirli. Altrimenti, lo sciame appartiene al proprietario del fondo in cui si è stabilito[1].

In quest'ottica, si è creata nel *Code* la distinzione fra animale domestico, ossia oggetto di proprietà ed animale selvatico, con la menzione di quest'ultimo solo nell'art. 713, laddove si afferma che i beni che non hanno proprietario appartengono allo Stato, mentre il successivo art. 715 rimanda alle leggi specifiche la facoltà di cacciare e di pescare, ossia ogni forma di appropriazione dell'animale selvatico (categoria all'interno della quale viene fatto rientrare anche il pesce ed ogni animale marino)[2]. Ciò, evidentemente, significa che l'occupazione dell'animale selvatico è disciplinata dalle leggi sulla caccia, lasciando non regolamentata solamente quella dell'animale appartenente ad una specie non protetta o presente in una zona protetta. Per questo motivo, la dottrina francese sempre di più tende a qualificare l'animale selvatico non più come *res nullius* ma come *res comunis* e a volte come *res collectivis*, ossia appartenente ad una gruppo di individui e non a tutti[3].

Un simile impianto concettuale e regolamentare è stato poi ripreso, pur con alcune divergenze operative, dal nostro legislatore, il quale, pur non avendo ritenuto, all'interno del codice civile, di dover specificare l'appartenenza degli animali al novero dei beni mobili, ha fatto sì che ciò venisse dedotto da alcune specifici riferimenti normativi.

Che gli animali siano beni si può dedurre innanzitutto dall'art. 820 che considera frutti naturali i parti degli animali, mostrando che quindi già l'animale partoriente è oggetto di proprietà; allo stesso modo, nell'art. 2170, ne fa oggetto di contratto associativo tipico di allevamento (chiamato soccida), in cui le due parti si associano per «ripartire l'accrescimento

[1] Per i riferimenti al *Code Napoléon* v. A.M. Sohm-Bourgeois, *La personnification de l'animal: une tentation à repousser*, in *Dalloz*, 1990, *Chron.*, p. 33 ss.

[2] V. in tal senso, S. Antoine, *L'animal et le droit des biens*, in *Dalloz*, 2003, p. 2651 ss.

[3] Così G. Proutière-Maulion, *L'évolution de la nature juridique du poisson de mer. Contribution à la notion juridique de bien*, in *Dalloz*, 2000, Chron., p. 647 ss.

del bestiame e gli altri prodotti e utili che ne derivano», laddove per accrescimento si considera tanto quello ponderale quanto quello numerico in virtù dei nuovi parti, mostrando quindi che l'animale non viene ceduto dal soccidante al soccidario ma viene allevato dal secondo per conto del primo usando «la diligenza del buon allevatore», tanto che il soccidario non risponde del bestiame che provi essere perito per causa a lui non imputabile, anche se «deve rendere conto delle parti recuperabili».

Che siano inquadrati fra i beni mobili, si può poi dedurre, a contrario, dall'art. 812, 3 comma che definisce i beni mobili come categoria residuale rispetto a quelli immobili definiti ed elencati nei primi due commi della medesima norma.

Più esplicite sono però quelle norme che disciplinano in senso analogo, ma non identico al modello del *Code*, i casi di acquisto a titolo originario degli animali, specificandone, questa volta, la natura di bene mobile.

In particolare, relativamente alla occupazione della *res nullius*, l'art. 923, limitando il suo ambito di applicazione ai «beni mobili che non siano di proprietà di alcuno», specifica che tali sono da considerarsi «gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca». Coerentemente, le altre norme che riguardano invece l'invenzione, sono destinate agli animali già oggetto di proprietà. Fra queste, la regola generale dell'art. 925, che relativamente all'animale mansuefatto, ossia a quello domestico destinato all'agricoltura in genere, concedendo la facoltà al proprietario di inseguirlo nel fondo vicino e riprenderselo e prevedendo che il proprietario del fondo in cui è riparato ne diventi proprietario solamente se l'originario proprietario non l'abbia reclamato entro 20 giorni da quando ha avuto conoscenza del luogo dove si trova, in definitiva sottintende che esso rimane di proprietà dell'originale proprietario anche se esce dal fondo nel quale si trovava. Lo stesso codice prevede poi all'art. 924 una regola speciale per lo sciame di api, con il diritto di inseguirlo e riprenderselo, ma con un termine di 2 giorni scaduto il quale il proprietario del fondo può tenerselo, mentre all'art. 926 ha disposto la regola opposta per la migrazione di colombi, conigli e pesci, con l'acquisto della proprietà da parte del proprietario della struttura in cui sono riparati, sempre che non vi siano stati attirati «con arte o con frode».

3. *L'approccio animalista: l'animale non è una cosa*

Anche il BGB, nella sua versione originale, comprendeva gli animali fra i beni materiali, ai sensi del § 90 in virtù del quale «Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände», restringendo quindi il novero degli oggetti di diritto ai beni materiali, senza tuttavia specificarli meglio. Senonché, con l'introduzione del § 90a tutto è cambiato, pur senza l'apporto di alcuna modifica alla originaria formulazione del § 90. Il legislatore ha infatti, con la norma di nuovo conio, espressamente escluso che gli animali fossero cose, con la formula "*Tiere sind keine Sachen*", giustificando tale assunto in virtù della natura di esseri viventi degli animali e restringendo così di fatto la categoria delle cose giuridiche ai beni inanimati[4]. Lo stesso § 90a, poi, al n. 2 ha specificato che, pur essendo oggetto di proprietà, la signoria su di loro, anziché essere disciplinata ai sensi del § 903 come un qualsiasi bene, è regolamentata da specifiche leggi di protezione, applicandosi il regime dei beni solamente in caso di assenza di una norma specifica[5]. Di modo che, alla originaria versione del § 903, è stata aggiunto un secondo comma che ora impone all'esercizio del diritto di proprietà su di un animale il limite della protezione di quest'ultimo[6]. Tutto ciò è stato il frutto della *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht* (TierVerbG) del 28.8.1990, che ha riportato, anche nell'ambito dei rapporti civilistici disciplinati dal BGB, il frutto delle varie normative di protezione degli animali, inserendo nelle norme codicistiche ampi ed espliciti richiami ai limiti che vengono posti, nella disciplina dei rapporti da esso regolati, dalle norme di tutela delle varie specie animali.

Una posizione armonica e coerente che prende atto della natura di essere vivente e sensibile dell'animale e ne trae le conseguenze anche all'interno dei rapporti civilistici. In virtù di tale drastica previsione, qualche voce all'interno della dottrina ha cercato di suggerire che con essa il legislatore avrebbe inteso eliminare la tradizionale distinzione fra beni materiali e beni immateriali, creando una terza categoria autonoma, quella degli esseri viventi in cui inserire anche parti del corpo umano oggetto di possibile commercio. La

[4] In tal senso v. K. Larenz, M. Wolf, *AllgemeinerTeil des Bürgersliches Recht*, München, 1997, p. 386 ss.

[5] Che così recita con riferimento agli animali: «sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist». In tal senso v. W. Brehm, C. Berger, *Sachenrecht*, 2. Aufl., Tübingen, 2006, p. 27 e s.

[6] Questo il dettato della «der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten».

previsione del comma 3 del §903, che ha previsto che comunque in assenza di una disciplina specifica viene applicato il regime dei beni materiali, ha tuttavia portato il resto della dottrina a dubitare della effettiva efficacia della disposizione, tanto da arrivare a definire il § 90a una norma declamatoria priva di reale contenuto giuridico[7], ovvero un'operazione di *Begriffskosmetik*[8], mentre altri l'hanno vista come un *ethitsches Postulat* e un corpo estraneo al BGB[9]. Una unica certezza accomuna tuttavia la dottrina: non vi è infatti dubbio che il § 90a non abbia inserito l'animale fra i soggetti di diritto[10].

È vero, però, che al di là dell'effettiva portata del §90°, nessuno può dubitare della sua forza declamatoria e del suo ruolo armonizzante all'interno del sistema. Il valore rappresentato dall'introduzione, all'interno dello statuto della proprietà di limiti ed obblighi negli interessi dell'oggetto stesso della proprietà, anche con valenza civilistica, non può certo essere trascurato!

4. *Le normative di protezione degli animali con effetti anche civilistici*

Non che altrove manchino le normative a tutela dell'animale e della sua sensibilità, soprattutto nell'ottica della sua capacità di provare dolore. Senza volersi dilungare troppo, possiamo richiamare innanzitutto quelle di stampo penalistico. Secondo la storiografia tradizionale, il primo testo normativo occidentale emanato in ottica di tutela animale è stato il *Martin's Act* inglese del 1822, che proibì gli atti di inutile crudeltà in pubblico nei confronti degli animali domestici. Ed il primo a subire la sanzione penale in seguito ad un regolare processo fu Bill Burns, condannato per aver battuto il proprio asino.

Ma sicuramente è la celeberrima Loi Grammont francese del 1850 a rappresentare l'archetipo della disciplina penale in materia di tutela animale, laddove aveva punito con sanzioni pecuniarie e con la detenzione coloro che avevano esercitato pubblicamente ed abusivamente atti di crudeltà nei confronti degli animali domestici[11]. In realtà, pur riconoscendo

[7] In tal senso Heinrichs, *Sub § 90a*, *Palandt Kommentare des BGB*, n. 1

[8] In tal senso D. Medicus, *AllgemeinerTeil des BGB*, München, n. 1178a.

[9] Così Frischer, *Sub § 90a*, in *Bamberger/Roth*, n. 1.

[10] G. Ring, *Sub 90a*, in B. Dauner-Lieb, T. Heidel, G. Ring (a cura di), *Anwaltkommentar des* BGB, vol. 1, *Allgemeiner Teil mit* EGBGB, a cura di T. Heidel, R. Hüßtege, H.P. Mansel, U. Noack, Bonn, 2020, n. 1 e 2.

[11] Questo il dettato della norma principale: «Seront punis d'une amende de cinq à quinze francs, et pourront l'être d'un à cinq jours de prison, ceux qui auront exercé

all'animale una sensibilità, ossia una capacità di sentire dolore e piacere, per molti commentatori la legge si sarebbe limitata a punire le manifestazioni pubbliche di maltrattamenti nei confronti di animali domestici, quindi oggetto di proprietà, sembrando così essere orientata verso la tutela della sensibilità dell'uomo spettatore rispetto agli atti di crudeltà, piuttosto che nei riguardi del benessere animale.

Da questa norma, successivamente oggetto di modifiche, si è poi sviluppata nell'ordinamento francese una legislazione penale che è andata in tre direzioni: 1) ha esteso l'ambito della tutela eliminando il requisito della pubblicità; 2) ha diversificato i comportamenti punibili inasprendo le sanzioni; 3) ha raffinato le basi della tutela, allargandone il fondamento oltre al novero degli animali domestici.

Per quanto riguarda il primo aspetto, ossia quello dell'abolizione del requisito della "*pubblicité des agissements*", la dottrina richiama il decreto Michelet del 1959, che pur eleminando la necessità che il maltrattamento dell'animale fosse avvenuto pubblicamente, ha mantenuto però il legame con il diritto di proprietà su quest'ultimo: solo il maltrattamento dell'animale domestico sarebbe rientrato nell'ambito della normativa, anche quando esercitato clandestinamente. Questa soppressione del requisito della pubblicità è stata vista da alcuni come sintomo dello spostamento dell'interesse tutelato: da quello della persona umana a quello proprio dell'animale, anche se le successive vicende soprattutto della disciplina civilistica hanno fatto ritenere a molti che tale prospettiva non sia stata ancora del tutto realizzata con questo provvedimento normativo[12].

Per quanto riguarda poi i comportamenti punibili, la legge n. 63-1143 del 1963 iniziò una fase di diversificazione delle infrazioni penali, creando il delitto di crudeltà punito più severamente rispetto alla contravvenzione di maltrattamenti, mentre la legge 76-629, relativa alla protezione dell'ambiente, ha aggiunto il reato di sevizie gravi agli atti di crudeltà ed ha creato il reato di abbandono (evidentemente dell'animale domestico), poi confluiti nell'art. 521-1 del *Code pénal*.

Una disciplina speciale hanno avuto in questa ottica le corride, vietate in generale dalla giurisprudenza della *Cour de Cassation* con l'assimilazione dei tori agli animali domestici. Le tauromachie, la cui crudeltà nei confronti degli animali fa tuttora discutere, oltre che nel sud della Spagna sono consentite anche in alcune zone della Francia meridionale, in virtù di una

publiquement et abusivement des mauvais traitements envers les animaux domestiques»

[12] In tal senso v. V.S. Cancelier, *Les grands progrès de la protection animale en droit français et européen*, in *Histoire de la recherche contemporaine*, t. IV, n. 1, 2015, p. 54 ss.

specifica eccezione contenuta nel comma 7 dell'art. 521-1 del codice penale che, pur vietando gli atti di crudeltà nei confronti degli animali, afferma esplicitamente che «les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie»[13].

La stessa legge ha poi creato altre contravvenzioni più specifiche, vietando alcune pratiche particolarmente cruente (come il tiro al piccione). Peraltro appare interessante notare come mentre la stessa legge del 1976 ha introdotto nel *Code rural*, limitatamente agli animali oggetto di quel testo normativo, il divieto di maltrattamenti senza ulteriori specifiche, lo stesso strumento normativo non ha soppresso il requisito dell'assenza di necessità nel reato di maltrattamento, in quello di atti di crudeltà e in quello di sevizie gravi previsto dal *Code pénal*. Questo requisito è stato soppresso, infatti, solo con la legge n. 99-5 del 6 gennaio 1999 (art. 22) limitatamente ai reati (ma non alle contravvenzioni).

La riforma dello *Code pénal* del 1993 ha poi dato alla luce ulteriori contravvenzioni, quale quella di «atteinte involontaire sans nécessité à la vie d'un animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité», l'antica "contravention d'atteinte volontaire", riformulandola e privandola di ogni riferimento a specie animali ed al proprietario ed allargando il novero anche agli animali addomesticati o tenuti in cattività come le fiere o gli elefanti nei circhi o nei giardini zoologici.

Per quanto riguarda, infine, l'ambito soggettivo di applicazione della tutela, l'ottica proprietaria è poi sempre rimasta, perché l'unica effettiva estensione della tutela dell'animale domestico è avvenuta nei confronti di quelli addomesticati o tenuti in cattività come le fiere nei circhi e nei giardini zoologici o nei parchi. Anche nei confronti di questi ultimi infatti è possibile individuarne il proprietario tenuto al rispetto della sua natura sensibile così come è stata riconosciuta a tutta la categoria animale, dalla stessa legge del 1976, poi codificata nel *Code rural*, nell'art. 9, che ha affermato: «Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce».

Tutto, quindi, è riservato agli animali domestici (seppur esteso poi a quelli addomesticati o tenuti in cattività) e si possono individuare solo alcune disposizioni che introducono forme di clemenza verso gli animali erranti (ad esempio il divieto di eutanasia sistematica e la imposizione di

[13] Sul punto v. J.-P. Maguenard, *Le droit animalier, de l'anecdotique au fondamental*, in *Dalloz,* 2017, p. 996 ss.

requisiti sanitari e urbanistici e di manutenzione per i ricoveri).

Assai minore è la tutela per l'animale selvatico libero, anche se partendo da un *arrêté* del 1961 in virtù del quale sono stati vietati alcuni particolari dispositivi per la cattura o l'uccisione di specie animali che inducono particolare sofferenza, la stessa legge del 10 luglio 1976 ha previsto sia il divieto di comportamenti particolarmente cruenti nei loro confronti, sia il miglioramento delle loro condizioni minime di vita quando catturati.

È poi stato il diritto ambientale ad individuare le specie minacciate di estinzione ed a preservarle nell'ottica del mantenimento della biodiversità, con una normativa dedicata essenzialmente alle singole specie o ai gruppi di specie, vietandone la stessa legge del 1976 la cattura, la mutilazione o l'uccisione se non nel quadro delle leggi sulla caccia. Sempre nel quadro della legge del 1976, nel corso degli anni Ottanta è stata imposta l'omologazione dei dispositivi di cattura in funzione del rischio di ferite o di sofferenza per l'animale. La legislazione sulla caccia, attività profondamente inserita nella tradizione culturale francese, si presenta tuttavia come un vero e proprio "mosaico legale", malgrado i vari tentativi di uniformazione, in quanto si basa essenzialmente su di una normativa di fonte dipartimentale o regionale[14].

Non particolarmente differente appare il nostro ordinamento, nella sua normativa penale di protezione degli animali con una serie di norme inserite nel codice con la legge n. 189 del 2004, ossia gli articoli 544 *bis*, che punisce chiunque «con crudeltà o comunque senza necessità sociale cagiona la morte di un animale»; 544 *ter* che punisce i maltrattamenti; 544 *quater* che proibisce gli spettacoli o manifestazioni che comportino sevizie o strazio per gli animali e 544 *quinquies* che proibisce i combattimenti e competizioni non autorizzate tra animali che possono metterne in pericolo l'integrità fisica. Tali norme, anche se da qualcuno sono viste ancora come poste a garanzia del sentimento di pietà umana nei confronti dell'animale, sono state di recente applicate nell'ottica di una tutela più specifica dell'animale, punendo quelle condotte in grado di incidere sulla stabilità e serenità fisiopsichica di questi esseri senzienti, anche qualora non si determinino in essi processi patologici[15]. Allo stesso modo l'ottica proprietaria tende sempre

[14] Un accenno a tale normativa in chiave di diritto di proprietà e di tutela animale è presente in Maguenard, *op. cit.,* p. 998.

[15] In tal senso tre recentissime pronunce della S.C.: Cass. Pen., sez. III, 15 novembre 2018, n. 16755; Cass. Pen., sez. III, 14 dicembre 2018, n. 17691 e Cass. Pen., sez. III, 17 aprile 2019, n. 16755, accomunate nel commento di F. Furia, *L'animale come soggetto passivo del reato? Tre recenti sentenze della III sezione in materia di maltrattamenti*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 15 luglio 2019.

più a scomparire, tanto che la Corte Suprema ha inteso distinguere bene fra le condotte punite con le norme sopra specificate e quelle punite dall'art. 638 c.p. Le prime norme sarebbero infatti poste a tutela del sentimento di *pietas* umana nei confronti degli animali, mentre le seconde hanno come oggetto di tutela la proprietà privata altrui[16]. Sempre all'interno del Codice penale abbiamo l'art. 727, che punisce l'abbandono, comma 1 e la detenzione, in condizioni incompatibili con la sua natura, dell'animale domestico o che abbia acquisito «abitudini della cattività». A tali norme può poi aggiungersi l'art. 2 della già richiamata legge del 2004 n. 189, che vieta l'utilizzo di cani e gatti per la produzione di vestiario e l'introduzione di simili capi di abbigliamento sul suolo nazionale. La stessa legge ha tuttavia introdotto una riserva: quella della necessità sociale, in virtù della quale le disposizioni sopra richiamate non si applicano ai casi previsti dalle leggi speciali «in materia di caccia, di pesca, di allevamento, di trasporto, di macellazione di animali, di sperimentazione scientifica sugli stessi, di attività circense, di giardini zoologici, nonché dalle altre leggi speciali in materia di animali», aprendo quindi lo spazio alle regole speciali dettate dalla legislazione speciale: quella di stampo amministrativistico per quanto riguarda la custodia ed il trattamento degli animali nei circhi e nei parchi zoologici; quella sulla caccia e sulla pesca, che pur considerando l'animale come un bene rientrante all'interno del patrimonio indisponibile dello Stato lascia la sua protezione alla legislazione regionale e provinciale e quelle di origine comunitaria per le attività di allevamento, trasporto e macellazione alle quali si è aggiunta quella di sperimentazione scientifica.

Relativamente a queste ultime possiamo, infatti, solo brevemente ricordare che buona parte della disciplina è di origine comunitaria, perché emanata nell'ottica della disciplina uniforme del commercio di alcune delle principali specie di animali destinati all'alimentazione umana, regolando in modo prescrittivo le condizioni di allevamento (in termini di nutrizione, di spazi per il ricovero e di trattamenti sanitari) ma anche di macellazione e di trasporto e vietando trattamenti che possano infliggere loro sofferenze eccessive o inutili. Seguendo tale filone, poi, la disciplina comunitaria si è occupata anche del commercio e del trasporto degli animali di affezione e della sperimentazione cosmetica e farmaceutica sugli animali.

[16] In tal senso Cass. Pen., sez. III, 17 aprile 2019, n. 16755, www.dejure.it.

5. *La riforma del* Code civil

Questa produzione normativa in materia penale, ma anche ambientale ed agraristica, alla quale si è appena accennato, ha tuttavia generato, così come in Germania, un ampio movimento di pensiero che ha chiesto a gran voce l'adeguamento dell'impianto proprietario del *Code civil*, che tenesse conto delle esigenze di uniformazione e razionalizzazione del sistema in uno con il riconoscimento della natura di esseri viventi sensibili degli animali. Traendo ispirazione da fonti filosofiche e religiose, come rispettivamente, Pitagora, Sant'Agostino ed altri che avevano attribuito all'animale un'anima accomunandolo così all'uomo nel riconoscimento della natura di essere vivente, alcuni autori avevano avanzato la proposta di attribuire all'animale una soggettività giuridica, riconoscendone l'idoneità ad essere titolare di diritti ed arrivando a mettere in crisi la tradizionale dicotomia fra persone fisiche e persone giuridiche. A questa proposta (ed a quelle, più sfumate, che proponevano di attribuire all'animale una "*quasi-personnalité*", limitata ad alcuni diritti patrimoniali, essenzialmente alimentari nei confronti del padrone o di altri dopo la morte di quest'ultimo, e non patrimoniali, in particolare a non subire maltrattamenti ed a non essere ucciso ingiustificatamente) parte della dottrina ha reagito ribadendo l'inevitabile collocazione dell'animale fra i beni, pur riconoscendo la loro natura di oggetti viventi. Questa seconda corrente affermava, quindi, la necessità di rinforzare gli obblighi dell'uomo nei loro confronti, anche senza arrivare ad attribuire loro alcuna capacità giuridica[17]. E proprio in questa direzione si sono mosse le riforme del *Code*, cercando di trovare all'interno del dettato codicistico una collocazione specifica per l'animale, in modo da consentire che la sua natura di oggetto "vivente" potesse riflettersi sulle categorie civilistiche, al fine di modificare l'inquadramento dell'animale all'interno della disciplina dei beni.

Nel suo originale impianto normativo, come abbiamo accennato in precedenza, l'animale non trovava alcuna collocazione propria, ricadendo, in alcuni casi, fra i beni mobili ai sensi dell'art. 528 ed in altri fra quelli immobili per destinazione ai sensi degli artt. 522, comma 1 (mentre quelli che ricadono nell'ambito di applicazione del secondo comma sono considerati beni mobili) e 524. Ritenendo insoddisfacente tale classificazione, con una prima riforma del 1999 è stato modificato il dettato dell'art. 528, senza però determinare alcuna effettiva individuazione di uno *status* speciale per l'animale all'interno della categoria generale dei beni mobili[18]. La modifica

[17] Sui termini del dibattito v. A.-M. Sohm-Bourgeois, *La personnification de l'animal: une tentation à repousser*, in *Dalloz*, 1990, Chron., p. 33 ss.

[18] Si tratta in realtà solo di una riformulazione della norma. Questo il vecchio testo: «sont

è consistita infatti solo nella sparizione della distinzione fra animali e altre cose mobili, basata sulla dicotomia fra mobili, in quanto dotati di autonoma forza motrice, come gli animali, e mobili in quanto suscettibili di essere spostati da una forza esterna quale quella umana. La riforma aveva però completamente disatteso il progetto di legge originario che prevedeva chiaramente il riconoscimento della natura di essere vivente e sensibile dell'animale, lasciando delusa una parte della dottrina animalista, che aveva comunque continuato a chiedere una riforma dello stesso art. 516, in modo da consentire una nuova collocazione degli animali.

La proposta fu, quindi, quella di costituire una nuova categoria di beni, quella degli esseri viventi con una specifica disciplina che potesse tutelarne appunto la vivacità e la sensibilità, ponendo dei limiti al godimento del legittimo proprietario e degli obblighi in capo a quest'ultimo. Limiti al godimento del proprietario/padrone, come ad esempio quello per il quale il proprietario non possa metterlo a morte inutilmente né abbandonarlo ed obblighi quali quello di assicurare all'animale condizioni di vita compatibili con gli imperativi biologici della propria specie.

In tale ottica, poi, ovverosia quella della creazione di una nuova categoria, quella degli esseri viventi o dei beni naturali, è stato poi sostenuto che non avrebbe più senso l'esclusione dai rapporti civilistici dell'animale selvatico, riconoscendo anche a quest'ultimo una tutela in ogni sua forma di contatto con l'uomo[19]. Il dibattito ha così portato ad un'ulteriore riforma del *Code*, con l'introduzione, con la *Loi* n. 2015-177 del febbraio 2015, dell'art. 515-14 in virtù del quale «les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens». È stata quindi riconosciuta la natura di esseri viventi degli animali ma senza alcuna apparente conseguenza pratica, atteso che verrebbero comunque sottoposti al regime dei beni (mobili o immobili, mantenendo le distinzioni che tuttora il *Code* fa tra animali destinati alle attività agricole, ai quali si continua ad applicare il regime dei beni immobili, e gli altri, ai quali invece si applica quello dei beni mobili).

La vera differenza consisterebbe, tuttavia, nell'esplicito riconoscimento di un limite al diritto di proprietà su di loro: quello delle leggi che li

meubles per leur nature les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées» e questo il nuovo: «Sont meubles per leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère».

[19] V. per tutti S. Antoine, *L'animal et le droit des biens,* in *Dalloz*, 2003, p. 2651 ss.

proteggono, che ora possono godere di un pieno e valido riconoscimento codicistico, alla stregua di quanto è avvenuto all'inizio degli anni '90 del secolo scorso in Germania.

È tuttavia interessante notare come non vi sia alcuna indicazione chiara delle conseguenze del riconoscimento dello *status* di esseri viventi dotati di sensibilità. Non è stato infatti specificato se continua comunque a trattarsi di beni o se ai beni si fa solo riferimento per estenderne la disciplina, anche se qualcuno ha letto la riforma francese come un rovesciamento della prospettiva: quella degli animali sarebbe una categoria autonoma, sottoposta al regime dei beni solamente "*par défaut*", ossia in assenza di specifica disciplina, atteso che l'utilizzazione del termine "essere" presupporrebbe una idiosincrasia per l'assoggettamento al regime dei beni[20]. Una simile prospettiva necessiterebbe tuttavia, secondo lo stesso autore, anche di una ridefinizione del concetto di personalità e di capacità giuridica, atteso che accomunare nella categoria unitaria degli esseri viventi, di nuovo conio, uomini ed animali ma con un regime diversificato, rispettivamente, quello delle persone per i primi e quello dei beni per i secondi, non consentirebbe di basare il concetto di personalità sulla natura vivente e sensibile dell'essere[21].

In realtà, la formula scelta dal legislatore non appare così esplicita, non prendendo alcuna chiara posizione sul mantenimento o meno dell'appartenenza dell'animale alla categoria dei beni e potrebbe anche essere letta semplicemente come il riconoscimento di alcuni limiti al godimento di tali beni in capo al proprietario.

Ma è stata successiva giurisprudenza ad iniziare a delineare alcune prerogative della categoria, individuando anche alcune specifiche caratteristiche. Una notissima pronuncia della *Cour de Cassation* del 9 dicembre 2015 ha così escluso che l'animale di affezione, ossia quello privo di vocazione economica, possa essere oggetto della disciplina del Codice del Consumo e per l'effetto essere sostituito quando "difettoso", in applicazione dei rimedi in esso previsti, anche quando la "riparazione", ossia la cura dell'animale stesso, si dovesse rivelare eccessivamente onerosa rispetto alla sua sostituzione. La corte, pur non prendendo alcuna posizione sull'eventuale sottrazione dell'animale dalla categoria dei beni ha così iniziato a delineare, all'interno della categoria degli animali esseri viventi, quella degli animali esseri viventi, unici ed insostituibili per il proprio proprietario[22].

[20] Così G. Loiseaux, *L'animal et le droit des biens*, in *Rev. Sémestrielle de Droit Animalier*, 2015, p. 423 ss.

[21] In tal senso, Maguenard, *op. cit.,* p. 998.

[22] In tal senso Cass. Civ., ch. I, 9 dicembre 2015, n. 14-25.910, *in Dalloz*, 2016, p. 360, con nota di S. Desmoulin-Chancellier, e sulla stessa *riv.*, p. 566 obs. Mekki, p. 617 obs. E. Poilot ed in molti altri.

6. *La riforma del* Code civil *versione belga*

Più esplicita in questo senso è stata quindi la recentissima riforma del *Code civil*, nella sua versione belga, che, ispirata da una proposta dell'Assotiation Capitant, ha rivoluzionato l'originario assetto normativo, sino ad oggi in buona parte comune con quello francese. Il nuovo art. 3.38 dedicato ai beni, partendo dalla formula francese, ora afferma «Les choses, naturelles ou artificielles, corporelles ou incorporelles, se distinguent des animaux. Les choses et les animaux se distinguent des personnes», mentre il successivo art. 3.39, inquadrando gli animali, ora afferma che «les animaux sont doués de sensibilité et ont des besoins biologiques. Les dispositions relatives aux choses corporelles s'appliquent aux animaux, dans le respect des dispositions légales et réglementaires qui les protègent et de l'ordre public». La riforma belga ha quindi introdotto, all'interno del *Code*, nella versione di quell'ordinamento nazionale, una terza categoria, rompendo la tradizionale dicotomia persone/beni. Peraltro, divergendo dalla originaria disciplina degli animali tuttora presente nella versione francese del *Code*, nella nuova formulazione del *Code* versione belga, scompaiono tutte quelle distinzioni fra animali beni immobili per destinazione e animali beni mobili. Alla nuova categoria si applicherà, in difetto di una disciplina propria di tutela e con il limite dell'ordine pubblico, indistintamente il regime dei beni mobili materiali. Si tratta quindi della stessa soluzione adottata a suo tempo dal legislatore tedesco, ma anche di quella scelta dal codice civile olandese[23], da quello del Quebec[24] e da quello svizzero, il quale all'art. 641a, introdotto con la riforma del 19 febbraio 2003, ha affermato testualmente che «gli animali non sono cose», salvo però aggiungere nel secondo comma che «salvo disciplinamenti contrari, le prescrizioni applicabili alle cose sono parimenti valide per gli animali». La stessa riforma del 2003 ha poi introdotto alcune disposizioni specifiche destinate agli animali attribuendo loro direttamente alcuni "diritti" in ambito successorio o in generale di mantenimento, così come altre disposizioni che limitano l'applicabilità della disciplina generale dei beni mobili agli animali, contribuendo così a creare, progressivamente, una disciplina specifica per la proprietà dell'animale, non solo in relazione ai

[23] Art. 3:2a. *Nederlands Burgerlijk Wetboek:* «1. Dieren zijn geen zaken. 2. Bepaligen met betrekking tot zaken op dieren van toepassing, met in achtnemimg van de op wettelijke voorshriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen, verpflichtingen en rechtbeginselen, alsmede de openbare orde en de geode zeden».

[24] Art. 898 1. *Code civil*: «Les animaux ne sont pas des biens. Ils sont des êtres doués de sensibilité et ont des impératifs biologiques. Outre les dispositions du présent code et de toute autre loi relative aux biens leurs sont néanmoins applicables».

limiti ed agli obblighi nei loro confronti del proprietario, ma anche con alcuni diritti propri[25].

7. *L'animale: oggetto o soggetto di diritto?*

Dall'esame, seppur sommario, che precede, emerge la volontà dei vari legislatori di armonizzare le tradizionali categorie generali delineate dalle varie codificazioni nella disciplina della proprietà, riconoscendo esplicitamente la nascita di una nuova categoria quella degli esseri viventi, senza tuttavia aprirsi esplicitamente ed in modo univoco ad un suo collocamento nella dicotomia tradizionale fra persone e cose. Nella nuova versione francese del *Code* si tratta infatti, per ora di cose, laddove in quella belga e nella sua fonte di ispirazione, ossia nel BGB (e negli altri modelli a cui sopra si è accennato), si esclude esplicitamente che sia così e si indica più o meno apertamente che l'applicazione agli animali della disciplina sui beni è solamente accessoria, prevalendo quella specifica che provvede alla loro tutela. Una normativa che prevale e che, negli auspici della dottrina animalista, contribuirà a costruire sempre di più uno *status* specifico per l'animale, eventualmente distinguendone le specie per categorie o funzioni.

Per fare ciò, ossia per contribuire ad una migliore tutela degli animali, eventualmente anche differenziata ma accomunata, nella considerazione della comune sensibilità e capacità di provare dolore, dall'esigenza di evitare loro sofferenze inutili, sarebbe veramente necessario riconoscere loro una personalità, ossia una capacità giuridica?

Questo è il punto più controverso. Si tratta, come più di un secolo fa aveva sostenuto René Demogue, di porre una regola tecnica. Il quesito già posto a suo tempo è infatti chiaro: «est-il commode pour centraliser des résultats souhaitables de considérer mêmes les animaux comme sujets de droit»[26].

[25] Fra questi possiamo ricordare l'art. 482, capoverso 4, in virtù del quale «la liberalità per disposizione a causa di morte fatta a un animale equivale all'onere di prendersi cura dell'animale in maniera appropriata», l'art. 651a che nei casi di scioglimento della comunione afferma relativamente «agli animali domestici non tenuti a scopo patrimoniale o lucrativo», «il tribunale ne attribuisce la proprietà esclusiva alla parte in grado di garantire loro la sistemazione migliore dal profilo della protezione degli animali», aggiungendo che «il giudice può obbligare la parte a cui è attribuito l'animale a versare un adeguato indennizzo alla controparte; egli ne determina liberamente l'ammontare secondo il suo apprezzamento», al secondo comma, e, nel terzo, che «il tribunale adotta le necessarie misure provvisionali, segnatamente in relazione alla sistemazione provvisoria dell'animale».

[26] R. Demogue, *La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences*, in *Rev. trim. dr.*

Ed allora, considerare l'animale come un centro autonomo di interessi potrebbe agevolarne la tutela? È veramente necessario prevedere esplicitamente una forma di capacità giuridica speciale per contribuire al loro benessere?

Non necessariamente, a nostro avviso, quantomeno nell'immediato[27].

L'importante è delineare chiaramente ed eventualmente aumentare gli obblighi degli uomini nei loro confronti, dotando il sistema di efficaci misure di controllo e di strumenti sanzionatori idonei a farli rispettare. L'animale potrebbe così rimanere una cosa ma con uno statuto particolare fra le cose! Uno statuto che preveda e razionalizzi una serie di limiti al godimento del loro proprietario, anche in funzione delle varie tipologie di animale, con un generale obbligo di mantenimento in condizioni di vita consone a ciascuna specie ed il conseguente divieto di sottoporre tutte inutilmente a trattamenti dolorosi o che possano ledere la loro sensibilità di esseri viventi. Che ciò in futuro possa sfociare nel riconoscimento di una nuova categoria di soggetti, non è del tutto da escludere, anche se prima di tutto sarebbe necessario ragionare sulle varie distinzioni fra specie, evitando certo quelle che potrebbero rivelarsi arbitrarie[28], ma effettuando quelle opportune distinzioni anche in chiave di rapporti con l'animale umano. A quali animali attribuire la personalità? Attribuirla solo a quelli domestici pare ingiustamente discriminatorio, non essendo la distinzione fra quelli domestici e quelli selvatici basata certo sul grado di sensibilità della specie animale. Lo stesso potrebbe dirsi della distinzione fra animali di affezione e animali destinati all'agricoltura, anche perché l'inserimento nell'una o nell'altra categorie risponde spesso a criteri culturali soggettivi. Si pensi ad esempio ai cani che, in occidente sono considerati animali da compagnia mentre in Cina, quantomeno in alcune zone, sono allevati anche a fini del consumo alimentare. Ed allora, anche in questo caso sarebbe utile, nell'ottica di una generale personalità, differenziare fra *status* e *status* in modo razionale.

Si tratta di scelte che dovranno progressivamente essere prese da tutti i legislatori che vorranno tenere in considerazione le voci animaliste all'interno della propria dottrina.

In ogni caso, nell'opera di ammodernamento dei vari dettati codicistici manca purtroppo il nostro legislatore, anche se la giurisprudenza, anche della Corte Suprema, ha mostrato più di una apertura verso il riconoscimento e la

civil, 1909, p. 611 ss. e p. 637.

[27] Come afferma P.-J. Delage, *L'animal, la chose juridique et la chose pure*, in *Dalloz*, 2014, pp. 1097-1098.

[28] Come avverte Mauguénard, *op. cit.*

tutela della sensibilità dell'animale in sé e non come oggetto di proprietà, ma mostrandosi ancora troppo ondivaga e contraddittoria. In ogni caso alcuni di questi "slanci animalisti" ben potrebbero essere presi come punto di partenza per riconoscere anche da noi la natura di essere vivente e senziente dell'animale. Potrebbe infatti esserne arrivato il tempo, se non altro per le stesse ragioni di coerenza sistemica e di armonizzazione del diritto privato che hanno guidato la riforma degli altri grandi codici ai quali il nostro si è ispirato.

Enrico del Prato

Status *di figlio: autoresponsabilità e verità*[*]

Sommario: 1. Un nuovo centro di gravità tra i punti cardinali della filiazione – 2. Filiazione senza procreazione e procreazione senza filiazione – 3. Effetti della derivazione genetica là dove la filiazione è preclusa: i figli incestuosi – 4. Figli di coppie *same sex*? L'adozione in casi particolari come mezzo per salvaguardare la continuità della relazione affettiva – 5. Interesse del minore e verità nel riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio e nel disconoscimento di paternità – 6. Riflessi sul piano penale e sulle modalità dell'attribuzione dello *status*: bilanciamento delle asimmetrie e vuoti normativi – 7. Interesse del figlio maggiorenne – 8. La contestazione dello stato di figlio.

1. *Un nuovo centro di gravità tra i punti cardinali della filiazione*

Intorno alle ragioni per cui si acquisisce e si perde lo *status* di figlio gravitano queste istanze: la verità, l'autoresponsabilità, l'interesse del figlio, il bisogno di genitorialità. Verso la fine del secolo passato, attraverso la giurisprudenza[1], la verità ha incominciato a vacillare a favore dell'autoresponsabilità: il consenso alla fecondazione assistita eterologa della moglie precludeva il disconoscimento di paternità. La soluzione, dapprima giurisprudenziale, è divenuta normativa per effetto dell'art. 9, legge 19 febbraio 2004, n. 40[2], che impedisce il disconoscimento di paternità

[*] Testo tratto dalla relazione tenuta al convegno su Relazioni, famiglie, società svoltosi nell'Università Roma Tre il 6 dicembre 2019.

[1] Cass. Civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1317, con nota di C.M. Bianca, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*; da ultimo Cass., ord., 18 dicembre 2017, n. 30294, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 21 ss., con nota di A. Figone, *Revoca del consenso alla fecondazione eterologa.* Ulteriori riferimenti sono nel mio scritto *Intento e procreazione*, in *Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia*, 2014, vol. 3, ora in *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 577 ss., nota 2.

[2] La singolarità è che, prima che la Corte costituzionale, con la sentenza 10 giugno 2014, n. 162, in *Il Foro it.*, 2014, 1, p. 2324, rimuovesse il divieto di fecondazione assistita eterologa con gameti maschili, la preclusione del disconoscimento era correlativa al divieto: in sostanza la legge prendeva atto della forza dei fatti disciplinando il regime della violazione. Da notare, tuttavia, che la preclusione del disconoscimento operava solo nei confronti del coniuge o del convivente che avesse autorizzato la fecondazione dell'altro

(comma 1) ed esclude qualsiasi relazione giuridica tra il donatore di gameti e il nato (comma 3).

L'autoresponsabilità è il riflesso dell'intento volto a costituire lo *status* di figlio. "Costituire", ovviamente, è cosa diversa dal "riconoscere", ed esprime una attitudine conformativa dell'intento, nel creare la nuova situazione. Al contempo l'autoresponsabilità è posta a presidio dell'interesse del figlio per attribuire prevalenza all'intento creativo del rapporto sulla realtà genetica. Emerge, così, la figura del genitore "d'intenzione". Non torno su questi punti che ho toccato altrove[3]. Il fatto è che il principio di verità ha ceduto al peso dell'autoresponsabilità e che questa poggia sull'interesse del figlio.

Il bisogno di genitorialità è perseguito, oltre che con l'adozione dei minori, mediante la fecondazione medicalmente assistita, nei limiti fissati dalla citata legge n. 40/2004: il fenomeno, per la legge italiana, è ammesso per la soluzione di problemi riproduttivi dovuti a sterilità o infertilità. È precluso alle coppie omosessuali[4].

Ma il diritto non può prescindere dai fatti, e qui vengono in considerazione nascite e attribuzioni di genitorialità avvenute in ordinamenti che consentono con margini più ampi l'acquisizione dello *status* giuridico di genitore. La nascita è, prima di ogni considerazione giuridica, un fatto, il quale non può essere trascurato dal diritto comunque sia avvenuto, e la cui valutazione può essere correttamente impostata solo incentrando tutta l'attenzione sull'interesse e i bisogni esistenziali del figlio. In questa prospettiva va interpretata tutta la normativa in materia: una prescrizione normativa di rango costituzionale in tal senso è, con riguardo ai minori, nell'art. 24, comma 2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea[5].

con gameti altrui, non, invece, rispetto al figlio.

[3] Prima che in *Intento e procreazione*, cit., in *La scelta come strumento tecnico di filiazione?* (2001), ora in *Lo spazio dei privati*, cit., p. 487 ss. Il tema è stato recentemente approfondito da A. Sassi, *Filiazione intenzionale e interesse allo* status, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 531 ss., nonché da Id., S. Stefanelli, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo* status *e principi di ordine pubblico*, in *Riv. biodiritto*, 2019, p. 377 ss.: per ulteriori riferimenti rinvio a questi contributi.

[4] Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460, ha ritenuto infondata la relativa questione di legittimità costituzionale. In argomento v. G. Recinto, *La Consulta e la legittimità del divieto per coppie dello stesso sesso di ricorrere alla PMA: non sussiste un "diritto assoluto alla genitorialità"*, in *Giustiziacivile.com*, 2019.

[5] Secondo cui «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente».

2. *Filiazione senza procreazione e procreazione senza filiazione*

La procreazione è un fatto giuridico; la filiazione una vicenda giuridica, che dipende da alcune componenti che concorrono a formare il titolo dello stato. Un tempo l'adozione era la sola forma di filiazione senza procreazione: una vicenda solo giuridica, che prescindeva dal legame biologico. Oggi il padre intenzionale può realizzare il bisogno di genitorialità ricorrendo alla fecondazione eterologa della moglie o della convivente, cioè creare un rapporto di filiazione senza concorrere nella procreazione; mentre il donatore vi partecipa senza possibilità, per lui o per il nato, di istituire un legame giuridico (art. 9, comma 3, legge n. 40/2004).

Resta aperta la questione della conoscenza delle proprie origini senza il coinvolgimento di rapporti giuridici. Ciò può venire in considerazione per un interesse funzionale alla cura o alla prevenzione di patologie. A mio avviso può configurarsi un diritto a queste informazioni a prescindere dalle prerogative legate allo *status* di figlio, la cui protezione può essere attinta dal regime dell'adozione dei minori. Qui non si tratta di omologare istituti diversi, ma di rintracciare una soluzione a un problema che altrove è regolato[6].

Il ricorso alla fecondazione assistita imprime alla vicenda procreativa un impulso volontario che il diritto non può trascurare. L'intento di procreare, che è del tutto irrilevante nel concepimento naturale, qui rileva, invece, nella costituzione della filiazione, cioè della relazione giuridica. Così come l'uomo che ha prestato il consenso alla fecondazione eterologa non può disconoscere la paternità, benché non vi sia legame biologico col figlio, la donna non può avvalersi della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 9, comma 2, legge cit.), diversamente dalla fecondazione naturale. Ciò esprime l'autoresponsabilità: il ricorso alla tecnica impedisce il rifiuto della filiazione.

Dunque con la fecondazione eterologa abbiamo un fenomeno retto da

[6] V. Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Fam. dir.*, 2014, p. 11, con nota di V. Carbone, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; S. Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4031 ss.; nella giurisprudenza successiva Cass. Civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Fam. e dir.*, 2017, vol. 8-9, p. 740 ss., con nota di P. Di Marzio, *Parto anonimo e conoscenza delle origini*, la quale, in assenza di una disciplina attuativa, ha demandato al giudice di interpellare la madre, ferma restando l'impossibilità di rimuovere l'anonimato allorché persista il diniego della madre di svelare la propria identità; Cass., ord., 20 marzo 2018, n. 6963, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2018, p. 1223, con nota di J. Long, *L'adottato adulto ha diritto a conoscere l'identità dei fratelli biologici, se essi vi consentono*, che ha esteso il regime scaturente dall'intervento della Consulta alle informazioni relative a fratelli e sorelle biologici adulti.

intenti giuridicamente rilevanti, in positivo e in negativo. Il donatore ha un intento procreativo che esclude, anche giuridicamente, la filiazione; un intento destinato all'irrilevanza se la procreazione avvenisse senza l'ausilio sanitario. L'uomo che consente la fecondazione assistita eterologa della moglie o della convivente ha un intento di filiazione senza procreare. Ecco, perciò, una procreazione senza filiazione e una filiazione senza procreazione.

Ora il diritto mette a fuoco un novero di fenomeni sempre più esteso. Ma quello della procreazione senza filiazione col consenso del genitore maschile o femminile è un fatto sempre esistito, e più o meno socialmente coperto se voluto o tollerato. Un fatto di cui bisogna tener conto perché il rigore degli istituti giuridici soccombe alla prevalenza dei fatti.

Sarebbe da chiedersi perché solo nel caso di fecondazione eterologa con ausilio sanitario e non anche con pratica naturale il consenso dell'uomo precluda il disconoscimento ed al donatore sia impedito il riconoscimento. Se, infatti, queste preclusioni sono giustificate la prima dall'autoresponsabilità, la seconda dalla rilevanza di un intento negativo, sembra irragionevole impedirle in presenza di un identico atteggiarsi delle intenzioni. Perno dell'effetto è l'intento, non il metodo procreativo[7]. È

[7] Una particolare rilevanza dell'intento si coglie nel peculiare caso di fecondazione omologa *post mortem* effettuata quando il marito che abbia già prestato, congiuntamente alla moglie e prima del proprio decesso, il consenso alle tecniche di PMA lo abbia reiterato in modo sostanzialmente coerente con quanto richiesto dalla l. n. 40/2004 (art. 6): di ciò si è occupata Cass. Civ., sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000, chiamata a decidere se possa applicarsi l'art. 8 della medesima legge sullo *status* giuridico del nato, anche quando il figlio sia nato oltre i trecento giorni dalla morte del padre, in un periodo quindi che non consente più l'operatività della presunzione di concepimento in costanza di matrimonio, sciolto per morte del coniuge. Per la S.C. «nella fecondazione omologa *post mortem,* con riferimento alla quale, non essendo in alcun caso ipotizzabile un contrasto tra *favor veritatis* e *favor minoris*, coincidendo quest'ultimo con il diritto del minore alla propria identità, il consenso prestato dai coniugi o conviventi appare elemento qualificante la disciplina in materia di accertamento della filiazione in funzione di una effettiva tutela della personalità del minore. Viceversa, proprio riguardo alla procreazione medicalmente assistita *post mortem*, le regole generali non appaiono congrue, in quanto si versa in presenza di un evento in cui si può avere la certezza che la fecondazione è avvenuta dopo la morte del soggetto che ha espresso il consenso e, ciononostante, si è altrettanto sicuri che ricorra con quello stesso soggetto quel rapporto di consanguineità che si pone a fondamento del sistema generale della filiazione». In particolare, l'espressa autorizzazione all'utilizzo, *post mortem*, del proprio seme crioconservato ha reso preferibile l'interpretazione secondo la quale «la disciplina di attribuzione dello *status* nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema alternativo, speciale, e non possono, di conseguenza, trovare applicazione i meccanismi di prova presuntiva del codice civile riferibili alla generazione biologica naturale». Sulla portata dell'intento, v. anche Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, in *Fam. dir.*, 2020, p. 1001, con nota di M.N. Bugetti, *La legittimazione all'azione* ex *art. 263 c.c. dell'autore del*

verosimile che sia più affievolita la possibilità di fornirne la prova, ma ciò non toglie che, raggiuntala, se ne debbano trarre le stesse conseguenze a prescindere dal modo del concepimento.

3. *Effetti della derivazione genetica là dove la filiazione è preclusa: i figli incestuosi*

Resta un caso in cui la procreazione rileva in sé, senza una corrispondente vicenda giuridica. Un caso che si porta appresso l'alone dello scandalo, e per questo resta mero fatto, a cui, tuttavia, conseguono effetti giuridici: si tratta dei figli non riconoscibili. Anche in mancanza dello *status* essi hanno diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione e, se maggiorenni, agli alimenti (art. 279 c.c.); in sede successoria hanno diritto ad un assegno capitalizzabile (art. 580 c.c.). Qui il mero fatto della procreazione fonda diritti, che sono esplicazioni della responsabilità genitoriale scissa da qualsiasi intento procreativo. Quindi, anche quando il sigillo formale dello *status* di figlio è impedito, dalla procreazione scaturiscono diritti e conseguenti responsabilità.

La riforma attuata dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219 e dal conseguente d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, pur avendo innovato la materia della filiazione cancellando la distinzione tra figli legittimi, legittimati e naturali riconosciuti, unificandoli nello *status* unico di figlio, ha attutito ma non eliminato la discriminazione dei figli incestuosi (art. 251 c.c.), i quali, sino alla novella del 2012, non erano riconoscibili a meno che i genitori ignorassero il vincolo tra loro al tempo del concepimento o il matrimonio da cui derivava l'affinità fosse dichiarato nullo.

Ora anche i figli incestuosi – che non possono scontare l'altrui

riconoscimento in mala fede non è incostituzionale, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio da parte di chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua non veridicità. La Corte, rilevando che la disciplina della filiazione rimane tuttora strettamente connessa all'esistenza di un rapporto biologico, ha ritenuto non equiparabili la volontà di generare con materiale biologico altrui e la volontà di riconoscere un figlio altrui: nel primo caso, la volontà porta alla nascita una persona che altrimenti non sarebbe nata e rispetto alla quale è escluso un successivo accertamento della paternità biologica, stante l'anonimato del donatore di gameti e l'assenza di ogni relazione giuridica parentale con quest'ultimo; nel secondo caso, la volontà del dichiarante si esprime rispetto a una persona già nata, della quale esiste un genitore "biologico", la cui responsabilità può venire in gioco.

responsabilità[8] – possono conseguire lo *status* di figlio, mediante il riconoscimento (art. 251 c.c.) o la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità (art. 269, comma 1, c.c.), ma solo «previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio» (art. 251, comma 1, c.c.): un limite, dunque, e un vaglio funzionali esclusivamente all'interesse del figlio. Il diritto ha compreso che è illecita la premessa, non la conseguenza.

4. *Figli di coppie* same sex*? L'adozione in casi particolari come mezzo per salvaguardare la continuità della relazione affettiva*

Chiedersi se possano darsi figli di (e non certo da) coppie dello stesso sesso si scontra col problema della possibilità. Siccome ciò non è naturalisticamente possibile, il punto è stabilire se possa istituirsi un legame giuridico che renda genitore anche chi non abbia un legame biologico col figlio, conferendo rilievo esclusivamente al legame affettivo che fonda l'intento di creare quel legame.

La maternità surrogata, vietata nel nostro Paese (art. 12, comma 6, legge n. 40/2004), è altrove ammessa; ma anche là dove è ammessa resta il problema se riservare la maternità alla gestante o a colei il cui ovulo è stato fecondato[9]. Il diritto spagnolo, pur vietando la *gestatión por sostitutión*[10], prevede che, se la madre – che è la gestante – è unita in matrimonio con un'altra donna, questa, se consenziente, potrà risultare a sua volta madre del figlio nato da fecondazione eterologa della prima[11]. Possiamo, dunque, avere una doppia maternità: ma essa si fonda sul matrimonio tra le due donne, a

[8] L'incesto è un reato, se dal fatto deriva «pubblico scandalo» (art. 564 c.p.). Sulla posizione deteriore del figlio come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti, in modo esplicito, Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4058, con nota di C.M. Bianca, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)*.

[9] Tra i Paesi che ammettono la maternità surrogata, sia pur solamente a titolo gratuito, il Regno Unito, il Belgio, i Paesi Bassi, la Danimarca, l'Ungheria, la Grecia, l'Australia, il Canada, lo Stato di New York, lo Stato di Washington. La consentono anche a titolo oneroso, tra gli altri, la Russia, l'Ucraina, l'India, la California, la Florida e il Texas. È in ogni caso proibita, ad esempio, in Italia, Francia, Spagna e Polonia.

[10] Art. 10, ley 26 maggio 2006, n. 14. Ma anche questa disposizione tiene conto degli effetti della violazione del divieto prevedendo (comma 2) che, nel caso di gestazione per altri, madre è la partoriente.

[11] Cfr. l'art. 7, comma 3, ley n. 14/2006.

cui deve seguire il consenso di quella estranea alla vicenda procreativa. Ecco, allora, che l'istituto matrimoniale acquisisce un ruolo centrale nell'istituire il rapporto di filiazione per la genitrice intenzionale. Non si registra, invece, la possibilità di un trio genitoriale istituendo la filiazione col padre biologico, poiché la scelta della moglie della partoriente la preclude.

Tuttavia nell'ipotesi di una coppia di donne che ricorrono alla fecondazione assistita eterologa può darsi il caso che una sia la madre gestante e l'altra quella biologica. Ma il ruolo della madre biologica resta fuori dall'area giuridica anche nel diritto spagnolo[12]: madre è la partoriente e, come abbiamo rilevato, la filiazione con la coniuge nasce dal matrimonio e dall'intento. Sul piano dei fatti possiamo, però, dire che le donne sono madri a diverso titolo.

Alla nostra giurisprudenza si è posto il caso dell'eventuale contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'atto di nascita del bambino nato da una cittadina spagnola e concepito con ovulo della coniuge, cittadina italiana, con gamete di un donatore anonimo, bambino al quale l'atto di nascita spagnolo attribuiva due madri conformemente al diritto spagnolo. Esso è stato deciso, in grado di appello e in sede di legittimità, nel senso della conformità all'ordine pubblico sul presupposto che la relativa verifica non riguardi la conformità dell'atto di stato civile straniero con le norme inderogabili del nostro ordinamento, ma l'eventuale contrasto con la «tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»[13]. Perno della decisione è la salvaguardia dell'interesse del bambino a mantenere lo *status* corrispondente ai rapporti affettivi acquisiti[14].

Nel caso in questione la circostanza che una delle donne fosse la madre biologica rileva sul piano esistenziale, ma resta sullo sfondo, almeno allo stato, della soluzione giuridica. Madre è la gestante; l'altra acquisisce la

[12] Emblematico, nell'esperienza italiana, nel senso di attribuire inderogabilmente la maternità alla partoriente è il caso deciso da Trib. Roma, 10 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2016, p. 2019 ss., con nota di L. Pascucci, *Procreazione medicalmente assistita. L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?*, relativo allo scambio accidentale di embrioni nell'ambito di una fecondazione assistita omologa.

[13] Cass. Civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis.

[14] Nello stesso senso si è espressa Cass. Civ., sez. I, 31 maggio 2018, n. 14007, in *Il Foro it.*, 2018, p. 2717 ss., relativamente alla trascrizione nei registri dello stato civile della sentenza francese che aveva pronunciato l'adozione "legittimante" dei rispettivi figli biologici (la c.d. *stepchild adoption*) da parte di due donne cittadine francesi e coniugate in Francia, ma residenti in Italia.

maternità in quanto coniuge e purché si determini in tal senso. Ciò apre all'intento costitutivo della filiazione, il cui strumento tradizionale è dato dall'adozione dei minori.

Nel nostro ordinamento quest'ultima è preclusa alle coppie *same sex*, giacché riservata, dall'art. 6, legge 4 maggio 1983, n. 184, soltanto «a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni»[15], sul presupposto che la famiglia adottiva debba rispecchiare quella biologica. Perciò la questione sorge rispetto al figlio – biologico o adottivo – di uno dei membri della coppia *same sex*[16]. Lo strumento per creare la filiazione è dato dall'adozione in casi particolari, la cosiddetta adozione "non legittimante" (art. 44, legge n. 184/1983), che è consentita anche ai singoli (art. 44, comma 2, legge ult. cit.): un provvidenziale *deus ex machina* su cui la giurisprudenza fa leva in questi casi quale «clausola di chiusura del sistema volta a salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa»[17].

Essa istituisce un rapporto meno intenso dell'adozione piena, perché

[15] Una volta unificato lo stato di figlio e regolata la convivenza "di fatto" nell'ambito della legge 20 maggio 2016, n. 76, la preclusione dell'adozione ai conviventi suscita qualche dubbio di legittimità costituzionale. Sul tema si è pronunciata, incidentalmente, Corte Cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *Guida dir.*, 2020, p. 32.

[16] Sul punto è intervenuta la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con il parere del 10 aprile 2019, affermando che gli Stati devono attribuire qualche ruolo al genitore intenzionale, anche attraverso lo strumento dell'adozione.

[17] V. Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Giur. it.*, 2016, p. 2573, con nota di A. Spadafora, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*; Cass. Civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 653, con nota di M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e di G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento* (le SS.UU. – da cui è tratto il passo tra virgolette – hanno fatto leva sulla possibilità di adozione non legittimante nel confermare la sentenza che negava efficacia ad un provvedimento giurisdizionale statunitense che aveva dichiarato il rapporto di filiazione con il genitore intenzionale in un caso di maternità surrogata, ostandovi il divieto posto dall'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004). Del caso del riconoscimento dell'adozione c.d. "legittimante" pronunciata da un provvedimento statunitense rispetto ad una coppia di uomini si è occupata Cass., ord., 11 novembre 2019, n. 29071, in *Guida dir.,* 2019, p. 63. L'ordinanza ha rimesso alle SS.UU. la controversia riguardante la richiesta di riconoscimento di un provvedimento giudiziario straniero di adozione appunto "legittimante" «in un contesto familiare caratterizzato dall'assenza di un qualunque legame biologico di entrambi i genitori di sesso maschile col minore» su due questioni di massima di particolare importanza: la prima relativa alla compatibilità con l'ordine pubblico internazionale del provvedimento straniero di adozione "legittimante" da parte di una coppia *same sex*; la seconda sul punto se «lo scrutinio di compatibilità con l'ordine pubblico devoluto all'Autorità giudiziaria italiana debba o meno includere la valutazione estera di adottabilità del minore».

non recide i rapporti tra l'adottato e la famiglia d'origine, non istituisce relazioni di parentela con i parenti dell'adottante né diritti successori di quest'ultimo ed è revocabile nelle ipotesi previste dagli artt. 51, 52 e 53, legge n. 184/1983. È una forma di adozione che si avvicina a quella dei maggiori d'età, della quale rispecchia alcuni profili.

5. *Interesse del minore e verità nel riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio e nel disconoscimento di paternità*

La riforma del regime del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio (un tempo il figlio "naturale") ha inciso sul rapporto tra verità e autoresponsabilità rendendo l'interesse del figlio il centro di gravità della disciplina[18]. L'intangibilità del principio di verità, sancita dall'imprescrittibilità dell'impugnazione per difetto di veridicità con legittimazione generalizzata nel vecchio testo dell'art. 263 c.c., è rimasta intatta solo rispetto al figlio, per il quale l'azione è imprescrittibile, mentre per i terzi vi è un termine di decadenza quinquennale, decorrente dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita, ridotto a un anno per l'autore del riconoscimento (art. 263 c.c.).

L'interesse del minore a preservare la relazione affettiva è stato invocato per elidere la rilevanza della verità in quel limitato tempo in cui essa può essere invocata per rimuovere lo stato, sostenendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse del figlio stesso. Nel respingere la censura, la Corte costituzionale ha interpretato ortopedicamente la disposizione in esame ritenendo che «non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, con la conseguenza che i due valori (verità ed interesse del minore) devono essere bilanciati mediante un adeguato giudizio comparativo»[19], perché «l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia

[18] Sul punto, A. Palazzo, *La filiazione*, 2a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni e P. Schlesinger, Milano, 2013, p. 354.

[19] Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, p. 446 ss., con nota adesiva di G. Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*. La massima così prosegue: «[…] all'esito del quale non è affatto necessario che, in base alle emergenze del caso concreto, l'esigenza di verità dello *status filiationis* prevalga sull'interesse

interno, sia internazionale[20], non impone nelle azioni volte alla rimozione

del minore a rimanere in quel contesto familiare. Il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale. Nel disporre, al 4° comma, che 'la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità', l'art. 30 Cost. ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio». La massima è pubblicata in *Giur. it.*, 2018, p. 1830 ss., con nota di E. Falletti, *Il riconoscimento in Italia dello* status *di figlio nato da* surrogacy *straniera*. Il caso, peraltro, non riguarda la rimozione della paternità, ma della maternità: si trattava dell'impugnazione del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio fatto dalla madre che, con il compagno, aveva fatto ricorso alla gestazione per altri (la c.d. maternità surrogata) all'estero, ed aveva trascritto in Italia il certificato di nascita formato all'estero. Per l'impiego dell'espressione «gestazione per altri» in luogo di «maternità surrogata» v. A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La Filiazione e i Minori*, 2a ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le Persone e la Famiglia*, vol. 4, Torino, 2018, p. 142 ss. In tema di disconoscimento di paternità, sulla «assenza di ogni automatismo nel cogliere l'interesse del minore rispetto al principio di verità biologica della filiazione» e la correlata «necessità di un attento bilanciamento degli interessi che vengono in rilievo (…) peraltro imposta non solo dalle fonti interne, ma anche da quelle sovranazionali» si è ripetutamente pronunciata anche la Cassazione (Cass. Civ., sez. I, 3 aprile 2017, n. 8617; Cass. Civ., sez. I, 30 maggio 2013, n. 13638; Cass. Civ., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 16767, che, a proposito del bilanciamento fra "l'esigenza di affermare la verità biologica" e "l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari", funzionali allo sviluppo del minore e alla tutela della sua identità, ammonisce che lo stesso non può costituire il risultato di una valutazione astratta ma impone un accertamento in concreto, ritagliato caso per caso). In direzione parzialmente contraria, Cass. Civ., sez. I, 15 febbraio 2017, n. 4020, pur ribadendo la necessità del bilanciamento, afferma «l'importanza del legame genetico sotto il profilo dell'identità personale, nella quale sono compresi il diritto di accertare la propria discendenza biologica (Corte Edu, 14 gennaio 2016, Mandet c. Francia) e il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini (Corte cost. n. 278 del 2013)»; anche l'imprescrittibilità riguardo al figlio delle azioni di stato varrebbe a dimostrare «l'importanza della discendenza biologica e della connessa identità personale, la cui tutela rientra a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla nostra Costituzione, prima ancora che dalle fonti internazionali».

[20] Ed infatti la sentenza fa ampio riferimento a Convenzioni internazionali. Tra queste, in particolare, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza della quale «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente» (art. 3, par. 1). Ricorda anche la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una

dello *status filiationis*, l'assoluta prevalenza» dell'accertamento della verità genetica «su tutti gli altri interessi coinvolti».

Con ciò la verità rimane a presidio soltanto dell'interesse del figlio, e al giudice è attribuito il potere di plasmarne la portata in funzione di quell'interesse: ancora una volta il senso della norma è foggiato da un bilanciamento tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possono derivare sul minore, anche in ragione del rapporto instauratosi e la situazione identitaria acquisita[21].

Lo stesso accade nel disconoscimento di paternità (art. 243 *bis* e ss. c.c.). L'azione soggiace a termini di decadenza per i genitori (art. 244 c.c.), ma è imprescrittibile per il figlio (art. 244, comma 5, c.c.).

6. *Riflessi sul piano penale e sulle modalità dell'attribuzione dello* status*: bilanciamento delle asimmetrie e vuoti normativi*

L'interesse del minore a preservare giuridicamente i legami effettivi ha plasmato le norme penali elidendo le asimmetrie normative[22]. L'art. 567, comma 2, c.p. punisce chi «nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità». Il reato è da escludere quanto al marito della donna coniugata che dichiari per proprio il figlio della moglie sapendolo altrui, perché la filiazione deriva dal vincolo coniugale (art. 231 c.c.), salva la prova contraria da far valere con l'azione di disconoscimento di paternità (art. 243 *bis* e ss. c.c.). La stessa conclusione opera nel caso di ricorso alla fecondazione

giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nonché la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

[21] I cui termini sono così individuati dalla Consulta: «Se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione [*ex* art. 263 c.c.] sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità». Ma, una volta elevato l'interesse del minore a centro di gravità delle decisioni, viene spontaneo rispondere positivamente al quesito se esso debba prevalere anche quando la procreazione sia avvenuta in violazione di divieti: gli effetti negativi della violazione non possono colpire chi ne è del tutto estraneo. L'esperienza dei figli incestuosi fornisce un utile criterio di orientamento.

[22] In argomento v. Sassi, *Filiazione intenzionale e interesse allo* status*,* cit., p. 14 ss.

eterologa, da quando è consentita[23], rispetto al convivente della partoriente in virtù dell'art. 8 della legge n. 40/2004[24].

L'irretrattabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione eterologa una volta avvenuta esclude, dopo la sentenza della Consulta n. 162/2014, il reato della donna che, nell'atto di nascita, dichiari quale genitore il coniuge[25]; parimenti non si configura alterazione di stato nel caso di maternità surrogata legittimamente effettuata all'estero perché conforme all'attribuzione di genitorialità valida anche per la legge italiana, che in tal caso rinvia alla legge straniera[26].

A prescindere dalla conformazione della fattispecie penale l'interesse del minore ne preclude i riflessi quando essa si configura effettivamente. La Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 569 c.p. nella parte in cui prevedeva la pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale per il compimento del reato di cui all'art. 567, comma 2, c.p., così precludendo al giudice «ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto»[27].

Una lacuna si riscontra nell'attribuzione dello stato di figlio in caso di coppia di conviventi che faccia ricorso alla fecondazione medicalmente assistita. L'art. 8, legge n. 40/2004 disciplina lo «stato giuridico del nato» prevedendo che egli abbia lo stato di figlio legittimo o di figlio riconosciuto «della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6». La norma non prevede esplicitamente che non occorre il riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio (art. 250 ss. c.c.), sicché ci si chiede se questo sia comunque necessario per l'attribuzione dello *status*. Benché si registrino autorevoli opinioni contrarie[28], appare maggiormente coerente al disegno normativo ritenere il riconoscimento assorbito dal consenso espresso dai conviventi con le modalità dell'art. 6, legge cit. Un consenso che vale, dunque, ad istituire la filiazione.

[23] Per effetto della decisione additiva di Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

[24] Secondo il quale «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6».

[25] Cass. Pen., sez. VI, 10 gennaio 2019, n. 4854, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 535 ss.

[26] Cass. Pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1085 ss., con nota di A. Madeo, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; Cass. Pen., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 48696, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 896 ss., con nota di A. Vallini, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*.

[27] Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. it.*, 2012, p. 1873 ss., con nota di M.A. Federici, *Alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale*.

[28] M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, 7a ed., Padova, 2016, p. 406.

7. *Interesse del figlio maggiorenne*

L'interesse del figlio all'attribuzione e al mantenimento dello *status* è in risalto quando egli è minore: ai minori si riferiscono tutti i casi esaminati dalla giurisprudenza, e al minore si pensa, di consueto, quando si pone l'interesse del figlio al centro del sistema della filiazione. Va però considerato che la responsabilità genitoriale è ora scissa dalla minore età, a cui restano circoscritti i poteri di rappresentanza e amministrazione (art. 320 c.c.) e l'usufrutto legale (art. 324 c.c.). La questione dell'interesse del figlio si pone, dunque, anche rispetto ai maggiorenni.

Sul reclamo dello stato di figlio (art. 239 c.c.) la giurisprudenza è rara e pochi gli studi. Esso è recentemente venuto alla ribalta nel drammatico e accidentale scambio di embrioni nell'ambito di una fecondazione assistita omologa, e si è risolto nel senso dell'attribuzione della genitorialità alla partoriente ed al coniuge di lei[29]. Un caso antico, e commovente, riguarda l'azione di una anziana signora che era stata riconosciuta come figlia legittima di una coppia di coniugi diversa dai genitori dopo essere stata ritrovata, all'età di circa due anni, tra le macerie del terremoto di Avezzano del 1915, nel quale erano periti i genitori[30].

Questa azione è volta a far accertare la filiazione nei medesimi casi in cui essa può essere oggetto di contestazione (art. 240 c.c.), e cioè la supposizione di parto e la sostituzione di neonato (art. 239, comma 1, c.c.), nonché nel caso di chi sia nato in un rapporto matrimoniale, ma sia stato iscritto nei registri dello stato civile come figlio di ignoti perché la madre non ha voluto essere nominata (comma 2), o per far valere una presunzione di paternità pretermessa (comma 3), il che accade quando la madre, coniugata, non ha voluto essere nominata nell'atto di nascita.

Presupposto dell'azione è l'attuale mancanza dello *status* di figlio perché è inibito reclamare uno stato di figlio in contrasto con quello attribuito dall'atto di nascita (art. 238 c.c.). Sicché è necessario rimuovere lo *status* esistente (ad esempio, per effetto del disconoscimento di paternità o maternità o per la vittoriosa impugnazione del figlio nato fuori dal matrimonio). Ne parlo perché l'adozione "legittimante" recide definitivamente ogni rapporto con i genitori "naturali", e preclude ogni possibile iniziativa del figlio per far valere la corrispondenza della verità biologica con lo *status*.

Questa scelta tende a radicalizzare la premessa dell'adozione cosiddetta "legittimante", cioè l'irreversibile stato di abbandono del minore,

[29] Trib. Roma, 10 maggio 2016, cit. *supra,* nota 8.
[30] Cfr. App. L'Aquila, 4 maggio 1982, in *Giust. civ.*, 1082, I, p. 1899 ss.

accomunando situazioni che possono concretamente essere assai eterogenee. L'abbandono può dipendere dal disamore, dall'indifferenza, ma anche dall'impossibilità di farsi carico del figlio o da altre situazioni risolubili. Se è vero che vi sono istituti che tendono a perseguire il «diritto del minore ad una famiglia» (è la rubrica della legge 4 maggio 1983, n. 184) temporaneamente, come l'affidamento (art. 2 ss. legge ult. cit.), o in modo permanente ma revocabile e senza recidere i rapporti con la famiglia d'origine dell'adottato, come l'adozione in casi particolari (la c.d. adozione "non legittimante": art. 44 ss. legge ult. cit.), non si può negare l'evenienza della reversibilità dello stato di abbandono che ha originato l'adozione legittimante né del bisogno esistenziale dell'adottato, condiviso da uno o da entrambi i genitori naturali, di far valere la verità biologica sull'istituto giuridico.

Il bilanciamento degli interessi è limitato alla conoscenza delle proprie origini da parte dell'adottato (art. 28, commi 5 e 6, legge ult. cit.) e si è spinto nel consentire a quest'ultimo di accedere alle informazioni circa la madre che non aveva voluto essere nominata nell'atto di nascita, previo interpello di quest'ultima da parte del giudice «ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione»[31]. Ma, come ho detto, l'adozione legittimante recide irrevocabilmente il rapporto con la famiglia d'origine dell'adottato, salvi i divieti matrimoniali (art. 27, comma 3, legge ult. cit.). Con questo l'istituto giuridico sradica in modo irretrattabile la relazione naturale e soverchia prepotentemente il fatto, diversamente dalle altre ipotesi di filiazione, che il figlio è sempre legittimato a rimuovere (artt. 240, 263, comma 2, e 244, comma 5, c.c.).

Ma il permanere dei divieti matrimoniali vuol dire che un legame, sia pur limitato e rilevante in negativo, resta. Mi chiedo se non sia irragionevole impedire alla realtà di prevalere sullo *status* quando ciò rispecchi un interesse esistenziale o anche patrimoniale del figlio abbandonato (immaginiamo, ad esempio, pretese successorie). Ma la risposta all'interrogativo e la varietà delle ragioni che hanno alimentato l'abbandono richiederebbero un'indagine che esula da questa sintetica riflessione.

[31] Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit. *supra*, nota 6, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 28, comma 7, legge n. 184/1983, che inibiva l'accesso alle informazioni.

8. *La contestazione dello stato di figlio*

Un cenno alla contestazione dello stato di figlio.

L'azione, prima della riforma del 2012, era legata alla filiazione nel matrimonio, la filiazione legittima (art. 239, comma 2, c.c. vecchio testo). Essa, ora, ha portata generalizzata ed opera nelle ipotesi previste dall'art. 239, commi 1 e 2, c.c., e cioè, oltre che con riferimento al nato in un rapporto matrimoniale, ma iscritto come figlio di ignoti, nei casi di supposizione di parto e sostituzione di neonato. Nel primo si ha l'indicazione come madre di una donna (che non ha partorito) diversa dalla partoriente; nel secondo l'indicazione come madre di una donna che ha partorito un altro figlio.

Per effetto dell'unificazione dello stato di figlio, attuata dalla riforma del 2013, tale azione, che è imprescrittibile e spetta a chiunque vi abbia interesse (art. 248 c.c.), riguarda anche la filiazione fuori del matrimonio: coesiste, dunque, con l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio fatto della madre, che, tuttavia, soggiace al termine di decadenza di un anno per la madre e di cinque anni dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita per i terzi (art. 263, commi 3 e 4, c.c.). Un'aporia del sistema che gli interpreti cercano, forse invano, di risolvere[32].

[32] Sottolinea le «forti incongruenze» della disciplina A. Sassi, in Sassi, Scaglione, Stefanelli, *La Filiazione e i Minori*, cit., p. 351 ss., spec. p. 361 ss.; ritiene, invece, che la contestazione così come il reclamo dello stato di figlio «si riferiscono a ipotesi specifiche che, per gran parte attengono, anche dopo la recente riforma, alla filiazione dentro il matrimonio» M. Dogliotti, *La filiazione fuori del matrimonio, Art. 250-290*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2015, p. 408. Ma resta il fatto che la nascita presuppone un parto, e perciò il riconoscimento non veridico della madre è fatto da colei che non ha partorito o che ha partorito un figlio diverso da quello riconosciuto. Per C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5a ed., Milano, 2014, p. 382, «estranea all'azione di contestazione dello stato di figlio è anche l'ipotesi del riconoscimento non veridico», secondo cui «in tal caso lo stato di figlio risultante dall'atto di nascita può essere rimosso esclusivamente mediante l'azione di impugnazione del riconoscimento per mancanza di veridicità».

Mario Serio

Diritto di visita dei familiari dei ricoverati in case di cura, emergenza sanitaria e questioni etico-giuridiche di carattere generale nella giurisprudenza inglese

Sommario: 1. La frequenza delle scelte etiche nell'esperienza giuridica inglese: conflitti ed allineamenti tra fattispecie e principii. La propensione della giurisprudenza inglese a misurarsi con la Convenzione europea sui diritti umani del 1950 e lo *Human Rights Act* del 1998 – 2. Il sistema delle Corti specializzate nel *common law* inglese: ragioni e dubbi. La *Court of Protection* ed il *Mental Capacity Act* del 2005 – 3. Il caso *BP and Surrey County Council and RP* deciso nel marzo 2020 dalla *Court of Protection*: le possibili limitazioni agli incontri con i propri familiari imposte alle persone dichiarate incapaci – 4. Brevi considerazioni finali: il ruolo del giudice inglese nella decisione intorno a questioni di coscienza.

1. *La frequenza delle scelte etiche nell'esperienza giuridica inglese: conflitti ed allineamenti tra fattispecie e principii. La propensione della giurisprudenza inglese a misurarsi con la Convenzione europea sui diritti umani del 1950 e lo* Human Rights Act *del 1998*

Se è vero che l'esperienza giuridica è destinata, nel suo continuo divenire, a piegarsi, a conformarsi, a ripensarsi e ad essere ripensata in stretto rapporto alle mutevoli, cangianti, imprevedibili esigenze della vita individuale e collettiva, così andando incontro al non agevolmente evitabile rischio di discontinuità nella sua rappresentazione e nella natura delle risposte che da essa derivano, non è per questo da trascurare che il discorso giuridico, inteso come scenario di impronta teorica che attorno ad essa viene razionalmente organizzato, sappia in via tendenziale manifestare la capacità di strutturarsi attraverso criteri argomentativi orientati a, ed ispirati da, principii. Tanto più se il corso degli eventi che genera la necessità di riallineamento tra tradizione ed innovazione ha evidente matrice etica (o anche bioetica)[1] e, comunque, impegna scelte metagiuridiche.

Da anni, ed in susseguenti, rilevanti occasioni, nel *common law* inglese, ed anche in ordinamenti continentali, si agitano questioni, riferibili a

[1] G. Giaimo, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, p. 1 ss.

singolari, laceranti casi della vita[2]. Sin da adesso può osservarsi che la locuzione "*in the best interest of*" (di volta in volta il paziente, il minore[3], l'incapace) racchiude, costituendone suggestivo simbolo, il nucleo centrale delle questioni implicate dalla costruzione del fenomeno giuridico su un fondamento che sviluppa conoscenze, valutazioni, decisioni eccedenti il semplice ambito del diritto positivo. Il diritto inglese è stato in tempi recenti attraversato da domande di giustizia di talmente profonda tessitura morale da imporre orientamenti giurisprudenziali, preceduti o seguiti da significativi commenti dottrinari, che, animati come non potevano non essere da sofferte considerazioni conducenti appunto alla individuazione del genere di interesse di cui si discute, hanno aperto la strada ad importanti opinioni, anche aspramente divise. Circostanza, questa, che di per sé né affievolisce l'intimo valore della singola scelta né meccanicamente dovrebbe indurre all'auspicio che le scelte stesse siano avulse da inevitabili nodi problematici e controversi, come è nella natura della materia discussa. Ed allora, un primo motivo di interesse nei riguardi di questo genere tematico è costituito dalla ricognizione estesa delle ipotesi più comunemente presenti nella quotidiana esistenza che richiamino, a propria volta, tutte le formazioni di giuristi al compito di misurarsi con nuove categorie di giudizio, aspirando ad una classificazione in senso tassonomico delle "*rationes decidendi*" e, in genere, degli argomenti spesi a suffragio od in opposizione ad esse.

Ma non è solo euristico lo scopo di questo tipo di ricerca: essa, invero, cospira a guidare chi la pone in essere verso la sponda del dialogo interordinamentale europeo, al cui interno è ben possibile, come il prosieguo del lavoro si propone di render chiaro, reperire testimonianze di un filo unico di riflessione, non importa quanto diversificata nelle conclusioni.

Un netto sintomo di questa interazione tra sistemi giuridici differenti, ma utilmente integrabili nel rispetto delle reciproche autonomie, può percepirsi nella travagliata storia riguardante il neonato inglese affetto da una grave ed irreversibile patologia neurodegenerativa congenita[4]: si trattava di

[2] Un'esemplare rassegna tematica in prospettiva europea si riscontra in R. Conti, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della vita umana?*, *Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l 219/2017*, Roma, 2019. Per una specifica area problematica v. V. Lo Voi, *Mors omnia solvit? Parto anonimo e valutazione circa l'attualità del diritto all'anonimato della madre biologica nel caso di morte dello stesso*, in *Riv. dir. fam. pers.*, 2018, p. 1120 ss.

[3] Sulla peculiare condizione del minore in diritto comparato, v. D. Vanni, *Il consenso del minore al trattamento medico in prospettiva comparatistica: un nuovo soggetto di diritto?,* in F. Bilotta, F. Raimondi (a cura di), *Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020, p. 131 ss.

[4] Del caso *Charlie Gard* si occuparono nel breve spazio di poco di un trimestre tra l'aprile e la fine di giugno del 2017 i tre gradi di giurisdizione professionale inglese, *High Court*,

stabilire se l'ospedale che aveva in cura il piccolo malato potesse sospendere il trattamento terapeutico, particolarmente invasivo e responsabile di probabili sofferenze, inidoneo a conferire alcun benefico e duraturo risultato che potesse prevenire o debellare il certo ed imminente esito infausto. Alla drammatica prospettiva si opposero sia i genitori del bambino sia il suo curatore speciale ("*guardian ad litem*") nominato per la miglior tutela processuale della sua posizione, assumendo la sussistenza di una possibilità terapeutica vagliata come possibile da un clinico statunitense, seppur dai circoscritti e congetturali margini di successo. La disputa si concentrò sulla determinazione della congruenza del nuovo tentativo terapeutico rispetto al massimo interesse del minore. La risposta fu unanimemente negativa nei tre gradi di giudizio ed essa fu giudicata del tutto compatibile con le norme convenzionali dalla Corte europea dei diritti umani[5]. Non è questa la sede per ripercorrere puntualmente le concordi sentenze, tutte votate alla confutazione della ricorrenza di una sufficiente base scientifica a sostegno del tentativo terapeutico adombrato[6], che avrebbe con ogni verosimiglianza aggravato lo stato di dolore provocato dalla malattia ed esposto il piccolo paziente ad un disagevole trasferimento presso strutture ospedaliere americane senza in alcun modo garantire un accettabile grado di prognosi favorevole, anche in termini di miglioramento delle condizioni generali o di allungamento delle aspettative di vita, rispetto alla acclarata previsione di un brevissimo periodo residuo di sopravvivenza. Di sicuro interesse ai fini del presente studio si rivela piuttosto la chiara definizione, fatta propria nella interpretazione del diritto interno dalla Corte EDU, della locuzione "*best interests of the patient*" presa a mutuo da un precedente del 2006 della

Court of Appeal e *Supreme Court*, e la Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo quanto brevemente si dirà nel testo.

[5] Le rispettive pronunce furono emesse l'11 aprile 2017 dal Giudice Francis, il successivo 23 maggio da una unanime *Court of Appeal*, [2017] EWCA (Civ) 410, il 19 giugno dalla *Supreme Court* che non autorizzò e, pertanto, dichiarò inammissibile il ricorso davanti a sé per mancata deduzione di una questione di importanza generale secondo i propri parametri, pur sospendendo l'efficacia del provvedimento del primo giudice – che aveva autorizzato l'ospedale ad interrompere le cure – in attesa della preannunciata decisione della Corte Europea, intervenuta dopo una decina di giorni: c. 39793/17.

[6] Merita di essere ricordato il passaggio della sentenza della *High Court* in cui il Giudice, riportando le parole di una dei consulenti d'ufficio inglesi interpellati, sottolineò con malcelato spirito polemico come la filosofia della clinica medica britannica fosse improntata a mettere al centro della scena la persona e le esigenze del paziente, mentre quella d'oltreoceano mostrasse spiccata proclività a porre in essere, ad ogni costo, qualsiasi tentativo sperimentale.

House of Lords[7], intesa come ogni tipo di considerazione medica, emotiva, sensoriale, istintiva capace di avere un impatto sulla decisione[8]. Da una siffatta configurazione si comprende l'esattezza della posizione di chi motivatamente afferma la insovrapponibilità della volontà genitoriale rispetto a quella del minore al fine della protezione del relativo interesse[9], che, infatti, dal punto di vista processuale è autonomamente rappresentato, come visto, da un curatore speciale ("*guardian ad litem*") appositamente nominato.

In altre non meno stimolanti ed ardue occasioni la giurisprudenza inglese si è trovata, negli anni '10 di questo secolo ad occuparsi della linea di confine che contraddistingue il perimetro del "*best interest*" della persona necessitante della tutela ordinamentale[10]: se si è preferito estrapolare da questa lista il caso *Charlie Gard* è solo per la sua attitudine esemplarmente riassuntiva del nugolo problematico che si addensa intorno a questioni di bioetica, che saranno di nuovo riprese nel paragrafo finale.

La completezza del discorso vuole che si faccia anche menzione di una decisione della stessa *Supreme Court* dell'anno successivo[11] che, in un caso in cui si discuteva circa la necessità che l'ospedale presso il quale era ricoverato un paziente insuscettibile di qualsiasi miglioramento e dalla prognosi irreversibilmente negativa, si trovò a pronunciarsi sulla richiesta della stessa struttura, pur in presenza dell'assenso dei familiari, dell'autorizzazione giudiziale alla sospensione delle terapie. La Corte delineò i casi in cui è imprescindibile la pronuncia della magistratura, identificandoli in quelli in cui vi sia discordanza di opinioni mediche o dissenso dei familiari in

[7] *An NHS Trust v. MB* (*A child represented by CAFCASS as Guardian ad litem*), [2006] FLR 319. Sul caso si può vedere un utile contributo di R. Potenzano, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche*, in *Riv. dir. fam. pers.*, 2019, p. 1363.

[8] «[...] every kind of consideration capable of impacting on the decision. They include, not exhaustively, medical, emotional, sensory (pleasure, pain and suffering) and instinctive (the human instinct to survive) considerations».

[9] Giaimo, *op. cit.*, p. 86, ove in nota 74 si cita a suffragio il pensiero di A. Nicolussi, *Il miglior interesse del bambino al centro del triangolo pediatrico: una cifra del modo di intendere la genitorialità e l'esigenza di un "sensus communis"*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2018, p. 47 ove si dice che «l'idea di un consenso sostitutivo da parte dei genitori rispetto a quello del figlio è più vicina alla concezione proprietaria della genitorialità piuttosto che a quella della responsabilità genitoriale».

[10] Una ragionata esposizione critica si ottiene, in vari punti, in Giaimo, *op. cit.*, ed in particolare a p. 57 ss., nonchè in V. Lo Voi, *L'etero-determinazione "imposta" per i minori d'età. Un'analisi comparatistica delle DAT alla luce dei casi inglesi Gard ed Evans*, in Atti del convegno "Trattamenti sanitari: il diritto all'autodeterminazione del paziente", Pisa 22 novembre 2019, in corso di pubblicazione.

[11] *An NHS Trust and others v. Y and another*, [2018] UKSC 46.

ordine alla proposta sospensione del trattamento. Nel decidere la *Supreme Court* dichiarò di attenersi al ragionamento, ritenuto del tutto applicabile alla fattispecie, sviluppato in un caso precedente giudicato dalla Corte EDU[12] in cui si era detto che in simili evenienze i giudici non autorizzano un trattamento sanitario che sarebbe altrimenti antigiuridico ma si limitano a verificare la legittimità della sua eventuale interruzione[13]. Nella sentenza del 2018, redatta dalla Presidente del Collegio, Lady Hale, è stata anche richiamata adesivamente la pronuncia della medesima Corte, ancora una volta con la medesima redattrice, di cinque anni precedente[14]. In essa i giudici di ultima istanza, nel condividere il diniego opposto dal primo giudice alla richiesta della struttura ospedaliera di porre fine al trattamento terapeutico di un paziente in stato comatoso, sottoposto a ventilazione forzata e privo di prospettive di guarigione benché i parenti avessero convenientemente dedotto che egli sembrava aver manifestato la volontà di essere tenuto in vita, avevano, tuttavia, sottolineato come, a tenore del *Code of Practice* annesso al *Mental Capacity Act* del 2005, dovesse ritenersi rispondente al "*best interest*" della persona in cura la cessazione delle terapie volte a fornire supporto vitale ogni volta che queste possano apparire futili in termini di risultato, troppo pesanti o incapaci di assicurare concrete possibilità di guarigione[15].

Prima di ascrivere al novero di tali questioni anche quelle, di recente, dirompente avvento, riguardanti i rapporti tra situazioni emergenziali e godimento di diritti direttamente riferibili agli "*status*"[16] familiari, nell'accezione di condizioni soggettive meritevoli di particolare e rafforzata considerazione ordinamentale, conviene soffermarsi introduttivamente sull'atteggiamento di indiscutibile e rispettosa cooperazione instaurato e continuativamente perseguito tra la giurisdizione inglese e quella europea in materia convenzionale di diritti dell'Uomo. Può bastare a questo punto

[12] *Glass v. United Kingdom*, App. n. 61827/00, del 9 marzo 2004.

[13] In questa decisione si avverte nitidamente l'eco di una pronuncia, di due anni anteriore, della medesima Corte di Strasburgo in *Burke v. United Kingdom,* App. n. 19807/06, dell'11 luglio 2006 (in cui si era chiarito che il compito giurisdizionale non ha finalità autorizzative ma puramente dichiarative della legittimità di una dato programma medico).

[14] *Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust v. James*, [2013] UKSC 67.

[15] «The Mental Capacity Act 2005 Code of practice provides that it may be in the best interests of a patient in a limited number of cases not to give life-sustaining treatment where treatment is futile, overly burdensome to the patient or where there is no prospect of recovery».

[16] Sulla nozione si veda il fondamentale contributo di G. Criscuoli, *Variazioni e scelte in materia di status*, in *Riv dir. civ.,* 1984, n. 2, I, p. 157 ss.

menzionare l'assenza di barriere intellettuali o di gelosie sciovinistiche che hanno consentito, sin dall'entrata in vigore nel Regno Unito nel 2000 dello *Human Rights Act* del 1998[17], un fruttuoso scambio di indirizzi interpretativi delle disposizioni convenzionali in termini di identificazione della circonferenza dei diritti ivi garantiti e dei relativi ambiti di affermazione[18]. È, infatti, costante il riferimento da parte dei Giudici del *common law* inglese alle pronunce della Corte di Strasburgo ed ai principii in esse enunciati, concepiti come parametri di valutazione della compatibilità con la Convenzione del 1950 delle disposizioni, legislative, amministrative, giudiziali, interne. Che di disposizione culturale del tutto amica ed armoniosa si tratti, è esplicitamente confermato dalla profusa motivazione della Corte europea dei diritti umani nella sentenza del 2017 sul caso *Gard* laddove respinge tutte le censure di allontanamento dai principii convenzionali sul diritto inviolabile al rispetto della vita umana mosse dai genitori del minore alle conformi sentenze inglesi. Sembra, pertanto, che questa piena compenetrazione nel tessuto ordinamentale inglese non sia il semplice frutto dell'ingresso della Convenzione nel sistema interno per effetto della legge traspositiva, spiegandosi, al contrario, come prodotto della convinta e meditata adesione ad un complesso di valori che trascende l'elemento geografico e si proietta in un vasto orizzonte di "*ius commune europeum*".

2. *Il sistema delle Corti specializzate nel common law inglese: ragioni e dubbi. La* Court of Protection *ed il* Mental Capacity Act *del 2005*

L'ordinamento inglese ha mostrato un'immutata nel tempo inclinazione a creare settori di giurisdizione dedicati alla trattazione di materie ed affari specialmente richiedenti competenza e sensibilità nei giudici ad essa destinati. Non si tratta della costituzione di plessi giurisdizionali speciali, ossia del tutto estranei all'ordinario circuito giudiziario (si pensi che delle Corti specializzate vengono normalmente chiamati a far parte magistrati che esercitano le proprie funzioni in uno dei tre livelli delle giurisdizioni superiori), quanto di organi versati nella risoluzione di categorie di questioni di tale rilevanza e frequenza da suggerire che di esse si occupino settori operanti in via esclusiva. Si potrebbe dire, aderendo ad un ordine

[17] Su cui si veda M. Serio, *Ragionevole durata del processo e diritti delle parti*, in *I diritti fondamentali in Europa*, 2001, p. 257 ss.

[18] A livello monografico si veda, sull'art. 6 CEDU come recepito dalla Corti inglesi, M. Serio, *Il danno da irragionevole durata del processo*, Napoli, 2009.

concettuale e terminologico proprio del sistema processuale italiano, che si è di fronte a Giudici titolari di una specifica, inderogabile competenza funzionale. Alla loro qualificata azione il mondo professionale e quello degli utenti della giustizia è da sempre positivamente assuefatto per la fiducia nutrita nella vasta esperienza maturata da chi le amministra.

Una cura precipua il legislatore inglese ha tradizionalmente riservato alle materie interferenti con la condizione giuridica delle persone[19], la cui situazione individuale, per ragioni fisiche o mentali, reclami interventi e misure rivolti all'eliminazione, anche attraverso azioni positive, di ogni svantaggio o fattore sfavorevole alla piena e soddisfacente esplicazione della relativa personalità o alla realizzazione delle rispettive esigenze.

Il *Mental Capacity Act* del 2005 rappresenta uno dei capitoli legislativi meglio descrittivi di questa tendenza normativa diretta alla configurazione di un sistema integrato e razionale di disposizioni a tutela delle persone ricadenti nel suo raggio applicativo.

Questa legge, coeva all'approvazione del fondamentale *Constitutional Reform Act* dello stesso anno, istitutivo della *Supreme Court*, reca nel preambolo il proprio contrassegno teleologico: provvedere alla predisposizione di norme in tema di persone prive di capacità di agire; prevedere la istituzione, in luogo del precedente omonimo organo, di una Corte di rango superiore munita di apparato organizzativo e documentario completo (una *Court of record*[20]) denominata *Court of Protection*; emanare disposizioni aventi nesso con la Convenzione internazionale per la protezione delle persone adulte sottoscritta all'Aja il 13 gennaio 2000 e con gli scopi relativi[21]. Ben può dirsi che al patrimonio normativo del *common law* inglese è venuto ad essere ascritto un autentico statuto delle persone affette da incapacità correlabile ad una menomazione delle facoltà mentali-cognitive, vale a dire un complesso organico di disposizioni, sia sostanziali sia processuali, il cui oggetto è formato dalla descrizione di una figura soggettiva dalle irripetibili caratteristiche implicanti una risposta ordinamentale in senso solidaristico e tale da ridurre, se non eliminare, la distanza psicologica, emotiva, pratica

[19] Sull'organizzazione del sistema giudiziario inglese, v. G. Criscuoli, M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2016, p. 242 ss.

[20] Per la storia delle *Courts of record* v. M. Serio, *Responsabilità o immunità giudiziale: studio comparatistico su un'apparente alternativa*, in *Il giusto processo civile*, 2017, pp. 334-382, in particolare p. 339 ss.

[21] *An Act to make new provision relating to persons who lack capacity; to establish a superior Court of record called the Court of Protection in place of the office of the Supreme Court called by that name; to make provision in connection with the International Convention on protection of adults signed at The Hague on 13th January 2000 and for connected purposes.*

rispetto ad ogni altro soggetto di diritto. Di alcune di esse, per la loro diretta incidenza sugli angoli visuali di questo studio, è utile il richiamo. In primo luogo è posta la presunzione "*iuris*" di capacità fino alla prova contraria consistente in una pronuncia giurisdizionale: nel medesimo senso si prevede che a tale risultato deprivativo possa solo giungersi dopo l'infruttuoso esperimento di ogni tentativo di prevenirlo; né tale estrema soluzione potrebbe giustificarsi sulla base esclusiva della constatazione che la persona ha preso decisioni poco sagge. Se quelle appena citate si prospettano come disposizioni protettive della persona in senso preventivo della dichiarazione di incapacità, altre intervengono a delinearne lo "*status*" nell'ipotesi che tale situazione sia effettivamente venuta in essere. La prima e principale, di assorbente rilievo in questa sede, consiste nella proclamata necessità che ogni atto o provvedimento afferente alla persona incapace ne presupponga la piena conformità al suo interesse e risponda, in ogni caso, all'imperativo di contenere al massimo la compressione dei relativi diritti e della libertà d'azione. L'opzione legislativa si esprime nel senso che a legittimare le misure incapacitanti debba essere l'inettitudine della persona a decidere autonomamente ovvero di comprendere o ritenere i dati informativi sui quali fondare la decisione. Anche la nozione del prima evocato criterio del "*best interest*" è declinata secondo un modello definitorio rivolto a preservare, seppur in forma deduttivo-ipotetica, la volontà della persona in quanto chi è chiamato a rappresentarla è tenuto, nella prefigurazione di ciò che più fedelmente corrisponda all'interesse del rappresentato, a porsi l'interrogativo circa la possibilità che in futuro questi possa riacquistare la capacità di amministrarsi in relazione ad uno specifico oggetto, sì da non rendere irreversibilmente opponibile all'interessato la scelta da altri per suo conto effettuata e, quindi, permanente la condizione limitativa. Questa, a propria volta, non può giammai convertirsi in un'indebita privazione della libertà personale, se non nei casi in cui essa consegua ad un ordine giudiziale volto anche a surrogare in casi di necessità la carenza di condizioni limitative della libertà stessa ed in particolare ad un provvedimento disposto in vista della somministrazione alla persona incapace di trattamenti sanitari vitali e, comunque, necessari per ragioni di mantenimento in esistenza. Egualmente non infrange il divieto di impedire la libertà della persona l'iniziativa che chi è chiamato a prendersene cura assuma nella ragionevole convinzione che essa valga a prevenire pregiudizi all'incapace.

In tale contesto normativo di somma protezione della persona e della personalità dell'incapace si pongono le fitte previsioni (sezione 46 ss.) che disciplinano la *Court of Protection*, determinandone prerogative, competenze,

funzionamento. Proprio in omaggio all'obiettivo di contemplare un giudice funzionalmente competente, nei termini prima precisati, viene avvertita come indispensabile l'attribuzione ad un giudice specializzato, perché preventivamente selezionato dal *Lord Chief Justice*[22] nei ranghi della *Family Division* della *High Court* (il cui complesso di poteri, facoltà, attribuzioni è espressamente riconosciuto in capo alla medesima *Court of Protection*, presieduta, appunto, dal Presidente della stessa *Family Division*), della cognizione degli affari ricadenti nella sfera giuridica delle persone dichiarate incapaci ai sensi dello stesso *Mental Capacity Act* del 2005. Largo è il terreno di azione garantito alla Corte. Essa esercita, in particolare, le proprie funzioni per quanto attiene: all'accertamento delle necessarie facoltà cognitive al fine di assumere decisioni consapevoli da parte di singole persone; alla nomina di rappresentanti per il disbrigo dell'ordinaria amministrazione a favore di persone che non sarebbero capaci di provvedervi; alla definizione di istanze e ricorsi aventi carattere di urgenza proposti nell'interesse di persone incapaci; all'attribuzione di poteri duraturi o temporanei di rappresentanza di persone incapaci; all'autorizzazione a compiere per costoro atti di ultima volontà o di disposizione a titolo di liberalità di propri beni; alla decisione circa la possibile limitazione della libertà di persone incapaci. L'individuazione delle varie forme di provvedimenti adottabili nei confronti delle persone incapaci, ed il relativo regime autorizzatorio (sia di natura ordinaria sia di natura urgente), nonché l'identificazione delle disparate categorie di soggetti muniti di specifici ruoli istituzionali nella vita, nelle relazioni e nella costante valutazione delle condizioni psico-fisiche delle persone dichiarate incapaci formano poi oggetto di numerose, puntuali disposizioni di carattere sostanzialmente regolamentare e sono contenute in due delle appendici (rispettivamente *Schedule* A1 e AA1) alla legge. Questa, come si è già avuto modo di richiamare alla mente, si muove lungo un crinale di respiro sovranazionale, tanto riconducibile – e questo sarà il principale motivo di trattazione nella prossima parte – all'arena europea quanto collegato a Convenzioni internazionali di ancor più spaziosa portata.

È all'interno del descritto quadro normativo che si inscrive una recente pronuncia della *Court of Protection* di sicura rilevanza nell'ambito della

[22] In seguito all'emanazione del *Constitutional Reform Act* del 2005 figura posta al vertice dell'ordine giudiziario inglese, cui, come è noto, è estranea, per il ruolo di garanzia massima dell'ordinamento e di salvaguardia del "*rule of law*" nella sua significazione oggettiva di Stato di diritto, la *Supreme Court*. Si veda su quest'ultima il mio *Il confronto tra Supreme Court e dottrina inglese: un vento nuovo soffia a Westminster*, in Aa. Vv., *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze, I – Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino, 2016, p. 92 ss.

delimitazione del complessivo "*legal status*" delle persone dichiarate incapaci e della attenzione loro riservata nel generale contesto transnazionale, di decisivo impatto nell'economia del peculiare caso.

3. *Il caso* BP and Surrey County Council and RP *deciso nel marzo 2020 dalla* Court of Protection*: le possibili limitazioni agli incontri con i propri familiari imposte alle persone dichiarate incapaci*

Il caso di recente deciso dalla *Court of Protection* nelle fasi iniziali, almeno per il Regno Unito, della pandemia nota come SARS 2-Covid 19 aggrega in sé, in forma paradigmatica, alcune delle maggiori questioni etico-giuridiche che sono solite presentarsi con riferimento ad ipotesi ricadenti nell'ambito della disciplina posta dal *Mental Capacity Act* del 2005. E ciò sia per quanto attiene alle condizioni legittimanti l'adozione di provvedimenti a tutela delle persone per qualunque causa rese incapaci di porre in essere decisioni autonome sulla base dell'acquisizione in forma critica e ritenzione delle necessarie informazioni che ne costituiscono il presupposto storico e logico sia relativamente alla puntuale determinazione del loro "*best interest*" nelle circostanze date.

Quel che si può già adesso anticipare a proposito della locuzione appena riportata è la straordinaria flessibilità una volta di più esibita dalla giurisprudenza inglese nell'adattarla alle singole circostanze, di guisa che non di una singola, statica nozione possa parlarsi ma di un nucleo concettuale mobile in diretta proporzione alle esigenze ed alle caratteristiche soggettive della persona (minore, malato, totalmente o parzialmente incapace) della cui posizione e dei cui specifici interessi debba tenersi conto nell'apprezzamento e nella statuizione giudiziale.

I fatti da cui si è diramata l'urgente richiesta di intervento in forma monocratica della *Court of Protection* vanno così brevemente riepilogati e risalgono alla seconda metà del mese di marzo 2020. Presso una struttura ospedaliera specialmente dedicata alla cura di pazienti anziani anche sofferenti di patologie di rilievo neurologico e cerebrale, rientrante nella vigilanza e nell'organizzazione di un'autorità locale (il *Surrey County Council*) si è trovato in quei giorni ricoverato un uomo di 83 anni, affetto da disturbi cognitivi che ne riducono l'attitudine ad adottare decisioni responsabili e a comprendere pienamente gli effetti della malattia neurologica nonché da ipoacusia. A seguito di una consulenza medica disposta in conformità

del *Mental Capacity Act* 2005 egli, sin dal 12 agosto 2019 (dopo un iniziale ricovero a far data dal 25 giugno 2019), è stato giudicato (sebbene definito come soggetto in grado di capire e ritenere la maggior parte delle informazioni veicolategli) incapace di autodeterminarsi congruamente in quanto colpito dalla malattia di Alzheimer e, pertanto, sottoposto, attraverso uno dei provvedimenti previsti per simili evenienze dalla legge in parola (una "*standard authorisation*"), al regime di ricovero, a proprie spese, nella casa di cura fino al 3 giugno 2020, allorché sarebbe stato sottoposto a nuova valutazione delle proprie condizioni. Con costante regolarità il paziente ha sempre ricevuto visite dai propri familiari, in particolare di una delle figlie con cadenza quotidiana e della moglie trisettimanalmente. Ripetutamente egli, dal momento della "*deprivation of liberty*" (tale considerandosi nel lessico legislativo la condizione del destinatario del prima descritto provvedimento), ha senza alcuna ambiguità espresso il proprio desiderio di ritornare a casa, cui si è frapposta l'efficacia della disposizione incapacitante. Con una lungimiranza (che in Italia sarebbe stata auspicabile da parte degli enti territoriali con riferimento ai problemi dei degenti nelle residenze sanitarie assistite) forse sfortunatamente mancata a livello politico, prima ancora che il Governo inglese adottasse misure di contenimento della diffusione e della trasmissione della pandemia (pur non così radicali come quelle di cui si sta per dire), ed esattamente con un anticipo di 3 giorni, alle 17 del 17 marzo 2020, la casa di cura ha disposto che per tutto il tempo dell'emergenza sanitaria siano sospese visite e contatti esterni con i pazienti in essa degenti. Il divieto ha diviso i parenti del paziente, in quanto la figlia che lo visitava assiduamente ha ritenuto, contrariamente all'avviso materno, che fosse meglio rispondente agli interessi paterni il temporaneo ritorno nella propria abitazione dove avrebbe potuto ottenere adeguata assistenza in virtù dell'approvvigionamento dei necessari mezzi di cura. Al diniego di flessibilità nell'osservanza di questa disposizione da parte della casa di cura o di deroga circoscritta al singolo paziente, la figlia, nel frattempo assunta la posizione processuale di "*litigation friend*", di cui si è prima detto, implicante il perseguimento processuale di azioni rivolte alla miglior protezione della sua condizione[23], si è rivolta alla *Court of Protection*, nella persona del giudice designato Hayden[24], formulando un'articolata e

[23] La fedele interpretazione della delicata funzione, in concreto riconosciuta nel caso in esame, implica che il titolare agisca in modo equilibrato ed equo, soddisfacendo gli elevati requisiti di integrità morale richiesti dalle circostanze: così si espresse il giudice Charles della stessa *Court of Protection* in *Re UF*, [2013] EWCOP 4289.

[24] Di lui le cronache ricordano un'infelice esternazione nell'aprile 2019 allorché, nel corso dell'udienza preliminare di un procedimento promosso nell'interesse di una

progressiva serie di istanze urgenti. In primo luogo, la domanda ha avuto ad oggetto la dichiarazione della Corte che, nell'ipotesi in cui entro 72 ore il padre non avesse ricevuto la visita del consulente designato a rivalutarne le condizioni giustificatrici della sua permanenza nella struttura o quella dei familiari, non fosse ulteriormente nell'interesse del paziente la prosecuzione del ricovero; la conseguenziale e subordinata domanda è stata nel senso che dovesse essere revocato il provvedimento autorizzativo del ricovero privativo della libertà paterna. Ed ancora, si è sollecitata una pronuncia di accertamento che il divieto assoluto di visite si pone in contrasto con i diritti assicurati ai pazienti dagli articoli 5 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. L'ulteriore istanza è stata diretta a conseguire un provvedimento interinale ed urgente dichiarativo della miglior rispondenza all'interesse paterno del suo ritorno a casa con adeguato supporto di dispositivi per le cure necessarie.

La premessa scientifica da cui ha preso le mosse la sentenza è stata quella secondo cui l'eventuale contrazione del virus da parte dell'anziano paziente ne avrebbe messo seriamente a repentaglio la vita. Su di essa si è imperniato tutto il ragionamento successivo.

Il metodo applicato dalla Corte nell'esame delle domande è stato chiaramente improntato alla verifica preliminare della compatibilità della misura disposta dalla casa di cura con le varie fonti di diritto transnazionale di origine convenzionale. La prima di esse è stata individuata nell'art. 11 della convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità che impegna gli Stati contraenti ad assicurare ad esse tutela in termini di sicurezza in situazioni di rischio (quali, intuitivamente, osservò il giudice Hayden, quella nascente dalla pandemia), nonché nel successivo art. 11 che proclama il diritto alla salute di costoro[25].

Anche l'articolo 5 della CEDU, la cui violazione è stata espressamente lamentata dalla ricorrente, è caduto, nei suoi profili di intangibilità dei diritti individuali di libertà e sicurezza, sotto la lente d'ingrandimento dell'organo giudicante. Al riguardo si è osservato che le limitazioni alla prima di tali libertà possono essere imposte a condizione che si osservino le forme procedurali prescritte dalla legge interna e che esse siano indirizzate alla prevenzione di

giovane donna la compromissione delle cui facoltà mentali le impediva di prestare un effettivo consenso ai rapporti intimi con il marito, con la conseguenza che il suo curatore ed i servizi sociali chiedevano che al coniuge fosse inibito rivolgerle la richiesta, dichiarò che è un diritto fondamentale del coniuge intrattenere tale genere di rapporti.

[25] Corte EDU in *Stanev v. Bulgaria*, App. n. 36706/06, del 17 gennaio 2012, nonché la sentenza della *Court of Appeal* inglese in *Re (D) (A child) (residence Order: Deprivation of Liberty)*, [2017] EWCA (Civ) 1695.

fenomeni patologici contagiosi ed alla protezione di persone deboli di mente. È stata, al riguardo, dalla *Court of Protection* richiamata la giurisprudenza EDU che impone agli Stati contraenti l'adozione di effettive disposizioni protettive di persone soggette a rischio, comprese quelle dirette a prevenire limitazioni di libertà attraverso mezzi dei quali le pubbliche autorità abbiano o siano tenute ad avere conoscenza[26]. In particolare, conformemente a consolidata giurisprudenza domestica[27], si sottolinea il triplice dovere incombente sulle autorità locali, consistente, rispettivamente, nel condurre le appropriate indagini sulle concrete circostanze, nel predisporre i necessari servizi di supporto e nel rivolgersi per gli opportuni provvedimenti al giudice competente. Altre norme della Convenzione del 1950 sono state esaminate per i loro riflessi di rilevanza ai fini della decisione, segnatamente l'art. 8 in materia di rispetto della vita privata e familiare, l'art.14 sul carattere generale ed indiscriminato della tutela dei diritti umani in essa contemplati e, infine, l'art. 15 quale disposizione che consente, in situazioni di emergenza che pongano in pericolo la vita della nazione, la deroga alle disposizioni dei citati articoli 5 e 8.

La ricognizione del quadro internazionale destinato ad esser tenuto presente nella fattispecie si espande verso la dichiarazione di principio pronunciata il 20 marzo 2020 in occasione dell'emergenza COVID 19 dall'apposito comitato del Consiglio d'Europa che ha preso una risoluta posizione a favore di ogni azione orientata alla protezione di tutti coloro che soffrano della privazione della libertà, nel senso di garantirli dal pericolo di diffusione del morbo, purché si tratti di iniziative munite di fondamento legale, necessarie, proporzionate, rispettose della dignità umana e temporalmente ristrette.

Nella ricostruzione dell'impianto normativo, interno ed internazionale, di rilievo nell'aspro conflitto denunciato tra libertà di movimento e tutela della salute assumono significato, a giudizio della Corte, le linee guida governative che confermano l'indirizzo delle case di cura proibitivo delle visite esterne e, nel presupposto dell'impossibilità di dotazioni complete di locali per l'isolamento di chi abbia contratto, o sia sospettato di aver contratto il virus, suggeriscono le maggiori cautele praticabili, dirette ad evitare contatti all'interno della struttura anche tra i degenti ed a rifornire tutti i frequentatori per ragioni di servizio di dispositivi di protezione individuale.

Alla luce di questo complesso di disposizioni, e nella consapevolezza della

[26] Viene citato il caso *Storck c. Germania*, App. n. 61602/00, deciso il 16 giugno 2005.
[27] *A and C (Equality and Human Rights Commission intervenors)*, [2010] 2 FLR 1363.

funzione svolta dalle norme convenzionali di parametro della legittimità di quelle interne, la *Court of Protection* perviene ad un gruppo di conclusioni di carattere generale, qui di seguito esposte.

La prima osservazione riassuntiva rispecchia un'interpretazione evolutivamente orientata del testo normativo fondamentale come applicabile al grave momento pandemico ed al correlato impatto socio-etico-giuridico. Recependolo nel modo più largo ed appropriato alle sconvolgenti circostanze il Giudice volge ad esse l'insegnamento della Corte EDU, affermando l'esistenza di uno specifico obbligo a carico dello Stato di assicurare condizioni di eguaglianza, rispetto al resto della collettività, nei confronti delle persone affette da disabilità, evitando che restino indietro, ossia seriamente svantaggiate. L'ulteriore deduzione ermeneutica tratta dalla legge in parola consiste nella declamazione del valore fondamentale della tutela dell'autonomia decisionale, anche nella forma surrogata delle competenti figure assistenziali, delle persone con ridotte facoltà cognitive.

Partendo da queste premesse metodologiche, al cui centro è evidentemente collocata la dignità del disabile costituente lo sfondo su cui si staglia il *Mental Capacity Act* del 2005, la *Court of Protection* dirige la propria attenzione verso il maggior problema agitato, come sempre accade allorquando venga invocata questa legge, nella fattispecie, ossia quello volto alla individuazione del "*best interest*" del paziente, sotto il particolare aspetto della compatibilità con esso delle misure restrittive del diritto di ricevere visite poste in essere dalla casa di cura, anche alla luce delle disposizioni sovranazionali richiamate dalla ricorrente. Il criterio risolutivo del dilemma cui la Corte si è attenuta è stato di stampo finalistico, vale a dire quello indirizzato a cogliere lo scopo ultimo delle disposizioni impugnate. Esso è stato agevolmente individuato nell'inderogabile esigenza di far fronte ad una pubblica emergenza capace di travolgere la vita del Paese e dei cittadini. In questa chiave protettiva ravvisato lo scopo della restrizione ed apprezzatane la commisurazione della durata al solo periodo emergenziale, la Corte ha deciso per l'insussistenza di violazioni dell'art. 5 della Convenzione europea del 1950, in perfetta simmetria con la giurisprudenza andatasi formando attorno a tale norma. Né a mutare lo scenario poteva valere la mancata emanazione, al momento in cui la casa di cura è intervenuta drasticamente con il vietare le visite esterne ai degenti, da parte del governo di provvedimenti proibitivi a tappeto delle stesse o di altre forme di socialità, essendo, al contrario, del tutto lodevole la più tempestiva sensibilità mostrata dalla struttura sanitaria.

Naturalmente il difficile compito della *Court of Protection* nella persona del giudice Hayden non avrebbe potuto ritenersi esaurito tramite la mera

(per quanto persuasivamente motivata nel solco della univoca giurisprudenza EDU) reiezione degli argomenti difensivi incentrati sulla deplorata inconciliabilità della restrizione con norme essenziali a difesa dei diritti umani: restava, infatti, da delibare, in tutta la sua imponenza, la questione del concreto riconoscimento del "*best interest*" in un caso di tale irripetibile peculiarità. In questo frangente si manifesta il più interessante profilo, in particolare dal punto di vista comparatistico ed in genere del "*legal reasoning*" circolante nel *common law* inglese[28], della sentenza. Essa, con grande sensibilità dirigendo la propria attenzione verso la dimensione psicologica, emotiva, affettiva della vicenda, trascorre dal momento "*principle oriented*" che ne aveva contraddistinto la prima parte, dedicata alla precisa emersione dei parametri di raffronto con il plesso normativo astrattamente deducibile in giudizio, a quello necessariamente "*rule oriented*", vale a dire si impegna nella ricerca dei concreti indici sintomatici, direttamente desumibili dalle molteplici angolazioni della fattispecie, idonei a guidare l'identificazione in via complessiva e sintetica dell'universo di atti, fatti, opzioni comprensivamente coperti dalla impegnativa espressione "*in the best interests of*". Nel rivolgere il proprio sguardo verso una questione problematica dalla somma significazione conformativa dell'esistenza di più persone interessate la *Court of Protection* dismette i panni oracolari di testimone del contenuto e della portata ermeneutica della norma per proiettarsi al rango socialmente indispensabile di oculato, ponderato, umanissimo amministratore di vite (al pari di quel che è chiamato a fare, nella più nobile delle accezioni funzionali apponibili alla legge italiana 6/2004, il giudice tutelare nelle amministrazioni di sostegno) altrui, tenendo in considerazione ogni dettaglio di cui esse sono intessute nell'essenziale prospettiva di trovare un comune e risolutivo filo conduttore. In questa umilissima, certosina ricerca della migliore delle condizioni esistenziali risolventisi nella realizzazione del "*best interest*" della persona incapace certamente risiede il riscatto della funzione giudiziale da quell'aura di disumanità che Salvatore Satta vi apponeva, non già per mortificarla o screditarla, quanto, tutto al contrario, per esaltarne (alla stregua dell'alta opera letteraria di un altro indimenticabile scrittore nato nella medesima terra di Sardegna, Salvatore Mannuzzu) la lacerante, estenuante difficoltà del giudizio promanante da un Uomo e destinato ad un suo simile. Vivere, per deciderne, la vita altrui come se fosse la propria implica immedesimazione, solidarietà, saggezza. In questo tremendo imperativo si illumina e rassicura la figura universale del Giudice.

Venendo al ragionamento, sviluppato attorno a fatti, considerazioni di

[28] G. Criscuoli, M. Serio, *Nuova introduzione*, cit., p. 267 ss.

ordine pratico, risvolti psicologici, che ha guidato la decisione della *Court of Protection* è possibile scorgerne le due linee potenzialmente antagoniste che essa si è trovata, se non a dirimere in modo netto, a comporre secondo un tendenziale equilibrio.

Da un canto agli occhi della Corte è apparso chiaro ed evidente l'effetto positivo per la persona dichiarata incapace degli incontri sistematici e regolarmente ripetuti nel tempo con i propri familiari, ai quali aveva dichiarato di volersi ricongiungere ritornando al comune domicilio. Convinzione rafforzata dalla precisa dichiarazione della figlia che ha ricordato in dibattimento come per il padre la famiglia abbia sempre rappresentato tutto, anche per il suo carattere socievole ed accomodante. Nel medesimo senso deponeva il tassativo impegno della stessa figlia, perfettamente consapevole della somma difficoltà della decisione del caso[29] particolarmente legata al genitore anche in virtù di una prolungata attività lavorativa comune nel campo degli allibramenti di scommesse, a garantirgli assistenza duratura ed ininterrotta nell'arco della giornata nella casa di famiglia, anche avvalendosi dei preparati e degli strumenti sanitari forniti dalla casa di cura.

Ma la Corte non ha potuto trascurare, nell'opera di razionale bilanciamento devoluta ad essa dal *Mental Capacity Act* del 2005, elementi di segno contrario, ineliminabili nella delineazione del "*best interest*" paterno. Tra questi, è stato ricordato in sentenza il deterioramento, esclusivamente riferibile al sopravvenuto deficit cognitivo e non alla naturale indole, dei rapporti con la moglie, che nel corso della propria deposizione ha ricordato saltuari episodi di abusi verbali e ancor più sporadicamente fisici, dai quali avrebbe potuto trarre origine una difficoltosa convivenza: ipotesi, questa, non smentita dalla stessa figlia, che ha manifestato la disponibilità a prendere il posto della madre, che si sarebbe nel frattempo trasferita altrove, nella residenza coniugale onde prestare adeguata assistenza. Ed ancora, la severa forma di sordità paterna, ad avviso della Corte, suggeriva una qualificata cura solo possibile in una struttura attrezzata, della quale la stessa figlia ha, comunque, lodato l'eccellente livello di professionalità e sensibilità umana. Peraltro, è stata giudicata irrealistica la ventilata eventualità di un'assistenza filiale priva di soluzioni di continuità, a differenza di quanto è sempre avvenuto nella casa di cura.

Sulla base di queste considerazioni e dell'irrealizzabilità di soluzioni alternative alla permanente efficacia della sospensione delle visite esterne,

[29] Tanto che la stessa ha dichiarato alla Corte che nella situazione data ogni protagonista sarebbe stato, comunque, un perdente.

la Corte ha ritenuto che questa disposizione, oltre a non ledere alcuna previsione normativa a salvaguardia dei diritti dell'uomo, né giustificasse, seppur in via temporanea e contingente, la revoca della dichiarazione di incapacità e della conseguente autorizzazione al ricovero nella casa di cura in attesa della rivalutazione psico-medica delle condizioni del paziente, né ne rendesse preferibile il trasferimento nell'abitazione originaria, almeno per il periodo di durata della misura restrittiva. Gli effetti negativi di essa, dal versante affettivo e della sopravvivenza dei contatti familiari, sono stati con molto scrupolo dalla Corte attenuati attraverso una miscellanea predisposizione di accorgimenti di carattere pratico, quali il facilitato apprendimento da parte del paziente dell'uso di meccanismi aggiornati di comunicazione (vengono espressamente menzionati in sentenza *Skype* e *FaceTime*) e l'incontro protetto con i familiari attraverso i vetri della stanza in cui il paziente è ricoverato, la quale è situata al piano terra dell'edificio perfettamente visibile dall'esterno.

Il coordinamento di tutte le esposte osservazioni e degli interventi divisati per affievolire la portata delle restrizioni ha definitivamente indotto la Corte a pronunciarsi nel senso che, rigettate le gradate domande della ricorrente, vada giudicata meglio rispondente all'interesse del paziente la confermata presenza nella casa di cura.

4. *Brevi considerazioni finali: il ruolo del giudice inglese nella decisione intorno a questioni di coscienza*

La pronuncia della *Court of Protection* resa in circostanze oggettivamente eccezionali riverbera, tuttavia, il proprio peso su uno scorcio di esistenza individuale che, nella generale cornice che qui si è tratteggiata, finisce con il guadagnare un maggior grado di interesse nella misura nella quale essa contribuisce alla definizione dei nodosi intrecci implicati da interventi autoritativi (legislativi, amministrativi, giurisdizionali) sulla sfera soggettiva latamente intesa e complessivamente riguardata (dal punto di vista affettivo, della salute, dell'equilibrio e del benessere psico-fisico). Da scelte tragiche ogni ordinamento giuridico a qualunque latitudine (come ci ricorda con Philip Bobbit, nell'omonimo, formativo volume, Guido Calabresi) è quotidianamente attraversato in ogni area del matrimonio, della filiazione, della salute, della libertà di iniziativa economica, della proprietà individuale e della sua funzione sociale. È indubbio però che il settore della persona

umana e dei suoi inalienabili diritti, a partire da quelli alla dignità, alla libertà ed alla salute, occupi un posto preminente nella scala dei valori che tutti i sistemi giuridici non possono declinare dal preservare. È altrettanto indiscutibile che questi stessi valori si configurino in maniera ancor più basilare e drammatica quando siano riconducibili a persone le cui condizioni soggettive per ragioni fisiche o mentali le rendano più deboli, meno autonome, maggiormente bisognose di solidarietà e tutela. Il vero dissecante interrogativo sulle appropriate risposte da dare si propone nelle occasioni in cui per terribile paradosso si tratti di decidere se la migliore estrinsecazione di solidarietà e tutela debba essere perseguita a seguito di una scelta implacabile tra la permanenza in vita, lungo una esistenza martoriata da sofferenze, disagi ed obnubilamento mentale irrimediabili terapeuticamente, ed il suo opposto, meditatamente decretato quale epilogo ineludibile di un'avventura umana impossibile da decorosamente perpetuarsi. Nell'esatta linea mediana di questi contesti decisionali che, per tornare al concetto sattiano, possono apparire, a dispetto della loro strenua aspirazione all'umanità della scelta, inumani, si collocano spunti normativi ed applicazioni giurisprudenziali ormai entrati a far parte per la loro alta incidenza statistica del vasto patrimonio dell'esperienza comune non specialistica.

Il diritto inglese, come si è cercato di illustrare per tratti sommari, ormai con alta frequenza va incontro a scelte, cui è generalmente deputato l'apparato giurisdizionale, che, nel porre il valore della vita e della persona umana come esclusivo punto di riferimento, sono costrette all'innaturale propensione verso uno dei suoi poli alternativi, la prosecuzione o l'estinzione. Va accreditata al *Mental Capacity Act* del 2005 una rimarchevole forza propulsiva manifestata per il tramite di una indicazione di metodo cui ispirare la scelta, quello della minuziosa ricerca del "*best interest*" della persona interessata ad essa. Non una bacchetta magica, né una meccanica formula di soluzione dei problemi etico-giuridici che vengono sottoposti al vaglio decisorio dell'autorità pubblica, di quella giudiziaria in particolare. Ma pur sempre un criterio generale di orientamento, da utilizzare sapientemente nel caso concreto: in altri termini, uno strumento atto a prevenire abusi, arbitrii, irrazionalità. E nel caso su cui ci si è qui soffermati la *Court of Protection* sembra aver fatto buon governo della preziosa indicazione legislativa la quale, proprio per l'insopprimibile esigenza di concretizzazione alla luce delle particolari circostanze, mentre svolge un ruolo di orientamento dell'interprete, mal si presta ad essere imprigionata in confini definitori di portata generale che ne pregiudicherebbero le possibilità espansive richieste dalla non replicabile singola esperienza individuale.

Vi è un aspetto finale di questa ricerca suscitato dalla natura dell'intervento espletato dalla *Court of Protection* che, tuttavia, estende il proprio raggio visivo all'intera platea di situazioni connesse a scelte dilanianti riguardanti la persona umana. Ridotto alla sua essenza il tema che ci si appresta ad esplorare attraverso una fugace riflessione conclusiva può così enunciarsi: se nell'ordinamento inglese alla disciplina dei casi postulanti un'opzione secca in termini di prosecuzione o meno di trattamenti terapeutici puramente illusori e privi di effettività debba sempre e necessariamente concorrere con un proprio provvedimento decisorio l'autorità giudiziaria. Il dubbio potrebbe apparire incongruo se non ingiustificato o abusivo in ordinamenti come quello italiano che sono dichiaratamente proclivi a forme, in simili casi difficilmente criticabili, di pangiurisdizionalizzazione, nelle quali si tende a vedere un rassicurante baluardo per il bilanciamento equilibrato di interessi o aspirazioni tra loro irriducibili a coerenza[30]. Concezione tendente a sottrarre competenze decisorie agli individui per accentrarle in funzione di garanzia e di neutralità, ma non indifferenza, ad un organo terzo ed imparziale. Ma altre inclinazioni ordinamentali europee sono maturate nel tempo, varcando positivamente anche il vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esperienza inglese si pone certamente in questa scia, seguita in un notissimo caso, oggetto di giudizio anche davanti la Corte di a Strasburgo, da quella francese[31]. Vale la pena intrattenersi velocemente e per completezza sulle posizioni assunte nel *common law* britannico in merito alla fungibilità o non dell'intervento giudiziale in questioni di "*life or death*", cui incidentalmente si è fatto cenno nella parte iniziale del lavoro. Non è mai mancata la piena percezione da parte della giurisprudenza inglese che, laddove si affaccino problemi di siffatta alta opinabilità, alle questioni di diritto ne sottostiano altre «morali, etiche, mediche e pratiche di fondamentale importanza sociale»[32]. Ma non per questo essa ha preteso

[30] A questa logica esattamente si ispira il citato volume di R. Conti, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana. Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019, che trae ragione dalla legge italiana menzionata nel sottotitolo in materia di disposizioni anticipate di trattamento.

[31] *Lambert and others c. Francia*, 2016, 62, in cui a maggioranza la Corte EDU giudicò esente da censure di violazione di norme convenzionali la pronuncia del Conseil d'Etat che aveva ritenuto la competenza di un articolato, qualificato ed indipendente (con riguardo ad almeno uno dei componenti) gruppo di medici, che aveva consultato, ottenendone l'assenso, i familiari, a dichiarare, sulla base di un protocollo del 2005 incorporante il codice della salute pubblica, l'inutilità della prosecuzione di cure nei confronti di un paziente tetraplegico e privo di coscienza che viveva in uno stato puramente vegetativo.

[32] Lord Browne-Wilkinson nel caso *Airdale NHS Trust v. Bland*, [1993] AC 789 affermò testualmente che «behind the questions of law lie moral, ethical, medical and practical

di mettere in atto una politica di inglobamento nelle proprie attribuzioni di questioni che, pur orbitando nella multiforme dimensione appena ricordata, potessero, comunque, trovare soluzione in base a cognizioni scientifiche accreditate e recepite in codici di condotta contenenti precise regole applicative. Una prima, sintomatica pronuncia in questo senso[33] è ascrivibile alla *House of Lords* nel 1993 nel caso *Bland* citato in una nota precedente in cui fu autorizzata la sospensione, approvata dai familiari, di ogni trattamento medicalmente assistito di nutrizione ed idratazione (CANH) a favore di un paziente, che da oltre tre anni viveva in stato vegetativo, incapace di vedere, sentire, comunicare o di provare qualsivoglia sensazione a seguito delle gravissime lesioni riportate nel corso degli incidenti verificatisi nello stadio calcistico di Hillsborough, Sheffield nell'aprile 1989. La sentenza in sostanza recepì l'opinione scientifica, asseverata dal consenso dei parenti della persona incapace, e si espresse favorevolmente circa le drammatiche ed immancabili conseguenze cui avrebbe condotto, giudicando, comunque, indefettibile l'intervento giudiziale in assenza di un chiaro e dettagliato codice di condotta etico-sanitario per emergenze del genere. La situazione mutò con l'entrata in vigore del *Mental Capacity Act* del 2005, entrato in vigore nell'aprile di due anni dopo, e dell'annesso *Code of Practice*, il cui capitolo 5 intitolato alla configurazione del miglior interesse del paziente di fronte a decisioni riguardanti trattamenti di sostegno vitale[34] esclude la necessità della prosecuzione di questi trattamenti laddove, come già scritto, si rivelino «futili, eccessivamente pesanti e senza prospettive di guarigione». Da allora l'atteggiamento si trasformò, salva una isolata, divergente posizione[35]. Al capovolgimento della posizione contribuì certamente l'esperienza francese nel caso *Lambert*, citato in una nota precedente, e la conseguente validazione da parte della Corte europea dei diritti umani della sentenza del *Conseil d'Etat* secondo cui l'intervento giudiziale è dispensato nel caso

issues of fundamental importance to society».

[33] Secondo l'interpretazione datane dalla *Supreme Court* nel già citato caso del 2018 NHS *Trust v. Y:* si veda l'opinione di Lady Hale a paragrafo 93 p. 36.

[34] Questo il titolo della sezione rilevante: «How should someone's best interests be worked out when making decisions about life-sustaining treatment?».

[35] *In re M (Adult Patient) (Minimally Conscious State:Withdrawal of Treatment)*, [2011] EWHC 2443 (Fam), il giudice Baker della *Family Division* della *High Court* scrisse in sentenza che ogni questione concernente la possibile interruzione dei trattamenti di nutrizione ed idratazione assistita nei confronti di una persona che versi in persistente stato vegetativo o di minima coscienza deve essere portata alla cognizione giudiziale. Lo stesso giudice ribadì la propria posizione in un articolo di sei anni successivo, *A matter of life and death*, (2017) Journal of Medical Ethics 427, in cui si espresse nel senso che non fossero ancora maturi i tempi per prescindere dall'apporto decisorio giurisprudenziale in materia.

di stretta osservanza dei protocolli di fonte normativa disciplinanti i casi ed i criteri per pervenire ad una decisione di interruzione del trattamento terapeutico futile perché destituito di qualsiasi prospettiva favorevole. Nella fondamentale sentenza del 2018 della *Supreme Court* nel caso *NHS Trust v. Y,* già più volte richiamata, viene prestata adesione all'orientamento riduttivo o del tutto eliminativo dello spazio giurisdizionale se ricorra la duplice condizione che l'abbandono del trattamento consegua all'adozione delle migliori pratiche mediche vigenti e non sorga controversia tra medici e familiari circa la relativa applicazione nel caso concreto. L'orientamento ben può dirsi a questa stregua ormai consolidato.

Ed allora, il tema cruciale che circonda le questioni eticamente sensibili che potrebbero impegnare l'ambito giuridico sembra retrocedere dal momento della discussione del merito della scelta finale a quello della individuazione del livello competente a pronunciarsi, non necessariamente coincidente, secondo la veduta da ultimo esposta, con quello giurisdizionale. Il quesito non sembra di minor significato né di più facile soluzione in ogni ordinamento. È comprensibile rifuggire dalla tentazione di devolvere alla sede giudiziaria ogni vicenda umana che presenti margini di incertezza o perplessità quanto alla sua concreta definizione: a questo spirito sembra far capo l'orientamento franco-britannico e quello della Corte europea dei diritti dell'uomo laddove siano collaudati, dettagliati e di incontroversa applicazione i protocolli frutto di provvedimenti di rango autoritativo. Ma non potrebbe certo reputarsi irragionevole porre la domanda se ciò sia sufficientemente tranquillizzante per rendere automatica e sfuggente ad ogni controllo di legittimità, opportunità, ragionevolezza una scelta, per quanto rispettosa di prescrizioni formali, tra il lasciar vivere ed il decretare la fuoriuscita altrui dal proprio circolo vitale. In altri termini si è pur sempre di fronte ad una decisione di sicura influenza sui principii di ordine pubblico la cui affidabile adozione continua ad esigere tuttora, come avverte l'esperienza italiana, quella visione generale ed indipendente, che solo la giurisdizione può offrire, di cui il minoritario giudice Baker della *Family Division* della *High Court* ha con palpabile passione civile ed etica scritto[36].

[36] *A matter of life and death*, cit., p. 434: vi si sottolinea il bisogno di un «independent oversight» e di una maggior chiarezza a proposito di questioni afferenti ai deficit cognitivi ed ai principii giuridici ed etici alla cui stregua governarle.

Raffaele Torino

Déséquilibre significatif *e clausole contrattuali ingiustificatamente gravose nella filiera agro-alimentare. Spunti di comparazione giuridica fra Francia ed Italia*

Sommario: 1. Filiera agro-alimentare e conformazione dei rapporti contrattuali – 2. L'art. 62 del D. L. 1/2012 e le pratiche commerciali sleali nella filiera agro-alimentare – 3. Le *pratiques restrictives de concurrence* – 4. La giurisprudenza francese sul *déséquilibre significatif* – 4.1. La *soumission* del partner commerciale – 4.2. Il *déséquilibre significatif* – 4.2.1. Assenza di reciprocità di diritti ed obblighi – 4.2.2. Difetto di adeguata e proporzionata contropartita – 4.2.3. Deroghe alle norme suppletive in favore di una sola parte – 4.2.4. Clausole di riduzione dei prezzi – 5. Le condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose nell'ordinamento italiano – 6. Spunti di comparazione giuridica – 6.1 *Public* e *private enforcement* delle pratiche commerciali sleali – 6.2. Squilibrio nella forza commerciale, *soumission* e negoziazione delle clausole – 6.3. Trasferimento del rischio commerciale – 6.4. Controllo giudiziario dei prezzi.

1. *Filiera agro-alimentare e conformazione dei rapporti contrattuali*

Nel più ampio contesto di una rinnovata "strutturazione" giuridica dei mercati agro-alimentari[1], fondamentalmente diretta a riequilibrare l'asimmetrico potere contrattuale che si ritiene sussistente nei rapporti di compravendita e fornitura tra produttori-fornitori di prodotti agricoli (da un lato) e acquirenti della grande industria di trasformazione dei prodotti agricoli o appartenenti alla distribuzione organizzata (dall'altro lato)[2], la

[1] In argomento v. F. Albisinni, *Mercati agroalimentari e disciplina di filiera*, in *Riv. dir. alim.*, I, 2014, p. 4; M. Giuffrida, *I contratti di filiera nel mercato agroalimentare*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. II, *Diritto alimentare. Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2014, p. 375; A. Jannarelli, *Profili giuridici del sistema agro-alimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, Bari, 2011; F. Albisinni, *Sistema agroalimentare*, in *Dig. It.*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, Agg., Torino, 2009, p. 479; A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto Privato Europeo*, vol. II, t. 2, Milano, 2008, p. 493.

[2] Le ragioni di questa assai sovente diversità di potere contrattuale fra produttori agro-alimentari ed acquirenti – industriali o appartenenti alla distribuzione organizzata – del prodotto agro-alimentare sono principalmente due: la sostanziale diversità strutturale ed

filiera contrattuale agro-alimentare (per ciò intendendosi le molteplici relazioni contrattuali che segnano il passaggio fisico e giuridico dei prodotti agro-alimentari dalla produzione fino al consumo dell'alimento ("*from farm to fork*"[3]) è stata segnata negli ultimi tempi da alcuni interventi normativi, nazionali ed europei[4], che hanno spostato il focus regolatorio.

In particolare, si osserva una chiara evoluzione degli interventi legislativi in materia nella direzione del controllo dei contenuti del contratto e nel perseguimento di una maggiore giustizia sostanziale del contratto[5], che si

economica di tali soggetti (alla perdurante frammentazione delle imprese agro-alimentari e alla loro condotta tendenzialmente individuale sul mercato, si è nel tempo contrapposta una concentrazione delle imprese acquirenti i prodotti agro-alimentari, sia delle imprese industriali di trasformazione, sia di quelle della distribuzione organizzata) e la specificità del prodotto agro-alimentare (fortemente soggetto alla stagionalità e alla fluttuazione dei prezzi), in relazione ai tempi di produzione e alle sue caratteristiche di conservazione e di immissione sul mercato finale del consumo.

[3] Mi preme segnalare da subito che, sebbene la filiera contrattuale agro-alimentare – come accennato – sia composta anche dall'ultima relazione contrattuale che precede il consumo dell'alimento, ossia quella che ha ad oggetto il passaggio del prodotto agro-alimentare (trasformato o meno) dal venditore finale (sia questo un produttore agricolo o un trasformatore/distributore) al consumatore che si alimenta, il presente lavoro non si occuperà della disciplina dei contratti agro-alimentari in cui una delle parti sia un consumatore, per concentrarsi sulle relazioni contrattuali fra imprenditori della filiera agro-alimentare.

[4] Gli interventi in ambito europeo sono stati preceduti da numerosi studi e prese di posizione delle istituzioni europei, fra cui meritano di essere segnalati Com (2009) 591 del 28 ottobre 2009, *Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa*, Com (2013) 37 final del 31 gennaio 2013, *Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa*.

[5] Sul complesso e controverso concetto di 'giustizia' del contratto v., *ex multis*, P. Corrias, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, n. 2, p. 345; F. Tinti, *Convenienza economica e tutela dell'equilibrio (s)oggettivo del regolamento contrattuale*, in *Studium iuris*, 2017, vol. 6, p. 687; R. Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. It., disc. priv., sez. civ.,* agg. 7, Torino, 2012, p. 534; V. Scalisi, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore,* Milano, 2008, p. 253; G. Smorto, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un* concetto, in *Materiali per una storia della cultura* giuridica, Bologna, 2008, p. 219; V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, vol. 4, 2007, p. 599; F. Volpe, *Contratto giusto*, in *Dig. It., disc. priv.*, *sez. civ.*, Agg., I, Torino, 2007, p. 384; M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; L. V. Moscarini, *Riflessioni sul tema del «contratto giusto»*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, vol. 3, Milano, 2006, p. 617; U. Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; G. Vettori, *Libertà di contratto e disparità di potere* contrattuale, in *Riv. dir. priv.*, vol. 4, 2005, p. 743; E.M. Pierazzi, *La giustizia del contratto*, in *Contr. Impresa*, 2005, p. 647; H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, vol. 4, 2003, p. 659; P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e*

ritiene sia compromessa dalla sopra menzionata asimmetria contrattuale propria della filiera alimentare.

Tali interventi si caratterizzano, infatti, per il passaggio dalla ricerca del rafforzamento strutturale del potere contrattuale dei produttori-fornitori dei prodotti agricoli e alimentari (mi riferisco ai provvedimenti europei e nazionali diretti ad incentivare in via generale l'associazionismo e la cooperazione fra gli imprenditori agricoli e la loro integrazione orizzontale, sì da attribuire loro una maggiore forza contrattuale da poter spendere nelle relazioni commerciali con gli altri componenti della filiera), alla esplicita conformazione dei contenuti delle predette relazioni contrattuali, con un forte esercizio di eteronomia contrattuale e una significativa incisione dell'autonomia negoziale delle parti contraenti. Queste ultime – allorché si trovano a negoziare e concludere contratti aventi ad oggetto prodotti agricoli e alimentari – devono oggi tenere in debito conto una serie di prescrizioni relative ai contenuti (ma non solo) del contratto, caratterizzate da un generale profilo di inderogabilità a tutela della posizione di (assunto) contraente debole del produttore-fornitore di prodotti agricoli e alimentari.

In particolare, mi riferisco, per quanto concerne l'ordinamento italiano (che, sotto tale profilo, non è certo isolato[6]), anzitutto all'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, rubricato «Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari»[7], nonché al

principio di proporzionalità nei contratti, in *Rass. dir. civ.*, vol. 2, 2001, p. 334; A. Barba, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 2000, p. 536.

[6] Per quanto concerne l'ordinamento spagnolo v. A. Jannarelli, *Le relazioni contrattuali nella catena alimentare: la legge spagnola n. 12 del 2013*, in *Riv. dir. agrario*, vol. 4, I, 2015, p. 386.

[7] Il Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, è stato convertito con modificazioni dalla Legge 24 marzo 2012 n. 27, nonché successivamente modificato dall'art. 2, comma 3, lett. a), D.L. 5 maggio 2015, n. 51, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 luglio 2015, n. 91. Sull'art. 62 del D.L. 1/2012 mi sia consentito di rinviare a R. Torino, *La nuova disciplina dei contratti e delle relazioni commerciali di cessione dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Contr e impr.*, vol. 6, 2013, pp. 1425-1447, dove altre citazioni bibliografiche. V., successivamente, N. Lucifero, *Le pratiche commerciali sleali nel sistema delle relazioni contrattuali tra imprese nella filiera agroalimentare*, Milano, 2017; L. Petrelli, *L'art. 62 dopo le ultime decisioni*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. II, *Diritto Alimentare. Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2014, p. 313; E. Rook Basile, *La disciplina della cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari fra neo-formalismo contrattuale e abuso del diritto*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. II, cit., p. 352; M. Tamponi, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, forma e incertezze legislative*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, cit., p. 375; L. Petrelli, *L'art. 62 dopo le ultime decisioni*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, cit., p. 375; R. Tommasini, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in F. Albisinni, M. Giuffrida, R. Saija, A. Tommasini (a cura di), *I contratti del*

relativo regolamento di attuazione[8], e, in relazione al contesto normativo europeo, alla recentissima approvazione della Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, che dovrà essere attuata negli Stati membri entro il 1 maggio 2021.

In linea generale, entrambi questi provvedimenti normativi sono diretti a contrastare le pratiche commerciali sleali, ossia quelle pratiche genericamente ritenute contrarie ai principi di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali, e che sono ritenute particolarmente ricorrenti nella filiera agro-alimentare, stante la posizione di intrinseca debolezza economica e contrattuale del produttore-fornitore di prodotti agro-alimentari rispetto all'imprenditore dell'industria della trasformazione e alla (grande) distribuzione organizzata. Nella mente di entrambi i legislatori, nazionale ed europeo, tali controparti del produttore-fornitore di prodotti agro-alimentari, abusando del loro *buyer power* e con condotte prevaricatrici, sarebbero in grado di imporre a quest'ultimo (e nei fatti si ritiene impongano con significativa ricorrenza, tanto da meritare lo specifico intervento legislativo, che supera la disciplina generale dei contratti e rende anche il contratto di trasferimento dei prodotti agricoli e alimentari riconducibile alle categorie dottrinarie del contratto asimmetrico o del c.d. 'terzo contratto'[9]) condizioni contrattuali non rispondenti ad un corretto ed equo rapporto contrattuale, ad un contratto 'giusto'.

Da tali divieti di determinate pratiche discende (anche in ragione della prossima attuazione nell'ordinamento italiano della sopra menzionata

mercato agroalimentare, Napoli, 2013, p. 119.

[8] Regolamento di attuazione dell'articolo 62 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27, emanato con Decreto 19 ottobre 2012 n. 199 del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali (di seguito, 'Decreto Interministeriale di Attuazione').

[9] Sul contratto c.d. 'asimmetrico' v. A.M. Benedetti, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 370; V. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, vol. 2, p. 267; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5, I, 2008, p. 515; V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, vol. 4, 2007, p. 669. Sul c.d. 'terzo contratto' v. R. Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive* assiologiche, Padova, 2010; E. Minervini, *Il «terzo contratto»*, in *I contratti*, vol. 5, 2009, p. 493; G. Amadio, *L'ipotesi del terzo contratto*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008, p. 329; Aa. Vv., *Il terzo contratto (L'abuso del potere contrattuale nei rapporti tra imprese)*, Bologna, 2008.

Direttiva (UE) 2019/633), inevitabilmente, una conformazione legislativa del contratto di compravendita o fornitura del prodotto agricolo-alimentare, che opera su due livelli: un livello più specifico e determinato e un livello più generale e suscettibile di incertezze interpretative ed applicative.

2. *L'art. 62 del D. L. 1/2012 e le pratiche commerciali sleali nella filiera agro-alimentare*

A ben guardare, infatti, la qualificazione quale sleale di una pratica commerciale ai sensi e per gli effetti dell'art. 62 del D.L 1/2012 può occorrere sia in ragione della rispondenza della pratica commerciale in questione a una ben determinata fattispecie, specificatamente delineata come tale dal legislatore, sia in quanto la pratica commerciale rientra in una fattispecie, per cosi dire, ampia di pratica commerciale sleale, la cui individuazione richiede l'applicazione di clausole generali. Nella prima ipotesi ci troviamo di fronte a una sorta di presunzione *ope legis* di slealtà della pratica commerciale, in cui il legislatore ha tendenzialmente ben identificato una situazione di reale ed effettivo abuso (consapevole) della posizione di debolezza contrattuale della controparte, la quale – secondo il legislatore – non avrebbe ragionevolmente accettato la specifica condizione singolarmente sfavorevole se fosse stata libera di scegliere. Nella seconda ipotesi, invece, sta all'interprete verificare se una determinata condizione contrattuale – non rientrante in quelle di cui alla prima ipotesi – possa essere considerata sleale in quanto espressione di una onerosità che non trova giustificazione nell'ambito del contratto, *rectius* nell'ambito del complessivo equilibrio di interessi che si compone nel contratto.

Quanto alla prima tipologia di condizioni contrattuali appena menzionata, l'art. 62 del D.L. 1/2012, al comma 2, individua quattro (*rectius* cinque) specifiche ipotesi di pratiche commerciali sleali[10]: a) l'imposizione

[10] Tale elenco è stato integrato dal Decreto emanato in data 19 ottobre 2012 dal Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, che in ottemperanza del comma *11bis* dell'art. 62 medesimo ne definisce le modalità applicative. Tale decreto dispone (art. 4, comma terzo) un'ulteriore ipotesi specifica di pratica commerciale sleale: «la previsione nel contratto di una clausola che obbligatoriamente imponga al venditore, successivamente alla consegna dei prodotti, un termine minimo prima di poter emettere la fattura, fatto salvo il caso di consegna dei prodotti in più quote nello stesso mese, nel qual caso la fattura potrà essere emessa solo successivamente all'ultima consegna del mese». Tale precisazione è all'evidenza diretta a tutelare il rispetto dei termini di pagamento obbligatori previsti dal comma terzo dell'art. 62 del D.L. 1/2012, rispetto alla decorrenza dei quali è centrale la data di ricezione della fattura, impedendo che l'acquirente possa imporre

di condizioni extracontrattuali o retroattive[11]; b) l'applicazione di condizioni oggettive diverse per prestazioni equivalenti[12]; c) la subordinazione della conclusione, dell'esecuzione dei contratti e della continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte

al venditore l'invio ritardato dalla fattura e, quindi, surrettiziamente allungare i termini di pagamento. Per altro verso, il decreto interministeriale stabilisce anche che rientrano nella nozione di 'condotte commerciali sleali' le ipotesi di «mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera (*High level Forum for a better functioning of the food supply chain*), approvate in data 29 novembre 2011» allegate al Decreto Interministeriale, in qualche modo ampliando ulteriormente l'elenco.

[11] Rispetto a tale disposizione si pone la questione se la medesima vieti due ovvero tre fattispecie specifiche di condotte commerciali sleali, ossia se le c.d. 'condizioni extracontrattuali' (espressione atecnica, da intendersi quali condizioni contrattuali che non abbiano trovato formalizzazione in un documento ovvero, secondo un'altra interpretazione, non contenute nel documento principale che regola la compravendita, ma in documentazione accessoria o integrativa) siano vietate anche in quanto 'retroattive' (ossia aventi efficacia da un momento precedente l'accordo su di esse) ovvero se siano vietate sia le condizioni semplicemente 'extracontrattuali', sia le condizioni, pur inserite in un documento contrattuale (e, dunque, non materialmente extracontrattuali), semplicemente retroattive. Al riguardo si ritiene che, in adesione con la *ratio* dichiarata dell'art. 62 («salvaguardare i rapporti tra le parti da […] condizioni aleatorie che minano il buon andamento del sistema, a danno del contraente debole») e in considerazione della conseguente opportunità di ampliare il contrasto alle condizioni aleatorie, le due ipotesi di condizioni vietate siano fra loro alternative, poiché entrambe, anche singolarmente, si prestano al possibile abuso della posizione di forza contrattuale di una parte nei confronti dell'altra.

[12] La seconda condotta commerciale sleale individuata dall'art. 62 appare ripresa integralmente dall'art. 2, comma 2, lett. d), della Legge 287 del 1990. Si tratta delle condizioni per mezzo delle quali una delle parti del contratto pone in essere condotte o trattamenti discriminatori nei confronti di una controparte contrattuale rispetto alle altre controparti con cui ha già intrattenuto relazioni contrattuali e che si trovino nelle medesime condizioni commerciali ovvero, con specifico riguardo all'art. 62, formulino proposte di vendita o di acquisto dei prodotti agricoli o alimentari equivalenti. Come è stato sottolineato, tale disposizione presenta seri rischi di incompatibilità costituzionale, specie ove venga interpretata nel senso di «negare nel solo settore agroalimentare la possibilità per un operatore di discriminare i propri clienti, applicando politiche di sconto differenziate in funzione del diverso interesse generato dal cliente» (S. Argentati, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 L. n. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 447, la quale ricorda che «la previsione riproduce quasi letteralmente la formulazione dell'art. 102, lett. c, TFUE e dell'art. 3, lett. c, l. n. 287 del 1990, che vietano sì l'applicazione nei rapporti commerciali con altri contraenti di condizioni diverse per prestazioni equivalenti, ma a condizione che la condotta sia posta in essere da un'impresa in posizione dominante: solo in capo a questa grava quella "speciale responsabilità" di non danneggiare ulteriormente la struttura concorrenziale del mercato, che ne limita sensibilmente i margini di autonomia e la libertà di azione».)

dei contraenti che, per loro natura e secondi gli usi, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre[13]; d) il conseguimento di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali[14].

In relazione alla seconda tipologia di condizioni sopra menzionate l'art. 62 del D.L. 1/2012 stabilisce che siano vietate a) la pratica di «imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose» e b) «ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento».

È evidente la differenza fra i due insiemi di pratiche commerciali sleali[15].

Mentre il primo insieme risulta maggiormente definito e delimitato nei connotati e richiederà una ordinaria attività interpretativa ai fini della concreta applicazione del divieto, il secondo insieme di pratiche fonda la valutazione di slealtà su connotati estremamente generici (una ingiustificata gravità, ossia onerosità, della clausola per la parte che la subisce) ove non tautologici (mi riferisco, in particolare, alla lett. e) del 2 comma dell'art. 62 del D.L. 1/2012, secondo cui è vietata ogni condotta commerciale sleale, senza che venga fornito nessun elemento per determinare in cosa consista

[13] Anche tale previsione appare essere ripresa integralmente dall'art. 2, comma 2, lett. d), della Legge 287 del 1990, ponendo il divieto – per entrambe le parti – di richiedere l'esecuzione di prestazioni che non presentino alcuna connessione con l'oggetto dei contratti e delle relazioni commerciali riguardanti la cessione dei prodotti agricoli e alimentari. La formula utilizzata appare lasciare, in realtà, spazio considerevole all'inserimento all'interno dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari di prestazioni non strettamente connesse alla mera compravendita, poiché richiede che la connessione sia del tutto assente ("alcuna") e che sia da escludere in forza della natura della prestazione richiesta, valutata alla luce degli usi commerciali (ove presenti e ove prendano in considerazione la specifica prestazione). Sarà quindi sufficiente che la prestazione da valutare presenti una ragionevole connessione con la cessione del prodotto agricolo o alimentare perché la sua richiesta possa ritenersi legittima.

[14] Tale condotta commerciale sleale appare caratterizzata dal duplice requisito del difetto di corrispettività della prestazione (dunque, unilaterale nel senso di non effettuata a fronte di un corrispettivo, di qualsivoglia sorta) e dalla contestuale mancanza di giustificazione della 'unilateralità', da valutarsi alla luce della natura e del contenuto delle relazioni commerciali.

[15] Tale differenza non si rinviene nella Direttiva (UE) 2019/633 che, contrariamente all'art. 62 del D.L. 1/2012, non prevede clausole generali di slealtà delle pratiche commerciali, ma due distinte ben definite liste di pratiche commerciali che gli Stati membri devono provvedere a vietare, armonizzando i rispettivi ordinamenti: una prima lista, c.d. Blacklist, di pratiche commerciali sempre vietate (art. 3, par. 1) e una seconda lista, c.d. Greylist, di pratiche commerciali sleali vietate solo qualora non siano state precedentemente concordate fra le parti in termini chiari ed univoci nell'accordo di fornitura.

tale slealtà), che impongono all'interprete un profondissimo e difficoltoso esame nel momento in cui intende fare applicazione concreta del secondo insieme di pratiche commerciali sleali, sempre alla luce della capacità conformativa del contenuto contrattuale che tali pratiche commerciali sleali possono avere.

In tale contesto, la pratica commerciale sleale di «imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose» sembra all'evidenza costituire la regola di "chiusura" della regolamentazione complessivamente introdotta dall'art. 62 del D.L. 1/2012. Non solo in tale generica pratica commerciale sleale tutte le altre pratiche commerciali sleali espressamente vietate dovrebbero rientrare (perché *ex ante* il legislatore italiano le ha considerate quali generatrici di ingiustificati oneri a carico di una delle parti del contratto), ma soprattutto essa appare rappresentare una clausola generale introdotta al fine di evitare che qualche ipotesi di pratica commerciale sleale possa sfuggire allo stigma del divieto.

Mi propongo, quindi, di investigare cosa debba intendersi per «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose», utilizzando il metodo comparativo rispetto all'esperienza francese che ritengo sia sotto questo profilo particolarmente interessante e significativa[16].

3. *Le* pratiques restrictives de concurrence

L'ordinamento francese conosce da tempo un'articolata disciplina delle '*pratiques restrictives de concurrence*' che, sebbene veda il proprio campo di applicazione generalizzato a tutte le relazioni commerciali, ha trovato ampia applicazione giurisprudenziale (e occasione di ulteriore evoluzione) soprattutto nell'ambito della filiera agro-alimentare e dei rapporti fra produttori agricoli e imprese della grande distribuzione organizzata francese, che sono anche oggetto di un insieme di regole specifiche nell'ambito del *Code de commerce*[17].

[16] In argomento, per un primo approccio, mi sia consentito di rinviare a R. Torino, *Il divieto di condotte commerciali sleali nella filiera alimentare italiana. Spunti di comparazione con l'esperienza francese delle pratiques restrictives de concurrence*, in F. Annunziata, A. Brunet, E. Calzolaio, N. Cayrol (a cura di), *Le droit comparé des affaires au XXI siècle. Mélanges à la memoire de Claude Ducouloux-Favard*, Bruxelles, 2017, pp. 427-445.

[17] In argomento v. C. Del Cont, *Filières agroalimentaires et contrat: l'expérience française de contractualisation des relation commerciales* agricoles, in *Riv. dir. alim.*, vol. 4, 2012;

In seguito all'entrata in vigore della *Loi de modernisation de l'économie* (o LME) del 4 agosto 2008, la norma centrale di tale disciplina era rappresentata dall'art. L. 442-6, di recente sostituito dall'art. L. 442-1 del *Code de commerce*[18], che – fra le altre cose – individua un cospicuo numero di specifiche pratiche commerciali sleali che danno luogo ad obblighi risarcitori in capo al soggetto che le pone in essere.

Come nell'ordinamento italiano in relazione all'art. 62 del D.L 1/2012, anche l'art. L. 442-6 del *Code de commerce* presenta sia *pratiques restrictives de concurrence* meglio definite e caratterizzate negli elementi costitutivi della fattispecie (valga, quale esempio per tutte, la previsione che considera quale pratica vietata «la possibilité de bénéficier […] rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale»), sia pratiche commerciali che fanno applicazione di concetti e principi generali, dotati di genericità, anche queste richiedenti una più attenta e approfondita attività interpretativa.

In particolare, il legislatore francese prevede fra le *pratiques restrictives de concurrence* vietate e generanti obblighi risarcitori «le fait […] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations de parties» (art. L. 442-1, 2°), così come «le fait […] d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne corresponsant à aucune contrepartie ou manifestement dispropotionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie».

La prima delle due pratiche vietate appena menzionate ha assunto un ruolo centrale nel contrasto alle *pratiques restrictives de concurrence* per la sua evidente capacità espansiva della lista di *pratiques restrictives* più specificamente definite, ovvero per la sua natura di *pratique restrictive*, per così dire, di "chiusura" del sistema francese di regolamentazione delle *pratiques restrictives de concurrence*[19], diretta alla ricerca di un equilibrio contrattuale

L. Costantino, *La tutela del contraente debole nelle relazioni negoziali lungo la filiera agro-alimentare nelle più recenti esperienze giuridiche europee e statunitensi*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, vol. 1, p. 166, F. Gencarelli, *Relazioni contrattuali tra industria alimentare e grande distribuzione nei principali paesi europei*, in *Riv. dir. alim.*, 2008, p. 2.

[18] L'art. L. 442-6 è stato di recente sostituito dall'art. L. 442-1 nell'ambito della riforma introdotta dall'*Ordonnance* n. *2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées*. A sua volta, la LME aveva abrogato il previgente art. L. 442-6, I, 2°, b), del *Code de commerce* che sanzionava l'abuso di dipendenza economica e di *puissance d'achat ou de vente*.

[19] Fra le *pratiques restrictives de concurrence* l'esistenza di un *déséquilibre significatif* costituisce la seconda pratica restrittiva maggiormente invocata (subito dopo la *rupture brutale des relations commerciales établies*, di cui all'art. L. 442-6, I, 4, oggi L. 442-1, II). Per una rassegna giurisprudenziale del periodo 1 gennaio 2016-13 settembre 2017 v. S. Associés,

che l'ordinamento francese appare richiedere con forza[20].

La genericità dell'espressione, che richiede un notevole sforzo interpretativo, ha resistito al vaglio di costituzionalità: con una decisione del 2011 il *Conseil Constitutionnel* ha infatti ritenuto che la disposizione è conforme alla Costituzione e al principio di legalità dei delitti e delle pene – che impone di definire con termini sufficientemente chiari e precisi le pratiche sanzionate – poiché, «pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fornisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation [oggi L. 212-1 …] qu'en référence à cette notion, dont le contenu a dèjà été précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer»[21]. Va infatti rammentato che la nozione e il concetto di *déséquilibre significatif* sono utilizzati nel sistema francese non solo nell'ambito del *Code de Commerce*, ma altresì nel *Code de la consommation* (art. L. 212-1) in materia di clausole abusive nei contratti fra consumatori e operatori economici professionali, nonchè nel *Code civil* (art. 1171) in relazione ai contratti per adesione[22]. Sicché, in buona sostanza, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che la disposizione sia sufficientemente chiara (e, dunque, legittima costituzionalmente) non tanto in sé, ma in quanto la (inevitabile) richiesta interpretazione può beneficiare dell'esperienza interpretativa già originatasi nell'ambito dei contratti dei consumatori, nonostante – il che desta non poche perplessità – il contesto (anche) giuridico profondamente differente.

I giudici francesi hanno, dunque, fatto copiosa applicazione della nozione di *déséquilibre significatif* (sulla scorta dei numerosi procedimenti avviati dal Ministro dell'economia), specie (ma non solo) nella filiera agro-alimentare.

Déséquilibre significatif Article 442-6, I, 2° du Code de commerce, consultabile on line.

[20] In argomento v. L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, t. 366, LGDJ, 2002; D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, t. 432, LGDJ, 2005; V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibres*, PU Aix-Marseille, 2000; S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, t. 335, 2000; Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, t. 337, 2000.

[21] Cons. const., 13 *janv*. 2011, n. 2010-85 QPC. Su questa decisione v. Y. Picod, *Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel*, in *Dalloz*, 2011, 6, p. 415.

[22] In argomento, v. G. Chantepie, *Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits speciaux*, in *Sem. jur.*, *éd. Entrep. et Aff.*, 2018, 25, 50; X. Lagarde, *Questions autour de l'article 1171 du code civil*, in *Dalloz*, 2016, 37, p. 2174; A. Hontebeyrie, *1171 contre L. 442-6, I, 2°: la prescription dans la balance*, in *Dalloz*, 2016, 37, p. 2180.

A mio avviso è interessante esaminare tale giurisprudenza e confrontarla con la (invero molto scarsa per il momento) applicazione del divieto di clausole ingiustificatamente gravose di cui all'art. 62 del D. L. 1/2012.

4. *La giurisprudenza francese sul* déséquilibre significatif

Affinchè possa ritenersi sussistente una *pratique restrictive de concurrence* di cui all'attuale art. L. 442-1, 2° del *Code de commerce*[23], la giurisprudenza in materia di *déséquilibre significatif* ritiene che, sul presupposto di una relazione di *partenariat commercial*[24], debbano sussistere i due elementi della '*soumission*' (o del tentativo della stessa) e del '*déséquilibre significatif*'.

Nonostante gli indiscutibili legami e collegamenti fra i due elementi della *soumission* e del *déséquilibre significatif*[25], gli stessi meritano di essere esaminati distintamente in questa sede, al fine della loro migliore comprensione.

4.1. *La* soumission *del partner commerciale.*

Per quanto concerne la *soumission* si può osservare che essa è ritenuta sussistente allorché vi sia stato un rapporto di forza, *rectius* di prevalenza della forza contrattuale di una delle parti sull'altra; un rapporto tale da condurre all'assenza di negoziazione delle condizioni proposte da una delle parti, che, dunque, l'altra parte ha dovuto subire senza reale possibilità di modificarne il contenuto.

Nel rammentare che i giudici francesi ritengono oramai pacificamente

[23] In realtà, stante la recentissima riforma, che – si rammenta – ha visto l'art. L. 442-1 sostituire il previgente art. L. 442-6 del *Code de commerce*, non v'è ancora giurisprudenza sul primo dei citati articoli e tutte le sentenze prese in esame hanno avuto quale fondamento normativo l'art. L. 442-6.

[24] Come ha ritenuto la Corte di appello di Parigi (CA Paris, 21 *sept*. 2016, n. 14/06802), il *partenariat commercial* implica «une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans les activités de production, de distribution ou de services», in cui evidentemente rientrano le relazioni tra un operatore della grande distribuzione e i suoi fornitori (Cass. Com., 26 *avr*. 2017, n. 15-27865). I partner commerciali intrattengono una relazione di durata, che non può essere rinvenuta rispetto a una *opération ponctuelle* (CA Limoges, 5 *avr*. 2016, n. 15/00002) o qualora non vi sia continuità nella relazione d'affari (CA Lyon, 28 *juillet* 2016, n. 14/07438). In argomento v. Associés, *Déséquilibre significatif Article 442-6, I, 2° du Code de commerce*, cit.

[25] V. Cass. Com., 8 *juin* 2017, n. 15-15417.

che l'eventuale sussistenza di un *déséquilibre significatif* non richieda il preliminare accertamento di un abuso di *puissance d'achat* ovvero una condizione di *dépendance économique* della controparte, va osservato che la Corte di cassazione d'Oltralpe si è espressa nel senso di assimilare la *soumission* (o il tentativo di *soumettre*) all'impossibilità di negoziare le clausole contrattuali, in ragione di una mancanza di un «pouvoir réel de les négocier»[26], dell'impossibilità di una «négociation effective»[27], o «d'absence de marge réelle de négociation des fornisseurs en cause»[28].

Al contrario, è stato ritenuto che una clausola negoziabile e *a fortiori* negoziata non è suscettibile di costituire una *pratique restrictive de concurrence*[29], così come l'esistenza del *déséquilibre significatif* è da escludere quando la parte «a librement accepté les conditions financiéres proposées»[30].

Per altro verso, la *Cour de cassation* ha ammesso che in certi settori, come quello della grande distribuzione, la *soumission* può essere ritenuta sussistente in ragione delle caratteristiche strutturali del mercato[31].

Questa soluzione ad alcuni autori è apparsa introdurre una sorta di presunzione della sottomissione del fornitore al *déséquilibre significatif*[32]. Infatti, in una sentenza del 2016 (Cass. Com., 4 ottobre 2016, n. 14-28.013) la suprema corte francese ha esplicitamente ritenuto che «les sociétés Carrefour n'ayant pas allégué que certaines d'entre eux [i fornitori], à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incountournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations, la cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce»[33]. In tal senso, si era d'altronde già espressa in alcune occasioni

[26] Cass. Com., 27 *mai* 2015, n. 14-11.387.
[27] Cass. Com., 25 *janv*. 2017, n. 15-23.547.
[28] Cass. Com., 26 *avr*. 2017, n. 15-27.865.
[29] CA Paris, 22 *mars* 2017, n. 14-26013.
[30] Cass. Com., 8 *juin* 2017, n. 15-15.417.
[31] Dal canto suo CA Paris, 21 *juin* 2017, n. 15/18784, ha ritenuto che l'assenza della possibilità di negoziare deriva dal superiore potere di mercato di una delle parti, sicché viceversa quando le due parti hanno un potere di mercato comparabile l'elemento della *soumission* non potrà considerarsi soddisfatto (v. CA Paris, 17 *mai* 2017, n. 14-18290).
[32] M. Behar-Touchais, *Les fornisseurs non soumis à la grande distribution existent (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2017)*, in *Rev. Contrats*, 2 *juin* 2018, p. 224.
[33] Anche la CEPC, nel proprio avis n. 16-5, ha fatto riferimento a un «déséquilibre structurel du marché».

la Corte di appello di Parigi[34].

Tuttavia, di recente, una sentenza della Corte d'appello di Parigi appare smentire l'esistenza di una simile presunzione, poiché afferma che, se la struttura d'insieme del mercato della grande distribuzione può costituire un indice di rapporti di forza squilibrati, da cui conseguirebbe che difficilmente possono sussistere effettive negoziazioni fra fornitori ed operatori della grande distribuzione, tale unica considerazione non può essere sufficiente a dimostrare la sottomissione o il tentativo di sottomissione di una parte all'altra, anche se si tratta di un modello contrattuale o di un contratto-tipo[35]. Secondo i giudici parigini, tale indice deve essere completato da altri indici e la verifica va effettuata tenendo conto anche delle caratteristiche dei singoli fornitori. Così, la Corte d'appello osserva che «en effet, certains fornisseurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable. Tous les fornisseurs ne sont pas de taille égale et n'ont pas une puissance de négociation équivalente. Par conséquent, tous ne peuvent pas être contraints de la même façon par les distributeurs. Certes, la menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs, mais il est notable que ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de moyens d'action». Soprattutto la *soumission* necessita di essere adeguatamente provata, non potendo essere considerata sussistente sulla sola base del contenuto delle clausole o del contesto economico: «L'insertion de clauses déséquilibrées dans un contrat-type ne peut suffire en soi à démontrer cet èlément, suele la preuve de l'absence de négociation effective pouvant l'établir, la soumission ne pouvant être déduite de la seule puissance de négociation du distributeur, in abstracto». In conclusione, la Corte d'appello di Parigi, dopo aver affermato che alcuni

[34] V. CA Paris, 1 *oct*. 2014, n. 13-16336 («en effet, si certains fornisseurs disposent de parts de marché importantes leur donnant un pouvoir de négociation, cependant tous sont dépendants des commandes des distributeurs pour vendre leur production et peu d'entre eux peuvent se permettre d'être déréférencés par un distributeur comme le groupe Carrefour ou d'engager une action en justice contre lui»), CA Paris, 29 *juin* 2016, n. 14-09786 («Système U relève que ces fornisseurs sont des multinationales ayant les moyens juridiques et financiers de résister à conclure des contrats qui ne correspondraient à aucune prestation de la part de Système U, il y a lieu d'observer … que même si Système U a une part de marché relativement peu importante, les sociétés Danone, Yoplait, Nestlé et Lavazza ne peuvent courir le risque de voir leur produits déréférencés par cette centrale nationale»). V. anche CA Paris, 21 *juin* 2017, n. 15/18784.

[35] CA Paris, 20 *déc*. 2017, n. 13/04879, con nota di Behar-Touchais, *Les fornisseurs non soumis à la grande distribution existent (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2017)*, cit.

fornitori erano *incontournables* per i distributori (i quali non potevano non commercializzare i prodotti di tali fornitori presso i loro punti di vendita al pubblico), ha dunque verificato in concreto che le clausole in questione erano state oggetto di una effettiva negoziazione fra le parti.

In un altro caso del 2015 la Corte di cassazione francese ha ammesso che il ricorso sistematico ai contratti-modello (*contrat-type*) è sufficiente a configurare la *soumission* o almeno il tentativo di *soumission* [36].

Da ultimo, nel celebre caso Darty del 2017[37], i giudici d'Oltralpe hanno ritenuto che l'esistenza dell'elemento della *soumission* può essere dedotta anche dal fatto che le *clauses déséquilibrées* proposte dall'operatore della grande distribuzione sono rinvenibili (secondo una formula identica) in tutti i contratti stipulati dal medesimo[38].

4.2. *Il* déséquilibre significatif

In via generale, in più occasioni, sebbene non nell'ambito della filiera alimentare, i giudici francesi hanno affermato che il *déséquilibre significatif* deve essere apprezzato in concreto e prendendo in considerazione non la singola clausola, ma il contesto economico creato dal contratto (e in cui il contratto si inserisce) e l'insieme delle pattuizioni contrattuali che le parti hanno complessivamente concordato. In altre parole, il significativo squilibrio non deve essere apprezzato clausola per clausola, ma in relazione all'equilibrio più generale del contratto, al fine di valutare se certe obbligazioni contrattuali possano essere utilmente "controbilanciate" da altre, infine ristabilendo l'equilibrio complessivo del contratto[39].

In tal senso, in una pronuncia del 2017 la Corte di appello di Parigi ha

[36] Cass. Com., 27 *mai* 2015, n. 14-11.387, in *Contrats conc. consom.*, 2015, comm. 229, con nota di N. Mathey; in *Dalloz*, 2015, p. 947, obs. D. Ferrier.

[37] Cass. Com., 26 *avr*. 2017, n. 15-27.865, in *RTD com.*, p. 593, obs. M. Chagny; in *Contrats Conc. Consom.*, 7 *juil*. 2017, con nota di N. Mathey.

[38] Secondo i giudici della *Cour de cassation* francese «Mais attendue qu'après avoir relevé que la société Darty était un intermediaire incountournable pour les fornisseurs compte tenu de sa position de leader de la distribution sur els marchés en cause et qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable, l'arrêt constate que la clause de mévente des produits a été insérée dans tous le contrats invoqués par le ministre, selon une rédaction identique».

[39] In Cass. Com., 27 *mai* 2015, n. 14-11.387, i giudici hanno ritenuto che non vi fossero clausole contrattuali che permettessero di riequilibrare il *déséquilibre significatif* generato da alcune clausole in materia di termini di pagamento, penalità di mora e sconti in caso di pagamenti anticipati.

affermato che «les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard ed l'économie du contrat et in concreto»[40].

Al riguardo, la *Cour de cassation* ha precisato che incombe sulla parte a beneficio della quale sono stabilite le *obligations déséquilibrées* l'onere della prova che altre clausole del contratto permettono di riequilibrare le obbligazioni fra le parti[41].

Passando ora all'esame della tipologia di clausole che sono state ritenute generatrici di un *déséquilibre significatif*, i giudici francesi appaiono sanzionare quattro categorie principali di clausole:

a) le clausole che riconoscono una prerogativa a una sola delle parti o che pongono un obbligo a carico di una sola delle parti anche se la prerogativa o l'obbligo di specie avrebbero potuto essere reciproche;
b) le clausole che senza un'adeguata contropartita riconoscono una prerogativa esorbitante in favore di una delle parti o che pongono un'obbligazione esorbitante a carico di una fra esse;
c) le clausole che derogano in maniera ripetuta alle regole e norme suppletive in favore di una sola delle parti;
d) le clausole di riduzione dei prezzi.

Per altro verso, in alcuni limitati casi, anche clausole non rientranti nelle quattro categorie sopra menzionate sono state ritenute suscettibili di generare un *déséquilibre significatif*, a testimonianza del carattere particolarmente "aperto" della disposizione normativa. Così, ad esempio, la Corte di appello di Versailles ha ritenuto in grado di configurare un'ipotesi di *déséquilibre significatif* una clausola che garantiva un certo fatturato alla controparte due anni dopo lo scioglimento del contratto[42].

Prima di procedere allo specifico esame della giurisprudenza che ha

[40] CA Paris, 19 *avr*. 2017, n. 15-24221, in *AJ Contrat*, 2017, p. 282, obs. S. Regnault.

[41] V. Cass. Com., 3 *mars* 2015, n. 13-27.525, in *JCP E*, 2015, 17-18, p. 36, con nota di S. Le Gac-Pech, *Sanctions et démeseure*; Cass. Com., 4 *oct*. 2016, n. 14-28.013, in cui i giudici francesi – in difetto di allegazione di prove – non hanno ritenuto di esaminare l'argomento del *pourvoi* in base al quale il rischio per il fornitore derivante dalla clausola in favore del distributore di rifiutare la consegna e non corrispondere il prezzo fosse stato in realtà tenuto in debito conto da parte del fornitore nella determinazione dei prezzi dei prodotti. Anche CA Paris, 19 *avr.* 2017, n. 15-24221 ha affermato «La preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause incombe à l'entreprise mise en cause, sans que l'on puisse considérer qu'il y a alors inversion de la charge de la preuve». Per parte sua la CEPC ha ritenuto che in presenza di un'asimmetria creata da alcune clausole contrattuali, gravi sulla parte che beneficia di tali clausole la prova del riequilibrio realizzato da altre clausole del contratto (CEPC, 22 *janv*. 2015, avis n. 15-01).

[42] CA Versailles, 17 *mai* 2016, n. 14-06579.

fatto applicazione delle sopra menzionate quattro ipotesi, va peraltro osservato che nella nuova recentissima formulazione normativa (quella che ha visto la sostituzione dell'art. L. 442-6 con il nuovo art. L 442-1) alcune delle ipotesi che in passato sono state ritenute configurare un *déséquilibre significatif* (oggi previsto dall'art. L. 442-1, I, 2°), e segnatamente quelle relative all'assenza di una contropartita o alla presenza di una contropartita manifestamente sproporzionata, saranno in futuro valutate in applicazione dell'art. L. 442-1, I, 1° («[…] obtenir ou […] tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie»), in un'ottica di maggiore tipizzazione.

4.2.1. *Assenza di reciprocità di diritti ed obblighi*

Il difetto di reciprocità di una clausola che attribuisce un diritto o pone un obbligo a carico di una sola delle parti costituisce probabilmente una delle ipotesi maggiormente ricorrente di clausole ritenute generatrici di un *déséquilibre significatif*.

In più occasioni la Corte di appello di Parigi ha ritenuto che una clausola di revisione del prezzo in favore di una sola delle parti sia causa di un *déséquilibre significatif*[43], così come una clausola di risoluzione unilaterale è stata ritenuta «susceptible éventuellement de créer un déséquilibre signficatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce»[44].

La formula prudente della Corte di appello in questa ultima decisione sottolinea che il difetto di reciprocità non genera di per sé e per certo un *déséquilibre significatif*. Infatti, una simile clausola va sempre posta in un'ottica di valutazione dell'insieme delle clausole contrattuali e dell'equilibrio del contratto nel suo complesso.

Ad ogni modo, se viene accertata la reciprocità della clausola in questione questa cessa di essere generatrice di un *déséquilibre significatif*. Ad esempio, una clausola di risoluzione del contratto per inadempimento (*résiliation pour faute*) particolarmente severa e manifestante una «asymétrie notable» è stata ritenuta configurare un'ipotesi di *déséquilibre significatif*[45], mentre una clausola similare, ma reciprocamente applicabile alle parti del contratto, ha superato indenne il vaglio dei giudici[46]. Anche la *Cour de cassation* francese

[43] CA Paris, 4 *juillet* 2013, n. 12-07651; CA Paris, 11 *sept*. 2013, n. 11-17941.

[44] CA Paris, 30 *mai* 2017, n. 16-24129.

[45] CA Versailles, 23 *juin* 2016, n. 14-06181.

[46] CA Paris, 6 *mai* 2016, n. 14/04905 ; Cass. Com., 12 *avr*. 2016, n. 13-27.712 («Mais attendu que l'arrêt relève que la clause de résiliation anticipée confère au concédant

ha dichiarato l'assenza del *déséquilibre significatif* in un caso in cui la clausola di recesso *ad nutum* con preavviso era prevista in favore di entrambe le parti[47].

Al riguardo, nel settore della grande distribuzione organizzata grande rilievo ha avuto la decisione della *Cour de cassation* francese del 2016 che ha confermato la pronuncia della Corte d'appello di Parigi del 2014[48], nei confronti di alcune società del gruppo Carrefour[49]. Tale decisione ha affermato che alcune clausole in materia di consegna dei prodotti e di termini di pagamento generavano uno squilibrio significativo fra diritti e obbligazioni delle parti anche in ragione del difetto di reciprocità dei diritti e delle obbligazioni delle parti derivanti da dette clausole[50].

In particolare, la *Cour de cassation* ha rilevato che le condizioni generali d'approvvigionamento prevedevano che l'importo e le modalità di calcolo

comme au concessionaire le même droit de mettre fin au contrat et dans les mêmes conditions, notamment sans justification d'une faute, et quel es intérêts de l'un comme de l'autre peuvent varier en fonction de l'évolution de leurs situations et de la conjoncture économique; qu'en cet état, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche inopérante invoquée à la première branche, a pu retenir que la clause ne créait pas un déséquilibre significatif entre les parties; que le moyen n'est pas fondé»).

[47] Cass. Com., 12 *avr*. 2016, n. 13-27-721, in *Contrats conc. consom*., 6 *juin* 2016, comm. 142, con nota di N. Mathey. Il rigetto del *pourvoi* è avvenuto «attendu que l'arrêt relève que la clause de résiliation anticipée confère au concédant comme au concessionaire le même droit de mettre fin au contrat et dans les mêmes conditions, notamment sans justification d'une faute, et quel es intérêts de l'un comme de l'autre peuvent varier en fonction de l'évolution de leurs situations et de la conjoncture économique».

[48] CA Paris, 1 *oct*. 2014, n. 13-16336.

[49] Cass. Com., 4 *oct.* 2016, n. 14-28.013. Per un commento a tale sentenza, non pubblicata sul *Bulletin*, S. Le Gac-Pec, *Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution?*, in *JCP E*, 4, 26 *janvier* 2017, 36, la quale lamenta che la Suprema Corte francese, con un atteggiamento "tradizionale" e in sostanza, «ne se livre pas davantage à un contrôle de proportionnalité qui aurait permis de décider si l'éradication de telles clauses ne porte pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté contractuelle». V. anche N. Mathey, *note*, in *Contrats conc. consom*., 12 *déc*. 2016, comm. 253.

[50] Le clausole contrattuali in questione erano di tre tipi: a) clausole che consentivano al distributore di rifiutare la consegna dei prodotti in ogni circostanza o di annullare un ordine senza oneri per il distributore medesimo, a fronte di clausole che prevedevano penalità per il fornitore in caso di ritardi nella consegna superiori ai 60 minuti o finanche ai 30 minuti per i prodotti *en flux tendu* (ossia riforniti just-in-time) o per prodotti freschi; b) clausole che permettevano il rifiuto della consegna dei prodotti la cui data limite di consumo (non consumare oltre) ovvero la data limite di consumazione ottimale (consumare preferibilmente entro il) fossero identiche a quelle di una consegna precedente; c) clausole che prevedevano termini di pagamento differenti in relazione al pagamento dei servizi prestati dal distributore a titolo di cooperazione commerciale e rispetto al pagamento dei prodotti forniti.

delle penalità applicabili al fornitore avevano un carattere automatico, mentre quelle applicabili al distributore prevedevano una preliminare negoziazione, sì che tali ultime penalità avevano un carattere eventuale e indeterminato, da cui «une absence de réciprocité et une disproportion entre les obligations des parties, qu'aucun impératif ne permettait de justifier». In altre parole, il *déséquilibre significatif* è stato ritenuto sussistente non solo per la sproporzione fra la misura della penalità e il pregiudizio realmente subito, ma perché la penale sproporzionata si inseriva in un contesto in cui era presente un difetto di reciprocità tra l'ammontare delle sanzione applicabile a ciascuna delle parti del contratto ovvero una molteplicità delle obbligazioni imputabili a una sola delle parti e da cui derivavano altrettanti occasioni per tale parte di essere sottoposta a delle penalità.

Ancora, i supremi giudici francesi hanno ritenuto espressione di un *déséquilibre significatif* il saldo commerciale a danno del fornitore derivante dalla previsione che il prezzo dei prodotti non alimentari fosse pagabile dal distributore a 45 giorni, mentre il corrispettivo dei servizi di cooperazione commerciale prestati dal distributore venisse pagato a 30 giorni secondo un calendario predeterminato di acconti. Infatti, in tale ipotesi il distributore beneficiava di un apporto finanziario supplementare a carico del fornitore che non aveva ragione di essere[51].

4.2.2. *Difetto di adeguata e proporzionata contropartita*

Anche le clausole che senza un'adeguata e proporzionata contropartita riconoscono una prerogativa esorbitante in favore di una delle parti o che pongono un'obbligazione esorbitante a carico di una fra esse sono fra le ipotesi maggiormente ricorrenti di pattuizioni contrattuali ritenute generatrici di un *déséquilibre significatif*.

Così, nella già citata decisione della *Cour de cassation* francese del 2016[52], i supremi giudici francesi hanno ritenuto che alcune clausole in materia di consegna dei prodotti generassero uno squilibrio significativo fra

[51] Soluzione analoga era stata affermata dalla giurisprudenza di merito con riguardo alla combinazione di due clausole che permettevano al distributore di pagare le forniture a 30 e 60 giorni, ma di ricevere il pagamento delle proprie prestazioni in favore del fornitore finanche prima della loro esecuzione (T. com. Meaux, 6 *déc*. 2011, in *Contrats conc. consom*., 2012, comm. 62, con nota di N. Mathey, confermato dalla CA Paris, 20 *nov*. 2013, in *Contrats conc. consom*., 2014, comm. 63, obs. M. Malaurie-Vignal). In applicazione del medesimo principio, CA Paris, 18 *déc*. 2013, n. 12-00150, ha rinvenuto un *déséquilibre significatif* nella clausola che disponeva uno sconto in favore di una delle parti in caso di pagamento anticipato, senza che tale previsione fosse applicabile anche all'altra parte.

[52] Cass. Com., 4 *oct.* 2016, n. 14-28.013.

diritti e obbligazioni delle parti in ragione di una non-proporzionalità delle clausole rispetto agli obiettivi delle medesime. In particolare, quanto alla clausola che consentiva al distributore di rifiutare la consegna dei prodotti aventi una 'data ultima di consumo' o 'preferibile di consumo' identica a quelle di prodotti già consegnati, la *Cour de cassation* ha valutato che la stessa non fosse giustificata dalle necessità di assicurare la salubrità e la freschezza dei prodotti, né di efficiente gestione degli stocks e dei magazzini del distributore, risultando, dunque, anch'essa in un *déséquilibre significatif*[53].

Sempre la *Cour de cassation* nel 2015 ha individuato i due elementi caratterizzanti una situazione di *déséquilibre significatif* nel difetto di necessità della clausola e nel carattere *disproportionné* della medesima, soprattutto focalizzandosi su tale ultimo profilo[54]. Nel caso di specie, i supremi giudici francesi hanno dovuto esaminare una clausola di *retour des invendus* (reso dei beni invenduti) e una clausola di *changement de tarifs et conditions* (modificazione dei prezzi e delle condizioni). In relazione alla prima clausola la *Cour de cassation* ha osservato che la mancata precisazione di quali siano i prodotti interessati dalla clausola e la circostanza che la stessa non riguardasse solo i prodotti in stock a fine anno, o a fine stagione per i prodotti stagionali, andasse al di là di ciò che sarebbe stato necessario per preservare gli interessi del distributore, così nella sostanza trasferendo in capo a uno dei partner un onere o rischio che solitamente grava sull'altro. Ed ancora la Corte ha ritenuto che tale clausola non presentasse una adeguata contropartita, non essendo stata allegata ed invocata nessuna clausola che avrebbe permesso di configurare una reale compensazione a fronte della restituzione degli invenduti. Ed anche rispetto all'altra clausola di modificazione dei prezzi e delle condizioni, la *Cour de cassation* ha

[53] La CEPC in un *avis* del 2010 (CEPC, 29 *sept*. 2010, avis n° 10-13) ha osservato che anche la clausola che consente al distributore di modificare unilateralmente l'organizzazione logistica può dare luogo a un *déséquilibre significatif*, poiché, sebbene tale clausola possa discendere dalla volontà delle parti di far evolvere gli schemi organizzativi al fine di razionalizzarli, occorre che tale evoluzione rispetti alcune condizioni: il distributore deve prevedere un periodo di tempo sufficiente alla propria controparte per consentire di adattare la sua organizzazione alla mutata situazione, i costi e i guadagni sopportati da ciascuna delle parti devono essere stimati in maniera più precisa possibile, così come la loro ripartizione, l'eventuale rinegoziazione delle condizioni commerciali che discenda dalla riorganizzazione logistica non deve essere suscettibile di creare un *déséquilibre significatif* rispetto alla situazione precedente.

[54] Cass. Com., 29 *sept*. 2015, n. 13-25.043. Per un commento v. S. Le Gac-Pech, *Nouvelles précisions sur le contrôle du déséquilibre significatif des contrats commerciaux*, in *JCP E*, 3, 21 *janv*. 2016, 46.

confermato la decisione dei giudici di appello[55], i quali avevano ritenuto che il distributore non avesse né dimostrato che la clausola in questione fosse necessaria per l'equilibrio del contratto, né che il disequilibrio potesse essere compensato da altre disposizioni del contratto.

4.2.3. *Deroghe alle norme suppletive in favore di una sola parte*

Poiché in linea generale le norme suppletive previste dalla legge sono considerate espressione di un (precostituito) equilibrato regolamento di interessi fra le parti, le clausole che comportano deroghe ripetute a tali norme, in favore di solo una delle parti, sono state anch'esse considerate come generatrici di un *déséquilibre significatif*.

Sotto questo profilo, particolarmente interessante è la decisione resa dalla Corte di appello di Parigi nel 2015 nel c.d. *affaire Darty*, in cui sono state ritenute generanti un *déséquilibre significatif* alcune clausole (si trattava della *clause de protection de stocks* e della *clause de mévente*[56]) che facevano infine gravare sul fornitore i rischi che dovrebbero normalmente essere sopportati dal distributore nella sua qualità di acquirente-rivenditore[57]. Il *pourvoi* contro questa decisione è stato respinto dalla *Cour de cassation*, secondo cui, sebbene alle parti non sia vietato di gestire e concordare il trasferimento dei rischi, «ces clauses font supporter automatiquement l'intégralité de la charge du risque commercial (diminution de prix, mévente) sur le fournisseur alors qu'à la suite du contrat de vente de son produit au profit de DARTY, le fournisseur ne maîtrise plus le devenir de celui-ci sur le marché; […] la société DARTY reste maître de sa politique commerciale, par les promotions qu'elle fait du produit, par l'emplacement qu'elle lui donne, le tout dans le

[55] CA Paris 4 *juillet* 2013, n. 12/07651. Nel caso di specie qualora il fornitore avesse desiderato aumentare i propri prezzi nel corso del contratto, in ragione dell'incremento dei propri costi, lo stesso avrebbe dovuto negoziare con il distributore tale aumento secondo rigide prestabilite condizioni; il distributore avrebbe comunque potuto rifiutare l'aumento e finanche rivedere le condizioni di referenziamento dei prodotti interessati. Viceversa, il fornitore si obbligava, senza discussione, a diminuire i prezzi sulla base della semplice richiesta del distributore qualora uno o più degli elementi che contribuivano alla formazione del prezzo fossero diminuiti. In caso di disaccordo il distributore avrebbe potuto rivedere le condizioni di referenziamento dei prodotti, fino – in virtù di un'ambigua redazione del testo contrattuale – al deferenziamento dei prodotti.

[56] La *clause de protection des stocks* prevede che in caso di riduzione del prezzo di un prodotto, il fornitore riconoscerà all'acquirente un credito pari alla differenza fra il prezzo precedente e il nuovo prezzo del prodotto moltiplicato per il numero dei prodotti in stock. La *clause de mévente* è la clausola che obbliga il fornitore a riprendersi, riacquistandoli, i prodotti invenduti al termine del contratto.

[57] CA Paris, 25 *nov*. 2015, n. 12/14513.

cadre de l'"animation interne du réseau sur le produits du fournisseur" laquelle donne lieu à ristourne à son profit de la part du fournisseur».

Sulla base del medesimo principio, è stata ritenuta illecita una clausola che obbligava il fornitore ad assicurare una copertura di stock tale da far beneficiare il distributore di un vantaggio finanziario derivante dalla garanzia che la rivendita dei prodotti da parte del distributore medesimo avvenisse prima del pagamento dei prodotti in questione al fornitore[58]. In tal modo il distributore era stato alleviato dal rischio commerciale legato alla mancata vendita dei prodotti pur beneficiando di una più ampia gamma di prodotti utile ad attirare i consumatori.

Diversamente, una clausola che faccia gravare sul fornitore solo una parte dei rischi dell'operazione di distribuzione non è da considerarsi illecita. Così, la clausola detta di "retour", che permetteva ai punti di vendita della catena Auchan di restituire fino al 7% dei prodotti acquistati senza nessuna giustificazione o contropartita, poiché non trasferiva in capo al fornitore l'integralità dell'onere economico della mancata vendita, è stata ritenuta lecita[59].

Infine, in una sentenza del 2014, il Tribunale commerciale di Parigi ha ritenuto sanzionabile ai sensi dell'art. L. 446-2, I, 2°, una clausola di gestione delle controversie che prevedeva che «chaque partie s'engage à intervenir dans toute procédure ou istance qui viendrait à être engagé par un tiers au contrat, pour faire valoir sa position sur celui-ci tel qu'il a été négocié ou conclu»[60]. Secondo i giudici parigini tale clausola, creava, infatti, un *déséquilibre significatif* nella misura in cui il fornitore non poteva assumere una posizione processuale differente da quella del distributore, poiché tale impegno comprimeva il diritto fondamentale di ogni parte di non agire giudizialmente, specie perché tale compressione era generale e senza limiti.

4.2.4. *Clausole di riduzione dei prezzi*

Con una sentenza che ha suscitato molto scalpore ed è stata oggetto di critiche da parte di alcuni autori d'Oltralpe[61], di recente la Corte di cassazione francese ha ammesso che il controllo diretto a contrastare il

[58] CA Paris, 19 *avr*. 2017, n. 15/24221.

[59] CA Paris, 8 *févr*. 2017, n. 15/02170.

[60] T. com. Paris, 20 *mai* 2014, n. 2013-070793, in *RDC*, 2014, 672, obs. M. Behar-Touchais; in *JCP E*, 2015, 1296.

[61] V. M. Behar-Touchais, *La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. A propos de l'arrêt Galec,* in *JCP G*, 10, 6 *mars* 2017, p. 436, la quale sottolinea che il controllo giudiziario dei prezzi sarà caratterizzato dalla difficoltà di un controllo razionale dei prezzi ritenuti eccessivi, la necessità di comparare i prezzi al vantaggio reale ricevuto dai fornitori a fronte di detti prezzi e il campo d'applicazione incerto.

déséquilibre significatif quale *pratique restrictive de concurence* possa spingersi fino a sindacare l'accordo delle parti sul prezzo[62].

Il 25 gennaio del 2017 la *Chambre commerciale* della Suprema Corte francese ha infatti ritenuto sussistere un'ipotesi di *déséquilibre significatif* in relazione agli sconti stabiliti in favore del distributore sul presupposto che l'ammontare degli acquisti effettuati da quest'ultimo fosse superiore alla metà dell'ammontare degli acquisti effettuati dal medesimo nel corso dell'anno precedente, con pagamenti molto superiori all'ammontare degli acquisti interessati[63].

La sentenza, che ha riguardato uno dei principali operatori della grande distribuzione organizzata francese (la società Galec fa parte del gruppo E. Leclerc, il principale operatore della GDO francese), ha avuto una grande eco poiché – contrariamente a quanto previsto dal nuovo art. 1168 del *Code civil* («Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi nen dispose autrement»), nonché dalle altre ipotesi in cui il sistema francese usa la nozione di *déséquilibre significatif*[64] – i supremi magistrati francesi hanno

[62] Sulla possibilità di intervenire sul prezzo determinato contrattualmente, v. J.L. Prise, *Le prix dans le contrat: une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit commun des contrats et le droit du marché*, in *La revue de juriste de Sciences Po*, 2017, p. 20.

[63] Cass. Com., 25 *janv*. 2017, n. 15-23.547. Su questa decisione v. Gac-Pech, *L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion*, *cit.*, p. 36; S. Tréard, *Le déséquilibre significative, prohibé par l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, peut être d'ordre économique, aussi bien que juridique*, in *Rec. Dalloz*, 19, 2017, p. 1076; F.X. Licari, *Quelques précisions importantes sur le champ application et les modalités du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce*, in *Rev. Lamy Droit civil*, 148, 1 mai 2017; F. Buy, *La Cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code ed commerce*, in *Dalloz*, 2017, 9, p. 481; C. Grimaldi, *L'absence de contrepartie aux réductions de prix consenties par un fornisseur à un distributeur à l'occasion de la négociation commerciale: une nouvelle pratique restrictive de concurrence?*, in *Rev. Contrats*, 3, sept. 2017, p. 470; N. Mathey, *Contrôle judiciaire des réductions de prix*, in *Contrats conc. consom.*, 4, avr. 2017, comm. 77; D. Mainguy, *Actualité de l'article L. 442-6 du Code de commerce: déséquilibre significatif*, in *JCP E*, 11, 2018, p. 42.

[64] Il riferimento è qui sia all'art. 1171 del *Code civil*, che con riguardo ai contratti per adesione stabilisce «[…] toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation», nonché all'art. L. 212-1 del *Code la consommation* in forza del quale «Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. […] L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet

chiaramente affermato che «le désequilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu» e che l'art. L. 442-6, I, 2° autorizzava il controllo giudiziario del prezzo quando quest'ultimo non sia il risultato di una libera negoziazione.

La Cassazione francese ha ritenuto non applicabile al caso di specie l'art. L. 132-1 del *Code de la consommation* (oggi art. L. 212-1), che esclude la possibilità per i giudici di estendere il loro sindacato sulla misura del prezzo nelle relazioni contrattuali fra i consumatori e gli operatori economici professionali (sulla scorta anche di quanto previsto dalla direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori[65]), poiché ha valutato che le due norme – quella a tutela dei consumatori e quella diretta a contrastare le *pratiques restrictives de concurrence* – non hanno le stesse finalità[66].

Con un'affermazione molto netta la Suprema Corte francese ha così potuto confermare la decisione della Corte di appello di Parigi, ritenendo che «la cour d'appel a déduit de bon droit que le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants […] peut être sanctionée au titre de l'article L. 442-6,I, 2° du Code de commerce».

Al riguardo, va osservato che i giudici d'Oltralpe hanno precisato che «le déséquilibre significatif reproché au Galec ne résultait pas du niveau de prix consentis mais du mécanisme de mise en oeuvre d'une ristourne de fin d'année». Senza scendere nel dettaglio delle clausole in contestazione, la Cassazione francese ha ritenuto che il meccanismo di sconti imposto dalla Galec a oltre un centinaio di fornitori, per come costruito, non fosse giustificato da un'adeguata contropartita in favore dei fornitori medesimi e senza alcuna concreta obbligazione assunta dalla Galec in loro favore. La Corte francese, in ultima analisi, nel caso specifico ha fatto attenzione

principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible».

[65] Al riguardo, si rammenta che l'art. 4, comma 2, della direttiva stabilisce che «La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né […] sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile».

[66] La Cassazione francese (Cass. Com., 25 *janv*. 2017, n. 15-23.547, cit.) ha così ritenuto: «[l]a similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de Commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n. 201-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenat aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés».

a non esprimersi sulla giusta misura del prezzo (ribadendo che la Corte d'appello non fosse tenuta a ricercare ed indicare quale fosse le «*juste prix*»), ma ha comunque affermato che ai giudici compete – sia pure nell'ambito delle *pratiques restrictives de concurrence* – un più generale controllo dell'adeguatezza fra il prezzo e la controprestazione del prezzo[67].

Nel settembre del 2018 il tema è tornato all'esame del *Conseil constitutionnel*. Infatti, la *Cour de cassation* ha accettato di presentare una nuova QPC (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*) relativa all'art. L. 442-6, I, 2°[68], sul presupposto di un intervenuto cambiamento delle circostanze rispetto alla sopra menzionata decisione del *Conseil constitutionnel* del 2011.

Il *Conseil constitutionnel* ha ammesso la nuova QPC, rinvenendo il (necessario) «changement des circumstances justifiant le réexamen des dispositions contestées» proprio nella sentenza della *Cour de cassation* del 25 gennaio 2017 (con cui, come visto, la Cassazione francese ha introdotto il controllo giudiziario dei prezzi in relazione all'accertamento di un *déséquilibre significatif*). Al riguardo, va rammentato che la decisione del *Conseil constitutionnel* del 2011 era sostanzialmente fondata sul richiamo alla giurisprudenza sviluppatasi in applicazione dell'art. L. 132-1 (oggi L. 212-1) del *Code de la consommation*, che chiaramente non consente di dichiarare il carattere abusivo di una clausola in ragione di una valutazione di (in) adeguatezza del prezzo. Sicché, il nuovo QPC è stato fondato (ed ammesso) sulla considerazione che chi avesse fatto affidamento sui termini della decisione del *Conseil constitutionnel* del 2011 avrebbe potuto legittimamente ritenere che il prezzo non potesse essere soggetto al controllo giudiziario ai sensi dell'art. L. 442-6,I, 2° del *Code de commerce*, cosa che invece la *Cour*

[67] In senso contrario, nel novembre 2016 il *Tribunal de commerce* di Parigi (21 *novembre* 2016, *Ministre c/ société ...*, RG 2015027442) ha ritenuto che «le simple fait de renégocier ou tenter de renégocier les conditions économiques en cours de contrat ne saurait, en lui-même, constituer une pratique sanctionnable sans que le demandeur ne démontre que l'équilibre économique du contrat a été rompu», sottolineando che nel caso di specie «il ne s'agit même pas pour la société […] d'imposer des clauses relatives à la détermination du prix mais qu'il s'agit du prix lui-même; qu'en ce sens, ce n'est donc pas l'économie du contrat au sens juridique du terme qui est affectée dès lors que ce n'est pas l'équilibre des droits et obligations de la société […] et de ses fournisseurs qui est en cause; qu'il s'agit au contraire de l'économie du contrat au sens économique à savoir du caractère équilibré du prix; que cet aspect du contrat, à savoir le prix, n'entre pas dans le champs de l'article L. 442-6 I 2 du code de commerce». Su tale decisione è stato proposto appello da parte del Ministro competente, ma non è stato possibile reperire notizie sulla sorte dell'appello.

[68] Cass. Com., 27 *sept*. 2018, n. 18-40.028. Sulla QPC v. M. Disant, *Le changement jurisprudentiel de circonstances. La jurisprudence, source de QPC?*, in *JCP*, éd. G, 2018, 46, n. 2025.

de cassation ha smentito con la propria decisione del 2017. Tale situazione è apparsa poter essere in contrasto con il principio di legalità dei delitti e delle pene previsto dalla costituzione francese ed ha, quindi, giustificato il nuovo intervento del *Conseil constitutionnel*.

Sotto altro profilo, la QPC ha riguardato anche una pretesa violazione della libertà d'impresa e della libertà contrattuale. Infatti, le società del giudizio di merito, nel sollevare la QPC, hanno anche lamentato che il controllo giudiziario dei prezzi impedirebbe la libera negoziazione del prezzo e consentirebbe la sua messa in discusione da parte dei giudici, da cui risulterebbe «une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre».

Il *Conseil constitutionnel* ha deciso la nuova QPC nel novembre del 2018[69].

Per quanto riguarda il primo dei profili di pretesa incostituzionalità, la motivazione, come è stato giustamente sottolineato[70], è stata inesistente (e deludente), poiché si è limitata a rinviare ai motivi di cui alla decisione del 2011.

Per quanto riguarda il secondo profilo, sul presupposto che il legislatore può apportare alla libertà d'impresa e alla libertà contrattuale (che discendono dall'art. 4 della *Déclaration* del 1789) limitazioni legate ad altre esigenze costituzionali o giustificate dall'interesse generale, purché tali limitazioni non siano sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che con la disposizione di cui all'art. L. 446-2, I, 2° il legislatore ha inteso perseguire l'obiettivo di interesse generale di ristabilire l'equilibrio dei rapporti fra i partner commerciali e che la conseguente limitazione alla libertà d'impresa e alla libertà contrattuale – anche ove applicata per mezzo di un controllo giudiziario dei prezzi – non fosse sproporzionata rispetto a tale obiettivo[71], in buona sostanza dando il

[69] Cons. const., 30 *nov*. 2018, n. 2018-749 QPC. Su tale decisione v. M. Behar-Touchais, *Le Conseil constitutionnel instaure le contrôle des prix à la française!*, in *JCP* G, 51, 17 *déc.* 2018, n. 2310; Id., *Le contrôle des prix après la décision du Conseil constitutionnel et le principe de la légalité des délits et des peines*, in *Rev. contrats*, 1 *mars* 2019, p. 68.

[70] V. Behar-Touchais, *Le Conseil constitutionnel instaure le contrôle des prix à la française!*, cit., n. 2312.

[71] Così il *Conseil constitutionnel*: «11. D'une part, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. 12. D'autre part, les dispositions contestées permettent au juge de se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux. 13. Dès lors, le législateur a opéré une conciliation entre, d'une part, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle et, d'autre part, l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales. L'atteinte portée à ces deux libertés par les dispositions contestées

"via libera" costituzionale al controllo giudiziario dell'adeguatezza del prezzo alla controprestazione.

5. *Le condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose nell'ordinamento italiano*

Nell'ordinamento italiano la fattispecie, la nozione, di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose è stata utilizzata anche precedentemente alla previsione di cui all'art. 62 del D. L. 1/2012, sebbene in contesti e con risultati che non appaiono di immediata utilità per l'interpretazione di tale fattispecie per come prevista nell'art. 62 medesimo.

Infatti, già dal 1990 l'art. 3, comma primo, lett. a), della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 (c.d. 'Legge Antitrust') vieta lo sfruttamento abusivo della posizione dominante realizzato tramite, fra l'altro, l'imposizione (diretta o indiretta) di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose[72]. Anche in questo caso, gli autori hanno segnalato la necessità di uno sforzo di investigazione e di interpretazione particolarmente oneroso[73], cercando in ogni caso di colmare la genericità normativa attraverso un parallelismo con l'elenco delle clausole vessatorie di cui all'art. 33 del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 aventi applicazione nei contratti con i consumatori[74].

Ancora, a partire dal 1998, anno di introduzione della fattispecie dell'abuso di dipendenza economica da parte della L. 18 giugno 1998, n. 192, l'art. 9 di tale legge ha disposto al comma secondo che l'abuso di dipendenza economica «può anche consistere […] nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose […]»[75]. Ma in questo

n'est donc pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Il s'ensuit que les griefs tirés de leur méconnaissance doivent être écartés».

[72] In argomento v. A. Gallo Carrabba, *Le condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (ex art 3, comma 1, lett. a., l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in *Corr. Giur.*, 2010, vol. 6, p. 811; V. Meli, *Il divieto di imporre prezzi ed altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, p. 379.

[73] P. Marchetti, L.C. Ubertazzi, *Diritto antitrust*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, p. 2775.

[74] In tal senso v. T. Longu, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, n. 2, p. 345; R. Pardolesi, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 538.

[75] In argomento v. M. Libertini, *La responsabilità per abuso di dipendenza* economica, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1; G. Di Lorenzo, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*,

caso[76], al di là di una sostanziale assimilazione fra «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose» (comma 2) ed «eccessivo squilibrio tra i diritti e gli obblighi» (comma 1)[77], gli autori hanno proposto soluzioni divergenti in ordine alla individuazione di un criterio extralegale cui ancorare l'accertamento dello squilibrio, invocando diversi parametri: la buona fede[78], la giustizia[79], l'equità[80].

Come accennato, anche l'art. 62 del D. L. 1/2012 non dà indicazioni per una agevole interpretazione del termine 'condizioni ingiustificatamente gravose' e l'interprete si trova di fronte a difficoltà di non poco momento. Vieppiù, i pochissimi casi in cui è stata fatta applicazione dell'art. 62 D. L. 1/2012 non appaiono aver fornito chiarificazione, quanto piuttosto generato ulteriori incertezze.

Ad oggi risultano soli tre casi in cui l'art. 62 del D.L. 1/2012 ha trovato applicazione. In due casi su tre l'AGCM ha ritenuto di rinvenire nelle pattuizioni contrattuali sottoposte al suo esame ipotesi di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose.

Il primo caso in cui l'AGCM ha avuto modo di esercitare i propri poteri in relazione all'art. 62 del D. L. 1/2012 è del dicembre 2015 (Coop Italia – Centrale Adriatica)[81]. In esso l'AGCM ha sanzionato la previsione (da parte di due società di un operatore della grande distribuzione organizzata, la Coop) di una serie di condizioni contrattuali a carico di un fornitore (non

Padova, 2009; P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; R. Natoli, *Abuso di dipendenza economica*, in *Dig. it., sez. comm.*, *Agg.*, Torino, 2003, p. 2; T. Longu, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, *ult. op. cit*; V. Pinto, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, n. 2, p. 3; G. Cresci, *Abuso di dipendenza economica,* in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti,* Padova, 1999, p. 725.

[76] Anche N. Lucifero, *Le pratiche commerciali sleali nel sistema delle relazioni contrattuali tra imprese nella filiera agroalimentare*, Milano, 2017, p. 141, sostiene che «occorre rilevare che, pur di fronte ad affinità con l'abuso di dipendenza economica, il contesto dell'art. 62 è diverso, in quanto non porta a dover verificare l'esistenza di uno stato di dipendenza economica, bensì a valutare il carattere sleale della condotta posta in essere a danno del contraente debole».

[77] V. Di Lorenzo, *ult. op. cit.*, p. 57 e p. 71.

[78] V. E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, n. 5, p. 257; Longu, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le* imprese, cit., p. 345.

[79] Barba, *Libertà e giustizia contrattuale*, cit., p. 11.

[80] L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. III, Milano, 1998, p. 536.

[81] Si tratta del provvedimento n. 25797 del 22 dicembre 2015, AL14 – *Coop Italia-Centrale Adriatica/Condizioni contrattuali con fornitori*.

produttore) di ortofrutta (sconti contrattuali sul prezzo di listino e compensi da riconoscere al distributore) non oggetto di specifica negoziazione fra le parti, l'applicazione di ulteriori sconti "extracontrattuali" (ossia non previsti nel contratto a suo tempo stipulato) e, infine, l'interruzione unilaterale del rapporto di fornitura.

Al di là dell'applicazione dell'art. 62 in relazione agli sconti "extracontrattuali" e alle modalità di interruzione del rapporto di fornitura (sanzionati di per sé e non in quanto condizioni ingiustificatamente gravose), nel caso di specie sono state ritenute ingiustificatamente gravose le condizioni che avevano previsto (*a*) i. c.d. «sconti "incondizionati", cioè completamente svincolati dalle quantità acquistate […] che raggiungono percentuali anche molto elevate [5-10%] e che […] non trovano alcuna giustificazione alla luce della particolare relazione negoziale fra le parti», (b) «i compensi per le attività di co-marketing […] in quanto la ripartizione dei relativi oneri tra fornitore e distributore avrebbe dovuto essere definita nell'ambito di una negoziazione, anche sulla base dei benefici attesi per entrambe le parti» e, infine, (c) «i compensi per le analisi qualitative svolte sui prodotti [dell'esiguo valore di meno di 2.000,00 euro per anno], in quanto, posto che il fornitore è tenuto contrattualmente al rispetto di uno specifico standard qualitativo, l'onere del controllo dovrebbe essere unicamente a carico del distributore, in quanto rientrante nel suo ambito di competenza».

A ben guardare, dunque, l'AGCM ha ritenuto che:

a) gli sconti "incondizionati" fossero gravosi, perché di importo elevato, e ingiustificati in ragione delle specifica relazione negoziale fra le parti;
b) i compensi per le attività di co-marketing fossero gravosi e ingiustificati perché ritenuti non essere stati oggetto di una negoziazione fra le parti;
c) i compensi per le analisi qualitative sui prodotti fossero gravosi e ingiustificati perché avrebbero dovuto essere a carico del distributore in quanto di sua competenza.

Tali determinazioni dell'AGCM si prestano a più di una critica, specie ove considerate alla luce della ricerca e applicazione di un ragionevole e comprovabile criterio di valutazione e individuazione della ingiustificata gravosità delle condizioni contrattuali contrattualmente previste.

Infatti, rispetto agli sconti "incondizionati", se ben si comprende, la ragione del carattere ingiustificato è stata rinvenuta nella sola «notevole disparità di potere commerciale e contrattuale» fra le due parti, da cui si dedurrebbe una imposizione della condizione, che il fornitore non avrebbe potuto rifiutare. Al di là della circostanza che tale pretesa imposizione

non è stata dimostrata dall'AGCM, ma presunta (presumendosi che ogni condizione contrattuale di non immediato vantaggio di una delle parti sia stata imposta dall'altra parte, se quest'ultima dispone di una maggiore forza contrattuale), v'è da osservare che l'AGCM appare aver considerato la condizione contrattuale a sé stante, senza far minimamente cenno (e senza tenerne probabilmente conto) a una valutazione dell'equilibrio complessivo dell'insieme delle condizioni con cui le parti hanno composto il contratto e su cui l'eliminazione di alcune condizioni inevitabilmente incide.

Quanto ai compensi di co-marketing, l'AGCM non appare averne valutato la gravosità per la parte interessata e, soprattutto, ne ha affermato la non giustificazione sulla scorta della sola mancata negoziazione, apparentemente facendo coincidere il carattere ingiustificato della condizione con il difetto di negoziazione.

Infine, rispetto ai compensi per le analisi qualitative dei prodotti, oltre a non risultarne la gravosità (come detto, si tratta di compensi che su base annua erano inferiori a 2000,00 euro), la non giustificazione della condizione contrattuale è stata rinvenuta dall'AGCM nell'apodittica affermazione che i costi dei controlli qualitativi sarebbero necessariamente di competenza del distributore, mentre è indubbio che – proprio perché tenuto contrattualmente a determinati standard qualitativi rispetto alla merce da fornire – è anche (se non soprattutto) interesse del fornitore che simili controlli vengano effettuati.

Nel secondo caso (Eurospin)[82], l'AGCM ha escluso che la condotta dell'operatore della grande distribuzione organizzata Eurospin, consistente nel prevedere a carico di alcuni fornitori di prodotti agricoli e alimentari oneri economici per servizi di segreteria o di centrale e c.d. "premi di fine periodo" (ossia, importi che il fornitore si obbliga a corrispondere al termine di ogni anno di fornitura in percentuale al fatturato realizzato), potesse configurare una pratica commerciale sleale vietata ai sensi dell'art. 62 del D. L. 1/2012, poiché «i due contributi per "servizi di segreteria o di centrale" e per "premi di fine periodo" sono stati in realtà concordati con il distributore in sede di conclusione/rinnovo delle condizioni generali del contratto di cessione, e non da esso pretesi in virtù di pressioni o condizionamenti indebiti. Più precisamente, la modifica contrattuale inizialmente contestata in sede di avvio di procedimento è avvenuta successivamente ad una fase di trattative tra Eurospin e i fornitori interessati e in costanza di rapporto negoziale. La modifica contrattuale non era quindi istitutiva di nuove voci

[82] Provvedimento AGCM del 9 luglio 2015, n. 2551, *Eurospin/Modifica condizioni contrattuali fornitori* (AL12).

di addebito – perché già previste nel contratto – né unilaterale – perché previamente concordata – né retroattiva, atteso che in costanza di rapporto le nuove percentuali venivano negoziate con una tempistica coerente con l'inizio del nuovo anno contrattuale». Inoltre l'AGCM ha accertato che «i fornitori non ritengono che le percentuali dei due oneri per "servizi di segreteria" o "di centrale" e "premio di fine periodo", calcolate sul fatturato realizzato con le società operative, portino ad un esborso economico "ingiustificatamente gravoso": i. i servizi di segreteria appaiono, infatti, sostanzialmente proporzionati ai servizi resi dalla holding del Gruppo, costituiti dall'accentramento in capo ad una sola società di tutte le attività connesse alla negoziazione ed esecuzione dei contratti (tra cui sono ricompresi anche quei servizi che [omissis] erano, invece, singolarmente addebitati ai fornitori); ii. i premi di fine periodo sono oggetto di negoziazione tra le parti e vengono considerati ai fini della determinazione del prezzo di cessione dei prodotti; iii. le percentuali applicate ai fornitori interpellati e contestate in sede di avvio di procedimento appaiono contenute (in quanto inferiori all'1%) rispetto a quelle generalmente applicate dalla GDO».

Il terzo caso (clausola del reso del pane) in cui l'AGCM ha fatto applicazione dell'art. 62 D. L. 1/2012 in relazione al divieto di inserimento nei contratti di condizioni ingiustificatamente gravose ha riguardato la c.d. 'clausola del reso del pane'.

In forza di tale clausola contrattuale il fornitore di prodotti freschi di panificazione si impegna a ritirare, a proprie spese e senza ricevere il relativo corrispettivo, i prodotti di panificazione da lui forniti all'acquirente e da questi non venduti al consumatore finale. Al fornitore compete di conseguenza anche il compito di provvedere allo smaltimento dei prodotti di panificazione invenduti (se non diversamente riutilizzati dal fornitore; ad esempio, quale materia prima per fare il pane grattugiato o per produrre mangimi per animali) secondo le applicabili previsioni di legge.

Nell'autunno del 2018, in forza dei poteri ad essa conferiti dall'art. 62 del D. L. 1/2012, ottavo comma, in seguito ad un'istanza di intervento formulata dalla Assipan, l'AGCM ha avviato plurimi procedimenti istruttori nei confronti delle principali catene della grande distribuzione organizzata operanti in Italia (Coop, Conad, Esselunga, Eurospin, Auchan e Carrefour) diretti a verificare se la predetta clausola del reso del pane potesse configurare una violazione dell'art. 62.

In esito all'istruttoria, l'AGCM ha deliberato che tutti gli operatori della grande distribuzione organizzata oggetto dell'indagine hanno violato l'art. 62 in ragione delle clausole del reso del pane inserite nei rispettivi contratti

di fornitura[83].

In particolare, sul presupposto dell'esistenza di un significativo squilibrio di potere negoziale e della conseguente avvenuta imposizione della clausola in questione in capo ai fornitori di prodotti freschi di panificazione[84], l'AGCM ha ritenuto che la stessa configuri un ingiustificato trasferimento del rischio imprenditoriale dall'acquirente (l'operatore della grande distribuzione organizzata) al fornitore dei prodotti di panificazione, ad esclusivo beneficio del primo e con significativi danni economici per il secondo. In altre parole, l'AGCM ha ritenuto che il rischio dell'invenduto finale (ossia della mancata vendita ai consumatori) sia un rischio che deve di necessità gravare sull'operatore della grande distribuzione organizzata (valutando una diversa allocazione del rischio come non suscettibile di essere il frutto di una negoziazione fra le parti, bensì di una imposizione inevitabilmente subita dalla parte dotata di minore potete contrattuale e che la stessa non avrebbe accettato ove non si fosse trovata in una situazione di significativo squilibrio di potere negoziale) e che la clausola del reso del pane trasferisca illegittimamente/slealmente tale rischio dall'acquirente-distributore al produttore-fornitore. Al riguardo, nei diversi provvedimenti l'AGCM ha sostenuto tale propria valutazione sottolineando la gravosità della pratica per il produttore-fornitore (il quale sopporta lui il rischio dell'invenduto, oltre ai costi di ritiro e smaltimento secondo legge dello stesso) e richiamandosi al documento *Rapporti verticali nella filiera alimentare: Principi di buone prassi* del 29 novembre 2011 elaborato a livello europeo da alcune associazioni degli operatori della filiera agro-alimentare riunite nel Forum di alto livello (guidato dalla Commissione europea) per un migliore funzionamento della filiera alimentare[85], fra cui viene espressamente sancito il principio che obbliga ciascuna parte della filiera ad assumersi i propri rischi imprenditoriali e tra gli esempi di pratiche sleali vietate viene espressamente indicato «il trasferimento di un rischio ingiustificato e sproporzionato all'altra parte».

[83] Si tratta dei provvedimenti deliberati nell'adunanza del 27 giugno 2019 n. 27821 (AL15A) riguardante la catena distributiva ad insegna Coop, n. 27822 (AL15B) riguardante la catena distributiva ad insegna Conad, n. 27823 (AL15C) riguardante la catena distributiva ad insegna Esselunga, n. 27824 (AL15D) riguardante la catena distributiva ad insegna Eurospin, n. 27825 (AL15E) riguardante la catena distributiva ad insegna Auchan e n. 27826 (AL15F) riguardante la catena distributiva ad insegna Carrefour.

[84] Al riguardo, va rammentato che il Decreto Interministeriale di Attuazione ha integrato l'art. 62 del D. L. 1/2012 sotto il profilo dei presupposti per la sua applicazione prevedendo che lo stesso debba trovare applicazione alle «relazioni economiche tra gli operatori della filiera alimentare connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale».

[85] Il documento in questione è un allegato del Decreto Interministeriale di Attuazione.

6. *Spunti di comparazione giuridica*

6.1. Public *e* private enforcement *delle pratiche commerciali sleali*

In primo luogo, il raffronto fra l'ordinamento giuridico francese e l'ordinamento italiano evidenzia anzitutto non solo una più risalente attenzione del primo rispetto al fenomeno delle pratiche commerciali sleali, che si è andata evolvendo in numerosi interventi del legislatore, ma soprattutto un contenzioso assai più ampio, che ha consentito di meglio definire la fattispecie generale del *déséquilibre significatif*. Ora, al di là del mero dato temporale, il più ampio contenzioso francese è da ascrivere alla circostanza che l'art. L. 442-4 del *Code de commerce* ha previsto amplissimi poteri di intervento in capo al Ministro dell'economia, che nel tempo li ha più volte esercitati.

Infatti, l'art. L. 442-4 del *Code de commerce* (ma già una disciplina sostanzialmente analoga era prevista dall'art. L. 442-6, III[86]) prevede che «[…] Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus. Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants: -cinq millions d'euros; -le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus; -5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui

[86] Prima della recente riforma del 2019 qualora l'azione intentata avverso le clausole generanti un *déséquilibre significatif* provenisse da una delle parti del contratto, questo poteva richiedere solo il risarcimento dei danni subiti e non la nullità delle clausole contestate (in tal senso v. CA Paris, 6 *sept*. 2016, n. 15-21026, su cui, criticamente, C. Grimaldi, *La sanction d'une clause crèant un déséquilibre significatif*, in *Rev. Contrats*, 1, mars 2017, 86).

au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre».

Il sistema giuridico francese stabilisce, dunque, che a) ogni parte interessata possa richiedere la cessazione della pratica commerciale sleale che dà luogo a *déséquilibre significatif* e il risarcimento del pregiudizio subito, b) la parte vittima del *déséquilibre significatif* può far constatare la nullità delle clausole o dei contratti illeciti e chiedere la restituzione degli indebiti pagamenti e, soprattutto, c) il Ministro dell'economia e il pubblico ministero possono (*i*) richiedere la cessazione della pratica commerciale sleale che dà luogo a un *déséquilibre significatif*, (*ii*) far constatare la nullità delle clausole o dei contratti illeciti e chiedere la restituzione degli indebiti pagamenti e (*iii*) richiedere l'irrogazione di una *amende civile* di elevato importo.

Vero tale contesto normativo, è facilmente verificabile che la maggior parte dei contenziosi aventi ad oggetto ipotesi di *déséquilibre significatif* (ma, in genere, di applicazione delle norme di protezione contro le pratiche commerciali sleali) siano stati generati proprio da numerose azioni introdotte dal Ministro dell'economia, nell'ambito della sua attività di protezione del mercato.

Dal canto suo l'art. 62 del D. L. 1/2012 prevede (ottavo comma) una generica attività di vigilanza affidata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (che vi provvede d'ufficio, su segnalazione dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione delle frodi dei prodotti agroalimentari del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali ovvero su segnalazione di qualunque soggetto interessato) diretta all'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, nonché la possibilità di azioni di risarcimento del danno (da esperirsi di fronte alla giurisdizione ordinaria in sede civile) da parte della vittima della violazione dell'art. 62 del D.L. 1/2012 o delle associazioni dei consumatori aderenti al CNU e delle categorie imprenditoriali presenti nel CNEL o comunque rappresentative a livello nazionale (decimo comma). Le predette associazioni sono altresì legittimate, a tutela degli interessi collettivi, a richiedere l'inibitoria dei comportamenti ritenuti in violazione dell'art. 62 del D. L. 1/2012.

Rispetto a tale possibilità di intervento risulta che in quasi otto anni di vigenza dell'art. 62 del D. L. 1/2012 non sono occorse, per quanto è noto, azioni di risarcimento del danno provenienti da una delle parti del contratto (con la conseguente assenza di pronunce giurisprudenziali chiarificatrici in sede civile) e che i tre provvedimenti amministrativi emessi dall'AGCM derivano uno da una segnalazione di una delle parti contrattuali e due da segnalazioni di associazioni di categorie imprenditoriali, senza che l'AGCM si sia mai attivata d'ufficio; non risultano altresì pervenute segnalazioni da parte

dall'Ispettorato del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.

In altre parole, a differenza dell'esperienza francese, appare che le autorità pubbliche italiane preposte al contrasto delle pratiche commerciali sleali non abbiano rinvenuto situazioni che richiedessero il loro intervento. Le ipotetiche ragioni di tale situazione di fatto possono, evidentemente, essere più di una ed andare da una maggiore generalizzata correttezza del mercato italiano a una minore attività di presidio da parte delle autorità pubbliche (sovente, a dire il vero, sottodimensionate nelle risorse umane e materiali da destinare a questa attività) delle condotte tenute sui mercato italiani dalle imprese ivi operanti.

6.2. *Squilibrio nella forza commerciale,* soumission *e negoziazione delle clausole*

Sebbene con un approccio differente, entrambe le fattispecie sopra confrontate appaiono richiedere ai fini della loro applicazione una situazione di disparità di forza commerciale, di significativa differenza di potere di negoziazione, fra le parti della relazione contrattuale.

Nell'ordinamento francese, come sopra visto, tale disparità di forza commerciale viene considerata nell'ottica della *soumission* della (ovvero del tentativo di *soumettre* la) controparte alla clausola generante il *déséquilibre significatif*, ossia – vero che la *soumission* è subire il dominio altrui, in maniera (inevitabilmente) passiva, senza potersi opporre – in un'ottica in cui la parte-vittima non riesce, non può, opporsi alla clausola generante il *déséquilibre significatif*. Sicché, invece, qualora la clausola sia stata oggetto di negoziazione, la *soumission* non viene ritenuta esistente dai giudici francesi, sulla scorta della partecipazione della parte che assume essere stata vittima del *désequilibre significatif* alla redazione della clausola stessa e, dunque, in difetto di una mera passiva accettazione del volere altrui.

Quanto all'ordinamento italiano, come accennato, l'art. 62 del D. L. 1/2012 non prevede fra gli elementi costitutivi della fattispecie la disparità della forza commerciale, ma tale requisito è stato "aggiunto" dal Decreto Interministeriale di Attuazione. Infatti, l'art. 4, comma secondo, di detto decreto interministeriale stabilisce che «[l]e disposizioni di cui all'articolo 62, comma 2, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, vietano qualsiasi comportamento del contraente che, abusando della propria maggior forza commerciale, imponga condizioni ingiustificatamente gravose […]». Dall'esame dei casi sopra considerati la posizione dell'AGCM appare

aver subito un'evoluzione al riguardo o, quanto meno, una migliore focalizzazione. Infatti, nel primo caso (Coop Italia-Centrale Adriatica) l'autorità italiana si è concentrata su alcuni dati quantitativi ed oggettivi (significative differenze di fatturato fra le parti, percentuale del fatturato realizzata dal fornitore con l'operatore della GDO, durata del rapporto negoziale), pur senza trascurare un profilo soggettivo solitamente utilizzato rispetto all'abuso di dipendenza economica, ossia la possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti alla relazione economica pregiudicata dalla pratica commerciale sleale[87]. Nel secondo caso (Eurospin), nonostante i dati quantitativi e oggettivi deponessero per «la possibilità concreta [di Eurospin] di esercitare una forte pressione commerciale nei confronti dei propri fornitori di prodotti agricoli e alimentari», l'AGCM ha escluso la sussistenza di un'ipotesi di violazione dell'art. 62 del D.L. 1/2012 poiché i contributi "sospetti" in favore del distributore erano stati in realtà concordati con il fornitore, ossia negoziati e condivisi. Infine, nel terzo caso (clausola del reso del pane) l'AGCM ha dato rilievo centrale ai dati quantitativi e oggettivi delle differenze dimensionali e di potere di mercato delle parti coinvolte per la ricostruzione della sussistenza della fattispecie illecita.

In entrambi gli ordinamenti, dunque, al di là di una centrale considerazione dei dati quantitativi (in specie relativi alle dimensioni del fatturato e al potere di mercato, in particolare per l'ordinamento italiano), la negoziazione o meno della clausola (generatrice del *déséquilibre significatif* o ingiustificatamente gravosa) appare acquisire il dirimente ruolo di escludere la sussistenza della fattispecie illecita. La negoziazione, infatti, se presente ed effettiva, fa venire meno la *soumission* o l'abuso della differente forza commerciale di una parte sull'altra.

[87] Al punto 68 del provvedimento n. 25797 del 22 dicembre 2015, AL14, l'AGCM afferma che «ad ulteriore rafforzamento dell'accertamento di una situazione di forte squilibrio di potere tra le parti, si rileva che, da un punto di vista "soggettivo", ossia con riguardo alla specifica posizione di Celox nei confronti di Coop, le evidenze istruttorie portano a ritenere che il fornitore di per non avesse, perlomeno nel breve periodo, alcuna possibilità di sostituire il suo unico cliente della GDO, con un nuovo partner commerciale, essendo i costi legati al cambiamento estremamente gravosi, se non del tutto insostenibili». Sulla necessità della circostanza della impossibilità di reperire sul mercato alternative sodisfacenti per la configurabilità della fattispecie dell'abuso di dipendenza economica v., in giurisprudenza, Trib. Milano, sent. 17 maggio 2017; Trib. Treviso, sent. n. 2602/2015; Trib. Treviso, sent. 14 agosto 2019.

6.3. *Trasferimento del rischio commerciale*

Allo stato della giurisprudenza (in Italia, per il momento, rappresentata solo dalle decisioni dell'AGCM), in entrambi gli ordinamenti giuridici una clausola che preveda un integrale trasferimento dal distributore al fornitore del rischio commerciale della mancata vendita del prodotto al consumatore finale è considerata illecita; come risulta dall'*affaire Darty* (v. *supra* par. 4.2.3) e dalla decisione resa all'AGCM in relazione alla clausola del reso del pane (v. *supra* par. 5).

Il fondamento dell'illecito risiede nella considerazione che il rischio commerciale deve essere sopportato dal soggetto imprenditoriale che ha la possibilità di gestire la politica commerciale per la collocazione sul mercato del prodotto e, dunque, il successo della ulteriore vendita (sia questa quella finale al consumatore ovvero la vendita da un anello all'altro della catena distributiva). L'assunto è che il fornitore, una volta che ha consegnato il prodotto al distributore (gliene abbia o meno trasferito la proprietà), non è più in grado di influire sulla ulteriore vendita (cosa che – rispetto all'ipotesi della vendita finale al consumatore – invece può fare il distributore, mediante, ad esempio, sconti promozionali o il posizionamento del prodotto nel punto di vendita) e che tale circostanza produce un *déséquilibre significatif* ovvero un onere ingiustificato in capo al fornitore medesimo. In altre parole, sia i giudici francesi, sia l'AGCM italiana ritengono che il rischio commerciale della mancata vendita del prodotto debba gravare sull'anello della catena distributiva che ha la concreta possibilità di gestire l'ulteriore "passaggio" della proprietà del prodotto.

Peraltro, in entrambi i sistemi giuridici, anche se in maniera netta solo in Francia, è solo l'integralità del trasferimento del rischio commerciale che appare essere sanzionabile.

Infatti, nell'*affaire* Auchan del 2017 (v. *supra* par. 4.2.3) la Corte di appello di Parigi ha ritenuto lecita una clausola che faceva gravare sul fornitore solo una parte dei rischi dell'operazione di distribuzione: in particolare, non è stata sanzionata la clausola detta di "retour", che permetteva ai punti di vendita della catena Auchan di restituire fino al 7% dei prodotti acquistati senza nessuna giustificazione o contropartita, proprio in quanto non trasferiva in capo al fornitore l'integralità dell'onere economico della mancata vendita[88]. Quanto all'Italia, sebbene l'AGCM non si sia espressa chiaramente in tal senso, la medesima è apparsa aver aperto a una gestione condivisa del rischio commerciale. Nei provvedimenti che hanno colpito i

[88] CA Paris, 8 *févr*. 2017, n. 15-02170.

principali operatori della GDO italiana, infatti, il trasferimento del rischio commerciale appare essere stato ritenuto illecito in quanto «*sproporzionato*».

La posizione dell'ordinamento francese di ammissibilità di una, sia pure limitata, condivisione del rischio commerciale della mancata vendita è da ritenersi equilibrata (ed è auspicabile che anche l'ordinamento italiano accolga una simile soluzione) in quanto, sebbene risponda al vero che il distributore abbia anzitutto lui la possibilità di gestire l'ulteriore rivendita del prodotto agricolo o alimentare attraverso le sue (da lui decise) politiche commerciali, è altrettanto vero che la distribuzione moderna conosce e pratica diffusamente attività di coinvolgimento dei fornitori nelle politiche commerciali dei distributori, che ben giustificano la condivisione (in misura più o meno ampia) del rischio commerciale della mancata vendita e che appaiono da valorizzare per salvaguardare il principio fondamentale dell'autonomia negoziale delle parti e del loro libero accordo.

6.4. *Controllo giudiziario dei prezzi*

Come sopra visto (par. 4.2.4), i giudici d'Oltralpe, sia della *Cour de cassation* (con la sentenza del gennaio 2017 nell'*affaire Galec*), sia del *Conseil constitutionnel* (allorché si sono pronunciati per la seconda volta sulla costituzionalità dell'art. L. 442-6, I, 2°, nel novembre del 2018), appaiono oramai ammettere che il controllo giudiziario sulle clausole contrattuali generanti un *déséquilibre significatif* possa spingersi sino al punto di sindacare l'adeguatezza fra il prezzo fissato in contratto e la controprestazione del prezzo.

Sotto questo profilo l'ordinamento francese appare discostarsi significativamente dall'ordinamento italiano.

La giurisprudenza italiana nei casi in cui il problema dell'equilibrio economico nel contratto non strutturalmente squilibrato si è posto, appare rimanere ferma nel ritenere che la mera divergenza fra il prezzo di mercato e quello pattuito non inficerebbe la causa, qualora si tratti di uno scambio effettivo e non si ricada nell'ipotesi del prezzo simbolico[89]. Nei rari precedenti nei quali si è attribuito rilevanza allo squilibrio originario delle prestazioni, i giudici italiani hanno piuttosto preso in esame la impossibilità giuridica di una delle prestazioni oggetto del preteso scambio, come quando una delle parti si obblighi ad una prestazione senza che, in cambio, le venga attribuito nulla di più di quanto già le spetti per legge[90].

[89] Così Cass. Civ., sez. II, 28 agosto 1993, n. 9144; Cass. Civ., sez. II, 19 aprile 2013, n. 9640.

[90] V., in tal senso, Cass. Civ., sez. II, 27 luglio 1987, n. 6492, secondo cui «l'assoluta mancanza della controprestazione determina, quindi, indubbiamente la nullità del contratto bilaterale,

In altre parole, i giudici italiani ritengono che «lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, né incide sulla validità o efficacia della singola clausola, perché nell'ordinamento italiano prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela, le parti siano "i migliori giudici dei propri interessi"»[91]. Sicché, ad esempio, «solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto»[92].

Se si escludono le ipotesi di abuso di dipendenza economica in cui sia stato contrattualmente previsto che spetta solo ad una delle parti la fissazione del prezzo[93], nel nostro ordinamento l'orientamento

per assenza della causa, cioè della funzione tipica, economico-giuridica, del negozio». V. anche Cass. Civ., sez. I, 20 novembre 1992, n. 12401.

[91] Così, Cass. Civ., sez. I, 4 novembre 2015, n. 22567, in *Giur. it.*, 2016, vol. 4, p. 835, con nota di M. Rizzuti, *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2016, vol. 4, p. 835 ss. Anche in *Nuova giur. civ.*, 2016, 4, p. 504, con nota di M. Barcellona, *La causa del contratto e il prezzo vile: giudizio causale e trasparenza negoziale*, secondo il quale «[i] n un sistema, che coniuga insieme libertà contrattuale e funzione regolatrice del mercato, il compito, che per quest'altro verso è assegnato al giudizio causale, evidentemente non consiste, né può mai consistere, nel sovrapporre la misura mercantile (ossia il c.d. prezzo di mercato) alla volontà delle parti (ossia al corrispettivo monetario da esse convenuto), sì da negare tutela ad ogni contratto ove queste misure non coincidano. Consiste, invece e diversamente, nel verificare che l'esercizio del potere di autonomia, che si dà nella determinazione del rapporto di corrispettività, si mostri comprensibile entro, e quindi compatibile con, la logica propria dello schema corrispettivo prescelto o dell'operazione economica esibita dal testo contrattuale […]». Su tale sentenza v. anche S. Foti, *Squilibrio iniziale tra le prestazioni e nullità del contratto*, in *Contratti*, 2016, vol. 6, p. 559.

[92] Cass. Civ., sez. II, 19 aprile 2013, n. 9640, richiamata da Cass. Civ., sez. I, 4 novembre 2015, n. 22567.

[93] V. Tribunale Massa, ord., 15/05/2014, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 218, con nota di V. Bachelet, *La clausola squilibrata è nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice: note a margine di un caso pilota*, che afferma la nullità per violazione del divieto di abuso di dipendenza economica, poiché ingiustificatamente gravosa, la clausola contenuta in un contratto di somministrazione di carburanti misto a comodato di attrezzature che attribuiva al somministrante, in regime di esclusiva, il potere di stabilire di volta in volta il prezzo delle forniture unilateralmente e senza limiti. Il Tribunale di Massa, dichiarata la nullità parziale, ha ritenuto di poter rideterminare il prezzo con riferimento a

maggioritario continua ad escludere che si possa attribuire autonoma rilevanza giuridica all'iniquità del contenuto contrattuale, salvo che ad essa non si accompagni un vizio di altro genere, come nelle ipotesi eccezionali della rescissione del contratto a norma dell'art. 1447 c.c., o dell'art. 1448 c.c., in considerazione dello stato di bisogno o di pericolo di alcuno dei contraenti[94]; ovvero può rilevare ai fini dell'annullabilità, a norma dell'art. 428 c.c., del contratto stipulato da persone incapaci. Ma in linea di principio lo squilibrio iniziale delle prestazioni non determina di per sé né la nullità del contratto, né l'invalidità od efficacia della singola clausola[95].

Conforme alla giurisprudenza di legittimità anche la recente giurisprudenza di merito, secondo cui «L'esistenza di un divario, anche considerevole, tra il valore di mercato del bene venduto e il prezzo pattuito non è di per sé incompatibile con la causa del contratto di compravendita. La giurisprudenza di legittimità ha infatti avuto modo di precisare che nell'ipotesi in cui risulta concordato un prezzo obiettivamente non serio o perché privo di valore reale e perciò meramente apparente o simbolico o perché programmaticamente destinato nella comune intenzione delle parti a non essere pagato il contratto è nullo per mancanza di un elemento essenziale; viceversa, nell'ipotesi in cui sia pattuito un prezzo di gran lunga inferiore all'effettivo valore di mercato del bene compravenduto o fornito, la conseguenza non sarà l'invalidità del contratto per difetto di causa ma una diversa qualificazione giuridica della fattispecie negoziale, che potrà essere ascritta a seconda dei casi a diverse categorie negoziali (es. donazioni

quello praticato dal somministrante ad altro gestore affiliato nella propria rete commerciale e operante nel medesimo mercato. V. anche Tribunale di Trieste, ord., 20/09/2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 1737, con nota di C. Spaccapelo, *Abuso di dipendenza economica e provvedimento d'urgenza*, con cui è stato disposto che la preventiva sottoscrizione di un contratto, predisposto in via unilaterale, nel quale senza alcuna trattativa è fissato il prezzo, al fine di precludere qualsiasi successiva contestazione dei costi, imponendo condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie, configura sia un comportamento contrario a buona fede configurabile come illecito civile, sia una strutturale soggezione sussumibile nell'istituto della dipendenza economica.

[94] V., al riguardo, la ricostruzione delle stagioni del pensiero giuridico italiano, ma non solo, compiuta da Rizzuti, *ult. op. cit.*, p. 835 ss.

[95] Anche secondo S. Foti, *Squilibrio iniziale tra le prestazioni e nullità del contratto – il commento*, in *Contratti*, 2016, vol. 6, p. 559, l'attenzione del legislatore italiano alla regolare formazione del contratto, ricavabile alla stregua dei principi e delle regole che informano la disciplina dei tradizionali rimedi codicistici, in materia di invalidità, sembrerebbe escludere «un sindacato sul regolamento, in generale, e sulla proporzionalità corrispettiva delle prestazioni, in particolare, essendo anche le previsioni rescissorie ragionate, su ipotesi del tutto particolari, pur sempre riconducibili ad una irregolarità attinente alla fase della formazione del contratto, come atto».

indirette o negozi misti a donazione»[96].

Dall'esame della giurisprudenza risulta, infatti, che la questione della proporzionalità o equità del prezzo sono prese in considerazione principalmente in tema di rescissione e di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, per far fronte ad ipotesi in cui vi sia una alterazione del sinallagma che determini uno squilibrio tra le prestazioni, il quale dipenda dallo stato di pericolo o dallo stato di bisogno in cui si trovava uno dei contraenti, oppure dipenda dal verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili successivi alla conclusione del contratto.

Così, per quanto nello specifico concerne le condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose è stato sostenuto che queste «[…] non rilevano, di per sé, se non correlate, ancora una volta, all'abuso di una situazione di dipendenza economica, nella quale versa una delle imprese, che si sia concretamente tradotto in una violazione dei "principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni", richiamati dall'art. 62, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla L. 24 febbraio 2012, n. 27, che compendiano quella "correttezza economica" che si impone tra gli operatori del mercato, in grado di preservare, orientando le relazioni commerciali tra le imprese (della filiera agroalimentare), la struttura concorrenziale (in questo caso) dei mercati intermedi»[97].

[96] T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 16 luglio 2018, n. 418, il quale richiama Cass. Civ., 4 novembre 2015, n. 22567.

[97] Foti, *ult. op. cit.*

Giulio Napolitano

Le leggi sul procedimento amministrativo. Appunti per un'analisi comparata

Sommario: 1. Le origini giurisprudenziali della disciplina – 2. La diffusione globale delle leggi sul procedimento – 3. Differenze in estensione e visione regolatoria – 4. I tratti distintivi della legge italiana sul procedimento in ottica comparata – 5. Prospettive evolutive alla luce delle recenti tendenze europee e globali.

1. *Le origini giurisprudenziali della disciplina*

In tutti i paesi, l'ordinamento giuridico regolamenta l'azione amministrativa sul piano procedurale prima ancora che su quello sostanziale. Il procedimento di adozione dell'atto amministrativo è così articolato in una serie di fasi, oggetto di regole comportamentali e operative variamente formalizzate, che mirano a garantire il costante allineamento del processo decisionale al paradigma normativo e a tutelare gli interessi giuridicamente protetti dei destinatari del provvedimento finale.

Per lungo tempo, nella maggior parte degli ordinamenti, la disciplina del procedimento amministrativo è stata di fonte prevalentemente giurisprudenziale. Dichiarando l'illegittimità di provvedimenti adottati senza un'adeguata istruttoria, in assenza di un previo confronto con i loro destinatari o privi di idonea motivazione, le corti hanno così fissato in via interpretativa i principi e le regole di base comuni a tutti i procedimenti.

In Francia, ad esempio, il Consiglio di Stato, muovendo dall'affermazione del diritto di difesa nei procedimenti sanzionatori (20 giugno 1913, caso *Téry*), ha via via generalizzato l'obbligo del contraddittorio e di motivare le decisioni (7 febbraio 1947, caso *d'Aillères*). Analogamente, in Italia, si deve al Consiglio di Stato sia l'enunciazione del principio del giusto procedimento (IV, n. 423/1895), sia l'affermazione dell'obbligo di motivazione del provvedimento (IV, n. 178/1907).

Alcuni procedimenti, peraltro, erano oggetto di una speciale disciplina legislativa, in ragione della loro particolare rilevanza politica ed economica. Si pensi, nel caso dell'ordinamento italiano, ai procedimenti di espropriazione, regolati già dalle leggi di unificazione amministrativa adottate nel 1865, o

a quelli di pianificazione urbanistica, minuziosamente disciplinati e aperti alle osservazioni dei cittadini (oltre che dei proprietari) dalla legge del 1942.

L'elaborazione giurisprudenziale di regole procedimentali è stata naturalmente molto significativa anche nei paesi di *common law*. Nel Regno Unito, ad esempio, quello dell'*audi alteram partem* è considerato un principio di giustizia naturale di vasta applicazione, della quale sarebbe possibile ritrovare diverse tracce anche nella giurisprudenza più lontana nel tempo. Il principio è stato applicato dalle corti nel procedimento amministrativo già nel 1863, in un famoso caso in materia di permesso a costruire e di (mancato) intervento del comitato locale per i lavori edilizi (*Cooper v. Wandsworth Board of Works*). Il valore di precedente è tale che esso sarà richiamato ancora un secolo dopo dalla *House of Lords* (nel caso *Ridge v. Baldwin*, 1964), nonostante nel frattempo si siano già moltiplicate le discipline legislative di settore.

2. *La diffusione globale delle leggi sul procedimento*

La tendenza a regolare con leggi generali lo svolgimento dei procedimenti amministrativi si è diffusa solo in tempi relativamente recenti. I precedenti più antichi sono quello spagnolo e quello austriaco. La legge spagnola del 1889, applicabile a tutti i dipartimenti ministeriali, era composta di soli cinque articoli, dedicati al deposito dei documenti, alla tempistica nella gestione dei procedimenti, alla comunicazione degli atti agli interessati e al diritto al contraddittorio. Più organica e dettagliata era la legge austriaca del 1925, dedicata prevalentemente ai procedimenti individuali di aggiudicazione e ispirata alla disciplina del codice di procedura civile. Questo modello di regolamentazione fu imitato in alcuni paesi dell'Europa centrale e orientale, come l'Ungheria e la Polonia.

Una stagione completamente nuova si è aperta con l'approvazione negli Stati Uniti dell'*Administrative Procedure Act* nel 1946. Per la prima volta, infatti, l'adozione di una disciplina generale del procedimento divenne oggetto di una vera e propria battaglia politica (una prima versione fu bloccata dal veto presidenziale) e costituì parte integrante di una precisa strategia istituzionale. Il riconoscimento per legge di diritti e garanzie procedurali, infatti, servì a consolidare il sistema di regolazione istituito dal Presidente democratico Roosevelt durante il *New Deal* in risposta alla Grande crisi del 1929 e duramente contestato sia dall'opposizione

repubblicana, sia (almeno inizialmente) dalla giurisprudenza della Corte suprema. Alla fine della seconda guerra mondiale, alla vigilia del passaggio dalla lunga Presidenza democratica (segnata dai ben quattro mandati di Roosevelt) a quella repubblicana, l'approvazione della legge consentì di dare risposte alle denunce da tempo rivolte da operatori economici e avvocati circa l'enorme potere delle agenzie federali e l'assenza di adeguati strumenti di tutela a disposizione dei privati.

La legge, composta di soli dodici articoli, introduceva per la prima volta una disciplina non solo dei procedimenti individuali di aggiudicazione, ma anche di quelli generali di *rule-making*, i più rilevanti dal punto di vista politico. A differenza dei precedenti europei, la legge statunitense è ancora oggi in vigore, con alcuni modifiche e integrazioni (soprattutto in materia di trasparenza e negoziazioni con i privati) e costituisce un pilastro dell'intero diritto amministrativo americano.

A seguito della rilevanza centrale acquisita dagli Stati Uniti in campo internazionale dopo la seconda guerra mondiale e ancor più a seguito del crollo dell'Unione sovietica, il suo modello di regolazione procedurale si è diffuso in tutto il mondo, accompagnando il processo di globalizzazione dei mercati. Particolarmente significativa, in questa prospettiva, è stata l'adozione di leggi generali sul procedimento amministrativo nei paesi del sud-est asiatico, come il Giappone (1993), la Corea del sud (1996) e Taiwan (1999).

Anche nell'area europea, a partire dalla legge tedesca del 1976, un numero crescente di paesi ha adottato una disciplina generale del procedimento, recante norme comuni ai diversi tipi. La legge tedesca, che risente almeno in parte dell'influenza statunitense, differenzia procedure formali e informali e introduce una regolamentazione esaustiva del provvedimento amministrativo e del contratto di diritto pubblico. All'inizio degli anni Novanta, anche l'Italia (1990), la Spagna (1992) e l'Olanda (1994) hanno adottato una disciplina generale del procedimento. Analogamente è avvenuto nei paesi dell'est europeo nella fase di transizione dal regime socialista all'economia di mercato. Nel 2015, anche la Francia si è dotata per la prima volta di una disciplina generale, con il codice sulle relazioni tra il pubblico e l'amministrazione. Nello stesso anno, nuove leggi e regolamentazioni organiche sono state adottate in Spagna e Portogallo.

Non si deve però dimenticare che rimangono alcune significative eccezioni, come il Regno Unito, la Russia e la Cina. La mancanza di una disciplina legislativa nel Regno Unito, come peraltro in altri paesi di *common law* (tra cui Israele, Singapore, Australia e Nuova Zelanda), è coerente con il carattere prevalentemente giurisprudenziale di quell'ordinamento, anche se

le disposizioni dello *Human Rights Act* consentono ormai di integrare quanto ricavabile dall'interpretazione del principio del *due process*. La Russia, invece, anche da questo punto evidenzia un ritardo nella modernizzazione delle sue istituzioni giuridiche. Ancora diversa la situazione in Cina, che ha sin qui preferito adottare discipline speciali o settoriali, ad esempio in materia di autorizzazioni, espropriazioni e sanzioni, considerandole quelle più rilevanti ai fini del processo di graduale apertura all'economia di mercato.

Anche nell'Unione europea ancora non esiste una disciplina generale dei procedimenti amministrativi, nonostante le risoluzioni in tal senso approvate dal Parlamento europeo, anche sulla base dei progetti elaborati da alcuni gruppi di studiosi. Vi sono però principi e criteri generali, come quelli enunciati nella Carta dei diritti fondamentali, che proclama il diritto a una buona amministrazione, e quelli ricavabili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che estende il diritto a un equo processo ad alcuni tipi di procedimenti amministrativi. Regolamenti e direttive, inoltre, disciplinano con norme di settore sia i procedimenti di competenza di autorità e agenzie europee, sia quelli svolti dalle amministrazioni nazionali in funzione comunitaria, variamente articolati in fasi ascendenti e discendenti che poi vengono "composte".

Principi generali rimessi all'elaborazione di corti e tribunali, insieme a specifiche prescrizioni o linee guida settoriali, infine, si ritrovano in vari regimi regolatori globali, come nel caso delle politiche di sostegno allo sviluppo della Banca mondiale o della partecipazione dei cittadini alla tutela ambientale in base alla Convenzione di Aarhus. Queste regole procedimentali, a seconda dei casi, possono rivolgersi direttamente alle organizzazioni internazionali, al fine di accrescere l'*accountability*, sia alle amministrazioni nazionali chiamate ad applicarne le politiche.

3. *Differenze in estensione e visione regolatoria*

Pur con le eccezioni appena indicate, può, quindi, ormai parlarsi di una vera e propria diffusione globale delle leggi generali sul procedimento, che trova copertura anche in apposite previsioni delle costituzioni di ultima generazione. Indicazioni in tal senso si rinvengono ad esempio nella Costituzione spagnola e in quella portoghese. La prima affida alla legge il compito di prevedere l'audizione dei cittadini, direttamente o tramite le organizzazioni rappresentative previste dalla legge, nel corso dei

procedimenti volti all'adozione degli atti amministrativi che li riguardano. La seconda, con norme più di dettaglio, garantisce ai cittadini il diritto di essere informati dell'avvio di procedimenti che li riguardano, di intervenire nel corso del procedimento, di conoscere la motivazione alla base della decisione.

Al di fuori del contesto europeo, una delle disposizioni più significative si rinviene nella Costituzione del Sudafrica. L'articolo 33 garantisce in termini soggettivi il diritto a un'azione amministrazione «lawful, reasonable and procedurally fair», affidando a un'apposita legge di rilevanza costituzionale il compito di specificare il contenuto di questo diritto e di renderlo effettivo e giustiziabile: cosa che è avvenuta con il *Promotion of Administrative Justice Act* (PAJA) approvato nel 2000.

Anche in assenza di specifiche indicazioni costituzionali, l'interventismo legislativo a ogni latitudine segnala la crescita di rilevanza politico-istituzionale della disciplina del procedimento. Essa non costituisce più soltanto uno strumento di prevenzione dei conflitti tra amministrazione e privati, in quanto tale naturalmente maneggiato dal giudice investito della singola controversia, quando il privato lamenta lo scorretto esercizio del potere e la violazione dei propri diritti e interessi. La disciplina del procedimento, infatti, rappresenta anche un potente mezzo di guida dell'azione amministrativa, volto ad assicurare il più possibile la razionalità delle decisioni e la loro coerenza con la legge. Se il successo delle politiche pubbliche dipende in larga misura dalla loro attuazione amministrativa, il legislatore non può disinteressarsi del modo in cui gli apparati burocratici svolgono il mandato loro assegnato, compiono scelte, distribuiscono risorse. La capacità degli apparati pubblici di rispondere tempestivamente alle istanze dei privati, infatti, è fondamentale per soddisfare le preferenze collettive e favorire iniziative sociali e intraprese economiche. A seconda di come si allocano oneri istruttori e diritti di partecipazione, inoltre, cambiano i rapporti di forza tra amministrazione e privati, i costi della decisione e quelli della difesa dei propri interessi.

Bisogna, peraltro, avvertire che l'attenzione dedicata alla disciplina generale del procedimento è anche il frutto di una strategia legislativa non sempre ottimale. È infatti difficile modificare davvero il modo di agire delle pubbliche amministrazioni intervenendo soltanto sulla disciplina generale del procedimento, senza porre mano anche alle discipline dei singoli tipi. L'adeguamento di queste ultime consentirebbe di perseguire in modo più calibrato gli obiettivi di semplificazione e di rafforzamento delle garanzie dei privati, tenendo conto delle peculiarità delle diverse scansioni procedurali

e delle specifiche caratteristiche dei vari provvedimenti. L'intervento sulle discipline speciali, tuttavia, è fonte di costi di negoziazione politico-legislativa notevolmente superiori: da un lato, perché bisogna agire su più corpi normativi; dall'altro, perché i gruppi di pressione sono in grado di opporre una resistenza più forte alla modifica degli equilibri fissati nelle leggi di settore. Se questi costi di transazione sono troppo elevati, il legislatore sarà indotto a giocare tutte le sue carte nella modifica della sola disciplina generale, anche a prezzo di conseguire risultati parziali rispetto a quelli auspicati.

Tra le leggi sul procedimento esistenti nel mondo, naturalmente, vi sono molte differenze. Quanto alle dimensioni, può essere sufficiente evidenziare i numeri di articoli di alcune di esse: dodici la statunitense, trentuno l'italiana, quarantasei la giapponese, cinquantatré la coreana, centotré la tedesca, centotrentatré la spagnola, duecentodue la portoghese, trecentosessantatré l'olandese, quattrocentosessantanove la francese (in parte di rango primario, in parte di rango secondario).

Queste differenze quantitative dipendono in larga misura dalla diversa estensione oggettiva delle leggi. Alcune si occupano soltanto del procedimento in senso stretto, altre disciplinano anche il regime del provvedimento. Alcune includono le norme sull'accesso ai documenti, altre si occupano anche di alcuni aspetti più propriamente organizzativi dell'amministrazione. A fare la differenza sul piano quantitativo è anche la diversità delle strategie e delle tecniche di regolazione. Alcune leggi contengono soltanto norme generali di carattere residuale, altre incorporano la disciplina di alcuni tipi di procedimenti (come quelli autorizzatori o quelli sanzionatori). Alcune dettano soltanto norme di principio, altre si addentrano in prescrizioni di dettaglio.

Ma, al di là del mero dato quantitativo, vanno evidenziate le diverse visioni che ne sono alla base e la varietà dei contesti politico-costituzionale in cui si inseriscono. Le leggi di prima generazione, come quelle spagnole e austriache, si occupavano soprattutto di procedimenti e garanzie individuali. Il modello di riferimento della disciplina è dunque quasi-giudiziale. Quelle di seconda generazione, a cominciare da quella statunitense, disciplinano anche i procedimenti generali di *rule-making* e prevedono la partecipazione alle decisioni volte all'adozione di normativi. Il modello di riferimento è qui quasi-legislativo. Quelle di terza generazione mirano a introdurre principi di buon governo, trasparenza e semplificazione, anche attraverso il ricorso alle tecnologie digitali. Il modello di riferimento diventa quello della *governance* collaborativa. Anche se nel contempo, le leggi sul procedimento

si trasformano sempre più in un vero e proprio codice dell'azione amministrativa o addirittura dell'intero diritto amministrativo.

Seppure in misura diversa nei vari ordinamenti, la disciplina legislativa del procedimento amministrativo assolve dunque almeno tre diverse funzioni.

In primo luogo, essa serve a scandire logicamente il processo decisionale dell'amministrazione in vista dell'emanazione del provvedimento finale. Si pensi, in questa prospettiva, alle regole che impongono all'amministrazione di svolgere un'adeguata istruttoria prima di assumere una determinata decisione. In tal senso, la disciplina del procedimento serve innanzi tutto a tutelare l'interesse pubblico alla legittimità, alla correttezza e all'efficienza dell'azione amministrativa.

In secondo luogo, la disciplina del procedimento è diretta alla garanzia dei privati. Basti pensare alle regole sulla partecipazione. Prima limitata a taluni tipi di procedimenti, come quelli diretti all'adozione di provvedimenti di espropriazione o all'irrogazione di sanzioni, la facoltà di presentare memorie e documenti, accompagnata dalla possibilità di accedere a quelli in possesso dell'amministrazione, è stata gradualmente estesa a tutti i procedimenti individuali. In questo modo, la soggezione del privato al potere unilaterale di decisione conferito all'amministrazione è bilanciata dall'attribuzione al privato della facoltà di far valere il suo punto di vista prima che la decisione finale sia assunta.

In terzo luogo, la regolamentazione del procedimento serve a indurre la conformazione dell'azione amministrativa alle preferenze degli organi elettivi e dei cittadini. In questa prospettiva, assume particolare rilevanza la disciplina dei procedimenti generali, con cui sono adottate prescrizioni rivolte a una pluralità indeterminata di soggetti. Tali procedimenti hanno un'evidente rilevanza collettiva anche per l'ampio numero di cittadini e di operatori economici e sociali destinatari dei relativi atti. I vincoli procedurali, come quello a divulgare il progetto di decisione e a consultare gli interessati prima di decidere, servono a disseminare informazioni rilevanti sull'andamento del processo deliberativo, in ordine sia al comportamento degli apparati burocratici, sia alle preferenze dei cittadini destinatari delle decisioni pubbliche. Tali informazioni, insieme a quelle oggetto di pubblicazione per effetto delle discipline in materia di trasparenza, diventano così funzionali al controllo politico e a quello collettivo sulla pubblica amministrazione e sulla sua azione.

Contestualizzare le diverse leggi sul procedimento nell'assetto politico-istituzionale di riferimento e comprenderne le diverse missioni diventa

quindi fondamentale per un'analisi comparata appropriata, che non si limiti all'esame atomistico delle singoli disposizioni contenute nelle varie leggi.

4. *I tratti distintivi della legge italiana sul procedimento in ottica comparata*

Tra i paesi che hanno una legge generale sul procedimento, a seguito dell'approvazione della l. n. 241/1990 e dunque da circa un trentennio, vi è anche l'Italia.

Al momento della sua adozione, non vi erano molti precedenti da cui trarre ispirazione: tra questi, i più rilevanti erano senza dubbio quello statunitense e quello tedesco. L'impianto statunitense fu considerato troppo lontano rispetto al contesto giuridico-istituzionale di un paese europeo. Non fu quindi recepita né l'idea di una procedura quasi giurisdizionale di aggiudicazione per i procedimenti individuali; né il modello della rappresentanza degli interessi attraverso il riconoscimento del ruolo della partecipazione nei procedimenti generali. Maggiore influenza ebbe senza dubbio il precedente tedesco, costantemente tenuto in considerazione dalla Commissione Nigro incaricata di predisporre una bozza del disegno di legge.

L'impianto normativo che ne risultò, tuttavia, fu molto diverso. La Commissione, infatti, rinunciò sin da subito all'idea di una disciplina dettagliata che includesse anche la definizione del regime dell'atto amministrativo, come avvenuto invece in Germania. Né poteva trovare ingresso la figura del contratto di diritto pubblico, consacrata invece dal legislatore tedesco, trattandosi di concetto sostanzialmente estraneo alla cultura giuridica italiana. Cadde invece nel corso del lungo processo politico-legislativo innanzi tutto l'opzione favorevole al riconoscimento del principio di libertà delle forme, volto a favorire lo sviluppo di una più snella attività amministrativa informale, che costituiva uno dei pilastri della disciplina tedesca. Fu abbandonata anche l'idea di un'«istruttoria pubblica» per i progetti aventi un rilevante impatto sull'economia e sull'assetto del territorio, che traeva ispirazione dai casi di inchiesta pubblica previsti dalla legislazione speciale nell'ordinamento francese e in quello inglese.

La legge italiana venne così inizialmente presentata come una disciplina che prevalentemente si limitava a consolidare e generalizzare gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa. Non a caso si trattava di un testo normativo relativamente semplice e breve, contenente norme di principio e ad applicazione residuale, in mancanza di disposizioni speciali (relative cioè

a specifici tipi di procedimento, come quelli di pianificazione urbanistica, di espropriazione, di sanzione). Eppure, a dispetto di un certo *understatement*, indotto anche dallo scetticismo con cui parte della scienza giuridica guardava all'intrusione legislativa, la portata di quelle norme era destinata ad essere profonda. Non a caso, la sua attenzione avrebbe conosciuto resistenze e sabotaggi da parte dell'amministrazione fino a generare il dubbio, ancora a vent'anni di distanza, se la sua approvazione fosse stata «vera gloria».

Nella trama iniziale, le previsioni più originali erano quelle che dischiudevano la possibilità di concludere accordi nel corso del procedimento persino in luogo dell'adozione di un provvedimento finale, anche se non fu accolta l'idea di codificare un generale *favor* per l'adozione di soluzioni consensuali. Molto rilevanti furono anche le innovazioni introdotte a margine della disciplina generale del procedimento. Ci si riferisce alle prime disposizioni che si facevano carico di esigenze di semplificazione dell'azione amministrativa a vantaggio dei privati che si dovevano rivolgere all'amministrazione per ottenere un atto di assenso all'esercizio di un'attività (spesso di natura imprenditoriale). Altro tratto distintivo della disciplina italiana fu l'inserimento delle norme in materia di accesso ai documenti amministrativi, sulla falsariga della disciplina esistente negli Stati Uniti con l'emendamento all'APA del 1966 e in Francia sin dagli anni Settanta (ma al di fuori di ogni disciplina legislativa del procedimento amministrativo): un profilo invece del tutto assente nella legge tedesca, saldamente ancorata fino a poco tempo fa all'idea della segretezza e della imperscrutabilità della burocrazia.

Per alcuni anni, la legge italiana ha così costituito una sorta di terza via tra il modello di disciplina americano e quello tedesco. Un percorso in qualche modo affine a quello quasi coevo della Spagna, ma senza poter contare sulla più consolidata tradizione e sulla ben maggiore capacità di penetrazione di quest'ultima soprattutto in Sud America, in ragione degli storici rapporti di influenza e collegamento.

5. *Prospettive evolutive alla luce delle tendenze in atto a livello europeo e globale*

Anno dopo anno, il legislatore è intervenuto ripetutamente prima per ritoccare e poi per integrare il disegno originario. La legge n. 241 e il suo modello di disciplina sono così gradualmente mutati. La platea dei destinatari della normativa si è ampliata, comprendendo, oltre alle

pubbliche amministrazioni, anche i privati esercenti attività di interesse generale. L'oggetto è cambiato, dal solo procedimento all'intera azione amministrativa. Sulla falsariga dell'esempio tedesco si sono così normati i caratteri fondamentali del provvedimento amministrativo. Ma allo stesso tempo si è introdotta un'originale e controversa (anche in ragione della sua ambigua formulazione) apertura al diritto privato come regime almeno in via di principio ordinario dell'azione amministrativa: una previsione che non trova eguali in altre discipline positive e che sembra evocare il mito anglosassone di un'attività amministrativa retta dal diritto comune. I principi di disciplina si sono arricchiti, consentendo l'ingresso anche di quelli comunitari. Gli strumenti di partecipazione dei privati sono stati rafforzati. I vincoli al *modus procedendi* dell'amministrazione si sono intensificati. I tempi di decisione sono stati velocizzati, le inerzie e i silenzi più duramente contrastati, i ritardi disincentivati e penalizzati, gli strumenti di semplificazione estesi.

Regole e meccanismi di *enforcement*, dunque, sono diventati oggetto di un continuo lavorìo legislativo, anche alla luce delle difficoltà applicative emerse nella prassi, dei comportamenti elusivi adottati dagli apparati burocratici e delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza, che naturalmente continua a svolgere un ruolo importante nell'interpretazione del dettato normativo. Per dare un'idea delle dimensioni di questo attivismo del legislatore possono bastare pochi elementari dati. Il testo originario della l. n. 241/1990 era composto da trentuno articoli e novantatré commi, quello attuale da quarantanove articoli e centosettantuno commi. Dalle iniziali quattromila parole si è arrivati alle oltre undicimila di oggi. Questa alluvione normativa in alcuni casi si è tradotta in un vero e proprio accanimento terapeutico incapace di salvare il paziente e di rendere più funzionali le relazioni tra amministrazioni e privati.

Né in questo modo il legislatore italiano è stato in grado di reggere il passo con i tempi. Come prima evidenziato, vi è stata una diffusione globale di leggi sul procedimento sempre più avanzate e innovative rispetto alle quali quella italiana appare oggi decisamente invecchiata, una sorta di mondo perduto, analogamente a quanto avvenuto per altri illustri precedenti. Le forme più avanzate di partecipazione ai procedimenti generali hanno trovato riconoscimento nella legislazione di settore, a cominciare da quella in materia di regolazione dei mercati affidata ad autorità indipendenti. Le ipotesi di istruttoria o dibattito pubblico, già contemplate nella bozza originaria licenziata dalla Commissione Nigro e poi espunte, sono state finalmente introdotte nell'ordinamento nell'ambito della disciplina dei contratti

pubblici. Le nuove possibilità di interazione tra cittadini e amministrazioni dischiusi dalle tecnologie digitali sono state (timidamente) contemplate in un apposito corpo normativo, il Codice dell'amministrazione digitale.

La strada intrapresa da alcuni dei più importanti paesi dell'Europa continentale va oggi nella direzione di una codificazione organica della disciplina dell'azione amministrativa, con l'unica esclusione di quella che si svolge in forme contrattuali mediante il ricorso al mercato. Si tratta però di un percorso che presuppone un sistema di governo sufficientemente saldo e con una visione di medio-lungo periodo, una riconciliazione tra organi di indirizzo pubblico, esperti e alta dirigenza, un'amministrazione compatta e motivata su cui investire. Una triplice sfida con cui dovrebbe responsabilmente misurarsi ogni riformatore che volesse coltivare l'ardito progetto di ripensare la disciplina dell'azione amministrativa (e curarne la concreta attuazione).

Nota bibliografica

Sulle diverse funzioni della disciplina del procedimento in chiave comparata, J. Barnes, *Towards a third generation of administrative procedure*, (2010) Comparative administrative law 336. Con particolare riferimento alla partecipazione, S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, vol. 3, pp. 3-42; G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020, pp. 239-267.

Sui problemi metodologici dell'analisi comparata delle discipline del procedimento, J. Barnes, *Administrative Procedure*, in P. Cane, H.C.H Hofmann, E.C. Ip, P.L. Linseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, 2021, nonché G. Napolitano, *Le trasformazioni del diritto amministrativo comparato*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 2017, pp. 997-1033; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, 2a ed., Bologna, 2019.

Sulla genesi della l. n. 241/1990, M. Nigro, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione. A proposito di un recente disegno di legge* (1989), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, pp. 2037-2055. Sui precedenti anche in chiave comparata, G. Pastori (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964.

Per un bilancio F. Merusi, *Per il ventennale della legge sul procedimento*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 2010, pp. 938-952; A. Sandulli, G. Piperata (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli, 2011. In chiave comparata, *Proceedings of the workshop 'Twenty years later: the Italian law on administrative procedures. Achievements and prospects from a comparative viewpoint'*, Naples, 23 April 2010, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2/2010 (in particolare, G. della Cananea, *Administrative procedures and rights in Italy: a comparative approach*, e G. Pastori, *The origins of law no 241/1990 and foreign models*, rispettivamente pp. 207-214 e pp. 259-272).

Per una spiegazione del modello italiano al lettore straniero, G. della Cananea, *Droit de procédure administrative: le «modèle» italien*, in J.-B. Auby, T. Perroud (a cura di), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruxelles, 2016, pp. 85-99.

Ricardo Maurício Freire Soares - Camila Miranda Sousa Race

The human dignity as an axiological framework of the Brazilian constitutional system

Summary: 1. Neoconstitutionalism as expression of juridical post-positivism – 2. Neoconstitutionalism and the human dignity principle – 3. The human dignity as a value-fountain of the axiological experience of the law – 4. The legal recognition of the human dignity principle: from the internationalization of human rights to the phenomenon of the constitutional positivation – 5. The human dignity principle in the Brazilian constitutional system.

1. *Neoconstitutionalism as an expression of juridical post-positivism*

One of the most important trends in contemporary legal thought lies in the conviction that the foundation of the legal system should not be sought in the metaphysical sphere of the cosmos, in religious revelation, or in the structure of an universal human reason. Such jusnaturalism arguments, based in the existence of supposed natural rights, are inadequate in the face of the fact that a law must be understood in its empirical dimension and, therefore, linked to the historical-cultural plane of human coexistence. On the other side, its consolidating the understanding that the legal phenomenon can not be justified by the maintenance of a merely formal set of legal rules, separated from the world of facts and values, as suggested by the idealism typical of the various positivist doctrines that promote social distancing and the ethical emptying of law.

With the jusnaturalism and legal positivism limits, current legal science has sought to formulate new proposals for the foundation and legitimation of the law, in order to allow the understanding of its multiple dimensions – normative, factual and value – and the orderly concrete relations. This new moment of reflection on legal knowledge, entitled juridical post-positivism, has been trying to reconstruct the privileged links between the Law and the Moral, bringing the legal phenomenon closer to the demands of social reality.

In this context Ricardo Lobo Torres[1], affirms that today there is a change in legal paradigms that implies the rapprochement between law, ethics and

[1] R. L. Torres (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 2002, p. 3.

justice, as well as the preeminence of legal principles in the framework of the legal system. That makes emerge a post-positivism model which enshrines the fundamental rights enunciated by constitutional principles, incorporating representations of the values of freedom, equality and dignity of all human beings.

As an expression of post-positivism in Constitutional Law, the doctrine has used the terms "neo-constitutionalism", "advanced constitutionalism" or "constitutionalism of rights" to designate a new legal and political model that represents the Constitutional State of Law in the contemporary world.

According to Santiago Ariza[2], this new model of understanding and application of Constitutional Law is revealed in some constitutional systems that emerged after World War II, whose functions opposes to the role played by Constitutional Letters in the context of juridical modernity, in order to try to recompose the great rupture between democracy and western constitutionalism.

For this, neoconstitutionalism presupposes the recognition of a substantial Theory of the Constitution, anchored in a previous cultural ontology. This is because until the mid-twentieth century, did not exist an authentic Theory of Constitution for the following reasons: treaties and manuals of constitutional law considered the subject abstract; juridical positivism was refractory to extra normative or metajuridic approaches; the theoretical incursions with social-historical nature were not considered acceptable, as can be sighted in the formalistic and axiologically neutral Pure Theory of Law current, formed by Kelsen and his followers; the neo-Kantian view that the method constructs the object, present in Kelsen's thought, makes the correlation between method and reality impossible, which is indispensable to the realism proper to a Theory of the Constitution as a cultural science.

Certainly, authors like Montesquieu, Rousseau, Sieyes, Constant and Payne can be situated as part of a bourgeois constitutionalism, of rationalist-individualistic inspiration. Such thought gradually weakened the substantial concept of the Constitution, to formalize its content through the postulates of the nascent juridical positivism, with the use of the exegetical method and the connection between freedom, property, security and law.

On the other hand, the Anglo-Saxon constitutionalism bequeathed to the Euro-Atlantic constitutional culture the English Constitution, the common law, the British and American statements. Notwithstanding this constitutional progress, the importation of Anglo-Saxon constitutionalism

[2] S.S. Ariza, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo,* in M. Carbonell (Org.), *Neoconstitucionalismo (s),* Madrid, 2003, p. 239.

is no easy task, given the pragmatic and utilitarian mentality of this juridical tradition.

Moreover, rationalism, formalism and abstract methodology predominate in Continental Europe, as can be seen in the differences between *the rule of law*, *the due process of law* and the *rechtsstaat*. Although they have points of convergence: the legality, the normative hierarchy, the publicity of the rules, the non-retroactivity of the restricting individual rights rules, the legal security, the liability and arbitrariness of public authorities.

Later, the influence of the German doctrine, from the late nineteenth century until the twentieth century, was confirmed in the configuration of constitutional dogmatic. Can be cited names of jurists such as Gerber, Laband, Jellinek, and Kelsen. All of them could be situated in the field of positivist formalism, except for the sociological approach conferred by Jellinek on his dualist theory of the state.

The German Republic of Weimar between 1919 and 1932 was the microcosm of European constitutional culture, which soon was transported to the Western world. The diverse tendencies that emerged in this historical moment of Germanic constitutionalism were characterized by the fight against juridical positivism, under the influence of anti-formalism expressed in the vitalism philosophy, in sociology and in the attention that is now devoted to political science. In this period, the Theory of Constitution will appear in 1928 with the works of Schmitt, Smend and his disciples, making clear the need to approach cultural conditioning and the axiological foundation of the Constitution Theory, in order to demonstrate the intimate connection between culture, values and constitutional law.

According to Pablo Verdu[3], the constitutional meditation is aware that all cultural speculation about the Constitution consists of an ideological inspiration, founded on values that operate in social and political reality. Such axiological guidelines illuminate and base human rights by delimiting the public powers to a normative organization that is based on a democratic socio-political structure.

Thus, the substantivity of the Theory of the Constitution presents itself as an innovation in the face of past and present positivist positions, since all the Constitution is based on values that are expressed in constitutional principles, such as freedom, equality, fraternity and, above all, the human dignity, conferring an axiological and teleological dimension to postmodern constitutionalism.

With neo-constitutionalism, there is also the process of normalization

[3] P.L. Verdú, *Teoria de la Constitución como Ciencia Cultural*, 2a ed., Madrid, 1998, p. 21.

of the Constitution. Which ceases to be considered a normative diploma with a purely programmatic value or as a set of recommendations or guidelines directed to the legislator to operate as a legal norm with direct and immediate effectiveness.

Certainly, one of the great changes that occurred in Constitutional Law throughout the twentieth century was the attribution to the constitutional norm the status of legal norm, surpassing the anachronistic model according to which the Constitution was seen as a merely political invitation to the Public Powers actions. In that old model, the effectiveness of constitutional norms was conditioned to the freedom of the legislator or by the discretion of the administrator and did not recognized the judiciary any role in the achievement of the values and purposes of the Constitution.

As Dirley Cunha Júnior[4] highlights, the Constitution is no longer conceived as a simple political manifesto. Now it is understood as a diploma composed of fundamental and supreme juridical norms. The reason is because the Constitution, as an imperative rule as any, is particularly supreme, holding a position of prominence in the face of other rules, which must conform to the way of elaboration (formal compatibility) and the subject (substantial compatibility).

Thus, Constitutional supremacy emerges as a democratic requirement to synthesize the values and aspirations of the people. That is the absolute holder of the constituent power that originated the Magna Carta, which is the maximum source of production of the totality of the Law and the last validity foundation of the legal norms, giving unity and systematic character to the legal system.

Starting from the postulate that the Constitution defines the overall normative plan for the State and for the Society, linking both the state organs and the citizens, can no longer remain questions about the legal nature of the programmatic norms. The programmatic norms, especially the attributions of social and economic rights, should be understood as directly applicable and immediately bonding all the organs of the Legislative, Executive and Judiciary powers.

In this sense, the programmatic norms are legal and compulsory, despite their open or indeterminable content. If these norms and rights are not accomplished due the inertia of the government, it will be an unconstitutionality act by omission.

As Dirley da Cunha Júnior[5] also teaches, the State, including the

[4] D. Cunha Júnior, *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, Salvador, 2006, p. 32.
[5] D. Cunha Júnior, *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, *São Paulo*, 2004, p. 107.

Brazilian State, is subject to the ideal of a substantive or material Democracy, so any inactivity from the Legislative and Executive power must be supplemented by the Judiciary power, through mechanisms (such as an injunction mandate, unconstitutionality action for omission, and the action for not accomplishment a fundamental precept).

Thus, the conception of a Constitution as a norm directly affects the understanding of legislative and jurisdictional tasks. In one hand, the voluntarist character of the legislator actions gives space for its submission to the empire of the Constitution. On the other hand, the deductive model of law enforcement by the judge, typical of the logical-formal operation of the subsumption, proves to be inadequate in the context of widening the judicial margin of appreciation, especially in the achievement of principles, opening space for the use of ponderation argument.

Therefore, a permanent conflict between this type of constitutionalism and democracy emerges, given the primacy granted to the Judiciary to the detriment of the subaltern position assumed by the Legislative power. An example of this can be found when the tension between immediate effectiveness (which requires the intervention of the judges) and mediate (which requires the necessary action of the legislator) is verified, in denoting the difficulty of neoconstitutionalism to establish the limits or to articulate a proposal that allows to conjugate the judicial work and the role of the legislator.

In fact, it oscillates between a weak constitutionalism, which claims the importance of the democratic legitimacy of the legislator and the formal patterns inherent in the rule of law (certainty, formal equality and separation of powers), and a neo-constitutionalism that values activism judiciary as a way to substantiate the democratic regime.

As a proposal to overcome this apparent dichotomy, we highlight the thought of J. J. Gomes Canotilho[6], to promote the conciliation between the notions of the rule of law and democracy. This is because, according to the author, the constitutional state is more than the rule of law, since the democratic element serves not only to limit the State, but also to legitimize the exercise of political power, enhancing the understanding of the formula of the rule of law democratic.

On the other hand, neoconstitutionalism presupposes the legal positivation of principles, axiological guidelines of undoubtedly ethical content. Which gives rise to important consequences, such as the need to adopt a participant position to explain the functioning of the Law, as well

[6] J.J.G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1991, p. 98.

as the need to overcome the positivist idea of a separation between the Law and the Moral.

Certainly, the neoconstitutionalist model does not seem to be in line with the positivist perspective. Which is so old-fashioned, because it has arisen in the context of the liberal-individualist state, and inadequate, for not incorporate the standards of morality into the study of Law.

The model of juridical science that requires neo-constitutionalism also contrasts with that advocated by juridical positivism. The notions of distance, value neutrality and descriptive function of legal science are rejected, to incorporate the ideas of commitment, axiological intervention, practical priority and political character of the scientific knowledge of Law.

The common denominator of the so-called neoconstitutionalist theories seems to be the need to overcome a model that establishes that juridical science should be exclusively concerned with describing law, through an activity that is neutral to social values and blind to the problem of the effectiveness of the juridical system.

From the moment that some standards of morality are incorporated into the Constitutions through ethical-juridical principles, the task of determining what the Law says can not be conceived as a wholly scientific or objective activity, since opinions and moral considerations make part of it, which gives a true political nature to the jurist activity.

In this sense, neoconstitutionalism, in addition to showing that some descriptions may have a political significance, is presenting the virtue to evidence that not all value judgments should be placed on the same plane and that not all value judgments are returned to the uncontrollable scope of subjectivity.

Finally, the neoconstitutionalist movement, with the internalization of values embodied by the legal principles, is favorable to the idea of a moral acceptance of the Law, resulting in the adoption of internal and external perspectives of understanding the legal phenomenon. The legitimacy of the legal system goes through the search for a balance between the points of view of internal criticism, whose parameter is the Constitution, and of external criticism, whose parameter is the axiological substrate of social morality.

Thus, neo-constitutionalism, as a manifestation of legal post-positivism, encompasses a broad set of changes that take place in the Democratic State of Law and in Constitutional Law, approximating the Constitutions to the ethical substrate of social values and opening space for the recognition of the normative force of Constitution and of a new constitutional interpretation based on principles.

2. *Neoconstitutionalism and the human dignity principle*

As can be deduce from the previous topic, one of the most remarkable features of neoconstitutionalism, an expression of juridical post-positivism in Constitutional Law, is the frequent use of legal principles in the background of hermeneutical and decision-making processes, as normative species that allow the reconciliation of justice (legitimacy), typical of jusnaturalism, with the requirements of security (legality), proper to juridical positivism.

The valorization of these legal principles has been follow, *pari passu*, by the progressive constitutionalization of these ethical canons, promoting the transition from the formal model of Constitution, which reduces it to a merely catalog of competences and procedures, to the substantial paradigm of Magna Carta, which is elevated to the level of repositories of the founding values of the State and of civil society as a whole.

Maria Moraes[7] highlight that these juridical principles, drawn from culture, express social consciousness, the ethical ideal and, therefore, the notion of justice present in Society appearing, thus, as values through which that community organized itself. It is in this sense that one must understand the real and deeper meaning axiological of the so-called principiological constitutionalization, through which the Constitution begins to represent the set of values in which builds the fundamental axiological pact of collective coexistence.

With the valorization of constitutional principiology by the neoconstitutionalism, the Constitutional Charter becomes a living and concrete expression of the world of facts and values, acquiring an undeniable axiological and teleological fabric. Thus, the principle of each Fundamental Law becomes the convergence point of validity (normative dimension), of effectiveness (factual dimension) and, above all, of the legitimacy (value dimension) of a given legal system, opening space for the constitutionalization of the just rights.

The various neoconstitutionalist conceptions seems to converge to the understanding that law is an axiological and teleological construction. Which imposes the understanding and application of juridical principles, especially those with a constitutional nature, in order to enhance the realization of justice.

Certainly, among the various ethical and juridical principles that

[7] M.C.B. Moraes, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, in I.W. Sarlet, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, 2003, p. 107.

acquired constitutional status in recent decades, the human dignity deserves to be highlighted, since, in the wake of legal post-positivism, it is increasingly evident that the ultimate foundation and the *ratio essendi* of what is a just right is no other, but man himself, considered in his substantial dignity as a person, having an end in itself. Whose intrinsic ethical value precludes any form of degradation, or objectification of the human condition.

According to Fábio Comparato[8], inspired by Kantian thought, the person is an end in itself, and can not become an instrument for the realization of an interest. Since the human being and, in a general, every rational being, exists as a proper purpose, without appearing as the means to serve others purpose. By his rational will, on contrary to things, only the human person lives in conditions of autonomy. That is being able to be guided by the laws that himself edits. Therefore, every man has dignity and not a price, like things.

Therefore, the ethical-juridical of the human dignity principle implies the recognition and legal guardianship of a space of physical-moral integrity to be assured to all people by their ontological existence in the world, relating both to the maintenance of material conditions of subsistence, as well as with the preservation of the spiritual values of an individual who feels, thinks and interacts with the surrounding universe.

According to Oscar Vieira[9], as a vehicle for the incorporation of human rights by the law, fundamental rights are becoming an important part of justice in the legal system, above all, by the opening of fundamental rights to morality, which is verified by the internalization of values such as human dignity. A society which respects the rights deriving from the human dignity can be consider, if not a just society, at least closer to the justice ideal.

Thus, the human dignity, under the influence of neoconstitutionalist post-positivism, has become a true formula of substantial justice, capable of being concretely invoked by the law practitioner, without the limits arising from the jusnaturalist and positivist conceptions of just law.

In the same way thinks David Pardo[10], to whom the relation between principles and values, especially of the fundamental principles with the dignity value, allows to identify the Constitution as an open normative system to the changing social morality. Which makes possible to affirm that the whole legal system receives irradiation of this sense of justice emanated

[8] F.K. Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, 2005, p. 21.
[9] O.V. Vieira, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, São Paulo, 2006, p. 37.
[10] D.W. Pardo, *Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito*, Rio de Janeiro, 2003, p. 197.

from the set of jusfundamental principles and of the fundamental rights that translate them normatively.

Therefore, it is appropriate to investigate the elements that define this process of the just law positivation, based on the axiological and teleological support of the ethical-juridical of the human dignity principle, since the process of internationalization of human rights until its express conversion into constitutional normativity.

3. *The human dignity as a value-source of the axiological experience of the law*

Even before its legal recognition in the International Declarations of Law and in the Constitutions of several countries, the human dignity figures as a value, which springs from the axiological experience of each human culture, submitted to the influxes of time and space. Hence, far from being cloistered as an absolute and invariable metaphysical ideal, the human dignity principle must be understood in its historical-cultural dimension.

Certainly, the apprehension of the sense of the human dignity principle does not seem to be a methodical product from formal procedures, deductive and inductive, but in fact it requires a concrete and real knowledge based on valuations. Thus, understanding culture as everything that is constructed by man because of a system of values, with the scope to fulfill their interests and purposes, it will be possible to verify that the human dignity principle has a value content, belonging to the field of human culture.

The legal tridimensionalism concept realized it, when conceived the value of dignity as the concrete foundation of the just law. In this same way Miguel Reale[11] developed his tridimensional theory of Law. For him, since legal experience is one of the modalities of historical-cultural experience, he understood that the fact-value polar implication is resolved, in a normative process of an integrant nature, each norm or set of norms representing, at a given historical moment and in under certain circumstances, operational understanding compatible with the incidence of certain values about multiple facts that condition the formation of legal models and their application.

It is a concrete, dynamic and dialectical tridimensionalism, since these elements are in permanent polar attraction, because of the fact tends to achieve the value, through norm. The norm must be conceived as a juridical

[11] M. Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, 1994, p. 74.

model, with three-dimensional structure, comprehensive or concrete, in which facts and values according to norms imposed by a concomitant act of choice and prescription (decision-making), emanating from the legislator or the judge, or as a result of customary options or requirements based on the autonomy of individuals wills.

With this integrative theory, Reale rejects all sectorized conceptions of law (abstract normativism, juridical sociologism and legal moralism), postulating a doctrine that requires the integration of the three elements of law into a functional and procedural unit in correspondence with the complementary problems of social validity (effectiveness), ethical validity (foundation) and technical-legal validity (validity). Legal knowledge emerges as a historical-cultural and understanding-normative science, for having as its object the social experience since this normatively develops in function of facts and values, to accomplish the organization of human life.

According to Reale[12], the ultimate foundation that law has in common with morality and all normative sciences must be sought in the human dignity which is intrinsic of life itself, not as an abstract entity in the manner of the jusnaturalist, but as a rational being destined by nature to live in society and to accomplish their superior ends. From the analysis of the rational nature of man and the consideration that man is by necessity a political animal, it follows that every man represents a value and that the human person is the source value of all values. From this source value, it becomes possible to reach the peculiar foundation of Law, referring to the proper value of Law that is Justice, understood not as a virtue, but in an objective sense as just, as an order that virtue justice aims to accomplish.

In this sense, the Law develops because men are unequal and aspire to equality, leaning towards happiness and wanting to be more themselves, while at the same time aspire to a certain table of equal values. The jusphilosopher says that the idea of justice, which, in its most general sense always expresses proportion and equality, belongs to the human dignity as a rational and social entity. Living in society and seeking its good, man ends up understanding the rational need to respect a person in every man, an essential condition so that he can also affirm himself as a person. Thus, the idea of Justice is immediately and necessarily bound up with the idea of a human person, for the Law, as Moral, appears as a social order of relations between people.

In Miguel Reale's view (1972, p. 300), the values that necessarily attach to the value-source of the human dignity constitute the proper content

[12] M. Reale, *Fundamentos do Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 275.

of Justice and, once translated into precepts incorporated in culture, they become universal precepts, common to all peoples and places, for that every rule that updates these fundamental precepts counts with the agreement of the subjects. Alongside these general precepts that express the constant ethics of Law, others also serve as foundation to the Positive Law rules, in the conditionality of each culture, representing the infinite forms of integration of the highest values in the historical development of civilizations in the context of place and time.

Within the value dimension of the Law and in the field of its the ethical validity foundation, the problem of justice acquires relevance. What matters is not the definition of justice – always dependent on the dominant worldview in each historical time – but its experiential process over time, aiming to accomplish more and more the value of human dignity, the value-source of all other juridical values. In this context justice can be said to be a transcendental condition to accomplish other values, since it is the basis without others values could not develop in a coordinated and harmonious way in a community of free men. For this reason, justice must be understood as a Franciscan value, in the condition of a way value, always at the service of the other values in order to assure them their accomplishment, due to the human dignity which is the main value of the juridical order.

4. *The legal recognition of the human dignity principle: from the internationalization of human rights to the phenomenon of the constitutional positivation*

Although the respect for the human dignity is an old conception from remote cultural matrices, since the Greco-Latin and Christian antiquity to the anthropocentric renaissance and illuminism of the modern age.

In the philosophical thought of classical antiquity, the human dignity was related to the social position occupied by the individual and his degree of recognition by the other members of the community. On the other hand, already in the Stoic thought, dignity was considered as the quality that, for being inherent to the human being, distinguished it from other creatures. In the sense that all human beings were endowed with the same dignity.

During the medieval period, according to the Christian religion, the human being was created in the image and likeness of the divinity, a premise from which Christianity extracted the consequence that the human being is endowed with an inherent value and can not be transformed into mere

object or instrument. The important religious philosopher Thomas de Aquino expressly referred to the term *dignitas humana*, term ratified in the middle of the Renaissance, by the Italian humanist Pico Della Mirandola. He considered the rationality a peculiar quality inherent to the human being, postulating that this is the quality which enables it to freely and independently build its own existence and its own destiny.

In the context of jusnaturalist ideas in the 17th and 18th century, the conception of human dignity, as well as the idea of natural law itself, has pass through a process of rationalization and secularization, while maintaining the fundamental notion of equality of all men in dignity and freedom. From this jusnaturalist conception came the realization that a constitutional order that enshrines the idea of the human dignity base itself in the assumption that man, by virtue of his human condition alone and independently of any other circumstance, is entitled of rights which must be recognized and respected by their peers and the State.

After the retrocession of philosophical concern for human dignity, due the positivist scientism in the 19th century, the resumption of the debate about the human dignity had, as a symbolic landmark, the forties of the last century, after the end of the Second World War whose barbarities and atrocities committed against the human being demonstrated the incongruity of naturalistic metaphysics and the ethical alienation of legal positivism.

According to Peces-Barba Martinez[13], the struggle to affirm the human dignity in the mid-twentieth century, strengthened after the traumatic totalitarian experience in World War II, as a source of fundamental rights to the citizen, it is a response to the natural-law movement and to positivist constructions which weakened the moral references of the juridical phenomenon. This struggle lifted the respect for the condition of the human being as a supreme value of legal systems with democratic inspiration.

Certainly, the great normative texts of this historical period have come to recognize the idea of the human dignity, whether in the sphere of International Law or in the specific plan of the National Law of each sovereign State.

Initially, this process occurred with the internationalization of human rights, which began to be enunciated in the framework of the supranational legal community. In this sense, the Universal Declaration of Human Rights, approved by the General Assembly of the United Nations in 1948, it has as first affirmation that all human beings are born free and equal, in dignity

[13] G.M. Peces-Barba, *La Dignidad de la Persona desde la Filosofia del Derecho*, Madrid, 2003, p. 11.

and rights (art.1). Beyond that the Declaration proclaim the character of fundamental equality of the human rights by providing that everyone can take advantage of all the rights and freedoms proclaimed in this document, without distinction of any kind, especially of race, color, sex, language, religion, public opinion or any other opinion, whether of national or social origin, fortune, birth or other status (Article 2).

How sustain Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins[14], fundamental rights in the international sphere are called human rights, indicating the set of rights and faculties that guarantee the human dignity and benefit people with institutionalized international guarantees. This internationalization goes beyond the binary relationship between the individual and the state, which is the traditional conception of fundamental rights, bringing a new conception of the protection of the human dignity: extension of rights holders; possibility to make the State responsible externally; politicization of matter because of the need to make continuous commitments between States and international actors.

From the internationalization of the human dignity and related human rights, was followed the phenomenon of the constitutionalization of these human rights, which were denominated, after the positivation, as fundamental rights, increasing the possibility to guarantee their applicability in the relations developed in the framework of domestic legal systems.

In addressing the externalization of the human dignity as a principle of the western constitutionalism J. J. Gomes Canotilho[15] observes that the human being started to emerge as the foundation of the Republic and a greater limit to the exercise of the inherent powers of political representation. Given the historical experiences of annihilation of the human being (inquisition, slavery, Nazism, Stalinism, polpotism, ethnic genocide), the human dignity means, without transcendence or metaphysics, the recognition of homo noumenon, which means, the individual as limit and foundation to the political domain of the Republic.

There are many examples of this process of constitutional positivation of the human dignity. Italian Republic Constitution, dated of 27th of December, 1947, states that «all citizens have the same social dignity» (Article 3). The Germany Federal Republic Constitution, dated from 1949, solemnly contemplates, in its art. 1, that «the dignity of man is inviolable. Respect and protect it is the duty of all the Powers of the State». Similarly,

[14] D. Dimoulis, L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

[15] J.J.G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3 ed., Coimbra, 1998, p. 221.

the Portuguese Constitution of 1976 opens with the proclamation that «Portugal is a sovereign Republic, based on the human dignity and the popular will and committed to built a free, fair and solidarity society». Moreover, the 1978 Spanish Constitution states that «the human dignity, the inviolable rights inherent to it, the free development of personality, the respect for the law and the rights of others are the foundation of political order and social peace» (art. 10).

This progressive legal recognition of the human dignity, as sustains Robert Alexy[16], represents the passage of human rights, endowed with a suprapositive nature and moral universality, generally expressed in treaties in international conventions, for fundamental rights, which are presented as rights that have been accepted in a Constitution. The positivation of these human rights does not invalidate their ethical validity, in fact it reinforces their legal enforceability, in the face of conflicts of interest among social actors.

The proclamation of the normativity of the human dignity principle, in the great majority of contemporary Constitutions, has led to the recognition of the legal effectiveness of human rights. This replaced the anachronistic conception of its non-viability in the face of prejudicial acts against the individual dignified life, from actions made by the state rulers or private individuals, based in the old idea that those rights are ethical-moral maxims devoid of coercion and imperative.

In this way as Peter Häberle[17] sustains, although the model of the Constitutional State in the West can suffer national variations depending on the specificities of each legal culture, which depends from the result of diversified convergence of political philosophies, classical texts, public policies, experiences, dreams and utopias, excepting the singularities of each Society. Today the Constitutions dictate, as a program of constitutional obligations, the affirmation of a human dignity as an anthropological-cultural idea and the concept of democracy as a consequence of the socio-political institutions organization.

5. *The human dignity principle in the Brazilian constitutional system*

The importance of the human dignity principle is undisputed in the

[16] R. Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2007, p. 10.

[17] P. Häberle, *The constitutional state and its reform requirements. Ratio Juris*, Oxford, vol. 13, n. 1, 2000, p. 82.

current evolutionary framework of human societies, Ana Paula de Barcellos[18] affirms that one of the few theoretical consensus in the contemporary world concerns the essential value of the human being, highlighting the human dignity as an axiom of the Western civilization and perhaps the only ideology remaining at the beginning of the new millennium.

The Brazilian constitutional system was also influenced by these new libertarian winds, aimed at the emancipation of the human being, through respect of the intrinsic dignity, especially with the advent of the Federal Constitution of 1988, which was born in the politico-social context of the re-democratization of the country, after the long autocratic period of the military dictatorship. According to Luís Roberto Barroso[19], in the Federal Constitution of 1988, the human dignity principle was raised to be the foundation of the Democratic State of Law (article 1, III), integrating the category of fundamental principles of the Title I of the Constitution, along with other important ethical-legal canons, as: citizenship; the social values of work and free enterprise; the republican principle, (article 1); the separation of powers principle (Article 2); the fundamental goals of the Federative Republic of Brazil to build a free, fair and solidarity society; ensure national development; eradicate poverty and marginalization and reduce social and regional inequalities; promote well-being to all, without prejudice of origin, race, sex, color, age and any other forms of discrimination (Article 3); and the principles that guide international relations, such as the prevalence of human rights (Article 4).

Once established as the basic principle of the Federal Constitution of 1988, the Brazilian constituent legislator has given the idea of human dignity the quality of the norm underlying the entire constitutional system, which guides the understanding of the whole catalog of fundamental rights, such as rights to life, liberty, equality, security and property (Article 5); social rights to education, health, housing, leisure, security, social security, maternity and child protection, assistance to the homeless (Article 6); the social rights of urban and rural workers (Articles 7 to 11); the rights of nationality (articles 12 and 13); political rights (Arts 14 to 17); the diffuse rights, regulated in various precepts of the Constitution, such as the right of rally and access to the sources of national culture (Article 215), as well as the diffuse right to a balanced environment (Article 225).

From its confirmation as a fundamental principle, the Brazilian

[18] A.P. Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, 2002, p. 103.
[19] L. R. Barroso, *A Nova Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro, 2006, p. 364.

Constitution expressly refers to the idea of human dignity in other normative parts, especially in Titles VII and VIII, dedicated, respectively, to the economic order and the financial order, such as:

- The article 170, *caput*, which establishes that the economic order, based on the valorization of human labor and free enterprise, is intended to guarantee everyone a dignified existence, according to the dictates of social justice;
- The article 205, *caput*, stating that education, right of all and the duty of the State and the family, will be promoted and encouraged with the collaboration of society, aiming the full development of the person, their preparation for the exercise of citizenship and his qualification for work;
- The article 226, § 7º, by predicting that, based on the human dignity principles and responsible parenthood, family planning is a free decision from the couple, and it is the responsibility of the State to provide educational and scientific resources to the exercise of this right, forbidden any coercive force from official or private institutions;
- The article 227, *caput*, which establishes that it is the duty of the family, society and the State to assure to the child and the adolescent, with absolute priority, the right to life, health, food, education, leisure, professionalization, culture, dignity, respect, freedom, family and community coexistence, and to safeguard them from all forms of neglect, discrimination, exploitation, violence, cruelty and oppression;
- The article art. 230, by disciplining that the family, society and the State have the duty to support the elderly, ensuring their participation in the community, defending their dignity and well-being and guaranteeing their right to life.

In addition, should be highlighted that the human dignity is an ethical-legal principle capable of guiding the recognition, based on a teleological interpretation of the Constitution, of implicit fundamental rights. The article 5, paragraph 2, defines an open and unfinished catalog of fundamental rights, stating that the rights and guarantees expressed in the Brazilian Constitution do not exclude others resulting from the principles adopted by it, or from the international treaties signed by the Federative Republic of Brazil.

The human dignity serves as a parameter even to those human rights provided for international treaties and conventions, which, approved in each house of the National Congress in two rounds, for three fifths of the votes of the respective members, shall be considered hierarchically equivalent to the

constitutional amendments, converging, therefore, the external and internal legal orders for the primacy of a dignified existence, according to the art. 5, paragraph 3, inserted by Constitutional Amendment 45/2004.

Finally, the human dignity constitutional principle unfolds in innumerable other constitutional principles and rules, conforming a framework of values and purposes to be promoted by the State and Civil Society, as a form to accomplish fundamental rights expressed or implicit in the Brazilian Constitution and in the derived infra-constitutional normativity.

References

W. Agra, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 2006.

R. Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica*, São Paulo, 2001.

R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2002.

R. Alexy, *Constitucionalismo Discursivo,* Porto Alegre, 2007.

G. Amaral, *Direito*, Escassez e Escolha*,* Rio de Janeiro, 2001.

S.S. Ariza, *Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, in M. Carbonell, (Org.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003.

H. Ávila, *Teoria dos Princípios*, São Paulo, 2005.

A.P. Barcellos, *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, 2002.

L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas ormas*, 5a ed., Rio de Janeiro, 2001.

L.R. Barroso, *Interpretação e a Aplicação da Constituição*, São Paulo, 2002.

L.R. Barroso, *A Nova Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro, 2003.

N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, 1992.

P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 11a ed., São Paulo, 2001.

Brasil, Constituição (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília-DF, 1988.

M.N. Camargo, *Leitura Complementares de Direito Constitucional*, Salvador, 2007.

C.W. Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Tradução de A . Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989.

J.J. G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1991.

J.J. G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3a ed., Coimbra, 1998.

J.J. G. Canotilho, V. Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991.

F.K. Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, 2005.

F.K. Comparato, *Ética: Direito, moral e religião no mundo modern*, São Paulo, 2006.

D. Cunha Júnior, *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, São Paulo, 2004.

D. Cunha Júnior, *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, Salvador, 2006.

D.R. Dantas, *Interpretação Constitucional no Pós-positivismo: teoria e casos práticos*, São Paulo, 2005.

D. Dimoulis, L. Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2007.

R. Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Tradução de Marta Guastavino, Barcelona, 1997.

R. Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo, 2000.

K. Engisch, *El Ambito de lo no Jurídico*, Córdoba, 1960.

K. Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 1988.

E. G. Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, 1986.

R.S. Espíndola, *Conceitos de Princípios Constitucionais - Elementos para uma Dogmática Constitucionalmente Adequada*, São Paulo, 1999.

T. Fleiner, *O que são Direitos Humanos?*, São Paulo, 2003.

E.R. Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*, São Paulo, 2002.

W.S. Guerra Filho, *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna*, Porto Alegre, 1997a.

W.S. Guerra Filho, *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 1997b.

W.S. Guerra Filho, *Sobre o princípio da proporcionalidade*, in G.S. Leite, *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*, São Paulo, 2003.

R.A. Guibourg et al., *Introduccion al Conocimiento Científico*, Buenos Aires, 1996.

A. C. Guimarães, *Fenomenologia e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 2007.

P. Häberle, *The constitutional state and its reform requirements. Ratio Juris*, Oxford, vol. 13, n. 1, 2000.

S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nova Iorque-Londres, 1999.

A.J. Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*, Porto Alegre, 2002.

K. Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1989.

K. Larenz, *Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica*, Madrid, 1993.

J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, 2000.

M.C.B. Moraes, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normative*, in I.W. Sarlet, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, 2003.

G.R. Mourullo, *Aplicación Judicial del Derecho y Lógica de la Argumentación Jurídica*, Madrid, 1988.

F. Nadal, *A Constituição como Mito: o mito como discurso legitimador da constituição*, São Paulo, 2006.

M.C.P. Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, 1994.

M.C.P. Neves, *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, n. 132, out/dez. 1996, pp. 321-330.

L.A.R. Nunes, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo, 2002.

D.W. Pardo, *Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito*, Rio de Janeiro, 2003.

G.M. Peces-Barba, *La Dignidad de la Persona desde la Filosofia del Derecho*, Madrid, 2003.

F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4. ed., São Paulo, 2000.

M. Reale, *Fundamentos do Direito*, São Paulo, 1972.

M. Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, 1994.

M. Reale, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1995.

I.W. Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 1998.

I.W. Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre, 2001.

J.A. Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7 ed., São Paulo, 2007.

R.M.F. Soares, *O Devido Processo Legal: uma visão pós-moderna*, Salvador, 2008.

R.M.F. Soares, *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*, Salvador, 2008.

R.M.F. Soares, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, Salvador, 2009.

R.L. Torres (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 2002.

J.A.Valdés, *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*, Madrid, , 1990.

P.L. Verdú, *Teoria de la Constitución como Ciencia Cultural*, 2 ed., Madrid, 1998.

O.V. Vieira, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, São Paulo, 2006.

Marina Timoteo

Il diritto nelle parole: aspetti linguistici del diritto cinese contemporaneo

Sommario: 1. Introduzione – 2. Prestiti semantici e nuovo diritto cinese – 3 L'evoluzione giuridica scritta nelle parole – 4. Le parole del diritto cinese nella terra di frontiera: ibridazioni e incertezze terminologiche del diritto contemporaneo – 5 Princìpi giuridici e mondo dei segni.

1. *Introduzione*

Fra Otto e Novecento, sull'onda del movimento epocale che conduce la Cina a un processo di modernizzazione incentrato sulla recezione dei modelli giuridici della *Western Legal Tradition*, nuove connessioni fra lingua e diritto si vengono creando. In questa fase storica, i modelli europei, baluardo delle modernità giuridica, vivono una vicenda espansiva senza precedenti fuori dall'Europa e arrivano, veicolati dalle conquiste imperialiste del Paese, fino in Cina. Tassonomie, costrutti normativi, concetti, termini dei diritti occidentali, del tutto estranei alla storia locale, vengono riprodotti in lingua cinese, creando un codice espressivo destinato a sostenere il processo di modernizzazione[1].

Da questo momento la vicenda del diritto cinese diviene, anche, una vicenda linguistica, una vicenda che merita un livello alto di attenzione. Intorno al tema linguistico, e in particolare traduttologico, ruota infatti una serie di criticità determinanti per la gestione di tutti i processi di comunicazione fra diritti: dai processi conoscitivi alle riforme attuate mediante operazioni di *legal transplants,* al lavoro per l'armonizzazione transnazionale delle regole giuridiche. Se non si affronta questo tema, ogni operazione di conoscenza comparativa, ma anche di riforma del diritto nel

[1]Questo rinnovamento è parte di un processo più ampio che investe tutta la lingua cinese. Per un resoconto completo dell'introduzione della terminologia moderna nella lingua cinese v. F. Masini, *The Formation of Modern Chinese Lexicon and Its Evolution Towards a National Language: The Period from 1840 to 1898*, English translation, (1993) Journal of Chinese Linguistics monograph series 6.

dialogo con altri modelli, è parziale e ad alto rischio di inefficacia[2].

Il presente studio espone alcuni percorsi di analisi incentrati su questo tema, indagando i passaggi che riguardano la prima fase del processo di modernizzazione dei diritto cinese, segnata dalla traduzione di macro concetti fondativi della *Western Legal Tradition* e l'attuale fase di evoluzione del sistema giuridico cinese legata ai processi di ibridazione e globalizzazione del diritto. Una riflessione finale sarà dedicata al valore perfomativo della lingua rispetto al diritto, proponendo l'analisi di un concetto-chiave del diritto cinese contemporaneo, nelle diverse sfumature di significato che esso assume all'interno della lingua giuridica cinese.

2. *Prestiti semantici e nuovo diritto cinese*

La riscrittura del vocabolario del diritto in Cina, fra XIX e XX secolo, è stata un'esperienza estremamente complessa, che ha chiamato in causa i problemi classici della traduzione giuridica in un contesto di riforma basato su una imitazione forzata di modelli esterni[3]. Da un punto di vista cronologico questo processo si sviluppa attraverso quattro fasi principali: dalla prima traduzione di manuali stranieri di diritto internazionale (destinati a introdurre alla corte imperiale cinese i princìpi del nuovo sistema di relazioni internazionali in cui l'espansione imperialista europea aveva proiettato la Cina), alla redazione dell'apparato normativo del costituendo Stato moderno (realizzata prendendo a prestito il vocabolario giuridico già scritto dai giapponesi, che avevano preceduto i cinesi nelle riforme modernizzanti di fine Ottocento), agli innesti linguistici tratti dal diritto sovietico dopo la nascita, nel 1949, della Repubblica popolare cinese, al ripopolamento lessicale dell'ultimo quarantennio di profonde riforme giuridiche e istituzionali.

[2] Sul tema v., da ultimo B. Pozzo, V. Jacometti, *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Padova, 2018.

[3] V., a titolo introduttivo, Beauprè-Kitamura-De Groot-Herboits-Sacco, *La traduction juridique*, in *Les cahiers du droit*, XXVIII, 1987, p. 733 ss.; W.Y. Poon, *Cultural Transfer in Legal Translation*, (2005) 18 International Journal for the Semiotics of Law 307; R. Sacco, *Traduzione giuridica*, in *Dig. It., disc. priv.*, Agg., Torino, 2000, p. 722 ss. Ricordiamo che il contesto nell'ambito del quale si avvia il processo di importazione dei modelli giuridici europei è quello dei cd. Trattati ineguali, i quali prevedevano delle clausole di extraterritorialità che sottraevano alla Cina la giurisdizione sui procedimenti in cui erano coinvolti i cittadini stranieri fino a che non fossero state realizzate le riforme necessarie per adeguare il sistema giuridico cinese ai modelli occidentali.

Da un punto di vista linguistico l'assimilazione delle parole provenienti dal vocabolario dei diritti occidentali ha seguito, prevalentemente, la strategia dei prestiti semantici, formando i neologismi del diritto attraverso un procedimento di calco semantico del termine straniero, morfema per morfema, o attraverso la traduzione del concetto espresso dalla parola originaria. Anche quando i neologismi sono formati attraverso prestiti grafici, ossia recependo i caratteri giapponesi che avevano già tradotto concetti e categorie giuridiche occidentali, tedesche in particolare, dietro i composti importati stanno normalmente operazioni di prestito semantico.

All'epoca dell'approvazione dei primi codici moderni, sotto il governo nazionalista di Jiang Jieshi che riunifica (almeno formalmente) il Paese dopo il crollo dell'Impero, il quadro tassonomico, concettuale e lessicale del diritto cinese viene riscritto pressoché integralmente. In ambito civilistico, dove domina il modello tedesco, ad esempio il "popolo" (*min* 民) viene associato alla "legge" (*fa* 法) per creare il termine *minfa* 民法, ossia "diritto civile", il concetto di "negozio giuridico" viene reso con *falü xingwei* 法律行為 (in versione semplificata 法律行为[4]) ove *falü* sta per "diritto/giuridico" e *xingwei* sta per "atto", la nozione di "persona giuridica" viene tradotta *faren* 法人, ove il *fa* di diritto si associa al *ren* di "persona", mentre il concetto di "obbligazione" è reso con *yiwu* 義務 (义务), composto formato da *yi* di "giustizia/ giusto" e *wu* di "impegnarsi".

Talora i termini importati dal Giappone appartengono alla categoria dei prestiti di ritorno, ossia restituzioni, con significati rinnovati, di precedenti prestiti cinesi alla lingua giapponese, come nel caso della parola democrazia resa con *minzhu* 民主, formato dai caratteri *min*, "popolo", e *zhu*, "padrone", che in origine significava "signore del popolo"[5].

Poche parole si trasferiscono dal diritto imperiale al diritto della Repubblica: *qiyue* 契约 "contratto", *jicheng* 继承 "successione", *hunyin* 婚姻 "matrimonio", sono tra queste. Il loro significato è, tuttavia, destinato a mutare profondamente nell'ambito del contesto normativo e tassonomico del diritto cinese che si va construendo.

[4] La scrittura cinese è stata oggetto di un processo di semplificazione che ha riguardato il numero dei tratti contenuti nei caratteri, fra il 1956 e il 1964. In questo paragrafo si riportano, per la citazione dei neologismi con caratteri non semplificati, la versione tradizionale e fra parentesi quella semplificata, subentrata successivamente.

[5] Lo stesso termine "rivoluzione", *geming* 革命, che avrebbe segnato i principali passaggi storici della Cina moderna, era la restituzione di un prestito precedente da Cina a Giappone. All'epoca della trasmissione originaria il significato di *geming* era "revocare il mandato del Cielo" (ossia delegittimare il governo del sovrano). Su questi prestiti di ritorno v. M. Abbiati, *Guida alla lingua cinese*, Roma, 2008, p. 110.

La scrittura di questo nuovo vocabolario del diritto, infrastruttura necessaria per realizzare un processo di riforma tutto incentrato nell'importazione di modelli stranieri, si manifesterà, tuttavia, in tutta la sua complessità, rivelando più tardi agli studiosi le numerosissime insidie nascoste di un processo di traduzione fra lingue e culture giuridiche molto distanti, spazialmente ma anche temporalmente, fra loro. In questo processo, l'esito dell'operazione di trasferimento di significato può apparire del tutto inadeguato, ai limiti del *non-sense*, come nel caso della locuzione quadrisillaba *quanli nengli* 權利能力 (权利 能力), coniata per tradurre la nozione di capacità giuridica, la cui traduzione letterale suona: "potere-interesse-capacità-abilità"[6]. Oppure ci si po' trovare di fronte al rischio, altissimo in questo tipo di operazioni, di una radicale trasformazione di significati[7]. A questo proposito, il riferimento ormai classico è a un neologismo che ha attirato l'attenzione della maggior parte degli studiosi occidentali occupatisi della prima fase della modernizzazione giuridica cinese: il neologismo che ha tradotto in cinese la parola inglese "right", *quanli* 權利 (权利), prima parte del summenzionato composto quadrisillabo formato per tradurre la capacità giuridica. La creazione del composto *quanli* viene fatta risalire alla traduzione in cinese del fortunato manuale di Henry Wheaton, *Elements of International Law*[8], pubblicato a Pechino, in cinese classico, nel 1864 con il titolo *Wangguo gongfa* 萬國 公法 (Diritto pubblico di diecimila paesi)[9], primo testo destinato a introdurre alla corte imperiale cinese i princìpi del nuovo sistema di relazioni internazionali in cui essa si trovava coinvolta.

Il traduttore William A.P. Martin, un missionario americano incaricato della traduzione dal Principe Gong ed affiancato nel lavoro da quattro letterati cinesi, derivò la parola *quanli* dalla combinazione di due composti:

[6] Sul punto v. H. Pazzaglini, *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo cinese*, 1991, pp. 53-54.

[7] Ancora oggi il tema della traduzione dei documenti giuridici da e verso il cinese è al centro dell'attenzione degli studiosi per le numerossisime insidie che questo tipo di traduzione continua a comportare. A queste insidie non si sottraggono neppure i traduttori ufficiali dei consessi istituzionali più prestigiosi, in cui il cinese è assurto a lingua ufficiale, ad esempio l'ONU, come illustrano chiaramente Cao e Zhao, *Lianhe guowenjian fanyi* (Tradurre alle Nazioni Unite), Beijing, 2006.

[8] Pubblicato nel 1836 e divenuto uno dei manuali di diritto internazionale più popolari del XIX secolo, oggetto di traduzione in francese, spagnolo, italiano, oltre che in lingua cinese.

[9] All'epoca "diritto internazionale" era stato reso con il termine *wangguogongfa* che, più tardi verrà sostituito con il termine di derivazione giapponese ed ancora oggi utilizzato di *guojifa*, 国际法.

quanli 權力 (autorità, potere, dominio) e *liyi* 利益 (interesse, profitto)[10]. *Quanli*, destinato a divenire un termine chiave del nuovo vocabolario giuridico cinese, andando a formare, con la prima parte del composto, *quan*, le parole con cui noi indichiamo i diritti soggettivi[11], fino a *renquan* 人权, che nella attuale Costituzione cinese indica gli "human rights", era semanticamente legato a un'idea di dominio che pareva lontanissima da quella associata all'originale "right".

Tuttavia, non possiamo con certezza dire se la traduzione nasceva nel segno di un equivoco o, al contrario, nel segno della chiara comprensione della realtà: «This is not to say that the translators were incapable of comprehending the true meaning of "right". On the contrary the "excess" signification seems to heed the historical message of "rights" discourse in the *practice* of international law only too well, because it registers the fact that the idea had been brought into China by the nineteenth-century representatives of European international law who had asserted their "trade rights" and the "right" to invade, plunder, and attack the country»[12].

3. *L'evoluzione giuridica scritta nelle parole*

Il patrimonio lessicale e tassonomico che viene creato attraverso questo massiccio lavoro denominato *yijie* 義解, ossia, letteralmente, "introduzione attraverso la traduzione" (del diritto occidentale)[13] resta il grande bagaglio culturale del processo di riforma moderna del diritto cinese. Neppure i decenni del governo maoista, segnati da un influsso sempre più forte della legalità socialista di marca sovietica, cancellano questo sostrato linguistico e concettuale che, dopo l'avvio del nuovo corso denghista, alla fine degli anni settanta del Novecento, riemerge in superficie e accompagna i nuovi percorsi evolutivi del sistema giuridico cinese.

[10] R. Svarverud, *The Notions of 'Power' and 'Rights' in Chinese Political Discourse*, http://www.wsc.uni-erlangen.de/pdf/svarverud.pdf, p. 130, ha individuato un precedente, rispetto al lavoro di Martin, nella traduzione della *Cyclopedia of Geography* di Murray, realizzata da Wei Yuan, il quale per rendere in cinese la parola right utilizzò il carattere *quan* 权.

[11] Ad esempio, diritto di credito si dice *zhaiquan* 债权, diritto di proprietà *suoyouquan* 所有权。

[12] Così L. Liu, *The Clash of Empires. The Invention of China in Modern World Making*, Cambridge (Mass.), 2004, p. 131.

[13] Sul quale, diffusamente D. Cao, *Chinese Law. A language perspective*, Aldershot, 2004, p. 162.

Molti termini-chiave del diritto nazionalista, in particolare in ambito civilistico e commercialistico, dopo l'oblìo della Rivoluzione culturale vengono via via recuperati, andando a sostituire o ad affiancarsi alle parole del diritto socialista e segnando il passo di un ampio processo di transizione: ad esempio, anche se il contratto continua ad essere chiamato col nome derivato dalla dottrina sovietica, *hetong* 合同[14], torna in auge, anche dietro l'influsso del diritto, ormai bilingue, di Hong Kong[15], l'antico termine *qiyue* 契约 rimasto in uso nella colonia inglese. La locuzione "diritti reali", introdotta all'interno del codice civile del 1930 e poi emarginata dalla tassonomia del diritto di proprietà di marca socialista, viene ripresa per intitolare la prima legge in materia proprietaria della RPC, *Wuquanfa* 物权法[16].

Compaiono poi, in questa fase, nuovi termini che ripropongono caratteri cancellati dal vocabolario di epoca maoista, che ora acquistano nuova vita entro neologismi combinatori che accompagnano i percorsi del processo di riforma. Questo accade ad esempio, con uno dei concetti chiave che, a cavallo dei secoli XX e XXI, ridisegna l'ordinamento civilistico cinese, ossia il concetto che in italiano esprimiamo con la parola "privatizzazione".

Questa parola ha, nel lessico cinese, come concetto generale, due traduzioni, *sirenhua* 私人化 e *siyouhua* 私有化. Si tratta di due espressioni costituite da composti trisillabici che condividono il primo e il terzo carattere e si differenziano per il carattere centrale. Nel primo composto il carattere centrale è quello che ha il significato di "uomo", *ren* 人; nel secondo composto il carattere centrale significa "avere", *you* 有. Dunque la persona è al centro del primo composto che esprime il concetto di privatizzazione, mentre l'avere è al centro del secondo. Possiamo già da questi primi elementi dedurre la differenza di significato: il primo concetto punta l'attenzione sull'individuo, il secondo si concentra sulla prospettiva dei beni. *Siyouhua*

[14] Il composto *hetong*, espressione di un'idea di comunione ed uguaglianza (*he* sta per "accordare", "unire", mentre *tong* significa "uguale", "comune") venne introdotto negli anni Cinquanta in luogo di *qiyue*, perché ritenuto maggiormente in sintonia con l'ideologia socialista.

[15] Gli ordinamenti delle due regioni a statuto speciale, Hong Kong e Macao, il primo in particolare, si profilano come un'importantissima sede di sviluppo di novità sul piano linguistico – non solo in termini lessicali, ma anche di costruzione delle frasi e di *pattern* linguistici – che manifestano i propri effetti anche sul diritto della Cina popolare. V., per una prima introduzione al tema A. Lee, *Language and the Law in Hong Kong: From English to Chinese*, (1996) 3 Current Issues In language & Society 156.

[16] La Legge sui diritti reali, *Zhonghua renmin gongheguo wuquan fa* 中华人民共和国物权法, è stata approvata dalla decima Assemblea nazionale del popolo il 16 marzo 2007.

私有化 è, infatti, il termine coniato per definire un passaggio epocale, ossia la privatizzazione delle imprese statali, quelle imprese che fino agli anni novanta sono state il pilastro del sistema economico socialista[17]. *Sirenhua* 私人化 è, invece, legato alla dimensione soggettiva del diritto, con riferimento ai rapporti di dominio sui beni[18].

Questi esempi di ridefinizione linguistica, in connessione con le riforme economiche e giuridiche, ci mostrano la grande capacità definitoria della lingua scritta cinese, una lingua estremamente puntuale, in grado di demarcare semanticamente le situazioni con grande specificità.

Nei due nuovi termini che esprimono la privatizzazione troviamo anche due concetti che sono protagonisti di primo piano, in termini generali, del processo di riforme in atto. Il primo fa riferimento alla dimensione privata, che è espressa dal primo carattere, *si* 私. Questo carattere, bandito dalla lingua (non solo giuridica) cinese fin dagli anni Cinquanta, significa "privato" o "non pubblico" e riemerge nel lessico cinese negli anni Novanta, quando la Cina introduce il sistema del "socialismo di mercato". L'altro elemento in comune dei due composti è il carattere 化 *hua*, il quale (come suffisso) esprime l'idea del processo di trasformazione. Il carattere è composto da due parti, o meglio da due immagini che concorrono a determinare un senso: a sinistra per chi legge c'è l'immagine di un uomo, a destra c'è la rappresentazione di un paiolo rovesciato. Un uomo che maneggia e rovescia il paiolo è l'alchimista, e *hua*化 rappresenta il cambiamento di stato, la trasformazione. *Hua*化 è il carattere utilizzato per definire la scienza chimica[19].

L'ultimo decennio del XXI secolo, momento di grande accelerazione storica, che ha trasfigurato il volto della Cina, è stato il tempo della proliferazione dei composti trisillabici che terminano con il suffisso *hua* 化. Un'intera classe di parole nuove, che i linguisti chiamano neologismi combinatori, è stata formata per indicare i grandi processi di trasformazione che hanno investito il Paese[20] a partire, in ambito giuridico, dalla parola *falvhua*

[17] Cfr. 何其多，《私有化概念的定义》，载《现代经济探讨》(He Qiduo, *Definizione del concetto di privatizzazione,* in *Studi di economia moderna*, n. 7, 2011, p. 27).

[18] Qui la svolta terminologica e concettuale si è avuta con la legge sui diritti reali. Se i Principi Generali di Diritto Civile del 1986 parlavano del "cittadino", più che del soggetto di diritto e, a proposito delle situazioni di appartenenza, facevano riferimento "patrimonio legittimo del cittadino", *gongming de hefa caichan* 公民的合法财产 (art. 75, co. 2°), la legge sui diritti reali del 2007 sostituisce la nozione giuspubblicistica del "cittadino" con quella privatistica del "soggetto di diritto" e parla di *siren de hefa caichan* 私人的合法财产 (art. 65).

[19] Cfr. 谷衍奎编：《汉字源流字典》 (Gu Yankui, a cura di, *Dizionario sull'origine dei caratteri cinesi*) Huaxia, Beijing, 2003, pp. 9-10.

[20] C. Bulfoni, *Il linguaggio politico cinese attraverso la stampa: analisi del nuovo lessico*, p.

法律化, "legalizzazione", che ha contrassegnato la definitiva conversione del sistema giuridico cinese ai modelli formalizzati di marca occidentale.

4. *Le parole del diritto cinese nella terra di frontiera: ibridazioni e incertezze terminologiche del diritto contemporaneo.*

Oggi il vocabolario giuridico creato all'alba della modernizzazione ha trovato una sua relativa stabilizzazione, anche se la questione della traduzione degli apparati concettuali e dei grandi princìpi delle diverse tradizioni giuridiche, resta apertissima, come vedremo nel paragrafo successivo.

Su questa questione, poi, se ne sono venute innestando altre, legate alle dinamiche dell'evoluzione giuridica del nostro tempo. È, questo, un tempo in cui i modelli non circolano più in senso unidirezionale (un modello prescelto viene trapiantato nel paese da modernizzare). Oggi è il tempo delle contaminazioni anche sul fronte della circolazione dei modelli giuridici: i modelli si incrociano, si sovrappongono, si fondono. Questo è quanto è accaduto anche nel caso cinese, in cui si è avuto l'ingresso copioso di nuovi concetti che derivano da sistemi diversi da quelli che hanno ispirato la prima fase della modernizzazione del diritto cinese. Così, accanto ai termini recuperati dalla prima modernizzazione novecentesca e ai termini nuovi, coniati negli ultimi decenni per definire i profondi processi di trasformazione giuridica in atto, altre importanti novità terminologiche e concettuali stanno segnando il percorso della riforma giuridica cinese. Una delle più rilevanti è quella che vede l'ingresso del mondo di *common law* nell'impianto concettuale di marca *civilian* del sistema. Perfetta espressione di un mondo che è sempre più segnato dalla cifra dell'ibridazione, il diritto cinese, apre varchi a regole e istituti di diversa provenienza, con uno sguardo sempre più attento al diritto americano, che ha portato a inserire, ad esempio, le *floating charges* (*fudong danbao* 浮动担保) nell'ambito del sistema delle garanzie[21], le regole della *dilution* (*danhua* 淡化) in materia di tutela del marchio[22], i *punitive damages* (*chengfa xing peichang*惩罚性赔偿) nella legge sulla responsabilità civile[23].

115, http://air.unimi.it/bitstream/2434/156172/2/12_Bulfoni-p.105.pdf .

[21] Legge sui Diritti Reali, cit. *supra*, nt. 16, art. 189.

[22] Cfr. Cfr. Li Yougen, *Analysis on the Impact of the "Dilution Theory" on Ruling of Trademark Cases – Research on 100 Judgments of Well-Known Trademark Cases*, in *Front. Law China*, vol. 5, n. 1, 2009, p. 27 ss.

[23] Legge sulla responsabilità civile, art. 47. La Legge sulla responsabilità civile della RPC,

Nel campo della responsabilità extracontrattuale, in generale, secondo quanto è stato osservato dagli stessi redattori della legge, la filosofia di fondo di quest'ultima è rappresentata dalla fusione di regole di *common law* e *civil law*, così come sintetizzato dalla frase a dieci caratteri che un autore ha utilizzato per spiegare il senso della normativa: "大陆法为体，英美法为用", ossia "fondarsi sul *civil law*, servirsi del *common law* "[24].

Questa strategia, tuttavia, ha dato luogo a più di una situazione di incertezza concettuale. Ad esempio, l'introduzione, nei discorsi della dottrina che si è formata alla scuola del diritto statunitense, della nozione di *strict liability*, accanto a quella della responsabilità senza colpa di matrice *civilian*, ha condotto alla coesistenza e alla confusione, sul piano concettuale, dei due concetti, nella lingua giuridica cinese, con conseguenti problemi interpretativi nella fase di attuazione delle nuove norme in materia di responsabilità civile[25].

Un altro esempio dei riflessi, e degli effetti di incertezza, che l'ibridazione di mondi e modelli giuridici produce nel diritto cinese contemporaneo si può trarre dalla legge sui diritti reali, con riferimento al concetto, centrale per questa materia, di "bene" (物, *wu*). Con riferimento a questo concetto la legge del 2007 apre la via verso un superamento della stretta identificazione del bene con le cose corporali, disponendo, all'art. 2: «Ai sensi di questa legge, le cose comprendono beni immobili e beni mobili. Ove la legge stabilisca un diritto come oggetto di diritto reale, ci si attenga a quanto stabilito»[26]. In dottrina, nei commenti a questa disposizione, si è subito affermata una visione ampia di bene, includendo fra i beni anche i diritti di proprietà sulle cose non corporali e facendo ricorso, per esprimere questo concetto, a quella che è la nozione più lata di diritti di proprietà, 财产权利*caichan quanli*[27], che

*Zonghua renmin gongheguo qinquan zerenfa*中华人民共和国侵权法法 è stata approvata il 26 dicembre 2009.

[24] 杨立新，中华人民共和国侵权行为法编起草说明(上)，中国民商法律网，(Yang Lixin，*Chiarimenti sul processo di elaborazione della legge sulla responsabilità civile*, http://www.civillaw.com.cn/qqf/weizhang.asp?id=10588 (ultimo accesso 7 maggio 2013).

[25] Per una panoramica sulle principali interpretazioni dottrinali delle due nozioni di "strict liability" 严格责任 e "resposabilità senza colpa" 无过错责任， 杨立新，侵权法论 Yang Lixing, *Uno studio sulla legge sul fatto illecito*), Casa editrice dei tribunali del popolo, Beijing, 2011, p. 144; 张新宝，中国侵权行为法(Zhang Xinbao, *Il diritto dei fatti illeciti in Cina*), Casa editrice delle scienze sociali, Beijing, 1988, p. 64.

[26] La traduzione è di Terracina, *Legge sui diritti reali*, Torino, 2008.

[27] Cfr., per un commento alla Legge sui diritti reali, su questo punto, A. Fei, *Wuquanfa* (La legge sui diritti reali), Pechino, 2011, pp. 17-20; H. Zhou, *Lun zhongguo minfa shang de wu yu caichan* (Sui beni e sulle proprietà nel diritto civile cinese), in *Dalian haishi daxue xuebao*, vol. 5, 2010, pp. 63-66.

viene utilizzata, per la prima volta, dal legislatore nella nuova *Minfa zonzge*, ossia il libro primo del redigendo codice civile cinese[28]. Questo termine, andando oltre la nozione di proprietà come diritto su un bene corporale, nozione classica del diritto moderno euroromanista, richiama l'idea di un diritto che si riferisce agli elementi attivi del patrimonio. È interessante osservare, a questo proposito, che 财产权利*caichan quanli* è anche il termine utilizzato a Hong Kong per tradurre in cinese la nozione di *property* del mondo di *common law*[29], il quale notoriamente non è così monolitica così come quella tipica della tradizione moderna di *civil law*. Il processo di frammentazione e dematerializzazione che ha investito il mondo dei beni nel diritto e scosso l'architettura concettuale del *civil law*, spostando l'asse del rapporto proprietà-beni verso questi ultimi, ha dunque trovato una sua espressione nel diritto cinese, in cui convivono concetti e termini di diversa provenienza culturale.

L'incrocio di mondi terminologici che derivano da culture giuridiche diverse e esprimono categorie che demarcano diversamente i fatti relativi ai vari ambiti del diritto[30], è, tuttavia, operazione assai complessa che richiede un grande lavoro sulle tassonomie, sulla ridefinizione delle categorie e dei concetti del diritto privato, i quali nell'ultimo secolo hanno attraversato passaggi complessi e conosciuto molte stratificazioni dovute all'evoluzione storica del diritto cinese. Questo lavoro è tanto più urgente in vista di quello che oggi è per il governo cinese un obiettivo epocale, ossia l'elaborazione di un codice civile, il primo della storia delle Repubblica popolare[31].

[28] La Parte generale del diritto civile, *Zonghua renmin gongheguo minfa zonzge* 中华人民共和国民法总则, è stata approvata il 5 marzo 2017, durante la quinta Sessione della dodicesima Assemblea nazionale del popolo. L'articolo che introduce la nozione più ampia di diritti di proprietà è l'articolo 113.

[29] Per una riflessione sui termini utilizzati a Hong Kong e nella mainland China in materia proprietaria e sui loro significati, v. C. H. Chan, *The use and Translation of Chinese Legal Terminology in the Property Laws of Mainland China and Hong Kong. Problems, strategies and future development*, in *Terminology* 17:2, 2011, pp. 249-273.

[30] Sul ruolo demarcatorio delle categorie giuridiche e sulle implicazioni che la lingua ha, a questo proposito, sul diritto v. A. Gambaro, *The Plan d'Action of the European Commission. A Comment*, in *Eur. rev. priv. law*, vol. 6, 2003, p. 776 ss.

[31] Per una riflessione su questo processo rinvio a M.Timoteo, *China codifies. The first book of the Civil code between Western models to Chinese characteristics*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2019, n. 1.

5. *Princìpi giuridici e mondo dei segni*

Un ultimo accenno, in queste brevi riflessioni sulle connessioni fra lingua e diritto nel sistema giuridico cinese contemporaneo, va fatto al rapporto fra lingua scritta e lingua parlata.

Qui il dato di partenza è che la lingua cinese scritta e parlata viaggiano su binari separati: esse infatti si sono evolute su strade diverse e sebbene, in epoca moderna, il divario netto fra stile scritto e orale sia stato superato, restano delle differenziazioni di fondo, di cui la più evidente è la distanza legata al perdurare del carattere non fonetico della scrittura. Pur essendo i caratteri associati a sillabe, la scrittura cinese non è sillabica, poiché ad una stessa sillaba fanno riscontro più caratteri: «le circa 1.200 sillabe della lingua cinese moderna si spartiscono un numero di caratteri distinti pari a qualche decina di migliaia»[32]. Ciò si traduce nella presenza di frequenti casi di omofonia che solo il riferimento visivo della parola può risolvere: in cinese le due frasi "ho potere di decisione", "ho diritto di decidere" si pronunciano allo stesso modo: "*Wo you quanli jueding*". La perfetta omofonia, anche tonale, è nel composto *quanli*, che abbiamo già esaminato quale traduzione della parola "right", 权利, che si pronuncia in maniera identica per indicare la parola "potere", 权力. Per capire in quale delle due situazioni ci troviamo sarà il contesto linguistico ad indirizzarci o, in seconda battuta, sarà il riferimento visivo al composto *quanli* a chiarirci il senso della frase[33].

I riferimenti visivi della lingua scritta segnano, a loro volta, un codice semantico tutto interno alla lingua cinese che ha un valore performativo ed esplicativo anche nel campo del diritto. Possiamo, a titolo di esempio, ricordare come è stato veicolato il concetto di *fazhi*, tradotto, anche dagli autori non anglofoni, con l'espressione "*rule of law*". Il *fazhi* è un principio di rango costituzionale introdotto nel 1999 con un emendamento dell'art. 5 della Costituzione cinese. Fino al 1999 l'art. 5 così recitava «Guojia weihu shehui zhuyi *fazhi* (法制) de tongyi he zunyan». «Lo Stato protegge l'uniformità e la dignità del sistema legale socialista». Dopo l'emendamento il nuovo testo dell'art. 5 è il seguente: «Zhonghua renmin gongheguo xinxing yi *fazhi* (法治) guo, jianshe shehuizhuyi fazhi guojia». «La Repubblica popolare cinese governa il paese attraverso il *rule of law* e costruisce uno stato socialista fondato sulla legge». Il *fazhi* del testo originario, 法制 è stato sostituito da un nuovo composto che si pronuncia allo stesso modo ma si scrive diversamente

[32] Cfr, ancora, M. Abbiati, *Guida alla lingua cinese*, pp. 63-64.

[33] La confusione terminologica sul *quanli* investe, ancora oggi, gli stessi cinesi, come riferisce Svarverud, *The Notions of 'Power' and 'Rights' in Chinese Political Discourse*, cit. p. 130.

ed ha un diverso significato, 法治. Il *fa* è il medesimo, ed è il carattere base del termine diritto e delle espressioni derivate da tale termine (legge è *falü*, 法 律; codice è *fadian*, 法 典); il *zhi* è cambiato. Per spiegare questo rilevante mutamento normativo, che è divenuto uno degli oggetti privilegiati della ricerca gius-sinologica"[34], i giuristi cinesi hanno fatto ricorso alla lingua ed in particolare a quel fondamentale elemento ordinante della lingua cinese che sono i radicali, chiavi grafiche (normalmente ideografiche) in base a cui i caratteri vengono ordinati. Mentre il *zhi* del *fazhi* pre-emendamento, 制, ha il radicale che significa coltello (i due tratti verticali a destra del carattere, 刂) e che si pronuncia *dao*, il *zhi* del *fazhi* dell'emendamento, 治, ha, invece, il radicale dell'acqua (i tre tratti sulla sinistra del carattere, 氵) che si pronuncia *shui*. Questo secondo *fazhi* è stato identificato come *shuizhi*, ossia il *fazhi* che ha il *zhi* dell'acqua. Il passaggio da un'espressione normativa all'altra, nella necessità di gestire una omofonia, viene spiegato linguisticamente come passaggio dal *daozhi* (*zhi* del coltello) al *shuizhi* (*zhi* dell'acqua) e semanticamente come passaggio da una concezione del diritto come sistema di comandi che scendono pesantemente dall'alto ad una concezione del diritto ispirato dall'elemento acqua, simbolo di chiarezza e equilibrio, un diritto come strumento di governo del potere statuale che può intervenire sui meccanismi di questo[35]. È un parlar per metafore quello che sintetizza la traduzione: dal coltello all'acqua come metafora dell'avvio del processo di giuridicizzazione del potere[36].

È, questa modalità espressiva, manifestazione tipica di una lingua che, come quella cinese, considera il linguaggio non tanto come forma simbolica organizzata al fine di comunicare idee, quanto come strumento con funzioni performative. Questo è il fattore caratterizzante che abbiamo visto in azione anche nei vari passaggi evolutivi del diritto cinese moderno e contemporaneo che sono stati ripercorsi in queste pagine, un fattore che

[34] V., fra gli altri, Chen, *Towards a Legal Enlightenment: Discussion in Contemporary China on the Rule of Law*, (1999) 17 Pacific Basin Law Journal 125; R. Perenboom, *China's Long March Towards the Rule of Law*, Cambridge, 2002; G. Ajani, *La* Rule of Law *in Cina*, in *Mondo cinese*, 2006, n. 1, p. 18 ss.

[35] L'argomentazione riportata nel testo risale, nella sua prima formulazione, a Yu Haocheng, *Lun fazhi yu fazhi gainian zhi yitong jianji yi fazhi guo de tifa* (Sulla differenza fra *fazhi* e *fazhi* e sul principio di governo dello Stato attraverso la legge), in *Zhengfa luntan*, 1981, n. 3, pp. 9-12; definisce ulteriormente i termini della dialettica far i due *fazhi* Lin Jinguo, *Luelun fazhi yu gazhi* (A proposito di *fazhi* e *fazhi*), in *Zhengfa luntan*, 1993, n. 1, pp. 7-14.

[36] Secondo l'idea che è tipicamente retrostrante alla formula *rule of law* o stato di diritto. Cfr. Costa, *Lo stato di diritto: un'introduzione storica*, in Costa-Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica,* Milano, 2006, p. 89 ss.

deve sempre essere tenuto presente quando si lavora con il diritto cinese e la sua lingua.

Il cinese è una lingua che ha in sé i germi dell'azione, una lingua, come ci ricorda Marcel Granet, che è fatta da «un sistema di simboli più efficaci a orientare l'azione che adatti a formulare concetti, teorie o dogmi»[37]. In ciò sta una fondamentale differenza con le modalità occidentali di espressione del pensiero. Di questo è necessario tenere conto quando ci si pone in comunicazione con il diritto cinese.

[37] M. Granet, *Il pensiero cinese*, 4a ed., Milano, 2004, p. 23.

Federico Roberto Antonelli

L'extraterritorialità e le concessioni: contributo alla modernizzazione dei sistemi giuridici locali e profili di comparazione giuridica

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'extraterritorialità – 3. Le concessioni – 4. L'amministrazione della giustizia – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il saggio intende mettere in evidenza il ruolo svolto dall'applicazione del principio di extraterritorialità in Asia sulla formazione del diritto moderno in Cina, Giappone e Corea; in particolar modo all'interno delle concessioni straniere dove giuristi di diversa origine si sono dovuti confrontare con il metodo comparativo. Si procederà ad una contestualizzazione anche storica dell'argomento, seguita da una descrizione dell'istituto dell'extraterritorialità e delle concessioni, per infine esaminare l'amministrazione della giustizia al tempo dell'extraterritorialità ed in particolar modo nella Concessione internazionale di Shanghai.

Come noto, l'Asia incontra la tradizione giuridica occidentale intorno alla metà del XIX secolo, quando le potenze occidentali, con l'uso o la sola minaccia della forza, costrinsero all'apertura la Cina e il Giappone, rispettivamente con la Guerra dell'oppio (1839-42) e con la visita delle 'navi nere' statunitensi del Commodoro Perry nella baia di Uraga (1853). Quanto alla Corea, nel 1882 gli Stati Uniti ottengono per primi il diritto all'applicazione del principio dell'extraterritorialità per i propri cittadini, senza peraltro neanche dover minacciare l'uso della forza. In tutti e tre i casi furono gli Stati Uniti e non l'impero britannico a richiedere ed ottenere per primi l'applicazione del principio di extraterritorialità in materia civile, esteso successivamente alle altre potenze in base alla clausola della nazione più favorita.

I trattati internazionali che hanno fatto seguito a tali fatti storici sono stati la via tramite la quale la tradizione giuridica occidentale, grazie anche ad una molteplicità di processi concomitanti, ha cominciato a diffondersi nei paesi dell'Estremo Oriente. Tali trattati, definiti ad inizio del XX secolo

come 'ineguali', costrinsero Cina e Giappone a seguire i paradigmi dello *ius gentium* in materia di diritto internazionale e a recepire i modelli giuridici occidentali in materia penale, civile e costituzionale quale precondizione per recuperare la propria piena sovranità e giurisdizione; ad aprire quindi le porte del paese alla cultura occidentale e alle forze economiche straniere, con la conseguente diffusione degli ideali borghesi (ma successivamente anche socialisti) in campo politico ed economico.

Molto si è scritto sull'influenza esercitata dalla tradizione giuridica occidentale sul processo di modernizzazione del diritto giapponese e cinese (e a cascata sugli altri diritti dell'area sinica, a partire da quello coreano)[1]. L'attenzione, soprattutto nella letteratura giuridica europea, è stata però perlopiù concentrata sul fenomeno della ricezione dei modelli romanistici prima in Giappone e Corea e poi, invero con un percorso più travagliato, in Cina (Antonelli, 2009: 421-426). In realtà, la fine dell'isolazionismo commerciale e quindi culturale del mondo sinico avvenuta a metà dell'800, ha fatto in modo che il pensiero giuridico occidentale abbia iniziato a circolare nella società, seppur inizialmente in una ristrettissima cerchia, anche dal basso, proprio grazie alle possibilità offerte dai 'trattati ineguali'. Il sapere giuridico occidentale si è diffuso, infatti, a partire dai cosiddetti 'porti aperti', indipendentemente dagli obblighi giuridici che scaturivano dai suddetti trattati o dalle valutazioni del governo giapponese dei Meiji o di quello sino-mancese dei Qing circa la convenienza dell'importazione del diritto delle nazioni 'civili'; non *ratione auctoritatis* dunque ma *auctoritate rationis*. Tali idee si sono diffuse in un primo tempo essenzialmente tramite i missionari e qualche occidentale chiamato a ricoprire ruoli nelle amministrazioni pubbliche o nelle nascenti università e poi tramite il movimento rivoluzionario repubblicano e socialista. Emblematico esempio di una propagazione dal basso è il movimento dei Taiping che si possono considerare i veri precursori della modernizzazione del diritto nell'area asiatica. Già intorno alla metà dell'Ottocento avevano infatti adottato per circa due decenni, in uno Stato che ricopriva un'ampia area geografica corrispondente alla Cina centro-meridionale, i principi giuridici più avanzati della tradizione giuridica occidentale del tempo, dei quali erano venuti a conoscenza tramite missionari protestanti (Antonelli 2005).

La letteratura giuridica ha riservato invece finora minore attenzione, pur non ignorandolo, al ruolo svolto per la modernizzazione del sistema giuridico locale dall'applicazione del principio di extraterritorialità e dalle

[1] In italiano si vedano: Moccia (1999), Cavalieri (1999), Ajani, Serafino e Timoteo (2007), Moccia (2009) ma anche Cavalieri (2008) e Torino (2017).

concessioni straniere istituite dai numerosi 'trattati ineguali' firmati da Cina e Giappone e Corea. I motivi si possono facilmente spiegare con la sconvenienza in termini *politically correct* di rivalutare un'esperienza storica considerata non a torto imperialista, sia da chi la ha subita sia da chi la attuò; paesi che oggi sono le più avanzate democrazie del globo. Risultava infatti sconveniente per gli studiosi sia asiatici che occidentali far emergere, in un contesto dove certamente prevalevano le ombre della violenza coloniale, i numerosi aspetti di modernizzazione e democratizzazione della società locale conseguiti proprio per la presenza delle concessioni e per come veniva lì amministrata la giustizia. La maggior parte delle testimonianze risalgono ai protagonisti dell'epoca; in lingua italiana ne è un esempio la pubblicazione di Giandomenico Musso del 1926, *La Cina ed i cinesi. Loro leggi e costumi*, in cui l'autore scrive, tra l'altro, della sua esperienza di giudice nella Concessione internazionale di Shanghai (Musso 1926). Più di recente l'argomento viene ripreso da ius-sinologi di varie parti del mondo e dalla stessa dottrina cinese[2].

La presenza delle concessioni straniere ha svolto un decisivo e troppo sottovalutato ruolo nel processo di modernizzazione del diritto cinese; occorre tenere nella giusta considerazione, infatti, l'influenza diretta ed indiretta esercitata dalla presenza in territorio cinese di numerose aree dove l'amministrazione della giustizia era portata avanti secondo il diritto e le procedure di paesi appartenenti alla tradizione giuridica occidentale e dove i migliori giudici, avvocati e ricorrenti cinesi hanno potuto confrontarsi, prima che nel resto della Cina, con un diritto non-confuciano. Ad essere trascurate sono state in particolare le interazioni nel sistema della giustizia tra aree della Cina sottoposte alla giurisdizione straniera e quelle poste sotto la sovranità delle autorità cinesi e il funzionamento delle corti miste dove, in sostanza, giudici cinesi e stranieri decidevano insieme le cause civili che coinvolgevano cittadini cinesi e stranieri.

Trascurata invero è stata anche l'intera storia del diritto della Repubblica di Cina considerato come una fase di mero passaggio tra Cina imperiale e Cina comunista[3]. È invece proprio in questa fase storica, ed in particolare fino al consolidamento al potere del Partito nazionalista alla fine degli anni '20, che si assiste sia al periodo di massima espansione della giurisdizione extraterritoriale che alla nascita di una borghesia locale e delle prime industrie; la cosiddetta 'età d'oro della borghesia cinese' (Bergère 1986),

[2] In inglese si veda Clark (2015) ed in cinese Xia Yang (2007). Un'analisi storica recente dell'esperienza delle concessioni sotto il profilo economico ma anche giuridico si trova in Coco (2017).

[3] Per un'eccezione, si veda Samarani (2017).

premessa indispensabile per la formazione di un sistema giuridico moderno in Cina e per la conseguente abolizione dell'extraterritorialità. In questa fase, complice l'assenza di un potere centrale forte (periodo noto come quello dei 'signori della guerra'), l'influenza della giurisdizione consolare si era notevolmente espansa, giungendo perfino a giudicare casi in cui sia il convenuto che l'attore erano cinesi, ed ha esercitato un'influenza diretta sulla vita di moltissimi cinesi che abitavano nelle aree urbane più modernizzate.

Ma vi è di più. Il diritto e l'amministrazione della giustizia nelle concessioni, specialmente in quella cosiddetta internazionale di Shanghai, non è solo di interesse per il processo di modernizzazione dei diritti locali ma è stata un'esperienza storica di particolare interesse per il comparatista, in quanto in una ristretta area geografica si applicava una commistione di diritti: cinese, inglese, americano, francese, italiano ecc., sia a livello di diritto sostanziale che procedurale. Un italiano che viveva a Shanghai poteva trovarsi sottoposto nella stessa giornata alla legge e giurisdizione cinese, francese, inglese, americana e italiana. Utile appare dunque oggi sollevare il velo su un periodo in cui si è formato un sistema giuridico locale con modalità *bottom up*, i cui maggiori protagonisti sono stati i cosiddetti pratici del diritto, di molte nazionalità, anche cinesi; professioni giuridiche che fino alla caduta dell'Impero (1911) erano ancora sconosciute al diritto locale, come gli avvocati, che da subito vennero chiamati ad operare in un contesto giuridico estremamente globalizzato. Inoltre, la Concessione internazionale di Shanghai ma anche le altre concessioni in Asia Orientale sono state per i giuristi occidentali (di diverse nazionalità e tradizioni giuridiche, di *common law* come di *civil law*) le prime concrete occasioni di praticare e di misurarsi nei tribunali delle concessioni con il metodo comparativo. Tra l'altro, proprio in quegli anni il Movimento per l'uniformazione del diritto prendeva l'abbrivio con il Congresso di diritto comparato svoltosi nell'ambito dell'Expo di Parigi del 1900. Le concessioni non sono quindi state solo il luogo di formazione di una prima generazione di giuristi giapponesi e cinesi ma anche un formidabile contesto dove giuristi di tutto il mondo hanno dovuto, prima che altrove, esercitare la comparazione giuridica; li immaginiamo accorgersi prima di altri degli effetti della chiusura degli ordinamenti causata dal processo di codificazione in Europa e America latina (anche Brasile, Cile, Perù e Mexico furono tra i paesi a vantare diritti di extraterritorialità in Cina e Giappone) e sperimentare la possibilità di dialogo tra giuristi di *civil law* e *common law*, ben testimoniata da Giandomenico Musso nella pubblicazione già ricordata.

Sotto il profilo della sistemologia, le vicende dell'extraterritorialità e

delle concessioni sono utili anche a comprendere in che termini il sistema giuridico cinese può considerarsi appartenere alla famiglia di *civil law* prima e socialista poi. È importante infatti notare che dalla metà del XIX agli anni '30 del XX secolo sono stati soprattutto giuristi anglosassoni, anche grazie all'istituzione di tribunali *ad hoc* in Cina e Giappone per esercitare la propria giurisdizione extraterritoriale, ad aver influenzato maggiormente il processo di formazione del nuovo diritto; un'influenza ravvisabile ancora oggi nelle modalità di formazione dei giuristi, e in particolare degli avvocati.

In questo contesto, la Concessione internazionale di Shanghai, così denominata perché frutto dell'unione nel 1863 della concessione inglese e quella americana, assume una rilevanza particolare sotto molteplici aspetti e verrà pertanto presa particolarmente in esame. Intanto per l'importanza economica della città di Shanghai. La città si era infatti sviluppata con l'arrivo degli stranieri a metà '800 fino a diventare negli anni del primo dopoguerra la 'Parigi di Oriente'; una grande città finanziaria e commerciale abitata da cinesi e stranieri di tutte le nazionalità e dove erano insediate le più importanti società presenti in Asia, che offrivano dunque una variegata casistica di contenziosi da risolvere, applicando diversi diritti nazionali. Altro aspetto peculiare della Concessione internazionale era di essere amministrata, anche in materia giudiziaria, da cittadini di una molteplicità di paesi tra cui appunto per un certo periodo l'italiano Musso. Si farà riferimento tuttavia di tanto in tanto anche all'esperienza delle concessioni in Giappone e alla concessione italiana nella città di Tianjin, all'epoca la seconda più importante città cinese.

2. *L'extraterritorialità*

In Europa l'esenzione della extraterritorialità era conosciuta già dal XII secolo; il diritto tradizionale cinese non conosceva invece tale istituto, così come non conosceva quello delle immunità concesse agli agenti diplomatici. Nemmeno su Macao, occupata dai portoghesi a titolo di locazione dal 1557, i cinesi accettarono mai, fino al 1887, di rinunciare alla propria giurisdizione.

Sebbene qualche privilegio fosse già stato concesso ai commercianti russi dal Trattato di Nerchinsk (1689) e da quelli di Kiakhta (1727 e 1768), fu il Trattato di Humen[4] (1843) a prevedere, pur senza una formulazione *ad hoc*

[4] Per una raccolta dei trattati internazionali tra la Cina e le Potenze fino al 1902 si veda:

di ordine generale, l'esenzione dalla giurisdizione cinese in materia penale per i sudditi britannici. Il Trattato di Wangxia (1844) con gli Stati Uniti prevedeva invece espressamente l'esenzione dalla giurisdizione sia in materia penale che civile per i cittadini americani; tali principi vennero poi estesi a tutti gli stati firmatari di 'trattati ineguali' con la Cina, in base appunto alla clausola della nazione più favorita.

Più travagliata fu la gestione dei contenziosi misti in materia civile che i primi trattati ineguali non provvedevano in modo chiaro a disciplinare. Nel 1876, per chiarire questo punto che stava alimentando crescenti tensioni, Gran Bretagna e Cina firmarono l'Accordo di Chefoo in cui si stabiliva il principio secondo cui, nei contenziosi in cui erano parte in causa un cinese ed uno straniero, la causa fosse giudicata dall'autorità competente della nazionalità del convenuto, secondo la legge di quest'ultimo e alla presenza di un funzionario dell'altro paese che, se insoddisfatto di come il caso era stato trattato, poteva manifestare in dettaglio il suo parere negativo anche per vie diplomatiche. Un analogo trattato firmato dagli Stati Uniti nel 1880 (*Treaty on Commercial Relations and Judicial Procedure*) prevedeva anche la facoltà di esaminare i testimoni da parte del 'funzionario osservatore'. Questo divenne il metodo per la ripartizione della giurisdizione e determinazione della legge applicabile fino alla fine dell'extraterritorialità anche per le altre Potenze. All'interno delle concessioni, invece, vennero generalmente creati dei tribunali misti *ad hoc*; nel *settlement* internazionale di Shanghai le cause miste furono giudicate da una corte composta da due magistrati, uno straniero ed uno cinese (Clark, 2015: I 173-175). Dopo la caduta dell'Impero, si assiste ad un periodo di instabilità e sfaldamento dell'apparato amministrativo dello stato cinese che indurrà i paesi stranieri a rafforzare ulteriormente la propria giurisdizione su tutti i casi misti, indipendentemente dal fatto che lo straniero fosse il convenuto e, come si dirà meglio oltre, nel *settlement* internazionale di Shanghai ad estendere addirittura la giurisdizione di dette corti miste anche ai casi che riguardavano solo cittadini cinesi (Coco, 2017: 117).

Anche l'Italia con il Trattato del 1866, ratificato a Shanghai il 12 novembre 1867, ottenne la giurisdizione consolare in materia civile sulle «questioni insorte tra italiani» o stranieri «relativamente ai diritti, alle proprietà od alle persone», mentre nelle 'cause miste' (che vedevano cioè coinvolti cittadini cinesi e italiani) il caso veniva deciso di comune accordo tra autorità consolari italiane e autorità «Chinesi»; la giurisdizione era invece italiana in materia penale nei casi di delitti commessi da italiani contro cinesi (Musso, 1926: 1353-1370). Numerosi i paesi che hanno goduto

Treaties (1902).

ed esercitato i privilegi di extraterritorialità in Cina o Giappone (ed in genere in entrambi i paesi): Gran Bretagna, Stati Uniti, Francia, Germania, Giappone, Austria-Ungheria, Russia, Belgio, Italia, Norvegia, Svezia, Spagna, Danimarca, Olanda, Brasile, Cile, Perù, Messico e Svizzera. I paesi che godevano dell'extraterritorialità di giurisdizione per i propri cittadini la esercitavano per lo più tramite i loro consoli *in loco*; come si dirà meglio oltre, solo Stati Uniti e Gran Bretagna istituirono dei veri e propri tribunali *ad hoc* per la Cina ed il Giappone.

Per quanto riguarda il Giappone, il principio dell'extraterritorialità fu introdotto con la Convenzione di Kanagawa del 1854 con gli Stati Uniti, a seguito della prova di forza del Commodoro Perry nella baia di Uraga del 1853. I termini dell'extraterritorialità erano gli stessi previsti con la Cina: giurisdizione e legge straniera per i contenziosi civili in cui erano coinvolti solo stranieri, giurisdizione e legge straniera per i reati commessi dagli stranieri nei confronti di giapponesi e giurisdizione e legge giapponese per i reati commessi da giapponesi a danno degli stranieri. Inizialmente ci furono resistenze di parte della società giapponese ad accettare tali trattati in quanto firmati dallo shogun e non dall'imperatore; e fino alla cosiddetta Restaurazione Meiji del 1868 ci furono episodi di violenza contro gli stranieri, che videro peraltro la immediata reazione armata delle potenze. Con la Restaurazione, invece, nel giro di due decenni vennero avviate riforme economiche e giuridiche. Già nella seconda metà degli anni '70 la codificazione penale era completata, come pure la riforma del sistema della giustizia e delle professioni giuridiche e si cominciò a lavorare ad una bozza di codice civile sul modello francese (per orientarsi successivamente sul modello tedesco in gestazione, in quanto ritenuto più adatto alla società giapponese dell'epoca). L'avvio di queste riforme fece sì che non si creassero particolari frizioni neanche nella gestione dei casi cosiddetti misti, dove convenuto ed attore erano un giapponese ed uno straniero. Si aprì così rapidamente la strada ad un negoziato per l'abrogazione dell'extraterritorialità, conclusosi negli anni '90 ma già avviato a partire dal 1872 (anno in cui il trattato nippo-britannico del 1858 prevedeva la possibilità di una rinegoziazione). Da segnalare peraltro che il trattato che sancisce la fine dei privilegi stranieri in Giappone (Trattato nippo-britannico sul commercio e la navigazione del 1894) e sancisce l'entrata del paese tra le 'nazioni civili' è coevo al trattato che sancisce l'imposizione degli stessi principi da parte del Giappone alla Corea.

L'extraterritorialità di cui godevano le potenze straniere veniva giustificata con due principali ordini di motivazioni: un sistema penale considerato disumano nelle pene previste e l'assenza di leggi che regolassero il settore

civile e commerciale (disciplinando ad esempio le società di capitali). Vi era infine, soprattutto nel caso cinese, la fondata convinzione che il sistema locale non riconoscesse pari dignità all'interlocutore straniero: considerato un soggetto 'barbaro' ed inferiore non sarebbe stato adeguatamente tutelato dal sistema della giustizia locale. Oltre all'oggettiva arretratezza del sistema giuridico cinese e giapponese rispetto alle esigenze della cosiddetta prima grande globalizzazione, era comunque diffusa una postura di superiorità culturale e morale da parte dell'uomo bianco e cristiano. Come ricordato, furono gli Stati Uniti a richiedere e ad ottenere per primi una piena extraterritorialità sia in materia penale che civile; a tale riguardo, il diplomatico americano Caleb Cushing, che redasse il Trattato di Wangxia del 1844, riferiva al presidente John Tyler che era necessario prevedere la protezione dei cittadini americani in quanto la Cina non era da annoverarsi tra le nazioni cristiane, le quali, a differenza di quelle maomettane e pagane, erano legate tra loro da trattati che consideravano eguali i propri reciproci cittadini (Clark, 2015: I 21-23).

Il fatto che l'impero cinese potesse contare per tutto l'Ottocento su un sistema amministrativo e giuridico antiquato ma ben organizzato e funzionante, ha comportato (certamente in concorrenza con altri fattori) che la presenza e dunque la giurisdizione degli stranieri fosse limitata geograficamente ai grandi centri urbani e porti commerciali. Il Trattato di Shimonoseky tra Giappone e Cina (che conclude la guerra sino-giapponese del 1894-95) rappresenta a tale riguardo uno spartiacque; nel trattato si prevede infatti per la prima volta la facoltà per aziende straniere di condurre stabilimenti produttivi in Cina (facoltà negata in precedenza alle potenze occidentali). Con questo atto, che sancisce l'inizio dell'industrializzazione cinese, aumenta la presenza straniera nel paese e si moltiplicano le controversie di natura economico-commerciale tra soggetti fisici e giuridici di diversa nazionalità e appartenenti a tradizioni giuridiche diverse. La giurisdizione extraterritoriale si dovette sempre più occupare di una molteplicità di casi, sia penali (omicidi, sedizioni, violenze di ogni tipo comprese quelle sessuali, frodi, diffamazione) che civili (divorzi, successioni, contratti, collisioni di navi, brevetti, diritto d'autore, marchi), interagendo necessariamente molto di più con la società locale. Di per sé l'esercizio della giurisdizione consolare esercitata in base alla clausola dell'extraterritorialità non comportava infatti una particolare interazione tra i diritti locali e quelli delle potenze occidentali; tale interazione si concretizzava invece nelle cause miste dove erano coinvolti stranieri e locali e, soprattutto all'interno delle cosiddette concessioni; qui i cinesi erano inizialmente formalmente

sottoposti alla giurisdizione cinese ma, dalla caduta dell'Impero (1911) agli anni '30, sempre più attratti dalla giurisdizione delle concessioni e giudicati quindi da stranieri e secondo procedure straniere.

3. *Le concessioni*

Dalla combinazione del principio di extraterritorialità e dell'autorizzazione agli stranieri a soggiornare in un certo numero di 'porti aperti', dove potevano risiedere, commerciare, e anche acquistare terre, vennero progressivamente a crearsi delle cosiddette concessioni o *settlement*[5], nelle quali le funzioni legislative, esecutive e dell'amministrazione della giustizia erano esercitate dai paesi stranieri secondo il proprio diritto sostanziale (eventualmente adattato alle circostanze particolari del luogo tramite atti dell'amministrazione della concessione stessa); i vari governi cinesi succedutisi sia sotto l'Impero sia in epoca repubblicana non rinunciarono comunque mai a rivendicare la propria sovranità e giurisdizione sui cittadini cinesi che lì risiedevano.

Oltre al principio di extraterritorialità, furono dunque contemporaneamente riconosciute ad un sempre maggior numero di paesi delle concessioni nelle quali le funzioni legislative e di governo erano affidate direttamente ai paesi beneficiari. Le concessioni erano all'inizio delle aree delimitate all'interno dei cosiddetti 'porti aperti' dove gli stranieri potevano risiedere e costruire; agli occhi di cinesi e giapponesi, delle enclave dove confinare i 'barbari' ai quali continuava ad essere proibito di viaggiare nel paese. I paesi che ottennero in Cina delle concessioni sono stati, come si è accennato, Gran Bretagna, Stati Uniti, Francia, Germania, Giappone, Austria, Russia, Belgio ed Italia. La concessione più importante fu quella 'internazionale' di Shanghai (in cinese, letteralmente: 'Concessione comune di Shanghai') creata inizialmente nel 1863 dall'unione delle preesistenti concessioni inglese e americana e nella cui amministrazione furono coinvolte dal 1899 anche le altre Potenze, tra cui l'Italia (i francesi

[5] La differenza tra le due fattispecie è che 'concessione' indica un'area concessa da uno Stato ad un paese straniero per farvi risiedere i propri cittadini in base ad un trattato internazionale, mentre *settlement* indica la concessione di un'area per la residenza di individui di un paese o di un gruppo di paesi senza la previsione di un accordo internazionale; nella prassi, tuttavia, è difficile ravvisare distinzioni sostanziali tra le due fattispecie ed in particolar modo per l'argomento trattato in questo saggio. Per un approfondimento della distinzione, in particolare secondo la dottrina italiana dell'epoca, tra *concession, settlement* e anche i *leasehold* si veda: Coco (2017: 82-92).

decisero invece di mantenere una loro propria concessione); il motto della concessione era significativamente '*Omnia juncta in uno*'. Si contavano poi altre due concessioni internazionali in Cina: a Xiamen (1901) e nel quartiere delle legazioni di Pechino (1861). Le concessioni internazionali (*foreign settlement*) in Giappone furono invece otto, divise in sette diverse città: Shimoda e Hakodate dal 1854 e Yokohama, Kobe, Nagasaki, Osaka e Niigata a partire dal 1858. In Corea invece, a partire dal 1876 e fino all'occupazione giapponese, furono tre: Busan, Incheon, Wonsan. Il concetto di concessione internazionale ('straniera', o ancora 'comune') lo si deve soprattutto alla volontà americana, ovvero alla dottrina della 'porta aperta', finalizzata ad aprire le porte del commercio con i paesi dell'Estremo Oriente a tutte le 'nazioni civili' su base paritaria, in contrapposizione al modello coloniale europeo; non a caso in Giappone e Corea, dove più deboli erano le mire delle altre potenze coloniali, non ci furono concessioni 'uninazionali'. Fu dunque a partire dalle concessioni che si diffusero il pensiero e la pratica del diritto occidentale ma anche il pensiero socialista, se si considera che la fondazione del Partito Comunista Cinese è avvenuta proprio all'interno della concessione francese di Shanghai.

Le potenze straniere si erano ad ogni modo impegnate, con diverse formulazioni, a rinunciare ai propri privilegi qualora il sistema giuridico locale avesse garantito una legislazione e un'amministrazione moderna ed efficiente. Così fu per il Giappone, che riuscì a completare nel giro di qualche decennio la modernizzazione del proprio sistema giuridico sotto il profilo della codificazione, organizzazione giudiziaria e costituzionale ed ottenne, a decorrere dal 4 luglio 1899 (4 agosto per la sola Francia), l'abolizione di tutti i privilegi di giurisdizione stranieri. Nello stesso periodo la Cina non attuò invece alcuna riforma del diritto, convinta probabilmente che i 'barbari' si sarebbero accontentati e non avrebbero creato ulteriori problemi alla dinastia mancese, che aveva già numerose questioni di politica interna da risolvere. È solo infatti nel 1902, dopo la disfatta nella crisi dei Boxer e dopo che il Giappone era uscito dal sistema dei trattati ineguali, che all'art. 12 del Trattato commerciale sino-britannico si può leggere: «la Cina avendo espresso un forte desiderio di riformare il suo sistema giudiziario e di renderlo conforme a quello delle nazioni occidentali, la Gran Bretagna acconsente a dare ogni appoggio a tale riforma, e sarà anche disposta ad abbandonare i suoi diritti extraterritoriali quando sarà persuasa che lo stato delle leggi cinesi, l'ordinamento per la loro amministrazione ed altre circostanze, la giustificheranno a far ciò» (Musso, 1926: 379)[6]. Per vicende

[6] Lo stesso concetto è espresso anche nei trattati del 1903 tra Cina e USA e tra Cina e

politiche interne e per una maggiore resistenza ad abbracciare la tradizione giuridica occidentale, la Cina dovrà attendere il 1943 per vedersi abrogati i privilegi extraterritoriali (con l'eccezione di Giappone e Italia per cui si dovranno formalmente attendere addirittura i trattati di pace della Seconda guerra mondiale).

Per quanto attiene in particolare alle concessioni in Cina, la loro storia può essere divisa in tre fasi; per ognuno di questi periodi è possibile identificare diverse modalità con cui la presenza delle concessioni interagì con il processo di modernizzazione del diritto cinese, rappresentando spesso la molla che induceva il legislatore cinese ad accelerarne il processo. La prima fase corrisponde al momento in cui furono inizialmente accordate concessioni ad un numero relativamente esiguo di paesi, e segnatamente quelli che avevano intrapreso, prima di altri, una politica d'espansione coloniale in Asia orientale (Gran Bretagna, Francia e Usa). Successivamente, dopo la sconfitta cinese da parte del Giappone per il controllo della Corea (1895), la spedizione contro i Boxer (1900) e la caduta dell'Impero (1911), si verifica un salto di qualità nella presenza straniera in Cina e nell'esercizio della giurisdizione delle Potenze nelle concessioni; sia per l'aumentato numero di paesi che si vedevano accordate concessioni, sia per l'allargamento della giurisdizione dei tribunali delle concessioni anche ai contenziosi tra soli cittadini cinesi (fino ad allora affidati alla competenza della giustizia cinese che pure operava all'interno delle concessioni). Tra il 1911 e la fine degli anni '20, le concessioni erano governate come delle vere e proprie 'mini colonie' o entità sovrane. Dopo ripetuti tentativi falliti, anche l'Italia, a seguito della partecipazione alla spedizione contro i Boxer (1900), ottenne una concessione a Tianjin, oltre a partecipare all'amministrazione delle concessioni internazionali e segnatamente a quella di Shanghai. La Svizzera fu, nel 1918, l'ultimo paese che vide accordarsi i privilegi dell'extraterritorialità, ben 19 anni dopo che il Giappone era riuscito a ripristinare la sua piena sovranità in materia di giurisdizione[7]. La terza fase è da identificarsi con il processo che porta all'abrogazione del sistema di privilegi, terminato con la fine della Seconda guerra mondiale. Già a seguito della Prima guerra mondiale il governo cinese aveva formulato nelle conferenze di pace una formale richiesta di abolizione dei privilegi che

Giappone. Da notare che il Trattato con il Giappone (art. 11) faceva invece riferimento ad un adeguamento del sistema cinese al modello giapponese.

[7] Trattato di Tokio del 13 giugno 1918. Anche il trattato con la Svizzera prevedeva espressamente che nel momento in cui «la Cina avrà migliorato il suo sistema giudiziario, la Svizzera sarà pronta […] a rinunziare al diritto di giurisdizione consolare in Cina» (Musso, 1926: 30).

tuttavia non venne accettata, sia per la debolezza politica del governo cinese sia perché le poche riforme giuridiche adottate a partire dall'inizio del XX secolo erano perlopiù rimaste solo sulla carta (Antonelli, 2020: 45-62). Si concordò tuttavia, a partire dalla successiva Conferenza di Washington per la limitazione degli armamenti (1921), di prevedere l'istituzione di una 'Commissione sulla extraterritorialità in Cina' con il compito di verificare lo stato del sistema giuridico cinese e formulare proposte utili per giungere all'abrogazione del sistema di extraterritorialità.

La Commissione sull'extraterritorialità lavorò fino al 1926 e pubblicò un rapporto finale sia sulla «presente pratica della giurisdizione extraterritoriale in Cina» sia sulle «leggi, il sistema giudiziario ed i metodi dell'amministrazione giudiziaria in Cina», con il fine di «riferire […] le loro constatazioni […] e le loro raccomandazioni […]» (Musso, 1926: 460)[8]. Il rapporto consta di 166 pagine diviso in 4 capitoli (Extraterritorialità in Cina, Leggi e sistema giudiziario e carcerario cinese, Amministrazione della giustizia in Cina e Raccomandazioni) e fu redatto dai dodici paesi rappresentati nella Commissione, presieduta dallo statunitense Silas H. Strawn, eminente avvocato di Chicago e personale amico del presidente Coolidge, e della quale facevano parte anche un rappresentante del governo cinese e di quello italiano (il diplomatico Girolamo de Rossi). Sempre nell'ambito dei lavori della Commissione furono pubblicati numerosi manuali e traduzioni riguardanti il sistema giuridico cinese.

Nella prima fase, l'istituzione di concessioni si è rivelata soprattutto una preziosa fonte di diffusione della scienza giuridica occidentale, prima di tutto per quanto concerne il diritto internazionale e commerciale, grazie alle grandi società di capitali inglesi ed americane che cominciavano ad operarvi. Gli stessi trattati commerciali e doganali che regolavano i commerci tra i paesi stranieri e la Cina svolsero un ruolo non secondario nel far familiarizzare i cinesi con principi estranei al diritto cinese tradizionale. Si vedano, ad esempio, i 'Regolamenti commerciali annessi al Trattato del 26 ottobre 1866 tra l'Italia e la China' (Musso, 1926: 1371-1376) che prevedevano dettagliate specificazioni in tema di diritto doganale. Più in generale, in un primo periodo, le concessioni e i porti aperti rappresentarono il luogo di diffusione di pubblicazioni e traduzioni di testi giuridici, che un certo numero di cinesi poterono così cominciare a conoscere. In questo senso molto importante fu l'opera delle missioni cristiane in Cina che, come nel caso dei Taiping, avevano già avuto modo di influenzare la cultura politica

[8] Il *Report* è disponibile alla pagina <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.$b47432&view=1up&seq=5 > (16/03/2020).

e giuridica cinese. Ma ciò che più colpisce fu l'interesse diffuso, sia da parte cinese che da parte occidentale, a stabilire un intenso scambio culturale, anche in ambito giuridico ma non necessariamente grazie a giuristi. Un esempio è la pubblicazione (1870) della traduzione in cinese del 'Codice napoleonico', da parte di Anatole Adrien Billequin, chimico di professione. Altri, economisti o giuristi, divennero invece famosi sinologi; è il caso di Sir Thomas Francis Wade, ministro plenipotenziario britannico in Cina, già ispettore delle dogane e negoziatore del Trattato di Chefoo, cui si deve un sistema di traslitterazione dei caratteri cinesi rimasto a lungo il più usato, e che ritiratosi dal servizio divenne, nel 1888, il primo professore di cinese all'Università di Cambridge.

L'influenza di tipo culturale e scientifica è proseguita e si è rafforzata nella terza ed ultima fase grazie all'apporto dei membri della Commissione sulla extraterritorialità, ma anche di altri giuristi stranieri; tra questi, Georges Padoux, Jean Escarra o l'italiano Attilio Lavagna che svolsero un importante ruolo di consiglieri del governo cinese repubblicano, come pure nella divulgazione scientifica in Europa del sistema giuridico cinese. Da menzionare che la maggior parte di questi esperti giuridici era stipendiata dal governo cinese a valere sulle riparazioni di guerra contenute nel protocollo dei Boxer del 1901.

In questa ultima fase ad avere una forte e diffusa influenza sulla modernizzazione del sistema giuridico cinese è stato l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale delle corti e consoli stranieri nei casi misti o anche addirittura tra soli cinesi, come spesso avveniva nelle concessioni e specialmente in quella 'internazionale' di Shanghai. Appare dunque utile delineare il funzionamento del sistema della giustizia civile nelle concessioni, mettendo in risalto il grado di interazione tra il sistema giuridico cinese e la giurisdizione delle Potenze straniere e il grado di influenza esercitato da queste sull'evoluzione del sistema giuridico cinese.

4. *L'amministrazione della giustizia*

Una volta stabilito il diritto di extraterritorialità e di giurisdizione sui propri sudditi, si trattava di stabilire come esercitarlo. La Gran Bretagna, che già dal 1833 nominava dei 'Soprintendenti del Commercio', investendoli di «potere ed autorità» sul commercio britannico in Cina (Musso, 1926: 423), decise successivamente, nel 1865, di creare a Shanghai la *Supreme*

Court for China and Japan che appellava i giudizi dei tribunali provinciali presieduti dai consoli, dalla quale si poteva fare ricorso al *Judicial Committee of the Privy Council* a Londra. Gli Stati Uniti avevano prima provveduto a stabilire vari tribunali consolari (1848), le cui sentenze erano appellabili presso la Corte di Circuito per il distretto di California; successivamente, nel 1906, istituirono a Shanghai la *United States Court for China*. La Francia, che conosceva già da duecento anni l'istituto dei tribunali consolari, decise nel 1869 di investire la Corte Imperiale di Saigon degli appelli alle sentenze pronunciate dai tribunali consolari in Cina, Giappone e Siam. Anche l'Italia, con la Legge Consolare del 28 gennaio 1866 n. 2804, stabilì di investire i consoli delle funzioni di giudici sia in materia penale che civile; le decisioni dei tribunali consolari erano appellabili presso la Corte di appello di Ancona.

Se si escludono la Gran Bretagna e gli Stati Uniti, che crearono corti *ad hoc* per la Cina (questi ultimi inoltre derogando al sistema della giuria), la giurisdizione extraterritoriale era portata avanti normalmente dai consoli o da uomini d'affari residenti in Cina da questi delegati che non avevano in genere una specifica preparazione di tipo giuridico. Con il consolidarsi di una loro presenza in Cina, Italia, Francia e Giappone poterono invece contare sull'invio di giudici di professione (*Report*, 1926: VI).

Il grado di interazione tra l'autorità cinese e quella straniera rimase sempre forte anche nei momenti di maggiore debolezza dell'apparato burocratico cinese. Un quadro di tale interazione con il sistema della giustizia vigente in quel momento in Cina e tra le diverse giurisdizioni extraterritoriali straniere ci viene ben descritto da Musso, che fu magistrato (*foreign assessor,* come venivano denominati i giudici stranieri) presso la Corte mista della Concessione internazionale di Shanghai dal 1903 al 1908:

> «le cause civili, puramente cinesi, erano sentite dal magistrato cinese […] e non era permesso l'intervento di avvocati […] [poiché] prima della rivoluzione del 1911, non era per i sudditi cinesi una professione permessa e quindi non ne esistevano, ad eccezione di quelli che, avendo studiato ed essendosi debitamente qualificati all'estero, erano autorizzati ad esercitare la loro professione nei confini della Concessione […]. La Cina era un paese estremamente conservatore, nemico delle riforme, e, quindi, non poteva incoraggiare il sorgere di una classe che incominciando con il difendere il diritto individuale delle persone, avrebbe finito con il rivendicare quelli delle collettività» (Musso, 1926: 440).

Anche nella procedura le corti miste introdussero importanti novità: se

nelle cause cinesi, anche civili, si continuava a praticare l'usanza di far stare inginocchiati sia l'attore che il convenuto, nelle cause civili miste gli assessori (giudici) stranieri che vi intervenivano non permettevano tale usanza.

La legge applicabile era quella cinese, ma

> «Per quanto la legge da applicarsi fosse cinese, ciò non impediva che le leggi inglesi, americane, ecc. fossero, talvolta, citate davanti ai rispettivi assessori. Per essere più esatti avremmo dovuto dire che la legge applicata era la cinese, come interpretata dai differenti assessori» (*ibid.*: 441).

La procedura era invece «gelosamente improntata a quella inglese ed americana, data la predominanza di assessori di quelle nazionalità; ma talvolta variava a seconda degli assessori, e tale altra a seconda della loro nazionalità» (*ibid.*: 443-444); e ciò fu mantenuto anche successivamente, con l'adozione nel 1916 di un nuovo 'Regolamento per la Corte Mista Internazionale', che si era reso necessario in seguito all'enorme aumento delle cause trattate. Da quanto riferisce lo stesso Musso, dal lunedì al venerdì i giudici stranieri erano britannici o statunitensi, mentre il sabato sedeva un giudice tedesco, austriaco o italiano. Rispetto all'utilizzo della procedura di derivazione anglosassone Musso ebbe significativamente a dire: «bisogna, però, ammettere francamente, che *essa* [la procedura anglosassone] si presta splendidamente ad un celere ed efficace disbrigo degli affari» (*ibid.*: 447)[9].

In seguito alla rivoluzione repubblicana e al caos istituzionale che ne seguì, la situazione delle corti miste mutò radicalmente. L'amministrazione della Concessione internazionale, come delle altre concessioni, assunse il pieno controllo, provvedendo a nominare (spesso semplicemente a confermare) i magistrati cinesi. Nel 1911 si decise che anche i casi fra cinesi dovessero essere risolti alla presenza di un giudice straniero. Le corti miste divennero sempre più importanti, tanto che intorno alla metà degli anni Venti la Corte mista internazionale di Shanghai decideva non meno del 98% delle cause civili e penali che avevano luogo a Shanghai (*ibid.*: 449)[10]; essa veniva chiamata a decidere anche di importantissime cause che avevano ad oggetto questioni politiche, sociali, di costume e perfino religiose, creando indubbiamente un terreno favorevole per la diffusione di nuovi ideali

[9] Per una trattazione dettagliata della procedura seguita nelle cause civili, si veda lo stesso Musso (1926: 446-447) o, in inglese, il citato Rapporto della Commissione sull'extraterritorialità del 1926.

[10] In particolare nel 1924 le statistiche registrano 1582 cause civili tra cinesi e 1023 a carattere misto; molto più numerose erano le cause penali, 91.696 (Musso, 1926: 449).

progressisti di derivazione occidentale e contribuendo a smantellare il sistema valoriale tradizionale. Il fatto che, contemporaneamente all'adozione da parte del regime repubblicano di un regolamento che disciplinava, per la prima volta nella storia cinese, la professione degli avvocati, le corti miste ammettessero l'assistenza di legali è un oggettivo segnale di come tali tribunali fossero soggetti pienamente coinvolti nel processo di riforme giuridiche in atto. Le corti miste, pur non venendo mai ufficialmente riconosciute dal governo repubblicano come corti cinesi, furono comunque un modello per il legislatore cinese ed un'occasione di pratica e conoscenza del pensiero giuridico occidentale per i giovani avvocati, come pure per giudici e ricorrenti. All'apice dell'espansione della giurisdizione extraterritoriale a Shanghai, la città contava su almeno 23 corti: 19 corti straniere, 3 corti cinesi e una corte speciale per gli amministratori del *Municipal Council* che amministrava la concessione internazionale[11].

Se si tiene infine conto dell'importanza, sia quantitativa che qualitativa delle cause sottoposte a queste corti, si può affermare che la giurisprudenza dei tribunali misti ha rappresentato un'importante fonte del diritto cinese nei primi decenni del XX secolo. Tale sistema rimase in piedi fino al 1927, quando il governo nazionalista fece pressione per rinegoziare i trattati e affermare la propria piena sovranità, ottenendo la sostituzione delle corti miste con un tribunale provvisorio in cui assessori stranieri intervenivano solo quando erano in gioco la pace e l'ordine del *settlement*. Nel 1930 le Potenze si accordano con il governo cinese per restituire alla giurisdizione locale tali tipologie di controversie e costituire un tribunale *ad hoc*, la *Special Shanghai District Court*; ovvero in concomitanza con la codificazione ed implementazione di un'organizzazione moderna della giustizia realizzate dal nuovo regime nazionalista. In un allegato dello stesso accordo si puntualizzava tuttavia che ciò non era intendersi in alcun modo come una rinuncia ai diritti derivanti dai trattati esistenti ed in particolare dall'Accordo di Chefoo, che prevedeva la possibilità per un console straniero di assistere alle udienze.

L'extraterritorialità, rappresentando una limitazione della propria sovranità è certamente qualcosa che nessun paese accetta di buon grado. Finché è servita a giudicare stranieri da parte di stranieri ciò non ha posto particolari problemi. Il problema veniva invece a porsi quando si trattava di stranieri che giudicavano casi riguardanti cinesi, giapponesi o coreani nel loro proprio paese. Il principio dell'extraterritorialità (e le concessioni) è stato applicato in Cina e Giappone nello stesso periodo storico ma ha prodotto effetti molto diversi sui rispettivi sistemi politici e giuridici; innanzitutto

[11] Circa venti corti extraterritoriali straniere operavano invece in Giappone.

perché è stato applicato per cinquanta anni in Giappone ed esattamente il doppio in Cina. In Giappone i trattati 'ineguali' hanno facilitato l'immediata modernizzazione del paese che è diventato in breve tempo una potenza regionale militare ed economica. In Cina, complice la presenza al trono della dinastia 'straniera' mancese restia ad ogni cambiamento (anche a causa della complicità delle potenze straniere che valutavano più conveniente sfruttarne le fragilità piuttosto che avere nuovi interlocutori moderni e assertivi come accaduto con il Giappone), le riforme sono iniziate molto in ritardo solo dopo che il Giappone era già riuscito a vedersi abrogati i trattati ineguali (Antonelli, 2020: 51). In Corea e a Taiwan l'extraterritorialità e poi un regime coloniale fu imposto dal Giappone, che lasciò tuttavia in eredità un sistema della giustizia funzionante e moderno che ha contribuito al boom economico di questi due paesi nel secondo dopoguerra. Ne consegue anche una diversa percezione da parte dei locali. In Giappone i trattati ineguali sono stati considerati un male necessario per la modernizzazione del paese e un fatto storico, nel bene e nel male, da celebrare; in Giappone ci sono musei e monumenti che ricordano il contributo che i trattati e i suoi protagonisti, a partire dal Commodoro Perry, hanno dato alla modernizzazione del paese; nel centocinquantesimo anniversario del trattato 'ineguale' nippo-brittanico i due governi hanno lanciato insieme un'importante campagna di commemorazione (Clark, 2015: I 9). All'opposto in Cina, che solo negli ultimi anni sta uscendo dal sottosviluppo, l'extraterritorialità e le concessioni sono ancora visti come il simbolo del 'secolo dell'umiliazione nazionale'. Nei luoghi simbolo del passaggio delle potenze occidentali non si ricorda certo il contributo offerto alla modernizzazione del paese e del suo sistema giuridico, mentre ha fatto a tutti più comodo la narrazione secondo la quale la Cina ha abbracciato, quasi *sua sponte*, la codificazione romanistica, adattandola naturalmente alle caratteristiche cinesi. Tracce di tale irrisolto nodo con il proprio passato sono presenti nel sistema giuridico attuale; come sottolinea Douglas Clark, uno dei più noti avvocati esperti di diritto cinese, in conclusione alla sua opera significativamente intitolata *Gunboat Justice,* «Even following Deng Xiaoping's reform opening, China tightly guards it sovereignty […] Chinese courts do not enforce [nella prassi, *nda*] judgements of foreign courts» (Clark, 2015: III 197-198). Peraltro è pure prassi ancora diffusa da parte delle rappresentanze diplomatiche straniere in Cina richiedere (e nella stragrande maggioranza dei casi ottenere) la possibilità di assistere ad udienze nelle quali siano coinvolti propri connazionali o società, al fine di accertare che le procedure e le norme vengano applicate secondo legge; in termini analoghi quindi a quelli previsti dall'Accordo di Chefoo del 1876.

5. *Conclusioni*

In conclusione, senza dimenticare le violenze e ingiustizie perpetrate nel secolo in cui l'applicazione del principio di extraterritorialità e le concessioni hanno funzionato in Asia Orientale e specialmente in Cina, non è possibile sottovalutare come queste abbiano rappresentato non solo la molla che ha iniziato il processo di modernizzazione del Paese e del suo diritto, ma altresì il luogo più importante dove una prima generazione di giuristi locali si è formata e si è esercitata con un diritto della tradizione giuridica occidentale, per divenire in molti casi protagonista come legislatore o giudice nelle fasi storiche successive.

Sotto il profilo del diritto comparato non è trascurabile, infine, il contesto pluriordinamentale e plurigiurisdizionale in cui hanno operato i pratici del diritto all'interno e all'esterno delle concessioni straniere in Cina, avendo a che fare con fattispecie giuridiche nuove e contenziosi sofisticati da risolvere. A tale riguardo è pure da rilevare l'intenso e proficuo dialogo non solo tra giuristi occidentali ed orientali ma anche, in termini di dialogo *civil law-common law* (Moccia, 2005, 89-95), tra giuristi occidentali ben consapevoli, in luoghi lontani dai nuovi recinti costruiti dalle codificazioni nazionali, di appartenere ad una medesima tradizione giuridica occidentale. E ciò accadeva in un tempo che ha preceduto di qualche decennio il proficuo dialogo instauratosi sul continente europeo nel secondo dopoguerra.

Riferimenti bibliografici

G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia Orientale*, Torino, 2007.

F.R. Antonelli, *Il contributo dei* Taiping *alla modernizzazione del sistema giuridico cinese*, in M. Scarpari, T. Lippiello (a cura di), *Caro maestro … Scritti in onore di Lionello Lanciotti per l' ottantesimo compleanno*, Venezia, 2005, pp. 97-109.

F.R. Antonelli, *Il processo di modernizzazione del diritto cinese*, in G. Samarani, M. Scarpari (a cura di), *La Cina,* vol. III: *Verso la modernità*, Torino, 2009, pp. 399-442.

F.R. Antonelli, *Il diritto cinese. Dall'antica alla nuova Via della seta*, Padova, 2020.

M.-C Bergère, *L'âge d'or de la bourgeoisie chinoise, 1911-1937*, Paris, 1986.

R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999.
R. Cavalieri (a cura di), *Diritto dell'Asia Orientale,* Venezia, 2008.
D. Clark, *Gunboat Justice: British and American Law Courts in China and Japan (1842-1943)*, 3 voll., Hong Kong, 2015.
O. Coco, *Il colonialismo europeo in Estremo Oriente: L'esperienza politica ed economica delle concessioni territoriali in Cina*, Roma, 2017.
L. Moccia (a cura di), *Profili emergenti del sistema giuridico cinese, con un'appendice sulle riforme economiche*, Roma, 1999.
L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005.
L. Moccia, *Il diritto in Cina*, Torino, 2009.
G.D. Musso, *La Cina ed i cinesi: Loro leggi e costumi*, 2 voll., Milano, 1926.
Report of the Commission on Extraterritoriality in China. Peking, September 16, 1926, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.$b47432&view=1up&seq=5> (16/03/2020).
G. Samarani, *La Cina contemporanea dalla fine dell'impero ad oggi*, Torino, 2017.
R. Torino (a cura di), *Sistemi giuridici. Diritto e geopolitica*, Padova, 2017.
Treaties between the Empire of China and Foreign Power, s.l., 1902.
Xia Yang 夏扬, *Shanghai daoqi: fazhi bianqian de lingyizhong biaoxian* 上海道契: 法制变迁的另一种表现 [Il *settlement* di Shanghai: una diversa modalità della trasformazione del sistema giuridico], Beijing, 2007.

Ilaria Ricci

Chinese Company Law: an Overview

Summary: 1. Chinese Law: Introductive Remarks – 1.1 Relation Between Culture and Law in China – 1.2 Influence of Confucius' Principles in Chinese Law – 1.3 Development Process of Chinese Law – 2. Evolution of Chinese Company Law – 2.1 Chinese Company Law Before 1993 – 2.2 The 1993 Law of the People's Republic of China on Company Law – 2.3 Amendment to the 1993 Company Law – 3. Types of Companies in China – 3.1 General Remarks – 3.2 Legal Person Status: Distinctive Aspects – 3.3 Limited Liability Company. – 3.3.1 Establishment and Registration – 3.3.2 Organizational Structure – 3.3.3 Dissolution and Liquidation – 3.4 Joint Stock Company – 3.4.1 Establishment and Registration – 3.4.2 Organizational Structure – 3.4.3 Dissolution and liquidation – 4. Foreign Investment Enterprises – 4.1 Brief Introduction to the Chinese Foreign Investments Rules – 4.2. The Foreign Investment Law – 4.2.1 Definitions and General Principles – 4.2.2 Investment Promotion and Investment Protection – 4.2.3 Investment Management and Legal Liability – 4.3 Implementing Rules and the Measures on Security Review of Foreign Investment – 5. Conclusive Remarks.

1. *Chinese Law: Introductive Remarks*

1.1. *Relation Between Culture and Law in China*

Chinese legal system involves a significant relation between existing cultural roots inherent in the society and its institutional structures and activities.

Law in China reflects cultural values of the relevant community of people and it is largely affected by the complex of prevailing common practices in the society[1].

Chinese traditional culture, with its dominant political-philosophical dimension, appears to be resistant to the very notion of law, so that, historically, China seems not to have experienced a development of an

[1] Q. Bu, *Will Chinese Legal Culture Constrain its Corporate Governance-related Laws?*, in L. Moccia, M. Woesler, *China & Europe: Fostering the Mutual Understanding Between China and Europe by Multi-level Comparisons of their Cultures, Societies, and Economies*, Berlin, Bochum, Dülmen, London, Paris, 2014, pp. 212-213.

autonomous concept of "law" and legal tradition as happened elsewhere[2].

In the Chinese way of perceiving the law, it cannot be separated from traditional culture, which influences the structure and the functioning of the relevant law and its enforcement.

Law provisions should be compatible with fundamental cultural priorities of the Chinese community in order to be more effective.

Law seems to be a complex mixture of ethics, etiquette, religion and philosophy, while the concept of "source of law", which is fundamental within the legal framework of any legal system, seems not to be very much considered[3].

People are encouraged to comply with cultural values and, accordingly, with the law and the legal system, since cultural values are integrated in the provisions of the law, in the legal institutions, in the interpretation of legal texts and in the legal practices.

The notion of law seems therefore to have the instrumental role to guarantee order and social stability.

Legal and cultural dimensions are widely combined. Culture is considered to be as inherently normative, influencing the law-making process, the functioning of social institutions, the legal practices and the enforcement of the law.

Prevailing cultural values, on one side, may constrain actions and policies of decision-makers and may limit legal reform, while, on the other side, may affect the participants' attitude toward the law and may determine the effectiveness of law provisions in the society.

1.2 *Influence of Confucius' Principles in Chinese Law*

State and civil society in China are permeated by cultural values embedded in the Confucius' philosophy and Confucius' principles are deeply influential in shaping Chinese law, including Chinese corporate law[4].

According to traditional Confucius' philosophy, morality is separated from law.

In the Confucius' texts, the concept of the normative order in the society

[2] L. Moccia, *The Idea of "Law" in China: An Overview*, in L. Golota, J. Hu, K. Van der Borght, S. Wang (eds.), *Perspectives on Chinese Business and Law*, Cambridge, Antwerp, Chicago, p. 60.

[3] L. Moccia, *Prologo breve sulla «originalità» del diritto tradizionale cinese e sull'importanza del suo studio in prospettiva storico comparativa*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2004, vol. 58, n. 3, pp. 991-1004.

[4] Bu, *Will Chinese Legal Culture Constrain its Corporate Governance-related Laws?*, cit., pp. 224-225.

is expressed by the term "*li*", which means "rites"[5], intending rules of proper conduct, secular as well as religious, aimed at assuring natural harmony in the relations among people.

Li may be considered as pre-legal moral normativity which expresses members' endeavour to act according with the natural harmony of things.

Generally speaking, *li* refers to «a natural ordering of society integrated with a code of morality based on human nature which operates not by external compulsion but through individual conscience, in view of an idea of social harmony implying the individual's obligation to act accordingly»[6].

Li seems, therefore, to be relevant from a normative point of view, since it may be intended as a principle of "self-regulation" of society and individuals, according to the natural state of things in the frame of a fixed cosmic order.

The importance of *li* is expressed in term of moral standards and rules which are fundamental for the ideal social normative order.

Therefore, *li*, as the core of Chinese traditional culture, implies the seeking of what is right and good, the existence of individual and social obligations, the respect of hierarchical order of rank and rules, such as social disapproval in case of breach of the rules[7].

In traditional Chinese culture, instead, the term "*fa*" is translated as law, written law in particular, in association with punishment.

From a general point of view, *fa* refers to a set of rules aimed at assuring good order of the social relationships and correct administration of the state.

According to traditional Confucian view, a well-ordered society requires the conformity of its members' conduct to a proper self-regulating order, with the aim of achieving "harmony" as the highest of social normative order.

Confucian moral education was considered to be a strong incentive for citizens to cultivate civility and virtues[8].

The modernization process of the Chinese legal tradition is initially marked by the fall of the Qing Empire in 1911, together with the establishment of the First Republic of China in 1912.

The need to modernize the country required to adapt and to reinterpret the Chinese traditional settings to the Western-style legal models.

After the birth of People's Republic of China in 1948[9], under the

[5] Moccia, *The Idea of "Law" in China: An Overview*, cit., p. 60.
[6] *Ibidem*, p. 61.
[7] *Ibidem,* p. 61.
[8] S. Veitch, *Confucian Perfectionism: Political Philosophy for Modern Times*, in (2015) 45 3 Hong Kong Law Journal 1026.
[9] F. Monti, *Diritto societario cinese*, Roma, 2007, p. 21.

communist regime, China experienced a tension between national identity and Western legal models. The new regime appeared to aim at a sort of socialist modernization, with cultural principles and mental attitudes inherited from the past of Confucius' culture.

1.3 *Development Process of Chinese Law*

Traditional Chinese law and culture has been a significant influence in shaping new China's legal system[10].

Following the Great Proletarian Cultural Revolution (1966 - 1976), China's leadership sought to re-establish a legal system.

Since that time the Chinese Communist Party leadership tried to implement governance according to the law, while reserved to itself the right not to set the terms of the law, but also to set the terms for the «*new "socialist spiritual civilisation" and its ethical content*»[11].

There was a "sort of vacuum" in the legal system after the Cultural Revolution [12].

The communiqué of the Third Plenary Session of the Eleventh Central Committee of the Chinese Communist Party held in December 1978 set the goals of the re-establishment of the legal system in China.

Indeed, 1978 was a significant year for China because in that year China began to carry out the economic reform and the "open door" policy[13].

China therefore enjoyed high economic growth rates despite weak legal institution and the difficult implementation of the rule of law[14].

The modernization process of the law and legal institutions of the People's Republic of China which started in 1979, following the ten-years period of the Great Proletarian Cultural Revolution, transformed Chinese

[10] R. O'Brien, *The Survival of Traditional Chinese Law in the People's Republic of China*, in (2010) 40 1 Hong Kong Law Journal 173.

[11] *Ibidem,* p. 167.

[12] K. Zou, *China's Legal Reform. Towards the Rule of Law*, Leiden, 2006, p. 73; M. Porto, *Cina*, in R. Torino (ed.), *Sistemi giuridici. Diritto e geopolitica*, Milano, 2017.

[13] The expression "Open Door Policy" was applicable before the founding of the People's Republic of China in 1949. After Deng Xiaoping took office in 1978, the term referred to China's policy of opening up to foreign business that wanted to invest in the country, setting into motion the economic transformation of modern China (K. Zou, *China's Legal Reform. Towards the Rule of Law*, cit., p. 1).

[14] R. Peerenboom, *Law and development in China and India*, in M. Sornarajah, J. Wang (eds.), *China, India and the International Economic Order*, 2010, p. 491.

law and legal institutions in many aspects[15].

After the last quarter of twentieth century, legislation continued to be instrumental to the government system, confined to the residual notion of a sort of "rule of law" and aimed at assuring control and stability of Chinese society[16].

From the early decades of the last century China experienced attempts to overcome traditional customs and rules. However, legislative new rules seemed to be still governed by the research of a harmonious society supported by political institutions and relevant values.

The traditional Confucian attitude towards law has been maintained and in Chinese culture is still present a code of informal rules ensuring social order, aimed at ensuring harmony in the social relationships[17].

The negotiations for China's entry to the World Trade Organisation ("WTO") brought to the surface the necessity to modernize Chinese Law and its legal system[18].

In the late 1980s, together with the advance of China's economic, social and legal reforms at that time, China needed to rewrite some of the constitutional provisions in order to assure validity to the reform programmes implemented at that time.

A first round of amendments to the 1982 Constitution of the People's Republic of China (the fourth China's Constitution) came in 1988.

Constitution occupies an ultimate position in Chinese legal system, so that any constitutional changes should allow assessment of the consistency at central and local levels ensuring further legislative changes.

The fundamental law status of the Constitution is deemed to be firstly embodied in its rules on the most fundamental concerns of the country, including important principles and systems of national politics, economy, culture, society, diplomatic activities and so on[19].

The constitutional economic system clauses have a fundamental role to govern the nature and direction of China's development.

From 1988 to 2011, the 1982 Constitution was amended four times (in 1988, 1993, 1999 and 2004 respectively).

All four constitutional amendments have involved the economic system,

[15] S. Zhu, *Modernizing Chinese Law: The Protection of Private Property in China*, in (2011) 28 ProtoSociology. China's Modernization I 73.

[16] Moccia, *The Idea of "Law" in China: An Overview*, cit., p. 61.

[17] *Ibidem*, p. 92.

[18] L. Yueh, *The Economy of China,* Cheltenham, 2010, pp. 152-153.

[19] L. Xiang, *A New Review of the Economic System Clauses in the Chinese Constitution*, in J. Shi (ed.), *Renmin Chinese Law Review, Selected Papers of the Jurist*, vol. 6, Cheltenham, 2019, p. 81.

and half (a total 14 clauses) of 31 clauses of the Constitution Amendment belong to a modification of this part[20].

The constitutional amendments made in 1988 brought a fundamental change to the 1982 Constitution.

Article 11 was amended to recognize the private sector emerging in 1980s as a result of economic reform and also created the condition for a significant rise of private sector in the following year.

A new paragraph was added to the Constitution, which stated that China permitted the private sector of the economy to exist and develop within the limits prescribed by law, and the private economy was a complement to the socialist public economy.

The deepening of the economic reform since early 1990s to establish a market economy brought to amend Article 11 again. Two more amendments, passed in 1999 and 2004 respectively, modified the status of private sector, which changed from "a complement to the socialist public economy" to "major components of the socialist market economy" providing that China "encourages" and "supports" their development[21].

Law and regulation in China have been modernize primarily to allow the development of the market economy, which has been considered «the most dynamic driving force which cannot be ignored»[22].

In this context, the idea of the rule of law has been gradually accepted by the Chinese system.

The 1999 Amendment to the Chinese Constitution expressly endorsed the concept of the rule of law providing that «the People's Republic of China implements law to govern the state and construct the socialist country with rule of law».

This provision has been considered as a milestone in China's overall legal reform.

Since that date, the term "rule of law" has frequently been used in China's political, economic and social life.

After China entered into the World Trade Organisation in 2001, it was obliged to meet the requirements of such organization rules and regulations, particularly those governing trade and other economic activities.

As a World Trade Organisation member, China had to bring its relevant laws and regulations into line with those of the World Trade Organisation and China promised therefore to revise and adopt laws and regulations to

[20] *Ibidem*, p. 80.

[21] Zhu, *Modernizing Chinese Law: The Protection of Private Property in China*, cit., pp. 74 e 75.

[22] Zou, *China's Legal Reform. Towards the Rule of Law*, cit., pp. 73-74.

deal with the new situation[23].

Therefore, after its accession to the World Trade Organisation, China expended considerable effort to review its existing legislation[24], including the opportunity to increase the transparency and the legal publications in China[25].

The 16th Congress Communist Party of China, held in 2002, set a new goal for the development of the Chinese legal system, in order to have a relatively solid and comprehensive legal system and the 10th National People's Congress, in session between 2003 and 2008, continued the process of modernization of Chinese legislation [26].

In 2005, China's President instructed to put "building a harmonious society" at the top of their agendas in order to create a society capable to consider people above all. This vision increased the adoption of social elements in Chinese company law, also promoting a higher level of social responsibility in the framework of the corporate law[27].

About two decades have passed and China has experienced unprecedented change in many areas.

The addition of new economic and commercial laws is a reflection of the continuing evolution of the legal system of the country.

2. *Evolution of Chinese Company Law*

2.1. *Chinese Company Law Before 1993*

China, historically, was governed by command economy, while its institutions did not recognize private property rights[28].

Before the issuance of the Law of the People's Republic of China on Company Law (the "Company Law"), in 1993, China did have only

[23] *Ibidem*, p. 74.

[24] O'Brien, *The Survival of Traditional Chinese Law in the People's Republic of China*, cit., p. 169.

[25] T. Hsia, *Chinese Legal Publications: An Appraisal*, in J.A. Cohen (ed.), *Contemporary Chinese Law: Research Problems and Perspectives*, Cambridge, Massachusetts, 1970.

[26] Zou, *China's Legal Reform. Towards the Rule of Law*, cit., pp. 73-74.

[27] J. Zhao, *The Harmonious Society, Corporate Social Responsibility and Legal Responses to Ethical Norms in Chinese Company Law,* in (2012) 12 1 Journal of Corporate Law Studies 163.

[28] V.I. Lo, X. Tian, *Law for foreign business and investment in China*, New York, 2009, p. 24.

specific laws and regulations with respect to companies, which governed only certain kinds of companies or certain aspects of a company.

Those laws were formulated to be implemented in a planned economy rather than in a market economy[29].

Company's capital of the state-owned companies and collectively owned companies were usually subscribed by a certain government department, and approved documents were issued by the competent government department. The business goal, registered capital, manager and staff were also verified by the competent authorities[30].

In the initial period of company regulation after 1949, the People's Republic of China adopted a planned economy.

Companies were subject to the state planning system and company managers were appointed by the relevant government departments.

The companies were the objects of state planning and were subordinate to governmental departments, so that legal representative and company managers did not have the power to decide the company's business and development schedule[31].

From 1957, under the planned socialist economy, the private economic initiative was substantially not admitted[32].

Between 1957 and 1978[33], after the achievement of socialist reform, there were basically two kind of business entities: state-owned enterprises and collectively owned enterprises[34].

Prior to 1978, China did not feel the need to have national legislation to govern the operation of private companies, since its planned socialist

[29] Z. Qing, *The Company Law of China,* in (1996) 6 2 Indiana International & Comparative Law Review 462.

[30] With these approval documents, a company would then apply to its local industrial and commercial administration for issuance of a business certificate (Qing, *The Company Law of China,* cit., p. 462).

[31] Qing, *The Company Law of China,* cit., p. 462.

[32] M. Bianca, "*Looking through the Chinese Wall": l'evoluzione del diritto societario cinese*, in *Giur. comm.*, 2013, n. 1, pp. 774-791.

[33] In 1962 China passed the Regulation of the State-Owned Industrial Enterprises Work, which encouraged enterprises to cooperate in order to supply materials by appointed units. Companies established were administrative companies implementing production and sales plans according to state specifications. In 1964 there was a big reform in industrial enterprise management, when the Central Committee of the Chinese Communist Party set up a trust. All the trusts were established in accordance with administrative orders and were state owned monopolies in an integrated industrial complex (Qing, *The Company Law of China,* cit., pp. 462-463).

[34] Lo, Tian, *Law for foreign business and investment in China*, cit., p. 24.

economy was comprised almost exclusively of state-owned enterprises managed as governmental agencies, while, in late 1970s, these enterprises started to have financial difficulties.

Therefore, in 1978, China instituted a series of programs aimed at transforming China's socialist economy into a market economy and also at encouraging foreign equity investment into China. Initially, foreign investors were permitted to set up closely held, and closely monitored, "limited liability companies" by means of joint ventures with domestic entities and, afterwards, companies were allowed to be wholly owned by foreign investors[35].

The 3rd Session of the 11th Congress of the Chinese Communist Party in 1978 advanced the legal reform and the open-door policy and it marked China's transformation from a planned economy to a market economy.

After specific law reforms, in China individuals were first allowed to become individual industrial or commercial household, so that an entrepreneur could engage in certain types of business activities with the assistance of his or her household and, afterwards, individuals were allowed to engage a few employees and to carry out a larger number of allowed business activities[36].

In 1980, the State Council approved the Provisional Regulation on the Promotion of Crosswise Economic Co-Operation which promoted all forms of cooperative bodies based on an enterprise's willingness and without restrictions on operation or ownership. This regulation was the basis of recently developed jointly run companies[37].

Even after such reforms, companies remained unregulated, without guidance as to the establishment, registration, operation, merger, and dissolution of companies.

In 1980's, the domestic economy in China was overheating, also due to the incomplete company laws and regulations and the weak implementation of the laws. As a result, the government took five rounds of nationwide clearing and rectification of trust business in 1982, 1985, 1988, 1993 and 1998, respectively[38].

[35] Huo, *The Company Law of the People's Republic of China*, in (1995) 13 2 Pacific Basin Law Journal 375.

[36] Lo, Tian, *Law for foreign business and investment in China*, cit., p. 24.

[37] Companies were set up in great number thereafter. By the end of 1986, the registered companies numbered approximately 300,000- including the state-owned, collectively owned, private, jointly run, and foreign invested companies (Qing, *The Company Law of China,* cit., p. 463).

[38] Z. Meng, *Ownership of Trust Property in China: A Comparative and Social Capital*

The State had difficulties controlling all companies and, due to the chaos in the economic order, in 1985 the State Council issued the Notification on Further Clearance and Rectification of Companies and the Provisional Regulation Regarding Company Registration Management (Provisional Regulation)[39].

The Provisional Regulation restricted the establishment of companies by individuals and emphasized the government's control over companies.

In 1988, with the progress of the market economy, the State Council promulgated the Provisional Regulation for Private Enterprises.

By means of the Regulations, private enterprises (being for-profit economic organizations having private ownership and employing eight or more workers) were formally recognised. Furthermore, villagers, urban unemployed, retired people and individual households were authorized to establish private enterprises in the form of a sole proprietorship, a partnership or a limited liability company[40].

Therefore, the regulation confirmed the legality of private enterprises and advanced the commonly acceptable concept of limited liability company (LLC) and three forms of private enterprises were allowed: the sole proprietorship, the partnership, and the limited liability company.

Article 5 provided that «LLC means the enterprise that the investor's liability to the company is limited to its investment while the company shall take the responsibility with its whole assets».

The Regulation was important in order to develop a socialist market economy and to try to be more compliant with international practices[41].

The economic reform of 1990s brought to a remarkable development of company law in China[42] and provided China with the reformation of state-owned enterprises, the expansion of foreign investment and the implementation of private enterprises in the national economy.

In 1992, detailed descriptions for the setting-up procedures for a limited liability company (LLC) and for a joint stock company (JSC) were introduced by the Standards for Limited Liability Companies Opinion and its companion, the Standards for Companies Limited by Shares Opinion[43].

By means of the amendment passed in 1993, Chinese Constitution adopt-

Perspective, Singapore, 2017, pp. 17-18.

[39] Qing, *The Company Law of China,* cit., pp. 463-464.

[40] Lo, Tian, *Law for foreign business and investment in China*, cit., p. 24.

[41] Qing, *The Company Law of China,* cit., pp. 463-464.

[42] Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., p. 188.

[43] Huo, *The Company Law of the People's Republic of China*, cit., p. 375.

ed the "socialist market economy", to orientate the economic development[44].

As the representatives of the National People's Congress and other interested parties encouraged the formulation of the Company Law, the State Council formally proposed the limited liability company draft law to the Standing Committee of the National People's Congress.

In accordance with the chairman of the Standing Committee of the National People's Congress decision, the Law Work Committee of the Standing Committee placed limited liability company draft and joint-stock company regulations in the Company law by revising the Standard Opinions[45].

In December 1992, the Law Work Committee handed a draft of the Company Law to the Thirtieth Session of the Seventh National People's Congress for examination.

In June 1993, after many revisions, the Company Law draft was handed to the Second Session of the Eighth National People's Congress to review the text.

The Company Law was approved by the Fifth Session of the Standing Committee of the Eighth National People's Congress.

The 1993 Company Law represents an important arrival point of the Chinese legislation produced in this stage of Chinese legal evolution.

2.2. *The 1993 Law of the People's Republic of China on Company Law*

The People's Republic of China did not have any formal national company law until the National People's Congress promulgated the Law of the People's Republic of China on Company Law in 1993 (the "Company Law")[46].

The Company Law came into force on 1994 and, since then, it has been amended many times.

The 1993 Company Law was important because, for the first time, in mainland China the organization and activity of business entities were regulated.

The Company Law was therefore the foundation of modern socialist

[44] R. Ulatowski, *Evolution of the Chinese Economic Model and its International Implications*, in L. Golota, J. Hu, K. Van der Borght, S. Wang (eds.), *Perspectives on Chinese Business and Law*, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2018, p. 3.

[45] Qing, *The Company Law of China,* cit., pp. 463-464.

[46] M. Gu, *Understanding Chinese Company Law: A comparative introduction*, Hong Kong, 2006, p. 1.

enterprises and the market economic system[47].

The 1993 Company Law was divided into eleven chapters with 230 articles. The first chapter dealt with general principles, while the second chapter with the establishment of limited liability companies and their organizational structures. The third chapter dealt with the establishment of joint-stock companies and their organizational structure. The fourth chapter concerned the issuance and transfer of shares of joint-stock companies. The fifth chapter related to company debenture, while the sixth chapter dealt with company finance and accounting. The seventh chapter covered mergers and divisions, while the eighth chapter governed company's bankruptcy, dissolution and liquidation. The ninth chapter concerned branches and subsidiaries of foreign companies. The tenth chapter described legal liability, and the eleventh chapter was the appendix[48].

The main purpose of the 1993 Company Law was stated in Article 1: «The Company Law of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the "Law") has been enacted in order to standardize the organization and activities of companies, protect the lawful rights and interests of companies, shareholders and creditors, safeguard the social and economic order and promote the development of the socialist market economy».

The modern concept of company has played a very important role in standardizing Chinese enterprises, especially the State-owned enterprises.

For decades, the concept of the company in China was not clear. It does not differ from the concept of general enterprise. The Provisional Regulation Regarding Company Registration Management of 1985 provided that the "company" in that regulation meant «the economic entity engaging in production, trade or service industry which is established pursuant to the formalities provided by this regulation and has its own assets and conducts business on its own decisions and undertakes its own losses and taking the economic liabilities in accordance with the laws»[49]. Therefore, the definition of "company" in the Regulation of 1985 did not substantially differ from the definition of "general enterprise".

The 1993 Company Law provides that limited liability companies and joint-stock companies are legal enterprise entities[50].

[47] Qing, *The Company Law of China,* cit., p. 461.

[48] *Ibidem,* p. 465.

[49] Provisional Regulation Regarding Company Registration Management, art. 2 (1985).

[50] The 1993 Company Law only governs LLC's and JSC's within Chinese territory. It does not govern other forms of companies within Chinese territory, so the Company Law does not give a common definition of all forms of companies. The General Principles of Civil Law requires that a legal entity should meet the following requirements: be established

The 1993 Company Law only governs limited liability companies and joint-stock companies within Chinese territory, while in China, before the enforcement of the Company Law, there were a great deal of companies.

Article 229 of the Company Law dealt with non-limited liability companies and non-joint-stock companies established before the enforcement of the Company Law. Pursuant to such provision, the companies established pursuant to laws, regulations, local laws, and the Standard Opinions on limited liability companies and joint-stock companies before the enforcement of this law, as well as those not in compliance with this law, had to meet the legal requirements within a stipulated time.

The Company Law has been amended multiple times[51] since then and the most current version of the Company Law took effect in 2018.

2.3. *Amendment to the 1993 Company Law*

On October 27, 2005, an amendment to the Company Law was adopted and it became effective on January 1, 2006[52].

The 2006 amendment modified the 1993 Company Law by providing

pursuant to laws; have its own assets or capital; have its own name, organizational structure and residence; and independently take civil liability (Qing, *The Company Law of China,* cit., p. 465).

[51] The Company Law of the People's Republic of China was adopted on December 29, 1993, by the Fifth Session of the Standing Committee of the Eighth National People's Congress and was effective from July 1, 1994. It was revised and re-promulgated on December 25, 1999 in accordance with the Decision of the 13th Session of the Standing Committee of the Ninth People's Congress on Amending the Company Law of the People's Republic of China by the Thirteenth Session of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress. It was revised for the second time on August 28, 2004 in accordance with the Decision of the 11th Session of the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on Amending the Company Law of the People's Republic of China. Revised at the 18th Session of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on October 27, 2005. Revised for the third time on December 28, 2013 in accordance with the Decision on Amending Seven Laws Including the Marine Environment Protection Law of the People's Republic of China at the 6th Session of the Standing Committee of the 12th National People's Congress. It has been promulgated and came into effect as of March 1, 2014. Amended for the fourth time in accordance with the Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on Amending the Company Law of the People's Republic of China (2018) adopted at the Sixth Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress on October 26, 2018.

[52] A translation of the Company Law, as amended in 2005, is available at http://www.leggicinesi.it/view_doc.asp?docID=23.

for the establishment requirements of a company. The amendment completed the institutions of the establishment and the capital of companies[53].

Such amendment modified the protective mechanism for shareholders, especially minority shareholders and improved the protection mechanism for shareholders[54].

By means of the 2006 amendment it has been improved the withdrawal mechanism for the shareholders of limited liability companies and the regulations of the litigation on behalf of shareholders[55].

The 2006 amendment revised also the liability mechanism of a company. Since such amendment tried to offer a less-strict requirement of establishing a company, the corresponding liability mechanism was very important[56].

The current version of Company Law was announced in 2013 and entered into force on March 1, 2014.

On December 28, 2013, the Standing Committee of the National People's Congress of the People's Republic of China released its "Decision on Amending the Marine Environmental Protection Law of the People's Republic of China and Other Six Laws", deciding to amend the Company Law[57].

The amendment to the Company Law, which took effect in 2014, provides with significant innovations in the company registration system, especially in registered capital aspects[58].

The 2013 amendment contains issues of interest to foreign investors, such as the abolition of the minimum registered capital, of the deadlines for its payment and of the cash contribution requirements[59].

[53] In detail, it lowered the minimum registered capital on a large scale. In the 1993 Company Law, the LLC required capital depending on the different operating ranges, which varied from 100,000 to 500,000 yuan. However, in the 2006 version, according to Article 26, it required 30,000 yuan without the registration of operating ranges.

[54] The 2006 amendment authorized the right of shareholders to examine the accounting book of the relevant companies.

[55] Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., p. 186.

[56] To that aim, in order to prevent abuse of the company system, the 2006 amendment provides the system of "pierce the corporate veil" (the principle which refers to a situation in which Courts put aside limited liability and hold a corporation's shareholders or directors personally liable for the corporation's actions or debts).

[57] A translation of the Company Law, as amended in 2013, is available at http://www.leggicinesi.it/view_doc.asp?docID=763.

[58] Many of the implemented reforms were inspired by the Shanghai Free Trade Zone, a free-trade zone in Shanghai approved by the State Council on August 22, 2013.

[59] An important amendment concerns the abolition of the minimum registered capital; the previous legislation required a minimum registered capital of RMB 30,000 for

Officially, the purpose of this reform was to make the corporate legislation more efficient, with the aim of simplifying and liberalizing investments in China[60].

On April 22, 2019 the Supreme People's Court published Provisions on Several Issues Relating to the Application of the Company Law of the People's Republic of China (V).

The Provisions are related to disputes of shareholders' rights and they seem to be in line with the government's efforts to strengthen China's business environment[61].

The Provisions are composed by 6 articles[62] and were issued in order

a limited liability company, RMB 100,000 for a sole-shareholder limited liability company and RMB 5,000,000 for a joint stock company. The amendment cancels those requirements, even though the whole investment must be adequate according to the activities done and the amount of capital stock must be expressly stated in the Articles of Association. Certain limits expected in specific fields, still remain valid. The 2013 amendment also provides with the abolition of the deadline for the payment of the registered capital. According to the previous legislation, the members were required to pay their contributions within two years from the date of issuance of the business licence, under penalty of suspension of their commercial activities if they did not comply. According to the new company law, the members may now determine when to make the payment of the due contributions. It has been also provided for the cancellation of the requirement of minimum cash contributions by company members. The Company Law originally provided that at least 30% of the registered capital had to be cash. The cancellation of that limit allows considerable decision-making autonomy to company members who may determinate to what extent the company capital should be cash and to what extent it should consist of other assets.

[60] On February 7, 2014, the Registered Capital Registration System Reform Plan was approved with the goal to make easier the entry of domestic and foreign companies in the Chinese market. The annual inspections, performed by the Chinese authorities before the reform to check the company documents, have now been replaced by annual reports prepared by the same companies, which will be available not only to competent authorities, but also to the public, in order to allow transparency and full disclosure of company information.

[61] In 2017, Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Relating to Application of the Company Law of the People's Republic of China (IV) enhance such protection on shareholders' information rights, profit distribution right, equity transfer right and provides a more detailed process for shareholders' derivative actions. In 2018, China Securities Regulatory Commission revised Guidelines on Governance of Listed Companies, which specifically emphasize that the legitimate rights and interests of minority shareholders should be protected.

[62] The original text of the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Relating to Application of the Company Law of the People's Republic of China (IV) provides (according to the following unofficial translation) that:

«Article 1. For an affiliated transaction harming the interests of a company, if the

to ensure a correct interpretation and application of the Company Law, as promulgated in 2006 and amended in 2018.

plaintiff company claims that the controlling shareholder, the actual controller, directors, supervisors or senior executives shall compensate for the losses caused thereby in accordance with the provisions of Article 21 of the Company Law, but the defendant defends only on the grounds that it has performed the procedures as prescribed by laws, administrative regulations or the articles of association of the company, including information disclosure, the consent of the board of shareholders or of the general meeting of shareholders, etc. for the transaction, the people's court shall not uphold such defence. If the company does not file a lawsuit, any shareholder meeting the requirements specified in Paragraph 1 of Article 151 of the Company Law may initiate legal proceedings with the people's court in accordance with the provisions of Paragraphs 2 or 3 of Article 151 of the Company Law. Article 2. Where an affiliated transaction contract falls under any of the circumstances of invalidation or revocability, and the company does not take legal actions against the contract counterparty, any shareholder meeting the requirements specified in Paragraph1 of Article 151 of the Company Law may lodge a lawsuit with the people's court in accordance with the provisions of Paragraphs 2 or 3 of Article 151 of the Company Law. Article 3. Where a director who is dismissed by a valid resolution of the board of shareholders or the general meeting of shareholders before expiry of his/her term of office claims that the dismissal is not legally effective, the people's Court shall not uphold such claim. If, after being dismissed, a director files a lawsuit due to a dispute over indemnity with the company, the people's court shall, according to laws, administrative regulations, the articles of association of the company or the contract, determine whether the company shall give indemnity and the reasonable amount of indemnity by taking into account the factors such as the reasons for dismissal, the rest of his/her term of office and his/her remuneration. Article 4. After a resolution on distribution of profits is made by the board of shareholders or the general meeting of shareholders, the company shall complete the profit distribution within the period specified in the resolution. If no period is specified in the resolution, the provisions of the articles of association shall apply. If no period is specified in either the resolution or the articles of association or the period specified therein exceeds one year, the company shall, within one year from the date when the resolution is made, complete the profit distribution. If the period for completion of profit distribution as specified in the resolution exceeds that specified in the articles of association, the shareholders may apply to the people's court for revoking the provisions on such period in the resolution according to the provisions of Paragraph 2 of Article 22 of the Company Law. Article 5. In hearing a case involving major disputes between shareholders of a limited liability company, the people's Court shall give importance to mediation. If the parties agree to settle their disputes in any of the following ways not violating the mandatory provisions of laws or administrative regulations, the people's court shall uphold such agreement. (1) buy-back of the shares of some shareholders by the company; (2) transfer of the shares of some shareholders to other shareholders; (3) transfer of the shares of some shareholders to others; (4) reduction in capital of the company; (5) division of the company; (6) any other way that can resolve the disputes, resume the normal operation of the company and avoid dissolution of the company.[…]. Article 6. The present Provisions shall come into effect on April 29, 2019». The aforementioned translation is unofficial and available at https://www.gwa-asia.com/whats-new/china-supreme-peoples-court-new-provisions-of-the-company-law.

The issued Provisions introduced some alternative ways to resolve disputes between limited liability companies' shareholders, under certain circumstances as set out by the Court. The Provisions also regulate in a more detailed manner certain distributions of profits' resolutions and related Court's revocation of such resolutions.

The above Provisions have been effective starting from April 29, 2019.

3. *Types of Companies in China*

3.1. *General Remarks*

During the 1950s there were five forms of companies in China. During the drafting of the Company Law, it has been suggested to add the provision of unlimited companies and joint liability companies to the two popular company forms, *i.e.* limited liability companies and joint stock companies.

Legally, the Company Law only deals with two types of company.

However, it would not be correct to say that other types of company (created later on by other rules and regulations) would have nothing to do with Chinese company regulation[63].

Apparently, the Company Law has not been amended to adopt other company forms.

So far, there is no sign that the Company Law would be used to govern the joint stock cooperative companies because they are currently governed by various national and local regulations[64].

A limited liability company is usually recognized as a "private" or "closed" company, while a joint stock company is recognized as a "public company".

Moreover, an important distinction is between "public company" and "listed company".

In a listed company[65] the shares are traded over the stock exchanges,

[63] G. Minkang, *Understanding Chinese Company Law: A Comparative Introduction*, Hong Kong, 2010, pp. 26-28.

[64] For example, joint stock cooperative companies have been officially endorsed in China since the Fifteenth Party Congress (Minkang, *Understanding Chinese Company Law: A Comparative Introduction*, cit., pp. 26-28).

[65] A listed company is a joint stock company whose shares will be traded over stock exchanges (Art. 121). Therefore, a listed company needs to satisfy not only requirements for a joint stock company, but also additional requirements as follows: (i) the shares have

while in a public company the shares are issued to the public but are not necessarily traded over the stock exchanges. Therefore, every listed company is a public company but not *vice versa*[66].

3.2. *Legal Person Status: Distinctive Aspects*

According to Article 36 of General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China[67] (the "Chinese Civil Law"), a legal person shall be an organization with capacity for civil rights and capacity for civil conduct. A legal person independently enjoys civil rights and assumes civil obligations in accordance with the law.

Therefore, on the basis of the intent of the organization, the main difference is between profit organization and non-profit organization.

Profit organizations are regulated as an enterprise legal person or a corporate juridical person starting business activities.

The enterprise legal persons are regulated as commercial organizations and, according to Article 41 of the Chinese Civil Law, they may include wholly state-owned enterprise, collectively-owned enterprise, privately-held enterprise, economic associations, Chinese-foreign equity joint venture, Chinese-foreign contractual joint venture and foreign-capital enterprise[68].

already been issued to the public with the approval of the China's Securities Regulatory Commission, (ii) the total amount of the company's share capital shall not be less than Y30,000,000; (iii) the amount of shares issued to the public shall be more than 25 per cent of the total amount of the company's shares; and (iv) the company has not committed any significant illegal acts and there are no false records in the financial accounting statements for the previous three years (Minkang, *Understanding Chinese Company Law: A Comparative Introduction*, cit., p. 27).

[66] *Ibidem*, p. 27.

[67] Adopted at the Fourth Session of the Sixth National People's Congress on April 12, 1986 and promulgated by Order No. 37 of the President of the People's Republic of China on April 12, 1986.

[68] Pursuant to Article 41 of Chinese Civil Law: «an enterprise collectively-owned or wholly-state owned shall be qualified as a legal person when it has sufficient funds as stipulated by the state; has articles of association, an organization and premises; has the ability to independently bear civil liability; and has been approved and registered by the competent authority. A Chinese-foreign equity joint venture, Chinese-foreign contractual joint venture or foreign-capital enterprise established within the People's Republic of China shall be qualified as a legal person in China if it has the qualifications of a legal person and has been approved and registered by the administrative agency for industry and commerce in according with the law» (unofficial translation available at http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/gpotclotproc555/).

The privately-held enterprise is the typical commercial form commonly organized as limited liability company.

The limited liability Company and the joint stock company have legal capacity. According to Article 3 of the Company Law, «a company is an enterprise legal person, which has independent corporate property and enjoys corporate property rights. A company shall be liable for its debts to the extent of all of its property».

Connected with the legal personality, the privately-held enterprise presents also the peculiarity of the independent property, the restrictive shareholder withdrawals and the legal representative system[69].

With reference to non-corporate enterprises, according to Article 50[70] of the Chinese Civil Law, "legal person of government units" refers to the different levels and various state bodies that can be qualified with legal person status and obtain funds from the national or local government finance, commonly seen as government agencies at all levels, and the People's Courts.

The "institution legal person" refers to a social welfare organization established by law and qualified with a legal person status, operating in the culture, education, sports, science and technology sectors.

A "mass organization" is instead considered a legal person referring to the social organizations established by the masses in a voluntary way, in accordance with legal procedures and undertakes the non-productive or non-profit activities (such as trade unions, federations and research groups)[71].

A different type of organization is an "incorporate organization" qualified as a commercial form not having a legal person status.

The "incorporated organizations" may be divided in two types: on one side, the individually-owned business, regulated by Articles 26-29 of the Chinese Civil Law[72] and, on the other side, the relative administrative

[69] Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., pp. 193-194.

[70] According to Article 40 of Chinese Civil Law principles: «An independently funded official organ shall be qualified as a legal person on the day it is established. If according to law an institution or social organization having the qualifications of a legal person needs not go through the procedures for registering as a legal person, it shall be qualified as a legal person on the day it is established; if according to law it does need to go through the registration procedures, it shall be qualified as a legal person after being approved and registered» (unofficial translation available at http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/gpotclotproc555/).

[71] Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., p. 194.

[72] Articles 26-29 of the Chinese Civil Law, under Section 4 (Individual Businesses and Leaseholding Farm Households), provided that: «Article 26 "Individual businesses" refers to businesses run by individual citizens who have been lawfully registered and

regulations and individual partnership enterprises, regulated by Articles 30-35 of the Chinese Civil Law[73] and in the Partnership Enterprise Law of the People's Republic of China[74] (the "Partnership Law").

These commercial forms are used to operate business under a small capital basis, as individual operation, qualified as commercial entity where the means of production is owned by individuals, based on the individuals' personal activity and the proceeds of this activity is owned by individuals.

The limited partner enjoys a limited liability for partnership debts based on his subscribed capital contribution, but the difference with a limited liability shareholder system is that a limited partner does not carry out

approved to engage in industrial or commercial operation within the sphere permitted by law. An individual business may adopt a shop name. Article 27 "Leaseholding farm households" refers to members of a rural collective economic organization who engage in commodity production under a contract and within the spheres permitted by law. Article 28 The legitimate rights and interests of individual businesses and leaseholding farm households shall be protected by law. Article 29 The debts of an individual business or a leaseholding farm household shall be secured with the individual's property if the business is operated by an individual and with the family's property if the business is operated by a family» (unofficial translation available at http://www.china.org.cn/china/LegislationsForm2001-2010/2011-02/11/content_21898337.htm).

[73] Articles 30-35 of the Chinese Civil Law, under Section 5 (Individual Partnership) provide that: «Article 30 "Individual partnership" refers to two or more citizens associated in a business and working together, with each providing funds, material objects, techniques and so on according to an agreement. Article 31 Partners shall make a written agreement covering the funds each is to provide, the distribution of profits, the responsibility for debts, the entering into and withdrawal from partnership, the ending of partnership and other such matters. Article 32 The property provided by the partners shall be under their unified management and use. The property accumulated in a partnership operation shall belong to all the partners. Article 33 An individual partnership may adopt a shop name; it shall be approved and registered in accordance with law and conduct business operations within the range as approved and registered. Article 34 The operational activities of an individual partnership shall be decided jointly by the partners, who each shall have the right to carry out and supervise those activities. The partners may elect a responsible person. All partners shall bear civil liability for the operational activities of the responsible person and other personnel. Article 35 A partnership's debts shall be secured with the partners' property in proportion to their respective contributions to the investment or according to the agreement made. Partners shall undertake joint liability for their partnership's debts, except as otherwise stipulated by law. Any partner who overpays his share of the partnership's debts shall have the right to claim compensation from the other partners» (unofficial translation available at http://www.china.org.cn/china/LegislationsForm2001-2010/2011-02/11/content_21898337.htm).

[74] Adopted at the 24th session of the Standing Committee of the 8th National People's Congress on February 23, 1997; amended at the 23rd session of the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on August 27, 2006.

partnership affairs and cannot represent the limited partnership[75].

A limited liability company and the joint stock company have legal capacity.

According to Article 3 of the Company Law, «a company is an enterprise legal person, which has independent corporate property and enjoys corporate property rights. A company shall be liable for its debts to the extent of all of its property».

3.3. *Limited Liability Company*

3.3.1. *Establishment and Registration*

The limited liability company has legal capacity, which is linked with three main functions: independent property, independent authority and independent limited liability.

In line with the 2005 Company Law, a limited liability company refers to a company whose shareholders assume an amount equivalent to the amount of contributed capital to offset its total assets against the responsibility assumed for company debt[76].

In 2013 the Company Law has been revised in order to simplify the set-up requirements and reduce the cost of establishment.

According to Article 23 of the Company Law, to establish a limited liability company it is necessary to fulfill the following conditions: (i) the number of shareholders has to be conform to the statutory number; (ii) the capital contribution subscribed by all shareholders has to be consistent with that prescribed in the articles of association; (iii) the shareholders must have jointly formulated the company's articles of association; (iv) the company must have a name and an organizational structure established in conformity with the requirements for limited liability companies; and (v) the company must have a domicile.

Compared to the previous provision of Article 23 of the Company Law, the amendment deselected the limitation of the minimum registered capital system, which means that "one yuan to establishing a company" could be feasible[77].

With reference to the number of shareholders, according to Article 24 of the Company Law, a limited liability company shall be invested in and

[75] Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., p. 194.
[76] Monti, *Diritto societario cinese*, cit., pp. 138-145.
[77] Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., p. 196.

established by no more than 50 shareholders[78].

With refence to registered capital of the limited liability company, it shall be the capital contributions subscribed by all shareholders as registered with the company registration authority[79].

Where laws, administrative regulations and the decisions of the State Council stipulate the actual paid registered capital and another amount on the minimum registered capital of a limited liability company, such stipulations shall prevail.

According to the amendment to Article 23 of the Company Law, also the paid-in capital system of a limited liability company is modified in a subscription capital system.

Pursuant to Article 7, the company business license no longer records the paid-in capital. However, under Article 26 of the Company Law there are still some types of companies complying with the paid-up registered capital system and the minimum registered capital system. Secondly, as per Article 27 of the Company Law, the provision stating that "the monetary contribution shall occupy 30% of the registered capital" is deleted, so that a company could contribute entirely, for instance, in technology investment[80].

Current Article 27 of the Company Law, in particular, provides that shareholders may bring capital contribution in currency or in non-currency property that may be valued in currency and transferable according to the law such as physical objects, intellectual property and land use rights, except for property that may not be used as capital contribution according to the laws or administrative regulations. To this aim, non-currency property contribution, such as capital, shall be valued and verified, and shall not be over-valued or under-valued. Where laws or administrative regulations have provisions on valuation, such provisions shall prevail.

Capital contribution may be made by each shareholder, subscribing as specified in the articles of association of the company on time and in full.[81]

[78] To incorporate a limited liability company, the articles of association have to specify the following particulars: (i) the name and domicile of the company; (ii) the business scope of the company; (iii) the registered capital of the company; (iv) the names and domiciles of the shareholders; (v) the method, amount and time of capital contribution by the shareholders; (vi) the organization of the company and its methods of establishment, functions and powers, and rules of procedure; (vii) the legal representative of the company; and (viii) other matters that the shareholders deem necessary to be specified. Shareholders shall sign and affix their seals on the company's articles of association.

[79] Article 26 of the Company Law.

[80] Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., p. 196.

[81] According to Article 28 of the Company Law, if a shareholder fails to make the due capital contribution, it shall, in addition to making capital contribution in full to the

If a shareholder makes its capital contribution in currency, it shall deposit the full amount of capital contribution in currency in a bank account opened by the limited liability company[82]. If capital contribution is made in non-currency property, the transfer procedures for the property rights therein shall be handled according to the law[83].

Company's property is formed by the contributions from shareholders.

Shareholder shall receive dividends in proportion to its paid-up capital contribution. When the company increases its capital, the shareholder shall have the priority right to subscribe for capital contribution in proportion to its paid-up capital contribution, except where all shareholders agree not to receive dividends in proportion to the paid-up capital contribution or not to exercise priority right to subscribe for capital contribution in proportion to the paid-up capital contribution.

Once the contributions are made, the shareholders cannot withdraw their shares of their company assets randomly since this would lead to a partial liquidation of the company. However, shareholders can withdraw from the company by underselling their shares as transferable assets[84]. According to Article 35 of the Company Law, in fact, after a company is established, its shareholders may not withdraw their capital contribution.

3.3.2. *Organizational Structure*

The management authority of a limited liability company is carried out by a majority of partners, while more fundamental decisions, like capital increase resolutions, require unanimity, which is not easy to achieve with numerous changing owners. The Company Law thus provides a committee

company, be liable for breach of contract to the shareholders that have made their capital contributions on time and in full.

[82] Article 30 of the Company Law provides that: «If, after establishment of a limited liability company, the actual value of the non-currency property contributed as capital for the establishment of the company is found markedly lower than the value as set forth in the articles of association of the company, the shareholder making such contribution shall make up for the difference. The other shareholders as at the time of the company's establishment shall bear joint and several liability for such difference» (unofficial translation available at http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html#_Toc381707437).

[83] According to Article 29: «After the shareholders subscribed the capital contribution in full as prescribed in the articles of association, a representative designated by all shareholders or an agent jointly appointed by them shall submit a company registration application and documents such as the company's articles of association to the company registration authority to apply for registration of establishment» (unofficial translation available at http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html#_Toc381707437).

[84] Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., p. 196.

organ having authority with respect to company affairs.

Company governance structure is formed by three organs: the board is a decision-making organ, the board of directors is an executive organ which is responsible for the board, to direct and manage the company's affairs, and the senior managers, appointed or dismissed by the board and responsible for the company's daily management and administrative affairs. It is also provided a separate supervisory board to oversee the directors, managers and other personnel.

The organs can be adapted by the articles of associations[85].

A limited liability company shall have a board of directors of three to thirteen members[86], unless otherwise stipulated according to Article 51 of the Company Law, which provides that a limited liability company shall have a board of supervisors, which shall have no fewer than three members.

A limited liability company with comparatively few shareholders and comparatively small in scale may have one to two supervisors instead of a board of supervisors[87].

A limited liability company may have a manager, who shall be employed or dismissed by the board of directors. The manager shall be accountable to the board of directors and shall exercise many functions and powers[88].

[85] *Ibidem*, p. 196.

[86] For a description of the functioning of the organizational structure in Chinese companies, under 2005 Company Law: M. Stella Richter, *L'organizzazione della funzione amministrativa nelle società di capitali di diritto cinese*, in *Riv. società*, 2008, n. 4, pp. 709-723.

[87] According to Article 51 of the Company Law «The board of supervisors shall include the representatives of the shareholders and an appropriate ratio of representatives of the company's staff and workers, in which the ratio of the staff and workers' representatives shall not be lower than one third. The specific ratio shall be specified in the articles of association of the company. The staff and workers' representatives on the board of supervisors shall be democratically elected through the staff and workers' congress, the staff and workers' general meeting or other means. The board of supervisors shall have a chairman that shall be elected by more than half of all supervisors. The chairman of the board of supervisors shall convene and preside over the meeting of the board of supervisors. If the chairman of the board of supervisors is unable to or does not perform his duty, the meeting of the board of supervisors shall be convened and presided over by a supervisor jointly designated by more than half of the supervisors. Directors and senior officers may not concurrently serve as supervisors» (unofficial translation available at http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html#_Toc381707437).

[88] According to Article 49 of the Company Law, the manager shall be accountable to the board of directors and shall exercise the following functions and powers: «(i) to be in charge of the production, operation and management of the company, and to organize the implementation of the resolutions of the board of directors; (ii) to organize the implementation of the annual business plans and investment plans of the company; (iii) to draft the plan for the establishment of the company's internal management organization;

The board of shareholders of a limited liability company shall be composed of all the shareholders. The board of shareholders shall be the organ of authority of the company and shall exercise its functions and powers[89], pursuant to the Company Law[90].

A shareholder of a limited liability company shall be liable for the company to the extent of the capital contribution it subscribes.

A wholly state-owned company doesn't have a shareholders' meeting and members of the board of directors are appointed by the State-owned assets supervision and administrative institution.

3.3.3. *Dissolution and Liquidation*

The Company Law provides for a liquidation procedure for limited liability companies, which is different from the bankruptcy liquidation.

The liquidation is carried out for the reasons of dissolution described in the company's articles of association, or in the event that the decision to

(iv) to draft the basic management system of the company; (v) to formulate the specific rules and regulations of the company; (vi) to request the employment or dismissal of the deputy manager(s) and person(s) in charge of financial affairs of the company; (vii) to decide on the employment or dismissal of management personnel other than those to be employed or dismissed by the board of directors; and (vii) other functions and powers delegated by the board of directors. Where the articles of association of the company otherwise provide for the functions and powers of the manager, such provisions shall prevail. The manager shall attend meetings of the board of directors as a non-voting attendee» (unofficial translation available at http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html#_Toc381707437).

[89] According to Article 37 of the Company Law: «The board of shareholders shall exercise the following functions and powers: (i) to decide on the business policies and investment plans of the company; (ii) to elect and replace directors and supervisors that are not appointed from representatives of staff and workers, and to decide on matters concerning the remuneration of directors and supervisors; (iii) to consider and approve reports of the board of directors; (iv) to consider and approve reports of the board of supervisors or supervisors; (v) to consider and approve the company's proposed annual financial budgets and final accounts; (vi) to consider and approve the company's profit distribution plans and plans for making up losses; (vii) to pass resolutions on the increase or reduction of the company's registered capital; (viii) to pass resolutions on the issuance of corporate bonds; (ix) to pass resolutions on matters such as the merger, division, dissolution, liquidation or change of the corporate form of the company; (x) to amend the articles of association of the company; and (xi) other functions and powers specified in the articles of association of the company. If the shareholders unanimously express consent to the matters set out in the preceding paragraph in writing, the decision may be made, without convening of the board of shareholders, directly with a document of the decision bearing the signatures and seals of all shareholders» (unofficial translation available at http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html#_Toc381707437).

[90] Article 36 of the Company Law.

dissolve the company is taken by the board of shareholders or the general meeting, or in case of merger or division of the company, or if its business license has been revoked, or in the event of a compulsory dissolution, such in the case it is ordered to close down or to be revoked according to the law or it is ordered to be dissolved by a People's Court decision.

The liquidation group shall be committed to sell out the company's credits and debts. Where a liquidation group has not been formed to carry out liquidation within the specified time limit, the creditors may apply to the People's Court for the designation of relevant personnel to form a liquidation group and carry out liquidation. The People's Court shall accept the application, and shall, in a timely manner, organize a liquidation group to carry out liquidation[91].

The liquidation group shall formulate a liquidation plan and submit the same to the board of shareholders, general meeting or the People's Court for confirmation.

In accordance with the subscribed capital system, capital contributions not yet paid up shall be classified as liquidation property. According to Article 186 of Company Law, the property of the limited liability company remained after the property is respectively applied to payment of the liquidation expenses, the wages, social insurance premiums and statutory compensation of staff and workers and the outstanding taxes, and to full payment of the debts of the company, shall be distributed in proportion to the capital contributions of its shareholders.

During liquidation, a company shall continue to exist, but it may not engage in new business activities unrelated to liquidation.

In case the liquidation group discovers that the company's property is insufficient to pay its debts in full, it shall apply to the People's Court for declaration of insolvency, according to the law, and, after the insolvency declaration of the People's Court, the company's liquidation group shall turn over the liquidation matters to the People's Court.

Where a company is declared bankrupt according to the law, it shall be subject to insolvency liquidation according to the laws on enterprise insolvency[92].

[91] Article 183 of the Company Law.

[92] With reference to the bankruptcy procedure, see: L. Shuguang, *Bankruptcy Law in China: Lessons of the Past Twelve Years*, in *Harvard Asia Quarterly*, 2001, http://www.leggicinesi.it/dottrina/LiShuguang_Bankruptcy.pdf; M. Ricci, *La disciplina del fallimento nel diritto cinese*, in *dircomm.it*, 2012, http://www.dircomm.it/2012/n.2/02.html; D.A. Palmer, J.J. Rapisardi, *The PRC Enterprise Bankruptcy Law: The People's Work in Progress*, Washington, D.C., 2009.

3.4. *Joint Stock Company*

3.4.1. *Establishment and Registration*

A joint stock company refers to a company whose total capital is divided equally amongst shares of equivalent value to offset its total assets against the responsibility assumed for company debt.

The establishment of a joint stock company can be carried out in two different way: promotion and stock floatation[93].

According to Article 77 of the Company Law, the promotion mode refers to establishment of a company by means of subscription by the promoters for all the shares to be issued by the company, while the floatation mode refers to establishment of a company by means of subscription by the promoters for a portion of the shares to be issued by the company, and offer of the balance to the public or to specified targets. The founders apply different provisions to the different modes, such as the percentage of the stocks that the founders subscribed, which shall not be lower than 35%[94].

A joint stock company established by the capital floatation mode conducts financing directly to the public[95]. It is therefore reserved a capital paid-in register under this circumstance and the promoters are not allowed to introduce more stockholders before the founders pay up for the stocks they subscribed[96].

When promoters offer shares to the public, the shares shall be

[93] Monti, *Diritto societario cinese*, cit., pp. 146-151.

[94] According to Article 76 of the Company Law, the following conditions shall be fulfilled for the establishment of a company limited by shares: «(i) the number of promoters conforms to the quorum requirement; (ii) the total amount of share capital subscribed for or the total paid-up share capital raised by all the sponsors specified in the articles of association of the company; (iii) the share issue and preparation matters conform to laws and regulations; (iv) the company's articles of association have been formulated by the promoters; in the case of establishment by means of share offer, the articles of association shall have been adopted at the inaugural meeting; (v) the company has a name, and an organizational structure established in accordance with the requirements for companies limited by shares; and (vi) the company has a domicile» (unofficial translation available at http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html#_Toc381707437).

[95] Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., p. 205.

[96] According to Article 91 of the Company Law: «After promoters and subscribers pay their subscription monies or make their capital contributions as substitutes for subscription monies, they may not withdraw their share capital, except where the shares are not fully taken up on time, the promoters fail to convene the inaugural meeting on time or a resolution not to establish the company is adopted at the inaugural meeting» (unofficial translation available at http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html#_Toc381707437).

distributed by a securities company established according to the law, with which a distribution agreement shall be concluded.

3.4.2. *Organizational Structure*

In the joint stock company is required to set up the following organs: the shareholders' meeting, the board of directors, the senior managers and the board of supervisors.

The same provision concerning the power of shareholders' assembly of a limited liability company is applied to the shareholders' assembly of a joint stock company.

According to Article 108 of the Company Law, a joint stock company shall have a board of directors of five to nineteen members. The members of the board of directors may include representatives of the staff and workers of the company.

A company limited by shares shall have a manager, who shall be engaged or dismissed by the board of directors. The board of directors of a company may decide that a member of the board of directors shall serve concurrently as the manager.

A joint stock company shall have a board of supervisors of no fewer than three members. The board of supervisors shall include representatives of the shareholders and an appropriate ratio of the representatives of the company's staff and workers, where the ratio of the staff and workers' representatives shall not be less than one third. The specific ratio shall be specified in the articles of association of the company.

A shareholder of a joint stock company shall be liable for the company to the extent of the subscribed shares.

According to Article 122 of the Company Law, a listed company shall have independent directors, which should be independent as regards personality, economic interest, generation procedure, exercising authority and professionalism.

3.4.3. *Dissolution and liquidation*

The liquidation process described with reference to the limited liability companies is also applicable to the joint stock companies.

The property of the company remained after the property is respectively applied to the due payments, according to Article 186 of Company Law[97],

[97] According to Article 186 of Company Law, «After a liquidation group has thoroughly examined the company's property and prepared a balance sheet and a schedule of property, it shall formulate a liquidation plan and submit the same to the board of shareholders, general

shall be distributed, in the case of a company limited by shares, in proportion to the shareholdings of its shareholders.

4. *Foreign Investment Enterprises*

4.1. *Brief Introduction to the Chinese Foreign Investments Rules*

In 1979 China opened itself to foreign investments adopting its first law on equity joint ventures. In the 1980's laws on wholly foreign-owned enterprises and cooperative joint ventures were issued.

Since then, an assortments of investment vehicles were at disposal of foreign investors who wanted to expand overseas, depending on their business strategies, financial means, human resources, and legal framework of their countries[98].

In China there have been five major vehicles for foreign investors to do business in China: representative office, branch, Chinese-foreign equity joint venture, Chinese -foreign cooperative joint venture and wholly-owned enterprise.

The representative office and branch did not have the status of Chinese legal person and were preparatory in nature and involved a limited scope and amount of business activities.

The Chinese-foreign equity joint venture, Chinese-foreign cooperative joint venture and wholly-owned enterprise where collectively referred to as foreign investment enterprises and were legal persons representing the core instruments for direct investment in China[99].

From 1990's China allowed foreign investors to establish foreign

meeting or the people's court for confirmation. The property of a company remained after the property is respectively applied to payment of the liquidation expenses, the wages, social insurance premiums and statutory compensation of staff and workers and the outstanding taxes, and to full payment of the debts of the company shall be distributed, in the case of a limited liability company, in proportion to the capital contributions of its shareholders and, in the case of a company limited by shares, in proportion to the shareholdings of its shareholders. During liquidation, a company shall continue to exist, but it may not engage in new business activities unrelated to liquidation. Company property may not be distributed among its shareholders prior to full repayment in accordance with the stipulations of the preceding paragraph».

[98] Lo, Tian, *Law for foreign business and investment in China*, cit., p. 73.

[99] For a description of the legal framework of the Chinese company law for foreigners before the Foreign Investment Law, see: Qiu, Lin, *Chinese Company Law*, cit., pp. 209-214.

companies limited by shares[100].

On March 15, 2019, at the Second Session of the 13th National People's Congress, it adopted the Foreign Investment Law of the People's Republic of China (the "Foreign Investment Law"), which came into effect on January 1, 2020.

The Foreign Investment Law replaced three separate foreign investment laws enacted in the early years of China's economic reform: the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures[101], the Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-Owned Enterprises[102] and the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign contractual joint ventures[103].

Together with the adoption of the Foreign Investment Law, several related regulations and notices, which were issued at the end of 2019, also took effect.

[100] Lo, Tian, *Law for foreign business and investment in China*, cit., p. 73.

[101] The Law on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures was adopted at the Second Session of the Fifth National People's Congress on July 1, 1979 and promulgated by Order No. 7 of the Chairman of the Standing Committee of the National People's Congress on July 8, 1979; amended according to the Decision on Amending the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures made at the Third Session of the Seventh National People's Congress on April 4, 1990, and amended for the second time according to the Decision on Amendment to the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures adopted at the Fourth Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 2001 (Unofficial translation is available at http://www.china.org.cn/business/laws_regulations/2007-06/22/content_1214773.htm).

[102] The Law on Wholly Foreign-Owned Enterprises was adopted at the fourth meeting of the Standing Committee of the Sixth National People's Congress on April 12, 1986; amended for the first time in accordance with the Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on Amending the Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-Owned Enterprises at the 18th Meeting of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on October 31, 2000; and amended for the second time in accordance with the Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on Amending Four Laws including the Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-Owned Enterprises at the 22nd Meeting of the Standing Committee of the Twelfth National People's Congress on September 3, 2016 (unofficial translation of the law is available at http://en.pkulaw.cn/display.aspx?cgid=565613090e841b27bdfb&lib=law).

[103] The Law on Chinese Foreign Contractual Joint Ventures was adopted at the First Session of the Seventh National People's Congress on April 13, 1988 and promulgated by Order No. 4 of the President of the People's Republic of China on April 13, 1988; amended according to the Decision on Revision of the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Contractual Joint Ventures adopted at the 18th Meeting of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on October 31, 2000 (unofficial translation is available at http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/ccjvl452/).

It amended the previous regime and aimed at expanding and promoting the foreign investments, in order to protect rights and interests of foreign investors, to standard the management of foreign investment, to impel the formation of a new pattern of all-round opening-up, to fix the regulation of foreign investments and to promote the growth of the socialist market economy.

The new Foreign Investment Law and the related regulations represented an important step for foreign investment in China.

4.2. *The Foreign Investment Law*

4.2.1. *Definitions and General Principles*

The Foreign Investment Law[104] defines a "foreign investment" as an activity directly or indirectly conducted by a foreign natural person, enterprise or other organization (the "foreign investors"). Article 2 of the Foreign Investment Law includes the following circumstances: (i) a foreign investor establishes a foreign-funded enterprise within the territory of China, independently or jointly with any other investor, (ii) a foreign investor acquires shares, equities, property shares or any other similar rights and interests of an enterprise within the territory of China, (iii) a foreign investor makes investment to initiate a new project within the territory of China, independently or jointly with any other investor; and (iv) a foreign investor makes investment in any other way stipulated by laws, administrative regulations or provisions of the State Council.

A foreign-funded enterprise refers to an enterprise that is incorporated under the Chinese laws within the territory of China and is wholly or partly invested by a foreign investor.

In short, Article 2 of the Foreign Investment Law redefines the terms "foreign investment", "foreign investors", and "foreign-invested enterprises", by distinguishing "foreign investment" into "direct investment" and "indirect investment", both of which are subject to the adjustment of the Foreign Investment Law and the supporting laws.

Before the issuance of the Foreign Investment Law, only foreign direct investments were regulated by the three laws, which have been replaced by the Foreign Investment Law, on wholly foreign owned enterprises, Chinese-foreign contractual joint ventures and Chinese-foreign equity joint ventures.

Article 2 of the Foreign Investment Law also adds merger and

[104] Unofficial translation of the Foreign Investment Law is available at https://investmentpolicy.unctad.org.

acquisition transactions into the scope of foreign investment, while, before that law, foreign investment only included setting up.

In practise, Article 2 abolishes the distinction between wholly foreign owned enterprises, Chinese-foreign contractual joint ventures and Chinese-foreign equity joint ventures, which were used since then, and refers the enterprises of foreign investment uniformly as "foreign-invested enterprise".

Article 3 of the Foreign Investment Law provides that China shall adhere to the basic state policy of opening-up and encourage foreign investors to make investments within the territory of China and, at the same time, the State shall implement policies on high-level investment liberalization and convenience, and shall establish and improve the mechanism to promote foreign investment and create a stable, transparent, foreseeable and level-playing market environment.

Articles 4 and 28 of the Foreign Investment Law clarify that China will adopt the management system of pre-establishment national treatment and negative list for foreign investment.

The pre-establishment national treatment refers to the treatment given to foreign investors and their investments during the investment access stage, which is not lower than that given to their domestic counterpart.

The negative list refers to special administrative measures for the access of foreign investment in specific fields as stipulated by the Chinese government. The government will give national treatment to foreign investments outside the negative list.

Foreign investors shall not invest in any field forbidden by the negative list for access of foreign investment and for any field restricted by the negative list, foreign investors shall conform to the investment conditions provided in the negative list.

Fields not included in the negative list shall be managed under the principle that domestic investment and foreign investment shall be treated uniformly.

The negative list system has been piloted in the Shanghai Free Trade Zone since 2013 and was expanded countrywide in 2018, but the Foreign Investment Law represents the first time that the negative list system is fixed in the form of law.

4.2.2. *Investment Promotion and Investment Protection*

According to Article 9 of the Foreign Investment Law, national policies on supporting the development of enterprises shall equally apply to foreign-funded enterprises in accordance with the law.

The government shall establish and perfect the service system for foreign investment, and provide foreign investors and foreign-funded enterprises with consultation and services in respect of laws and regulations, policies and measures, investment project information and other aspects.

It shall establish multilateral and bilateral cooperation mechanisms for the promotion of investment with other countries, regions and international organizations, so as to enhance international exchanges and cooperation in terms of investment.

It is provided that the government shall not expropriate any investment made by foreign investors. Only under special circumstances, the government may expropriate or requisition an investment made by foreign investors for public interests in accordance with the law. Such expropriation or requisition shall be made pursuant to statutory procedures and fair and reasonable compensation will be given in a timely manner.

A foreign investor may, in accordance with the law, freely transfer inward and outward its contributions, profits, capital gains, income from asset disposal, royalties of intellectual property rights, lawfully obtained compensation or indemnity, such as income from liquidation, within the territory of China.

According to Article 22, intellectual property rights of foreign investors and foreign-funded enterprises shall be protected, such as the legitimate rights and interests of holders of intellectual property rights and relevant right holders.

4.2.3. *Investment Management and Legal Liability*

Article 34 and Article 37 of the Foreign Investment Law establish a foreign investment information reporting system in China for the management of the foreign investment companies.

According to Article 34, the foreign investors or the foreign funded enterprises shall submit the investment information to competent departments for commerce through the enterprise registration system and the enterprise credit information publicity system.

The contents and scope of foreign investment information to be reported shall be determined under the principle of necessity; investment information, available through interdepartmental information sharing, will not be required to be submitted again.

Authorities will not be allowed to request any investment information that can be obtained by interdepartmental information sharing.

Article 37 of Foreign Investment Law provides the penalties of noncom-

pliance. In case any foreign investor or foreign-funded enterprise violates the provisions of the law and fails to report their investment information as required by the foreign investment information reporting system, competent department for commerce shall order it to make corrections within a prescribed time limit.

In case a foreign investor invests in a field forbidden by the negative list, relevant competent department shall order the said investor to stop its investment activity, dispose of the shares and assets thereof or take any other necessary measures within a prescribed time limit, and restore the government to what it was prior to the investment; if there is any illegal gain, such gain shall be confiscated[105].

Where an investment activity of a foreign investor breaches any special administrative measures for restrictive access provided in the negative list, relevant competent department shall order the investor to make corrections within a prescribed time limit, and take necessary measures to meet the requirements of the aforesaid measures; if the foreign investor fails to make corrections within the time limit, specific measures shall be taken.

In addition, where an investment activity of a foreign investor violates any provision in the negative list, the said investor shall bear corresponding legal liability.

4.3. *Implementing Rules and Measures on Security Review of Foreign Investment*

The State Council adopted the Regulation on the Implementation of the Foreign Investment Law of the People's Republic of China (the "Implementing Regulation") on December 12, 2019, and it took effect on January 1, 2020.

The Implementing Regulation provides additional rules and clarification on general provisions and principles set out in the Foreign Investment Law.

In brief, the Implementing Regulation provides with national treatment for foreign invested enterprises in many areas, including government funding, land supply, tax reductions and exemptions, permitting, standards formulation, public procurement, and project approvals and it implements the rights of for foreign invested enterprises to participate in rule-making, standards formulation and government procurement.

Furthermore, the Implementing Regulation provides, *inter alia,* that government authorities have to take measures and establish systems

[105] Article 36 of the Foreign Investment Law.

for transparency in rule-making and administration and to provide rules concerning expropriation of foreign investors' investments and the protection of intellectual property.

In addition to the Implementing Regulations, many other supporting documents regarding foreign investment have also entered into effect on 1 January 2020, such as the Interpretations of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of the Foreign Investment Law of the People's Republic of China issued on 26 December 2019, the Measures for the Reporting of Foreign Investment Information issued on 30 December 2019, the Notice regarding Foreign Investor Information Reporting Related Matters issued on 31 December 2019 and the Circular on Effective Work on Registration of Foreign-invested Enterprises for the Implementation of the Foreign Investment Law issued on 28 December 2019. On December 19, 2020, China's National Development and Reform Commission and Ministry of Commerce jointly issued the Measures on Security Review of Foreign Investment, which took effect on January 18, 2021. The Measures mandate pre-closing filing and authorize the "Foreign Investment Security Working Mechanism" to review certain foreign investment in various covered sectors[106].

The Implementing Regulations, the Measures and the other legal acts connected with the Foreign Investment Law brought many changes to the foreign investment regime in China and shall lead the growth of the Chinese legal framework.

5. *Conclusive Remarks*

Over the past decades a progressive transformation of law and legal institutions in China took place in the frame of China's modernization process.

The recognition and protection of private property, the amendment to the Constitution, the evolution of the bankruptcy law[107], the Company Law, the Foreign Investment Law and the other commercial and economic

[106] On the Measures on Security Review of Foreign Investment: https://investment policy.unctad.org and www.lexology.com.

[107] With reference to the bankruptcy regulation in China: L. Shuguang, *Bankruptcy Law in China: Lessons of the Past Twelve Years*, cit.; Ricci, *La disciplina del fallimento nel diritto cinese*, cit.; Palmer, Rapisardi, *The PRC Enterprise Bankruptcy Law: The People's Work in Progress*, cit..

legislation, contributed to the development of Chinese law and legal institutions.

Although China's traditional legal system continues to influence the development of the modem legal system, the continuing significance of China's traditional legal system appears to be indirect, with the remote persistence of traditional elements[108].

The current phase of development of Chinese company law needs to create a new form of ethics and moral rules, a sort of modernization of law, involving legal reforms, legal practices and expert lawyers, in order to ensure a modern concept of law (and legality) separated and autonomous from the politic issues and from the moral (and ethic) rules.

The future modernization of the legal framework of company law in China shall be strictly linked to a wider implementation of the legal procedure, the legal practices and the overall legal system, in connection with a concrete development of the rule of law.

Bibliography

G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo (eds), *Diritto dell'Asia orientale*, Turin, 2007.

F.R. Antonelli, *Storia e diritto commerciale nella Cina contemporanea*, Rome, 2007.

F.R. Antonelli, *La "legge sulla legislazione" ed il problema delle fonti nel diritto cinese,* in *Mondo Cinese*, 2004, vol. 119, pp. 23-36.

M. Bianca, "*Looking through the Chinese Wall": l'evoluzione del diritto societario cinese*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, vol. I, part. 1, pp. 774-791.

Q. Bu, *Will Chinese Legal Culture Constrain its Corporate Governance-related Laws?*, in L. Moccia, M. Woesler (eds.), *China & Europe. Fostering the Mutual Understanding Between China and Europe by Multi-level Comparisons of their Cultures, Societies, and Economies*, Berlin, Bochum, Dülmen, London, Paris, 2014, pp. 212-213.

I. Castellucci, *Rule of law and legal complexity in the people's Republic of China*, Trento, 2012.

R. Cavalieri, *Dalla pianificazione al mercato: rinascita ed evoluzione del diritto commerciale cinese,* in P. Cerami, M. Serio (eds.), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Turin, 2011, pp. 361-375.

[108] O'Brien, *The Survival of Traditional Chinese Law in the People's Republic of China*, cit. p. 172.

R. Cavalieri, *Tendenze del diritto commerciale cinese dopo Tiananmen,* in *Mondo Cinese*, 2014, vol. 153, pp. 174-192.

J. Chen, *The Transformation of Chinese Law: Mark II*, (2015) 45 3 Hong Kong Law Journal 911-940.

G. Crespi Reghizzi, *Evoluzioni del nuovo diritto commerciale cinese*, in *Il Politico - Rivista italiana di scienze politiche*, 2006, pp. 142-171.

L. Formichella, G. Terracina, E. Toti (eds.), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico,* Turin, 2005.

L. Formichella, E. Toti, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese, IV, Legge sulle società*, Turin, 2008.

M. Gu, *Understanding Chinese Company Law: A comparative introduction*, Hong Kong, 2006.

T. Hsia, *Chinese Legal Publications: An Appraisal*, in J.A. Cohen (ed.), *Contemporary Chinese Law: Research Problems and Perspectives*, Cambridge, Massachusetts, 1970.

S. Huo, *The Company Law of the People's Republic of China*, in (1955) 13 2 Pacific Basin Law Journal 373-389.

V.I. Lo, X. Tian, *Law for foreign business and investment in China*, New York, 2009.

G. Minkang, *Understanding Chinese Company Law: A Comparative Introduction*, Hong Kong, 2010.

L. Moccia, *Diritto cinese fra tradizione e modernizzazione socialista: un approccio comparativo*, in M. Woesler (ed.), *Recht und Gerechtigkeit in China – "Festschrift zum 75. Geburtstag von Konrad Wegmann". Beiträge des Symposiums vom 8. Dezember 2007 an der Hochschule für Angewandte Sprachen, SDI* München, Munich, 2007, pp. 87-106.

L. Moccia (ed.), *China and Europe. Fostering the Mutual Understanding Between China and Europe by Multi-level Comparisons of their Cultures, Societies, and Economics*, Berlin, Bochum, Dulmen, London, Paris, 2014.

L. Moccia, *Il diritto cinese nella teoria dei sistemi giuridici: dalla tradizione alla commistione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2006, pp. 877-890.

L. Moccia, *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Turin, 2009.

L. Moccia, *Profili emergenti del sistema giuridico cinese*, Rome, 1999.

L. Moccia, *Prologo breve sulla «originalità» del diritto tradizionale cinese e sull'importanza del suo studio in prospettiva storico comparativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, vol. 58, n. 3, pp. 991-1004.

L. Moccia, *The Idea of "Law" in China: An Overview*, in L. Golota, J. Hu, K. Van der Borght, S. Wang (eds.), *Perspectives on Chinese Business and Law*, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2018, pp. 59-94.

F. Monti, *Diritto societario cinese*, Rome, 2007.

R. O'Brien, *The Survival of Traditional Chinese Law in the People's Republic of China*, in (2010) 40 1 Hong Kong Law Journal 165-174.

D.A. Palmer, J.J. Rapisardi, *The PRC Enterprise Bankruptcy Law: The People's Work in Progress*, Washington, 2009.

R. Peerenboom, *Law and development in China and India*, in M. Sornarajah, J. Wang (eds.), *China, India and the International Economic Order*, Cambridge, 2010, pp. 491-512.

M. Porto, *Cina*, in R. Torino (ed.), *Sistemi giuridici. Diritto e geopolitica*, Milan, 2017.

R. Torino (ed.), *Sistemi giuridici. Diritto e geopolitica*, Milan, 2017.

Z. Qing, *The Company Law of China,* (1996) 6 2 Indiana International & Comparative Law Review 461-492.

X. Qiu, Z. Lin, *Chinese Company Law*, in L. Golota, J. Hu, K. Van der Borght, S. Wang (eds.), *Perspectives on Chinese Business and Law*, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2018, pp. 151-178.

M. Ricci, *La disciplina del fallimento nel diritto cinese*, in *Dircomm.it,* 2012.

M. Sornarajah, J. Wang (eds.), *China*, *India and the International Economic Order*, Cambridge, 2010.

L. Shuguang, *Bankruptcy Law in China: Lessons of the Past Twelve Years*, (2001) 5(1) *Harvard Asia Quarterly*.

M. Stella Richter, *L'organizzazione della funzione amministrativa nelle società di capitali di diritto cinese*, in *Rivista delle Società*, 2008, n. 4, pp. 709-723.

R. Tomasic, *Company Law Implementation in the PRC: the Rule of Law in the Shadow of the State,* (2015) 15 2 Journal of Corporate Law Studies 285-309.

E. Toti, *Elementi di diritto cinese. Parte generale*, Rome, 2010.

E. Toti, *Elementi di diritto cinese. Parte speciale*, Rome, 2011.

R. Ulatowski, *Evolution of the Chinese Economic Model and its International Implications*, in L. Golota, J. Hu, K. Van der Borght, S. Wang (eds.), *Perspectives on Chinese Business and Law*, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2018, pp. 1-18.

J. Van der Pas, *Getting Personal*, (2014) 1 4 European Journal of Comparative Law and Governance 337-356.

S. Veitch, *Confucian Perfectionism: Political Philosophy for Modern Times*, (2015) 45 3 Hong Kong Law Journal 1023-1034.

L. Yueh, *The Economy of China,* Cheltenham, 2010.

L. Xiang, *A new Review of the Economic System Clauses in the Chinese Constitution*, in J. Shi (ed.), *Renmin Chinese Law Review, Selected Papers of the Jurist*, vol. 6, Cheltenham, 2019, pp. 80-101.

X. Zhang, *Chinese civil law for business*, Hong Kong, 2015.

J. Zhao, *The Harmonious Society, Corporate Social Responsibility and Legal Responses to Ethical Norms* in *Chinese Company Law,* (2012) 12 1 Journal of Corporate Law Studies 163-200.

S. Zhu, *Modernizing Chinese Law: The Protection of Private Property in China*, (2011) 28 *ProtoSociology. China's Modernization I* 73-86.

K. Zou, *China's Legal Reform. Towards the Rule of Law*, Leiden, 2006.

Il volume raccoglie saggi di studiosi italiani e stranieri dedicati a Luigi Moccia come testimonianza per il contributo allo sviluppo della comparazione giuridica e del diritto europeo nel corso della sua attività scientifica. È articolato in tre tracce tematiche che delineano le linee fondamentali della sua riflessione: a) comparazione giuridica e dialogo tra common law e civil law; b) dalla comparazione all'integrazione giuridica: cittadinanza e diritto europeo; c) comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto.

Ermanno Calzolaio è professore ordinario di Diritto Privato Comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata. È componente dell'International Academy of Comparative Law e del comitato direttivo dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato.

Raffaele Torino è professore ordinario di Diritto Privato Comparato nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università Roma Tre. È componente dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato.

Laura Vagni è professore ordinario di Diritto Privato Comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata. È componente dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato.

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI