

IUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD

VOLUME ONE



Edited by
Chiara Antonia d'Alessandro
Claudia Marchese

Studies in Law
and Social Sciences **3**

Studies in Law & Social Sciences

3

**IUS DICERE
IN A GLOBALIZED
WORLD**

A COMPARATIVE OVERVIEW

VOLUME ONE

Edited by

CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO

CLAUDIA MARCHESE



Roma TrE-Press

2018

Questo volume è stato realizzato con il contributo finanziario del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre e della Associazione Italiana di Diritto Comparato

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

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press* ©

Roma, marzo 2018

ISBN: 978-88-94885-96-5

<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.



Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

Coordinatore

ANDREA ZOPPINI

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.

Indice

VOLUME I

INTRODUZIONE	
TOMMASO EDOARDO FROSINI	1
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH	7

PARTE I *IUS DICERE*

GIUDICI E GIURISDIZIONE

GIORGIA PAVANI, <i>Il potere giudiziario. Un capitolo latente nella manualistica contemporanea</i>	15
ANDREA PIN, <i>Stare decisis e argomentazione giuridica. La logica del common law e il diritto sovranazionale europeo</i>	41

DIRITTI FONDAMENTALI, VALORI COSTITUZIONALI E LEGGE

FRANCESCO CLEMENTI, <i>Non tutto lo jus dicere passa dalle sentenze: la tutela dei diritti fondamentali e la rete europea dei Consigli di Giustizia</i>	55
ANDREA FUSARO, <i>Il notaio esercita attività giurisdizionale?</i>	69
FERRUCCIO AULETTA, <i>L'introduzione del principio costituzionale di equilibrio nel bilancio dello Stato: per un ripensamento dei valori nell'ordinamento della giustizia pubblica</i>	91
GUSTAVO TEPEDINO, <i>Teoria dell'interpretazione e rapporti privati: la ragionevolezza e il ruolo del giudice nella promozione dei valori costituzionali</i>	97
FRANCESCO DURANTI, <i>Corti e Parlamenti. Dialoghi, confronti, comparazioni</i>	115
FRANCESCA BENATTI, <i>La legittimità delle Corti Supreme nell'età della globalizzazione</i>	143

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ

GIUSEPPE ROSSI, <i>The Search for the "Workable Legal Precept" In a Context of Incoherence and Uncertainty: Reflections on Roscoe Pound's Theory of Judicial Empiricism from a European Perspective.</i>	157
PAOLO PASSAGLIA, <i>La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca</i>	183

MICHELE SAPIGNOLI, <i>Corti di giustizia e opinione pubblica: la fiducia nei sistemi giudiziari europei</i>	205
MIA CAIELLI, <i>The Role of Civil Society in Human Rights and Constitutional Adjudication. Some concerns about “Judicial lobbying”</i>	235
HAGEN HENRÿ, <i>Who makes the law? Parliaments, Governments, Courts or Others? Social Justice through Cooperatives at Stake</i>	251
CHIARA GALLESE – DANIELA BESOZZI, <i>Le sentenze antiscientifiche: un mito creato dai media</i>	261
MAURO GRONDONA, <i>Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (con uno sguardo su Hayek: ‘The Political Order of a Free People’)</i>	295

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ: LA PROSPETTIVA LATINO-AMERICANA

RAFFAELE VOLANTE, <i>La proprietà collettiva indigena e la sua dimensione di ius dicere</i>	321
SERENA BALDIN, <i>Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell’ordinamento boliviano</i>	359
PABLO MORENO CRUZ, <i>Plurisoggettività delle violazioni dei diritti fondamentali e l’azione di tutela: il caso colombiano</i>	393
ALBERTO VESPAZIANI, <i>Jus dicere in Terrae Brasilis: Politica, Ermeneutica, Letteratura</i>	415

VOLUME II

PARTE II

...IN A GLOBALIZED WORLD

GIUDICI E GLOBALIZZAZIONE

GARY LAWSON – GUY SEIDMAN, <i>Deference and National Courts in the Age of Globalization: Learning, Applying and Deferring to Foreign Law</i>	431
ANNA MASTROMARINO, <i>Separazione linguistica o comunitarismo giurisdizionale? Ragionando di Reflective judiciary in Belgio</i>	459
LUIGI FUMAGALLI, <i>La funzione giurisdizionale nell’ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche</i>	485
FRANCESCO CONTINI, ALINA ONTANU, MARCO VELICOGNA, <i>How many cases? Assessing the comparability of EU Judicial datasets</i>	497

PROCESSO CIVILE, CLASS ACTION, ADR

FABIO SANTANGELI, <i>Norme processuali nelle giurisdizioni statali tra prassi, regole e principi nel mondo occidentale</i>	539
PIERVINCENZO PACILEO, <i>Online dispute resolution: la “piattaforma UE” come nuovo modello di internet jurisdiction</i>	599
ALESSANDRO PALMIERI, <i>Consumatori, tutela collettiva, arbitrato: di miti (americani) infranti e timidi risvegli (europei)</i>	637
GIACOMO PAILLI – CRISTINA PONCIBÒ, <i>The transformation of Consumer Law Enforcement: an Italian perspective</i>	653
SALVATORE CASABONA, <i>Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall’Alternative Dispute Resolution all’Alien Dispute Resolution</i>	691
KOESRIANTI KOESRIANTI, <i>Legalization and Adjudicative Legitimacy of the ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism</i>	725
CESARE GALLI, <i>The Unified Patent Court and its Rules of Procedure, between EU and National Laws and Jurisdictions</i>	753
ERGUN ÖZSUNAY, <i>Involvement of the laypersons in the Turkish adjudication system</i>	763

NOVA REMEDIA DEL POTERE GIURISDIZIONALE

LUCIA SCAFFARDI, <i>Iudex peritus peritorum? L'utilizzo del DNA nel processo penale e il ruolo del giudice</i>	779
NICOLA BRUTTI, <i>Funzione “espressiva” del rimedio: un dialogo tra giudice e comunità</i>	801
ENRICO MAESTRI, <i>Giurisdizione e rete: effettività versus legalità?</i>	819
Indice degli Autori	851

Tommaso Edoardo Frosini

Introduzione

1. È con una certa soddisfazione che scrivo queste righe di introduzione al volume degli *Atti* del XXIV Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato. Satisfazione dovuta al fatto che la sede che ha ospitato le tre giornate di studio è l'Ateneo dove da dieci anni svolgo la mia attività di docente di diritto pubblico comparato. Si tratta dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, che è la cittadella monastica posta alle pendici del colle Sant'Elmo che domina l'intera città e il golfo di Napoli. Un antico sito conventuale, vestigia di due monasteri fondati tra il XVI e il XVII secolo dalla mistica napoletana cui è oggi intitolato all'Università. Suor Orsola, infatti, fu un personaggio significativo nel panorama religioso della Napoli controriformata, in quanto espressione di una religiosità militante e tendenzialmente autonoma, che la Chiesa istituzionale riuscì col tempo a ricondurre entro i limiti della rigida obbedienza all'autorità ecclesiastica, trasformando il libero ritiro della Benincasa e dei suoi parenti in una congregazione di natura laicale sottoposta al controllo di un ordine religioso maschile. Oggi è una sorta di acropoli culturale, isolata ma ben arroccata a difesa dei suoi principi di etica pubblica, un luogo ideale in cui si ritrovano o si incontrano uomini di libero sentire, dediti allo studio e alla ricerca scientifica.

2. Particolarmente intricante e suggestivo l'argomento scelto per il Colloquio dei comparatisti: *Ius dicere in a globalized world*. Torna il tema della globalizzazione declinato nella giurisdizione, che quindi assume nuove prospettive di ricerca non ancora pienamente esplorate. E che in questo volume, che raccoglie buona parte delle relazioni discusse al Colloquio, vengono presentate nella loro articolata rappresentazione in punto di diritto comparato. In tal modo, si offre al lettore un quadro ampio di una serie di problematiche dello *ius dicere* attraverso il metodo della comparazione giuridica, che penetra nei problemi della giustizia e dei suoi giudici, dei diritti fondamentali e della loro tutela, del rapporto fra giurisdizione e società (anche con particolare riferimento all'interessante caso dell'America

Latina), dei giudici nella globalizzazione, delle *Alternative Dispute Resolution* e, infine, dei *nova remedia* del potere giurisdizionale. Insomma, un menu ricco da scegliere e da apprezzare.

Non entro nel merito degli interventi, sebbene tentato e stimolato dalla lettura degli stessi, e mi limito a svolgere rapide osservazioni in tema di globalizzazione giuridica.

3. La cd. globalizzazione – intesa come “deterritorializzazione”, e quindi eclisse dello Stato e della sua espressione più speculare, la sovranità – ha favorito il sorgere e l’affermarsi di nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*, che si vanno sempre più espandendo senza confini e quindi prive di frontiere giuridiche. Che sono frutto di una prassi giuridica, che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto. Anzi, vi è di più: un incontenibile sviluppo del diritto dei privati, ovvero un diritto fatto dai privati, che genera diritti non più riferiti allo Stato ma alle persone, ai singoli soggetti. E che favorisce risposte agli sviluppi e alle situazioni che si producono in maniera dinamica, provando a fissare dei vincoli o degli obblighi che tuttavia lasciano possibilità di azione e di scelta ai destinatari. Ciò vale anche per la giustizia, dove si sono accentuate, *around the World*, le risoluzioni alternative delle controversie affidate ai privati, vuoi per il tramite delle mediazioni ovvero degli arbitrati, che si fondano sulla base della volontà negoziale delle parti in conflitto.

Quindi, si sostiene, che il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato inter organizzativi e su processi mondiali di standardizzazione. Come è stato affermato, da G. Teubner, «*i governi privati, i regolamenti privati e la giustizia privata stanno diventando fonti giuridiche centrali, fenomeni intrinsecamente giuridici che nello Stato-nazione erano stati spinti nella zona grigia della fattualità (giuridica) [...]. Nei regimi privati globali sta emergendo una vera e propria auto-decostruzione del diritto che semplicemente mette fuori gioco alcuni principi fondamentali del diritto nazionale*».

Argomentare suadente ma non convincente.

Questo nuovo modo di intendere il diritto – qui appena accennato – che produce diritti oltre la funzione legislativa dello stato, sconta a mio avviso una visione fin troppo occidentale di un unico e unificante

processo di globalizzazione. Che tale non è: i processi di globalizzazione, infatti, sono diversi e si snodano anche sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione, e quindi, come ha sostenuto H.P. Glenn, «*alla competizione per la globalizzazione concorrono oggi tre principali candidati: l'Occidente, l'Islam e l'Asia orientale. Nessuno è in grado di prevedere il risultato di questa competizione [...] è quindi improbabile che ci stiamo dirigendo verso una singola cultura mondiale e cosmopolita, perché una cultura cosmopolita implica che la cultura di qualcuno sia cosmopolita, mentre quelle degli altri non lo siano*». Se il diritto comparato vuole adeguarsi alle sfide teoriche e pratiche della globalizzazione dovrà necessariamente allargare i suoi orizzonti al di là e oltre l'Occidente, avvicinandosi, quindi, alle esperienze giuridiche *beyond West* e abbandonando, ovvero ridimensionando, la prospettiva eurocentrica.

Con riferimento, in particolare, al rapporto fra legislazione e globalizzazione, si dubita che vi possa essere un motivo di forte condizionamento dell'una con l'altra. Da un lato, perché, come detto prima, il fenomeno della globalizzazione esalta nuove forme di normazione, che non sono direttamente derivabili dalla volontà del legislatore statale, dall'altro perché la legislazione, per quanto frammentata e indebolita, ha comunque mantenuto un suo intrinseco valore, sia pure come residuo di un baluardo di sovranità. Mi riferisco, soprattutto, ad alcune leggi che, sul piano del contenuto, non sembrano subire forme di contaminazione da parte di altre esperienze giuridiche. Certo, si sottopongono comunque al *test* della comparazione, per così dire, ma poi si esprimono nella loro originalità, come se fossero marchiate da una sorta di denominazione di origine controllata.

È il caso della legge elettorale, per esempio. Ebbene, senza timore di smentite, si può senz'altro dire che ogni Paese, quantomeno fra quelli ascrivibili alla forma di stato di democrazia liberale, ha una legge elettorale che esprime un proprio sistema elettorale, che non ha eguali altrove. È come se in materia elettorale ci fosse una sovranità assoluta, esercitata attraverso l'individuazione di un proprio sistema elettorale che non copia e non riproduce modelli altrui.

Se ciò vale per leggi ad alto contenuto politico, quale la legge elettorale tale da qualificarsi come *Grundnorm* della costituzione in senso materiale, altrettanto per le leggi ad alto contenuto etico. Anche qui, si procede al *test* della comparazione, ovvero si verifica come altrove è stata regolamentata quella determinata materia ma poi si tende a legiferare in proprio, senza cioè emulare quanto è stato fatto altrove. È il caso della legge sulla procreazione medicalmente assistita, ovvero sulle diverse leggi che regolano le unioni civili

e anche i matrimoni omosessuali. Certo, qui incide il livello più o meno diffuso della componente etica, ovvero religiosa, presente sul territorio e sulla cittadinanza; altrimenti, l'influenza della religione all'interno della maggioranza politico-parlamentare.

Non credo che l'esempio di queste leggi, a contenuto politico e a contenuto etico-religioso, provi troppo. Anzi, sono leggi attraverso le quali si viene a imprimere una assai significativa caratterizzazione della forma di stato e di governo, che per quanto debitrice di una sorta di "patrimonio costituzionale comune" mantiene comunque una sua specificità nei contesti ordinamentali nazionali. Voglio con ciò dire, che il fenomeno della globalizzazione va inquadrato nella giusta angolazione, che è senz'altro quella economica e tecnologica, ma che non ha assorbito, anzi fagocitato, l'assetto istituzionale degli stati e la legislazione degli stessi, in punto di scelte caratterizzanti la forma di stato e di governo.

Ecco perché la tesi che la cifra metodologica della comparazione, che è quella delle differenze/somiglianze, sia venuta meno in epoca di globalizzazione, non mi persuade. Si sostiene che con la globalizzazione è aumentata la dose di metodo fondata sulle somiglianze anziché sulle differenze – invertendo il rapporto, dove erano e sono le differenze che esaltano di più e meglio l'analisi comparativa – e poi, che semmai sono altre le dinamiche che modellano e indirizzano la ricerca del comparatista, quali la convergenza, lo scambio e la contaminazione, attraverso un *dynamic longitudinal project*. Sarà pur vero che viviamo in un'epoca che vede con favore l'unificazione e la incoraggia e che l'ordinamento giuridico europeo si muove senz'altro in tal senso, seppure "uniti nella diversità". Ma per il *comparative law in book* e il *comparative law in action* – comunque in grado di perseguire allo stesso tempo l'unità e la diversità – rimane e permane il metodo delle differenze, anche nell'età della globalizzazione. Il raffronto fra sistemi e norme giuridiche deve esaltare le diversità e farlo con particolare riferimento allo scenario del diritto globale, con il suo carattere transnazionale oltre che nazionale e sovranazionale. Bisogna diffidare dalle convergenze, ovvero dalle consonanze, e quindi dall'idea che *tout se tient*: sarebbe meglio che il teorico si ostinasse a distinguere sempre, puntigliosamente, anche a costo di fare il bastian contrario.

4. Altro derivato del diritto globale sarebbe il dialogo fra Parlamenti, che si richiama a un altro noto "dialogo", ovvero quello fra le Corti. Dialogo quest'ultimo molto studiato e celebrato, nella convinzione di un suo forte impatto giurisprudenziale in grado di suggerire un interscambio, o

persino un'interdipendenza fra le varie esperienze giurisdizionali nazionali. Salvo verificare che manca il dialogo fra le Corti statali, e semmai c'è uno scambio per lo più unilaterale di decisioni giurisprudenziali; né tantomeno c'è un ricorso all'uso della comparazione ma piuttosto un approssimativo riferimento al diritto straniero. Il cd. "dialogo" fra Corti e, soprattutto, fra Parlamenti appare come un mito, al quale in molti tendono nella convinzione, tutta da verificare in concreto, che si svolgano forme di trapianti di sentenze e, soprattutto, di norme. E che tutto ciò sia un inevitabile derivato del processo di globalizzazione nella sua induzione verso un'uniformità giuridica e una circolazione, "occidentalmente orientata", del diritto e dei diritti. Sia come perimetro geopolitico della nozione, quello euro-atlantico; sia come *Occidente giuridico*, ovvero il modo attraverso il quale il diritto ha saputo radicarsi nell'organizzazione delle società di una parte del mondo, e i tentativi di incorporare nelle proprie ragioni la complessità del mondo.

5. Non posso non concludere questa mia breve *introduzione* senza fare dei ringraziamenti: per primo, al Magnifico Rettore dell'Università Suor Orsola Benincasa, Lucio d'Alessandro, che ha pienamente e convintamente appoggiato l'iniziativa del Colloquio, mettendo a disposizione tutto lo staff dell'Ateneo, e in particolare l'ufficio delle attività culturali, che ha lavorato in modo esemplare per la migliore riuscita della manifestazione. Ringrazio poi tutti coloro che si sono prodigati nella collaborazione alle varie attività che richiedono l'organizzazione di un Convegno, dall'accoglienza agli ospiti all'assistenza durante le sedute del Convegno stesso. E qui mi sia consentito fare almeno i nomi di due mie allieve, che curano la pubblicazione di questo volume, e cioè: Chiara d'Alessandro, dottoranda in diritto pubblico comparato nell'Università della Campania Luigi Vanvitelli, e Claudia Marchese, già dottore di ricerca e ora assegnista in diritto pubblico comparato nell'Università Suor Orsola Benincasa. A loro va il mio, e quello del direttivo AIDC, sentito ringraziamento per l'impegno profuso. Il Colloquio, infine, ha goduto del patrocinio, tra gli altri, dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo (DPCE), che ho l'onore di presiedere.

Infine, la riuscita del Colloquio, al di là delle interessantissime relazioni, tavole rotonde e autorevolezza dei presidenti di sessione, è stata dovuta anche grazie alle meravigliose giornate di sole che ci ha regalato Napoli, come solo lei sa fare. E che ci hanno consentito di godere, tra l'altro, di quel meraviglioso panorama che si apprezza dalle terrazze del Suor Orsola Benincasa, dove la vista si distende sull'enorme chiazza blu del mare e si

spinge fino all'isola di Capri con a fianco la montagna vulcanica del Vesuvio che si impone sopra la città partenopea.

Che Napoli sia un paradiso abitato da diavoli, è un biasimo, come ha scritto Benedetto Croce, che è bene considerare «verissimo per far che sia sempre men vero». Allora, vale più quello che scrisse Goethe nel suo *Viaggio in Italia*: «Della posizione della città e delle sue meraviglie tanto spesso descritte e decantate, non farò motto. “*Vedi Napoli e poi muori!*” dicono qui»

Vincenzo Zeno-Zencovich

Introductory notes

What do we mean by “jurisdiction”? Some questions – and fewer answers – from a comparative law perspective.

I. The XXIV biennial colloquium of the Italian Association of Comparative Law (AIDC) was organized, as the previous ones, around a topic – *Jus dicere* in a globalized world – and a call-for-papers based on several open questions that it is useful to present here:

1. Can one agree on the statement that in the Western world the notion of jurisdiction is considerably fragmented and is no longer limited to the national State (or expression of public sovereignty) courts, and is dispersed in a multiplicity of experiences? Private jurisdictions (such as ADR, arbitration, sport courts etc.); and trans-national jurisdictions, set by international treaties, or by *lex mercatoria*.

2. What do we mean today, in the western world, by “jurisdiction”? What are its essential features? Can the resolution of disputes still be considered the main function of courts of law or should the traditional model of jurisdiction be enriched to encompass the new role of courts in many social settings (e.g. transitional justice and its emphasis on reconciliation)? Should one look essentially at the formal elements [such as independence of the decision-maker(s) and adversary procedures], or at the functional role [e.g. adjudication which imitates traditional court jurisdiction], or a legal-realist approach [jurisdiction is what is perceived as such]?

3. To what extent can/are Western models exportable/transposable in non-Western contexts? To what extent have Western models of jurisdiction imported ideas from non-Western traditions?

4. The traditional notion of rule-of-law is strongly related to the control by the courts and the enforceability of their decisions. Should the notion be adapted to a changing reality?

5. What is the effect of the fragmentation of jurisdiction on the

traditional court system? Are there consequences on the traditional (in continental Europe) distinction between civil, criminal and administrative jurisdictions?

6. What, if any, are the effects, both theoretical and practical, on the apportionment of powers and functions with regard also to the branches of the legislative and government? Is jurisdiction encroaching on Parliament and Government?

7. What are the implications of those forms of jurisdiction directly challenging the role of national States, e.g. those connected to international investment treaties (Investor-state dispute settlement)? Do they represent a conditioning of State prerogatives able to weigh upon State obligations towards their citizens?

8. Increasingly contemporary societies are concerned with the administrative costs related to providing access to justice, and jurisdictional procedures are seen as a service dependent on budget allocations. What are the emerging models, and to what extent are they circulating and hybridized? Is a global market for judicial services feasible? Are “digital jurisdictions” an appropriate alternative?

9. Can numbers and statistics help us to compare jurisdictions and jurisdictional models? And how?

10. Jurisdiction is intimately associated with effectiveness: can/should one compare/classify models according to the degree of compliance, whether spontaneous or forced?

11. Adjudication requires a variety of sanctions and of remedies: what is the relation between the two aspects? What is the circulation of sanctions and remedies within the various forms of jurisdiction, within the same legal system or among different legal systems ?

12. Sociology of adjudicators: judges, arbitrators, mediators. And what is the role of lawyers (in a wide sense) in the various jurisdictions? What is the effect on the recruitment of ‘traditional’ judges?

13. Involvement of laypersons (i.e. non-lawyers) in adjudication (e.g. scientific experts in IP controversies or in international trade controversies; historians in civil liability or property cases).

14. Rules of procedure: imitation, circulation, adaptation, rejection. Through legislative instruments? Or self-regulation? Or practice by the parties involved?

15. “Jurisdiction shopping”: a disparaging notion or an occasion for

effective application of comparative law in the legal profession?

16. Courts of law and courts of public opinion. How is the judicial process communicated to the public? What is the interaction between traditional and social media and the administration of justice? Should and can safeguards be taken? Or are we facing, at the end of the day, a “narrative” issue?

II. As one can see the *fil-rouge* among the 16 questions was to verify to what extent the traditional notion of jurisdiction, as it has developed in the Western Legal Tradition around judges and courts empowered by the constitution to solve disputes between individuals or between the State – in its multiple expression – and individuals, has changed.

In particular one of the main issues was if jurisdiction has moved from its traditional fora and actors to new premises inhabited by different agents which one generally did not encounter in the past.

The questions were born out of the observation of a growing demand for dispute resolution.

This is due – if one can venture some hypothesis – to at least three factors:

a) The increase in legislation and in juridification of every aspect of life. Norms, especially those with a regulatory function, are seen as a form of apportionment of rights and advantages. However, every new piece of legislation interacts with the existing ones and carries with it a variable percentage of litigation.

b) Globalization, simply by increasing the numbers of those (individuals and entities) who come into contact with each other requires more and new forms of dispute resolution especially trans-national.

c) There is very strong ideology behind jurisdiction, especially that which goes under the name of “rule of law”. A comparative lawyer detects immediately that putting the focus on judges and courts is typical of the common law tradition. In the continental European tradition the focus, instead, is on the legitimacy of the sources of the law and falls under the notion – which only partially is over-lapping – of “*État de droit*” or “*Rechtsstaat*”. At any rate, very simplistically, the dominant idea today is that if there is no adjudication there is no law.

III. The ever growing demand for dispute resolution is, however, difficult to satisfy through the traditional forms of adjudication. The impeding factors are multiple.

a) On the one hand the sheer numbers of controversies would require an army of judges and a multiplication of courts. To express things paradoxically they should be more than doctors and hospitals.

b) If one has to rely on the existing structures, times for a judicial decision would become – and in certain jurisdictions have already become – endless, and has been aptly remarked, delayed justice is injustice.

c) The nature of the controversies that arise in the present day developed world are not only extremely complex and varied, but often require the use of quite different weights and measures, which one does not find in the historical three branches of the judicature, civil, criminal and administrative.

d) Related to this last aspect is the extremely high level of specialization that the law has reached in many sectors, requiring hypothetically not a judge but an encyclopedic being, experienced in all fields and able to move, with agility, from one to the other.

f) Finally one must add that for trans-national controversies it is extremely difficult to find a (national) judge on which both (or all) parties agree upon. It is therefore understandable that new fora for dispute resolution are created.

IV. At the same time one must take note of a clash between opposite movements. On the one side there is a centrifugal tendency away from State adjudication towards private fora: not only arbitration but also the countless procedures in sports activities both professional and amateur. To these one must add trans-national institutions which have a public nature but whose dispute resolution bodies do not fit in the classical jurisdictional model.

On the other side one encounters a centripetal tendency within the State in the sense of a growing expansion of the latter's power by submitting more and more controversies to its courts. And at the same time one sees the sunset of the revered notion of "judicial self-restraint", superseded by judicial activism and by regulation through adjudication.

V. The reply that the reader will find in the following contributions is mostly negative towards the idea of a fragmentation of jurisdiction. The reasons are in no way due to a staunch conservatism, but to more profound and systematic reasons. Their essence – if I may summarize much more complex ideas and arguments – is that legal theory avoids – and should avoid – fuzzy notions, and not only in this field. If everything is "jurisdiction" the term is emptied of its value and ordering significance. Jurisdiction and dispute resolution are two terms which are related but not

all procedures which are meant to tackle the latter fall within the former. This does not mean that new and different forms of dispute resolution are a second-class jurisdiction. They deserve a great deal of attention and study, but having in mind different background and bearings.

This partition, theoretically clear and well argued, requires however that lawyers study and put order in what otherwise might appear to be only a waste land full of *et caeteras*.

The debate, therefore, has only started and we hope that the many contributions to this volume can fuel a productive exchange of views and move us towards firmer grounds.

PARTE I
IUS DICERE

GIUDICI E GIURISDIZIONE

Giorgia Pavani*

*Il potere giudiziario.
Un capitolo latente nella manualistica contemporanea*

Sommario: 1. Premessa - 2. Il potere giudiziario nei manuali di diritto pubblico comparato nel mondo - 2.1. Nei manuali di diritto pubblico italiano - 2.2. ... e in quelli sull'Ordinamento giudiziario - 3. L'interesse delle altre scienze sociali per il potere giudiziario - 4. (S)punti di incontro e margini di recupero.

1. *Premessa*

Questo scritto¹ trae spunto dalle considerazioni maturate durante lo svolgimento di un lavoro preparatorio alla scrittura di un capitolo sul potere giudiziario, destinato a un manuale di diritto costituzionale comparato². Ho infatti passato in rassegna un numero rilevante di manuali di diritto costituzionale/pubblico comparato e – limitatamente ad alcuni Paesi – di diritto interno, per cogliere le tendenze della manualistica contemporanea e per capire (se e) come la dottrina si occupa del potere giudiziario³.

Quella che doveva essere una mera indagine preliminare – statistica e quasi asettica – sulla presenza o meno del capitolo dedicato al potere giudiziario all'interno dei manuali esaminati, si è rivelata un'interessante fonte di dati che consente di ragionare su alcune questioni di sostanza e di

* Professore associato di Diritto Pubblico Comparato, presso l'Università di Bologna *Alma mater studiorum*, Dipartimento di scienze politiche e sociali.

¹ Lo scritto è in corso di pubblicazione nella Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Sono grata alle colleghe Daniela Cavallini, processual-civilista, e Patrizia Pederzoli, politologa, per i suggerimenti, anche bibliografici, che mi hanno fornito nella stesura di questo scritto; ovviamente, la responsabilità di quanto scritto è unicamente mia.

² L. PEGORARO-A. RINELLA, *Sistemas constitucionales comparados*, Buenos Aires, 2017, Cap. IX, sez. V, *El poder judicial*; trad. it., *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017.

³ Ho fatto riferimento ai manuali pubblicati negli ultimi 5-10 anni; in alcuni casi è stato rilevante il confronto tra le varie edizioni per evidenziare alcune differenze di trattazione o, addirittura, l'assenza del relativo capitolo in edizioni precedenti o successive.

metodo. Sulla manualistica si riflettono infatti le problematiche (e i conflitti intestini) tra le discipline giuridiche, e tra queste e le altre scienze sociali che studiano il potere giudiziario.

Due questioni complementari, in particolare, meritano di essere segnalate: da un lato, il graduale distacco, quasi un abbandono, da parte dei giuristi, di alcuni aspetti rilevanti di questo tema e la sua “appropriazione” da parte di studiosi di altre scienze – specie i politologi – che da tempo hanno manifestato interesse per i risvolti politici dell’azione giudiziaria; dall’altro, la possibilità per i giuristi – *rectius*: i comparatisti – di riappropriarsi di certi argomenti che, forse con troppa approssimazione, sono stati etichettati come “politici” e quindi inaccessibili per il giurista positivo. Queste riflessioni generali sul *trend* della produzione scientifica non possono non riversarsi sulla trattazione manualistica, che della prima rappresenta una inevitabile sintesi.

I dati emersi da questa rassegna consentono inoltre di verificare alcune scelte di metodo relative all’impostazione dei manuali di diritto (costituzionale/pubblico) comparato contemporanei. Muovendo dalla lettura di un capitolo che normalmente viene collocato nella parte dedicata all’organizzazione dello Stato è possibile ragionare sull’impianto generale dell’opera, sulla visione che gli autori hanno del diritto comparato (più o meno “eurocentrico-occidentale”), su quali modelli esaltare ed esportare, anche in considerazione del pubblico che il manuale vuole raggiungere e dell’area culturale cui è destinato.

Solitamente, i manuali di diritto costituzionale/pubblico comparato e interno pubblicati in Europa continentale seguono partizioni complesse, strutturate secondo logiche che ricordano quelle dei codici o delle costituzioni e sono ancorati a quella visione di potere originario e sovrano dello Stato e a quella forma-Stato «*ordinata attorno alla Drei-Elementen-Lehre, [che] è divenuta per i costituzionalisti il modello da adottare per descrivere il diritto pubblico, che tutti o quasi i manualisti continuano a rappresentare come il diritto della organizzazione statale, costruito in sistema mediante la strumentazione del linguaggio logico-formale*»⁴.

Nell’area anglosassone, il diritto giurisprudenziale si riflette sulla sistematizzazione degli argomenti, favorendo un’impostazione prevalentemente casistica dei manuali.

Tutto ciò determina la struttura del capitolo dedicato al potere

⁴ Sono alcune delle considerazioni storiche sul legame tra Costituzione e costituzionalismo di A. REPOSO, *Dal costituzionalismo al neocostituzionalismo*, in S. BAGNI-G. FIGUEROA MEJÍA-G. PAVANI, *La ciencia del derecho constitucional comparado. Homenaje a Lucio Pegoraro*, México, 2017, p. 1255.

giudiziario e i suoi contenuti.

Lasciando sullo sfondo la complessa – e arbitraria – diatriba su come dovrebbe essere concepito un “vero” manuale di diritto costituzionale/pubblico comparato⁵, e la distinzione – peraltro poco agevole e altrettanto opinabile – tra manuali propriamente didattici e manuali che si caratterizzano per una pretesa sistematizzazione scientifica⁶, una panoramica di questo tipo non poteva non essere condotta ad ampio raggio, dando conto di quei manuali che:

- secondo il criterio formale, vengono ascritti a quella categoria, ma in realtà non adottano il metodo comparatistico nella trattazione dei grandi temi del diritto comparato;
- adottano il metodo comparatistico, ma in ragione dell’area culturale coperta non dedicano un capitolo specifico al potere giudiziario, per lo meno, non nella forma in cui appare nell’impostazione manualistica tradizionale europea;
- alla comparazione “orizzontale” tra ordinamenti affiancano quella “verticale”, portando l’analisi comparativa su livelli diversi (tra ordinamenti statali e organizzazioni internazionali), particolarmente appropriata per il tema analizzato poiché dà conto dei diversi sistemi giudiziari regionali e dei rapporti tra le Corti nazionali e quelle sovranazionali (in particolare le Corti europee).
- trattano prevalentemente il diritto costituzionale interno, ma sono opera di costituzionalisti che non ignorano il diritto comparato e, sovente, combinano l’aspetto più nozionistico – indispensabile nella manualistica – con teorie originali elaborate grazie alle conoscenze offerte dal diritto comparato.

Non sono entrati nel paniere i testi dedicati prioritariamente, anche se

⁵ Se ne occupa in un recente articolo G. DE VERGOTTINI, *Una riflessione su comparazione costituzionale e manualistica*, in *Rivista AIC*, 1/2017, nel quale espone paese per paese vari titoli. A quelli menzionati nel suo articolo ho aggiunto altri manuali, collocabili nello “scalfale” del diritto interno che contengono però alcuni riferimenti introduttivi al diritto straniero. Insiste sul punto, in più occasioni, Lucio Pegoraro, ricordando l’importanza dei trattati dei privatisti per la definizione delle basi del moderno diritto comparato, la scarsa produzione scientifica dedicata alla soluzione dei problemi metodologici – per lo meno in Italia – e i riflessi della mancata formazione comparatista sulla docenza universitaria: L. PEGORARO, *Derecho constitucional y derecho público comparado: una convivencia more uxorio*, in *Id.*, *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, Bogotá, 2011, p. 30 ss.

⁶ Pur riconoscendo fin da subito la difficoltà nel distinguere le due tipologie, de Vergottini imposta in questo senso la rassegna dei manuali di diritto costituzionale comparato: *Id.*, *Una riflessione su comparazione costituzionale e manualistica*, cit., p. 7 ss.

non esclusivamente, ai profili metodologici, sebbene rientrino nella categoria dei manuali e contengano sovente riferimenti all'attività delle Corti. Così pure, non sono stati considerati i manuali dei privato-comparatisti, molti dei quali danno conto – più degli omologhi di diritto costituzionale – dell'organizzazione delle Corti, delle modalità di elaborazione delle sentenze, del rapporto tra il diritto giurisprudenziale e quello di produzione legislativa, ecc., anche in chiave diacronica, soprattutto nella parte dedicata al *Common law*. Lo *screening*, infatti, è stato fatto sui manuali che analizzano le grandi tematiche del diritto costituzionale e pubblico (fonti; diritti; forme di Stato e di governo; organizzazione dello Stato, ecc...), pur con tutti i distiguo appena segnalati sull'approccio comparativo all'analisi degli istituti. L'area prescelta è quella in cui si è sviluppato il costituzionalismo di derivazione liberale, poiché in quell'area hanno preso vita gli studi comparatistici e si sono formati gli studiosi che hanno poi curato i testi di riferimento per lo studio del diritto comparato.

La rassegna è stata estesa, per alcuni Paesi, anche ai manuali di diritto interno, come nel caso dell'Italia o di alcuni Paesi dell'America latina, per consentire di enfatizzare alcuni aspetti della trattazione del tema che risaltano solamente nella manualistica interna.

Lo scritto si svilupperà dunque su tre fronti, sulla base dei seguenti interrogativi:

- Come la dottrina valorizza il potere giudiziario nella manualistica contemporanea? (§ 2)
- Cosa i giuristi hanno “ceduto” ad altre scienze dello studio del potere giudiziario? (§ 3)
- Cosa i giuristi possono recuperare e quali possono essere i margini di cooperazione con altri studiosi, in particolare i politologi (§ 4).

2. Il potere giudiziario nei manuali di diritto pubblico comparato nel mondo

I manuali di diritto costituzionale/pubblico comparato pubblicati in Italia offrono una varietà di soluzioni, anche se difficilmente, ove presente, il tema del potere giudiziario è trattato in modo sistematico, come avveniva in due manuali un po' datati⁷: quello di Pizzorusso, che dedicava un capitolo ai principali modelli⁸ e quello di Morbidelli, Pegoraro, Reposo, Volpi, la cui prima edizione dava ampio spazio alla ricostruzione storica e all'evoluzione del ruolo del giudice⁹. Entrambi offrono un perfetto esempio di analisi comparata dell'argomento, incentrata sui due principali modelli di organizzazione della giustizia – *common law* e *civil law* – e sulla loro circolazione all'interno di una precisa area culturale.

Nella manualistica più recente, i casi in cui figura un apposito capitolo sono rari, ma ci sono, come quello di Cassella, nel manuale curato da Palici di Suni¹⁰ e quello di Mazza nel manuale curato da Carrozza, Di Giovine, Ferrari, ricco di cenni storici e di riferimenti ai sistemi di giustizia sovranazionale. Questo capitolo si aggiunge (ma non ne costituisce affatto un mero sunto), ai paragrafi sull'organizzazione giudiziaria contenuti nei capitoli sui singoli Paesi¹¹. Si segnala la presenza di un capitolo sul potere

⁷ Risalendo nel tempo, un testo che incarna l'idea dominante all'epoca del manuale universitario, ampiamente basato sull'analisi del formante normativo, è quello di A. AMORTH, *Corso di diritto costituzionale comparato: Stati Uniti d'America, Inghilterra, Svizzera, Unione Repubbliche Socialiste Sovietiche, la nuova costituzione della Francia*, Milano, 1945, che non contiene un capitolo sul potere giudiziario, così pure non appare in manuali come quello di P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato: le forme di Stato e le forme di governo, le costituzioni moderne*, Milano, 1988 con supplemento 1988-1990. *Un triennio di profonde trasformazioni costituzionali*, Milano, 1991 dove vengono trattati in modo organico altri temi del diritto costituzionale comparato, anche con riferimento a forme di stato diverse dalla liberale, e in altri manuali di taglio storico con esempi di ordinamenti unitari e federali come quello di S. ORTINO, *Diritto Costituzionale Comparato*, Bologna, 1994 (le Corti vengono trattate nei Paesi di *common law* in chiave storica).

⁸ A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Milano, 1983 e poi Id., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, il capitolo era intitolato "L'organizzazione giudiziaria".

⁹ G. MORBIDELLI-L. PEGORARO-A. REPOSO-M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Bologna, 1995, capitolo VII "Il potere giudiziario". Questo capitolo è invece scomparso nelle edizioni successive edita da Giappichelli. L'assenza è confermata anche in G. MORBIDELLI-L. PEGORARO-A. RINELLA-M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016.

¹⁰ E. PALICI DI SUNI, *Diritto costituzionale dei paesi della Unione europea*, Padova, 2015.

¹¹ Il potere giudiziario riceve pari attenzione agli altri poteri statali in P. CARROZZA-A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 2a ed. Tomo II, dedicato ai "Grandi modelli del diritto costituzionale comparato". Il Tomo I è dedicato ai diritti stranieri.

giudiziario in alcuni manuali strutturati secondo l'esposizione per Paesi¹², anche in quelli di taglio prevalentemente didattico¹³, o impostati su concetti di teoria generale del diritto più che di diritto comparato¹⁴. Nell'Atlante curato da Ferrari il tema figura limitatamente alla giustizia amministrativa¹⁵.

Negli altri casi, il tema viene trattato limitatamente alla parte teorica della esplicazione del principio di separazione dei poteri, come nel manuale di de Vergottini¹⁶, ma in generale si avverte l'assenza di un apposito capitolo, a differenza di quanto avviene con gli altri poteri dello Stato, puntualmente illustrati in apposite sezioni¹⁷.

Nei Paesi germanofoni il ricorso alla comparazione nella manualistica non è escluso, sebbene il diritto comparato tenda a sfumare nella teoria generale. Ciò non deve sorprendere, visto che, in quel Paese, il diritto comparato non si è affermato come autonomo settore disciplinare, ma costituisce una sorta di appendice di altri settori, quali il diritto internazionale pubblico o il diritto privato internazionale¹⁸. Tra i manuali più diffusi, il capitolo sul potere giudiziario è presente in quelli di v. Busse¹⁹, di Weber²⁰

¹² Come in A. BARDUSCO-F. FURLAN-M. IACOMETTI-C. MARTINELLI-G.E. VIGEVANI-M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Costituzioni comparate*, Torino, 2015; nel capitolo dedicato ogni Paese c'è un paragrafo sul potere giudiziario, la cui impostazione ricorda alcune collane che accolgono monografici su singoli Paesi, come quella curata da N. OLIVETTI RASON-L. PEGORARO, *Diritto pubblico contemporaneo. Gli ordinamenti costituzionali*, Torino e quella de il Mulino, "Si governano così", Bologna; nelle monografie di quelle collane è sempre contemplato un capitolo sull'organizzazione giudiziaria.

¹³ A. CELOTTO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Torino, 2010.

¹⁴ F. DEL GIUDICE, *Manuale di Diritto Pubblico Comparato*, Napoli, 2014.

¹⁵ G.F. FERRARI (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2010, cap. XIII "Giustizia amministrativa".

¹⁶ Dove figura un paragrafo dedicato all'indipendenza dei giudici dal potere politico, all'interno della Parte II sullo Stato di derivazione liberale: G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, Sezione IV "La ripartizione funzionale del potere".

¹⁷ Non è contemplato in P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010 (si approfondisce però il tema delle Corti europee), né in S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo: lezioni*, Milano, 2004, entrambi aperti al diritto europeo, così pure in F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di Diritto Costituzionale Comparato*, Milano, 2004, particolarmente centrato sui sistemi elettorali e sulle ricadute sulle forme di governo.

¹⁸ G. DE VERGOTTINI, *Una riflessione su comparazione costituzionale e manualistica*, cit., p. 13.

¹⁹ C.D. V. BUSSE, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, Baden Baden, 2015, p. 53-91.

²⁰ A. WEBER, *Europäische Verfassungsvergleichung*, München, 2010, cap. 12. in P. HÄBERLE-M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, 8 ed., Baden Baden, 2016 è presente una sezione dedicata alla Corte EDU e alla Corte di Giustizia dell'UE (pp. 754-808).

e in quello di Kischel²¹. Non è, invece, presente in manuali di riferimento per la teoria del diritto comparato come quello tedesco di Grossfeld²², che approfondisce l'aspetto teorico con vari riferimenti ad altre scienze, ma non tratta specificamente organi dello Stato, né in quello austriaco di Wieser²³.

Pure in Francia il diritto comparato – per molti considerato «*une méthode et non pas une discipline*»²⁴ – fatica ad affermarsi come disciplina accademica e questa sofferenza si riversa sul dibattito scientifico e sull'autonomia scientifica della materia²⁵.

La dottrina francese, nello studio delle istituzioni pubbliche, tende quasi a fondere il diritto costituzionale con la scienza politica²⁶. L'impostazione manualistica si caratterizza per un approccio diacronico ai singoli istituti nelle varie Costituzioni francesi e per lo spazio dedicato a ordinamenti stranieri considerati di riferimento, solitamente relegati nella parte finale del manuale (dopo la trattazione del diritto interno, che include il capitolo sul potere giudiziario²⁷. Non si può però ragionare di veri testi di diritto comparato,

²¹ U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, Munchen, 2015, ha un approccio innovativo rispetto agli altri manuali; è dedicato alla Germania, ma si interessa anche di altri ordinamenti (Canada e Stati Uniti); nella parte sulle famiglie giuridiche di *Common Law/Civil Law* fa riferimento alla formazione dei giudici e al loro ruolo.

²² B. GROSSFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996.

²³ B. WIESER, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, Wien, 2005, particolarmente concentrato sulla revisione/riforma della Costituzione.

²⁴ Come ricorda M.C. PONTTHOREAU, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 1, 2005, p. 13. In quel Paese l'uso della comparazione nella manualistica è raro, come pure lo studio del metodo, ad eccezione di un altro libro dell'Autrice richiamata, nel quale la comparazione non è utilizzata a fini classificatori per studiare istituti, organi, poteri (non c'è infatti un capitolo dedicato al potere giudiziario), ma – come ricorda de Vergottini – «viene vista come strumento per la intelligenza critica del diritto e strumento attraverso cui raggiungere una migliore comprensione delle mutazioni legate alla integrazione europea e, più in generale, alla globalizzazione giuridica verificandone le ripercussioni sulla materia costituzionale», p. 9. Il libro in questione è: M.C. PONTTHOREAU, *Droits constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, 2010.

²⁵ G. TUSSEAU, *Quelques impression sur la comparaison juridique en France: une croissance inorganique et sous-theorisée*, in *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, 14/2013, pp. 1 ss.

²⁶ V., ad es. B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, 32 ed., Paris, 2015 e P. PACTET-F. MELIN SOUCRAMANIEN, *Institutions politiques, et Droit constitutionnel*, 35^a ed., Paris, 2016.

²⁷ Si vedano, ad es.: J. GICQUEL-J.E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30 ed., Paris, 2016, prevede un capitolo sul giudiziario solo per l'ordinamento francese; M. TROPER-F. HAMON, *Droit constitutionnel*, 37 ed., Paris, 2016. Diversamente, nel manuale di P. ARDANT-B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 28a ed., 2016-2017 sono trattati solo alcuni ordinamenti stranieri limitatamente alle forme di governo (regimi politici), prima della parte sul diritto interno; il potere giudiziario appare solo nella parte dedicata alla Francia. Nel recente manuale di G.

visto il particolare approccio alla manualistica, non propriamente di taglio comparatistico²⁸.

Nell'area iberoamericana sono rari i manuali che affrontano questioni di metodo e offrono analisi comparate dei principali istituti giuridici. Più facile trovare manuali la cui trattazione di diritto interno sia preceduta da introduzioni di taglio trasversale e comparato, dovute alla sensibilità comparatistica degli studiosi (i quali, pur dedicandosi al diritto nazionale, non ignorano gli insegnamenti del diritto comparato)²⁹.

In Spagna, sebbene il diritto comparato non si sia ancora affermato negli insegnamenti universitari, ci sono state alcune sperimentazioni nei corsi di laurea in giurisprudenza (si vedano gli insegnamenti attivati, ad es., nella Universidad de Jaén e nella Universidad Rey Juan Carlos di Madrid). Per anni la manualistica ha accompagnato l'insegnamento di *derecho político*³⁰, durante il regime franchista; ciò ha impedito i riferimenti ai diritti stranieri, che sono apparsi nei manuali con un certo ritardo rispetto ad altri Paesi. L'impianto dei testi, nonostante la denominazione, non è propriamente comparatistico; piuttosto si preferisce adottare una parte descrittiva Paese per Paese, come nella classica opera di Garcia-Pelayo, la cui seconda parte, dedicata a alcuni ordinamenti europei e all'Unione Sovietica, si affianca alla prima, di taglio teorico³¹, o nel manuale di Núñez Rivero che dedica poche pagine al potere giudiziario, all'interno dei capitoli sui singoli ordinamenti giuridici (Stati Uniti, Regno Unito, Francia, Portogallo, Germania)³².

TUSSEAU-O. DUHAMEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2013 non c'è il capitolo dedicato, ma si fa riferimento al potere giudiziario nella parte sulla divisione del potere. Dedicata capitoli a vari paesi, ma in un contesto di inquadramento generale dei modelli e delle tematiche.

²⁸ Uno studio di ordinamenti stranieri è quello di S. PINON, *Les systèmes constitutionnels dans l'Union européenne. Allemagne, Espagne, Italie et Portugal*, Bruxelles, 2012, giustificato nelle prime parole dell'Introduzione: «Qui ne connaît pas en France la diversité des régimes constitutionnels étrangers ne connaît pas le régime de la V^e République».

²⁹ Si vedano, ad esempio: in Brasile, A. RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 10a ed., São Paulo, 2012; in Perù, C. HAKANSSON NIETO, *Curso de Derecho Constitucional*, 2a ed., Lima, 2012; in Portogallo, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a ed., 11° rist. Coimbra, 2012, e J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 4 voll., Coimbra (vari anni di edizione); C. BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, Coimbra, 2008; ecc.

³⁰ Per approfondire l'uso di questa denominazione si rinvia a: Ó. ALZAGA VILLAAMIL-I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ-F. REVIRIEGO PICÓN-M. SALVADOR MARTÍNEZ, *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978*, I, Constitución y fuentes del derecho, Madrid, 2011, p. 35 ss.

³¹ M. GARCIA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 2000.

³² C. NÚÑEZ RIVERO, *Derecho constitucional comparado y derecho político iberoamericano*,

Rappresenta un'eccezione nel panorama iberico il manuale a più autori di López Garrido, Pegoraro, Massó Garrote, il quale contiene un capitolo sul potere giudiziario, frutto di un'analisi trasversale e comparata, anche se incentrata principalmente sull'Europa³³.

In America latina è ancor più difficile trovare trattati di diritto comparato³⁴, a dispetto del titolo³⁵, a meno che non si considerino quelli di autori stranieri pubblicati in loco, come il recente manuale di Pegoraro e Rinella³⁶.

Per quanto concerne il potere giudiziario, i manuali di diritto costituzionale danno conto dell'importanza che esso ha acquisito nei Paesi dell'area e, tendenzialmente, si strutturano in modo omogeneo con un apposito capitolo sul "Poder judicial". L'impostazione del capitolo risente della tradizionale descrizione basata sulla tripartizione dei poteri e poco rispecchia il fermento dottrinale che da qualche anno si avverte relativamente al controllo di convenzionalità e allo studio dei rapporti tra il giudice nazionale e la Corte interamericana dei diritti³⁷.

Madrid, 2002.

³³ D. LÓPEZ GARRIDO-L. PEGORARO-M.F. MASSÓ GARROTE (coord.), *Nuevo Derecho constitucional comparado*, Valencia, 2000. Ora si veda anche D. LÓPEZ GARRIDO-L. PEGORARO-M.F. MASSÓ GARROTE (coord.), *Derecho constitucional comparado*, Valencia, 2017.

³⁴ Le eccezioni sono poche. Ad es., il manuale di J. AFONSO DA SILVA, *Um pouco de direito constitucional comparado*, *Melhores editores*, São Paulo, 2009 affronta questioni legate al metodo della comparazione; nell'analisi delle tematiche dedica però più attenzione al *jurisdição constitucional* che al potere giudiziario.

³⁵ Nella opera imponente di H. FIX-ZAMUDIO-S. VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2a ed., México, 2012 il capitolo sul potere giudiziario compare nella parte dedicata al diritto costituzionale messicano; la figura del giudice e il suo ruolo (da automa a figura centrale del diritto) sono accennati nel capitolo dedicato all'interpretazione costituzionale. Assembla capitoli di teoria generale del diritto con capitoli di diritto straniero (Usa, Russia, alcuni ordinamenti europei...) e di descrizione delle istituzioni dell'Unione europea e con capitoli sul costituzionalismo iberoamericano: J.M. CAYETANO NÚÑEZ RIVERO-J.M. GOIG MARTÍNEZ-M. NÚÑEZ MARTÍNEZ, *Derecho constitucional comparado y derecho político iberoamericano*, Madrid, 2002.

³⁶ L. PEGORARO-Á. RINELLA, *Sistemas constitucionales comparados*, cit.

³⁷ A mero titolo di esempio, si vedano: per l'Argentina: N.P. SAGÜES, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2007 (cap. XIV: Poder Judicial y Ministerio Público) e A.R. DALLA VIA, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2004 (cap. XIX); per il Brasile: A. RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, cit., (cap. LXVII); per la Colombia: M.F. QUINCHE RAMÍREZ, *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y de sus reformas*, Bogotá, 2009 (cap. XIII); per il México: J. CARPIZO-M. CARBONELL, *Derecho Constitucional Mexicano*, 6a ed., México, 2009 (cap. VII); per il Perù: J. SILVA SANTISTEBAN, *Curso de derecho constitucional*, Lima, 2015 (Capítulo IV: Poder Judicial); per l'Uruguay: J. KORZENIAK, *Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*, Montevideo, 2006 (Capítulo XIX: El poder judicial) e R. CORREA FREITA, *Derecho*

Come noto, la letteratura giuridica anglo-americana – che non di rado tratta anche altre aree culturali legate ai vecchi *dominions*³⁸ – ha un approccio differente alla comparazione e all’uso di essa nella manualistica³⁹. I testi si differenziano da quelli appena richiamati per l’Europa e l’America latina perché privilegiano uno schema elaborato più per principi e diritti che per tematiche generali, tralasciano i problemi teorici ed enfatizzano gli esiti pratici della comparazione, si caratterizzano per un’impostazione casistica, raramente adottano una trattazione per paese e, soprattutto, danno ampio spazio alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, come in Dorsen, Rosenfeld, Sajo, Baer, Mancini⁴⁰. Invano, dunque, cercare in quei testi un capitolo sul potere giudiziario articolato in varie parti (es.: excursus storico, caratteristiche dei sistemi giudiziari, ecc.) come accade in quei pochi casi segnalati precedentemente in Europa⁴¹. Più facile trovare un

constitucional contemporaneo, 4a ed., Montevideo, 2015 (Capítulo XXXIII: Poder Judicial). Fa eccezione il Chile dove si rilevano alcune mancanze: es. in C. HAKANSSON NIETO, *Curso de Derecho Constitucional*, cit., il potere giudiziario viene trattato nel più ampio scenario del capitolo dedicato alla separazione dei poteri e M.L. HENRÍQUEZ VIÑAS-J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Manual de Estudio de Derecho Constitucional. Actualizado según la reforma de 2005*, Santiago Cile, 2007 (al capitolo sul potere giudiziario corrisponde il controllo di costituzionalità).

³⁸ V., ad es., R. DIXON-T. GINSBURG, (eds.), *Comparative constitutional law in Asia*, Cheltenham, 2014, testo che dà ampio spazio al dialogo fra le Corti e all’uso della comparazione da parte dei giudici. J. HATCHARD-M. NDULO-P. SLINN, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth. An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge, 2001: manuale dedicato agli “ESA State”; la prima parte del Cap. 8 “*The judiciary and the protection of constitutional rights*”, muovendo dal presupposto che l’indipendenza e la responsabilità del giudiziario restano il presupposto per la tutela dei diritti fondamentali, affronta un’analisi comparata dell’organizzazione del potere giudiziario in questi paesi (modalità di designazione, organizzazione interna delle Corti ...).

³⁹ Anche quelli dedicati prevalentemente allo studio del metodo o, meglio, ai vari approcci alla comparazione si differenziano, nell’impostazione, dai manuali europei. Si vedano, ad. es. M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Northampton, 2015; G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law. Theory and Method*, Oxford and Portland, 2014. In entrambi i casi non vi è traccia di un capitolo sul potere giudiziario. Nel primo non ci sono capitoli separati sull’organizzazione dello Stato, ma una riflessione su “*the structure of government*”, nel secondo prevale l’impostazione sul metodo e sui vari approcci alla comparazione.

⁴⁰ N. DORSEN-M. ROSENFELD-A. SAJO-S. BAER-S. MANCINI, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, St Paul MN, 2016. Il manuale è basato sui *case studies*. Il capitolo sul *Judiciary* segue il *file rouge* dell’indipendenza del potere giudiziario. Ma si veda anche V. JACKSON-M. TUSHNET, *Comparative constitutional law*, 3a ed., St. Paul MN, 2014.

⁴¹ Nessuna traccia in M. SIEMS, *Comparative law*, Cambridge 2014; T. GINSBURG-R. DIXON (eds.), *Comparative constitutional law*, Cheltenham, 2011; N. PARVEEN KHAN, *Comparative Constitutional Law, USA, Canada and Germany* (il potere giudiziario è analizzato solo sotto il profilo della giustizia costituzionale). Qualcosa – ma non siste-

accenno all'organizzazione delle Corti in un capitolo dedicato al *Judicial Review*, visto il modello diffuso che caratterizza i Paesi di quell'area, come in Tushnet, Fleiner, Saunders⁴².

Più sensibili agli studi comparatistici e più inclini ad affermare l'autonomia scientifica del diritto comparato sono gli studiosi canadesi: «le droit comparé définit donc de manière autonome, comme discipline scientifique à part»⁴³.

2.1. Nei manuali di diritto pubblico italiano

Come ricordava Pizzorusso, con riferimento all'ordinamento italiano, «tra le discipline aventi ad oggetto quell'ampio settore degli studi umanistici che comprende l'aspetto giuridico dei fenomeni sociali, l'ordinamento giudiziario» si presenta fra le più trascurate⁴⁴. Questa condizione di sofferenza si è avvertita sia sul versante dell'offerta didattica universitaria, sia su quello della produzione scientifica. In entrambi i casi si assiste a un'involuzione della disciplina rispetto al passato, quando furono istituiti

matico – si trova in S. ROSS-H. IRVING-H. KLUG, *Comparative Constitutional Law. A contextual approach*, USA and Canada, 2014 (ha un capitolo dedicato all'organizzazione della giustizia nei due paesi, trattati separatamente).

⁴² M. TUSHNET-T. FLEINER-C. SAUNDERS (a cura di), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, London, 2013. L'impostazione del manuale è per grandi temi e ogni capitolo è strutturato su una ricca casistica giurisprudenziale. Il potere giudiziario è affrontato nel capitolo del controllo di costituzionalità, che nella trattazione è prevalente (cap. 8 “*the judiciary and constitutional review*”). Si veda anche A.W. HERINGA-PH. KIIVER, *Constitutions compared: an introduction to comparative constitutional law*, Cambridge, 2012. Il manuale affronta alcuni dei principali temi del diritto costituzionale analizzando – per ognuno di essi – le esperienze di cinque ordinamenti (Stati Uniti, Regno Unito, Francia, Germania, Olanda). Non c'è un capitolo sul potere giudiziario; nel capitolo sul “*Judicial Review and Human Rights*” una rapidissima panoramica sull'organizzazione giudiziaria introduce la trattazione nei singoli paesi.

⁴³ H.P. GLENN, *Vers un droit comparé intégré?*, in *Rev. int. dr. comp.*, 4/1999, 842. Il capitolo sul potere giudiziario però è presente nei manuali di diritto interno; v. ad es. P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, McDowell, 2014; P. MACKLEM-J. BAKAN, *Canadian Constitutional Law*, Toronto, 2010.

⁴⁴ A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1976, p. 13. L'Autore associava a questa condizione – che egli definisce «addirittura recessiva» degli studi dedicati alla materia, una situazione altrettanto difficile sul piano della disciplina legislativa, poiché, dall'entrata in vigore della Costituzione, l'ordinamento giudiziario ha patito una frammentazione normativa sconosciuta in epoca pre-repubblicana e i tentativi di sostituire l'ordinamento giudiziario adottato durante il regime fascista con una legge “organica” sono stati vani.

i primi insegnamenti universitari e pubblicati i primi lavori scientifici di carattere sistematico dell'intera materia⁴⁵.

In Italia, fino ad alcuni decenni fa, l'insegnamento di "Ordinamento giudiziario" era tradizionalmente incluso tra quelli di diritto processuale civile. L'impostazione della cultura processualistica nella seconda metà del XIX secolo, che faceva capo ad autori come Luigi Mattiolo e Ludovico Mortara, del quale si ricorda «*lo stile spiccatamente interdisciplinare e aperto a considerazioni politico-sociali*», mutò all'inizio del XX secolo, «*grazie alla svolta metodologica impressa da Giuseppe Chiovenda*» e si caratterizzò per un «*approccio sistematico, rigorosamente dogmatico, che Chiovenda traeva dalla letteratura processualistica di lingua tedesca*»⁴⁶.

Questo cambio metodologico ha avuto delle conseguenze sulla perdita di interesse da parte dei processualisti per gli aspetti organizzativi e ordinamentali della giurisdizione, con «*la tendenziale emarginazione dal campo del diritto processuale delle tematiche costituzionali e ordinamentali che, specialmente nelle opere di Ludovico Mortara, occupavano una parte importante, anzi fondamentale*»⁴⁷.

Sul versante didattico, nelle Facoltà di Giurisprudenza, l'Ordinamento giudiziario ha perso la menzione specifica in quegli insegnamenti. In assenza di un corso complementare nelle Facoltà giuridiche, altre discipline si sono interessate al tema e nuovi insegnamenti sono stati proposti in altre sedi didattiche.

La ricerca scientifica nell'ambito delle discipline giuridiche è progressivamente arretrata: l'ordinamento giudiziario ha assunto una posizione marginale dello studio sia del diritto processuale (civile e penale) sia del diritto costituzionale. La produzione scientifica si è limitata a «*analisi rapide e parziali, tendenti piuttosto a risolvere problemi propri delle rispettive discipline che non a realizzare una visione sistemica di quelli dell'ordinamento giudiziario*»⁴⁸.

Le opere dei processualisti approfondiscono più gli aspetti dell'attività giudiziaria, ignorando la posizione costituzionale della magistratura, le relazioni con gli altri poteri, ecc., temi che figurano solo marginalmente

⁴⁵ Pizzorusso ricorda il corso *Lezioni sull'ordinamento giudiziario* tenuto da Piero Calamandrei nell'anno accademico 1952-53, i cui appunti furono raccolti e pubblicati in dispense dal suo assistente di allora, Mauro Cappelletti nel 1953.

⁴⁶ Ricorda questi passaggi Paolo Biavati nella presentazione al volume di P. BIAVATI-D. CAVALLINI-R. ORLANDI, *Aspetti della giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2016.

⁴⁷ *Ivi*.

⁴⁸ A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, p. 13. Un classico esempio di completezza della trattazione di questo argomento è rappresentato dall'opera del costituzionalista S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964.

nelle opere dei costituzionalisti i quali, a loro volta, non dedicano attenzione ai vari aspetti dell'attività giudiziaria, dell'organizzazione e dell'articolazione interna della magistratura. Tutto ciò si riscontra nella manualistica.

Nei testi di diritto costituzionale viene trattato unicamente (nonché isolatamente e spesso sinteticamente) il tema della posizione costituzionale della magistratura e dei principi costituzionali dell'attività giudiziaria, nonché – molto raramente – i caratteri della figura del giudice. Sul piano organizzativo, l'attenzione è dedicata unicamente al Consiglio Superiore della Magistratura.

Tra la manualistica contemporanea citiamo solo alcuni volumi, a mero titolo di esempio della disomogeneità nella trattazione del tema, che si avverte anche nella diversa denominazione dei vari capitoli. Dedicati capitoli separati alla magistratura ordinaria e amministrativa, con un breve accenno all'organizzazione giudiziaria, Falcon (capitolo su “La magistratura ordinaria”) ⁴⁹. La maggior parte, invece, raccoglie in un unico capitolo i principi costituzionali e l'organizzazione, pur con denominazioni diverse, è il caso dei manuali di: de Vergottini, *Diritto costituzionale* (cap. X, La Magistratura) ⁵⁰; Barbera e Fusaro (cap. XIV “Le garanzie giurisdizionali” che nella 2° ed., 2014 diventa “Il sistema giudiziario”) ⁵¹; Rolla (cap. VI, “La magistratura”) ⁵²; Mazziotti Di Celso e Salerno (Cap. XVIII, Le giurisdizioni, quest'ultimo un po' più scarno poiché non tratta della responsabilità dei magistrati) ⁵³; Modugno (capitolo XI “Principi in tema di giurisdizione”) curato da Giovanni Serges tratta rapidamente anche l'organizzazione (nell'ambito del più ampio quadro dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura) ⁵⁴. Spazio più ampio è sempre stato riservato al “Potere giudiziario”, in un capitolo che accoglieva i principi costituzionali e l'organizzazione, collocato assieme ai capitoli su Potere legislativo e Potere esecutivo nella Parte seconda, dedicata all'Ordinamento dello Stato italiano nel manuale di Martines, interamente riveduto da Silvestri (cap. IV) ⁵⁵.

⁴⁹ G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2014.

⁵⁰ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2012.

⁵¹ A. BARBERA-C. FUSARO, *Corso di Diritto costituzionale*, Bologna, 2014.

⁵² G. ROLLA, *Il sistema costituzionale italiano*, vol. I, Milano, 2014.

⁵³ M. MAZZIOTTI DI CELSO-G.M. SALERNO, *Manuale di Diritto costituzionale*, Padova, 2014.

⁵⁴ F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di Diritto pubblico*, Torino, 2010.

⁵⁵ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2013.

2.2. ... e in quelli sull'Ordinamento giudiziario

Nella manualistica dedicata all'Ordinamento giudiziario prevale invece l'aspetto organizzativo.

Questi testi sono adottati nei (pochi) insegnamenti di Ordinamento giudiziario che persistono nei corsi di laurea in Giurisprudenza.

Da una rapida panoramica si evincono alcuni dati, a partire dalla denominazione dell'insegnamento: la più utilizzata – “ordinamento giudiziario” – a volte è declinata sull'attività forense e diventa “ordinamento giudiziario e forense”⁵⁶, altre si combina⁵⁷ o è inclusa⁵⁸ con l'insegnamento di diritto processuale; altre denominazioni sono residuali e non sempre trovano giustificazione nel settore disciplinare cui afferisce il titolare dell'insegnamento⁵⁹.

Su quest'ultimo punto, la maggior parte dei docenti accademici afferisce ai settori disciplinari IUS/15 (diritto processuale civile) e IUS/16 (diritto processuale penale), ma non sono esclusi altri settori come IUS/08 (diritto costituzionale) e IUS/09 (istituzioni di diritto pubblico)⁶⁰. I docenti non accademici sono per lo più magistrati.

La presenza dei magistrati è evidente anche nella manualistica. Molti testi di ordinamento giudiziario sono scritti da magistrati⁶¹ e non è raro che siano adottati anche nei corsi tenuti da docenti accademici⁶². Tra i docenti

⁵⁶ Come nel corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università di Padova e dell'Università di Brescia.

⁵⁷ Es. “Diritto processuale generale e ordinamento giudiziario” nel corso di laurea magistrale in Giurisprudenza dell'Università di Bologna.

⁵⁸ È il caso dell'insegnamento di “Diritto processuale penale I” (comprensivo di ordinamento giudiziario) nel corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università di Palermo.

⁵⁹ L'insegnamento “Ordinamento giudiziario italiano e comparato” nel corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università di Pisa è tenuto da un costituzionalista, mentre quello di “Ordinamento giudiziario e libertà costituzionali” nel corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università di Torino è tenuto da una processual-penalista.

⁶⁰ Per IUS/08 v. l'insegnamento già menzionato dell'Università di Pisa e per IUS/09 quello dell'Università di Padova.

⁶¹ Si vedano, ad es.; M. FANTACCHIOTTI-F. FIANDANESE, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Padova, 2009; N. GRAZIANO, *Ordinamento giudiziario*, Roma, 2013; L. POMODORO-D. PRETTI, *Manuale di ordinamento giudiziario*, Torino, 3a ed., 2015; S. PETRALIA, *Compendio di ordinamento giudiziario*, Bari, 2016; Corso di ordinamento giudiziario. Anno 2016. Sintesi delle lezioni del prof. Ezio Siniscalchi. Raccolte ed ordinate dalla dott.ssa Fabiola Rota, Padova.

⁶² Nell'insegnamento di “Ordinamento giudiziario” nel corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università di Urbino è indicato il testo di Livia Pomodoro, mentre in quello dell'Università di Milano alternativamente i testi di Scarselli e Pomodoro.

accademici, gli autori sono principalmente studiosi di diritto processuale civile, ma compaiono anche quelli di diritto processuale penale⁶³.

3. *L'interesse delle altre scienze sociali per il potere giudiziario*

Il crescente interesse delle altre scienze sociali per il potere giudiziario si è avvertito sia sul versante della didattica, sia su quello della ricerca, perlomeno in Italia. Nel tempo, l'insegnamento "Ordinamento giudiziario" è sfumato nei corsi di laurea in giurisprudenza ed è aumentato in quelli di scienze politiche⁶⁴; al contempo, gli studi portati avanti dai giuristi sono diminuiti e l'interesse per l'amministrazione della giustizia è progressivamente cresciuto da parte dei politologi, i quali hanno iniziato a considerarla un tema rilevante nel panorama dei fenomeni politici.

La dottrina italiana ha contribuito notevolmente alle ricerche sull'amministrazione della giustizia⁶⁵, affiancandosi progressivamente a quella statunitense. Questa corrente di ricerche, infatti, ha preso vita oltreoceano negli anni '50 e ha trasformato il sistema giudiziario in un settore specializzato della scienza politica e, dunque, in un sotto-insieme del sistema politico⁶⁶.

⁶³ Si vedano, ad es.: G. VERDE, *L'ordinamento giudiziario*, Padova, 2003; G. SAREDO, *Istituzioni di Procedura Civile precedute dall'esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano*, Vol. 2, Firenze, 2012, G. DI FEDERICO, *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Padova, 2012; M. SCAPARONE, *L'ordinamento giudiziario*, Torino, 2012; G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, 4a ed., 2013; D. CAVALLINI (a cura di), *Argomenti di ordinamento giudiziario*, Bologna, 2014. Ma ricordiamo anche A. PIZZORUSSO-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Testi e questioni di ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, 2003.

⁶⁴ Presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Bologna, già nell'anno accademico 1973-74 la disciplina ordinamento giudiziario fu inserita nell'insegnamento "Scienza dell'Amministrazione II", tenuto dal prof. Giuseppe Di Federico e divenuto poi "Ordinamento giudiziario"; ad esso si sono aggiunti gli insegnamenti di "Sistemi giudiziari comparati" e "Organizzazione e comportamento giudiziario".

⁶⁵ Favorite da strutture che si sono distinte sul piano europeo. Si segnalano, in particolare, i due centri di ricerca con sede a Bologna, creati per iniziativa del prof. Giuseppe Di Federico, che ne è stato direttore per molti anni: il Centro studi e ricerche sull'ordinamento giudiziario (CeSROG) dell'Università di Bologna, istituito nel 1982, e l'Istituto di ricerca sui sistemi giudiziari del Consiglio nazionale delle ricerche (IRSIG-CNR), istituito nel 1992.

⁶⁶ L'emancipazione della scienza politica dal diritto costituzionale ha consentito di sperimentare le prime indagini empiriche che si sono sviluppate secondo due filoni di ricerca: quello comportamentista, basato sul trattamento quantitativo dei dati, che persegue finalità descrittive, a cui si richiamano gli studi di *judicial behavior* e quello basato su un

I primi ad accorgersi dell'espansione del potere giudiziario, del ruolo primario dei tribunali nel placare la «sete dei diritti» provocata dal costituzionalismo liberale e dal “giusnaturalismo di ritorno” di stampo sovranazionale⁶⁷, del rapporto tra magistratura e politica, nonché dell'incalzante «giudiziarizzazione della politica»⁶⁸ furono infatti gli studiosi statunitensi, favoriti dal carattere “creativo” della giurisprudenza nell'area di Common law⁶⁹.

La letteratura europea scontava ancora un forte legame con la dottrina giuridica e, quindi, con una concezione formalistica della funzione giudiziaria di stampo francese, che vedeva il giudice come mero esecutore del dettato normativo (*bouche de la loi*, secondo la nota raffigurazione di Montesquieu)⁷⁰. Pur con tempi diversi, dunque, negli Stati Uniti e in Europa, gli studiosi di scienza politica hanno considerato la magistratura un attore politico sempre più presente e rilevante, non solo sul versante della tutela dei diritti fondamentali (compito affidato ai giudici nello Stato democratico), ma pure su quello della sfera politica (come dimostrano gli imponenti processi degli anni '90 in alcuni Paesi europei – Italia *in primis* con tangentopoli⁷¹ – che hanno inciso sul panorama politico e partitico,

approccio struttural-funzionalista, basato su schemi analitici di derivazione sistemica, a cui si richiamano gli studi di *judicial process*. Per un inquadramento dei due filoni e delle ripartizioni interne si rinvia a A. MARRADI, *Scienza politica e sistema giudiziario*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, n. 1/1971, pp. 393-445.

⁶⁷ L.M. FRIEDMAN, *Total Justice*, New York, 1994.

⁶⁸ Questa espressione si afferma tra gli studiosi a seguito della pubblicazione di C.N. TATE-T. VALLINDER (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995, ove si analizza l'espansione della magistratura in alcuni ordinamenti.

⁶⁹ Il fervore per questo nuovo oggetto di studio è testimoniato dalla creazione, nel 1983, della sezione “*Law and Courts*” all'interno dell'*American Political Science Association* (APSA), dedicata agli studi sul sistema giudiziario e dalla formazione del “*Research Committee on Comparative Judicial Studies*”, all'interno dell'*International Political Science Association* (IPSA). Più di recente, lo studio del sistema giudiziario è stato anche consacrato a livello europeo, con la creazione nel 2009 del “*Law and Courts Standing Group*” del *European Consortium for Political Research*, come ricordano G. DI FEDERICO-C. GUARNIERI, *Sistema giudiziario*, in G. PASQUINO-M. REGALIA-M. VALBRUZZI (a cura di), *Quarant'anni di scienza politica*, Bologna, 2013, p. 173.

⁷⁰ G. FREDDI, *Tensioni e conflitto nella magistratura*, Roma-Bari, 1978, pp. 75 ss.

⁷¹ L'impatto delle indagini di Mani Pulite sul sistema politico italiano ha suscitato nei politologi un forte interesse per la giustizia penale e ha prodotto numerosi studi sui rapporti fra magistrati e classe politica, sull'indipendenza dei magistrati e del pubblico ministero, sulle attività extragiudiziarie, ecc.: C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984; G. DI FEDERICO-M. SAPIGNOLI, *Processo penale e diritti della difesa*, Roma, 2002; F. ZANNOTTI, *La magistratura, un gruppo di pressione istituzionale*, Padova, 1989.

modificandolo profondamente).

Si sono inoltre avverate le speranze di chi sollecitava un interessamento per la *Judicial Administration* da parte degli studiosi di *Public Administration*⁷²; in questo modo, lo studio dell'amministrazione giudiziaria è stato affiancato (quasi sottratto) a coloro che fino a quel momento ne erano gli unici detentori: i giuristi.

Nelle loro ricerche, i politologi hanno superato la netta separazione tra le sfere *giustizia* e *politica*, assimilando la funzione giudiziaria a quella burocratica e trattando le Corti al pari di qualunque altro ente amministrativo nel quale non si eseguono solamente i dettati normativi⁷³. Ciò è particolarmente evidente nei Paesi dell'Europa continentale, dove il modello organizzativo cui si ispirano le magistrature è quello tipico delle burocrazie pubbliche⁷⁴.

L'ordine giudiziario viene considerato un'organizzazione complessa e per studiarlo si adottano «i metodi di indagine e i modelli teorici che sono stati messi a punto ed elaborati dalla scienza dell'amministrazione, dalla teoria dell'organizzazione, dalla sociologia della burocrazia»⁷⁵.

Tra i primi temi affrontati figurano i processi decisionali e gli elementi in grado di influenzare le decisioni dei giudici, le loro garanzie di indipendenza⁷⁶, la struttura delle Corti⁷⁷, il loro ruolo e l'impatto sui processi di *policy making*, muovendo dal quadro normativo⁷⁸.

Il campo di indagine si è costantemente allargato e sono proliferati gli studi sui sistemi giudiziari stranieri e, solo in un secondo momento, gli studi di taglio comparato⁷⁹.

⁷² Sulla *Judicial Administration*, v.: W.F. WILLOUGHBY, *Principles of Judicial Administration*, Washington, D.C., 1929.

⁷³ C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002, p. 6. Ora si veda anche C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario. L'espansione del potere giudiziario nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2017.

⁷⁴ G. DI FEDERICO, *The Italian judicial profession and its bureaucratic setting*, in *The Juridical Review, The Law Journal of Scottish Universities*, 1976, Parte I, pp. 40-57.

⁷⁵ G. FREDDI, *Tensioni e conflitto nella magistratura*, cit., p. 3.

⁷⁶ P.H. RUSSELL-D.M. O'BRIEN (eds), *Judicial Independence in the age of democracy*, Charlottesville-London, 2001.

⁷⁷ H.J. ABRAHAM, *The judicial process. An introductory analysis of the Courts of the United States, England, and France*, Oxford, 1993.

⁷⁸ M. SHAPIRO, *Courts A comparative and political analysis*, Chicago-London, 1981.

⁷⁹ Si caratterizzano per questa impostazione, ad es. i lavori di J.H. MERRYMAN-R.P. PERDOMO, *The Civil Law Tradition*, Stanford, 3rd edition, 2007; T. GINSBURG-T. MOUSTAFA (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, 2008; G. HELMKE-J. RIOS-FIGUEROA (eds.), *Courts in Latin America*, Cambridge, 2011; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, Cambridge, 2004; D. PIANA, *Judicial Accountabilities*

In particolare, il problema del ritardo nell'offrire giustizia, non solo in Italia, «ha indirizzato i precedenti studi organizzativi di *Judicial Administration* a concentrare il proprio impegno nell'analisi dei tempi e dell'efficienza degli apparati giudiziari e ad assumere più marcatamente un approccio comparato e una prospettiva internazionale»⁸⁰. Questo approccio ha aperto gli studi alle analisi dei meccanismi di valutazione delle prestazioni giudiziarie⁸¹ e delle conseguenze della "accountability"⁸².

Le analisi politologiche hanno affrontato questi temi con strumenti metodologici diversi da quelli utilizzati nei precedenti studi giuridici. I giuristi – come abbiamo riscontrato nella manualistica di diritto interno – non studiano la giustizia sotto il profilo organizzativo o, meglio, analizzano le strutture giudiziarie nel loro aspetto formale, sottovalutandone il concreto funzionamento e le relazioni con gli altri apparati istituzionali; quando lo fanno enfatizzano il profilo meramente normativo. Di conseguenza, «l'approccio utilizzato è essenzialmente prescrittivo, volto cioè a evidenziare il dover essere delle istituzioni giudiziarie, e deduttivo, in quanto i comportamenti degli attori vengono per lo più desunti dalle norme vigenti»⁸³. I politologi hanno condotto analisi empiriche, utilizzando un metodo induttivo, perseguendo finalità descrittive dei fenomeni osservati. L'approccio empirico caratterizza proprio i pionieristici studi sul sistema giudiziario condotti in Italia e li differenzia da quelli pubblicati fino a quel momento negli Stati Uniti per l'impossibilità di analizzare il comportamento decisionale dei giudici italiani con le stesse tecniche adoperate negli Stati Uniti⁸⁴.

Attualmente, la maggior parte delle ricerche sul potere giudiziario è condotta con metodi quantitativi; ne sono un chiaro esempio gli studi sulle garanzie di indipendenza dei magistrati (affrontate in chiave sia diacronica sia sincronica), che vedono ampliato il numero degli indicatori e prendono in esame centinaia di casi⁸⁵.

Se gli studi di scienza politica si sono progressivamente specializzati, lo

in *New Europe*, Ashgate, 2010.

⁸⁰ G. DI FEDERICO-C. GUARNIERI, *Sistema giudiziario*, cit., p. 176.

⁸¹ F. CONTINI-R. MOHR, *Judicial evaluation traditions, innovations, and proposal for measuring the quality of court performance*, Saarbrücken, 2008.

⁸² *Ivi*.

⁸³ C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, cit., p. 4.

⁸⁴ Decisioni giudiziarie "anonime" e mancanza di opinioni dissenzienti non consentono ai politologi italiani di condurre analisi sui valori che ispirano i giudici nella formazione della decisione e di evincere l'eventuale orientamento politico: G. DI FEDERICO, C. GUARNIERI, *Sistema giudiziario*, cit., p. 174.

⁸⁵ Esempio paradigmatico: D.A. LINZER-J.K. STATON, *A Global Measure of Judicial Independence, 1948–2012*, in *Journal of Law and Courts*, 3, 2015, pp. 223-256.

stesso approfondimento non si riscontra nella manualistica. Nei manuali di scienza politica italiana il capitolo sul potere giudiziario è oramai presente, tuttavia, occorre rilevare che a esso è riservato un trattamento meno specialistico rispetto ad altri temi, quali, ad esempio, il potere legislativo e esecutivo⁸⁶.

4. (S)punti di incontro e margini di recupero

La separazione tra politologi e giuristi nello studio dei sistemi giudiziari è un fenomeno che interessa principalmente l'area di *civil law*.

Oltreoceano, al contrario, si riscontra una collaborazione scientifica consolidata: politologi e giuristi si citano reciprocamente, partecipano alla curatela di volumi, integrano testi giuridici e politologici nei programmi di insegnamento⁸⁷.

I giuristi di tradizione *civilian*, come rimarcato, hanno posto l'ordinamento giudiziario in una posizione marginale, e ciò si è riflesso sulla manualistica, in particolare quella pubblicistica. Un esempio paradigmatico di quello che abbiamo definito un abbandono del tema da parte dei giuristi potrebbe essere proprio lo studio dell'aspetto organizzativo della magistratura. Un abbandono probabilmente perpetuato per evitare che si consumasse quello che potrebbe definirsi un tradimento, perlomeno nella mentalità del giurista di tradizione civilistica, il quale, come è stato affermato per lungo tempo, non deve necessariamente essere agnostico ed estraniarsi dall'ambiente politico «nell'atto in cui egli dà il suo contributo in sede di legislazione, ossia di riforme legislative», ma quando svolge la sua attività di interpretazione del diritto «egli può anche esercitare la sua attività critica, ma [...] dal punto di vista tecnico, e non politico», poiché si tratta di una attività «essenzialmente tecnica di elaborazione e di spiegazione del diritto oggettivo»⁸⁸.

⁸⁶ Tra i manuali italiani, a titolo di esempio si veda: M. COTTA-D. DELLA PORTA-L. MORLINO, *Scienza Politica*, Bologna, 2008; tra quelli stranieri: A. STONE SWEET, *Constitutionalism, Rights, and Judicial Power*, in D. CARAMANI (a cura di), *Comparative Politics*, Oxford, 2008, 2th ed., pp. 217-249; A. STONE SWEET, *Constitutions and Judicial Power*, in D. CARAMANI (a cura di), *Comparative Politics*, cit., pp. 237-257.

⁸⁷ Gli insegnamenti di Alec Stone Sweet, uno dei politologi più illustri, esperto di comparative and international law e di comparative and international politics, tenuti in varie Law Schools sono un esempio di questa commistione che si riversa anche nell'aspetto didattico.

⁸⁸ G. FREDDI, *Tensioni e conflitto nella magistratura*, cit., il quale richiama a supporto il

Quando i giudici iniziano a essere considerati attori che operano all'interno dell'arena politica e, quindi, soggetti in grado di influenzare i fenomeni politici con le loro decisioni, essi diventano oggetto di interesse dei politologi. L'attenzione per il ruolo del giudice-attore all'interno del panorama istituzionale⁸⁹ si estende anche all'aspetto organizzativo, che viene attratto nella sfera della scienza politica. Nel momento in cui, oltre alla funzione, anche l'organizzazione presenta dei risvolti *politici*, i giuristi si ritraggono, non consumano il tradimento e abbandonano il tema dell'organizzazione (sul quale, peraltro, si erano cimentati fintantoché era considerato *giuridico*).

Questa separazione ha portato le due scienze a dialogare a intermittenza, quando invece avrebbero potuto (e potrebbero) farlo proficuamente su vari aspetti⁹⁰; se non altro, gli studi dei politologi potrebbero essere valorizzati per meglio comprendere il contesto in cui determinati fenomeni (giuridici) si sviluppano⁹¹. Un possibile esempio di sinergia tra le due scienze è rappresentato dal crescente interesse per la dimensione sovranazionale della giustizia e dallo studio della *governance* giudiziaria sovranazionale. Ciò consentirebbe ai giuristi di spingersi oltre le tematiche ampiamente arate,

pensiero di F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957.

⁸⁹ A titolo esemplificativo si vedano: M.M. FEELEY-E.L. RUBIN, *Judicial Policy Making and the Modern State*, Cambridge, 1998; T.C. HALLIDAY-L. KARPIK-M.M. FEELEY (eds), *Fighting for Political Freedom. Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*, Oxford, 2007; K. KAPISZEWSKI-G. SILVERSTEIN-R.A. KAGAN (eds.), *Consequential Courts*, Cambridge, 2013.

⁹⁰ Come, ad esempio, quello della formazione professionale dei magistrati e delle le riforme delle Scuole di formazione specializzate che tendono a superare la tradizionale impostazione di stampo prettamente giuridico. Questo tema è tornato di attualità e suscita l'interesse dei politologi per via del crescente rilievo delle decisioni giudiziarie e dell'ampliarsi del loro raggio d'azione, v. D. PIANA, *Magistrati. Una professione al plurale*, Roma, 2011.

⁹¹ Ad esempio, gli studi sul ruolo svolto dalla magistratura italiana nel sistema politico hanno confermato che, contrariamente a quanto si riteneva in passato (il riferimento è a J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, Stanford, 1985), anche una magistratura di *civil law* «una volta rimossi i vincoli organizzativi che un tempo ne limitavano la creatività giurisprudenziale, possa trovarsi a godere di rilevanti margini di libertà interpretativa, che le permettono di svolgere un ruolo non meno attivo – anzi, per certi versi, anche più attivo – di quello di magistrature considerate tradizionalmente «attiviste» come quella statunitense» (lo ricordano e lo inseriscono tra gli aspetti più rilevanti degli studi italiani G. DI FEDERICO, C. GUARNIERI, *Sistema giudiziario*, cit., p.180). Studi che sono stati comprovati dall'analisi di altri casi che presentano forti analogie con quello italiano, come dimostrano le ricerche di R. COMAN-C. DALLARA (a cura di), *Handbook on Judicial Politics*, Iași, 2010. Queste ricerche favoriscono la comprensione del contesto in cui radicare gli studi di diritto comparato sui punti di contatto tra i sistemi tradizionali di *common law* e *civil law*, sulla decostruzione dei modelli, ecc.

ma confinate nell'alveo prettamente prescrittivo/normativo dell'esame delle sentenze, del *reasoning* interno, delle reciproche citazioni, ecc., ed estendere l'analisi anche all'aspetto organizzativo delle giurisdizioni sovranazionali. È un tema di sicuro interesse per i comparatisti, da approfondire nel momento in cui la *Rule of political law* riaffiora nel sistema delle nomine, nei criteri interni di scelta dei giudici, ecc. e da "recuperare", senza il timore di "tradire" l'impronta positivista degli studi giuridici, nei manuali di diritto comparato (specialmente in quelli che non si limitano alle analisi orizzontali tra ordinamenti statali, ma affrontano anche la comparazione verticale tra i livelli statale e sovranazionale).

Chi usa il metodo comparato non può ignorare i *contesti* in cui si collocano i *testi* e, dunque, non può non dare conto di una serie di elementi che descrivono gli assetti (e i condizionamenti) in cui operano i giudici, soprattutto nell'area culturale di *civil law*, dove la frattura tra politica e diritto è più evidente.

Ciò vale anche per l'uso della storia (non solo la storia del diritto) che «*tiene una función sirviente – aún más importantísima – respecto de la finalidad principal de la comparación. En particular, en el sector del Derecho constitucional [...] sólo el estudio histórico puede iluminar las génesis y la evolución de los institutos, permitiendo evitar grandes malentendidos*»⁹².

Il capitolo sul potere giudiziario si può prestare a una comparazione diacronica di alcuni istituti e procedimenti: studiare l'evoluzione del sistema delle nomine, dei percorsi di carriera dei magistrati, degli organi di garanzia consente di comprendere meglio il ruolo del giudice in rapporto con gli altri poteri dello Stato, nonché i margini di avvicinamento dei due grandi modelli organizzativi⁹³.

Senza correre il rischio di confondere i piani di studio o di utilizzare, erroneamente, metodologie in uso da parte di altre scienze, queste interessenze potrebbero facilitare il lavoro dei comparatisti nel riportare nei manuali gli effetti della trasformazione complessiva dei sistemi giuridici moderni, nell'ambito della quale la crisi della giustizia si intreccia con la crisi della responsabilità politica e parlamentare, con la crisi della rappresentatività dei partiti politici, con nuove modalità di acquisizione del

⁹² L. PEGORARO-A. RINELLA, *Sistemas constitucionales comparados*, cit.

⁹³ Ricorda de Vergottini che «per condivisa convenzione la comparazione diacronica (storica) è solitamente esclusa o considerata meramente ausiliaria negli studi comparativi di diritto costituzionale [...] conduc[endo] spesso a carenze ed errori di prospettiva che rendono problematica la comprensione degli istituti trattati sulla base di un criterio di mera contemporaneità»: G. DE VERGOTTINI, *Una riflessione su comparazione costituzionale e manualistica*, cit., p. 4.

consenso, che passano per i nuovi *media* e si riflettono sulle relazioni tra il potere giudiziario e i consociati.

Parimenti, l'espansione del potere giudiziario che caratterizza il nuovo assetto dei sistemi giuridici contemporanei ha visto mutare il ruolo del giudice il quale – utilizzando varie immagini evocate dalla letteratura – non si limita più al ruolo di «cane da guardia» (che può mordere)⁹⁴ e non riveste più la «posizione di distributore automatico di diritto»⁹⁵ ma cerca di affrontare la «sete dei diritti» individuali e collettivi, alimentata dal costituzionalismo liberale, nazionale e sovranazionale⁹⁶, convertendosi in un risolutore di conflitti che potrebbero/dovrebbero trovare una soluzione nel circuito della politica.

Uno studio comparato del potere giudiziario può spingersi oltre una precisa area culturale, a patto che si inserisca in un manuale che non prenda in considerazione una sola tradizione giuridica e un'univoca concezione dell'organizzazione costituzionale dello Stato e del regime dei diritti fondamentali, ma si apra a una pluralità di esperienze e dia conto dei rapporti fra aree culturali diverse.

A seconda dell'approccio del manuale ai grandi temi del diritto comparato (più o meno «eurocentrico») e del tipo di comparazione adottata (intraculturale o interculturale), il tema del potere giudiziario può essere circoscritto all'analisi del diritto costituzionale di provenienza occidentale e dare conto della diffusa imitazione nelle sue componenti formali; oppure, può osservare il diritto costituzionale da un'ottica diversa, senza peraltro sminuire l'importanza della tradizione occidentale, enfatizzandola in chiave storica.

Come emerge dalla rassegna dei testi precedentemente illustrata, l'impostazione eurocentrica e intraculturale è dominante, vista la provenienza della maggior parte degli autori dall'area culturale del costituzionalismo liberale. Le ricadute sul capitolo del potere giudiziario – ove presente – sono evidenti: il tema è prevalentemente incentrato sulla classica contrapposizione tra la funzione giudiziaria e la funzione amministrativa all'interno di un concetto di *ordine*, di derivazione occidentale, legato alla tradizionale nozione di *rule of law*, alla separazione dei poteri, all'attività di controllo delle Corti e al carattere vincolante delle loro decisioni.

L'ordine però è un concetto storico e relativo, come insegnano i filosofi

⁹⁴ M. SHAPIRO, *The European Court of Justice: of Institutions and Democracy*, in *Israel L.R.*, n. 1, 1998, p. 7.

⁹⁵ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, 1922, trad. it. *Economia e società*, Milano, 1968, II, p. 191.

⁹⁶ Questo concetto è illustrato da Friedman in più opere: L.M. FRIEDMAN, *Total Justice*, New York, 1994, e ID., *The Horizontal Society*, New Haven, 1999.

e gli storici delle dottrine politiche⁹⁷. Ciò incide sulla giurisdizione: la funzione giudiziaria e il ruolo del giudice non solo sono cambiati nel tempo, ma mutano a seconda della società e dell'ordine in cui si inseriscono (e contribuiscono a costruire). Il giudice partecipa infatti alla costruzione dell'ordine, perché risolve le controversie applicando le norme giuridiche prodotte nel rispetto dell'ordinamento⁹⁸.

Ciò che, finora, ha circolato maggiormente – veicolato dal formante dottrinale e culturale – è un concetto di società (e di ordine) riconducibile a quel fenomeno, tipicamente europeo, che Ehrlich denominava “statalizzazione della giustizia”, legato alla diffusa credenza che tutto il diritto venisse prodotto dallo Stato con le sue leggi. Nel redigere un capitolo sul potere giudiziario occorre chiedersi, in primo luogo, se questo modello, frutto della *western tradition*, sia ancora valido nella sua interezza o se sia entrato in crisi di fronte a uno scenario globalizzato e, in secondo luogo, se sia idoneo a “coprire” fenomeni culturali e giuridici che non si identificano con il concetto occidentale di società e di ordine. Esistono infatti altre aree del globo, dove le fonti statali non hanno il monopolio della produzione normativa e il «diritto trae immediatamente origine dalla società in quanto esso è interno ordinamento dei rapporti sociali», come lo stesso Ehrlich arriva ad affermare⁹⁹. Vaste regioni geografiche e culturali continuano infatti a confidare in tribunali non statali, in particolare quelli religiosi (si pensi solo alla peculiarità di Israele, dove i Tribunali religiosi – quelli rabbinici e quelli competenti per religioni diverse da quella ebraica – convivono con

⁹⁷ Sull'ordine come concetto storico e sulla “società come ordine”, formatasi nel passaggio tra il XVIII e il XIX secolo, quando tramonta la società divisa in ordini, ovvero l'antica società per ceti, e cade il concetto di ordine «come presupposto ontologicamente formato», si veda M. RICCIARDI, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, Macerata, 2010, pp. 16 ss. L'autore ricorda che, nella società moderna, l'ordine «non essendo più presupposto, emerge dalle relazioni che si stabiliscono tra gli individui, al punto da fare della società un luogo onnicomprensivo e globale al cui interno ogni potere e ogni subordinazione acquisiscono un senso e diventano legittimi».

⁹⁸ La stretta relazione tra giurisdizione e ordinamento è ben sottolineata da S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966, I, pp. 16 ss.: «il termine ordinamento è un termine astratto, sia pure di così potente astrazione da *acquistare una vera e propria oggettività (il diritto cosiddetto obiettivo), cioè una realtà distinta da una realtà ordinata, della quale si pone come ordinatrice. Da qui deriva appunto la concettualizzazione del giudicare come attuazione dell'ordinamento nel caso concreto, che ha la sua espressione tipica nella concezione sillogistica della sentenza [...]* La risoluzione dell'ordinamento nella giurisdizione è comprovabile in molti modi: storicamente in quanto è noto che la primitiva formazione dell'ordinamento è giudiziale (il giudice precede il legislatore), e del resto l'ordinamento è in ogni tempo in perpetuo divenire attraverso la giurisdizione [...]».

⁹⁹ E. EHRLICH, *La sociologia del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 2/1922, pp. 102 ss.

le Corti secolari). Emblematico è il caso dell'Islam: il rendere giustizia è l'incarico che Dio ha conferito agli uomini e si combina con il concetto di *khilfa*, che identifica il potere di governo dell'uomo sulla terra¹⁰⁰, includendo quindi nel concetto di giustizia anche la dimensione politica¹⁰¹.

Un'impostazione manualistica meno "eurocentrica", interculturale, basata su una comparazione eterogenea e quindi aperta, sul piano macrocomparativo, a forme di stato e a sistemi giuridici diversi, consente di "mappare" la funzione giudiziaria in aree culturali profondamente diverse e di ragionare più sulla funzione (il "rendere giustizia") che sulla struttura. In questa ottica assume uguale rilevanza la descrizione del funzionamento di un tribunale statale, di un *fuero indigena* (nel quale i membri della comunità indigena sono giudicati dal loro giudice naturale), del mito dei *panchayat* in India (reintrodotti oggi nella forma delle autorità amministrative), il *chotei*, senza che queste diverse manifestazioni della "funzione giudiziaria" siano necessariamente collocate all'interno di una scala assiologica, poiché ognuna di esse avrà un proprio valore nell'ordinamento a cui si riferisce.

Ovviamente, nell'economia di un capitolo ospitato in un manuale di diritto pubblico comparato, l'analisi degli ordinamenti statali sarà prevalente; spetterà al comparatista dar conto delle eventuali tensioni tra le diverse forme del "rendere giustizia", in particolare tra la giustizia statale e le altre esistenti. Nel caso della giustizia indigena (che non corrisponde a un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, ma a una giustizia ancestrale, espressione di culture indigene preesistenti all'organizzazione statale), le esperienze storiche dimostrano che le forme di relazione sono state diverse: la negazione, la coesistenza a distanza (es. Sud Africa: nel sistema di *apartheid* la giustizia comunitaria africana si applicava solo nelle *townships*, le aree riservate alla popolazione nera), la riconciliazione e la convivialità¹⁰² e pure gli strumenti impiegati per integrare i due tipi di giustizia sono diversi: le leggi e le proposte di legge (Ecuador, Bolivia), la giurisprudenza dei Tribunali Costituzionali (Colombia)¹⁰³ o delle Corti Supreme (USA).

¹⁰⁰ «Allah vi ordina di restituire i depositi ai loro proprietari e di giudicare con equità quando giudicate tra gli uomini»: C. IV, 58 (versetto medinese).

¹⁰¹ M.H. KAMALI, *Freedom, Equality and Justice in Islam*, Cambridge, 2002, p. 113.

¹⁰² B. CLAVERO, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Siglo XXI, México, p. 36.

¹⁰³ La Costituzione colombiana del 1991 stabilisce diversi strumenti di protezione dei diritti delle comunità indigene, tra i quali: la proprietà collettiva della terra (artt. 63 e 329); l'autonomia politica e amministrativa (artt. 329 e 330); la etno-istruzione (art. 68); il carattere ufficiale delle diverse lingue (art. 10); la partecipazione politica (art. 176); la consulta previa (art. 330), e la giurisdizione speciale indigena (art. 246), come ricorda J.E. ROA ROA, *Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia*

Infine, sebbene sia inserito in un manuale di diritto pubblico comparato, un capitolo sul potere giudiziario può accogliere suggestioni e affrontare tematiche tipiche degli studi dei privati comparatisti per giungere così a un naturale superamento della dicotomia pubblico-privato.

È un passaggio obbligato se si vuole documentare la progressiva frammentazione del concetto (unitario) di giurisdizione nel mondo occidentale (una giurisdizione non più limitata al dominio delle Corti statali, ma dispersa tra molteplici soggetti che, non sempre, appartengono al corpo della magistratura).

L'attacco all'unicità della giurisdizione proviene da più fronti. Sul versante esterno la circolazione delle soluzioni giuridiche (e dei principi e delle idee) avviene oggi in larga misura per via giurisprudenziale, grazie soprattutto all'apporto delle Corti costituzionali e delle Corti internazionali o transnazionali.

Sul versante interno, si assiste a una crescita di "giurisdizioni private" (*Alternative Dispute Resolution*, arbitrati, ecc.), che non si risolvono nel contenzioso stragiudiziale, ma sempre più si inseriscono all'interno del processo, in forma collaborativa con l'autorità giudiziaria.

In via di principio, ciò ha posto alcuni problemi di ordine generale perché, storicamente, gli ordinamenti occidentali confidavano nel giudice e nella legge dello Stato per la risoluzione pacifica delle liti e ha comportato la perdita di centralità del giudice nel processo, il quale cede lo scettro a una serie di soggetti terzi estranei al corpo giudiziario.

Abstract

Unlike the other powers of the State - which receive in depth analysis in public law textbooks regarding both domestic and comparative law – judicial power is awarded relatively little consideration. Discussion of the judicial power is often limited to an historical and theoretical review when the authors are dealing with the principle of separation of powers and the protection of individual rights, while the organization of justice is commonly considered the domain of political scientists alone. In the Anglo-American and Canadian literature, as well as that of Spain, France and other European countries, this chapter is often completely absent. This "neglect" of public law doctrine is apparent both in university teaching resources and in scholarship, fomented by the gradual erosion of the

indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia, in *Rev. der. Estado*, n. 33/2014, p. 103.

uniqueness of jurisdiction (expression of state sovereignty). In fact, textbooks reflect the problems and conflicts within the legal disciplines themselves and between these and other social sciences studying the subject.

The paper focuses on the anomaly of public law literature and the division of the theme into different sciences; it also reflects on how scholars of comparative law could re-appropriate topics that have shifted from legal science to other sciences, but which could easily be recovered (even if only in light of the systemic interests that the subject undoubtedly arouses).

Andrea Pin*

*Stare decisis e argomentazione giuridica.
La logica del common law e il diritto sovranazionale europeo*

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Il *common law* e il dovere di citare i precedenti: uno sguardo comparato. - 3. Il significato profondo dell'argomentazione per precedenti. - 4. Le implicazioni. - 4.1. *Overruling* motivato ed esplicito. - 4.2. La citazione di fonti estere. - 4.3. Gli amici curiae. - 4.4. *Common law* e diritti umani. - 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

È opinione relativamente diffusa e autorevole che l'esperienza giuridica postmoderna s'incanali soprattutto nella dimensione giurisprudenziale¹. La pratica giudiziaria avrebbe acquisito un ruolo prioritario, grazie a tecniche di scrutinio elaborate, alla capacità d'interagire tra ordinamenti – orizzontalmente sul piano nazionale e verticalmente grazie a sistemi multilivello – e più ampiamente tramite tecniche interpretative capaci di ammodernare l'ordinamento reinterprestando il diritto esistente in funzione evolutiva. Le Corti europee sovranazionali avrebbero un ruolo di *pivot* in questo frangente, sia per i metodi di scrutinio che esse adottano, sia per la propulsione che sono in grado di innescare sul piano statale².

Uno dei paradigmi utilizzati per decifrare questi fenomeni è quello del *common law*, che non a caso è stato evocato per descrivere i meccanismi evolutivi del diritto europeo³ e in particolare per inquadrare il ruolo centrale

* Professore Associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Padova.

¹ *Ex multis*, P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *L'incertezza delle regole*, Atti del convegno annuale 2014, Napoli, 2015, p. 22.

² S. DOTHAN, *Three Interpretive Constraints on the European Court of Human Rights*, in M. KANETAKE, A. NOLLKAEMPER (a cura di), *The Rule of Law at the National and International Levels*, Oxford-Portland, 2016, p. 230.

³ P. GROSSI, *cit.*, p. 18.

che la giurisprudenza ha nell'incedere di questi ordinamenti, ad opera sia della Corte di Strasburgo che di Lussemburgo.

Appare dunque di un certo interesse raffrontare le posizioni dottrinali che accostano il diritto europeo sovranazionale al *common law*, con il giudizio che proprio due giuristi di *common law* hanno espresso, appunto, sulla natura del sovranazionale europeo. Il giudice australiano Heydon afferma che le decisioni della Corte Edu sono spesso raggiunte di stretta misura. Confliggono l'una con l'altra. L'argomentazione decisiva vi si disperde. Traboccano di *dicta*. L'oscurità delle dottrine come proporzionalità, bilanciamento, margine di apprezzamento e sussidiarietà incoraggia ragionamenti così incontrollati da porre i giudici nei panni di un legislatore⁴.

Il giudizio, davvero sferzante, viene poi rinvigorito ulteriormente dalla conclusione secondo cui in tali sistemi il ruolo del precedente, decisivo nel *common law*, annegherebbe invece in «riferimenti incrociati ad arcani casi decisi dalla Corte»⁵. Complessivamente, e al di là del tono apertamente polemico, Heydon evidentemente esclude in radice che la giurisprudenza di Strasburgo sia avvicicabile nello stile a quella di *common law*.

La Corte di Lussemburgo ha ricevuto un giudizio un po' meno severo da parte del grande studioso inglese di *common law* Rupert Cross, secondo il quale innanzitutto la «Corte europea di giustizia non si considera vincolata dalle proprie decisioni», sebbene «normalmente le segue»⁶. Anche seguendole esplicitamente, però, manca di «considerarle in maniera analitica», non distingue «*obiter e ratio*», muta opinione molto più facilmente delle Corti inglesi e – quel forse è persino più notevole – non si comporta come se fosse vincolata almeno a motivare il cambiamento⁷.

Le due voci esprimono pertanto, pur con varia intensità, l'esistenza di una significativa distanza tra la logica giuridica propria del *common law* rispetto al diritto sovranazionale europeo, che pure si sviluppa lungo linee giurisprudenziali.

Tra i fattori che possono sia spiegare, sia concretamente documentare la distanza tra il sistema sovranazionale europeo e la logica del *common law*, pare situarsi, in particolare, il ruolo dell'argomentazione delle parti. E proprio il *focus* di questo breve lavoro riguarda il compito che istituzionalmente gli avvocati sono chiamati a svolgere all'interno del giudizio. L'ipotesi fondamentale, che verrà qui solo tratteggiata per poi considerarne alcune

⁴ J.D. HEYDON, *Are Bills of Rights Necessary in Common Law Systems?*, in *Law Quarterly Review*, 2014, p. 399.

⁵ *Ivi*, p. 404.

⁶ R. CROSS, J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, 1991, 4a ed., p.17.

⁷ *Id.*

implicazioni e manifestazioni, è che l'etica professionale che caratterizza il *common law* sia non solo sostanzialmente differente da quella dei regimi di *civil law* – ciò deriva dalla struttura stessa del sistema giuridico di riferimento – ma a sua volta essa contribuisca a plasmarne l'incedere argomentativo.

Forse il più simbolico episodio che può illuminare il particolare ruolo degli avvocati nel *common law* e quanto ciò pesi nella sopravvivenza stessa di quel tipo di sistema è *London Tramways v London County Council*⁸. Nel 1898 quel famoso giudizio di fronte alla *House of Lords* si chiuse con la storica decisione, da parte dei giudici, di non riconsiderare più le regole stabilite dai propri precedenti: una volta cristallizzata in una decisione, una regola giurisprudenziale sarebbe stata eliminabile solo dal Parlamento.

Quel che rileva qui è il modo in cui la Corte giunse alla decisione. Il conte di Halsbury ammise che la corte aveva un debito nei confronti di sir Robert Reid e del suo colto assistente per la franchezza con cui la questione era stata sollevata. «Sarebbe stato estremamente sconveniente se, dopo avere riascoltato il caso per un tempo considerevole, ci fosse stato fatto notare che c'era una decisione di questa House conclusiva sul punto. Grazie al candore dell'esperto che ha sollevato la questione in prime cure, è stato stabilito che su quest'argomento grava una decisione di questa House⁹».

Il tono di Halsbury sembra paradossale: l'*Attorney General* Robert Reid e il suo assistente furono così franchi da comunicare un precedente a loro avverso, al punto da pregiudicare la trattazione della questione.

In realtà, come noto, nel *common law* tradizionalmente le parti hanno l'obbligo deontologico di condividere con il giudice e le altre parti i precedenti avversi alle proprie argomentazioni, anche se gli ordinamenti nazionali derivanti da quella matrice variano quanto all'estensione dell'obbligo. Le righe che seguono offriranno un approfondimento sul punto.

2. *Il common law e il dovere di citare i precedenti: uno sguardo comparato*

Le regole di condotta per l'*English Bar* richiedono al *barrister* di «fare quanto ragionevolmente possibile per assicurare che la Corte abbia di fronte a se tutte le decisioni e disposizioni legislative rilevanti»¹⁰. Gli Stati Uniti, e segnatamente il codice deontologico dell'*American Bar Association*,

⁸ *London Tramways Co. Ltd. v London County Council* [1898] UKHL 1.

⁹ *Id.*

¹⁰ https://www.barstandardsboard.org.uk/media/1813606/bsb_handbook_13_december_2016.pdf

che fa da modello, richiedono che gli avvocati rivelino i precedenti sul punto che siano direttamente in contrasto con la posizione del cliente¹¹, a meno che controparte non li abbia già citati. I *solicitors* australiani devono «informare la corte di qualunque autorità persuasiva che confligga con gli argomenti del cliente»¹². La Federazione delle *Law Societies* canadese ha un codice di condotta che sanziona l'avvocato che deliberatamente evita d'informare un tribunale di qualunque regola (“*authority*”) vincolante che egli ritenga essere direttamente rilevante ma non sia stata menzionata dalla controparte¹³. In Nuova Zelanda, le regole di condotta del 2008 specificano che è dovere dell'avvocato «porre tutte le regole rilevanti e significative note all'avvocato di fronte alla Corte, siano a favore del cliente o meno»¹⁴. Il Bar irlandese impone che in materie privatistiche il giudice venga informato dal *barrister* di qualunque precedente vincolante di cui egli sia a conoscenza, «indifferentemente che questa sia a favore o contraria all'argomento che viene avanzato»¹⁵.

Queste regole hanno senza dubbio un'origine risalente, che s'intreccia con la difficoltà tradizionale nel *common law* di reperire precedenti¹⁶ e con lo stile avversariale, che consegna ai giudici pochissimi poteri e li fa dipendere dalle allegazioni delle parti anche nelle considerazioni in diritto¹⁷. Tali norme si inseriscono, dopotutto, in un contesto di formazione del diritto di natura giurisprudenziale, assicurando la conoscibilità delle fonti in una maniera più intensa di quanto lo facciano con la parte in fatto: non esistono obblighi paragonabili imposti alle parti di rivelare fatti che potenzialmente contraddicono le loro tesi.

Complessivamente, il tema della condivisione dei precedenti rilevanti con le controparti e il giudice non sembra però essere affatto superato, nonostante le piattaforme informatiche abbiano reso disponibili immediatamente anche al giudice le informazioni potenzialmente rilevanti in punto

¹¹ *Ex multis*, N. M. CRYSTAL, *Limitation on Zealous Representation in an Adversarial System*, in *Wake Forest Law Review*, 1997, p. 725.

¹² law.council.asn.au/lawcouncil/images/LCA-PDF/a-z-docs/AustralianSolicitorsConductRules.pdf

¹³ *Federation of Law Societies of Canada, Model Code of Professional Conduct*, 2016, r. 5.1-2(i), <http://flsc.ca/wp-content/uploads/2014/12/Model-Code-as-amended-march-2016-FINAL.pdf>.

¹⁴ *Lawyers and Conveyancers Act (Lawyers: Conduct and Client Care) Rules*, r. 13.11 <http://www.legislation.govt.nz/regulation/public/2008/0214/latest/DLM1437953.html>.

¹⁵ *Bar of Ireland, Code of Conduct for the Bar of Ireland*, 2016, r.5.8, <https://www.lawlibrary.ie/Documents/Code-of-Conduct-for-the-Bar-of-Ireland-adopted-25.aspx>.

¹⁶ J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Connecticut, 1968, p. 80.

¹⁷ LADY HALE, *Who guard the guardians?*, Law project Conference 2013, p.13

di diritto. Queste ultime hanno piuttosto prodotto il problema opposto, sostanzialmente mettendo in difficoltà il giudice nella selezione delle informazioni rilevanti, non nel loro reperimento.

In Inghilterra il tema non si è esaurito: è di pochi anni orsono una nota controversia sul rapporto tra i doveri del *barrister* rispettivamente di fedeltà al cliente e di fornire alla Corte tutte le informazioni disponibili, condividendo anche l'esistenza di precedenti avversi¹⁸. Né l'argomento è scomparso negli Stati Uniti rispetto a quando nell'Alabama alla fine dell'Ottocento è comparso tale obbligo per la prima volta in un codice deontologico¹⁹. Negli Stati Uniti il trattamento per chi omette volontariamente di citare un caso avverso al proprio argomento attualmente varia da alcune sanzioni minori a forti reprimende nelle sentenze, ma compromette normalmente il credito professionale di un avvocato²⁰.

Un giudice pragmatico come Richard Posner, nonostante nel suo recente volume *Diverging Paths* abbia stigmatizzato quella che egli ritiene un'attenzione eccessiva per i precedenti da parte della cultura giuridica americana²¹, in una sua decisione ha apostrofato molto duramente un avvocato che aveva omesso di citare un precedente avverso, inserendo nella decisione la foto di un uomo con la testa nella sabbia, alla maniera dello struzzo²².

Il contesto che emerge da queste brevi e sommarie descrizioni si distacca chiaramente dal sistema sovranazionale europeo. Sia la Corte di Strasburgo che quella di Lussemburgo non hanno regole di procedura che impongano alle parti di evidenziare l'esistenza di tutti i precedenti rilevanti. Si tratta di un punto di particolare importanza: nonostante le Corti facciano riferimento ai precedenti, e che anzi il Protocollo XIV della Cedu abbia tentato di ridurre il contenzioso proprio in presenza di una «giurisprudenza consolidata», il trattamento processuale delle due Corti per le sentenze pregresse potenzialmente rilevanti è profondamente diverso da quello osservato dalle Corti di *common law*.

L'impatto della regola relativa all'osservanza del precedente è documentato dalle critiche di studiosi e pratici di *common law* nei confronti di Strasburgo e Lussemburgo: sebbene il grado di autonomia di tali giudici sia superiore

¹⁸ *Hall & Co. v Simons*, [2000] UKHL 38.

¹⁹ *Code of Ethics of the Ala. State Bar Ass'n*, 1887, r. 1, ripubblicato nell'*Ala. State Bar Ass'n, Proceedings of the Forty-First Annual Meeting of the Alabama State Bar Association*, 1918, p. 336.

²⁰ D.R. RICHMOND, *Appellate Ethics: Truth, Criticism, and Consequences*, in *Review of Litigation*, 2004, p. 339.

²¹ R.A. POSNER, *Divergent Paths*, Cambridge (Mass.), 2016, p. 401.

²² *Gonzalez-Servin v. Ford Motor Co.*, 662 F.3d 931, 934 (7th Cir. 2011).

rispetto ai limitati strumenti delle Corti impostate sul modello *adversarial*, e nonostante l'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia rivesta un ruolo particolarmente importante nel fornire informazioni e spunti di riflessione ai giudici, tali organi giudiziari sono incapaci di assicurare una coerenza interna nelle loro decisioni paragonabile a quella dei loro omologhi di *common law*.

Gli effetti sistemici di una norma che obbliga a citare e argomentare sui precedenti – o, all'opposto, della mancanza di una tale disposizione – non si riverberano semplicemente sull'incoerenza temporale delle decisioni. Certo, la mancanza di una tale disposizione in un ordinamento aumenta il rischio di *overruling* incontrollati: v'è chi ha identificato una chiara patologia nell'amministrazione della giustizia ad esempio nel sistema italiano, la cui Corte di Cassazione avrebbe effettuato *overruling* impliciti nel campo civile per almeno 864 volte in cinque anni²³. Tuttavia, il fattore differenziale più importante che si può identificare per distinguere i sistemi di *common law* da quelli che pure fanno perno sull'attività giudiziaria per svilupparsi sembra consistere nel modo in cui vengono utilizzati i precedenti, prima ancora che nella loro tenuta temporale.

3. Il significato profondo dell'argomentazione per precedenti

La circostanza che le parti abbiano l'obbligo deontologico di comunicare al giudice i precedenti pone i litiganti in una posizione particolare. Infatti, oltre a dare informazioni al fine di offrire un quadro completo ad un giudice che ha un'impostazione passiva, proprio per il principio *adversarial*, tale obbligo esige un contegno ulteriore alle stesse parti.

Ciascun avvocato deve immaginare, nello sviluppare la propria strategia argomentativa, che il dialogo tra le parti includerà tutti i precedenti potenzialmente rilevanti nella decisione. Questo impone a ciascuna parte di offrire una rappresentazione al giudice che sia comprensiva non solo dei precedenti a favore, ma anche di quelli contrari. In sostanza, le argomentazioni delle parti fin dall'inizio naturalmente tendono non solo ad incorporare tutti i precedenti, ma a darne persino una spiegazione, perché ciascun avvocato sa di doverne tenere conto. Se una parte non

²³ R. SILTALA, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Oxford-Portland (Or.), 2000, p. 130. Ovviamente, anche la struttura della Cassazione, a sezioni parallele, ha un impatto sulla pratica.

dà ragione anche delle decisioni avverse, non si espone semplicemente a contro-argomentazioni basate sui precedenti che ha omesso, ma commette una violazione nella deduzione stessa dei *suoi* argomenti. In sostanza, non può apparire semplicemente impersuasiva, ma incoerente nella propria argomentazione.

In altre parole, nei regimi di *common law* i precedenti, colti dunque nella dimensione pratica, sembrano rivestire un valore che va oltre la loro capacità di determinare il risultato della decisione: essi paiono costituire gli strumenti stessi con i quali la controversia viene analizzata. In altre parole, non rilevano soltanto ai fini della decisione, ma prima ancora della comprensione e della qualificazione del caso. Questo pare rendere ragione del fatto che nella giurisprudenza americana alcuni giudici abbiano talvolta apertamente stigmatizzato il comportamento di avvocati che si limitavano a prendere atto dell'esistenza di precedenti avversi, senza argomentare in proposito: l'obbligo di citare un precedente avverso include per la parte un obbligo anche di natura motivazionale.

4. *Le implicazioni*

La profonda relazione che intercorre tra l'argomentazione giudiziaria e l'obbligo di esporre tutti i precedenti rilevanti per le parti (o quantomeno quelli chiaramente avversi) pare offrire una spiegazione, almeno parziale, sia di alcune cautele emerse nei regimi di *common law*, sia di certe storture esistenti in regimi in cui non vige un tale obbligo.

Nella pratica giudiziaria si sono evidenziati in tempi più o meno recenti alcuni nodi, che attingono alla vitalità e all'operatività del *common law* e del diritto sovranazionale europeo, e che appaiono connessi all'obbligo sopra visto.

4.1. *Loverruling motivato ed esplicito*

Le critiche anglosassoni nei confronti del diritto sovranazionale europeo non raramente si appuntano sulla presenza, nella giurisprudenza Cedu e della Corte di Giustizia, di *overruling* impliciti e scarsamente motivati. Una cultura solo relativamente familiare con i precedenti può naturalmente offrire poca coerenza temporale nelle decisioni e prestare solo relativa attenzione a qualificare un precedente, stabilendo se esso sia stato *overruled*

o *distinguished*. Tuttavia, un'ulteriore spiegazione del diverso atteggiamento del diritto europeo rispetto a quello di *common law* può rinvenirsi, ancora una volta, in relazione con l'obbligo deontologico di citare e argomentare sui precedenti rilevanti o quantomeno avversi.

Affermare a chiare lettere un *overruling* significa, per un giudice che opera in un sistema di *common law*, sgombrare il campo da giurisprudenza non più rilevante. Un *overruling* implicito, in un contesto in cui vige l'obbligo deontologico di citare precedenti avversi, ha infatti un effetto perverso: inevitabilmente impone alle parti di menzionare comunque la decisione implicitamente sconfessata, e di impegnarsi eventualmente a motivare perché essa non sia più rilevante alla luce delle pronunce successive. Motivazioni e *overruling* espliciti, in sostanza, preservano l'economia processuale e facilitano il lavoro sia delle parti, che possono omettere alcune decisioni legittimamente, quanto del giudice, il quale può concentrarsi soltanto sulle sentenze che ancora spiegano effetti per argomentare la propria sentenza.

4.2. La citazione di fonti estere

Il tema delle citazioni estere è notoriamente dibattuto negli Stati Uniti²⁴; il *common law* inglese ed australiano sembrano essere maggiormente favorevoli a trarre ispirazioni dalla giurisprudenza estera. È comunque di significato che nei regimi di *common law* questa pratica sia spesso circondata di tutele. Lady Hale, della Corte Suprema del Regno Unito, ha messo in luce un aspetto problematico di tale pratica che affonda nella struttura processuale e nell'obbligo deontologico dei regimi di *common law*. Lady Hale ha evidenziato che le citazioni estere sono difficili da inquadrare per un giudice, proprio perché una corte di *common law* si affida alle parti anche per la conoscenza del diritto: siccome, rispetto agli ordinamenti stranieri, gli avvocati non hanno l'obbligo di rappresentare le varie *authorities* esistenti, ma possono invece selezionare le decisioni a loro favore, essi possono indicare al giudice delle prospettive volutamente parziali²⁵.

In altre parole, il vessato tema della *selettività* delle fonti estere ha un particolare impatto e significato negli ordinamenti di *common law*. Sebbene abbia valore persuasivo e non tecnicamente normativo²⁶, il ricorso al diritto

²⁴ Su cui siaconsentitorimandare ad A. PIN, *The Costs and Consequences of Incorrect Citations: European Law in the United States Supreme Court*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2016, pp. 219 ss.

²⁵ LADY HALE, *cit.*, p. 11.

²⁶ H.P. GLENN, *Persuasive Authority*, in *McGill Law Journal*, 1986-1987, p. 291.

straniero in tali regimi presenta infatti un'eccezione al dovere deontologico di citare i precedenti avversi, e dunque muta il ruolo degli avvocati nel sistema *adversarial*. Ciò costituisce una deviazione dalle dinamiche processuali che normalmente governano i sistemi di *common law*. La percezione della selettività delle decisioni è pertanto particolarmente acuta, perché può perturbare l'integrità dell'argomentazione basata sui precedenti.

4.3. *Gli amici curiae*

Un terzo profilo che sembra meritare particolare attenzione, per il suo rapporto con gli obblighi deontologici, riguarda la partecipazione degli *amici curiae* al giudizio. Essi nacquero nel diritto inglese come gemmazione dal diritto romano²⁷ e svilupparono inizialmente un ruolo di consulenza, fornendo – su richiesta del giudice – utili informazioni che, in un'epoca di difficile accessibilità delle fonti, potevano riguardare anche l'apparato normativo, incluse le sentenze di riferimento per la decisione del caso²⁸.

Nel tempo, si è verificata una trasformazione e un ampliamento della figura di *amicus curiae*. Tale ruolo è diventato particolarmente importante, poiché ora consente ai potenziali interessati dagli effetti di una decisione d'intervenire prima che essa venga presa, sebbene essi non siano tecnicamente parte del giudizio. Tuttavia, questa mutazione dell'istituto ha ingenerato alcune frizioni con il sistema di *common law*²⁹, proprio perché, a differenza delle parti regolarmente costituite, gli *amici* non hanno alcun obbligo di fornire elementi che possano risultare controproducenti nei confronti delle proprie tesi. Le recenti aperture da parte d'Irlanda³⁰, Regno Unito e Australia³¹ sull'ammissibilità degli *amici curiae* sono state complessivamente caute, proprio a causa di dubbi di ordine metodologico e sistemico³²: privi degli obblighi delle parti in giudizio, gli *amici* si possono trasformare – secondo un'efficace espressione – in «lobbisti» presso le aule

²⁷ L. SANDSTROM SIMARD, *An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism*, in *Review of Litigation*, 2007-2008, p. 691.

²⁸ S. SHAH, T. POLE, M. BLACKWELL, *Rights, Interveners and the Law Lords*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014, p. 297.

²⁹ Sul radicamento dell'*amicus* nel processo inquisitorio tradizionale di *civil law*, si veda S. KOICHEVAR, *Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions*, in *Yale Law Journal*, 2012-2013, p. 1653.

³⁰ Z. O'BRIEN, *The Courts Make a New Friend? Amicus Curiae Jurisdiction in Ireland*, in *Trinity College Law Review*, 2004, pp. 5, 7 e 14.

³¹ S. SHAH, T. POLE, M. BLACKWELL, *cit.*, p. 299.

³² A. MASON, *Interveners and Amici Curiae in the High Court: A Comment*, in *Adelaide Law Review*, 1988, p. 174.

giudiziarie³³, per di più in contesti *adversarial*, in cui il giudice ha limitati poteri istruttori.

Il fatto che i terzi intervengano in alcuni sistemi senza dover affrontare i precedenti ostili presenta dei profili problematici anche perché trasforma la logica di *common law*, normalmente focalizzata su quanto già deciso, in un sistema proiettato verso il futuro e le controversie potenzialmente all'orizzonte. Infatti, attraverso gli *amici curiae*, gli interessati che vogliono cautelarsi o mettere le basi per controversie che nell'avvenire potranno riguardarli, sono in grado d'intervenire, ma non devono perciò procedere per precedenti e focalizzarsi sul diritto preesistente applicabile: possono più semplicemente puntare ad ottenere un'innovazione attraverso la pratica giudiziaria³⁴.

Tali dubbi e cautele tra i regimi di *common law* nei confronti degli *amici curiae* risultano, almeno stando ad alcuni dati empirici, piuttosto fondati. La figura degli *amici*, una volta persa la funzione di assistenza del giudice nel reperire informazioni per acquisire quella di veicolo degli interessi e delle istanze di coloro che non sono propriamente parti processuali, sembra avere giocato un'importanza non secondaria nel favorire il *judicial law-making*, ossia ha valorizzato la capacità dei giudici di innovare il diritto³⁵. Pare dunque che l'utilizzo piuttosto vasto degli *amici* favorisca non una tenuta dei precedenti, ma un suo superamento.

Quanto detto non equivale a sostenere che le tesi degli *amici* normalmente prevalgano; anzi, alcune analisi statistiche sembrano frustrare le aspettative degli *amici*, nel senso che il loro contributo non pare ottenere normalmente dalla decisione il risultato voluto³⁶. Tuttavia essi sono in grado di influenzarne la *ratio*: non essendo tenuti a presentare alla corte tutti i precedenti offrendo un ragionamento coerente che li giustifichi, gli *amici curiae* possono spostare il campo d'osservazione e d'analisi sul potenziale risultato del giudizio, mettendo dunque in crisi la logica argomentativa presidiata anche da strumenti come l'obbligo di comunicare i precedenti avversi gravante sulle parti³⁷. In sostanza, i terzi intervenienti, non avendo l'obbligo di citare i precedenti, possono esercitare una pressione sul *focus* del ragionamento di un giudice – quest'ultimo può allontanarsi dalle loro istanze nell'esito, ma sembra comunque esserne influenzato sul piano del ragionamento.

³³ S. SHAH, T. POLE, M. BLACKWELL, *cit.*, p. 297.

³⁴ L. SANDSTROM SIMARD, *cit.*, p. 677 («*the amicus brief became a formidable tool in the effectuation of social change through litigation*»).

³⁵ S. SHAH, T. POLE, M. BLACKWELL, *cit.*, p. 300.

³⁶ *Ivi*, pp. 318-319.

³⁷ *Ivi*, p. 303.

4.4. Common law e diritti umani

Il tema degli *amici curiae* e dell'intervento di terzi interessati è trascorso ulteriormente negli ultimi anni - a cominciare proprio dal Regno Unito, a causa della progressiva mutazione del quadro istituzionale nel quale operano le Corti di tale ordinamento³⁸. In particolare, l'*incorporation* del diritto della Convenzione europea attraverso lo *Human Rights Act* del 1998 ha dato alla litigiosità un tono che è stato qualificato come "costituzionale". Anche dispute potenzialmente di natura privatistica hanno assunto il carattere di controversie sui diritti fondamentali, giustificando un più facile ingresso dei terzi all'interno dei procedimenti giudiziari.

Negli Stati Uniti, il contenzioso costituzionale è diventato ugualmente molto rilevante³⁹, assorbendo grande parte dell'attività della Corte Suprema federale e attirando l'attenzione degli *amici curiae*⁴⁰ proprio per la natura pubblica e persino fondamentale degli interessi coinvolti⁴¹.

La preoccupazione di assicurare adeguata attenzione alla situazione dei terzi è particolarmente comprensibile in un sistema di *common law*, in cui il giudice è legato nelle proprie iniziative dallo spazio disegnato dalle parti, soprattutto quando sono oggetto di trattazione i diritti fondamentali. Il principio dello *stare decisis* inevitabilmente suggerisce ai potenziali interessati di intervenire come *amici curiae*, per evitare che si formi una corrente giurisprudenziale potenzialmente loro avversa in futuro. Paradossalmente, però, proprio perché soprattutto negli Stati Uniti, ove non hanno alcun obbligo di considerare elementi sfavorevoli, gli *amici curiae* non sono tenuti a veicolare più della propria prospettiva. Grazie allo *stare decisis*, una decisione in cui siano intervenuti degli *amici* rischia, proprio per l'impatto a macchia d'olio, d'introdurre nell'ordinamento regole sotto la spinta di fattori sui quali è mancata una piena considerazione critica, perché i profili toccati dagli *amici*, se pure possono ampliare l'orizzonte visuale del giudice introducendo elementi che le parti non hanno menzionato, sono inevitabilmente più ristretti e non hanno l'onere di includere argomenti

³⁸ *Ivi*, p. 298.

³⁹ SEGEV, *The (Unified?) Fiduciary Theory of Judging: Hedgehogs, Foxes, and Chameleons*, in *Faulkner Law Review*, 2016, p. 95 («*The United States, as well as other western democracies, has been witnessing a systematic increase in the power of courts by enlarging the scope and depth of judicial review in the name of an overall goal of safeguarding the rule of law, democracy, and human and civil rights*»).

⁴⁰ Dal 1965 al 1999 il numero di casi per i quali ci sono stati interventi di amici è salito dal 35% al 95%.

⁴¹ L. SANDSTROM SIMARD, *cit.*, pp. 673-674.

contraddittori con i loro interessi.

Non è dunque casuale che anche la Corte americana, la quale normalmente evita di usare il diritto straniero, sia la destinataria di importanti contributi anche di diritto comparato da parte di *amici curiae*⁴², che hanno l'interesse a imprimere delle evoluzioni al diritto interno⁴³, allargando il contenzioso a profili che in base allo schema *adversarial* rimarrebbero all'esterno della contesa⁴⁴. Il *common law*, di norma, tenta di proteggere una sana ed integrale dialettica processuale, tanto da sanzionare con il *contempt of court* comportamenti che inquinino lo svolgersi del procedimento introducendo elementi spuri, o terzi non legittimati ad esprimersi⁴⁵.

5. Conclusioni

I profili d'interesse esaminati, riguardanti la presenza di un dovere deontologico per gli avvocati di citare e motivare sui precedenti avversi, non suggeriscono d'introdurre *ex abrupto* una regola di condotta per gli avvocati presso le Corti – nazionali o sovranazionali – ove un tale dovere non viga, al fine di assicurare una corretta tenuta o quantomeno una considerazione dei precedenti. Esigere dagli avvocati uno sforzo di cui i giudici e le Corti non sono stati capaci né cui stati chiamati non è corretto o prima ancora praticabile, visto l'accumulo di giurisprudenza viziata da elementi d'incoerenza già affastellatisi presso quelle giurisdizioni.

L'analisi qui brevemente svolta, invece, pare suggerire che un sistema giuridico imperniato attorno alla fonte giurisprudenziale esiga per sua natura uno sguardo completo sui precedenti rilevanti, e che tale sguardo debba essere coltivato in maniera condivisa dalle parti in causa e dal giudice. La regola del precedente vincolante può non essere forse nemmeno necessaria, per la tenuta di un sistema che si sviluppa lungo la dorsale giurisprudenziale; tuttavia, quel che appare indispensabile è il genere di attenzione al

⁴² C. McCrudden, *Transnational Culture Wars*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2015, p. 456.

⁴³ In *Levy v. Victoria and Ors* (1997) 146 ALR 248, Kirby J., membro dell'Australia High Court, ha notato che gli *amici curiae* hanno uno spazio più ampio da quando è tramontata la teoria dichiarativa della giurisdizione.

⁴⁴ L. Sandstrom Simard, *cit.*, p. 692.

⁴⁵ L.S. Raveson, *Advocacy and Contempt: Constitutional Limitations on the Judicial Contempt Power*, in *Washington Law Review*, 1990, p. 537.

precedente che caratterizza il ragionamento giuridico di *common law*. In altri termini, non è lo *stare decisis*, cioè la forza vincolante attribuita ai precedenti, soltanto – o forse prevalentemente – a fare la differenza tra il *common law* e gli altri sistemi che lo echeggiano, ma piuttosto l'attenzione che *il common law* presta alle decisioni pregresse.

Abstract

This essay argues that the logic of common law reflects itself in the duty of legal practitioners in common law systems. The ethical codes and rules of conduct that govern advocacy in common law require that attorneys and barristers disclose to the courts adverse precedents and make arguments that also incorporate them. This rule creates an intellectual framework for litigation that is lacking in supranational European law, not with standing its reputation keeping a common law approach. The obligation to disclose adverse precedents also explains why supranational European law and common law diverge in how they practice overruling, cite foreign precedents and sometimes treat amici curiae.

DIRITTI FONDAMENTALI,
VALORI COSTITUZIONALI E LEGGE

Francesco Clementi*

*Non tutto lo jus dicere passa dalle sentenze:
la tutela dei diritti fondamentali e la rete europea
dei Consigli di Giustizia*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La progressiva “retificazione” dell’Unione Europea, e il caso del settore giustizia. – 3. Comparazione e Consigli di giustizia – 4. Verso un Consiglio comune europeo? – 5. Annotazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Nel 2008-2009 in una importante ricerca, su “Comparazione e circolazione del diritto pubblico straniero tra giudici e legislatore”, coordinata da Giuseppe de Vergottini¹, emergeva il ruolo che, in modo sempre più rilevante, ha la “*transjudicial communication*” tra ordinamenti giuridici e Corti supreme e, più largamente, la giurisprudenza tutta - nell’interazione reciproca che caratterizza questo tempo.² È non a torto ciò veniva studiato ed evidenziato proprio in ragione di quelle influenze ed interazioni che ormai si vengono a realizzare nello spazio culturale comune che qualifica oggi, globalmente, il diritto e i suoi interpreti.

D’altronde, uno strumento sempre più rilevante nel confronto tra giudici, è rappresentato non soltanto da una convergenza legata alle decisioni giurisprudenziali ma anche, se non, per certi aspetti, soprattutto,

* Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l’Università di Perugia, Dipartimento di Scienze Politiche

¹ Si trattava del Progetto di ricerca Prin 2009 (che poi ha caratterizzato pure il dibattito del Colloquio biennale dell’Associazione italiana di diritto comparato, tenutosi ad Urbino nel 2009) e che ha prodotto, innanzitutto, il volume al quale si fa riferimento, ossia: G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, Il Mulino, 2010.

² Se si vuole, per un primo quadro, si v. almeno: A.M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, pp. 102 e ss.

dagli effetti di convergenza culturale che si vengono a realizzare sempre più in quella circolazione e *legal cross-fertilization* che, appunto, denota un'interazione sempre più forte tra gli stessi interpreti del diritto.

Un'interazione che opera a vari piani, formali e informali. E che trova vie sempre nuove per rafforzarsi, venendo così a confermare quanto già sottolineava Richard Stewart laddove affermava che «negli ultimi venti anni il baricentro dell'attività regolatoria si è spostato dagli Stati verso una straordinaria varietà di sistemi di regolazione globale», tra i quali anche le “reti” hanno un ruolo di primo piano³. Un fenomeno così rilevante che, sebbene la retificazione non sia un modello univoco, in quanto può presentare numerose variabili, sia per quanto concerne la composizione sia in relazione al funzionamento ed alla disciplina, oggi appare fortemente in crescita anche nel settore della giustizia⁴.

Questo è avvenuto anche per l'Unione europea, nella quale la progressiva “retificazione” dell'Unione Europea, in particolare nel settore giustizia, ormai non può essere considerata più un fenomeno passeggero, per almeno tre ragioni: (a) per gli effetti che, ormai da tempo, ciò determina nel più ampio novero dei modi e delle forme per garantire l'indipendenza della magistratura e con essa la migliore tutela dei diritti dei cittadini in primis della e nell'Unione europea; (b) per le prospettive di interrelazione e, appunto, di *legal cross-fertilization* che, anche attraverso una formazione comune dei magistrati, da tempo determina nell'intero settore giustizia; (c) per gli effetti positivi che la rete, in particolare dei Consigli della Giustizia, è venuta a promuovere innanzitutto per un miglioramento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali.

Pertanto, il presente contributo mira ad evidenziare, nel più ampio tema dei modi e delle forme per garantire una magistratura più forte e più consapevole del suo ruolo in primis, ormai, nell'Unione europea, il ruolo

³ R. STEWART, *Administrative Law In The Twenty-First Century*, in 78 *N.Y.U. Law Review*, n. 2, 2003. Si v. anche ID., *Legitimacy and Accountability in Global Regulatory Governance: The Emerging Global Administrative Law and the Design and Operation of Administrative Tribunals of International Organizations*, in *International Administrative Tribunals in a Changing World* (SPYRIDON FLOGAITIS, ed., Esperia Publications Ltd., London, 2008) (with Benedict Kingsbury); e per un quadro, in lingua italiana, almeno ID., *Il diritto amministrativo globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, pp. 633 e ss.

⁴ Cfr. A. CANEPA, *La rete quale “forma-organizzazione” del settore della giustizia europea*, in L. AMMANNATI e P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. 2, Governance multilivello regolazione e reti*, Milano, 2008, pp. 299 e ss. Si v. altresì: A. CANEPA, *La progressiva “retificazione” dell'Unione Europea: il caso del settore giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 3, pp. 1033 e ss.

che la rete della giustizia europea, in particolare dei Consigli della Giustizia, è riuscita a promuovere negli ultimi quindici anni verso un modello comune di giustizia, cercando di far emergere le prospettive di interrelazione a disposizione che, negli anni, sono state sviluppate. E del ruolo che la cultura comune, figlia appunto di una cross-fertilization reciproca che usa sempre più strumenti di tipo reticolare, svolge in sé per rafforzare lo *ius dicere*.

2. La progressiva “retificazione” dell’Unione Europea, e il caso del settore giustizia.

Nel settore della giustizia, la progressiva “retificazione” dell’Unione Europea, mostra da tempo la tendenza ad un riallineamento verso un modello organizzativo comune.

La rete rappresenta appieno quella “modalità procedimentale o strumento di natura pattizia o convenzionale finalizzato ad assicurare reciproco coordinamento nell’ambito delle attività svolte da diversi soggetti”⁵ e risulta particolarmente efficace in quanto consente di far emergere meglio, nonostante le difficoltà che una classificazione delle reti determina - come da tempo la dottrina più avvertita nell’analisi della globalizzazione e dei suoi effetti ha provato a sottolineare⁶- i tratti comuni e le interrelazioni, le differenze e le consonanze, tra le singole esperienze nazionali.

In tal senso, dentro la nota suddivisione tra reti formalizzate e reti spontanee (cioè sulla base di una legittimazione giuridica derivante da un atto normativo o su impulso politico dei singoli attori)⁷, la Rete europea dei Consigli di Giustizia appartiene a quella tipologia delle reti “spontanee”, ossia di quelle reti di autorità, formate da vere e proprie istituzioni nazionali.

In particolare, la Rete Europea dei Consigli della Giustizia o *European Network of Councils for the Judiciary* (di cui fanno parte anche il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio Superiore della Giustizia amministrativa), nasce spontaneamente per dare sostanza e rafforzare quello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia che dal 1999 ha preso vita nell’Unione europea in ragione del consolidamento delle politiche di

⁵ Cfr. F. PIZZETTI, *L’evoluzione del sistema italiano fra “prove tecniche di governance” e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell’Unione Europea.*, in giurcost.org, n. 2, 2002.

⁶ Cfr. M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma- Bari, 2006, pp. 121 e ss

⁷ Cfr. A. CANEPA, *La rete quale “forma-organizzazione” del settore della giustizia europea*, cit.

cooperazione giudiziaria. Essa punta, tramite quella “pietra angolare” delle politiche di cooperazione giudiziaria costituita dal principio del mutuo riconoscimento, a favorire tra le magistrature il dialogo e la conoscenza reciproca sul funzionamento dei rispettivi sistemi giudiziari, attraverso uno studio attento delle diversità ordinamentali e la promozione di un reciproco dialogo.

Così, dapprima a partire dai Consigli di giustizia, cioè di autogoverno, Belgio, Irlanda e Olanda che si sono fatti promotori di un primo incontro con i rappresentanti degli omologhi degli altri Paesi, e poi via via estendendosi a Consigli degli altri Paesi, fino ad arrivare alla situazione attuale dove il quadro della Rete Europea dei Consigli della Giustizia si presenta strutturato in tre organi (Assemblea, Presidenza, Comitato Direttivo), vedendo che:

(a) gli Stati membri dell’ENCJ sono ventidue Paesi: Belgio, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Francia, Galles, Grecia, Irlanda, Italia (CSM e Consiglio Superiore della Giustizia amministrativa), Lettonia, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Romania, Scozia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Ungheria;

(b) gli Stati osservatori sono i seguenti quattordici Paesi: Albania, Austria, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Germania, Lussemburgo, Montenegro, Norvegia, Serbia, Svezia, Turchia nonché, naturalmente, l’Unione europea (Corte di Giustizia dell’Unione europea);

Su questa base, il ruolo dei Consigli di giustizia, nel più largo ambito dell’indipendenza della magistratura in Europa, ha fatto emergere rilevanti punti di incontro, utilissimi dal punto di vista dello studioso della comparazione: tanto per ciò che concerne il tema di una convergenza/divergenza degli strumenti tecnici che, in sé, possono garantire meglio l’indipendenza della magistratura, andando oltre le dinamiche – pure importanti – di un riavvicinamento dei diversi modelli organizzativi previsti, quanto per ciò che concerne la crescita e il rafforzamento, sul piano della cultura giuridica – dello jus dicere appunto – in un’ottica di reciproco scambio nella tutela dei diritti della persona nei confronti dell’autorità.

In tal senso, infatti, il quadro comparato dei Consigli di giustizia⁸

⁸ Si veda, in generale, sul tema innanzitutto l’ampia e accurata sezione monografica su “L’indipendenza della magistratura in Europa e il ruolo dei Consigli di giustizia”, curata da L. MONTANARI e E. D’ORLANDO, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2010 (con saggi di: P. Damiani, D. Giroto, S. Hammer, K. Klíma, G. Matucci, L. A. Mazzarolli, S. Panizza, M. Patrono, G.E. Polizzi, T. Renoux, F. Rigano, G. Rosado Iglesias, R. Toniatti, M. Volpi). Si v. anche: M. VOLPI, *I Consigli di Giustizia in Europa*:

mostra sempre più il ruolo strategico che negli anni hanno assunto questi organi tanto per favorire - più e meglio - un modello europeo di garanzia dell'indipendenza della magistratura, quanto per incentivare - più e meglio - il rafforzamento dei parametri che l'Unione europea e il Consiglio d'Europa - hanno inteso adottare via via per la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

Come è noto, i Consigli della magistratura sono organi chiamati a garantire l'indipendenza e l'autonomia della magistratura nei confronti degli altri poteri dello Stato, esercitando una serie di competenze relative ai magistrati che vengono sottratte al potere esecutivo.

Dalla seconda guerra mondiale in poi, nelle nascenti democrazie, gli organi di autogoverno della magistratura hanno avuto una rilevante crescita, venendo ad essere previsti e a caratterizzare non soltanto le Costituzioni delle prime democrazie post-belliche (Francia, IV Repubblica, 1946 e poi quella del 1958 ed Italia 1948), ma anche quelle successive alla fine delle dittature nei paesi dell'Europa sud-occidentale, come la Costituzione della Grecia (1975), del Portogallo (1976) e della Spagna (1978), fino ad arrivare, dalla prima metà degli anni Novanta, con la caduta dei regimi comunisti nei paesi dell'Europa centro-orientale, ad una piena diffusione e radicamento in pressoché tutti gli ordinamenti e nei relativi testi costituzionali dei Paesi europei.

Naturalmente, le differenze non mancano, innanzitutto in ragione delle difficoltà relative alla stabilizzazione della magistratura (e del suo organo di autogoverno) come soggetto pienamente indipendente, tanto dal potere esecutivo quanto da quello legislativo.

Per cui, oggi, sotto il nome generale di “Consigli di Giustizia”, possiamo trovare oltre i due terzi dei quarantasette paesi membri del Consiglio d'Europa, i quali hanno rafforzato molto loro stessi adottando, nel 1998, la Carta europea sullo statuto dei giudici, che prevede la istituzione di «una istanza indipendente dal potere esecutivo e dal potere legislativo»⁹.

un quadro comparativo, in E. ALBAMONTE e P. FILIPPI (a cura di), *Ordinamento giudiziario: leggi, regolamenti e procedimenti*, Torino, Utet, 2009; e Id., *Esiste un modello europeo di Consiglio della magistratura?* in *Questione Giustizia*, 3, 2009 pp. 151 e ss. Si veda inoltre, F. PALERMO, J. WOELK, *L'indipendenza della Magistratura e le sue garanzie*, in M. CALAMO SPECCHIA, M. CARLI, G. DI PLINIO, R. TONIATTI (a cura di), *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Giappichelli, Torino 2008. Infine, si veda utilmente, anche per un quadro comparato, il pur risalente volume: P. ZANCHETTA (a cura di), *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Milano, F. Angeli, 1987.

⁹ Sul punto, si v. ampiamente e dettagliatamente: M. VOLPI, *I Consigli della magistratura*

Passaggio finale che ha dato definitiva forza a questa rete è stata la costituzione ufficiale, nel 2004, della Rete europea dei Consigli di giustizia, della quale fanno parte le istituzioni nazionali degli Stati membri dell'Unione Europea, indipendenti o autonome dal potere esecutivo e da quello legislativo, che contribuiscono al «funzionamento del potere giudiziario nella sua missione di amministrazione indipendente della giustizia».

La Rete, appunto, ha acquisito nel 2007 la personalità giuridica, dotandosi di un segretariato permanente che ha sede a Bruxelles, ed è stata riconosciuta dall'Unione Europea.

3. *Comparazione e Consigli di giustizia*

Dal punto di vista comparatistico, il primo studioso che ha affrontato, con chiarezza, questo tema, operando pure una distinzione tra un “modello nord-europeo” ed uno “sud-europeo” di Consigli di giustizia, è stato Wim Voermans che, insieme con Pim Albers, ha evidenziato due modelli: quello nord-europeo, proprio dei paesi nordici e dei Paesi Bassi, caratterizzato dal fatto che i Consigli sono titolari di attribuzioni per lo più riguardo all'amministrazione della giustizia e alla gestione delle risorse economiche; e quello sud-europeo, nel quale il focus delle attribuzioni riguarda soprattutto la carriera dei magistrati¹⁰.

Tuttavia, come già all'epoca ebbe a sottolineare opportunamente Mauro Volpi – questa classificazione ha due punti che la rende, per certi aspetti, poco convincente: in primo luogo, considera come consigli di giustizia, chiamati cioè ad un vero e proprio autogoverno interno della magistratura, anche quelli che hanno una natura propriamente di tipo burocratico-amministrativo (come quelli di tipo anglosassone o del nord-Europa), e che hanno, quindi, anche uno stretto legame con la struttura dell'amministrazione della giustizia in capo al potere esecutivo per il tramite del Ministro della giustizia. In secondo luogo, accomuna, senza evidenziare invece le distinzioni pur presenti, tutti gli altri restanti Paesi.

in Europa, in *Cosmopolis. Rivista di Filosofia e Teoria politica*, n. 1, 2009, (che riprende, in parte, il saggio di Id. in E. Albamonte e P. Filippi (a cura di), *Ordinamento giudiziario: leggi, regolamenti e procedimenti*, cit.).

¹⁰ W. WOERMANS, *Councils for the Judiciary in Europe: Trends and Models*, in F. FERNÁNDEZ SEGADO (editor), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Dykinson, Madrid 2003, pp. 2134.

Certo si è che, il processo di sviluppo della rete ha cercato meglio di enucleare un vero e proprio modello europeo di Consiglio, fondato sull'individuazione, al di là delle innegabili diversità, di comuni linee di tendenza.

Questo può iniziarsi ad intravedere se si considerano i seguenti elementi comuni:

(a) L'allargamento delle competenze dei Consigli a seconda che siano previsti un unico corpo o carriere separate tra giudici e pubblici ministeri. In tal senso, la scelta prevalente nei paesi europei rimane la separazione delle carriere.

(b) Il fondamento e la natura giuridica dei Consigli. Infatti, la quasi totalità dei Consigli trova il proprio fondamento direttamente nel testo della Costituzione, sottraendo così la sua istituzione alla discrezionalità della maggioranza parlamentare; anzi, talvolta, le indicazioni costituzionali divengono così precise da definire anche le norme essenziali relative sia alla composizione sia alle competenze del Consiglio.

(c) riguardo alla natura giuridica del Consiglio, vi è ampio accordo sul fatto che si tratta di un organo indipendente rispetto sia al potere esecutivo sia a quello legislativo, nonché sulla sua non appartenenza al potere giudiziario. Taluni, in tal senso, lo intendono come un organo amministrativo *tout court* sebbene le differenze permangano e spesso la dottrina finisca per considerare questo organo, in prospettiva comparata, come in Italia « di rilievo costituzionale ».

(d) Composizione dei Consigli e designazione dei consiglieri. L'esperienza comparata mostra sostanzialmente una composizione mista dei Consigli, con una maggioranza composta da magistrati, eletti nell'ambito della magistratura oppure da colleghi ad hoc; mentre, pochi casi vedono magistrati designati da autorità politiche cioè, per lo più, dal Parlamento (Croazia, Serbia e Spagna).

(e) La designazione dei componenti non magistrati avviene invece di regola da parte di autorità politiche ed in particolare da parte del Parlamento, prevedendo per lo più maggioranze qualificate (2/3 o 3/5); in genere, i membri laici devono essere professori universitari di diritto o avvocati, di solito con una certa anzianità professionale.

(f) Membri di diritto e presidenza del Consiglio. In vari ordinamenti, oltre ad alti magistrati, sono membri di diritto del Consiglio anche personalità politiche, sebbene nella grandissima maggioranza dei casi il

Presidente del Consiglio sia il Presidente della Corte suprema o venga eletto dal Consiglio generalmente tra i suoi membri.

(g) Le competenze attribuite ai Consigli possono essere raggruppate, sostanzialmente, in quattro aree funzionali nomine e carriera dei magistrati, formazione e aggiornamento, professionalità e responsabilità disciplinare, potestà consultiva e normativa che, tramite il riconoscimento di un'effettiva autonomia finanziaria e di un proprio personale, rende nella grande maggioranza dei casi, i Consigli dei soggetti assai rilevanti negli ordinamenti, anche per il tramite, appunto, di pareri, proposte e relazioni periodiche al Governo e al Parlamento.

(j) Infine, le decisioni adottate dal Consiglio, in genere, possono essere impugnate per lo più di fronte al giudice amministrativo, rappresentato dalla suprema autorità giurisdizionale (Consiglio di Stato, Corte suprema amministrativa o Sezione amministrativa della Corte suprema), risultando del tutto eccezionale il doppio grado di giudizio previsto in Italia. Invece, le decisioni in materia disciplinare sono più frequentemente ricorribili di fronte alla suprema magistratura ordinaria.

4. Verso un Consiglio comune europeo?

Su questa base, va detto che lo sviluppo di un'autentica cultura giudiziaria europea appare dunque come uno dei requisiti principali per la creazione di uno spazio giudiziario europeo, obiettivo che emerge innanzitutto dal c.d. programma di Stoccolma, fatto proprio dalla Commissione nel giugno 2009, che ha ribadito l'importanza della formazione giudiziaria nella creazione di una base comune per fornire una formazione europea sistematica a tutti i nuovi giudici e pubblici ministeri nell'ambito del curriculum di formazione.

In tal senso, le comuni linee di tendenza che si sono venute a delineare ritrovano nel fondamento costituzionale e nella natura non meramente amministrativa dei Consigli, nella loro composizione mista, con prevalenza della componente togata, in funzioni, competenze e status simili, una prima base per rafforzare il senso di un modello "europeo" di Consiglio della magistratura e, al tempo stesso, offrono al rinnovamento dell'ordinamento giuridico europeo prospettive rilevanti da sviluppare, specialmente con riferimento alla garanzia dei diritti fondamentali.

Peraltro, proprio in tema di diritti fondamentali le decisioni delle Corti europee da tempo hanno dato vita ad un diretto confronto tra le

giurisdizioni nazionali, rafforzando proprio quelle politiche di cooperazione che fanno leva sul mutuo riconoscimento, che vive, innanzitutto, appunto, di fiducia reciproca tra le magistrature.

Si aggiunga peraltro che, tanto l'articolo 1.3 della Carta europea sullo statuto dei giudici, adottata nel 1998 dal Consiglio d'Europa, quanto il paragrafo 3 della Magna Carta dei giudici europei del 2010, nonché gli articoli 26 e successivi della raccomandazione n. 12 del 2010 del Consiglio d'Europa su «magistrati, indipendenza, efficacia e responsabilità»¹¹, mirano alla creazione di un «organo indipendente, costituito in base alla Legge o alla Costituzione, che punti a garantire l'indipendenza della magistratura e di ciascun magistrato e a promuovere un efficace funzionamento del sistema giudiziario»¹².

In tal senso, proprio quelle disposizioni di indirizzo e di orientamento, finalizzate a «promuovere i rapporti tra magistrature e tra singoli giudici dei vari stati membri al fine di incoraggiare lo sviluppo di una cultura comune della giurisdizione», non fanno altro che favorire e rafforzare, in un cammino lungo e concreto di pratiche comuni, di dialogo diretto fra gli operatori della giustizia, di scambio di informazioni e di azioni «sul campo» realizzate dagli attori stessi del diritto, la necessità che si arrivi quanto prima ad un Consiglio comune europeo della magistratura. D'altronde, ciò è possibile soltanto se i magistrati, e più in generale tutti i soggetti coinvolti nel momento processuale, confidano nella piena effettività delle basilari condizioni per la realizzazione di un giusto processo, oltre che nel corredo di garanzie delle legislazioni processuali nonché di uno status dei magistrati, come soggetti autonomi ed indipendenti.

Pertanto, lungo queste direttrici, ha svolto la sua attività la Rete europea dei Consigli di giustizia, che, pur tra le tante diversità, ha operato per favorire la formazione giuridica dei magistrati - facendo sì che tra il 2005 e il 2017, oltre 9 mila magistrati si siano confrontati tra loro facendo crescere una «judicial europeanization»¹³ -, ha reso possibile una più ampia

¹¹ Si v. Par. n. 12/2010, Raccomandazione CM/ Rec (2010) 12 del Comitato dei Ministri agli stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità in *Federalismi.it* al link: <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=17179>

¹² Per un commento si v. anche I. Patrone, *La Raccomandazione CM/REC (2010) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sui giudici verso un nuovo modello di magistrato in Europa*, in *Europarights.eu*, 2011.

¹³ Si v. amplius S. Benvenuti, *The European Judicial Training Network And Its Role In The Strategy For The Europeanization Of National Judges*, in *International Journal for Court Administration*, 1, 2015.

socializzazione dei temi dell'indipendenza interna della magistratura e del rapporto tra magistratura e media e ha favorito pure il rafforzamento dei limiti temporali o delle scadenze per evitare una durata eccessiva dei procedimenti giudiziari, sebbene alcuni Stati membri abbiano sistemi giudiziari che non dispongono di norme di questo tipo. Ultimo ma non ultimo, la Rete europea dei Consigli ha promosso un migliore accesso alla giustizia per i cittadini più poveri, posto che, in alcuni Stati membri, i cittadini con un reddito inferiore alla soglia di povertà non ricevono nessuna assistenza legale gratuita in determinati tipi di controversie.

Così, lavorando per un più efficace sistema giudiziario, la Rete europea dei Consigli di Giustizia, nel confronto reciproco tra le diverse esperienze dei sistemi giudiziari nazionali, ha cercato di: rafforzare l'efficienza relativa alla durata dei procedimenti, il loro tasso di ricambio e il numero di cause pendenti; promuovere la qualità delle attività riguardo al patrocinio gratuito, alle spese di giudizio, alla formazione e al monitoraggio delle attività dei tribunali, nonché al bilancio e alle risorse umane disponibili; infine, ha cercato di migliorare la percezione delle imprese e dei cittadini per quanto riguarda l'indipendenza della magistratura e le garanzie per i giudici.

Certo, rimane impregiudicato il fatto che la Rete europea dei Consigli di Giustizia, per contribuire al consolidamento dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, nel contesto di un processo di forte accelerazione delle politiche di cooperazione giudiziaria, ha bisogno di promuovere e lavorare insieme anche con le altre reti giudiziarie, come quella nata, nel 2000, su iniziativa del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ossia il Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCEJ) per elaborare pareri da sottoporre al Comitato dei Ministri su questioni di carattere generale relative all'indipendenza, imparzialità e professionalità dei giudici in un percorso verso un modello comune di organizzazione ed amministrazione della giustizia.

Sia come sia, gli ultimi anni di attività fotografano tanto un miglioramento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che la Rete Europea dei Consigli della Giustizia è riuscita a promuovere negli ultimi quindici anni, quanto il rilevante supporto che, per il tramite di una progressiva cultura comune dei diritti, sta emergendo per dare attuazione alla Carta europea dei Diritti fondamentali. Quest'ultima, in particolare, è favorita sempre più anche da un rafforzamento delle procedure di formazione dei giudici che la Rete negli anni è riuscita a valorizzare e dalla concreta messa in attività del valore del mutuo riconoscimento, prodromico alle attività dei singoli.

5. *Annotazioni conclusive*

Il quadro, naturalmente, ancora è in fieri, nel senso che non è stato ancora istituito un Consiglio comune europeo della Giustizia, tale da essere il punto finale e di raccordo di tutta l'attività "classica" di un Consiglio di giustizia nazionale, e tuttavia, pur in presenza ancora di forti differenze ordinamentali tra i Paesi dell'Unione, l'assetto istituzionale europeo sembra inequivocabilmente teso, soprattutto attraverso questo lavoro culturale e di intreccio di esperienze e di scambio di opinioni e valutazioni, verso un modello unitario di "Consiglio superiore della giustizia". D'altronde, se da un lato la giurisprudenza, specialmente con riferimento alla garanzia dei diritti fondamentali, non conosce confini nazionali, ed infatti sempre più le singole decisioni delle Corti nazionali ed europee stanno rafforzando i comuni parametri di analisi e di decisione, dall'altro, proprio le politiche di cooperazione, che fanno leva sul mutuo riconoscimento, e dunque anche sulla necessità di un confronto culturale tra i singoli giudici sul punto, stanno facendo crescere una cultura comune della giurisdizione tale da favorire sempre più e meglio un percorso europeo di riavvicinamento non soltanto legislativo ma anche giurisprudenziale e soprattutto culturale. Non da ultimo perché, come appare sempre più evidente, non tutto lo *jus dicere* passa dalle sentenze.

Abstract

*The present contribution aims to highlight, in the broader theme of the ways and forms to guarantee a stronger and more aware judiciary of its role in the European Union, the role that the European network of Councils for the Judiciary has played to promote in the last fifteen years a common model of justice, trying to point out how is relevant a common culture of judiciary based on the mutual cross-fertilization to realize a common and unique model of a European Council for the Judiciary. Last but not the least because, as appears increasingly evident, not all the *jus dicere* is given by the sentences.*

Andrea Fusaro*

Il notaio esercita attività giurisdizionale?

SOMMARIO: 1. Profilo storico - 2. Il Notariato latino nella tradizione di Civil law - 3. La giustizia preventiva - 4. Le indicazioni della Corte di Giustizia. - 5. La vocazione del Notariato latino alla mediazione.

1. *Profilo storico*

Risulta storicamente fondato l'assunto secondo cui la funzione notarile è rivolta a prevenire il contenzioso¹. Sono nondimeno segnalate anche interazioni dirette con l'attività giurisdizionale sin dall'alto Medioevo²,

* Professore Ordinario di Sistemi Giuridici Comparati, presso l'Università di Genova, Dipartimento di giurisprudenza.

¹ A. PADOA SCHIOPPA, *Notariato e giurisdizione: brevi note storiche*, in V. PIERGIOVANNI (a cura di), *Hinc Publica Fides. Il notaio e l'amministrazione della giustizia*. Atti del convegno internazionale di studi storici, organizzato dal Consiglio notarile di Genova, sotto l'egida del Consiglio nazionale del Notariato, a Genova nei giorni 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p.153: "la funzione stessa del notariato e dei suoi operatori è stata, sin dall'origine rivolta a dare ai rapporti giuridici una forma certa e sicura che di per sé costituisce l'argine più saldo ai rischi inerenti alla litigiosità umana e ai conflitti di interesse potenzialmente presenti in quasi tutti i negozi privati e pubblici. Dunque l'attività del notaio è in larga misura rivolta a evitare il ricorso al giudice, e a circoscrivere il terreno della giurisdizione".

² A. PADOA SCHIOPPA, *Notariato e giurisdizione*, cit., p. 154, riferisce tre esempi. Uno in età longobarda, nel 715 durante il regno di Liutprando, in merito ad una controversia circa la pertinenza di alcune chiese alla diocesi di Siena o Arezzo, risolta attraverso una *inquisitio* nella quale la raccolta delle testimonianze fu affidata da Liutprando al notaio Gunteram. Una seconda attestazione di tale presenza si ha, nel Duecento, con il celebre formulario del bolognese Rolandino, dedicato in gran parte all'attività processuale del notaio: figura che durante tutto il Medioevo fu protagonista delle verbalizzazioni giudiziarie. Terzo esempio, più recente, è rappresentato dalla proposta di affidare al notaio il controllo sulla regolarità dell'atto costitutivo societario, formulata nel 1875 e respinta nel 1880. Al riguardo si segnalano anche G. COSTAMAGNA, *L'Alto Medioevo*, in M. AMELLOTTI, *Alle origini del Notariato italiano*, Roma, CNN, 1975, pp. 176 ss.; I. SOFFIETTI, *L'esecutività dell'atto notarile. Esperienze*, in V. PIERGIOVANNI (a cura di), *Hinc Publica Fides. Il notaio*

quando nei tribunali, accanto ai giudici propriamente detti, le fonti riferiscono la presenza di *scriptores*, qualificati talora come *notarii* e deputati alla redazione degli *acta* processuali, i quali assumevano anche funzioni di istruzione e definizione della vertenza³. Attraverso i secoli, la presenza dei *notarii* nell'apparato giurisdizionale si sarebbe confermata e consolidata, realizzandosi contiguità con la figura del giudice; entrambe le funzioni sarebbero venute a coincidere in capo alle stesse persone intorno al X secolo, con l'emergere del «*notarius et iudex*» che da tale doppia qualifica traeva forza per attribuire maggiore credibilità alle sue scritture⁴. Quale esito di tale traiettoria si assiste all'istituzionalizzazione del «*notarius actorum*» come «funzionario pubblico investito di delicate funzioni sia in ambito più specificatamente processuale in relazione a particolari attività e fasi del procedimento, sia nella custodia e conservazione dei risultati di tali attività sotto forma di singoli scritti»⁵.

Un contributo decisivo sarebbe stato fornito nel Duecento dalla Chiesa con il Concilio Lateranense IV, quando il notaio fu qualificato «pubblica persona» deputata alla redazione di una serie di «*iudicii acta*» rivolti alla definizione della controversia. La contiguità del notaio di tribunale con quella del giudice risulterebbe avvalorata anche dalla dottrina di diritto comune che dal XIII secolo assimila frequentemente la figura del notaio a quella dello «*iudex ordinarius*» o «*iudex chartularius*» e inquadra anche alcuni aspetti della certificazione della volontà negoziale dei privati nell'ambito dell'esercizio di una forma di «*iurisdictio inter volentes*»⁶. Interventi di

e l'amministrazione della giustizia, cit., pp. 163 ss.; L. SINISI, *Judicis oculus. Il notaio di tribunale nella dottrina e nella prassi di diritto comune*, in V. PIERGIOVANNI (a cura di), *Hinc Publica Fides. Il notaio e l'amministrazione della giustizia*, cit., pp.217 ss.

³ L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, in *La modernità degli studi storici: principi e valori del Notariato*. Atti del Convegno di Genova 16 maggio 2014, *Quaderni della Fondazione del Notariato*, n. 2/2014, Il Sole 24 ore, 2014, pp.102-115, reperibile sul sito della Fondazione italiana del Notariato.

⁴ L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, cit., p. 103, attesta che «L'ulteriore incremento di tale credibilità, ben espresso dalla specificazione dell'origine (il «Sacro Palazzo») delle prerogative professionali che tende ad accompagnare quasi sempre le due qualifiche nella documentazione del secolo successivo, avrà come punto di arrivo l'acquisizione della «*publica fides*» autonoma effetto ed espressione di un cambiamento epocale, quale il rinascimento giuridico bassomedievale, che vede fra l'altro l'affermazione di nuove e più evolute forme processuali destinate ad esaltare ancora di più il ruolo della scrittura».

⁵ L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, cit.

⁶ L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, cit., il quale espone che «Punto di partenza della riflessione dottrinale sulle figure di questi giudici assimilati ai notai è prevalentemente un brano del quinto libro dei Digesta, come dimostra l'intervento di un esponente di spicco dell'ultima fase della scuola della glossa che definisce

tale tenore si sarebbero intensificati intorno al quindicesimo secolo, evidenziando uno stretto legame fra i poteri giurisdizionali riconosciuti e l'attribuzione all'atto notarile di un'esecutività pari a quella della sentenza in caso di inadempimento dell'obbligazione⁷. Le funzioni del *notarius actorum* nell'ambito dell'apparato giurisdizionale fra la fine del Medioevo e gli inizi dell'età moderna non si sarebbero limitate alla mera verbalizzazione delle attività processuali, ma si sarebbero estese ad altre volte a dirigere l'andamento vero e proprio del giudizio. Con l'ingresso nell'età moderna si segnala la tendenza a distinguere i due volti del Notariato, libera professione per i privati e pubblico impiego nelle cancellerie dei tribunali, che poi sfoceranno nell'emersione di due differenti figure professionali⁸.

Tale commistione sarebbe cessata con la legge notarile francese del 25 ventoso anno XI⁹, che introdusse l'incompatibilità con le funzioni di giudice. Alla sua recezione gli storici collegano il recupero della concezione del notaio come «*juge volontaire, dont la présence et la signature impriment aux actes passés devant lui, le caractère, la force et les effets d'un jugement en dernier ressort*»¹⁰. La prima legge italiana sull'Ordinamento giudiziario - risalente

gli "iudices cartularii" come quei magistrati aventi "dignitatem sine administratione", identificabili in coloro che «*quando venit imperator in Italia currunt infiniti et vadunt ad imperatorem et procurant ita quod faciunt eos iudices ordinarios quid habent isti ut possit emancipari et manumitti coram eis; et dicuntur cartularii quia eorum iurisditio pendet ex carta bullata*» (ODOFREDUS, *Matura diligentissime que repetita interpretatio in undecim primos pandectarum libros*, Lugduni, s.t., 1550, ad D. 5.1.1, c. 200v). Doverosa la citazione di A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 139 ss.

⁷ A. CAMPITELLI, *Precetto di guarentigia e formule di esecuzione parata nei documenti italiani del secolo XIII*, Milano, Giuffrè, 1970; I. SOFFIETTI, *L'esecutività dell'atto notarile. Esperienze*, in AA.VV., *Hinc publica fides*, cit., pp. 163-183.

⁸ R. SAVELLI, *Notai e cancellieri a Genova tra politica ed amministrazione*, in V. PIERGIOVANNI (a cura di) *Tra Siviglia e Genova: notaio, documento e commercio nell'Età Colombiana*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 481, circa la «doppia anima» caratteristica dei notai genovesi, che continuarono fino alla fine del diciottesimo secolo a svolgere le due attività «quella professionale privata come rogatari di *instrumenta* e quella pubblico-amministrativa, di notai ad acta titolari di una *scribania*».

⁹ L. SINISI, *Sviluppo ed evoluzione ottocentesca degli ordinamenti notarili italiani sino all'Unità*, in *Riv. st. dir. it.*, LXXXV, 2012, pp. 45 ss. ha dato conto dell'influenza della legge notarile francese del 1803 nel contesto italiano nel corso del ventesimo secolo.

¹⁰ Sono parole del Consigliere di stato PIERRE FRANÇOIS DE RÉAL, *Motifs de la loi du 25 Ventose an XI*, in A. GUICHARD, *Supplément au code et guide des notaires publics*, Paris, Garnery, 1803, p. 31. In altra opera dell'epoca si leggeva che «*les notaires exercent une espece de juridiction volontaire à l'occasion des actes qu'ils passent: en effet ils sont les régulateurs des engagements que les parties veulent contracter, et ils exercent une sorte de magistrature. Cependant ils n'ont point, comme les juges le droit d'appeller les parties, vocatio, ni de venger les*

al 1865 - disciplinava «cancelliere», con l'attribuzione delle principali funzioni conservate sino ai giorni nostri, mentre quella del notaio veniva evocata solo come suo eccezionale supplente, oppure - nei piccoli centri - di Conciliatore, salva la competenza relativa a speciali atti di giurisdizione per delega dell'autorità giudiziaria, quale la vendita «ai pubblici incanti» di beni pignorati (artt. 627 c.p.c. e ss.), la rimozione dei sigilli, la redazione di inventari (artt. 866 c.p.c. e ss.), le operazioni relative alle divisioni giudiziali (artt. 887 c.p.c. ss.) e altri atti di giurisdizione volontaria.

2. Il Notariato latino nella tradizione di Civil law

Negli ordinamenti in cui è presente, il notaio latino «svolge una funzione pubblica strettamente connessa alla speciale efficacia probatoria ed esecutiva degli atti dallo stesso redatti»¹¹, che tradizionalmente è ritenuta rispecchiarsi

*injuries qui leur seraient faites pendant l'exercice de leurs fonctions, coercitio, ni de juger les faits sur lesquels les parties veulent asseoir leurs conventions, qu'ils pourraient au surplus refuser de recevoir, s'il en résultait quelque disposition contraire aux lois ou aux moeurs»: Dictionnaire du Notariat par les notaires et juristes rédacteurs du Journal des notaires et des avocats, Paris, Administration du Journal, 1832, t. IV, v. Jurisdiction, n. 4, p. 484, citato da L. SINISI, *Il notaio e la sua presenza nell'apparato giurisdizionale: profili storici*, cit., p.112 . Sulla presenza in alcuni ordinamenti di Antico regime, quale indice del carattere pubblico della funzione notarile, di specifiche tariffe obbligatorie per la remunerazione del notaio - sia per la redazione degli atti privati che per la stesura degli atti processuali in veste di 'attuario' - assenti invece nel modello francese della legislazione del Ventoso, si segnala M.B. CAROSI, *Compensi professionali e tariffari*, in *La modernità degli studi storici: principi e valori del Notariato*, Atti del Convegno, Genova 16 Maggio 2014, *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, n.2/2014, pp. 84-95, reperibile all'indirizzo <http://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=45&mn=3>. La specificità dei compiti svolti storicamente dai notai - chiamati a dare corpo alla volontà delle parti, garantendone al contempo la compatibilità con le prescrizioni inderogabili di legge - ed in particolare l'intensificarsi di questo ruolo di 'adeguamento' e controllo di legalità in seguito all'emanazione del nuovo corpus normativo rappresentato dalla Codificazione napoleonica, è sottolineato, con particolare riferimento alla prassi in materia successoria, da M.B. CAROSI, *L'autonomia del testatore e i suoi limiti nelle riforme dell'età napoleonica*, in *Nolens intestatus decedere. In margine alla «crisi» del testamento*, Atti del Convegno, Genova 27 maggio 2016, pubblicati in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, n.1/2016, pp.192-203, reperibile alla pagina <http://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=53&mn=3>.*

¹¹ A. BARONE E P. PICCOLI, *I notai*, in L. NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, Giappichelli, 2006, p.279.

nell'espressione «tanto più notaio, tanto meno giudice»¹².

Il Notariato latino è usualmente descritto ripilogando le peculiarità che lo connotano e lo distinguono dalle figure omonime presenti nel Common law: «I notai sono presenti sia negli ordinamenti di *civil law* sia in quelli di *common law*, ma i loro rispettivi ruoli sono diversi...» All'interno dei primi il notaio è un professionista competente e qualificato, specializzato nella redazione dei documenti legali e negli adempimenti conseguenti. In altri paesi è un dipendente pubblico deputato alla formalizzazione di atti considerati dall'ordinamento come più rilevanti (quali trasferimenti immobiliari ed atti costitutivi di ipoteca), nonché certificazioni amministrative. I notai latini sono conosciuti soltanto nei sistemi di *civil law*: essi sono in pari tempo liberi professionisti - ancorché iscritti in albi - nonché pubblici ufficiali, nominati dallo Stato attraverso una selezione pubblica effettuata tra laureati. Essi sono tenuti all'obbligo di imparzialità nei confronti delle parti e devono essere considerati quali consulenti legali per l'ambito non contenzioso nei settori della proprietà immobiliare (in ordine ai trasferimenti), diritto di famiglia, successioni e società.

A conferma dell'importanza del ruolo notarile in ambito non contenzioso, si segnalano i recenti interventi normativi che in Spagna hanno attribuito ai notai quarantatré nuove competenze, specialmente in materia di volontaria giurisdizione nelle sue connessioni con i diritti reali e delle obbligazioni, del diritto successorio e di famiglia (inclusa la celebrazione dei matrimoni e, in specifici casi, il divorzio¹³).

Occorre sottolineare come il ruolo non si limiti ad aspetti 'formali' e come costoro non possano disinteressarsi del merito dei rapporti, dovendo anzi essere garanti di tutti gli aspetti della transazione. Attraverso la stesura dei contratti loro affidati, essi svolgono un ruolo di "gatekeepers"¹⁴, ossia

¹² Si tratta delle celebri parole pronunciate da Francesco Carnelutti in occasione di un convegno madrileno nel 1950 per sottolineare la funzione antiprocessuale del notaio, (F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del Notaro*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1950, pp. 921 ss.). Altri passi della allocuzione sono citati nel volume di M. SANTORO, *Il notariato nell'Italia contemporanea*, Milano, Giuffrè, collana del CNN, 2004, pp. 25 e ss.

¹³ In particolare la l. 5 luglio 2015 n. 15, con approfondimenti e commenti reperibili sulla rivista www.elnotario.es.

¹⁴ Sull'utilizzo di questo termine nella letteratura gius-economica d'Oltreoceano e sulla sua applicabilità al notariato latino, nonché per una comparazione sulla differente attitudine preventiva degli ordinamenti di *Civil-law* e di *Common-law*, cfr. M.B. CAROSI, *Le notaire latin est-il un gatekeeper? Quelques réflexions comparatives sur le rôle du notariat*, in *Revue internationale de droit comparé (RIDC)*, n. 4-2016, pp.999-1015; M.B. CAROSI, *La strategia di "gatekeeping" fra controllo preventivo di legalità e certezza giuridico-economica: modelli a*

di controllori e guardiani, garantendo non soltanto l'autenticità delle sottoscrizioni, ma altresì l'affidabilità dei documenti, la sicurezza delle transazioni effettuate e la loro legalità; e questo proprio grazie al ruolo di terzo imparziale che deriva loro dalla funzione di fiduciario pubblico esercitata.

Per queste ragioni ai notai latini, e al prodotto della loro attività, è riconosciuta istituzionalmente una valenza pubblica. A differenza di quanto accade nei sistemi di Common law - dove rimane fondamentale il libero apprezzamento della testimonianza resa davanti alla Corte - negli ordinamenti di Civil law gli atti sono mezzi di prova qualificati. In considerazione del fatto che ai notai latini è delegato l'esercizio di alcune funzioni-poteri statali, i loro atti sono rivestiti di particolare valore, costituendo un mezzo probatorio vincolante, ed essi sono autorizzati ad attribuire forza esecutiva ai loro atti i quali hanno il carattere di "titolo esecutivo" alla pari di un provvedimento giudiziario; laddove consentito, essi sono inoltre suscettibili di deposito presso Pubblici Registri. In considerazione di queste caratteristiche, i notai latini giocano un ruolo senza dubbio differente rispetto a quello delle altre professioni legali¹⁵.

confronto. Parte prima, in *Vita Notarile*, pp. 43-70, 2011; Parte seconda, in *Vita Notarile*, pp. 707-722, 2011.

¹⁵ Guidance on the Risk-based Approach (RBA) to Combating Money Laundering and Terrorist Financing for Legal Professionals, adottata dal GAFI - Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (FATF - Financial Action Task Force): "For purposes of this Guidance, legal professionals include both lawyers and notaries. Both civil and common law countries have notaries, but the roles of civil and common law notaries differ. In some common law countries, the common law notary public is a qualified, experienced practitioner, trained in the drafting and execution of legal documents. In other common law countries, the notary public is a public servant appointed by a governmental body to witness the signing of important documents (such as deeds and mortgages) and administer oaths. Known only in civil law jurisdictions, civil law notaries are both members of an autonomous legal profession – although regulated by the law – and qualified public officials, as they are appointed by the State through a selective public contest among law graduates. Civil law notaries, who are bound by an obligation of impartiality with respect to both parties, must be regarded, in matters of real property (conveyancing), family law, inheritance and corporate legal services as practising non-contentious activities. They act as gatekeepers by drafting, ensuring the legality and certainty of the instruments and the authenticity of signatures presented to them; providing as well a public fiduciary function by performing the role of a trusted third party. Civil law notaries are obliged by law not to detach themselves from the core of the relationship, therefore making them responsible for all aspects of the deed. For this reason, civil law notaries are assigned functions of a public nature as part of their legal assignments. In civil law jurisdictions, notarial written documents are particular means of evidence, unlike in the common law systems, which are based on the free evidence of witnesses in court: special supreme State powers are devolved

Al notaio latino si addice l'esercizio della consulenza legale, il ruolo di guardiano della legalità (*gate-keeper*), la funzione anti-processuale. All'opposto, il *Public Notary* si limita a verificare l'autenticità della sottoscrizione, basandosi su un documento di identità. Questa seconda figura è espressione dell'individualismo, secondo cui ciascuno provvede alla tutela dei propri interessi, mentre l'intervento pubblico nelle attività private è minimo, cosicché i cittadini vi possono fare scarso affidamento; su tale sfondo i rapporti contrattuali sono percepiti come partite giocate da ciascuna parte con l'ausilio dei suoi professionisti. La consulenza è prestata dagli avvocati, che si inseriscono bene in tale ambito avversariale, di contrapposizione, laddove la stessa condotta precontrattuale è assai diversamente concepita, non facendosi carico a ciascuna parte di comunicare all'altra tutto quanto è a sua conoscenza, ma soltanto ciò che gli venga richiesto. La visione antagonista anziché cooperativa dei rapporti si coglie bene nelle compravendite, che vedono coinvolti non solo un legale per parte, ma spesso pure altrettanti agenti immobiliari. La stessa organizzazione della pubblicità è assai diversa, dal momento che l'inserimento dei titoli avviene su base volontaria, cosicché il registro non possiede la medesima attitudine a tutelare la pubblica fede. Similmente, i dati presenti nel registro delle società non hanno valenza oggettiva, ma devono essere supportati da un parere legale.

Piuttosto che sulla prevenzione si conta sulla cura, somministrata dalle Corti. L'Inghilterra ne ha elaborato una concezione oracolare e l'America l'ha importata: il giudice è raffigurato come colui che "mette a posto le cose dopo che sono successe". Corre una notevole differenza rispetto alla visione di civil law per cui il "dopo" non è la stessa cosa del "prima", non riponendosi altrettanta fiducia nel processo di aggiudicazione giudiziario¹⁶.

È cruciale la debole efficacia probatoria degli atti notarili in Inghilterra, dove non è superata la posizione¹⁷ secondo cui il rogito non è accettato dalle Corti come testimonianza dei fatti riportati nel documento, i quali

to civil law notaries and they can therefore assign "*public authority*" to each deed they perform. There by the civil law notary's deed has a special effectiveness in a trial, whereby it is a means of peremptory binding evidence; furthermore, it is as judicially enforceable as a judgement; if it complies with the law, it can be registered on a public registry. Owing to these characteristics, civil law notaries play a different role in comparison to the services provided by other legal professionals. This Guidance does not cover those common law notaries who perform merely administrative acts such as witnessing or authenticating documents, as these acts are not specified activities".

¹⁶ U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino, Giappichelli, 2004.

¹⁷ Espressa da Lord Tenterden nel 1830 (R.c. *Scriveners' Company* (1830)10 B. e C. 511 e 518-9).

rimangono dunque da provare secondo i criteri ordinari. A ulteriore riprova della distanza tra i regimi caratteristici rispettivamente degli ordinamenti di Common Law e di quelli del Civil Law, vale poi considerare come nei primi anche le parti (e l'accusato) possano testimoniare (sotto giuramento) interrogati non già dal giudice, ma dalle controparti; e anche il fatto che i consulenti unilateralmente indicati siano considerati quali testimoni¹⁸. Il diverso ruolo rivestito dal Notariato risulta, pertanto, il riverbero della mentalità inglese, che ritiene quella orale la prova per eccellenza: si tratta di un corollario dell'originaria centralità delle giurie anche nel processo civile e del diverso ruolo del magistrato, coerente con l'assetto non già inquisitorio ma avversariale, all'interno del quale compete alle parti la ricerca e l'esibizione delle prove, e la confutazione di quelle altrui¹⁹.

Non stupisce, allora, apprendere che la principale funzione del *Public Notary* in Inghilterra si esaurisce nella preparazione e autenticazione di documenti legali destinati alla produzione all'estero²⁰ e che il notaio inglese - a differenza di quello continentale - non sia "partecipante" alla redazione dell'atto, ma soltanto dedito all'autenticazione delle sottoscrizioni.

Le mansioni assolute dai notai nei sistemi di Civil law, in Inghilterra sono appannaggio essenzialmente dei Solicitors, gli avvocati deputati alla predisposizione dei documenti da produrre nei processi e alla redazione

¹⁸ A. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1971, p. 99; per una sintesi F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico - 1 - Inglese / Italiano*, Giuffrè, 1984, p.86.

¹⁹ Si rinvia a J.I.H. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, Londra, Steven & Sons, 1987, tradotto da E. SILVESTRI E M. TARUFFO, *La giustizia civile in Inghilterra*, Il Mulino, 1995; nonché L. MOCCIA, *Il processo civile inglese*, Maggioli Edit., 1991.

²⁰ In particolare le procure. Essi utilizzano le loro conoscenze linguistiche per tradurre documenti stranieri in inglese certificandone l'accuratezza; ancora possono ricevere dichiarazioni giurate; infine si occupano del protesto delle cambiali estere (P.G. STEIN, C.W. BROOKS, R.H. HELMHOLZ, *Notai in Inghilterra prima e dopo le Riforme*, in AA.VV., *Notai in Inghilterra dopo la riforma*, Giuffrè, 1991, pp. 378 ss.). I notai in Inghilterra - nominati da un organismo chiamato "*Court of Faculties*" presieduto dall'arcivescovo di Canterbury - sono circa millecento, di cui venticinque soltanto abilitati a esercitare a Londra, i cosiddetti "notai- scrivani" che, a differenza di tutti gli altri, non sono anche solicitors. La preparazione tende a coincidere, quindi, con quella da solicitor - tirocinio ed esame finale pratico - per tutti (notai generici, distrettuali, ecclesiastici), salvo per i notai- scrivani i quali devono sostenere un esame teorico, comprensivo di una prova di diritto romano (unico caso in Inghilterra, essendo stato abolito dall'esame per barrister), e della verifica della padronanza di due lingue straniere. La complessa articolazione delle materie d'esame (A. IOLI, *Il notariato in Inghilterra e Irlanda*, in *Tavole dei notariati d'Europa*, cit., pp. 58 ss.), insieme con queste conoscenze linguistiche, hanno reso i notai scrivani specialisti di alcuni traffici transnazionali - specie nel campo marittimo (trasferimento e registrazione di navi) -, nonché consulenti degli investimenti esteri degli inglesi.

di contratti, come tali distinti dai Barristers²¹. Ai Solicitors²² compete la cura degli atti di trasferimento immobiliare (“conveyancing”), inclusiva dell’espletamento delle prestazioni di consulenza giuridica e burocratica (compresa l’ispezione del titolo, paragonabile alle nostre visure ipotecarie) che assolve il notaio continentale. A differenza di questo, tuttavia, il Solicitor non si colloca in posizione d’imparzialità; egli è incaricato di tutelare gli interessi non già di entrambe le parti, ma solo del suo cliente, acquirente o venditore che sia, cosicché l’altro ha spesso cura di designarne uno diverso di propria fiducia²³.

Tale distanza tra i due ruoli risulta accentuata a seguito dell’affiancamento ai Solicitors di banche e società edili, ad opera della Riforma del 1990. Questa evoluzione del resto si è già registrata in USA ove - in molti Stati - tali compiti sono assolti da apposite società le quali rilasciano all’acquirente una polizza assicurativa contro i rischi inerenti il titolo di proprietà; ancora più marginale è colà la posizione del notaio - mero certificatore dell’autenticità di sottoscrizioni e dichiarazioni giurate - che può essere “anche un barman, purché meriti la pubblica fede”²⁴.

3. *La giustizia preventiva*

È ripetuto che il sistema di Notariato latino, al di là delle differenze nazionali, è caratterizzato da una serie di elementi comuni²⁵, tra cui: la delega da parte dello Stato affinché sia assicurato il servizio pubblico dell’autenticazione delle convenzioni e della prova; l’atteggiarsi quale attività indipendente esercitata nel quadro di una carica pubblica, sotto forma di libera professione, ma soggetta al controllo dello Stato circa l’osservanza delle prescrizioni dell’atto notarile; l’accesso alla professione o all’organizzazione della medesima; funzioni preventive rispetto a quella del giudice, con riduzione dei rischi di controversie; ruolo di consulenza imparziale²⁶.

²¹ Distanza che tuttavia la Riforma del 1990 ha contribuito a ridurre parecchio.

²² Nonché alle società edili e alle banche, a seguito del “*Courts and Legal Services Act*” del 1990.

²³ Più diffusamente M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Giuffrè, 1992, pp. 92 ss.

²⁴ G. GORLA, *Il contratto*, vol. I, Giuffrè, 1955, p.446.

²⁵ Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 gennaio 1994 sulla situazione e sull’organizzazione della professione notarile degli allora dodici Stati della Comunità (G.U.C.E. 14 febbraio 1994)

²⁶ Risoluzione del Parlamento europeo, gennaio 1994, cit..

Il ruolo principale del notaio consiste nella formazione di documenti dotati di pubblica fede, che fanno piena prova di quanto ivi attestato, sino a che non siano smentiti da un procedimento apposito (da noi la querela di falso). Gli atti notarili rivestono efficacia probatoria privilegiata, cosicché i crediti ivi attestati sono suscettibili di esecuzione senza la mediazione di un accertamento giudiziale. La valenza di giustizia preventiva è, pertanto, colta sia nella vincolatività tra le parti dell'accordo vestito di forma notarile, sia nell'attitudine a fondare l'esecuzione forzata²⁷.

La legge impone al notaio di raccogliere le dichiarazioni dei componenti - accertandone le capacità di intendere e volere - e redigere conseguentemente gli atti, adeguando alla legge la volontà manifestatagli. Egli deve svolgere personalmente tali attività, come pure deve assistere alla sottoscrizione dei documenti da lui formati - di cui deve dare lettura -, o di cui egli autentica le sottoscrizioni. Nei confronti della sua parola, o meglio del suo scritto, gioca una presunzione di conformità al vero; del resto, la sua attestazione falsa è punita con una severità di gran lunga superiore a quella ordinaria: qualora condannato, perderà la propria funzione.

I doveri di consulenza e imparzialità sono custoditi dalla Legge Notarile e dalla deontologia, prima ancora che dalle norme civili e penali. Le prescrizioni in tema di assistenza personale all'atto, di indagine della volontà delle parti, di chiarificazione dei profili giuridici, persino di allestimento di una struttura di studio adeguata e di limiti all'apertura di studi ulteriori, sono tutti rivolti ad assicurare la qualità del prodotto finale, a garantirlo all'altezza del suo rilievo probatorio.

Tutto il sistema è rivolto a proteggere questa funzione che produce atti certi non solo quanto alla paternità, ma anche con riguardo alla consapevolezza del contenuto e della loro efficacia da parte dell'autore (non a caso le regole deontologiche italiane²⁸ prescrivono sia il controllo di legalità, sia la lettura anche delle scritture private autenticate). Il quadro tracciato evidenzia le ragioni che sconsigliano l'affidamento del potere di autenticazione a soggetti privati e il nesso dell'autenticazione con il controllo di legalità.

Gli esponenti del Notariato latino, titolari di un ufficio pubblico,

²⁷ BVerfG, 5.5.1964 - 1 BvL 8/62 NJW 1964, 1516, BVerfGE 17, 371, 376 ss.; BVerfG, 18.6.1986 - 1 BvR 787/80, BVerfGE 73, 280, 294, DNotZ 1987, 121, NJW 1987, 887. Secondo BVerfGE 17, 371, 379: "lo Stato dovrebbe assolvere direttamente il potere di autenticazione non trasferito ai notai".

²⁸ Principi di Deontologia Professionale dei Notai, Testo aggiornato, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato.

²⁹ on deliberazione n. 2/56 del 5 aprile 2008, in G.U. n. 177 del 30 luglio 2008.

realizzano un controllo preventivo nell'interesse generale²⁹, dando corpo a un sistema di giustizia complementare rispetto a quella contenziosa, amministrata dalle Corti³⁰. L'atto pubblico e la giustizia preventiva³¹ caratterizzano i sistemi di Civil law, per opposizione a quelli anglo-americani e scandinavi, dove lo Stato è coinvolto esclusivamente nella decisione delle controversie giudiziarie³². Gli atti autentici sono «perfezionati con l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'indipendenza e all'imparzialità, il quale deve garantire, fornendo un'informazione giuridica completa, che il consumatore concluda il contratto soltanto sulla base di una decisione ponderata e con conoscenza della sua rilevanza giuridica»³³. In virtù delle sue caratteristiche, l'atto autentico garantisce la trasparenza delle transazioni assicurando certezza del diritto sia per le imprese sia per i cittadini, tutelando i consumatori, prevenendo le controversie ed evitando il sovraccarico dei tribunali³⁴.

Il Parlamento Europeo³⁵ ha sottolineato che i notai di diritto civile «sono nominati dagli Stati membri quali pubblici ufficiali il cui compito include la redazione di documenti ufficiali di valore speciale a fini probatori e di immediata esecuzione»; essi «svolgono lavoro di ampia investigazione e esame a nome dello Stato in questioni legate alla protezione legale non giurisdizionale, particolarmente in relazione con il diritto societario - in base al diritto comunitario in alcuni casi - e una parte del loro lavoro è soggetta al controllo disciplinare dello Stato membro competente, comparabile a quello che si applica ai giudici e ai funzionari pubblici»; «la delega parziale dell'autorità dello Stato è un elemento originale inerente all'esercizio della professione di notariato di diritto civile»³⁶.

²⁹ Nominata “preventive justice”, o “jurisdiction voluntaria”.

³⁰ *Etude comparative sur les actes authentiques - Dispositions nationales de droit privé, circulation, reconnaissance mutuelle et exécution, initiative législative éventuelle de l'Union européenne (Royaume-Uni, France, Allemagne, Pologne, Roumanie, Suède)*, Direction General Politiques Internes de L'Union, Département Thématique C, Droits des Citoyens et Affaires Constitutionnelles, Affaires Juridiques, Novembre 2008.

³¹ Quali “preventive justice”, “justice préventive”, “vorsorgende Rechtspflege” “jurysdykcja prewencyjna”, “justiție preventivă”.

³² Tradotta come: “contentious jurisdiction”; *jurisdiction contentieuse*; *streitige Gerichtsbarkeit*; *rozstrzyganie sporu*; *jurisdicție contencioasă*.

³³ *Etude comparative sur les actes authentiques*, cit.

³⁴ Direttiva 2011/83/CE del 25 ottobre 2011 relativa ai diritti dei consumatori.

³⁵ Risoluzione del 23/3/2006 dell'Europarlamento su professioni legali e interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici.

³⁶ La diversità dei sistemi giuridici nel campo degli atti autentici si può ricavare dalla analisi comparativa avviata dal Parlamento europeo nel corso del 2008, affidata ad un gruppo di lavoro costituito dal Consiglio dei Notariati dell'Unione Europea (CNUE), e

La dottrina che paragona il procedimento notarile al processo e l'atto alla sentenza coglie punti di contatto tra l'attività del notaio e quella del giudice, richiamando il ruolo sotto il profilo della terzietà e della garanzia del sistema. Questa impostazione ne rafforza la specificità nell'ambito delle libere professioni, la quale legittima la diversità di regole in ragione delle rispettive funzioni che, com'è stato segnalato³⁷, corrisponde anche all'orientamento emerso in sede di giurisprudenza comunitaria³⁸, ove talora la procedura notarile è parificata a quella giudiziale.

4. *Le indicazioni della Corte di Giustizia*

Da quanto sin qui esaminato risulta l'importanza di intendersi su entrambi i termini: l'identità del Notariato chiamato in gioco e la nozione di attività giurisdizionale.

In ordine alla qualificazione dell'attività, è degna di particolare attenzione la sentenza Unibank³⁹, originata dall'interpretazione dell'articolo 50 della Convenzione del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nella quale la Corte ha dichiarato che affinché un atto sia qualificato come «autentico», ai sensi dell'articolo 50 della citata Convenzione, è necessario l'intervento di un'autorità pubblica o di qualsiasi altra autorità legittimata dallo Stato d'origine». I regolamenti n. 44/2001 e n. 805/2004 vertono sul riconoscimento e sull'esecuzione di atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro e non incidono pertanto sull'interpretazione dell'articolo 51, primo comma, TFUE⁴⁰.

che ha portato alla pubblicazione di uno studio comparato sugli atti autentici, pubblicato nel dicembre 2008 (http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/juri_oj_2008_1202_forum_pe408329_/JURI_OJ_2008_1202_forum_pe408329_fr.pdf).

³⁷ M. CASTELLANETA, *Sulle competenze dei notai l'imprimatur della Corte di giustizia*, in *Guida dir.*, 10. 4. 2017.

³⁸ C. Giust. C.E., sez. V, 17.5.99 nel proc. n.C-260/97.

³⁹ Del 17 giugno 1999, Unibank (C 260/97, EU: C: 1999:312). In tema si segnalano le riflessioni di A. BARONE, *L'attività notarile nel quadro della disciplina comunitaria delle professioni*, in *Notariato*, 2007, pp. 405 ss.

⁴⁰ In tal senso, la sentenza del 24 maggio 2011, Commissione/Belgio, C 47/08, EU: C: 2011:334, punto 120. Lo stesso vale per quanto concerne il Regolamento (UE) n. 1215/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia

La Corte di Giustizia⁴¹ ha riconosciuto nel notaio la caratteristica di depositario della fede pubblica, pur precisando che il perseguimento dell'«obiettivo di interesse generale, ossia garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati non è sufficiente, di per sé, a far considerare un'attività determinata come partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri, specie ove l'attività sia svolta in condizioni di concorrenza»⁴²; ha, inoltre, riconosciuto che tale attività è soggetta a una specifica e peculiare regolamentazione⁴³. In altra occasione la Corte ha dichiarato che la libertà di stabilimento, sancita dall'articolo 49 TFUE, è applicabile alla professione di notaio⁴⁴, sulla scorta dell'orientamento consolidato secondo cui una prestazione di servizi retribuita dev'essere considerata quale attività economica⁴⁵.

Secondo un recente verdetto pronunciato contro l'Ungheria⁴⁶ «Neppure l'efficacia esecutiva dell'atto autentico trasferisce in capo al notaio poteri che comportano una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri. Infatti, se è vero che l'apposizione da parte del notaio della formula

civile e commerciale (GU 2012, L 351, pag. 1), che è succeduto al regolamento n. 44/2001.

⁴¹ Nelle sentenze in cui ha sottolineato che l'accesso al Notariato prescinde dalla nazionalità dell'aspirante, ma ciascun Paese regola la professione con norme interne, C-47/08, cit., C-50/08, C-52/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 del 24 maggio 2011.

⁴² Punto 96 della sentenza del 24 maggio 2011, Commissione/Belgio, C 47/08, cit..

⁴³ Con la sentenza del 9 marzo 2017 nella causa C-342/15, Píringer, la Corte di Giustizia ha riconosciuto alle legislazioni nazionali la facoltà, ex art. 56 TFUE, di riservare in modo esclusivo ai notai attività quali l'autenticazione delle sottoscrizioni negli atti di costituzione o di trasferimento di diritti reali immobiliari. La Corte ha riconosciuto la necessità che tali professioni siano assoggettate a «particolare controllo» da parte dello Stato membro.

⁴⁴ Sentenza del 10 settembre 2015, Commissione/Lettonia, C 151/14, EU: C: 2015:577, punto 48.

⁴⁵ «*Purché le attività esercitate siano reali ed effettive e non tali da presentarsi come puramente marginali e accessorie*»: sentenza del 20 novembre 2001, Jany e a., C 268/99, EU: C: 2001:616, punto 33. Nella specie, la Corte si era pronunciata a margine del trasferimento di alcune signore provenienti da Paesi dell'est Europa ad Amsterdam per svolgervi il mestiere di «prostitute in vetrina». Poiché presentavano regolare dichiarazione dei redditi, avevano inoltrato domanda di permesso di soggiorno «per esercitare la prostituzione come lavoratrici autonome, per «motivi imperativi di ordine umanitario» «Il segretario di Stato aveva respinto le richieste sull'assunto che quell'attività era vietata o, comunque, non costituiva «forma socialmente accettata» di lavoro, dunque non poteva essere considerata quale libera professione. Nello stesso senso la più recente sentenza C-392/2015 del primo febbraio 2017, resa in merito a vicenda di tutt'altro genere, relativa al requisito della cittadinanza per svolgere l'attività notarile in un Paese membro diverso da quello di origine.

⁴⁶ C. Giust., 1 febbraio 2017, nella causa C 392/15, cit., avente a oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'articolo 258 TFUE, proposto il 20 luglio 2015 dalla Commissione europea contro l'Ungheria, sostenuta dalla Repubblica ceca, interveniente, in linea con la causa C-47/08 del 24 maggio 2011 e la causa C 151/14 del 10 settembre 2015.

esecutiva sull'atto autentico conferisce a quest'ultimo efficacia esecutiva, questa si fonda sulla volontà delle parti di stipulare un atto o una convenzione, dopo la verifica della loro conformità con la legge da parte del notaio, e di conferire a detto atto o convenzione tale efficacia esecutiva (sentenza del 24 maggio 2011, Commissione/Belgio, C47/08, EU: C: 2011:334, punto 103). Peraltro, è pacifico che il notaio non riveste alcun ruolo nell'ambito dell'esecuzione forzata al di là dell'apposizione della formula esecutiva. Non dispone dunque di alcun potere coercitivo a tale riguardo». Nella specie il ricorso della Commissione riguardava la compatibilità del requisito di cittadinanza, imposto dalla normativa ungherese per l'accesso alla professione di notaio, rispetto alla libertà di stabilimento sancita dall'articolo 49 TFUE⁴⁷, adducendo molteplici argomenti, in particolare sottolineando che il rilascio di ingiunzioni di pagamento e la loro esecuzione, nonché la conduzione di procedimenti successivi, sarebbero attività ausiliarie o preparatorie rispetto all'esercizio dei pubblici poteri o comunque tali da non incidere sui poteri discrezionali e decisionali delle autorità amministrative o giudiziarie e da non comportare l'esercizio di poteri decisionali, di coercizione o di potestà coercitiva; la circostanza che il notaio intervenga nell'interesse generale non implicherebbe necessariamente la sua partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri, ai sensi dell'articolo 51, primo comma, TFUE⁴⁸.

Circa l'ordine di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento, la Commissione escludeva che il notaio disponesse di alcun potere discrezionale

⁴⁷ L'articolo 49 TFUE garantisce a qualsiasi cittadino di uno Stato membro che si stabilisca in un altro Stato membro per esercitarvi un'attività non subordinata la fruizione del trattamento nazionale e vieta qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, in quanto restrizione della libertà di stabilimento (sentenza del 10 settembre 2015, Commissione/Lettonia, C 151/14, EU: C:2015:577, punto 52 e giurisprudenza citata). Nel caso di specie, la normativa nazionale controversa riservava l'accesso alla professione di notaio ai soli cittadini ungheresi, sancendo così una disparità di trattamento fondata sulla cittadinanza, vietata, in linea di principio, dall'articolo 49 TFUE. 104. L'Ungheria sosteneva, tuttavia, che le attività notarili esulano dall'ambito di applicazione dell'articolo 49 TFUE, in quanto esse partecipano all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'articolo 51, primo comma, TFUE.

⁴⁸ A tale riguardo, la Commissione faceva valere il rilievo secondo cui "l'articolo 51, primo comma, TFUE deve essere oggetto di interpretazione autonoma e uniforme. Per il fatto di prevedere un'eccezione alla libertà di stabilimento per le attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri, detto articolo dovrebbe, inoltre, essere interpretato restrittivamente e detta eccezione dovrebbe essere limitata alle attività che, per loro stessa natura, comportano una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri. Orbene, la nozione di pubblici poteri implicherebbe l'esercizio di un potere decisionale che esorbita dal diritto comune e si tradurrebbe nella capacità di agire indipendentemente dalla volontà di altri soggetti o anche contro tale volontà".

o decisionale: «*non deciderebbe la controversia, non sentirebbe le parti e non chiederebbe di produrre le prove, ma si limiterebbe a rendere esecutiva un'ingiunzione di pagamento non contestata*»⁴⁹. Quanto al procedimento successorio, la Commissione osservava trattarsi di un iter civile non contenzioso, «nel corso del quale è possibile per le parti concludere un accordo che il notaio recepisce con decisione formale». Neppure la predisposizione di atti sarebbe stata sufficiente per dimostrare che l'attività partecipi dell'esercizio di pubblici poteri, in quanto «l'efficacia probatoria degli atti notarili non vincolerebbe incondizionatamente il giudice in relazione alla valutazione delle prove. Inoltre, sarebbe possibile apportare la dimostrazione contraria. La forza esecutiva di tali atti consentirebbe certamente ai creditori di perseguire l'esecuzione del credito senza doversi rivolgere al giudice. Tuttavia, il ruolo del notaio a tale riguardo si limiterebbe alla verifica del rispetto delle condizioni chieste dalla legge per l'apposizione della formula esecutiva. Costui non disporrebbe pertanto di alcun potere decisionale o coercitivo».

L'Ungheria, sostenuta dalla Repubblica Ceca, faceva valere l'estraneità delle attività esercitate dal notaio nell'ordinamento giuridico ungherese al campo di applicazione dell'articolo 49 TFUE, in quanto «*la sua nomina è subordinata al superamento di un concorso, esercita le sue attività in un territorio determinato e presso una determinata sede, l'ambito di tali attività non è liberamente determinato, ma bensì stabilito dalla legge*», cosicché esse sarebbero rientrate nell'eccezione dell'articolo 51 TFUE, riscontrando una coincidenza dello status del notaio con quello dei giudici e degli altri soggetti che partecipano all'esercizio di pubblici poteri⁵⁰. Essa osservava inoltre che il procedimento di rilascio di un'ingiunzione di pagamento mira ad alleggerire il carico di lavoro dei giudici⁵¹.

⁴⁹ La forza esecutiva di detta ingiunzione di pagamento non trasferirebbe quindi, in capo al notaio, un potere di coercizione: «il notaio si limiterebbe a rendere incontestabile il credito fino a prova contraria, senza decidere sulla contestazione nel merito del credito. L'apposizione della formula esecutiva sull'ingiunzione di pagamento sarebbe quindi un'attività ausiliaria e preparatoria».

⁵⁰ L'Ungheria aggiungeva che, essendo incaricato della prevenzione delle controversie attraverso l'attuazione di procedimenti non contenziosi, «il notaio farebbe parte del sistema di amministrazione della giustizia. Non potrebbe rifiutare un caso che rientra nella sua competenza materiale e i suoi atti, pur adottati nell'ambito di procedimenti non contenziosi, produrrebbero i medesimi effetti di una decisione di giustizia. Il notaio opererebbe, esattamente come i giudici, in maniera indipendente. Eserciterebbe parimenti poteri discrezionali e decisionali e potrebbe attivare la coercizione pubblica».

⁵¹ Invero «Nel rilasciare, su domanda del creditore, un'ingiunzione che obbliga il debitore a pagare una somma di denaro senza che quest'ultimo debba essere ascoltato, il notaio

Merita sottolineatura il confronto con il modello austriaco quanto alla materia successoria, da cui emergerebbe un potere originario, anziché delegato⁵².

Particolare interesse riveste, ai presenti fini, l'inquadramento della predisposizione di atti autentici, l'Ungheria facendone valere il carattere sovrano attestato dall'apposizione della formula esecutiva. La conseguente facoltà di esecuzione di un credito attraverso provvedimenti di pubblica coercizione, alle medesime condizioni e procedimento che si applica alla decisione di giustizia, attesterebbe che «il notaio assumerebbe il medesimo ruolo del giudice nel regolare e prevenire controversie», al riguardo evocando la famosa sentenza Unibank⁵³, la quale confermerebbe che la forza esecutiva può essere collegata solo ad atti che rientrano nell'esercizio dei pubblici poteri⁵⁴.

deciderebbe in modo definitivo una questione di diritto privato. In pratica, solamente una piccola percentuale delle ingiunzioni di pagamento emesse da un notaio sarebbe oggetto di opposizione. Inoltre, il notaio nell'ordinamento giuridico ungherese sarebbe competente ad emettere anche un'ingiunzione di pagamento ai sensi del regolamento n. 1896/2006. Ancora, *«l'ordine di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento implica, secondo l'Ungheria, una partecipazione diretta all'esercizio dei pubblici poteri perché l'esecuzione forzata è un provvedimento coercitivo che sfocia, per il debitore, in una privazione dei beni a causa del suo debito. L'esistenza di vie di ricorso giurisdizionali avverso la decisione formale del notaio di procedere all'ordine di esecuzione discenderebbe dalla necessità di rispettare i diritti fondamentali e non significherebbe che tale decisione presenti un'autorità giuridica attenuata. Peraltro, detti tipi di ricorso verterebbero non sulla questione se si debba o meno ordinare l'esecuzione, ma semplicemente sulla legittimità di tale decisione»*.

⁵² «A differenza del notaio nell'ordinamento giuridico austriaco, il notaio nell'ordinamento giuridico ungherese non interverrebbe su mandato del giudice, ma agirebbe in virtù di un potere proprio e assumerebbe in prima persona tutte le decisioni. Inoltre, potrebbe adottare provvedimenti conservativi. Peraltro, il numero di ricorsi giurisdizionali avverso le decisioni dei notai in materia successoria sarebbe trascurabile.»

⁵³ Sentenza del 17 giugno 1999, Unibank (C 260/97, EU: C: 1999: 312). Inoltre, il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1), e il regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (GU L 143, pag. 15), conferirebbero agli impegni contenuti negli atti autentici una forza esecutiva analoga a quella propria delle decisioni di giustizia.

⁵⁴ La Corte ha ribadito che la nozione di «esercizio dei pubblici poteri» ai sensi dell'art.51 TFEU dev'essere interpretata tenendo conto del carattere, proprio del diritto dell'Unione, dei limiti posti dalla citata disposizione alle deroghe consentite al principio della libertà di stabilimento, al fine di evitare che l'effetto utile del Trattato in materia di libertà di stabilimento venga vanificato da disposizioni unilaterali adottate dagli Stati membri (sentenza del 1° dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09,

La Corte ribadisce che la deroga prevista all'articolo 51, primo comma, TFUE deve essere limitata alle sole attività che, di per sé considerate, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri⁵⁵ e alla luce della propria giurisprudenza⁵⁶, verifica se le attività affidate ai notai nell'ordinamento ungherese comportino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri.

L'attività di autenticazione affidata ai notai in Ungheria riguarda gli atti che contengono impegni unilaterali o le convenzioni a cui le parti abbiano liberamente aderito, cosicché l'intervento presuppone "la previa esistenza di un consenso delle parti o di un incontro delle volontà delle stesse". Si esclude, poi, che l'efficacia probatoria di cui gode un atto notarile rientri nel regime delle prove stabilito dal codice di procedura civile, cosicché essa è priva di rilevanza diretta per stabilire se l'attività di redazione di detto atto integri una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei

non pubblicata, EU:C:2011:794, punto 56 e giurisprudenza citata). Sempre secondo giurisprudenza costante, l'articolo 51, primo comma, TFUE costituisce una deroga alla norma fondamentale della libertà di stabilimento. In quanto tale, detta deroga deve essere interpretata in maniera che la sua portata si limiti a ciò che è strettamente necessario per tutelare gli interessi che tale disposizione permette agli Stati membri di proteggere (sentenza del 1° dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09, non pubblicata, EU: C:2011:794, punto 57).

⁵⁵ Sentenza del 1° dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09, non pubblicata, EU: C: 2011: 794, punto 58

⁵⁶ La Corte rammenta di aver avuto l'occasione di considerare escluse dalla deroga prevista all'articolo 51, primo comma, TFUE talune attività ausiliarie o preparatorie rispetto all'esercizio dei pubblici poteri (v. in tal senso, sentenze del 13 luglio 1993, Thijssen, C 42/92, EU:C:1993:304, punto 22; del 29 ottobre 1998, Commissione/Spagna, C 114/97, EU:C:1998:519, punto 38; del 30 marzo 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C 451/03, EU:C:2006:208, punto 47; del 29 novembre 2007, Commissione/Germania, C 404/05, EU:C:2007:723, punto 38, e del 22 ottobre 2009, Commissione/Portogallo, C 438/08, EU:C:2009:651, punto 36), o determinate attività il cui esercizio, pur comportando contatti, anche regolari e organici, con autorità amministrative o giudiziarie, o addirittura una partecipazione, anche obbligatoria, al loro funzionamento, lasci inalterati i poteri di valutazione e di decisione di tali autorità (v., in tal senso, sentenza del 21 giugno 1974, Reyners, 2/74, EU:C:1974:68, punti 51 e 53), o ancora determinate attività che non comportano l'esercizio di poteri decisionali (v., in tal senso, sentenze del 13 luglio 1993, Thijssen, C 42/92, EU:C:1993:304, punti 21 e 22; del 29 novembre 2007, Commissione/Austria, C 393/05, EU:C:2007:722, punti 36 e 42; del 29 novembre 2007, Commissione/Germania, C 404/05, EU:C:2007:723, punti 38 e 44, nonché del 22 ottobre 2009, Commissione/Portogallo, C 438/08, EU:C:2009:651, punti 36 e 41), di poteri di coercizione (v. in tal senso, in particolare, sentenza del 29 ottobre 1998, Commissione/Spagna, C 114/97, EU:C:1998:519, punto 37), o di potestà coercitiva (v., in tal senso, sentenze del 30 settembre 2003, Anker e a., C 47/02, EU:C:2003:516, punto 61, nonché del 22 ottobre 2009, Commissione/Portogallo, C 438/08, EU:C:2009:651, punto 44)".

pubblici poteri⁵⁷; al riguardo si segnala che, per quanto concerne gli atti autentici, rimane sempre la possibilità di prova contraria⁵⁸, cosicché non si può sostenere che l'atto notarile vincoli incondizionatamente il giudice nell'esercizio del suo potere di apprezzamento

La Corte esclude, quindi, che la natura dell'attività esercitata dai notai nell'ordinamento giuridico ungherese rientri nell'ambito della deroga prevista all'articolo 51, primo comma, TFUE⁵⁹, in quanto non partecipano all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi della disposizione medesima. Si è, quindi, concluso che il requisito di cittadinanza previsto dalla normativa ungherese per l'accesso alla professione di notaio costituisce una discriminazione fondata sulla cittadinanza vietata dall'articolo 49 TFUE.

In virtù di una piana applicazione del metodo tassonomico, l'appartenenza del Notariato ungherese all'ambito latino conduce a estendere tendenzialmente le considerazioni sviluppate dalla Corte nella giurisprudenza ora passata in rassegna a tutte le realtà riconducibili al modello, escludendo quindi che il notaio eserciti alcuna aggiudicazione delle controversie⁶⁰. L'impostazione pare suffragata dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶¹. Meritevole di approfondimento è, comunque, la diversa posizione espressa dall'Avv. gen. Bot⁶².

Ciò non esclude in maniera automatica l'esercizio di funzioni giurisdizionali: la questione incrocia peraltro il tema più generale della nozione di giurisdizione ai fini dell'art. 267 TFUE e, in questa prospettiva, il rapporto fra il notaio, quale pubblico ufficiale chiamato ad esercitare il controllo di legalità e l'applicazione del diritto UE, implicante anche, se del caso, l'obbligo di disapplicazione delle norme interne contrastanti da parte dello Stato nelle sue diverse articolazioni (anche da parte del notaio?).

⁵⁷ Richiesta dalla sentenza del primo dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09, cit.

⁵⁸ Come discenderebbe, in particolare, dall'art. 195, par. 6 e 7, codice di procedura civile

⁵⁹ Sentenza del 1° dicembre 2011, Commissione/Paesi Bassi, C 157/09, non pubblicata, EU: C: 2011:794, punto 84.

⁶⁰ Si allude all'aggiudicazione nel senso corrispondente alla traduzione di Adjudication, contrapposta alla Mediation, su cui si rinvia a M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Acces to justice Movement*, in *The Modern Law Review*, 1993, pp. 282 ss.; V. VARANO, (a cura di), *L'altra Giustizia, I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007; D. NOVIELLO, *Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*, Giappichelli, 2012.

⁶¹ Oltre alla citata sentenza 9 marzo 2017, in cause riunite C-484/15 e C-551/15, v. anche, per altri spunti, la sentenza 1 ottobre 2016, in causa C-32/14, in materia di clausole abusive e contratto notarile.

⁶² Nelle cause riunite C-484/15 e C-551/15.

Non a caso c'è chi⁶³, proprio in contemplazione delle esigenze di corretta osservanza del diritto UE da parte dei notai, si è posto il problema del se e del come prospettare la facoltà, per gli stessi, di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Infine, la Corte⁶⁴ ha accordato ai paesi membri la facoltà di riservare ai notai il ricevimento degli atti per la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, nell'ottica di garantire la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia.

5. La vocazione del Notariato latino alla mediazione

Il notaio nell'esercizio della sua funzione si occupa non solo di adeguare la volontà dei comparenti nei suoi atti alla legge, ma pure di redigere clausole che il più fedelmente possibile interpretino le rispettive posizioni, o meglio il punto di incontro tra le pretese separatamente avanzate; in questo senso il notaio è attuttore costante di mediazione. La sua identità trova la cifra più profonda nella competenza e nell'imparzialità - cui si connettono la consulenza e la chiarificazione dei termini delle fattispecie -, che riescono funzionali a prevenire, addirittura comporre, controversie insorgenti tra le parti meno avvertite, sfornite di altra assistenza legale. L'abitudine ha indotto un'attitudine⁶⁵, cosicché in Italia non stupisce il suo apprezzamento in tale veste⁶⁶, che ne ha favorito l'arruolamento tra i soggetti deputati a

⁶³ T. BALLARINO, *Il notaio e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 439. Ulteriori richiami di dottrina sono reperibili nella relazione di S. DI MEGLIO, *L'atto notarile quale strumento di prevenzione o di risoluzione della lite*, nella e-library della Fondazione italiana del Notariato.

⁶⁴ Il 9 marzo 2017, nelle due cause C-484/15 e C-551/15, relative all'applicazione del regolamento (CE) n. 805/2004 del 21 aprile 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, che ha dichiarato compatibile con il diritto comunitario la decisione di non riconoscere l'autenticazione effettuata da un avvocato stabilito in un altro Stato.

⁶⁵ In questo senso già mi orientavo in *Prospettive di intervento notarile nelle ADR*, in *Vita Not.*, 2002, n. 2, p. 1007 ss., ove concludevo avanzando l'idea che «la longevità del notariato, e anzi la crescita del ruolo, dipenderà dal suo modellarsi a somiglianza del giudice, piuttosto che dell'avvocato». Le medesime conclusioni sono state raggiunte nell'ambito dello studio *“L'Avenir du notariat. (Passé, présent, futur)”*, *Rapport réalisé avec le soutien de la mission GIP Droit et Justice rattachée au ministère de la Justice et le Conseil supérieur du notariat*, dir. Mustapha Mekki, Paris, LexisNexis 2016, da M.B. CAROSI, *Quelques réflexions comparatives sur le rôle du notariat*, pp. 249-259.

⁶⁶ A. PROTO PISANI, *Le prospettive del contributo del Notariato alla difficile opera di*

comporre gli organismi istituiti appositamente per la mediazione⁶⁷.

Abstract

We find Notaries both in civil law and common law systems, but their commitments are different: in common law the main functions of Notaries are to authenticate the signatures of few documents and to certify the subscription of the parties.

The civil law Notaries, or Latin Notaries, are public officers and lawyers

risanamento della giustizia civile, Relazione conclusiva al convegno sulle “Deleghe di giurisdizione” organizzato dalla Scuola Superiore per la Magistratura e dalla Fondazione del Notariato il 17 e 18 giugno 2015, in *Il giusto processo civile*, 2015, pp. 779 ss.; M. PALAZZO, *In margine ad un convegno genovese sui rapporti tra notariato e giustizia civile*, in *Riv. not.*, 2005 p. 255

⁶⁷ R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d. leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 89 ss.; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, fasc. 2, pp. 343 e ss.; M. BUZIO, *La figura del Mediatore*, studio approvato dalla Commissione Mediazione del CNN in data 4 marzo 2011; C. CALDERONI, A.V. CAPASSO, V. SESSANO, *Il procedimento di mediazione in generale*, studio approvato dalla Commissione Mediazione del CNN in data 4 marzo 2011; M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in <http://www.judicium.it/admin/saggi/212/Bove.pdf>. Altra è la delega di giurisdizione, su cui si rinvia a M. PALAZZO, *Pagina introduttiva*, nonché E. FABIANI, *Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere*, in *Processo civile e delega di funzioni*. Atti del Convegno di Roma, 17-18 giugno 2015, *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato* n. 2/2015, Edit. Il Sole 24 ore, 2016. Con la sentenza del 14 giugno 2017, C-75/16 la Corte di Giustizia ha stabilito che la direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013, in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale - come quella italiana - «che prevede il ricorso a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, purché un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario». È, altresì, parere della Corte che «La medesima direttiva dev'essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prevede che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato e possano ritirarsi da una procedura di mediazione solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione». Restano, dunque, da indagare gli ulteriori spazi che saranno riconosciuti al Notariato; per la mediazione e la conciliazione un utile strumento di ricerca è costituito dal relativo Portale di *European Justice* (in Estonia, ad esempio, risulta che i notai svolgono per legge l'attività di conciliazione).

of non-contentious private law: they vest the role of “gateskeepers”, taking legal instruments for private parties, drafting contracts and providing legal advice in order to serve the citizens in non-contentious matters. They offer preventive justice, creating a sort of complementary system of administration of the law: historically, they notary do not adjudicate disputes- as Judges do-, but exercise mediation.

Ferruccio Auletta*

*L'introduzione del principio costituzionale di equilibrio
nel bilancio dello Stato: per un ripensamento dei valori
nell'ordinamento della giustizia pubblica*

La legge cost. n. 1/2012 ha inaugurato la regola costituzionale di «equilibrio» nei bilanci dello Stato, degli altri enti costitutivi della Repubblica e delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97, 114, 119). L'impatto anche sull'amministrazione della giustizia, non meno che in altri settori, «non può essere limitato al pareggio formale della spesa e dell'entrata» (Corte cost. n. 250/13).

Si tratta, in realtà, di un più articolato obiettivo normativo di «medio termine» (l. 243/12) che, nell'avvicinarsi di *rules vs discretion*, nel breve periodo appare destinato a far leva su scelte politiche molto discrezionali a fronte del costringimento progressivo indotto dalla regola costituzionale.

L'ampiezza di spettro delle misure legislative, in materia di giustizia, sembra elevata, non soltanto per la riserva di legge che ampiamente la permea. Ma anche perché la materia muove dalla persistenza di veri e propri oppositori concettuali del più recente principio di equilibrio di bilancio, quale la tendenziale inesauribilità delle risorse: si pensi all'*obbligo* dell'esercizio dell'azione penale che logicamente sconta la diseconomia di un'insopprimibile quota di esercizio non seguito dall'affermazione di responsabilità per cui quel potere di azione è concepito; oppure all'universalità del servizio *giudiziario* quando pur ammette tutele sostitutive di quelle esigibili dall'*«amministrazione della giustizia»*, ma, così, sostenendo una capillarità nell'offerta del servizio che poi nemmeno dev'essere esclusivo. E invece, la misura della risorsa giudiziaria deve in ultimo venire pure rapportata a quei «livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali» (l. 243/12), mentre le ulteriori «attività di interesse generale» che vi sono connesse possono spettare, in

* Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile, presso l'Università di Napoli Federico II

molti sensi, a quei «cittadini, singoli e associati» sulla cui «iniziativa» confida il «principio di sussidiarietà» (art. 118 Cost.).

Ed ecco il punto: ciò che non può consentirsi allo Stato è che «ogni giurisdizione» mantenga costanti le attuali funzioni e prerogative perché rispetto all'equilibrio di bilancio e al suo «saldo strutturale» ciò si giustifica soltanto continuando a esternalizzare la quota di costo inefficiente. La sua sopportazione da parte dei «cittadini» - che, per un'amministrazione condotta «in nome del popolo», in molte figure partecipano di tale «attività di interesse generale» - è certo un fattore che sempre di più deve concorrere al raggiungimento dell'obiettivo di medio termine, e però senza andare disgiunto da una capacità di «iniziativa».

Allora, fissati i livelli essenziali delle prestazioni giudiziarie che valgono «sempre» e per «tutti» (alimentati di massima dalla fiscalità generale), a queste va commisurato il necessario «concorso dello Stato», mentre a livelli ulteriori concorreranno i soli «cittadini» contestualmente dotati di veri poteri di iniziativa, cioè di scelta. In assenza di ogni potere di iniziativa, com'è tipico dell'azione pubblica alla quale ciascuno rimane semplicemente assoggettato, a nessuno *in particolare* dovrebbe far carico il costo del suo inefficiente (pur quando legittimo) esercizio, mentre questo è l'unico modo, lasciando così le cose, di mantenere in equilibrio la spesa inefficiente (per es.) dell'azione penale senza condanna dell'imputato (il modello di immunizzare il singolo da tale costo, del resto, sta nell'art. 18 d.l. 67/1997 conv. l. 135/97, che prevede il rimborso delle spese di patrocinio legale dei dipendenti pubblici mandati assolti). E così, chiunque *in particolare* ricerca in appello la vittoria che assume negata ingiustamente dovrebbe accollarsi (l'anticipazione de-) i maggiori costi di tale impugnazione, laddove non integri alcun «livell[o] essenzial[e]», altrimenti dovendo contentarsi dell'unico altro grado di giudizio costituzionalmente dovuto (quello di Cassazione, sul modello dell'art. 311, 2 c., c.p.p.).

Com'è intuibile, un discorso del genere implica forti asimmetrie da apportare all'odierno e ingiustificato quadro fiscale del processo (è più costoso accedere all'impugnazione costituzionalmente insopprimibile che a quella dispensabile, la parte pubblica è singolarmente esentata sempre da oneri di anticipazione) e avrebbe bisogno della massima modulazione consentita del doppio grado, ora con accesso pieno a quello di legittimità ora no (come auspicato dalla Bicamerale "D'Alema"), ma può intanto svolgersi oltre. Per es., per ridurre i casi di impiego della risorsa giudiziaria dove questa non ha necessità di impegnarsi perché non si tratta della «tutela [di] diritti e interessi»: i casi in cui, come dice Giovanni Verde, si «vuole la garanzia del

giudice ma [non] del processo», e che vanno bel al di là della giurisdizione non contenziosa. E si può spingere fino alla massima *déjudiciarisation* che -dopo il *divorce sans juge* - sembra ampiamente sperimentabile anche per l'esecuzione forzata.

In sintesi, in molti ambiti giudiziari soccorrono «attività di interesse generale» che possono svolgersi «sulla base del principio di sussidiarietà», inteso come capacità di agire del singolo per promuovere o concorrere ad assicurare giustizia sociale.

Forme recenti di legislazione partecipativa in materia di giustizia civile possono dar conto del modo in cui ai singoli viene dato, intanto, di contribuire al mantenimento dei «livelli essenziali delle prestazioni» in materia, nella specie agevolando la riduzione del carico giudiziario, e però attraverso il conferimento a loro proprio di nuove capacità di iniziativa in giudizio.

Per l'art. 96, 3° comma, c.p.c., dopo le modifiche recate dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, «quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata». Qui l'analista delle inefficienze del processo civile coglie l'intuizione secondo la quale -anziché ostacolare *tout court* l'ingresso nel circuito giudiziario- è piuttosto l'innalzamento del livello di rischiosità per una parte dell'intrapresa giudiziaria ciò che può contribuire a restituire dimensioni accettabili al fenomeno giudiziale riducendone immediatamente il bisogno per via dell'aumento di composizioni stragiudiziali. Ed ecco il punto nuovo, specie dopo che Corte Cost. n. 152/2016 ha validato l'esperimento per cui «la condanna è prevista a favore della parte e non dello Stato, il che milit[a] in favore della collocazione del nuovo istituto nell'ambito dell'illecito civile, più che del danno punitivo ovvero della sanzione di ordine pubblico». Sta di fatto che la componente di deterrenza da condotte processuali indegne di protezione giudiziaria può adesso risiedere in una pretesa (se non) della (ma almeno condotta dalla) parte avversaria. È questa, in fondo, la «motivazione, che ha indotto i redattori della novella a porre “a favore della controparte” l'introdotta previsione di condanna della parte soccombente al “pagamento della somma” in questione[:] è, infatti, plausibilmente ricollegabile — e non è mancato, in dottrina, chi l'ha così ricollegata — all'obiettivo di assicurare una maggiore effettività, ed una più incisiva efficacia deterrente, allo strumento deflativo apprestato da quella condanna, sul presupposto che la parte vittoriosa possa, verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma, che ne forma oggetto, in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un

soggetto pubblico».

Un'idea del genere, in pratica, è alla base anche di un'altra innovazione normativa, nella quale al potere di tutela civile di una parte viene confidata la capacità di produrre negativi effetti additivi per l'altra (non simmetrici rispetto alla pretesa fatta valere e all'oggetto del giudizio): effetti viceversa scongiurabili da quest'ultima con la più accentuata ricerca di soluzioni negoziate. È il caso delle «sanzioni pecuniarie civili», per le quali, diversamente da quanto visto appena prima, è bensì «il provento [...] devoluto a favore della Cassa delle ammende», ma tali sanzioni sono sempre e soltanto «*applicate dal giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno [...], qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa [secondo] le disposizioni del codice di procedura civile*» (art. 8 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, recante «Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili»).

Qui, il processo civile da strumento di esclusiva tutela dei diritti di privati viene utilizzato in funzione dichiaratamente protettiva di interessi pubblici, a guisa di *outsourcing* dell'azione che avrebbe naturalmente postulato l'esercizio di un potere dell'Autorità. Ma è evidente che, mentre un processo così infine conformato si carica per l'attore (privato) di allegazioni e conseguenti fasi che sole trovano ragion d'essere nell'esigenza degli accertamenti a fini (pubblico-) sanzionatori, di contro per il convenuto lo stimolo alla definizione transattiva (dov'è poi veramente il corrispondente beneficio compensativo dell'attore) si fa elevato, dal momento che, solo evitando la sentenza che definisce la causa intrapresa dal danneggiato, il convenuto evita il rischio altresì della sanzione pecuniaria civile.

Anche altre misure legislative appaiono rispondenti ad analoga (seppur non identica) idea di ibridare, insomma, le forme di tutela dei diritti particolari mettendole al servizio di cause che vanno oltre i «propri diritti», in una sorta di congenita legittimazione straordinaria (per es. le figure varie di *private enforcement* di interessi superindividuali pur quando naturalmente già preservati da *public enforcement*: è il caso ultimo del risarcimento del danno c.d. antitrust); sicché a me sembra, dunque, incipiente una sussidiarietà giudiziaria almeno per la figura di attore privato (più o meno, in tutto o in parte) cointeressato alle sorti dell'ordine pubblico inciso dalla vicenda sostanziale dedotta in causa. E scorgerci qui un principio dell'ineludibile programma di ampliamento e messa a punto degli strumenti che devono rendere sempre più razionale ed efficiente lo sfruttamento di quella risorsa scarsissima costituita dalla giurisdizione civile, adesso, al tempo del principio costituzionale di «equilibrio» nel bilancio dello Stato.

Abstract

The Italian Constitution now hosts the principle of so called equilibrium in State's budget. It seems not complying with other constitutional guarantees, especially those given to protect the general right to sue anyone, the magistrate's power to prosecute citizens for any crime or the freedom of access to the Supreme Court against all the judgements. These are principles logically established, at least at the beginning, upon an endless financial source to be continuously driven towards the administration of justice: apparently essential principles through which the maintenance of the constitutional order is made possible. But is time now to check where the non-economic outcomes of those right of (private and public) action are located in order to adopt suitable (legislative) reactions by which the target of State's budget equilibrium could be nevertheless reached. The kind of measures to be undertaken appears to belong mostly to the field of another constitutional principle, the s.c. subsidiarity

Gustavo Tepedino*

*Teoria dell'interpretazione e rapporti privati:
la ragionevolezza e il ruolo del giudice
nella promozione dei valori costituzionali*

SOMMARIO: 1. Tecniche di interpretazione e principio di certezza del diritto: il *substantive due process* e i metodi della ragionevolezza e della proporzionalità - 2. Incertezze concettuali sulla ragionevolezza: precisazioni rispetto al concetto di l'equità - 3. Ragionevolezza come metodo necessario e permanente: l'identificazione dei criteri sostanziali nelle sentenze del *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) - 4. Ragionevolezza e proporzionalità: l'identità funzionale nell'esperienza brasiliana - 5. I problemi del formalismo e del soggettivismo nella legalità costituzionale: il diritto come "continua creazione" - 6. Conclusioni.

1. *Tecniche di interpretazione e principio di certezza del diritto: il substantive due process e i metodi della ragionevolezza e della proporzionalità*

Nei paesi di tradizione romano-germanica, il *giusto processo* è stato introdotto per garantire il rispetto di requisiti procedurali formalmente regolari. Tuttavia, con l'evoluzione della realtà sociale, soprattutto dopo l'emergere delle nuove tecnologie dell'informazione, la persona umana diviene più vulnerabile dinnanzi all'intensificazione dei rischi e dei danni derivante da dette tecnologie. La tecnica legislativa delle clausole generali si diffonde sempre di più, mentre entra in crisi la formulazione tradizionale del principio della certezza del diritto fondata sulla tecnica legislativa regolamentare e sulla sussunzione come procedimento ermeneutico. In tale contesto, la riformulazione delle tecniche di controllo dell'attività interpretativa diventa l'oggetto centrale del dibattito dottrinale e la nozione

* Professore Ordinario di Diritto Civile, ex Presidente della Facoltà di Giurisprudenza, presso l'Università di Rio de Janeiro, membro dell'Accademia internazionale di diritto comparato.

di *giusto processo* acquisisce contenuto sostanziale inserito in una prospettiva di sviluppo di strumenti ermeneutici funzionali a garantire l'efficacia della tutela della persona.

Come è noto, il magistrato ha il dovere di decidere tutti i casi che gli vengono sottoposti. E deve farlo in base alle caratteristiche dell'ordinamento¹ che è unitario, complesso e sistematico². Il giudice, inoltre, si avvale di principi e di valori in grado di armonizzare il senso delle decisioni, riconducendole dalla frammentazione casistica all'unità assiologica indispensabile per la comprensione dell'ordinamento come sistema. Pertanto, non si può prendere in considerazione la regola isolatamente, anche se appropriata al caso concreto, ma è necessario considerare l'insieme delle norme inserito nell'ordinamento³.

La ponderazione diviene quindi indispensabile come tecnica in grado di soppesare l'insieme di valori e norme che (compongono l'ordinamento e) incidono sul caso concreto. Proprio per questo, la ponderazione non deve essere adottata soltanto nell'applicazione dei principi, ma anche tra regole e tra regole e principi, giacché tutti gli enunciati normativi dialogano fra di loro, contemporaneamente, sotto la stessa tavola assiologica⁴. E la previa

¹ N. BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília, 1995, pp. 118-119, associa il problema della completezza dell'ordinamento giuridico alla dinamica dei sistemi nei quali vigono due regole: «1) il giudice è obbligato a giudicare tutte le controversie che si presentano al suo esame; 2) deve giudicarle in base a una norma appartenente al sistema. S'intende che, se una delle due regole perde effetto, la completezza non sarà più considerata come un requisito dell'ordinamento. Possiamo immaginare due tipi di ordinamenti incompleti, nel caso venga a mancare la prima o la seconda regola. In un ordinamento in cui manchi la prima regola, il giudice non dovrebbe giudicare tutte le controversie che gli si presentano: potrebbe semplicemente respingere il caso come giuridicamente irrilevante, con un giudizio di *non liquet* (non conviene. (...)) In un ordinamento nel quale manchi la seconda regola, il giudice sarebbe sì indotto a giudicare ogni caso, ma non sarebbe obbligato a giudicarlo in base ad una norma del sistema».

² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 183, osserva l'influenza reciproca tra diritto e realtà sociale e ne fa derivare i seguenti corollari, che caratterizzano l'ordinamento giuridico: «a) storicità della *societas* e storicità dello *ius* sono un tutt'uno; b) lo *ius* coincide con la *societas* senza esaurirsi nella pura normatività; c) lo *ius*, che può ben definirsi totalità dell'esperienza giuridica, è, come ogni totalità, necessariamente complessità; d) la complessità dello *ius* esige che la sua analisi non disperda la sua necessaria unitarietà; e) tale unitarietà concettuale è sintesi individuale soltanto nell'effettività della sua applicazione».

³ Lo rileva E. GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo, 2009, p. 101.

⁴ La dottrina costituzionalista è solita restringere la tecnica della ponderazione alle ipotesi di verifica di compatibilità tra principi in conflitto. R. ALEX, *Balancing, Constitutional review, and representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4, 2005,

valutazione del legislatore, nella società democratica, non indebolisce il ruolo attivo dei giudici, ma piuttosto richiede l'esercizio del loro dovere inderogabile di armonizzare le scelte legislative con quelle effettuate dal costituente⁵. La tecnica della ponderazione come meccanismo di utilizzazione indispensabile nell'attività interpretativa ha origine dalla constatazione che il testo legislativo si rivela necessariamente incompleto e che la decisione giudiziale traduce un procedimento di costruzione della norma sul caso concreto. Interpretazione ed applicazione della norma costituiscono, dunque, un processo unitario in cui non esiste duplicità di tappe tra la qualificazione del fatto e l'individuazione del diritto applicabile. Tale conclusione implica il definitivo superamento della sussunzione come metodo interpretativo⁶.

p. 574. L'autore è un riferimento obbligatorio in materia, descrive la tecnica nella seguente maniera: «*The first stage involves establishing the degree of non-satisfaction of, or detriment to, a first principle. This is followed by a second stage in which the importance of satisfying the competing principle is established. Finally, in the third stage, it is established whether the importance of satisfying the latter principle justifies the detriment to or non-satisfaction of the former*». Come osserva L. R. BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, São Paulo, 2009, p. 333, «*l'interpretazione costituzionale si è vista nella contingenza di dover sviluppare tecniche in grado di produrre una soluzione dotata di razionalità e controllabilità di fronte a norme che entrano in rotta di collisione. Il raziocinio da sviluppare in queste situazioni dovrà avere una struttura diversa, in grado di operare in molteplici direzioni, alla ricerca della regola concreta che reggerà la fattispecie*». Alle regole, a loro volta, toccherebbe l'applicazione della sussunzione. Nella civilistica contemporanea tuttavia si dimostra molto più ampia l'utilizzazione della ponderazione, giacché la nozione di legalità costituzionale impone all'interprete di «*argomentare su norme-principi, l'applicazione delle quali non assume la forma sillogistica della sussunzione, ma quella dell'ottimizzazione nel realizzare il precetto*» (PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 560). Per le applicazioni della ponderazione nell'attuale diritto civile, v., fra gli altri ANDERSON SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, 2007, pp. 146 e ss. (in materia di identificazione di danni risarcibili nella responsabilità civile); ANA LUIZA MAIA NEVARES, *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*, Rio de Janeiro, 2009, pp. 170 e ss. (in materia di controllo dell'autonomia privata testamentaria); ROBERTA MAURO MEDINA MAIA, *Teoria geral dos direitos reais*, São Paulo, 2013, p. 256 e ss. (in materia di relatività degli effetti obbligazionari).

⁵ Come sottolineato in altra sede, «*Il sistema giuridico, al contrario, deve far convergere l'attività interpretativa e legislativa nell'applicazione del diritto, essendo giustamente aperto affinché vi si possano includere tutti gli elementi condizionanti che incidono sulla cultura dei magistrati, nella costruzione della soluzione per il caso concreto. La pluralità di fonti normative, dunque, non può significare perdita del fondamento unitario dell'ordinamento, e la sua armonizzazione deve avvenire secondo la Costituzione; che lo ricomponne, conferendogli così la natura di sistema*» (GUSTAVO-TEPEDINO, *A constitucionalização do novo Código Civil*, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 2003, vol. 15, p. 2).

⁶ Sul tema; insegna PIETRO PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit.,

Nello stesso senso si è affermato che «il codice non è un insieme di norme. È un insieme di possibilità di norme. Un ordinamento in potenza. Sarà norma solo dopo l'interpretazione. L'interprete libera il testo dal suo involucro. La norma è il risultato dell'interpretazione»⁷. Come è noto, la persistenza della sussunzione si deve all'apparente neutralità tecnica della sua utilizzazione, che avviene mediante l'operazione logica conosciuta come sillogismo, secondo cui il processo interpretativo consisterebbe nell'identificazione della previsione legislativa generale ed astratta (c.d. premessa maggiore) che contiene l'ipotesi fattuale in questione (c.d. premessa minore). La tappa seguente sarebbe meccanica, mediante l'applicazione della premessa maggiore alla premessa minore, inquadrando questa su quella⁸.

A dispetto però della razionalità logica del sillogismo, la sussunzione si fonda su due premesse erranee. La prima sarebbe la separazione tra il mondo astratto delle norme e quello reale dei fatti sui quali esse devono incidere. Tuttavia, basterebbe ricordare che il diritto si inserisce nella società e di conseguenza i testi legali e la realtà mutevole si condizionano reciprocamente nel processo interpretativo. In secondo luogo, la sussunzione distingue artificialmente il momento dell'interpretazione della norma astratta (identificazione della premessa maggiore) ed il momento dell'applicazione della norma alla fattispecie (inquadramento della premessa minore al testo normativo). Al contrario, però, non è possibile interpretare la norma senza prendere in considerazione l'ipotesi fattuale che, a sua volta, è modellata dalle

p. 544: «Si rivela così inconsistente il meccanismo della sussunzione, che erroneamente postula la procedenza logica e cronologica dell'interpretazione rispetto alla qualificazione: l'una e l'altra sono aspetti di un processo conoscitivo unitario rivolto ad individuare la normativa da applicare».

⁷ E. GRAU, *A construção do direito: da elaboração do texto à produção da norma*, conferenza svolta presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università dello Stato di Rio de Janeiro – UERJ, il 31/3/2008, nella quale è stato ancora osservato: «Non vi è distinzione tra interpretazione ed applicazione del diritto: l'interpretazione del diritto consiste nel trovare una soluzione che si avvera solo nella misura in cui se ne realizza l'applicazione». Nello stesso senso, osserva LÊNIO STRECK: «Ottenuta la risposta *a partire dalla 'sussunzione, essa si dimostra assolutamente sbagliata se sottoposta ad un processo di comprensione. Ossia, i pregiudizi non autentici degli interpreti (giudice e pubblico ministero) hanno portato ad una inadeguata fusione di orizzonti, producendo una decisione sbagliata (risposta sbagliata)*» (Per il dibattito odierno sulla crisi paradigmatica del diritto e la positiva resistenza al neocostituzionalismo v., *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, vol. 40, n. 45, jan-jun/2006, p. 279).

⁸ Per la descrizione della sussunzione nella sua prospettiva classica, v. fra gli altri, KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 94: «Nella sussunzione, così come la intendiamo ora, si tratta prima di tutto della sottomissione di un caso individuale all'ipotesi o tipo legale e non direttamente della subordinazione o inquadramento di un gruppo di casi o di una specie di casi».

norme di comportamento stabilite dal diritto (che condiziona l'attuazione individuale). Da ciò discende l'unitarietà del momento dell'interpretazione e dell'applicazione, essendo falsa l'idea che esisterebbero norme ideali in astratto, capaci di tipizzare e captare in concreto le relazioni giuridiche⁹.

Con l'utilizzo della tecnica della sussunzione, si riduce l'attività del magistrato alla mera applicazione meccanica della norma al fatto concreto, procedimento che diviene ancor meno creativo quando il testo legale è considerato chiaro: *in claris non fit interpretatio*, ecco il brocardo divenuto vero dogma per l'ermeneutica classica. Ulteriore conseguenza di tale orientamento è che, la norma ordinaria, essendo tendenzialmente più dettagliata, diviene la protagonista del processo di interpretazione del diritto, esercitando il ruolo di mediazione tra i principi e il supporto fattuale sul quale incide. In questo senso, i principi costituzionali sarebbero incompleti come modello astratto di comportamento, e così inadatti ad esercitare la funzione di premessa maggiore della sussunzione, a dispetto della loro superiorità gerarchica. Così, il compito dell'interprete si circoscriverebbe all'adeguamento del contenuto del principio alla regola infracostituzionale, la quale sarebbe legittima purché non violasse formalmente il testo costituzionale. In questo modo la forza normativa della Costituzione si ridurrebbe al contenuto stabilito dal legislatore ordinario. Il principio costituzionale, in una parola, avrebbe il contenuto normativo che il legislatore ordinario ritenesse come tale. E siccome, per esigenza pratica, quanto più bassa è la posizione della regola nella piramide normativa, tanto più analitico e minuzioso sarà il suo linguaggio, i valori ed i principi costituzionali si trasformerebbero in limite remoto all'attuazione (teratologica) del legislatore ordinario.

Va invece accolta la costruzione secondo la quale ogni regola deve essere interpretata ed applicata insieme con la totalità dell'ordinamento, applicando integralmente tutte le norme in vigore. La normativa del caso concreto è definita dalle circostanze fattuali sulle quali incide, risultando dall'insieme di testi normativi di cui è costituito l'ordinamento. L'oggetto dell'interpretazione sono le disposizioni ordinarie integrate profondamente alle norme costituzionali. In questa prospettiva, ogni decisione giudiziale, è un ordinamento singolo estratto dalla stessa tavola assiologica¹⁰. Anche

⁹ Per una critica veemente alla sussunzione nel giudizio del Supremo Tribunal Federal, v. STF, T. P., ADIn 3.689/PA, Rel. Min. Eros Grau, julg. 10 maggio 2007.

¹⁰ Così, P. PERLINGIERI: «L'ordinamento, tuttavia, non si esaurisce nella complessità della sua genesi legislativa e normativa; la complessità dell'ordinamento è data dall'impatto con il sistema socio-culturale di appartenenza, che non è aspetto fattuale privo di capacità condizionante. Ma all'aspetto strutturale conformativo e adeguatore e, quindi, realmente contenutistico dello ius. Societas è cultura, e questa vive nel momento applicativo, creativo dell'ordinamento del caso

quando il magistrato applica (apparentemente) soltanto una regola, in un linguaggio chiaro e diretto, quest'ultimo si avvale a rigore di ognuna delle norme che convivono unitariamente nell'ordinamento, e che rivendicano coerenza ed interrelazione normativa; e specialmente dei principi che le danno fondamento, rispettando la gerarchia costituzionale.

Tali conclusioni, sulla scia del *substantive due process*, stimolano la ricostruzione del concetto di certezza del diritto. La sussunzione induce alla falsa impressione di garanzia di uguaglianza nell'applicazione della legge. Tuttavia non vi è rispetto dell'uguaglianza quando il magistrato tralascia le singolarità del caso concreto e, mediante un procedimento meccanico, fa prevalere il testo astratto della norma. D'altra parte, il sillogismo si rivela capace di camuffare le intenzioni soggettive o ideologiche del magistrato, risparmiandogli la necessità di giustificare la sua decisione ed offrendogli un salvacondotto per sottrarsi al controllo sociale, per quanto riguarda l'aderenza della sua attività interpretativa all'assiologia costituzionale. La certezza del diritto invece deve essere raggiunta mediante la compatibilità delle decisioni giudiziali con i principi ed i valori costituzionali, che traducono l'identità culturale della società.

2. Incertezze concettuali sulla ragionevolezza: precisazioni rispetto al concetto di l'equità

Nell'ambito dello sviluppo delle tecniche di bilanciamento, si assiste alla diffusione delle nozioni di «ragionevolezza» e di «proporzionalità» che, in giurisprudenza e dottrina, acquistano significati ambigui. In modo acritico, si invoca la ragionevolezza come parametro finale delle decisioni, così come la sua equiparazione ai più diversi concetti, come quelli di buona fede, abuso del diritto, equità, senso comune, giustizia del caso concreto o correzione del

concreto, attraverso anche la cultura degli operatori: giudici, avvocati, notai, funzionari. In tal modo l'esperienza arricchisce la norma, la plasma e la rende effettiva» (Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente, in Rassegna di diritto civile, vol. 1/05, Napoli, p. 192). Nello stesso senso, si è già affermato che il sistema giuridico «deve far convergere l'attività interpretativa e quella legislativa nell'applicazione del diritto, ed è aperto esattamente affinché vi si possano includere tutti i vettori condizionanti della società, incluso quelli che attuano nella cultura dei magistrati, nella costruzione della soluzione del caso concreto. La pluralità di fonti normative, quindi, non può significare perdita del fondamento unitario dell'ordinamento, poiché la sua armonizzazione deve operare secondo la Costituzione, che lo ricomponne, conferendogli così la natura di sistema» (G. TEPEDINO, Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento, in Temas de direito civil, t. III, Rio de Janeiro, 2009, p. 11).

rigore della norma astratta, regole di buon senso, eccezionale possibilità di esaminare le circostanze di fatto che incidono sul caso, rispetto delle regole di logica, esperienza comune condivisa ecc.

Ne discende la necessità di un adeguato approfondimento del dibattito, con l'individuazione di parametri obiettivi per l'applicazione della ragionevolezza, partendo dalla necessaria costruzione della sua autonomia concettuale rispetto alle altre categorie giuridiche, e al suo viscerale legame con i valori e principi dell'ordinamento giuridico, evitando il ricorso a valutazioni soggettive di scarsa affidabilità come criterio ermeneutico. In assenza di tali parametri, la ragionevolezza corre il rischio di apparire come un supporto ermeneutico ozioso o, peggio ancora, come espressione del ricorso a soluzioni arbitrarie da parte del giudice. Per evitare tale anomalia, è compito della dottrina individuare criteri stabili per l'applicazione del principio di ragionevolezza, che prendano in considerazione (i) la sua autonomia concettuale rispetto alle altre categorie; e (ii) i valori e principi dell'ordinamento giuridico.

Nell'esperienza brasiliana, il compito di definire la ragionevolezza in modo concettualmente autonomo risulta travagliato perché, in primo luogo, non c'è consenso rispetto al contenuto della ragionevolezza, e perciò si ricorre spesso ad altri concetti indeterminati nel tentativo di individuare la nozione. Tra i concetti vicini generalmente associati alla nozione di ragionevolezza v'è l'equità, considerata «*conceito con significati vari, che interessano simultaneamente la filosofia, la religione e il diritto, e presenta contorni difficili da precisare*»¹¹.

L'accostamento della equità alla ragionevolezza è dovuto, in gran parte, al fatto che, così come l'equità, la ragionevolezza si rivela polisemica. A volte considerata «meccanismo di controllo di discrezionalità legislativa ed amministrativa»¹², altre volte vincolata al «senso comune»¹³, essendo

¹¹ P. T. V. SANSEVERINO, *O princípio da reparação integral no Código Civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte*, Tese de Doutorado, UFRGS, Porto Alegre, 2007, p. 75. Nell'originale: «conceito multissignificativo, que, interessando simultaneamente à Filosofia, à Religião e ao Direito, apresenta contornos difíceis de serem precisados».

¹² G. S. C. GUEDES, *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, São Paulo, 2012, p. 257.

¹³ E. A. R. BALTHAZAR, *A legalidade no estado democrático de direito: necessidade de razoabilidade e proporcionalidade das leis*, Belo Horizonte, 2009, p. 74. Per una visione critica della giurisdizione del senso comune, v. per tutti, G. S. C. GUEDES: «il fatto è che il senso comune, come già sottolineato nel *Discurso do Método, est la dose du monde la mieux partagée*» nella misura in cui tutti pensano di essere ben forniti di tali qualità. Nel senso che, ciò che può sembrare molto ragionevole ad alcuni, può anche mostrarsi completamente insensato ad altri, specialmente se il criterio di misurazione della ragionevolezza sia

considerata anche come «imperativo di congruenza»¹⁴, la ragionevolezza oscilla tra nozioni di significato così vasto tali da rendere gli sforzi di delimitazione concettuale non molto utili¹⁵. D'altra parte, si è cercato di sviluppare metodi di applicazione della ragionevolezza attraverso formule procedimentali, che facciano riferimento anche a concetti come «equità», «congruenza» e «equivalenza»¹⁶. In tale prospettiva, le nozioni di equità e di ragionevolezza finiscono per essere equiparate¹⁷, a scapito di uno sviluppo di parametri sostanziali che, nell'ambito dei principi strumentali del bilanciamento di interessi, potrebbero essere utilizzati nel controllo delle motivazioni delle decisioni giudiziarie.

Di fatto, benché la ragionevolezza e l'equità si configurino come nozioni abbastanza ampie, è noto che l'equità porta con sé un carico semantico associato alla discrezionalità del magistrato, mentre la ragionevolezza sarebbe destinata, nel concetto contemporaneo, all'esame di criteri sostanziali per l'applicazione delle regole e dei principi nella costruzione di un ordinamento basato al caso concreto. In tale senso, l'equità, limitata alle ipotesi in cui la legge espressamente la autorizza, avrebbe una funzione contrastante con lo scopo della ragionevolezza, nonostante si riconosca il compito, ancora non raggiunto, di promuovere lo sviluppo dogmatico che permetta la utilizzazione della ragionevolezza come metodo di bilanciamento di interessi, alla luce della complessità e unità assiologica dell'ordinamento.

totalmente soggettivo. Il senso comune, in realtà, serve da fondamento alle decisioni più teratologiche» (*Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, São Paulo, 2012, p. 247).

¹⁴ J. REIS PEREIRA, *Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF*, in Daniel Sarmento; Ingo Sarlet (org.), *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro, 2011, p. 201.

¹⁵ In proposito va ricordata l'autorevole definizione del «principio di equità» fornita dalle corte brasiliane, ove si afferma che tale principio esige la sussistenza di un «equilibrio tra diritti e doveri nei contratti, vietando vantaggi esagerati per una delle parti» (STJ, 2ª S., REsp 1.073.595/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23 marzo 2011).

¹⁶ In questo senso, v. la costruzione di H. ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, 2016, pp. 192-203.

¹⁷ Al riguardo, v. STJ, 4ª T., REsp 1.060.882/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 25 giugno 2013, dove la Corte ha ritenuto di poter violare simultaneamente, sia la ragionevolezza che l'equità, al fine di concedere dei vantaggi differenziati ai partecipanti ad un medesimo piano di previdenza privata. nella decisione, si è stabilito che, «nell'ambito di un rapporto di consumo, dovrà essere presa in considerazione la vulnerabilità dei consumatori; il principio di buona-fede oggettiva comporta per il fornitore il dovere del rispetto e della lealtà, quali paradigma di condotta, essendo compito del magistrato valutare se il comportamento del fornitore ha superato il limite della ragionevolezza e dell'equità – cosa che, nel caso di specie, si dimostra palese».

3. *Ragionevolezza come metodo necessario e permanente: l'identificazione dei criteri sostanziali nelle sentenze del Superior Tribunal de Justiça (STJ)*¹⁸

In tale contesto, la ragionevolezza assume un importantissimo ruolo ermeneutico al fine di fornire un appiglio teorico all'interprete per definire in che misura la disciplina che incide su una determinata ipotesi sia coerente con l'assiologia costituzionale. È compito dell'interprete, pertanto, in nome della ragionevolezza, intravedere le conseguenze della sua attività interpretativa nel caso concreto, alla ricerca di una soluzione ragionevole che, allo stesso tempo, sia rigorosamente fedele ai valori dell'ordinamento giuridico.

Nella esperienza brasiliana, la pluralità di significati attribuiti alla ragionevolezza in sede giurisprudenziale sembra denunciare l'urgenza di riconoscere un trattamento tecnico alla materia, così da evitare una sua utilizzazione meramente formale, come una sorta di ornamento dogmatico in appoggio alla valutazione soggettiva del magistrato. Proprio al fine di illustrare la diversità dei significati attribuiti alla ragionevolezza, si potrebbero indicare alcune decisioni sintomatiche del *Superior Tribunal de Justiça (STJ)*. Al riguardo, si può evidenziare la decisione del STJ che ha mitigato, basandosi sul principio di ragionevolezza, il rigore dell'art. 771, *caput*, del codice civile brasiliano, secondo il quale perde il diritto all'indennizzo l'assicurato che non comunica all'assicuratore l'avvenuto sinistro non appena ne viene a conoscenza¹⁹. Nel caso specifico, l'assicurato aveva comunicato con ritardo l'avvenuto furto del veicolo, tuttavia, il STJ ha ritenuto che non fosse ragionevole, a fronte delle minacce subite dalla vittima del furto, pretendere che quest'ultimo informasse la compagnia assicuratrice del sinistro immediatamente dopo l'evento. Ciò in quanto, «*il timore di rappresaglie era reale e non sarebbe stato ragionevole esigere dall'assicurato un comportamento diverso, che avrebbe potuto porre in pericolo non solo la sua sicurezza, ma anche quella della sua famiglia*». La Corte, nell'esaminare il comportamento dell'assicurato alla luce dei principi di ragionevolezza e buona fede, ha così mitigato il dovere imposto dal codice civile.

In quest'ottica, si può rinvenire tale elaborazione in un'altra sentenza del STJ, dove si affronta un caso di conflitto tra il principio della

¹⁸ Il *Superior Tribunal de Justiça (STJ)* è organo giudiziario dell'ordinamento brasiliano equivalente alla Corte di Cassazione italiana.

¹⁹ Art. 771, *caput*, Codice Civile brasiliano «*Sotto pena di perdere il diritto all'indennizzo, l'assicurato comunicherà l'avvenuto sinistro all'assicuratore non appena ne verrà a conoscenza, ed intraprenderà misure immediate per mitigarne le conseguenze*».

«irripetibilità degli alimenti» e quello del «divieto di arricchimento senza causa». È stato ritenuto che le situazioni che giustificano l'irripetibilità delle somme di carattere alimentare non avrebbero potuto esser trasposte, «senza le necessarie riserve e restrizioni», nel caso in cui prevalgano interessi esclusivamente patrimoniali: «di fronte alla riforma parziale di una decisione giudiziaria che aveva sancito onorari giudiziali di soccombenza, è possibile che l'attore dell'impugnazione, in una successiva azione di recupero, pretenda la restituzione della parte indebita della parcella dell'avvocato, anche se l'avvocato, in buona fede, l'aveva già riscossa». Secondo il Giudice João Otavio de Noronha, non si tratta di «discutere la natura alimentare degli onorari per questi specifici fini, ma di verificare la portata di tale qualificazione per dirimere il supposto conflitto tra i principi *di irripetibilità degli alimenti e quello del divieto di arricchimento senza causa*». Partendo dal principio di ragionevolezza si è così concluso che «la logica che deve guidare tutto il sistema deve anche incidere nel caso concreto affinché venga stabilito che la questione dell'irripetibilità delle somme di carattere alimentare può e deve subire temperamenti»²⁰.

In un'altra decisione, invece, il STJ ha invocato la ragionevolezza nell'esaminare l'interesse alla pretesa alimentare da parte di una figlia nei confronti del padre. Nella fattispecie il STJ ha accolto la tesi con la quale il padre aveva richiesto di essere liberato dall'obbligo di prestare gli alimenti alla figlia maggiorenne giacché quest'ultima aveva già una laurea e stava frequentando un *master* presso un'università pubblica. Ad avviso del Giudice Nancy Andrichi, «*i figli civilmente capaci e laureati possono e devono gestire la propria vita, anche cercando mezzi per provvedere alla propria sussistenza, ridimensionando i propri sogni – ivi compresi quelli di perfezionamento post laurea o di altra natura tecnico-educativa – adeguandoli alla loro reale capacità finanziaria. Così, fondandosi sul principio di ragionevolezza e tenendo conto del momento socioeconomico del paese, se è possibile ritenere che la missione di educare i propri figli vada oltre rispetto alla naturale cessazione della potestà genitoriale, deve tuttavia ritenersi che essa si estingua alla conclusione, da parte dell'alimentato, del normale corso di laurea*»²¹. In questo caso, quindi, ci si è serviti del principio di ragionevolezza per promuovere il contemperamento degli interessi della figlia e del padre alla luce delle circostanze di fatto, considerando anche le condizioni socioeconomiche del Brasile per individuare i limiti dei doveri del padre in relazione al mantenimento della figlia. Secondo quanto affermato nel provvedimento, la conclusione di un

²⁰ STJ, 3ª T., REsp 1.549.836/RS, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, julg. 17 maggio 2016.

²¹ STJ, 3ª T., REsp 1.218.510/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 27 settembre 2011.

corso di laurea sarebbe una condizione sufficiente affinché una persona possa provvedere al proprio mantenimento.

In un'altra ipotesi ricorrente nella giurisprudenza brasiliana, sono stati analizzati, alla luce della ragionevolezza, i criteri da considerare per valutare la richiesta di revisione dell'efficacia esecutiva di sentenze maggiorate da una somma di denaro giornaliera dovuta per la loro inosservanza (*astreintes*)²². Nel caso in esame, il STJ ha confermato il valore esorbitante che la condanna aveva raggiunto in forza dell'applicazione della multa giornaliera per il lungo periodo di inosservanza dell'ordine giudiziale. È singolare constatare come vi sia stata divergenza tra i giudicanti nonostante le opinioni prevalenti e quelle minoritarie si siano tutte fondate sui principi di ragionevolezza e di proporzionalità. È prevalsa l'opinione per la quale l'enorme differenza tra il valore totale risultante dall'applicazione della multa giornaliera e il modesto valore dell'obbligazione principale non avrebbe dovuto servire da parametro per l'accertamento della ragionevolezza della condanna: «*Ciò che bisogna prendere in considerazione è la disponibilità della parte a rispettare la determinazione giudiziale. Inoltre, se prendessimo in considerazione l'ipotesi di confrontare la misura della multa giornaliera con il valore economico della controversia, bisognerebbe anche considerare tutti i danni e disagi derivanti dalla indebita conservazione del nome dell'autore nel registro restrittivo del credito per oltre 8 mesi, il che [...] deve esser azionato e risarcito mediante azione specifica e autonoma*»²³.

Come si può osservare, nei casi esaminati il STJ, avvalendosi espressamente del principio di ragionevolezza, ha cercato di costruire, partendo dall'identificazione di criteri sostanziali, la soluzione del caso concreto alla luce dei valori dell'ordinamento giuridico.

4. Ragionevolezza e proporzionalità: l'identità funzionale nell'esperienza brasiliana

Nonostante la ricerca topica di criteri sostanziali, le costruzioni intorno alla ragionevolezza dimostrano, in larga misura, che le riflessioni sui metodi di ponderazione, di matrice costituzionalista, si concentrano principalmente su «aspetti procedurali o interni della ponderazione». Con

²² *Lastreinte* corrisponde ad una multa giornaliera imposta dal magistrato a causa del ritardo del debitore nell'esecuzione del provvedimento giudiziale, al fine di garantirne l'effettività (c.p.c., art. 614 *bis*).

²³ STJ, 3^a T., REsp 1.192.197/SC, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, julg. 7 febbraio 2012.

la legittima preoccupazione di dimostrare che il procedimento razionale di ponderazione sia scientificamente controllabile, tali riflessioni sono orientate in modo predominante dalla prospettiva della «logica formale», facendo leva sul funzionamento strutturale della ponderazione mediante l'idealizzazione delle sue varie tappe e direttrici procedimentali.

Questi tentativi di matematizzare la ragionevolezza si traducono in «un livello di astrazione di formalismo molte volte sconcertante»²⁴. Con ciò, non solo si mantiene la sovrapposizione di metodi e principi consolidati nella teoria dell'interpretazione, che si confondono in ciascuna delle diverse fasi o tappe, ma se ne rende anche difficoltosa la corretta utilizzazione da parte dell'interprete, visto che la struttura formale ed astratta idealizzata si dimostra insufficiente per l'esame ponderativo.

Tali tecniche formaliste di applicazione della ragionevolezza si devono al tentativo di costruire una struttura simile a quella che ha avuto successo nell'ambito del principio di proporzionalità, il quale, trovando le proprie radici nel diritto amministrativo europeo, grazie soprattutto al contributo della Corte costituzionale tedesca, ha acquisito un profilo analitico e sistematico in virtù dell'opera di scomposizione nei tre sotto principi della: a) «idoneità» (mezzo atto al raggiungimento dello scopo desiderato); b) «necessità» (*la misura restrittiva impiegata dev'essere la meno onerosa, comparata con altre alternative, per il diritto in sé*); e c) «proporzionalità in senso stretto», che sta a significare che il vantaggio conseguito deve compensare i sacrifici impiegati per ottenerlo.

La dottrina sottolinea che l'equiparazione tra le nozioni di ragionevolezza e proporzionalità, entrambe «vincolate all'idea di giustizia materiale, di moderazione e razionalità», sarebbe controversa²⁵. Sotto tale profilo c'è chi sostiene che la ragionevolezza sarebbe destinata alla mitigazione degli eccessi per ottimizzare la giustizia nel caso concreto, mentre la proporzionalità sarebbe volta all'esame analitico del rapporto tra il mezzo impiegato e il fine desiderato. Gli argomenti a favore della distinzione tra le due categorie si fondano su aspetti storici, formali e strutturali. Si è così affermato che il «postulato della proporzionalità presuppone la relazione di causalità tra l'effetto

²⁴ A. SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, São Paulo, 2007, p. 167. Per l'autore, la componente valutativa è il «presupposto della ponderazione nella misura in cui essa viene giustamente ad opporsi al tradizionale uso esclusivo della sussunzione, il cui rigore metodologico non ha garantito risultati concretamente più giusti nel corso del suo lungo impero» [p. 168].

²⁵ J. REIS PEREIRA, *Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade*, in Daniel Sarmento; INGO SARLET (org.), *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro, 2011, p. 168.

di un'azione (mezzo) e la promozione di uno stato di cose (fine). Nell'adoptare il mezzo, si promuove il fine: il mezzo conduce al fine. Mentre nell'impiego della ragionevolezza come esigenza di congruenza tra il criterio di differenziazione scelto e la misura adottata c'è relazione tra una qualità e una misura adottata: una qualità non porta ad una misura, ma è criterio ad essa intrinseco»²⁶.

Si può tuttavia constatare un'identità funzionale fra tali categorie²⁷. La differenza che viene evidenziata tra i due metodi risiede, come sopra indicato, nelle origini storiche e nella forma procedurale ideata per la loro applicazione²⁸. L'associazione usuale fra ragionevolezza e proporzionalità *stricto sensu* sembra dimostrare la loro affinità funzionale, a riprova della tendenza dell'interprete di testare la ragionevolezza come relazione costi-benefici (*bilan coûts-avantages*), partendo dal presupposto logico che una determinata norma è adeguata e necessaria (in caso contrario dovrebbe essere bandita per una qualche forma di antigiusuridicità). In sintesi, non è possibile mediare l'intensità (giudizio quantitativo) senza previamente aver valutato l'adeguatezza e la necessità (giudizio qualitativo).

Quando, un po' frettolosamente, si critica la giurisprudenza dei Tribunali Superiori, affermando che quel che è proporzionale non sempre è ragionevole, ovvero si evocano aspetti esclusivamente strutturali²⁹, senza porre la dovuta attenzione alla funzione di tali nozioni; o, ancora, si ricorre al senso corrente di entrambe le espressioni (è proporzionale la legge del taglione, sebbene non sia ragionevole), si ignora che ciò che è proporzionale, in termini esclusivamente matematici, appare contrario ai valori dell'ordinamento ed è pertanto antigiusuridico. In questo senso, si afferma che la proporzionalità «*si inserisce in un processo di trasformazione del principio di legalità, di conformità*

²⁶ H. ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, 2016, p. 203.

²⁷ Come osserva S. RODOTÀ, *Diálogos com a doutrina: entrevista com o Prof. Stefano Rodotà*, in *Revista trimestral de direito civil*, vol. 11, jul. -set. /2002, p. 278; 283 «questo problema del bilanciamento degli interessi e della ragionevolezza d'alcuni interventi era un canone, un criterio tipico, soprattutto della dottrina e della giurisprudenza istituzionale, ed oggi entra anche nella nostra disciplina. Dal punto di vista dei principi è vero che la condizione tra diritti, che era bene organizzata dal punto di vista dei criteri di dissoluzioni dai sistemi codicistici tradizionali, oggi è complicata dal fatto che i principi civilistici rientrano nel quadro costituzionale e quindi sono anch'esse soggetti alle tecniche di bilanciamento che sono stati utilizzati dalla civilistica. (...) il criterio di proporzionalità è già diventato e diventerà sempre di più, come il criterio della ragionevolezza, uno degli strumenti generali, mentre era uno strumento che è stato elaborato soprattutto all'interno del diritto pubblico e del diritto costituzionale in particolare»

²⁸ L. R. BARROSO, *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, 2006, p. 362.

²⁹ V. A. DA SILVA, *O proporcional e o razoável*, in *Revista dos Tribunais*, 2002, 798, pp. 30 ss.

al diritto, quale espressione di un assetto generale dell'ordinamento fondato sulla costante ricerca di mediazione tra esigenze di certezza del diritto e di giustizia sostanziale. Con il principio di proporzionalità l'ordinamento stabilisce un sistema di garanzie nel quale è più accentuata la parte coperta dal diritto rispetto a quella coperta dalla legge, e la regola è quella creata dal fatto e dopo il fatto; il principio di proporzionalità consente al giudice un ruolo più attivo nella produzione del diritto, ma rappresenta anche un parametro quantitativo più vincolante della sua arbitrarietà, di là dalla semplice buona fede, cui spesso si fa riferimento»³⁰.

Il dibattito sulla struttura, sulla terminologia e sull'utilizzo di tali tecniche appare oggi ozioso, così come appare secondaria la discussione circa la qualificazione della ragionevolezza o della proporzionalità come principio, postulato, tecnica o metodo. Più produttiva si rivela l'individuazione di elementi sostanziali per la sua adozione, essendo ampiamente risaputo e sottolineato, grazie a sviluppi e sofisticati parametri formali, l'itinerario dell'interprete per la verifica dell'adeguatezza, della necessità e della proporzionalità in senso stretto. Il districarsi in questo itinerario procedurale si rivela difficile se è carente di contenuto di cui servirsi per tale controllo, essendo modesto il contributo che effettivamente si riconosce al controllo della discrezionalità soggettiva di ciascun interprete.

Tali preoccupazioni si intensificano quando si affronta la diffusa dottrina che, nel proporre procedure per la ponderazione, sembra riproporre il metodo sussuntivo nell'ambito dei principi, mediante il previo esame in astratto di enunciati normativi, in un'operazione meccanica che allontanerebbe, dichiaratamente e senza alcun esame funzionale, la necessità di ponderazione in tutti quei casi nei quali si è in presenza di enunciati normativi prevalenti e chiari e in assenza di conflitto tra interessi ugualmente protetti. La ponderazione sarebbe, in questa prospettiva, una tecnica meramente strumentale, vuota di contenuto, che, come tale, non offre parametri per fondare la scelta di fronte a elementi in conflitto. Il ricorso alla ponderazione verrebbe così ridotto ai c.dd. casi difficili (*hard cases*), visto che nella maggioranza dei casi prevarrebbero le «tecniche convenzionali di soluzione di antinomie che impiegano la logica sussuntiva»³¹.

³⁰ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Revista trimestral de direito civil*, vol 12, 2012, p. 149.

³¹ A.P. DE BARCELLOS, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, 2005, p. 296.

5. *I problemi del formalismo e del soggettivismo nella legalità costituzionale: il diritto come "continua creazione"*

In effetti, l'interpretazione e l'applicazione del diritto costituiscono momento unitario, il *tutt'uno* dell'attività di costruzione della norma del caso concreto. Nel pensiero di Tullio Ascarelli, «il diritto non è mai un *dato*, ma una *continua creazione* della quale è continuo collaboratore l'interprete [...]. *Il rapporto tra la legge e la sua interpretazione non è quello che corre tra una realtà e il suo specchio, ma quello che corre tra il seme e la pianta* e perciò la legge vive solo con la sua interpretazione e applicazione, che d'altra parte non è affatto mera sua dichiarazione, ma creazione di diritto, caratterizzata tuttavia dalla sua continuità col dato dal quale prende le mosse»³². In questa prospettiva, la ponderazione si rivela come una tecnica per soppesare e calibrare l'incidenza normativa, per un'attuazione permanente dinanzi all'interesse in conflitto. Il raziocinio ponderativo si applica sempre dinnanzi a regole e principi, poiché il giudizio di meritevolezza di tutela di una determinata posizione giuridica dipende necessariamente dall'analisi del caso concreto alla luce di tutti gli elementi normativi che incidono sullo stesso.

Lo sviluppo della ragionevolezza come tecnica ermeneutica permette di allontanarsi dalla logica della sussunzione, imponendo la valutazione delle circostanze concrete nell'elaborazione della norma interpretata, sempre secondo i valori dell'ordinamento, senza distinzione tra i così detti casi facili o casi difficili. Tale tecnica non prescinde, quindi, dalla costruzione di un fondamento argomentativo suscettibile di controllo. E la stessa ragionevolezza, su questa scia, non è immune dalla relatività e dalla storicità. Essa non si configura, pertanto, come un postulato neutro e permanente.

Una volta superate le concezioni giusnaturalistiche della ragionevolezza, si rende necessario il suo sviluppo come metodo che contribuisca a individuare la soluzione più rispondente al principio di legalità, il quale sottomette l'interprete (non soltanto alla lettera della legge, ma) alla logica globale del sistema e dei suoi valori normativi. La ragione giuridica della decisione deve sempre esser coerente con l'ordine storicamente condizionato³³. Su questa scia si colloca lo sforzo dottrinario volto allo sviluppo di parametri funzionali di ragionevolezza che prendano in considerazione le specificità

³² T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 158.

³³ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, in *Collana: Cultura giuridica e rapporti civili*, Napoli 14/2015, pp. 22 ss.

di ogni campo del diritto civile³⁴. La ragionevolezza, d'altro canto, non può aver come fondamento unicamente le specificità del caso concreto, come una sorta di eccezione al diritto formale e astratto, reso spontaneamente flessibile per conto della sensibilità del magistrato. In tale prospettiva si colloca lo sforzo dottrinale volto allo sviluppo di parametri funzionali di ragionevolezza.

6. Conclusioni

Nella prospettiva delle teorie dell'interpretazione contemporanee, il sistema giuridico va considerato più ampio del diritto positivo e la ragionevolezza assume ruolo centrale quale meccanismo per calibrare le risposte del giudice alle sfide suscitate dai conflitti fra interessi ugualmente tutelati dall'ordinamento, che devono essere risolti dal giudice medesimo con il suo bagaglio culturale e le sue convinzioni, tenendo come *leitmotiv* i principi, l'ideologia ed i valori presenti all'interno del sistema.

Le circostanze di fatto accertate dall'interprete non potranno pertanto mai dissociarsi dai valori dell'ordinamento. In questo modo, la ponderazione permea tutta l'attività interpretativa, facendo sì che istituti come la buona fede, l'abuso del diritto, l'equità acquisiscano un contenuto plasmato dalla loro storicità e relatività, nell'assoluto rispetto della legalità costituzionale. Si tratta di una costruzione graduale e costante nell'attuazione del magistrato, partendo dal necessario fondamento delle decisioni³⁵, mediante parametri materiali adeguati al caso concreto, in modo da contemperare gli interessi rilevanti nella lite, nonché al fine di ottenere la soluzione capace di promuovere i valori dell'ordinamento, considerato nella sua unità e complessità.

³⁴ In questo senso, la necessità che la dottrina «indichi criteri, parametri e standard per il ricorso a clausole generali, concetti indeterminati e principi, in maniera coerente con il resto dell'ordinamento giuridico, e specialmente con occhio alla superiorità normativa del testo costituzionale. L'applicazione diretta di norme ad alto grado di astrazione esige un esercizio d'identificazione di parametri da usare nella spiegazione concreta del loro contenuto, in modo che l'uniformità e la sicurezza saranno tanto maggiori quanto più si sia avanzato nel consenso intorno a tali parametri» (A. SCHREIBER; C. KONDER, *Uma agenda para o direito civil-constitucional*, in *Revista Brasileira de Direito Civil*, 2016, 10, p. 16, disponibile all'indirizzo: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_02_doutrina-nacional_uma-agenda.pdf).

³⁵ C. KONDER, *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri*, in *Rev. Fac. Dir. – UFPR*, Curitiba, 60, 2015, p. 209.

Abstract

In the civil-law systems, the due process of law has been traditionally designed to ensure compliance with formal and procedural requirements. The noticed changes in social reality, especially after the emergence of new technologies, require new methods to protect the interests of vulnerable persons, permanently exposed to increased risk and damage. The application of principles (instead of the rules) become essential, while the notion of legal certainty takes on a new meaning: as the syllogistic process of applying specific and abstract rules comes into crisis, the development of new methods of interpretation of law becomes the central object of the doctrinal debate. Within this historical process, reasonableness and proportionality arise in case law as principles which function is to create substantive standards for weighting legal principles and rules. The reasonableness technique, specially, should contribute to the weighting of potentially legitimate interests in conflict, what can only be done if the content of reasonableness becomes properly studied and developed both on courts and among legal scholars. Thus, it is necessary to propose the content of the reasonableness technique, as well as its possible applications, with conceptual autonomy in relation to other categories - such as good faith, equity and proportionality

Francesco Duranti*

Corti e Parlamenti
Dialoghi, confronti, comparazioni

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Elementi per un nuovo modello di giustizia costituzionale. – 3. L'esperienza della Nuova Zelanda. – 4. Il caso del Regno Unito. – 5 La singolarità del caso canadese. – 6. Parlamenti e Corti in dialogo.

1. *Introduzione*

Il ruolo pervasivo delle Corti in relazione alla effettiva dimensione della separazione dei poteri è oggi, come noto, al centro delle riflessioni sull'attuale configurazione dello Stato costituzionale e sulle diverse dinamiche che caratterizzano gli assetti istituzionali negli ordinamenti contemporanei¹.

Dal punto di vista giuspubblicistico, due principali modelli si sono a lungo confrontati nel prisma comparato: quello, risalente, di incontestata supremazia parlamentare – tipico dell'esperienza britannica – che non consente alle Corti di porre in discussione la legittimità della legge; e quello, più recente – di stampo statunitense ed europeo continentale – che, in nome della superiorità della Costituzione, affida alle Corti, ordinarie o costituzionali, di sindacare la legge, annullandola o disapplicandola nel caso di irrimediabile contrasto con la norma fondamentale².

Negli ultimi anni questa radicale dicotomia si è andata progressivamente attenuando ad opera di un diverso modello, in corso di sviluppo in alcuni ordinamenti di matrice anglosassone (Regno Unito, Canada,

* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università per stranieri di Perugia

¹ Su tali dinamiche, vd. il recente saggio di A. STONE SWEET, *A Kantian system of constitutional justice: Rights, trusteeship, balancing*, in *Global Constitutionalism*, 2017, p. 377 ss.

² Per un'attenta sistematica comparata dei modelli di giustizia costituzionale, cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 542 ss.; vd. anche D.M. BRINKS, A. BLASS, *Rethinking judicial empowerment: The new foundations of constitutional justice*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2017, p. 296 ss.

Nuova Zelanda), i quali hanno sperimentato nuove soluzioni in ordine al rapporto tra poteri ed alla questione dell'interpretazione della legge e dove è attualmente in corso, più in generale, un profondo, stimolante, dibattito sul ruolo complessivo del Giudiziario nell'ordinamento costituzionale (in particolare, anche a seguito delle controverse pronunce delle Corti superiori britanniche sulla delicata questione della *Brexit*³).

Il nuovo modello di cui si discute prevede, infatti, una sorta di 'dialogo' tra Corti e Parlamento, in base al quale non è consentito alle Corti di disapplicare alcuna norma di legge nell'ipotesi di ritenuto contrasto con i diritti fondamentali, ma gli è, invece, imposto di adottare la lettura interpretativa della legislazione che possa dirsi più compatibile possibile con i diritti medesimi⁴.

Nel caso di contrasto insanabile tra legge e diritti, il modello assicura – dopo che le Corti abbiano sperimentato tutte le interpretazioni possibili della norma sottoposta a giudizio – la definitiva prevalenza della volontà del legislatore, rimanendo consentita alle Corti esclusivamente l'adozione di specifiche dichiarazioni d'incompatibilità, con le quali le stesse segnalano al Parlamento l'esistenza del contrasto e l'esigenza di una modifica delle norme incompatibili: la quale modifica può, però, essere discrezionalmente disposta dal solo legislatore, che mantiene inalterata la prerogativa costituzionale alla pronuncia definitiva in materia.

Nella prospettiva di indagine che si intende sviluppare, il nuovo modello sembra, perciò, delineare una serie di interessanti caratteristiche istituzionali, meritevoli di adeguato approfondimento comparativo: a) tende ad attivare una nuova dinamica tra Corti e Parlamento in materia di diritti fondamentali; b) mira a realizzare un maggiore equilibrio complessivo nel rapporto tra poteri dello Stato; c) prevede un più attivo coinvolgimento di Esecutivo e Legislativo in tema di situazioni giuridiche soggettive, anche attraverso una innovativa forma di controllo preventivo della legislazione in corso di approvazione da parte delle Assemblee parlamentari; d) prova a ridurre i casi di contrasti interpretativi in ordine ai diritti fondamentali⁵.

³ Sulle quali, cfr. M. ELLIOT, *Judicial Power and the United Kingdom's Changing Constitution*, in *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 49/2017*; G.F. FERRARI, *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, in *Forum DPCE on-line* (giugno 2017).

⁴ A.L. YOUNG, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, OUP, 2017.

⁵ Con il risultato anche di fornire un contributo alla "costruzione di una teoria della giustizia costituzionale che sappia tenere in equilibrio le ragioni, da un lato, della superiore razionalità della *iuris-dictio* delle Corti supreme o costituzionali, e, dall'altro, le permanenti, fortissime ragioni democratiche della *legis-latio*, in contesti peraltro segnati da una sempre maggiore complessità e da frequenti interazioni e incontri, ma anche

2. Elementi per un nuovo modello di giustizia costituzionale

Negli ordinamenti costituzionali di Australia, Canada e Nuova Zelanda, si assiste, di recente, ad un intenso fermento di sperimentazioni costituzionali⁶, che sta gradualmente edificando un nuovo modello di costituzionalismo, differente da quello statunitense e da quello europeo continentale, soprattutto per ciò che concerne le relazioni costituzionali tra il legislativo ed il giudiziario, con la conseguenza di influenzare profondamente, anche in questa materia, l'assetto istituzionale della ex madrepatria⁷.

La circolazione dei modelli tra gli ordinamenti di matrice anglosassone si è sviluppata più intensamente a partire dalla fine del secolo scorso, allorché, con l'introduzione della Carta dei diritti e delle libertà nella nuova Costituzione canadese del 1982, prende ad evidenziarsi un intenso fenomeno di «migrazione costituzionale»⁸ che produce il risultato di introdurre negli ordinamenti giuridici di Nuova Zelanda, Regno Unito (e a livello solo locale in Australia), nuovi *Bills of Rights*, con i quali si sperimentano forme di tutela più efficace dei diritti fondamentali⁹.

La circolazione dei modelli negli ordinamenti di matrice anglosassone determina, inoltre, accanto all'approvazione delle nuove Carte dei diritti, anche l'introduzione di originali strumenti interpretativi e dichiarativi a favore delle Corti, alle quali è ora concesso un ruolo di più penetrante sindacato nei confronti del legislatore, tradizionalmente in posizione d'inattaccabile primazia istituzionale nell'ordinamento, grazie al classico (ed a lungo incontestato) principio costituzionale di *sovereignty of Parliament*¹⁰.

scontri, fra ordinamenti, fonti, Carte, Corti e culture”: così, di recente, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della 'coscienza sociale', interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC* n. 4/2017, p. 16.

⁶ Come pure rileva T.E. FROSINI, *Le «derivazioni» dirette del sistema inglese: Australia, Canada, Nuova Zelanda*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, III ed., 2017, p. 55 ss.

⁷ La ricerca scientifica su tale stimolante settore di indagine comparativa è stata, come noto, avviata a partire dal contributo di S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *American Journal Comparative Law*, 2001, p. 707 ss.; ora più ampiamente sviluppata dallo stesso autore in S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, CUP, 2013.

⁸ Per impiegare la felice espressione coniata da S. CHOUDRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, CUP, 2006.

⁹ R. LECKEY, *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, CUP, 2015.

¹⁰ Su questo principio, autentica pietra angolare del costituzionalismo britannico, vd., tra

Tali nuovi strumenti a disposizione delle Corti si sviluppano sia grazie a specifiche previsioni normative (Regno Unito), che per via di prassi giudiziale (Nuova Zelanda), e mirano, in sostanza, a consentire alle Corti di sperimentare nuove tecniche interpretative in materia di tutela dei diritti e di poter pronunciare, nel caso di rilevata antinomia tra Carta dei diritti e legislazione parlamentare, apposite «dichiarazioni di incompatibilità», che non producono l'effetto di annullare o disapplicare le norme contrastanti con i diritti, ma hanno lo scopo di segnalare al Parlamento l'esistenza di detto conflitto e, di conseguenza, di suggerire una loro rimozione attraverso l'espressa abrogazione (o modificazione) che può avvenire, però, ad opera del solo legislatore.

Con la conseguenza di dar vita ad un nuovo modello di tutela costituzionale dei diritti e di giustizia costituzionale, che si differenzia da quelli tradizionali sino ad ora esistenti e che si sviluppa secondo direttrici originali, meritevoli di attenta considerazione comparativa.

Parzialmente difforme appare, sul punto, l'esperienza del Canada, laddove, dalla *patriation* della Costituzione in poi, le Corti dispongono del tradizionale sindacato diffuso di costituzionalità, che consente alle stesse di disapplicare le norme di legge ritenute in contrasto con la Costituzione (e, dunque, soprattutto con la Carta dei diritti).

Tuttavia, anche l'esperienza canadese merita di essere analizzata assieme alle altre degli ordinamenti di matrice anglosassone presi qui in considerazione, atteso che, grazie ad una celebre disposizione della Carta – la celebre «notwithstanding clause» (*sect.* 33) – anche in quell'ordinamento si sperimenta un originale, del tutto peculiare, assetto istituzionale dei rapporti tra legislativo e giudiziario in materia di tutela dei diritti, che consente, per tale via, di includere anche il Canada nell'ambito del nuovo modello di giustizia costituzionale attualmente in corso di evoluzione negli ordinamenti in questione.

3. *L'esperienza della Nuova Zelanda*

In Nuova Zelanda¹¹, pochi anni dopo l'entrata in vigore della Carta

gli altri, J. GOLDSWORTHY, *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge, CUP, 2010; A.L. YOUNG, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

¹¹ J. HIEBERT, J.B. KELLY, *Parliamentary Bill of Rights. The Experiences of New Zealand and the United Kingdom*, Cambridge, CUP, 2015.

dei diritti nell'ordinamento canadese, la stessa viene presa come modello di riferimento – in parte da imitare ed in parte da respingere – allorché si avvia il dibattito parlamentare sulla necessità di ricondurre l'ordinamento neozelandese in linea di più stretta conformità con gli accordi internazionali stipulati da quel paese in tema di diritti umani¹².

Nella Carta dei diritti neozelandese (*New Zealand Bill of Rights Act* 1990 – NZBORA, che ha il rango di legge ordinaria¹³) sono, infatti, espressamente elencati i diritti fondamentali protetti e si assegnano nuovi compiti interpretativi alle Corti, nonché si individua, in sede di approvazione parlamentare della nuova legislazione, uno specifico meccanismo di controllo preventivo sulla compatibilità di detta legislazione con il catalogo dei diritti tutelati dalla Carta.

Al fine di evitare interpretazioni della legge contrastanti con il catalogo dei diritti, le Corti – qualora siano possibili diverse interpretazioni della norma – hanno l'obbligo di preferire quella più compatibile con i diritti sanciti dalla Carta (*sect.* 6 NZBORA), atteso che le possibili limitazioni alle libertà ed ai diritti sono solo quelle ragionevoli e tali da essere considerate giustificabili in una società libera e democratica (*sect.* 5 NZBORA).

Alle Corti è, tuttavia, precluso – a differenza del modello canadese – di sindacare la legislazione, disapplicando le norme ritenute contrastanti con la Carta, né, del resto, risulta possibile dichiarare le stesse disposizioni di legge invalide, inefficaci o, comunque, implicitamente abrogate (*sect.* 4 NZBORA): tutto ciò in formale ossequio del tradizionale principio di *sovereignty of Parliament*.

A breve distanza dall'entrata in vigore della nuova Carta, le Corti hanno, in ogni caso, rapidamente colto le nuove potenzialità interpretative introdotte dalle nuove disposizioni, iniziando ad utilizzare la Carta con frequenza progressivamente crescente nelle varie controversie giudiziarie.

Un ruolo di assoluto rilievo ha giocato, in questo ambito, la *Court of Appeal*, la quale ha ben presto significativamente affermato che:

a) le disposizioni della Carta dei diritti debbono essere interpretate finalisticamente ed in maniera estensiva, piuttosto che solo tassativamente¹⁴;

¹² Sulla genesi del NZBORA, cfr., in particolare, D. ERDOS, *Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2007, p. 343 ss.

¹³ La dottrina neozelandese non manca, tuttavia, di segnalare la natura sostanzialmente superprimaria del NZBORA: cfr., in questo senso, P. RISHWORTH, *New Zealand*, in D. OLIVER, C. FUSARO (eds.), *How Constitutions Change*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2011, p. 253-255.

¹⁴ *R v. Butcher* (1992) 2 NZLR 257 (CA).

b) lo *status* di legge ordinaria della Carta non ne inficia in alcun modo la sua speciale rilevanza per l'ordinamento¹⁵.

La medesima Corte ha, poi, sviluppato un'innovativa giurisprudenza in materia di rimedi giudiziari per le violazioni della Carta dei diritti.

In assenza d'una espressa previsione di legge in tal senso nel NZBORA, la Corte d'Appello ha, infatti, considerato quali rimedi apprestare per il caso di violazioni della Carta, stabilendo, ad esempio, l'inutilizzabilità delle prove raccolte illegittimamente¹⁶, o l'annullamento del processo per l'eccessiva durata del tempo trascorso tra il rinvio a giudizio e lo svolgimento dell'udienza dibattimentale di prova¹⁷.

Ma soprattutto ha creato – nella pronuncia *Simpson v. Attorney-General (Baigent's Case)*¹⁸ – una vera e propria nuova categoria giurisprudenziale di risarcimento dei danni, definita «*public law compensation*», nel caso in cui dalla violazione delle norme della Carta dei diritti possano risultare danni provocati dalla condotta illegittima delle pubbliche autorità (nel caso di specie, una perquisizione domiciliare illegittima perché effettuata nell'abitazione della persona sbagliata).

In una successiva, ancor più innovativa e coraggiosa pronuncia – *Moonen v. Film and Literature Board of Review*¹⁹ – la Corte d'Appello, in un sintetico quanto efficace *obiter dictum*, si è, poi, riservata la facoltà di pronunciare espresse «indications of inconsistency» nel caso in cui possa ravvisarsi una effettiva incompatibilità tra i diritti menzionati nella Carta e le disposizioni di legge rilevanti nella controversia:

«[The] purpose [of section 5] necessarily involves the Court having the power, and on occasions the duty, to indicate that although a statutory provision must be enforced according to its proper meaning, it is inconsistent with the Bill of Rights, in that it constitutes an unreasonable limitation on the relevant right or freedom which cannot be demonstrably justified in a free and democratic society. Such judicial indication will be of value should the matter come to be examined by the [United Nations] Human Rights Committee. It may also be of assistance to Parliament, if the subject arises in that forum. In the light of the presence of s. 5 in the Bill of Rights, New Zealand society as a whole can rightly expect that on appropriate occasions the Courts will indicate whether a particular legislative provision is or is not justified thereunder»²⁰.

¹⁵ *R v. Te Kira* (1993) 3 NZLR 261 (CA).

¹⁶ *Ministry of Transport v. Noort* (1992) 3 NZLR 260 (CA).

¹⁷ *Martin v. Tauranga District Court* (1995) 2 NZLR 419 (CA).

¹⁸ (1994) 3 NZLR 667 (CA).

¹⁹ (2000) 2 NZLR 9 (CA).

²⁰ Per una recente applicazione di tale giurisprudenza, ad opera della stessa Corte, cfr.

Queste indicazioni di incompatibilità non hanno, secondo la Corte, alcun effetto giuridico vincolante, dal momento che non possono porsi in contrasto con la sibillina norma di cui alla già richiamata *sect. 4* del NZBORA e, dunque, non possono comportare la disapplicazione o l'abrogazione implicita di alcuna disposizione di legge: hanno, tuttavia, il pregio di segnalare al Parlamento una accertata ipotesi di contrasto con la Carta dei diritti, lasciando al solo legislatore il compito di decidere di eventualmente rimuovere la norma ritenuta incompatibile²¹.

La pronuncia ha suscitato – com'è ovvio – un ampio dibattito e non poche polemiche tra le forze politiche, ma il Parlamento non ha reagito legislativamente sconfessando la decisione: anzi, l'anno successivo alla sentenza, la Camera ha approvato un emendamento allo *Human Rights Act 1993*, introducendo (alla *sect. 92J* della legge) la facoltà per le Corti di pronunciare, appunto, «declarations of inconsistency» nel solo caso, però, di rilevata incompatibilità delle norme di legge con il divieto di discriminazione di cui alla *sect. 19* del NZBORA²².

La Corte d'Appello ha, poi, fatto largo uso dei poteri interpretativi concessi dalla *sect. 6* del NZBORA, procedendo, in numerosi casi, ad una interpretazione ampia ed innovativa delle norme di legge oggetto di scrutinio, onde ricondurle in armonia con il catalogo dei diritti fondamentali, anche al fine di evitare l'adozione di espresse dichiarazioni di incompatibilità²³.

Quanto alla Corte Suprema, ha anch'essa avuto occasione, nella sua pur non ancora corposa giurisprudenza, di affermare importanti principi interpretativi in tema di protezione dei diritti fondamentali e di bilanciamento dei poteri tra Corti e Parlamento.

In primo luogo, in una serie di decisioni relative al diritto di asilo e

Attorney-General v. Taylor (2017) NZCA 215.

²¹ Sull'efficacia di tali dichiarazioni di incompatibilità nell'ordinamento neozelandese, cfr. ora C. GEIRINGER, *The Constitutional Role of the Courts under the NZ Bill of Rights: Three Narratives from Attorney-General v. Taylor*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, n. 48, 2017.

²² Tali dichiarazioni hanno l'effetto di obbligare: a) il Parlamento a prenderle espressamente in considerazione, b) il Governo a fornire una sua motivata risposta in merito (*Human Rights Act 1993, sect. 92K*). Com'è noto, lo *Human Rights Act 1993* «is essentially an anti-discrimination statute, with the added dimension that complaints against legislation and not just public or private sector conduct are possible»: così P. RISHWORTH, *New Zealand*, cit., p. 255, nota 47.

²³ Per la giurisprudenza di rilievo in materia, vd. soprattutto B. HARRIS, *Judicial Activism and New Zealand's Appellate Courts*, in B. DICKSON (ed.), *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 273 ss.

allo *status* di rifugiato²⁴, la Corte Suprema ha preso in considerazione il combinato disposto delle norme degli accordi internazionali sottoscritti dalla Nuova Zelanda in materia di diritti umani e le disposizioni contenute nel NZBORA, per affermare la diretta applicabilità delle prime anche se non trasposte espressamente in norme di diritto interno, rifiutando così l'approccio dualistico classico esistente da tempo in materia, con lo scopo di assicurare una protezione più efficace ai diritti di tutti quei soggetti che, con il rigetto della richiesta di asilo, sarebbero potuti andare incontro – nel paese richiedente l'estradizione – alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti crudeli e sproporzionati, così violando le *sectt.* 8 e 9 del NZBORA.

In un'altra importante decisione²⁵, la *Supreme Court* ha, poi, avuto modo di chiarire più efficacemente le conseguenze di natura pecuniaria derivanti dalla violazione del NZBORA, sviluppando, in tal modo, la decisione della Corte d'Appello nel *Baigent's case* del 1994.

Nel caso in questione, proposto da una serie di detenuti sottoposti ad un regime carcerario speciale e particolarmente severo, la Corte Suprema ha stabilito che tale regime carcerario d'eccezione ha violato inammissibilmente la *sect. 23* del NZBORA, privando gli stessi del loro diritto ad essere trattati con umanità e con il rispetto della loro dignità inviolabile, con ciò stesso esponendo le pubbliche autorità al risarcimento di tutti i danni causati ai detenuti, così costruendo in via giurisprudenziale la categoria dei «*public law damages*», la quale rappresenta una più solida evoluzione della precedente nozione di «*public law compensation*» sviluppata dalla Corte d'Appello in *Baigent's*, risultando ora meglio chiariti i contorni teorici della categoria ed i presupposti processuali dell'azione.

Di particolare interesse in ordine alla categoria giuridica delle dichiarazioni di incompatibilità appare, poi, la pronuncia²⁶ sull'inversione dell'onere della prova in materia di legislazione sul possesso di stupefacenti, con la quale la Corte, facendo largo ricorso alla citazione di precedenti giudiziari della Corte Suprema canadese²⁷, ha non soltanto fornito una lettura rigorosa della speciale disciplina penalistica oggetto di giudizio, ma ha soprattutto avuto modo di dettare importanti criteri interpretativi in ordine ad una delle

²⁴ *Zaoui v. Attorney-General* (2005) 1 NZLR 577 (SC); *Zaoui v. Attorney-General (No. 2)* (2006) 1 NZLR 289 (SC).

²⁵ *Taunoa v. Attorney-General* (2008) 1 NZLR 429 (SC).

²⁶ *R v. Hansen* (2007) NZSC 74.

²⁷ Sulla circolazione delle sentenze e sulla convergenza giurisprudenziale in tema di diritti fondamentali negli ordinamenti di matrice anglosassone, cfr. anche G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 27 ss.

questioni giuridiche più controverse nel paese, ovvero quale metodologia impiegare nell'interpretazione delle disposizioni di cui alle *sectt.* 4, 5 e 6 del NZBORA²⁸.

Con un'opinione redatta a stretta maggioranza (3-2), la Corte Suprema – premesso che le norme in questione rappresentano, in ogni caso, una sorta di clausola aperta ad ogni necessaria futura evoluzione interpretativa – ha chiarito l'approccio metodologico da seguire nella loro interpretazione, il quale richiede un complesso procedimento argomentativo che si sviluppa in ben sei fasi successive:

1) è, innanzitutto, necessario accertare l'intenzione del legislatore nell'adozione della disposizione oggetto di interpretazione;

2) deve, poi, accertarsi se tale intento appaia *prima facie* in contrasto con uno dei diritti e delle libertà protette dalla Carta;

3) se emerge una apparente antinomia, deve, quindi, valutarsi se tale incompatibilità è, comunque, da considerarsi ragionevole e giustificabile ai sensi della *sect.* 5 del NZBORA;

4) se l'incompatibilità è «ragionevolmente giustificata», tale incompatibilità è ammessa e prevale l'intento del legislatore;

5) se, invece, l'intenzione del legislatore non appare giustificata in base alla *sect.* 5, deve procedersi ad una nuova valutazione della norma ai sensi della successiva *sect.* 6, affinché possa essere individuata una nuova interpretazione della stessa non incompatibile (o, comunque, meno incompatibile) con uno dei diritti della Carta, e, in tale caso, questa interpretazione deve essere prescelta dalle Corti;

6) nel caso in cui, al contrario, non sia possibile adottare alcuna interpretazione compatibile con i diritti protetti dalla Carta, la *sect.* 4 impone, in definitiva, di adottare comunque l'interpretazione che risulta dalla volontà del legislatore, con la facoltà per le Corti di formulare una specifica dichiarazione di incompatibilità.

In ordine alla questione della effettiva configurabilità giuridica delle richiamate dichiarazioni di incompatibilità, la Corte afferma, quindi, che dette dichiarazioni non solo sono legittime, ma costituiscono, anzi, una vera e propria «constitutional responsibility» per le Corti neozelandesi, laddove, avendo sperimentato tutte possibili interpretazioni di una norma di legge, nessuna di esse risulti compatibile con la Carta dei diritti, sì che non resta alle stesse Corti che – facendo fedele applicazione della *sect.* 4 del NZBORA

²⁸ «The so-called section 4-5-6 puzzle»: così S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 2001, p. 730.

– dare la prevalenza interpretativa alla predetta norma incompatibile con la Carta, ma, al contempo, avvisando il legislatore (tramite, appunto, la formulata dichiarazione di incompatibilità) dell'esistenza di questa grave antinomia con i diritti fondamentali.

Per quanto concerne le conseguenze giuridiche di tali dichiarazioni di incompatibilità, la Corte ha l'occasione di chiarire la portata del precedente di cui al caso *Moonen*, affermando espressamente che dette dichiarazioni non comportano alcun vincolo giuridico per il Parlamento: «*other branches of government are under no obligation to change the law to remedy the inconsistency, but it is a reasonable constitutional expectation that there will be a reconsideration by them of the inconsistent legislation*», dal momento che «*the Court's opinion as to the consistency of the legislation with the NZ Bill of Rights will have a social value in bringing to notice an enactment which is inconsistent with fundamental rights and freedoms and that Parliament, in enacting the NZ Bill of Rights, had accepted the prospect of such judicial assessments*»²⁹.

Questa «ragionevole aspettativa costituzionale» di modifica della legislazione incompatibile discende, secondo la Corte, da due ordini di ragioni, ovvero: a) dalla speciale rilevanza dei diritti fondamentali nell'assetto costituzionale; b) dalla necessità di armonizzare la protezione di detti diritti allo standard richiesto dall'adesione della Nuova Zelanda ai Trattati internazionali in materia.

In questa pronuncia si delineano, dunque, con chiarezza le caratteristiche essenziali dei nuovi compiti interpretativi e dichiarativi affidati alle Corti neozelandesi in tema di tutela dei diritti.

Al fine di conciliare il principio istituzionale di primazia parlamentare con la necessità di assicurare garanzia di effettività ai diritti fondamentali, il modello in corso di evoluzione in Nuova Zelanda individua un bilanciamento che prevede una sorta di dialogo tra Corti e Parlamento³⁰,

²⁹ *R v. Hansen*, cit., par. 253-254.

³⁰ Quale esempio di dialogo tra Corti e legislatore, può ricordarsi la pronuncia *Quilter v. Attorney-General* (1998) 1 NZLR 523 (CA), in tema di *same-sex marriage*, laddove la Corte, impiegando un cauto *self-restraint*, respinge la richiesta di interpretare estensivamente la legislazione neozelandese sul matrimonio sino a considerare in essa inclusa anche l'unione omosessuale: «the fact that six years after *Quilter*, the House of Representatives enacted the *Civil Unions Act* after serious parliamentary debate, has also been posited as evidence that judicial-legislative dialogue is working reasonably well»: così S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, p. 186. Sul dialogo Corti-Parlamento, vd. anche, ampiamente, A. GEDDIS, *Inter-Institutional "Rights Dialogue" under the New Zealand Bill of Rights Act*, in T. CAMPBELL, K.D. EWING, A. TOMKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essay*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p.

in base al quale la Carta dei diritti è contenuta in una fonte di rango formalmente ordinario che non consente, dunque, alle Corti di disapplicare alcuna norma di legge per il caso di ritenuto contrasto con il catalogo dei diritti fondamentali, ma che gli impone di adottare, in ogni caso, la lettura interpretativa della legislazione che possa dirsi più compatibile possibile con i diritti medesimi, atteso che tali diritti possono trovare le sole limitazioni ragionevoli e considerate giustificabili in una società libera e democratica come quella neozelandese³¹.

Nel caso di contrasto insanabile tra legge e diritti, poi, il modello prevede comunque la sicura e definitiva prevalenza della volontà del legislatore, rimanendo consentita alle Corti l'adozione di specifiche dichiarazioni di incompatibilità, con le quali le stesse segnalano al Parlamento l'esistenza del contrasto e l'esigenza di una modifica delle norme incompatibili, la quale modifica può, però, essere disposta dal solo legislatore, che mantiene la piena prerogativa costituzionale del diritto "all'ultima parola" in materia³².

Dal punto di vista della concreta prassi giudiziale in ordine alle dichiarazioni di incompatibilità, deve, in ogni caso, segnalarsi come le Corti neozelandesi appaiono particolarmente restie ad impiegare lo strumento in parola, dal momento che – dopo averne affermato da tempo la giuridica possibilità³³ – le stesse Corti hanno, sino ad ora, pronunciato una sola dichiarazione di incompatibilità tra norme di legge e Carta dei diritti³⁴.

150 ss.

³¹ Sulla tutela dei diritti fondamentali in Nuova Zelanda dopo il NZBORA, cfr. G. HUSCROFT, P. RISHWORTH, "You Say You Want a Revolution": *Bill of Rights in the Age of Human Rights*, in D. DYZENHAUS, M. HUNT, G. HUSCROFT (eds.), *A Simple Common Lawyer: Essays in Honour of Michael Taggart*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 135 ss.

³² Come conferma, di recente, la stessa Corte Suprema, «the Court is not required to undertake the same legislative or law-creating balancing exercise. The task for the Court is to interpret the law in the meaning least restrictive for rights»: *Morse v. The Police* (2011) NZSC 45.

³³ Nei richiamati casi *Moonen* (2000) ed *Hansen* (2007).

³⁴ In *Attorney-General v. Taylor* (2017) NZCA 215, sulla quale vd. ora A. GEDDIS, "Declarations of Inconsistency" under the New Zealand Bill of Rights Act 1990', U.K. Const. L. Blog (19 June 2017), nella quale la Corte d'Appello ha drasticamente affermato che "inconsistency between statutes is a question of interpretation, and hence of law, and it lies within the province of the courts". Per una aggiornata e complessiva valutazione del dialogo tra Corti e Parlamento in Nuova Zelanda, cfr., da ultimo, C. GEIRINGER, *The Constitutional Role of the Courts under the NZ Bill of Rights: Three Narratives from Attorney-General v. Taylor*, in *Victoria Univ. Well. L. Rev.*, n. 48, 2017.

4. Il caso del Regno Unito

L'esperienza neozelandese viene, qualche anno dopo, osservata con particolare attenzione nel Regno Unito, allorché si pone, sul finire del secolo scorso, la questione della effettiva compatibilità dell'ordinamento britannico con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Com'è noto, infatti, l'ordinamento neozelandese e quello del Regno Unito condividono appieno due elementi caratteristici di quegli assetti costituzionali: il carattere non scritto della Costituzione ed il principio fondamentale della *sovereignty of Parliament*, con il risultato di rendere impraticabile, per lungo tempo, qualsiasi ipotesi di sindacato giudiziario delle leggi da parte delle Corti³⁵.

Nel dibattito parlamentare e dottrinale che precede l'adozione, nel 1998, dello *Human Rights Act* (HRA)³⁶ – con il quale viene, appunto, disposta l'incorporazione della CEDU nell'ordinamento britannico – la Carta neozelandese costituisce, dunque, un naturale punto di riferimento dal quale partire per delineare una nuova Carta dei diritti che risulti compatibile con la tradizione costituzionale del Regno Unito, soprattutto in relazione alle nuove funzioni assegnate al giudiziario nella tutela dei diritti fondamentali.

Anche la Carta britannica appartiene, infatti, al novero dei *parliamentary bills of rights*, ovvero a quelle Carte dei diritti che hanno rango giuridico formalmente ordinario, in quanto pariordinate, nel sistema delle fonti normative, alla legislazione primaria, non risultando, di conseguenza, *entrenched*, come accade, invece, per la Carta canadese (che è, perciò, classificabile come un vero e proprio *constitutional bill of rights*)³⁷.

³⁵ Cfr. J. KOKOTT, M. KASPAR, *Ensuring Constitutional Efficacy*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 797 ss.; A. TORRE, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. MEZZETTI (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, I, Padova, Cedam, 2009, p. 317 ss.

³⁶ La letteratura giuridica sull'HRA è ormai sterminata: tra le opere più recenti, nella dottrina britannica, cfr. almeno R. MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; T. CAMPBELL, K.D. EWING, A. TOMKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essay*, Oxford, Oxford University Press, 2011; e i vari contributi presenti nell'ampio *Symposium: The Changing Landscape of British Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, pp. 79-273.

³⁷ Sviluppa interessanti considerazioni comparative su tali modelli il saggio proposto da J. HIEBERT, *Constitutional experimentation: rethinking how a bill of rights function*, in

Analogamente al modello neozelandese, poi, l'HRA impone alle Corti un obbligo di interpretazione conforme³⁸, ovvero di adottare sempre, nel caso di più opzioni interpretative possibili, quella che risulti più compatibile con i diritti protetti dalla Carta (*sect. 3, HRA*)³⁹.

Sempre in linea di conformità con il NZBORA, anche la Carta britannica istituisce, inoltre, un controllo preventivo politico di compatibilità tra la legislazione in corso di approvazione in Parlamento ed il catalogo dei diritti protetti: è previsto, infatti, che il ministro responsabile di un disegno di legge presentato in Parlamento formuli – prima della seconda lettura parlamentare – una apposita dichiarazione innanzi alle Camere secondo cui, a giudizio del Governo, le disposizioni del disegno di legge sono compatibili con la Carta o, nel caso contrario⁴⁰, che il Governo desidera che il Parlamento proceda comunque con l'esame del testo in discussione (*sect. 19, HRA*)⁴¹.

La Carta britannica si differenzia, tuttavia – almeno *prima facie* – dal

T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 298 ss.

³⁸ Sull'interpretazione conforme nei vari ordinamenti di matrice anglosassone, vd., in particolare, V.C. JACKSON, J. GREENE, *Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts?*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 599 ss.; e, più in generale, sull'interpretazione costituzionale, cfr. J. GOLDSWORTHY, *Constitutional Interpretation*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 784 ss.

³⁹ «*So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights*» (*sect. 3, HRA*).

⁴⁰ Nella prassi, si è avuto, sino ad ora, un solo caso di applicazione della *sect. 19*, in relazione al *Communications Act 2003*: «as a result, Parliament believed that, although the legislation potentially breached ECHR article 10 concerning freedom of expression, it would proceed nonetheless as permitted under section 19. Indeed, it could be considered that Parliament's deliberation of the issue proved important in persuading the House of Lords to rule unanimously that courts should regard the law as compatible with ECHR article 10 in a subsequent case (*R v. Secretary for Culture, Media and Sport [2008] UKHL 15*)»: R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 100.

⁴¹ Nel modello neozelandese la dichiarazione è, invece, resa in Parlamento dall'*Attorney-General* e, dunque, da un soggetto che possiede un maggior grado di autonomia istituzionale dall'esecutivo. Sempre in ordine al controllo preventivo, deve rilevarsi come, in coincidenza con l'entrata in vigore dell'HRA nell'ottobre 2000, è stato istituito dalle Camere un apposito *Joint Committee on Human Rights* (JCHR), con il compito specifico di sottoporre ad attento scrutinio le dichiarazioni di compatibilità formulate dal Governo e, più in generale, di predisporre ampie relazioni sulla questione della tutela dei diritti umani nel Regno Unito: cfr., sul punto, J. HIEBERT, *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 1 ss.

modello neozelandese, in quanto è espressamente inserita nell'HRA una specifica previsione normativa che introduce un nuovo potere dichiarativo concesso alle Corti nei casi di rilevata antinomia tra Carta dei diritti e legislazione.

Nella Carta in vigore nel Regno Unito è, infatti, normativamente stabilito che, nel caso in cui non sia possibile procedere ad una interpretazione conforme della legislazione (primaria e secondaria) alla Carta stessa, le Corti di rango superiore⁴² possono pronunciare una specifica «dichiarazione di incompatibilità» tra la disposizione in questione ed i diritti fondamentali protetti (*sect. 4, HRA*)⁴³.

Tale dichiarazione non ha, in ogni caso, alcun effetto sulla validità e sulla giuridica operatività della norma dichiarata incompatibile con i diritti protetti dalla Carta: la stessa, infatti, continua a rimanere pienamente in vigore e non risulta disapplicata neppure nei confronti della parti in causa innanzi alla Corte che l'ha pronunciata (come dispone espressamente la medesima *sect. 4, HRA*).

L'effetto principale della dichiarazione di incompatibilità è, dunque, quello di rivolgere un monito al Parlamento ed al Governo – il quale dispone, come si è già visto, attraverso una *fast-track procedure*, del potere di adottare, nelle sole ipotesi di circostanze cogenti, un *remedial order*, che deve poi essere approvato dalle Camere nel termine di 120 giorni dalla sua emanazione (*sect. 10, HRA*)⁴⁴ – affinché sia normativamente rimossa la rilevata incompatibilità con la Carta dei diritti: resta, in ogni caso, inteso che non esiste alcun obbligo giuridico per legislativo ed esecutivo di procedere a detta rimozione.

Ciò comporta, quindi, il pieno formale rispetto del tradizionale principio di *sovereignty of Parliament*⁴⁵, atteso che la decisione di procedere ad una abrogazione o ad una modificazione della legislazione dichiarata incompatibile con i diritti fondamentali è, in definitiva, rimessa alla

⁴² Tale facoltà non è, dunque, concessa alle Corti di rango inferiore alla *High Court*.

⁴³ Sulle premesse teorico-costituzionali nel Regno Unito di dette dichiarazioni di incompatibilità, è di interesse il recente saggio di N. DUXBURY, *Judicial Disapproval as a Constitutional Technique*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2017, p. 649 ss.

⁴⁴ Nel caso in cui le Camere non approvino il provvedimento governativo nel termine indicato, esso perde immediatamente efficacia, ma restano salvi gli effetti dallo stesso prodotti, così come resta inalterato il potere del Governo di adottare un ulteriore *remedial order* nella stessa materia (*sect. 10, HRA*).

⁴⁵ Sull'evoluzione di questo principio nel Regno Unito, cfr. V. BOGDANOR, *Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defense of Parliamentary Sovereignty*, in *Oxf. Journ. Leg. Stud.*, 2012, p. 179 ss.

esclusiva discrezionalità politica di Governo e Parlamento⁴⁶.

Per quanto concerne la concreta prassi giudiziale, dall'entrata in vigore dell'HRA nell'ottobre del 2000, sono state pronunciate circa una trentina di tali dichiarazioni di incompatibilità⁴⁷.

Il modello britannico mostra, dunque, un ricorso non sporadico da parte delle Corti all'impiego dei nuovi strumenti dichiarativi loro concessi dalla Carta dei diritti, anche nei casi giuridicamente e politicamente più spinosi, quale, ad esempio, la ben nota controversia in ordine alla legittimità di alcune misure della legislazione speciale antiterrorismo⁴⁸.

Nel caso in questione, deciso dalla *House of Lords* nel dicembre 2004, i *Law Lords* sono stati costretti a pronunciare una dichiarazione di incompatibilità – avendo rilevato la impossibilità di procedere ad una interpretazione conforme – della *sect. 23* dell'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* rispetto agli artt. 5 e 14 della CEDU, dal momento che tale disposizione consentiva irragionevolmente di sottoporre a custodia cautelare illimitata i soli sospetti terroristi internazionali di nazionalità non britannica.

Anche in tema di *gender reassignment*, gli stessi *Law Lords* pronunciano una dichiarazione di incompatibilità della norma di cui alla *sect. 11* del *Matrimonial Causes Act 1973* in relazione agli artt. 8 e 12 della CEDU, atteso che il presupposto della diversità di sesso tra i coniugi richiesto dalla norma in questione non può risultare applicabile al caso oggetto di giudizio, nel quale un soggetto di sesso maschile alla nascita, divenuto donna in seguito ad intervento chirurgico, chieda il riconoscimento della validità del proprio matrimonio celebrato con un soggetto di pari sesso maschile⁴⁹.

⁴⁶ Con la conseguenza che, come rileva R. MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, cit., 50, «the will of the elected branches is not necessarily subjected to that of the judicial branch (...) the Westminster Parliament – the representative body – appears to be given the final word».

⁴⁷ Sulla prassi recente in materia, cfr. A. SATHANAPALLY, *Beyond Disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication*, Oxford, OUP, 2015; J. KING, *Parliament's Role Following Declarations of Incompatibility*, in M. HUNT, H. HOOPER & P. YOWELL (eds) *Parliament and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 171.

⁴⁸ *A. and others v. Secretary of State for Home Department* (2004) UKHL 56 (*Belmarsh prisoners' case*).

⁴⁹ *Bellinger v. Bellinger* (2003) UKHL 21. Respingendo la richiesta della ricorrente, la Corte afferma l'impossibilità di procedere ad una interpretazione conforme – in ciò confortata dal precedente della Corte di Strasburgo in *Goodwin v. United Kingdom* – in quanto l'interpretazione estensiva richiesta avrebbe comportato una palese invasione della competenza normativa riservata al legislatore: «*this would represent a major change in the law. It raises issues whose solutions calls for extensive inquiry and the widest public consultation and discussion. The issues are altogether ill-suited for determination by courts*

In ordine alle garanzie connesse al processo penale, la *House of Lords* dichiara, poi, incompatibile con l'art. 6 della CEDU la *sect. 29 del Criminal (Sentences) Act 1997*, in base alla quale il ministro dell'Interno aveva facoltà di determinare discrezionalmente la durata complessiva della pena per i reati di omicidio: anche in questo caso è respinta la richiesta di interpretare la norma ai sensi della *sect. 3 HRA*, dal momento che il ricorso a tale disposizione – nel caso oggetto di giudizio – avrebbe fatto sconfinare la Corte in «judicial vandalism», anziché in una legittima «judicial interpretation»⁵⁰.

Dalle decisioni richiamate – e da altre consimili⁵¹ – emerge con evidenza come la dichiarazione di incompatibilità venga pronunciata dalle Corti britanniche nei soli casi in cui non sia possibile procedere alla interpretazione conforme di cui alla *sect. 3 HRA*, configurandosi quale «measure of last resort, which must be avoided unless it is impossible to do so»⁵².

Ciò ha consentito, in alcuni casi, alle stesse Corti – per evitare formali dichiarazioni di incompatibilità – di procedere ad audaci interpretazioni estensive delle norme oggetto di giudizio, al fine di renderle compatibili con il catalogo dei diritti protetti dall'HRA.

Nella più celebre (e controversa) di queste pronunce⁵³, i *Law Lords* hanno ritenuto di poter includere tra i conviventi *more uxorio* protetti dalla legge, nel caso di successione *mortis causa* nel contratto di locazione, anche i partner del medesimo sesso: ad avviso della maggioranza della Corte, infatti, tale interpretazione non è in palese contraddizione né con la lettera della norma, né con alcuno dei suoi principi o scopi fondamentali⁵⁴.

and court procedures. They are pre-eminently a matter for Parliament» (par. 37); sì che «*the recognition of gender reassignment for the purposes of marriage is part of a wider problem which should be considered as a whole and not dealt with in piecemeal fashion. There should be a clear, coherent policy»* (par. 45).

⁵⁰ *R (on the application of Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* (2002) UKHL 46, par. 30.

⁵¹ Cfr., tra le altre, *R v. Lambert* (2001) UKHL 37; *R v. A (no. 2)* (2001) UKHL 25, sulle quali vd. diffusamente R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, cit., p. 102 ss.

⁵² *R v. A (no. 2)*, cit., par. 44.

⁵³ *Ghaidan v. Godin-Mendoza* (2004) UKHL 30, che è ben presto divenuto il vero e proprio *leading-case* in materia di applicazione della *sect. 3* dell'HRA.

⁵⁴ «*There is no longer any reason in principle for not including within the concept of "spouse" someone who had lived with the original tenant in an equivalent long-term, but homosexual relationship»*: *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, cit., par. 128. In questa pronuncia è, infatti, compiutamente esplicitato il nuovo approccio interpretativo richiesto alle Corti dalla *sect. 3 HRA*, denominato «*abstract purposive interpretation*», ovvero una interpretazione teleologico-evolutiva che prenda in considerazione la *ratio* della legge, oggettivata ed attualizzata alla luce dei principi che derivano dai diritti sanciti dalla CEDU, tenendo,

Dalla giurisprudenza formatasi nel corso degli anni emerge, di conseguenza, che il criterio essenziale di applicazione della *sect. 3 HRA* è quello della compatibilità della interpretazione adeguatrice adottata con i «*fundamental features*» della legislazione sottoposta a scrutinio delle Corti⁵⁵: ciò che tale norma non consente di fare è, invece, di impiegare una interpretazione in contrasto con una disposizione legislativa che espressamente limiti uno dei diritti protetti o di adottare una interpretazione incompatibile con un aspetto fondamentale della normativa⁵⁶, giacché ciò rappresenterebbe una inammissibile invasione nella sfera di competenza riservata al Parlamento, il quale con l'HRA non ha rinunciato al suo potere di adottare disposizioni di legge anche incompatibili con i diritti della Convenzione.

L'analisi della prassi in tema di dichiarazioni di incompatibilità consente di formulare anche una ulteriore, importante, considerazione.

Dai dati a disposizione emerge, infatti, che le dichiarazioni di incompatibilità pronunciate dalle Corti hanno trovato, sino ad ora, inequivocabilmente seguito da parte di Governo e Parlamento: su diciannove dichiarazioni di incompatibilità divenute definitive, quattordici di esse sono state puntualmente osservate con l'approvazione di nuove norme di legge, altre quattro sono state altrettanto fedelmente rispettate con emendamenti in corso di approvazione al momento della pubblicazione delle pronunce di

inoltre, in specifica considerazione la lettura fornita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁵⁵ «*Parliament, however, cannot have intended that in the discharge of his extended interpretive functions the Courts should adopt a meaning inconsistent with a fundamental feature of legislation. That would be to cross the constitutional boundary section 3 seeks to demarcate and preserve*»: *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, cit., par. 33. «*A meaning which departs substantially from a fundamental feature of an Act of Parliament is likely to have crossed the boundary between interpretation and amendment*»: *Re S (Minors) (Care Order: Implementation of Care Plan)* (2002) 2 AC 291, par. 40.

⁵⁶ Le direttive interpretative in materia appaiono mirabilmente riassumibili nei seguenti termini: «*First, the interpretive obligation under section 3 is a very strong and far reaching one, and may require the Court to depart from the legislative intention of Parliament. Secondly, a Convention-complaint interpretation under section 3 is the primary remedial measure and a declaration of incompatibility under section 4 an exceptional course. Thirdly, it is to be noted that during the passage of the Bill through Parliament the promoters of the Bill told both Houses that is envisaged that the need for a declaration of incompatibility would rarely arise. Fourthly, there is a limit beyond which a Convention-complaint interpretation is not possible, such limit being illustrated by R (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department (...) and Bellinger v. Bellinger*»: *Sheldrake v. Director of Public Prosecution* (2004) UKHL 43, par. 28; precedenti da ultimo confermati anche dalla neoistituita Corte Suprema del Regno Unito in *R. v. The Commissioner of Police of the Metropolis* (2011) UKSC 21, par. 35.

incompatibilità, mentre in un unico caso la dichiarazione di incompatibilità non ha trovato corrispondente risposta da parte del Governo e Parlamento⁵⁷.

Anche nel caso politicamente più controverso – la richiamata decisione della *House of Lords* nel cd. *Belmarsh prisoners' case* – dopo un intenso dibattito parlamentare durato parecchi mesi⁵⁸, il legislatore ha deciso di osservare puntualmente i rilievi contenuti nella dichiarazione di incompatibilità, emendando nel senso indicato dall'Alta Corte la speciale disciplina antiterrorismo con l'approvazione di una nuova normativa (*Prevention of Terrorism Act 2005*) conforme alle indicazioni giudiziali⁵⁹.

Il modello britannico delle dichiarazioni di incompatibilità mostra, dunque, sino ad ora⁶⁰, un efficace funzionamento del meccanismo individuato

⁵⁷ “As is well-known, there is a near-perfect rate of compliance with declarations of incompatibility in the UK, with no example to date of legislation enacted explicitly to defy or counter or neuter a declaration. In almost every single case in which such a declaration has been issued, Parliament and/or the Executive have eventually either repealed the impugned legislation or amended it to satisfy the declaration of the courts. The only possible exception to this almost uniform pattern of compliance is the prisoner voting issue, where the UK Government has done nothing to implement a Strasbourg ruling declaring the UK's ban on prisoner voting to violate the Convention”: A. KAVANAGH, *Article Review: Aileen Kavanagh on Neil Duxbury's Judicial Disapproval as a Constitutional Technique*, *Int'l J. Const. L. Blog*, November 29, 2017.

⁵⁸ Probabilmente uno dei più lunghi dibattiti nella storia parlamentare britannica, come segnalano S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 193; e R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, cit., p. 101.

⁵⁹ Come rilevato, si è trattato di una vicenda particolarmente significativa, non solo per la specifica materia oggetto della decisione (il delicato equilibrio tra libertà e sicurezza in tema di lotta al terrorismo), ma anche perché il Governo e la maggioranza parlamentare hanno mostrato di sentirsi effettivamente obbligati a modificare la legge nel senso indicato dalla pronuncia dei *Law Lords*, che ha ritenuto incompatibile la precedente disciplina in quanto discriminatoria e sproporzionata rispetto ai fini: cfr. per tutti, M. ELLIOTT, *Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution*, in *New Zeal. L. Rev.*, 2011, p. 568 ss.

⁶⁰ L'istituzione della Corte Suprema del Regno Unito (attiva a far data dall'ottobre 2009) e le pronunce del suo primo periodo, sembrano, del resto, confermare questa linea di tendenza: per un'analisi di tale giurisprudenza cfr. anche le considerazioni espresse dal suo primo Presidente Lord PHILLIPS OF WORTH MATRAVERS, *The Birth and First Steps of the UK Supreme Court*, in *Camb. Journ. Int'l Comp. L.*, 2012, p. 3 ss; vd. anche A. TORRE, P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel biennio 2009-2011*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3961 ss., che richiamano, al proposito, il caso *R. and Thompson v. Secretary of State for the Home Department* (2010) UKSC 17, nel quale la Corte Suprema ha confermato la dichiarazione di incompatibilità tra la *sect. 82 del Sexual Offences Act 2003* e l'art. 8 CEDU, già formulata nel precedente grado di giudizio dalla Corte d'Appello.

dalla Carta, fondato su tre profili istituzionali strettamente legati tra di loro: a) una forte valorizzazione della interpretazione adeguatrice affidata alle Corti dalla *sect. 3 HRA*, che spinge le Corti stesse a praticare – con una ampiezza sconosciuta in passato – tecniche interpretative maggiormente orientate all’approccio teleologico, al fine di ricondurre in conformità con la CEDU (e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo) le possibili letture della legislazione sottoposta a sindacato⁶¹; b) l’impiego del nuovo potere dichiarativo concesso alle Corti (*sect. 4 HRA*) è riservato ai soli casi di impossibilità di procedere alla predetta interpretazione conforme e, dunque, ad ipotesi marginali, che si presumono di non frequente (o, comunque, non ordinaria) applicazione⁶²; c) la continua fedeltà al canone di tradizionale primazia del Parlamento, che mantiene immutata la propria prerogativa di avere “l’ultima parola” anche in materia di garanzia dei diritti, attesa la giuridica possibilità di non dar seguito normativo ad una dichiarazione di incompatibilità pronunciata da una Corte superiore, ma che – come confermato dalla prassi di circa diciassette anni di vigenza dell’HRA – è, tuttavia, incline ad osservare fedelmente le indicazioni del giudiziario e a modificare, di conseguenza, tutte le norme dichiarate incompatibili⁶³.

Da quest’ultimo punto di vista, si segnala, inoltre, il particolare ruolo svolto, in sede parlamentare, dal *Joint Committee on Human Rights* (JCHR)⁶⁴,

⁶¹ «Section 3 is undoubtedly a central part of the overall balance between rights protection and democratic decision making under the HRA (...) use of section 3 does not deprive Parliament of the final word (...) Parliament can always respond to a section 3 decision by amending the legislation to overrule the judicial interpretation and to make clear its view that the courts have mistaken its meaning or overstepped their authority»: così S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 194; in termini, in giurisprudenza, anche la richiamata pronuncia nel caso *Ghaidan*, cit., par. 63: «if Parliament disagrees with an interpretation by the courts under section 3(1), it is free to override it by amending the legislation and expressly reinstating the incompatibility».

⁶² «At the heart of the HRA lie ss. 3 and 4, the relationship between which is said to hold the key to the balance between parliamentary democracy and judicially enforced human rights»: R. MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, cit., 45.

⁶³ Secondo alcuni autori, sarebbe in corso di consolidamento una vera e propria consuetudine costituzionale in virtù della quale il Parlamento si ritiene obbligato ad assecondare sempre le dichiarazioni di incompatibilità formulate dalle Corti: così A. VERMEULE, *The Atrophy of Constitutional Powers*, in *Harvard Public Law Working Papers* 11/07 (January 2011), 19 ss. Cfr. anche, da ultimo, A. KAVANAGH, *Article Review: Aileen Kavanagh on Neil Duxbury’s Judicial Disapproval as a Constitutional Technique*, *Int’l J. Const. L. Blog*, November 29, 2017.

⁶⁴ Sul quale, vd., tra gli altri, A. SATHANAPALLY, *Beyond Disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication*, Oxford, OUP, 2015; J. KING, *Parliament’s Role Following Declarations of Incompatibility*, in M. HUNT, H. HOOPER & P. YOWELL (eds) *Parliament and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 171 ss.

il quale – istituito in coincidenza con l'entrata in vigore della Carta – ha svolto un attivo compito di monitoraggio dei disegni di legge governativi e dei giudizi resi dalle Corti britanniche e da quelle europee in tema di diritti umani⁶⁵, contribuendo in misura significativa ad implementare una più sensibile attenzione al rispetto dei diritti fondamentali da parte di Parlamento e Governo⁶⁶.

5. *La singolarità del caso canadese*

L'esperienza canadese sembra, a prima vista, differenziarsi nettamente da quelle sin qui esaminate, atteso che: a) i diritti fondamentali – che possono, come noto, subire le uniche limitazioni compatibili con una società libera e democratica (*sect. 1 della Canadian Charter of Rights and Freedom*) – hanno lo *status* giuridico formale di norme costituzionali, risultando inclusi nella medesima Carta dei diritti allegata alla Costituzione; b) i medesimi diritti non possono, di conseguenza, essere modificati da norme di legge ordinaria, ma solo attraverso una revisione costituzionale adottata secondo lo speciale procedimento aggravato previsto dalla Costituzione; c) le Corti hanno la piena facoltà di sindacare le norme incompatibili con i diritti, dichiarandone l'incostituzionalità e provvedendo alla loro conseguente disapplicazione (*sect. 52 della Carta*)⁶⁷.

Tuttavia, al fine di operare un contemperamento tra quanti propugnavano

⁶⁵ Si consideri, a questo proposito, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che la dichiarazione di incompatibilità pronunciata dalle Corti britanniche non costituisce ancora, allo stato, «rimedio effettivo» ai fini del requisito dell'esaurimento dei ricorsi interni. La Corte ha peraltro affermato – nella sentenza della Grande Camera del 29 aprile 2008 nel caso *Burden v. United Kingdom* – che ciò potrebbe mutare in futuro, qualora risulti definitivamente consolidata la prassi di dare inevitabilmente seguito alle predette dichiarazioni di incompatibilità: «concerning legislative reform in response to the making of a declaration of incompatibility, the Grand Chamber notes with satisfaction that in all the cases where declarations of incompatibility have to date become final, steps have been taken to amend the offending legislative provision. However, given that there have to date been a relatively small number of such declarations that have become final, it agrees with the Chamber that it would be premature to hold that the procedure under section 4 of the Human Rights Act provides an effective remedy to individuals complaining about domestic legislation».

⁶⁶ Cfr., sul punto, A.L. YOUNG, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, OUP, 2017.

⁶⁷ Senza che alle stesse sia riconosciuta, dunque, la facoltà di pronunciare alcuna dichiarazione di incompatibilità.

il mantenimento inalterato del tradizionale principio britannico di supremazia parlamentare e quanti, invece, ritenevano preferibile l'adozione integrale del modello nordamericano, nella Carta è stata inserita una singolare disposizione – la *sect. 33*, meglio nota come *notwithstanding clause*⁶⁸ – la quale prevede che i diritti fondamentali possano subire una limitazione, della durata temporale massima di cinque anni (ulteriormente prorogabile per un altro quinquennio), a condizione che il Parlamento federale (od uno provinciale) dichiarino espressamente, in una legge ordinaria, l'intenzione di voler procedere in tal senso facendo applicazione della *sect. 33*, specificando quale deroga ai diritti fondamentali intendono disporre⁶⁹.

Si tratta, dunque, di un *legislative override* che consente al Parlamento di limitare i diritti fondamentali, con una legge approvata a maggioranza semplice senza ricorrere al gravoso procedimento di revisione costituzionale, impedendo, nel contempo, alle Corti di dichiarare l'incostituzionalità delle norme che dispongono la deroga temporanea a tali diritti.

La *notwithstanding clause* attiva, in questa maniera, un complesso circuito istituzionale in materia di diritti fondamentali, la cui protezione è, innanzitutto, affidata alle Corti, le quali dispongono, al proposito, del sindacato diffuso di costituzionalità che consente loro di disapplicare le norme di legge con essi contrastanti, ma è anche rimessa al legislatore – sia federale che provinciale – cui è attribuito il *legislative override*, attraverso il quale i diritti protetti dalla Carta possono trovare una temporanea limitazione per motivazioni ritenute politicamente preminenti, con il risultato di produrre un più equilibrato bilanciamento tra poteri del Parlamento e quelli delle Corti, attraverso un congegno normativo del tutto peculiare, che mira a realizzare un efficace dialogo tra legislativo e giudiziario in tema di diritti fondamentali⁷⁰.

La presenza della clausola *notwithstanding* nella Costituzione canadese consente, perciò, di evitare l'impiego della complessa procedura di

⁶⁸ Sulle motivazioni che hanno indotto il costituente canadese ad introdurre nella Carta dei diritti la clausola in questione, cfr. ora J. HIEBERT, *The Notwithstanding Clause: Why Non-use does not Necessarily Indicate Compliance with Judicial Norms*, in corso di pubblicazione (2017), reperibile in ssrn.com.

⁶⁹ Sono, in ogni caso, esclusi dal campo di applicazione della norma in parola il diritto di elettorato attivo e passivo (*sect. 3*), i diritti democratici (*sectt. 4 e 5*), il diritto alla libera circolazione nel paese (*sect. 6*), i diritti linguistici delle minoranze ufficiali (*sectt. 16-23*) e i diritti di genere (*sect. 28*).

⁷⁰ Al punto che «the existence of section 33 is the distinctive feature of the Charter in comparison with other systems with constitutional bills of rights and the judicial power to invalidate statutes, and is what makes it an instance of the new model»: così S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 179.

revisione costituzionale qualora il Parlamento si trovi in disaccordo con una interpretazione costituzionale della Corte Suprema ritenuta non condivisibile, immunizzando, con l'impiego della clausola in parola, la legge dichiarata incostituzionale: la decadenza automatica, allo spirare dei cinque anni di tempo previsti dalla Carta, della clausola permette, inoltre, al corpo elettorale di esprimersi direttamente – nel corso delle successive elezioni nazionali o di quelle statali, a seconda di quale Assemblea legislativa abbia impiegato la *notwithstanding* – sul consenso o sul dissenso politico rispetto alla scelta dei propri rappresentanti circa l'uso della clausola di flessibilizzazione di cui alla *sect. 33*⁷¹.

Quanto alla prassi in materia, deve, in ogni caso, registrarsi un suo scarso uso in sede statale ed una sua sostanziale inutilizzazione in sede federale⁷².

Ciò non toglie, tuttavia, che questo istituto spieghi un effetto di decisiva e singolare conformazione del sistema canadese in ordine al rapporto tra poteri (legislativo e giudiziario) in tema di tutela dei diritti fondamentali.

Sia il Parlamento che la Corte Suprema sono, infatti, ben consapevoli dell'esistenza di detta norma nell'assetto costituzionale e, dunque, risultano in qualche misura reciprocamente condizionati nel momento in cui si occupano – ciascuno nelle proprie sedi e secondo la rispettiva competenza funzionale – di protezione e/o limitazione dei diritti fondamentali.

Secondo recenti analisi, si assiste, inoltre, in alcuni casi, ad una sorta di impiego di «*notwithstanding-by-stealth*» da parte del Parlamento, il quale – senza ricorrere all'uso formale della *sect. 33* della Carta – provvede, per via di legislazione ordinaria, a riprodurre sostanzialmente il contenuto di norme dichiarate incostituzionali da parte della Corte Suprema⁷³.

⁷¹ R. KNOPFF, R. EVANS, D. BAKER, D. SNOW, *Dialogue: Clarified and Reconsidered*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 54, 2017.

⁷² Al punto che alcuni autori hanno parlato di una sua convenzionale caduta in desuetudine a livello federale: cfr., in questo senso, A. VERMEULE, *The Atrophy of Constitutional Powers*, in *Harvard Public Law Working Papers* 11/07 (January 2011), 4 ss. A livello statale, la Provincia che ha fatto maggiore ricorso alla *notwithstanding* è stata, ovviamente, il Quebec, soprattutto per le varie questioni legate all'uso della lingua francese. Per un riepilogo della prassi in materia, vd. T. KAHANA, *The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter*, in *Canadian Public Administration*, 2001, p. 255 ss.

⁷³ Con l'impiego della formula «*notwithstanding-by-stealth*», si intende, infatti, un caso di «*legislative reversal of judicial decisions by statutory amendment and not the formal use of the notwithstanding clause*», ovvero «*a parliamentary resolution requiring passage that explicitly indicates that a statute continues notwithstanding a judicial declaration of unconstitutionality*»: così J.B. KELLY, M.A. HENNINGAR, *The Canadian Charter of Rights and the minister of justice: Weak-form review within a constitutional Charter of Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 39.

Chiamata nuovamente a giudicare sulla legittimità costituzionale delle nuove norme introdotte per rimediare ad una precedente decisione di incostituzionalità⁷⁴, la Corte Suprema ha quasi invariabilmente mostrato una notevole deferenza⁷⁵ per le scelte del Parlamento, attestando la legittimità di questi «*legislative reversals*»⁷⁶ delle proprie pregresse pronunce di incostituzionalità⁷⁷.

Anche per questa particolare via, risulta, in definitiva, confermata la correttezza dell'inclusione dell'esperienza canadese al nuovo modello di

⁷⁴ In ipotesi che la dottrina definisce, dunque, quali «second look cases» da parte della Corte Suprema, ovvero casi di «*judicial review of legislative attempts to re-establish constitutionality of statutes previously declared unconstitutional*»: P.W. HOGG, A. BUSHELL THORNTON, W. K. WRIGHT, *Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors"*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2007, p. 19.

⁷⁵ Espressione – nell'opinione di maggioranza della Corte redatta dalla *Chief Justice* McLachlin in *R. v. Hall* (2002) 3 SCR 309, par. 43 – di «*an "excellent example" of dialogic constitutionalism*». In dottrina, sulla necessità dell'impiego di un ragionevole grado di deferenza nei confronti del Parlamento nell'approccio della Corte Suprema ai «*second look cases*», vd. soprattutto R. DIXON, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2009, p. 235 ss.

⁷⁶ K. ROACH, *Dialogue or Defiance: Legislative Reversal of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 347 ss.

⁷⁷ Quali evidenze di questa specifica modalità di intendere il dialogo tra Corti e Parlamento in Canada, J.B. KELLY, M.A. HENNINGAR, *The Canadian Charter of Rights*, cit., 20-43, analizzano in dettaglio la giurisprudenza della Corte Suprema in tre diverse coppie di casi: 1) *R. v. Seaboyer* (1991) 2 SCR 577 – nel quale è pronunciata l'incostituzionalità di una norma del codice penale in tema di diritto al giusto processo nelle fattispecie di reati sessuali – a cui, dopo il *legislative reversal* parlamentare, fa seguito la nuova pronuncia della Corte in *R. v. Darrach* (2000) 2 SCR 443, che afferma la costituzionalità della nuova normativa di legge, in quanto «*the mere fact that the wording differs between the Court's guidelines and Parliament's enactment is itself immaterial*»; 2) *R. v. O'Connor* (1995) 4 SCR 411 – in cui la Corte, impiegando principi consolidati di *common law*, invalida una normativa limitante il diritto alla prova a favore dell'accusato nei reati di stupro – alla quale il Parlamento risponde approvando una legge che reintroduce le precedenti limitazioni, che la Corte, nella decisione *R. v. Mills* (1999) 3 SCR 668, riconosce, infine, legittime dal momento che «*courts must presume that Parliament intended to enact constitutional legislation and strive, where possible, to give effect to this intention*»; 3) *R. v. Morales* (1992) 3 SCR 771 – in tema di norme sulle ipotesi di diniego della libertà provvisoria su cauzione, ritenute incostituzionali in quanto contrastanti con la *sect. 11* della Carta – a cui il Parlamento risponde con una complessa normativa, in parte ritenuta ancora illegittima, ma in parte validata dalla Corte nella successiva pronuncia in *R. v. Hall* (2002) 3 SCR 309, sì che «*the legislative response was constitutional because it conformed to the process of dialogue: judicial invalidation, followed by parliamentary reflection and amendment, that was subsequently upheld in a "second look" case*»: così J.B. KELLY, M.A. HENNINGAR, *The Canadian Charter of Rights*, cit., 44.

giustizia costituzionale e la sua netta distinzione rispetto al classico prototipo statunitense⁷⁸.

6. *Parlamenti e Corti in dialogo*

Le esperienze costituzionali di alcuni paesi del *Commonwealth* (in particolare, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito) mostrano, di recente, significativi profili di convergenza in ordine ai nuovi poteri conferiti alle Corti in tema di tutela dei diritti fondamentali⁷⁹.

Il fertile laboratorio costituzionale che è in corso d'opera negli ordinamenti in questione, sembra sempre più caratterizzarsi per la progressiva emersione di un nuovo modello di giustizia costituzionale, differente dall'idealtipo statunitense di *judicial review of legislation* e da quello europeo-continentale di *Verfassungsgerichtsbarkeit*, affidato ad una specifica Corte costituzionale accentrata.

Detti classici modelli appaiono, infatti, entrambi riconducibili, secondo una convincente proposta classificatoria⁸⁰, ad un unico macro-modello di giustizia costituzionale – definito *strong-form judicial review* – caratterizzato dalla definitiva prevalenza della interpretazione della Costituzione ad opera degli organi giudiziari (ordinari o specializzati) incaricati di esercitare il controllo di costituzionalità della legge, atteso che il Parlamento, per superare una (eventualmente sgradita) interpretazione costituzionale che determina l'annullamento o la disapplicazione della legge stessa, ha a disposizione il solo potere di impiegare la complessa procedura di revisione costituzionale prevista dalla rispettiva Carta fondamentale⁸¹.

⁷⁸ Per una efficace analisi comparativa in ordine alle differenze tra il modello canadese e quello americano, cfr. R. KNOPFF, R. EVANS, D. BAKER, D. SNOW, *Dialogue: Clarified and Reconsidered*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 54, 2017.

⁷⁹ S. STEPHENSON, *From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism*, Federation Press, Annandale, 2016.

⁸⁰ Formulata da M. TUSHNET, *The rise of weak-form judicial review*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 321 ss.; vd. anche M. TUSHNET, *Weak Court, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

⁸¹ Altri autori – soprattutto nella dottrina americana – preferiscono utilizzare, per definire tale consolidato modello di giustizia costituzionale, l'espressione di *judicial supremacy*, che sottolinea adeguatamente l'idea della prevalenza assegnata al giudiziario in tema di interpretazione costituzionale: cfr., per tutti, S. GARDBAUM, *What is Judicial Supremacy*, in G. JACOBSON, M. SCHOR, *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, Edward

Negli ordinamenti di matrice anglosassone presi qui in considerazione, a lungo caratterizzati dalla incontestata teorica della assoluta primazia del Parlamento⁸², si è, al contrario, di recente sviluppata una diversa impostazione istituzionale in ordine alla questione della tutela dei diritti fondamentali e al sindacato sulla legge che eventualmente contrasti con le nuove Carte dei diritti che si occupano di proteggerli.

La risposta di questi ordinamenti è, infatti, nel senso di sperimentare un diverso assetto nei rapporti tra Corti e Parlamento, tale da realizzare un nuovo equilibrio costituzionale tra questi due fondamentali poteri dello Stato⁸³.

Allo scopo di conciliare il principio istituzionale di *sovereignty of Parliament* con la necessità di assicurare garanzia di effettività ai diritti fondamentali, il nuovo modello individua, infatti, un bilanciamento che prevede una sorta di dialogo tra Corti e Parlamento, in base al quale la Carta dei diritti è contenuta in una fonte di rango formalmente ordinario che non consente, dunque, ai giudici di disapplicare (o di ritenere comunque invalida o implicitamente abrogata) alcuna norma di legge nell'ipotesi di ritenuto contrasto con la Carta stessa, ma che gli impone di adottare, in ogni caso, la lettura interpretativa della legislazione che possa dirsi più compatibile possibile con i diritti medesimi, atteso che tali diritti possono trovare le sole limitazioni considerate ragionevoli e giustificabili in una società libera e ad ordinamento democratico.

Nel caso di contrasto insanabile tra legge e diritti, il modello prevede – dopo che le Corti abbiano sperimentato tutte le interpretazioni possibili della norma sottoposta a giudizio – comunque la prevalenza della volontà definitiva del legislatore, rimanendo consentita alle Corti esclusivamente l'adozione di specifiche «dichiarazioni di incompatibilità», con le quali le stesse segnalano al Parlamento l'esistenza del contrasto e l'esigenza di una modifica delle norme incompatibili: la quale modifica può, però, essere disposta dal solo legislatore, che mantiene inalterata la prerogativa costituzionale del diritto “all'ultima parola” in materia.

Elgar, in corso di pubblicazione (2018), reperibile in ssrn.com.

⁸² E, dunque, da una vera e propria *legislative supremacy*, per richiamare la terminologia indicata nella nota precedente.

⁸³ Secondo una recente classificazione comparativa, il modello preso in considerazione realizza, infatti, una protezione dei diritti originale, differente da quella tradizionale affidata ai soli giudici o al solo legislatore, trattandosi di una «*garantie par l'action conjointe des juges et du législateur (...)* ces pays sont passés de la souveraineté parlementaire à une nouvelle forme de garantie des droits qui ne copient pas les modèles des justice constitutionnelle existante»: così M.C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 375.

Questo nuovo modello – definito, dalla richiamata dottrina, *weak-form judicial review*⁸⁴ – appare, come s'è visto, caratterizzare l'esperienza più recente della Nuova Zelanda, del Regno Unito⁸⁵, di alcuni Stati membri della Federazione australiana, e (con caratteristiche, come visto, in parte differenti) quella ormai consolidata del Canada.

Così, dunque, pur nell'ambito di vari (e non irrilevanti) tratti di distinzione, le esperienze di questi ordinamenti di matrice anglosassone, sembrano, in conclusione, costituire, in prospettiva comparata, un singolare modello di tutela dei diritti fondamentali e di giustizia costituzionale, che si caratterizza per un diverso equilibrio istituzionale tra Corti e Parlamento rispetto ai modelli tradizionali: «*the new model promotes two constitutional goods or foundational values of liberal democratic polities – adequate rights protection and an appropriately balanced allocation of governmental powers, including limits on both courts and legislatures*»⁸⁶.

Il nuovo modello è, infine, connotato anche da una sorta di più attivo e complessivo coinvolgimento dei tre poteri dello Stato in tema di protezione dei diritti fondamentali⁸⁷.

Nelle varie esperienze prese in considerazione, infatti, le nuove Carte dei

⁸⁴ M. TUSHNET, *The rise of weak-form judicial review*, cit., 323. Nella dottrina italiana, vd. ora, in termini, L. MEZZETTI, *Introduzione*, in L. MEZZETTI (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova, Cedam, 2011, XVII ss.

⁸⁵ Sì che – con specifico riferimento all'esperienza britannica – «non si può negare che una giurisprudenza che tuteli i diritti già ampiamente “costituzionalizzati” (...) non può non essere considerata ad ogni effetto una giurisprudenza di carattere e dignità pienamente costituzionale (e ciò indipendentemente dall'esistenza di una carta costituzionale che riassume la *supreme law of the land* e in essa trovi connotazione)»: A. TORRE, P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel biennio 2009-2011*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3968. Cfr. anche G. VAN DER SCHYFF, *Judicial review of Legislation. A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Berlin, Springer, 2010.

⁸⁶ S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 205.

⁸⁷ Sì che “*the new commonwealth model is likely (and more likely than the alternatives) to produce legislative outcomes that are more in line with common goods than with factional interests. It is more likely to bring about those outcomes in both the short haul and long haul senses. The pre-enactment political rights review elements bring a formalized and regularized rights-consciousness to the law and policy making forums. The post-enactment judicial review element brings a rights-focused contestatory forum that is immune from certain kinds of alien influences to which political agents are subject. And the post-judicial review political final word leaves final resolution to political agents but in the context of the earlier rights-based judicial deliberation*”: così, ora, T. HICKEY, *The Republican Virtues of the 'New Commonwealth Model of Constitutionalism'*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, p. 816.

diritti che sono state di recente promulgate prevedono tutte espressamente una sorta di «political rights review»⁸⁸, ovvero l'obbligo – da parte del ministro della Giustizia (Canada); dell'*Attorney-General* (Nuova Zelanda e Stati australiani) o del ministro di volta in volta competente (Regno Unito) – di effettuare una apposita dichiarazione preventiva in Parlamento circa la specifica compatibilità con la Carta della nuova legislazione in corso di approvazione, con il risultato di realizzare una maggiore consapevolezza complessiva di Governo e Parlamento in ordine alla questione del rispetto dei diritti e di stimolare ancor più, in tale materia, quel dialogo istituzionale tra organi giudiziari ed organi politici che costituisce il tratto autenticamente distintivo del nuovo modello di tutela dei diritti fondamentali in corso di sviluppo negli ordinamenti di matrice anglosassone.

Abstract

The pervasive role of the Courts in relation to the separation of powers is at the core of the reflections on the effective configuration of the constitutional state and on the different dynamics that characterize the institutional structures in contemporary constitutional systems.

In terms of comparative public law, two main models have traditionally long confronted each other: the one of undisputed parliamentary supremacy – typical of the British experience – which does not allow the Courts to question the legitimacy of the law; and that of American and European constitutional justice, which, in the name of the superiority of the Constitution, entrusts ordinary or Constitutional Courts to review the law, annulling it or disapplying it in the case of irremediable conflict with the Constitution.

In recent years, this radical dichotomy has been progressively attenuated by a different model, currently being developed in some Anglo-Saxon systems (Australia, Canada, New Zealand), as well as in the United Kingdom itself, which have experimented new solutions regarding constitutional relationship between the three powers of the state and where a profound and stimulating debate on the overall role of the Courts is currently taking place.

The new model provides, in fact, for a sort of dialogue between Courts and Parliament, on the basis of which the Courts are not allowed to invalidate or disapply any legal provisions in the event of alleged conflict with fundamental

⁸⁸ J. HIEBERT, *Constitutional experimentation: rethinking how a bill of rights function*, cit., p. 306.

rights, but instead it is required to adopt the interpretation of legislation that can be said to be as compatible as possible with the rights themselves.

In the case of irreconcilable conflict between law and rights, this model ensures – after the Courts have experimented all possible, permissible, interpretations of the law – the definitive primacy of the legislator’s will, while remaining permitted to the Courts exclusively the adoption of specific declarations of incompatibility, with which they signal Parliament of the existence of the contrast and the need to amend incompatible rules: this amendment may, however, be made only by the legislator, who retains unchanged the constitutional prerogative to give final word on the matter.

The new model, therefore, seems to outline a series of interesting constitutional features, worthy of adequate comparative study: a) it tends to activate a new dynamic between the Courts and Parliament in matters of fundamental rights; b) it aims at achieving a greater overall balance in the relationship between the powers of the State; c) it envisages a more active involvement of Government and Parliament in these issues, also through an innovative form of pre-enactment political rights review; d) finally, it tries to reduce the cases of conflicts of interpretation between powers of the State in relation to fundamental rights.

Francesca Benatti*

*La Legittimità delle Corti Supreme nell'età della globalizzazione***

SOMMARIO: 1. La complessa nozione di legittimità. - 2. L'elemento simbolico. - 3. Il ruolo degli esperti, delle *élites* e dell'opinione pubblica. - 4. Scienza e diritto comparato come fonti di legittimazione tra politica e neutralità. -5. Legittimità e giudice.

1. *La complessa nozione di legittimità*

Il crescente ruolo delle Corti Supreme dovuto alla debolezza del potere politico, alla scarsa tecnica legislativa, a sistemi di *governance* multi-livello, al protagonismo stesso dei giudici, rende centrale il dibattito mai veramente sopito sulla loro legittimità.

Un politologo statunitense¹ rileva come tale concetto sarebbe da evitare perché troppo scivoloso, pur ammettendone l'importanza. Risulta, infatti, difficile una sua definizione: l'idea di legittimità nasce nella Grecia di Tucidide, Platone e Aristotele e arriva ai giorni nostri attraverso le diverse riflessioni e prospettazioni di filosofi, sociologi, politologi, giuristi, psicologi. Si possono ricordare le teorie basate sul consenso (Aristotele, Rousseau, Parson, Lipset) e sul conflitto (Macchiavelli, Marx) o miste (Weber, Gramsci, Habermas), quelle normative o descrittive. Peraltro nella realtà attuale il moltiplicarsi dei processi di legittimità, nonché delle fonti e degli oggetti di legittimazione complica il problema. Per quanto ovviamente approssimativa sembra condivisibile la constatazione secondo la quale la legittimazione è un processo ausiliare che determina la stabilità di una qualsiasi struttura o istituzione e che forma una connessione fra ciò che è inaccettato o inaccettabile e ciò che invece è già accettato da un gruppo². Questo determina che il risultato è rispettato da chi

* Professore Associato di Diritto Privato Comparato, presso l'università di Padova

** Il testo è dedicato agli Studi in onore del Prof. Pasquale Stanzone.

¹ S. P. HUNTINGTON, *The Third Wave*, Norman, 1991, p.46.

² M. ZELDITCH, *Theories of Legitimacy*, in J. T. JOST & B. MAJOR, *The Psychology of Legitimacy*, New York, 2001, p. 33 ss.

ne trae vantaggio e soprattutto da chi ne è penalizzato. Per utilizzare una nota espressione la legittimità è per i perdenti³. Tale concetto è, dunque, necessario perché spiega il rapporto fra valori, norme, credenze, procedure e azioni specifiche concrete e fra il risultato di queste e una struttura predeterminata.

Il tema è particolarmente delicato relativamente al potere giudiziario in quanto non avendo né la spada né la borsa sarebbe il più debole dei tre poteri⁴ o il meno pericoloso⁵ e quindi la sua forza risiederebbe proprio nella legittimità. Con riguardo al sindacato di costituzionalità si ripropone, poi, il dibattito, seppur meno avvertito in Europa forse per un tradizionale maggiore *self-restraint* che oggi però pare diminuire, sulla sua natura antimaggioritaria. Tale complessità è avvertita con forza dalle stesse Corti. Uno studio recente ha evidenziato come la *Federal Supreme Court* abbia citato dal 1954 al 2012 settantuno volte il concetto di legittimità e solo nove volte nei 164 anni precedenti⁶. Tra questi si ricorda la decisione del 1992 in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* in cui si sottolinea per la prima volta la necessità di una legittimità sociale o l'affermazione di Justice White in *Bowers v. Hardwick* secondo il quale la Corte era pericolosamente vicina alla sua illegittimità. Quest'attenzione non è esclusiva della Corte statunitense, ma si rileva anche in quelle più giovani o più attiviste.

La dottrina nell'affrontare il tema distingue, fondandosi sugli studi di Easton, fra supporto specifico e diffuso⁷. Il primo riguarda le singole decisioni ed è intrinsecamente connesso al livello di approvazione delle scelte effettuate, pur essendo spesso difficile misurare le sue variazioni in connessione con le diverse sentenze. Il supporto diffuso coinvolge, invece, l'istituzione in generale e ha una natura più stabile, non dipendendo dai risultati concreti. È fondamentale, e deriva sia dai valori ed educazione trasmessi dall'infanzia sia dall'esperienza diretta. Secondo questa posizione, esso trova espressione nella fiducia sulla preferibilità di quella istituzione e sistema rispetto ad altre e sulla validità dei suoi risultati in generale. Si è obiettato che qui coinciderebbero supporto specifico e diffuso, ma si nota

³ J. L. GIBSON, *Legitimacy Is for Losers: The Interconnections of Institutional Legitimacy, Performance Evaluations, and the Symbols of Judicial Authority*, in *62 Neb. Sym. Mot.*, 2015, pp. 81 ss.

⁴ Così si esprime ALEXANDER HAMILTON nel *Federalist* n. 78.

⁵ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986.

⁶ D. FARGANIS, *Do Reasons Matter? The Impact of Opinion Content on Supreme Court Legitimacy*, 65 *Political Research Quarterly*, 2012, pp. 206 ss.

⁷ D. EASTON, *A Re-assessment of the concept political support*, in *5 British Journal of Political Science*, 1975, pp. 435 ss.

come la critica potrebbe essere rivolta a determinate decisioni senza minare la credibilità dell'istituzione in sé. Va constatato come la non condivisione nel lungo periodo di certe decisioni può riflettersi sulla sua credibilità. Bisogna, quindi, differenziare fra l'accettazione della scelta di *policy* dovuta al ruolo e all'autorità del giudicante da quella che dipende dalla condivisione del contenuto. Entrambe queste concezioni sono connesse, in quanto il rispetto anche simbolico nei suoi confronti può essere influenzato dall'accordo per le sue decisioni. Analogamente, la credibilità dell'istituzione rende condivise le sue statuizioni. Essa è necessaria in quanto come rilevato da Dworkin su "questioni difficili, controverse, e profonde della morale che filosofi, uomini di stato e cittadini hanno discusso per molti secoli (le persone devono) accettare le deliberazioni di una maggioranza di giudici, la cui visione di questi grandi problemi non è straordinariamente speciale"⁸.

La legittimità non è un concetto astratto⁹ e statico e questo è evidente, proprio, con riguardo alle Corti Supreme. L'analisi, infatti, non può essere svolta prescindendo dal contesto sociale, politico, economico, giuridico in cui operano e dalla storia del Paese e dell'istituzione stessa. Per tale ragione tracciare i confini di legittimità delle Corti spesso risulta insoddisfacente: si tratta di individuare le zone di tolleranza, di verificare cioè quando i giudici possono permettersi di prendere alcune decisioni e non vi è una risposta univoca¹⁰. Se la dottrina è concorde nell'affermare che un eccessivo attivismo è controproducente giacché se le Corti cercano di imporre dei principi per cui la società non è pronta incontrano una forte opposizione, come era stato notato già da Bickel, il panorama si presenta variegato su cosa si debba intendere per eccessivo attivismo.

È stato rilevato¹¹ come la legittimità sia soggettiva: ogni ordinamento ha una sua logica interna e una sua narrativa spesso semplice che conforma il modo in cui i diversi attori devono comportarsi e che influenza il modo in cui l'individuo e il gruppo percepiscono la loro condotta. Così il tema ha connotati differenti se si esamina la Corte Suprema Federale statunitense, la Corte Suprema indiana, la Cassazione francese o la Corte Edu. Quest'ultima gode di un'ampia *output legitimacy* dimostrata dalla circolazione delle sue decisioni, seppur incrinata in alcune ipotesi dal loro mancato rispetto, ma

⁸ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of The American Constitution*, Cambrid. Mass, 1996, p. 74.

⁹ G. CALABRESI, *A common law for the age of statutes*, Cambridge, 1982, p. 118.

¹⁰ J.H.H. WEILER, *Epilogue: Judging the Judges- Apology and Critique*, in *m. Adams, h. De waele, j. Meeusen & G. STRAETMANS, Judging Europe's Judges*, Oxford and Portland i, 2015, p.235.

¹¹ M. DE S.-O.-L'É. LASSER, *Judicial Deliberations*, Oxford, 2009.

una criticità evidente si riscontra nei procedimenti di nomina dei giudici scarsamente rappresentativi¹². La flessibilità della nozione di legittimità si riflette poi anche sui criteri che ne determinano l'aumento o la diminuzione. Non si deve mai dimenticare che i processi di legittimazione si accompagnano a quelli di delegittimazione¹³. Indicativa è l'esperienza della Corte Suprema Indiana che, uscita stremata dal periodo di Indira Gandhi per non essersi opposta a provvedimenti non democratici, ha dovuto pazientemente ricostruire la sua immagine e lo ha fatto attraverso le *public interestlitigations*, cercando anche di farsi portatrice di valori democratici e di uguaglianza nella società indiana¹⁴.

Va poi messo in luce¹⁵ che si dovrebbe distinguere fra i diversi ruoli delle Corti e quindi fra la loro legittimità nel risolvere i conflitti, nell'effettuare un controllo sociale o nello svolgere un'attività vicina a quella legislativa. Benché essi possano influenzarsi reciprocamente e quindi la legittimità di una Corte quale *policy maker* incrementerebbe anche quella delle altre due funzioni, queste dovrebbero essere considerate indipendenti. Tuttavia la tesi oggi non sembra più prospettabile, perché ormai in concreto i differenti i ruoli si fondono.

2. *L'elemento simbolico*

Una fonte di legittimità si rinviene nel mito: Holmes affermava, infatti, che noi viviamo di simboli. Esso comprende due aspetti: la dottrina politica, che costituisce la struttura razionale del potere e un elemento irrazionale ed emozionale che rafforza il sentimento di lealtà ed identificazione collettiva. I miti sono difficili da analizzare perché sono componenti di base della percezione quotidiana. Sono stati definiti come le lenti degli occhiali nel senso che non sono ciò che la gente vede quando guarda il mondo, ma sono

¹² Infatti, si nota come abbia una debole input legitimacy. V. M. LOTH, *Courts in a Quest for Legitimacy: A comparative approach*, in N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF, *The Legitimacy of Highest Courts Rulings*, The Hague, 2009, p. 276 ss.

¹³ Sembra efficace il paragone fra l'estensione del potere giudiziario e una nave che attraversa un mare in tempesta, D. KASZEWSKI, G. SILVERSTEIN, R. KAGAN, *Of Judicial Ships and Winds of Change*, in D. KASZEWSKI, G. SILVERSTEIN, R. KAGAN (eds.), *Consequential Courts*, New York, 2013, pp. 398 ss.

¹⁴ M. MATE, *Public Interest Litigation and the Transformation of the Supreme Court of India*, in *Consequential Courts* cit., p. 262 ss.

¹⁵ M. SHAPIRO, *Courts. A comparative and political analysis*, Chicago, 1981, p. 17.

gli strumenti con cui lo si guarda¹⁶. Secondo questa tesi, le persone crescono e assorbono i miti politici che si fondono con l'esperienza personale, la realtà, la storia e compongono il processo primario di pensiero. Gli effetti sulla comunicazione politica sono diversi a seconda che la politica sia vista come un *output* o *input*¹⁷. Nel primo senso essa è una variabile dipendente e la comunicazione politica e l'opinione pubblica sono strumentali a modellarla. Quando, invece, la produzione della *policy* viene considerata come la prima fase di un processo di controllo politico più generale, essa diventa una variabile indipendente e il processo di comunicazione che coinvolge la reificazione del mito diventa il risultato finale del processo politico. Questo spiega perché una scelta di *policy* non debba essere necessariamente efficace per essere popolare. Pertanto, non va sottovalutata l'importanza dei miti e dei rituali che spesso determinano il consenso e rafforzano le immagini della politica e delle sue istituzioni. Se gli studi empirici che avevano messo in luce l'idealizzazione da parte dei bambini della *US Federal Supreme Court* sono stati ridimensionati successivamente¹⁸, pare chiaro che le Corti Supreme godono ancora di un'aura, che potrebbe, però, diminuire. Essa, infatti, dipende anche da come vengono e verranno raccontate dai mediae l'impatto che subiranno dai social¹⁹.

Innanzitutto il mito deriva per le Corti Costituzionali o che svolgono il controllo di costituzionalità dal legame con la Costituzione che ha un alto valore simbolico e che riflette la sua forza sulle stesse corti che la interpretano²⁰. Ma esso è ricercato anche attraverso elementi secondari che pure contribuiscono a infondere prestigio e distanza. Così, ad esempio, per la *US Federal Supreme Court* lo stesso palazzo doveva rappresentare, nelle intenzioni del suo architetto, «il più importante tribunale al mondo e uno dei tre grandi elementi del governo nazionale»: le scale raffigurano la marcia americana verso la giustizia e «separavano la Corte dalla realtà quotidiana- soprattutto dalle preoccupazioni mondane dei politici- e annunciavano che i giudici avrebbero operato letteralmente su un altro piano»²¹. Analogamente la Corte Costituzionale sudafricana siede nell'Old Fort che, da prigione durante l'*apartheid* in cui è stato rinchiuso per un

¹⁶ W. BENNETT, *Myth, Ritual, and Political Control*, in *30 Journal of Communication*, 1980, p. 167.

¹⁷ W. BENNETT, *cit.*, p. 167.

¹⁸ V. T.J. PERFETTI, In *Defense of a Political Court*, 1999, pp. 161 ss.

¹⁹ Cfr. R. DAVIS (ed.), *Covering the United States Supreme Court in the digital era*, Cambridge, 2014.

²⁰ Cfr. sulla nozione di legittimità e sulle sue diverse sfumature R. H. FALLON jr., *Legitimacy and the constitution*, in *118 Harv. L. Rev.*, 2005, p. 1789.

²¹ J. TOOBIN, *The nine*, New York 2008, p. 1.

periodo anche Mandela, è diventata luogo di rinascita democratica²².

Va osservato come con riferimento all'elemento simbolico si intrecciano elementi generali e specifici: se da un lato il mito della istituzione può prescindere dalle singole decisioni, dall'altro queste ultime possono servire a crearlo o a rafforzarlo. La sentenza della Corte sudafricana con cui è abolita la pena di morte rappresenta un momento decisivo della sua giovane storia e avrebbe dovuto fondare la sua immagine nel paese di strenuo difensore dei diritti umani. Non solo esse permettono alle corti incrementare quel capitale di fiducia che permetterà, poi, di affrontare momenti difficili dovuti a decisioni impopolari. L'immagine simbolica e di prestigio è necessaria sia per l'indirizzo che afferma la necessità da parte dei giudici di minimalismo e *self-restraint* sia per l'orientamento che vede nei giudici i difensori dello spirito più vero e perdurante della nazione e auspica quindi un loro maggiore attivismo. Nel primo caso, essa ha le sue radici nella legalità e assoluta neutralità, nel secondo nell'idealizzazione della figura del giudice. Qui influiscono anche meccanismi psicologici dell'opinione pubblica che consentono di ritenere capace una persona per il ruolo che ricopre in una istituzione²³. È chiaro che il rafforzamento dell'istituzione nel lungo periodo incide sulla valutazione dei suoi membri²⁴ e quindi delle loro decisioni.

Sicuramente l'immagine di neutralità è quella più rilevante e si notano gli sforzi delle Corti per tentare di mantenerla. Questo si riflette nelle tecniche interpretative scelte dai singoli giudici e negli argomenti utilizzati nelle motivazioni. Un giudice della Corte di giustizia europea ha affermato, infatti, che la legittimità della sua Corte dipende dal saper tracciare una netta distinzione fra diritto e politica, affermando "*what the law is*"²⁵. E così tutte le volte in cui l'ideologia o gli interessi personali sono parsi influenzare la sentenza si sono rilevati dei cali di consenso seppure per breve periodo²⁶. Benché un grado di politicizzazione o di preferenze ideologiche sia ritenuto

²² H. KLUNG, *Constitutional authority and Judicial Pragmatism: Politics and Law in the Evolution of South Africa Constitutional Court*, in *Consequential Courts* cit., pp. 93 ss.

²³ Si tratta degli studi di *perceptualprocess*.

²⁴ E' interessante notare come vi possano essere divergenze fra la valutazione dell'istituzione e quella del singolo giudice, cfr. N. GAROUPA, T. GINSBURG, *JudicialReputation*, Chicago/Londra, 2015.

²⁵ K. LENAERTS, *The Court's Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice*, in *Judging Europe's Judges*, cit., p. 13 ss.

²⁶ Si veda il dibattito in seguito alla decisione Bush v. Gore della US Federal Supreme Court. B. ACKERMAN (ed.), *Bush v. Gore. The Question of Legitimacy*, New Haven, 2002. V.L. GIBSON, G.A. CALDEIRA, L.K. SPENCE, *The Supreme Court and the US presidential election of 2000: Wounds, self-inflicted or otherwise?*, in *33 British Jour. Pol. Science*, 2003, p. 535.

normale, si tratta di una questione di misura²⁷.

3. *Il ruolo degli esperti, delle élites e dell'opinione pubblica*

Va constatato come l'attivismo delle Corti ha determinato un maggiore interesse sulle loro sentenze e questo aspetto si riflette sulla determinazione della loro legittimità. Pare dunque opportuno distinguere fra i diversi tipi di pubblico a cui si rivolge l'attività delle Corti e quindi fra gli esperti e cioè la comunità giuridica nel suo insieme, le *élites* e la popolazione in generale, seppure vanno evitate eccessive semplificazioni e omogeneizzazioni. I criteri di valutazione sono, dunque, diversi a seconda del target di riferimento.

In linea teorica la legittimità delle Corti e delle loro decisioni dovrebbe dipendere nel rapporto con gli esperti dal rispetto delle procedure, dalla correttezza e razionalità delle tecniche interpretative, dall'attenzione ai precedenti e alla dottrina. Sarebbe una valutazione di legittimità puramente fondata su criteri giuridici. Si è però assistito ad un cambio di paradigma anche nel mondo giuridico. Se Luhmann affermava²⁸ che quando la decisione può essere politicamente inopportuna, infiammare la lotta di classe, frenare la diffusione della vera religione, contraddire conoscenze moderne, bisogna cambiare le leggi perché ad esse sole obbedisce il giudice, oggi non è più così. La crisi dello stato moderno dei suoi valori e strutture ha coinvolto anche il positivismo giuridico. Questo mutamento di prospettiva è lucidamente rilevato da un'autorevole dottrina la quale osserva, mettendone in guardia dai rischi, l'affermazione del primato della «giustizia della decisione», come obiettivo da perseguire per ogni vicenda giunta al vaglio giudiziale sottolineando che «quello ha da essere il parametro di riferimento per l'attività di ogni giudicante, tale da giustificarne anche ogni iniziativa officiosa.»²⁹ Ma cosa si intenda per giustizia della decisione pare di difficile se non impossibile valutazione. Il richiamo ai valori è tanto affascinante quanto indeterminato³⁰. D'altra parte resta sempre un'eccedenza della giustizia sul diritto: ne era ben consapevole la Glossa quando insegnava

²⁷ V. l'analisi di B. BARTELS, C. JOHNSTON, *On the Ideological Foundations of Supreme Court Legitimacy in the American Public*, in *American Jour. of Pol. Science*, 2012, pp. 184 ss. Tra le decisioni più contestate negli USA si rinvergono quelle sull'*Obamacare*.

²⁸ N- LUHMANN, *La legitimation par la procedure*, Saint-Nicolas, 2001, p. 130.

²⁹ V. COLESANTI, *Papillons in tema di giustizia della decisione, e poteri della parte e del giudice*, in *Riv. dir. proc.* in corso di pubblicazione.

³⁰ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.

«*auctoriuris est homo iustitiae Deus*»³¹.

Diversamente il rapporto con le élites quindi la valutazione della legittimità delle Corti nei loro confronti è influenzata dalla loro capacità di legittimare scelte di policy³². In quest'ottica si inquadra anche la crescente preferenza di delegare al giudiziario scelte divisive e controverse. Numerosi studi hanno illustrato che le Corti Supreme non si distaccano mai veramente dalla politica delle élites o dalla difesa dello *status quo* per lungo periodo³³. La *giuristocrazia* altro non sarebbe che un gattopardesco tutto cambi perché tutto resti come è³⁴. Peraltro va notato³⁵ come spesso gli attacchi politici al giudiziario non sono finalizzati ad una vera delegittimazione quanto ad una acquisizione di consenso presso parti della società che non concordano con la decisione o l'agenda giudiziaria³⁶.

Nell'analisi della legittimità delle Corti nei confronti della opinione pubblica determinante è il contributo degli studi di psicologia istituzionale. In base ad un primo modello essa sarebbe fondata sui risultati che si attendono dalle autorità e quindi ha una dimensione strumentale.³⁷ L'altro modello impiegato, che sembra prevalere, è connesso all'identità sociale: il modo in cui le autorità trattano i membri del gruppo si collega al loro *status*. La deferenza dipende quindi dalla percezione di come vengono considerati, in particolare dal rispetto che ricevono che si manifesta per la correttezza e la giustizia delle procedure³⁸.

Oggi il tema³⁹ è principalmente studiato con riferimento al grado di influenza reciproca e quindi l'incidenza della visione della società sulle Corti e viceversa la forza delle Corti nel conformare l'opinione pubblica. Ciò è ancor più rilevante quando la Corte può scegliere su quali casi pronunciarsi. La misurazione del consenso è facilitata dalla diffusione dei sondaggi e

³¹ L. MENGONI, *Le aporie ricostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 39.

³² R. R. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 6 J. Pub. Law, 1957, p. 279.

³³ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, Harvard, 2004.

³⁴ M. MANDEL, *A Brief History of the New Constitutionalism, or "How We Changed Everything so That Everything Would Remain the Same"*, in 32 *Israel Law Rev.*, 1998, p. 350 ss.

³⁵ S. ENGLE, *American Politicians Confront the Courts: Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, Cambridge, 2011.

³⁶ Vi sono anche casi di scontro come dimostra la recente esperienza ungherese.

³⁷ R. TYLER, *The Psychology of Legitimacy: A Relational Perspective on Voluntary Deference to Authorities*, in *Personality and Social Psychology Rev.*, 1997, p. 324.

³⁸ R. TYLER, *Psychological Perspectives on legitimacy and legitimation*, in 57 *Annu. Rev. Psychol.*, 2006, p. 394.

³⁹ Sulla rilevanza della *sociological legitimacy* v. O. BASSOK, *The Supreme Court's New Source of Legitimacy*, in 16 *Jour.off Const. Law*, 2013, pp. 153 ss.

quindi dalla possibilità di rilevare immediatamente gli effetti di una sentenza o di un indirizzo. In riferimento al primo aspetto, si discute se si tratti di un comportamento strategico delle Corti che mira a ottenere il consenso oppure se i giudici essendo sottoposti alle medesime suggestioni ambientali arrivino naturalmente a conclusioni analoghe. La possibilità di persuadere l'opinione pubblica dipende da numerosi fattori tra cui anche le modalità in cui viene rappresentato il processo di nomina e la figura del giudice, l'operato della Corte, gli interessi sottostanti alla decisione. Va, peraltro, notato come dati empirici mostrino una minor legittimità percepita delle Corti statali statunitensi i cui membri sono eletti⁴⁰. D'altra parte si possono profilare serie difficoltà nel tendere a modellare l'opinione pubblica in una società pluralista in cui "il futuro non può essere concepito in funzione del presente come una sua ripetizione o un suo prolungamento"⁴¹.

Qui si assiste a due cambiamenti significativi. Innanzitutto, esse sono sempre più oggetto di attenzione mediatica. Come ha notato un giudice francese oggi il decisore è soggetto innanzitutto al giudizio della società civile⁴². È chiaro però che ciò avviene per le sentenze più delicate: un solo caso, però, può trasmettere una determinata impressione che si estende anche a tutta l'attività della Corte. In secondo luogo la sovraesposizione riduce quella distanza fra giudice e pubblico reputata necessaria, ma soprattutto cambia i parametri di riferimento. Nel racconto da parte dei media la discussione non è giuridica e, vertendo su fattori diversi, può minare l'immagine di neutralità. Studi empirici di psicologia hanno mostrato come modificando i titoli dei giornali, focalizzandosi su alcuni temi e non altri, sottolineando certi aspetti, si assista ad aumenti o diminuzioni del consenso da parte delle stesse persone sulla medesima decisione⁴³.

Questa evoluzione non è senza conseguenze. Infatti, il supporto diffuso nei confronti del potere giudiziario risiedendo principalmente nella capacità tecniche è meno legato del legislativo ed esecutivo ad una valutazione degli *outcomes*. Ma nel momento in cui la Corte è percepita come politica, sarà sottoposta a critiche analoghe a quelle mosse alle altre istituzioni fondate

⁴⁰ D. M. CANN, J. YATES, *These Estimable Courts*, 2016 New York.

⁴¹ L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Metodo e Teoria Giuridica*, cit., p. 151.

⁴² M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, *Judicial Independence and Accountability: National Traditions and International Standards*, in G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, Londra, 2006 p. 7 riportando il pensiero di G. Canivet.

⁴³ V. BAIRD, A. GANGL, *Shattering the myth of legality: The impact of the media's framing of Supreme Court procedures on perceptions of fairness*, in 27 *Political Psychology*, 2006, pp. 597 ss.

sulla condivisione o meno delle scelte⁴⁴. In un momento di tensioni e divisioni, la conseguenza potrebbe essere la perdita di fiducia nei confronti del giudiziario con una diminuzione di legittimità. Questo può contribuire a spiegare perché si assista ad un maggiore *self-restraint* in determinati ambiti reputati sensibili. Esemplificativa di questa perdita di consenso presso l'opinione pubblica è la Corte Suprema d'Israele che a partire dagli anni 2000 ha visto diminuire la sua *sociological legitimacy*⁴⁵. Troppo politica e con un'agenda, questa è la sua rappresentazione nei media.

Peraltro non necessariamente una Corte deve godere di tutti e tre i supporti o nella stessa misura per essere percepita come legittima. In Sudafrica analisi recenti hanno sottolineato che, pur nella debolezza del consenso dell'opinione pubblica, il sostegno delle elites risulta decisivo. Inoltre la Corte può risentire della crisi del sistema in cui opera. Esemplificativa è la Corte di Giustizia Europea: da una immagine idealizzata, oggi risente seppur meno di altre istituzioni, della difficile fase del procedimento di integrazione.

Si constata, richiamando Luigi Mengoni, come una decisione è legittima quando è elaborata mediante le tecniche comunicative di formazione del consenso che ne garantiscono la razionalità pragmatica e in pari tempo sia costruita con concetti dogmatico-descrittivi che ne dimostrino l'integrabilità a un certo livello di astrazione del sistema⁴⁶.

⁴⁴ SCALIA in Casey 505 U.S. 833, 1000-1001: «*What makes all this relevant to the bothersome application of "political pressure" against the Court are the twin facts that the American people love democracy and the American people are not fools. As long as this Court thought (and the people thought) that we Justices were doing essentially lawyers' work up here-reading text and discerning our society's traditional understanding of that text -the public pretty much left us alone. Texts and traditions are facts to study, not convictions to demonstrate about. But if in reality our process of constitutional adjudication consists primarily of making value judgments ... then a free and intelligent people's attitude towards us can be expected to be (ought to be) quite different. The people know that their value judgments are quite as good as those taught in any law school-maybe better. If, indeed, the "liberties" protected by the Constitution are, as the Court says, undefined and unbounded, then the people should demonstrate, to protest that we do not implement their values instead of ours.*

⁴⁵ O. BASSOK, *The Israeli's Supreme Court Mythical Image – A Death of Thousand Sound Bites*, in 23 *Mich. State Law Rev.*, 2014, p. 39.

⁴⁶ L. MENGONI, *La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale*, in *Metodo e teoria giuridica* cit., p. 64.

4. *Scienza e diritto comparato come fonti di legittimazione tra politica e neutralità*

In questo complesso e articolato contesto emerge l'utilizzo sempre più frequente da parte delle Corti dell'argomento scientifico e comparatistico. Spesso essi sono impiegati unitamente nelle motivazioni e non solo negli *hard cases*. È noto che non sono generalmente decisivi, ma sono utili per sostenere o rafforzare la soluzione giuridica. Tuttavia si avverte come spesso siano strumentali alla legittimazione della decisione nei confronti delle diverse categorie di pubblico.

Innanzitutto, entrambi possono contribuire a mantenere la pretesa neutralità del giudiziario. Con riferimento alla scienza, è stato lucidamente notato⁴⁷ che se qualcosa è certo e fuori discussione per l'uomo contemporaneo è la possibilità, l'importanza della scienza. La scienza è la grande potenza nella nostra epoca, divenendo quasi valore in se stessa. Il suo rapporto con il diritto è difficile: mentre la scienza è un processo, il diritto necessita di risposte definitive. Nelle decisioni vengono dunque cristallizzati risultati che potranno in seguito essere smentiti. Ma soprattutto in un panorama variegato di ricerche e studi frequentemente conflittuali viene scelta un determinato orientamento. La neutralità della scienza nel diritto diviene scelta di valore. Quando nell'autorizzare l'adozione per coppie dello stesso sesso si fa riferimento ai risultati della psicologia, le Corti decidono di fatto a quali studi fare affidamento, cercano nella folla i loro amici. E così una possibile verità scientifica si trasforma in verità giuridica che conforma il dibattito. Non sempre questo avviene come dimostra il caso *Roe v. Wade*, dove l'uso della scienza da parte di Blackmun e la qualificazione del feto come non persona non è stata accettata, unanimamente, probabilmente perché si scontrava con fedi e convinzioni radicate. La scienza, però, cerca di imporsi quale criterio oggettivo lontano da ideologie ed interessi soprattutto nei confronti dell'opinione pubblica: la scienza è concorde, quindi la Corte è neutrale. Questa narrativa viene, poi, accolta dai media e così raccontata.

Anche il diritto comparato⁴⁸ è apparentemente neutrale e viene adottato per confermare la correttezza del ragionamento o sulla base dell'osservazione che se altre Corti nell'affrontare i medesimi problemi hanno avuto buone idee, è opportuno considerarle. Tuttavia il suo impiego serve a dimostrare

⁴⁷ SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1997 p. 207.

⁴⁸ Sull'uso del diritto comparato v. B. MARKESINIS, J. FEDKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?* (*UT Austin Studies in Foreign and Transnational Law*), 2012, Londra.

che una determinata scelta di *policy* non è attuata perché ideologicamente motivata, ma anche in quanto è obiettivamente giusta. La prova è rinvenuta nell'adesione di altri paesi alla medesima soluzione. Ciò avviene principalmente nelle Corti più giovani, ma non è casuale che uno degli ambiti in cui il diritto comparato è citato maggiormente dalla nostra Corte Costituzionale sia il diritto di famiglia dove si assiste ai maggiori cambiamenti ad opera giurisprudenziale. Così la stessa Cassazione a Sezioni Unite ha utilizzato recentemente la comparazione per negare il risarcimento in un caso di *wrongful life*. Altrettanto soggettivo rimane comunque l'uso del diritto comparato. È sufficiente un esempio. La Corte Costituzionale sudafricana e quella colombiana si sono trovate ad affrontare il tema della ammissibilità del suicidio assistito e in entrambe le decisioni il diritto comparato è stato ampiamente impiegato. In Colombia⁴⁹ ciò è servito ad ammetterlo, in Sudafrica a negarlo⁵⁰.

L'uso della scienza e del diritto comparato è mirato ad ottenere la legittimità sociale, il consenso diffuso e a rassicurare il discorso in un ambito tecnico-scientifico. D'altra parte in un'ottica di *policy-legitimitor* o di *blameshifting* risulta fondamentale anche per le *élites* che le Corti continuano ad essere percepite come aliene ad interessi e ideologie e che appoggino le loro decisioni a elementi obiettivi e non a più o meno mascherate preferenze e visioni.

Non solo, questa sembra essere una fase di transizione in cui le Corti stanno cercando di affermare la propria legittimità non solo nella neutralità o nelle capacità tecniche, a cui comunque restano legate, ma anche nell'immagine di attori rilevanti sulla scena internazionale a difesa di valori universali, quali migliori interpreti della società. E in questo passaggio il diritto comparato e la scienza possono essere argomenti decisivi. Entrambi hanno, infatti, portata generale e sembrano rappresentare un passo importante per la costruzione di una democrazia globale o comunque sovranazionale. Così avviene quando le decisioni della CEDU sono citate dalle Corti di paesi che non vi aderiscono o nel dialogo fra Corti europee, Corte Edu e Corte di giustizia. Ma anche la scienza prescindendo dai confini nazionali permette di raggiungere risultati analoghi. Si consideri, ad esempio, il tema ambientale.

Infine sia l'argomento scientifico che quello comparatistico permettono alle Corti Supreme di legittimarsi quali attori di *policy-making* anche nel rapporto con le altre istituzioni. Questo è il caso della Corte Suprema messicana che attraverso il dialogo ricercato con la società civile si è ritagliata

⁴⁹ Corte Constitucional Colombiana T-970/14.

⁵⁰ La decisione del dicembre 2016 (C. 531/15) della *Supreme Court of Appeal* si fonda sulla necessità che scelte così delicate siano prese dal Parlamento e non dalla Corte.

una posizione di primo piano nel paese e ha condizionato l'agenda politica. La legittimità viene fondata anche su questa interazione forte con le accademie scientifiche che hanno consentito di prendere decisioni di rottura quale quella che ha sancito la incostituzionalità del licenziamento dall'esercito di persone sieropositive. Ma un atteggiamento analogo si rinviene nel *Supremo Tribunal Federal* che sta con le sue decisioni ammettendo l'aborto in Brasile: anche qui il confronto è con le accademie scientifiche e gli esperti, nonché con le soluzioni di altri ordinamenti.

5. Legittimità e giudice

Al fondo il tema della legittimità implica quello del ruolo del giudice nella realtà attuale⁵¹. Due orientamenti si confrontano: all'indirizzo che chiede al giudicante di farsi voce delle più profonde esigenze della società⁵² - un giudice sovrano, filosofo, legislatore⁵³ - si contrappone l'orientamento che rinviene la sua funzione unicamente nell'interpretare testi da cui muovere e a cui ritornare e non certo nell'intuire valori⁵⁴. La storia ha dato risposte diverse in momenti distinti. Tuttavia, non si può non constatare che se la democrazia giudiziale potrebbe rappresentare un'ulteriore evoluzione della democrazia, essa sembra piuttosto assumere il paternalistico volto dell'oligarchia, del supposto governo dei migliori⁵⁵.

Abstract

The essay explores the idea of legitimacy. It focuses on the development of the notion and analyses the different features of Supreme Courts' legitimacy. The

⁵¹ Per un'analisi del rapporto fra giurisprudenza e legislazione v. G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1.

⁵² A. BARAK *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2008; G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

⁵³ O giudice *mullah* per utilizzare l'espressione di A. SCALIA, *Mullahs of the west: judges as moral arbiters*, in cl.edu.pl/wp-content/uploads/2016/01/Antonin_Scalia.pdf Accessed 24 Aug. 2009.

⁵⁴ N. IRTI, *I "cancelli" delle parole*, Napoli, 2015.

⁵⁵ Così è la critica di M. LUCIANI *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IX, 2016, pp. 391 ss. In tal senso A. SCALIA, *Mullahs of the west*, cit.

shift from a legal legitimacy based on the neutrality and technical expertise of the judges to a "sociological one" is important to understand the role that courts play. The use of comparative law and scientific argument helpsto increase their legitimacy even if their adoption can be strategic. The idea of legitimacy of Supreme Courts is linked to the role of the judges.

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ

Giuseppe Rossi*

*The Search for the “Workable Legal Precept”
in a Context of Incoherence and Uncertainty: Reflections on Roscoe
Pound’s Theory of Judicial Empiricism from a European Perspective*

SOMMARIO: 1. Judicial empiricism and the workable legal precept - 2. “Law as an agency of social control”/“social engineering” and their theoretical framework - 3. “Civilization” as a key issue of Pound’s thought - 4. Why law and its enforcement are not (and may never be) “popular” - 5. Gény and Pound: legislators and judges between “natural order” and “artificial order” - 6. A contemporary European perspective on Pound’s thought: (i) Judicial empiricism with no legal technique (or too many overlapping legal techniques)? - 7. (ii) Judicial empiricism with no clear “ideal pictures”?

1. *Judicial empiricism and the workable legal precept*

In Roscoe Pound’s theory of “judicial empiricism”, the remit of the judge is the search for the “workable legal precept”¹: i.e., finding a solution, which is coherent with the legal framework as well as with a principle of “justice” in the specific litigation.

In his well-known essay of 1923 on the *Theory of Judicial Decision* Pound focused on the “distinct things included in the idea of law”, which constitute the basic materials for the judge’s work.

Positive statutory and case law are but one starting point. Indeed, *consolidated ideas*, inherited from history and free from any specific hierarchy, indicate which rules to apply to the controversy and how to interpret them

* Associate Professor in Comparative Private Law, at University of Milan IULM, member of the Milan Bar

¹ Among the many works by Pound on the issue: R. POUND, *The Theory of Judicial Decision*, in 36 *Harv. L. Rev.*, 1923 641, 802; ID., *The Ideal Element in American Judicial Decision*, *ivi*, 1931, 136; ID., *Natural Law and Positive Natural Law*, in 68 *Law Quart. Rev.*, 1952, 330, 332; ID., *The Ideal Element in Law*, Calcutta, 1958, 49 ff.

in order to make them fit with the case at stake. A well-defined *technique*, synthetically named *interpretation*, provides the judge with “modes of looking at and handling and shaping legal precepts”².

In order to limit the constant risk that interpretation may become largely *fictitious*, as it tends not to call acts of creation – development of rules by their rightful name³, in Pound’s view interpretation must be *technical*, i.e. *rational* and *not arbitrary*. Logic is *not* the *only* method, but it is *a* method.

The third basic material is the set of philosophical, political, and ethical ideas about the aims of the law. Both positive rules and techniques are continuously re-examined, confirmed or reshaped under the test of the outcome their application would lead to in the specific controversy.

One of the perennial features of the “spirit of the common law”, according to Pound, is the “refusal to take the burden of upholding rights from the concrete each and put it wholly upon the abstract all”⁴: therefore, “judicial empiricism” is a never-ending search, which implies continuous confrontation with ever-changing fact, and the unavoidable risk of mistakes.

Positive legal precepts, including both case law and statute law, cannot but rarely stand on their own. It is necessary to assure that they “work” in the specific case, i.e. that they fit with the other materials which the judge has to work on.

It is very hard to match legal precepts, case by case, with the philosophical, political and ethical foundations of the law, through a technique that constantly needs fine-tuning. On the other hand, according to Pound, judicial empiricism is the main evolutionary force of the common law.

The judiciary (just like any other legal formant) may accomplish such a hard mission only by trials and errors.

In *The Ideal Element in Law* it is said that “We make the best practical adjustment we can by experience developed by reason and reason tested by experience in order to solve practical problems in a complex social and economic order which does not admit of satisfying solutions by simple moral maxims of universal validity. But we must have rules of decision if social control is to be maintained”⁵.

According to Pound, on the other hand when legal systems are on the verge of major changes, judges «must go with the main body not with the

² R. POUND, *The Theory of Judicial Decision*, 645; ID., *Juriprudence*, St. Paul Minn, 1959, I, 2, 111.

³ See R. POUND, *Spurious Interpretation*, in 7 *Columbia L. Rev.*, 1908, 379.

⁴ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Frankestown – New Hampshire, 1921, 216; ID., *What is the Common Law?*, in 4 *Univ. Chi. L. Rev.*, 1936, 176, 182

⁵ R. POUND, *The Ideal Element in Law*, *cit.* p.50.

advance guard, and with the main body only when it has attained reasonably fixed and settled conception»⁶.

The shift from the “ultra-individualist” tradition of the 18th century jurisprudence and the 19th century common law to the “social ideas” which should have inspired the new approach advocated by Pound in the *Spirit of the Common Law* was, undoubtedly, one of such major changes.

The advance guard should have been formed by “juristic science and careful legislation worked out consistently and upon a clear program”.

“Reversion to justice without law”, according to Pound, is never an option.

2. “Law as an agency of social control” / “social engineering” and their theoretical framework

Pound defined the law an “agency of social control” and “social engineering”⁷. These are but metaphors, which should not be read literally⁸.

Pound was well conscious that law alone is unable to shape society, because of its inherent limitations in dealing with a potentially unlimited number of conflicts.

For example, in his 1954 lecture on *Rights, Interest and Values*, included in *The Ideal Element in Law*, Pound wrote that: “When we look into the history of the subject we soon see that much of the problem of enforcing law is really a problem of intrinsic limitations in view of the nature of many of the interests to be weighed and secured and in view of the nature of legal precepts and of the means of applying them. Historically it is significant that while complaint of non-enforcement of legal precepts is as old as the law, it has been heard chiefly in periods when the law was seeking ambitiously to cover the whole field of social control or in transition to such periods”.

The idea of an all-encompassing and all-transforming legislation, and/or judicial law making, is a dangerous illusion that may lead to break the fundamental link between law and the moral / ethical sense of the community,

⁶ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. p.191.

⁷ See the seminal R. POUND, *The Need for a Sociological Jurisprudence*, in 19 *The Green Bag*, 1907, 6; afterwards, *inter alia*, ID., *Social Control through Law*, New Haven, 1942.

⁸ See, among the many studies on Pound’s theory of “sociological jurisprudence”: E.K BRAYBROOKE, *The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound*, in 5 *Univ. West. Aust. L. Rev.*, 1961, p.288; J.A. GARDNER, *The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound*, I, in 7 *Villanova L. Rev.*, 1961, p.1; part II *ibi*, 165; J. STONE, *Roscoe Pound and Sociological Jurisprudence*, in 78 *Harv. L. Rev.*, 1965, 1578.

which constitutes the “ideal element”.

Therefore, law enforcement may never work without an “ideal image”, of ethical / political nature, of what the law’s aims should be in each specific case.

On the other hand, law and morals are never equivalent. The judge has to test any moral principle, which may have an impact on a case, under “received legal materials” and “received legal technique”, in order to check whether its reception may impair “the general security by unsettling the legal system as a whole”.

Furthermore, “the practical limitations on effective achievement of results by the judicial or the administrative process require us not to attempt too much by means of law (in the lawyer’s sense) but to bear in mind that there are other agencies of social control that may sometimes do better what morals and morality require”⁹.

Such “other agencies”, like “home, home training, neighborhood opinions, religion and education” give the law its necessary moral /ethical background. They cooperate with the law in assuring social control, they offer the law possible paths of evolution, which any law enforcement agency will test, through its legal technique, in order to avoid the unsettlement of the whole system.

The “social engineering” metaphor may imply a “mathematical” application of legal precepts, which Pound constantly rejected, since his seminal essay on *Mechanical Jurisprudence*¹⁰.

At the outset of the lecture on *Legal Reason*, which closes *The Spirit of the Common Law*, Pound hints at “a change from a political or ethical idealistic interpretation to an engineering interpretation”. The core principle of this interpretation should be a kind of Pareto – optimal theorem, stating that: “we are seeking to secure as much of human claims and desires - that is as much of the whole scheme of interests - as possible, with the least sacrifice of such interest”¹¹.

The key issue is the qualification of law as an instrument for the pro-

⁹ R. POUND, *Jurisprudence*, I,2, p.278.

¹⁰ R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, in 8 *Columbia L. Rev.*, 1908, p .101: “The nadir of mechanical jurisprudence is used when conceptions are used, not as premises from which to reason, but as ultimate solutions. So used, they become empty words”. The remedy against “mechanical jurisprudence”, in Pound’s view, was not ant widening of judicial discretion in applying case law, but the acknowledgement of the paramount role of legislation in promoting a program of social reforms (see N.E.H. HULL, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, 1997, pp.70 ff.).

¹¹ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. p.195.

tection of *interests*, which Pound expressly borrows from Jhering.

“Engineering”, in Pound’s wording, does not mean application of mathematical formulas, but thinking of the law as a tool for “social control” through the protection of *actual* individual and / or collective interests (refusing, thereby, any *purely abstract* perspective).

The accent is on the *practical* (*not abstract*) nature of “engineering”, that is the outcome of rules of experience, just like jurisprudence, and not on its *mathematical* spirit, which jurisprudence does not share.

On the other hand, while jurisprudence and engineering, in Pound’s view, are both based on an ideal of “progress” (respectively technological and social), their attitude towards mistake is completely different.

While judicial empiricism is a trial-and-error process, an engineering flaw, which leads to collapsing of a building, would be clearly unforgivable.

The word “interests” is not self-explaining. The definition of such notion as “human claims or wants or demands -which we may think the law ought to protect and secure so far as they may be protected and secured” is too broad. Therefore, in the same lecture on *Legal Reason* Pound developed a *taxonomy of interests*¹², which he expanded and examined in depth in later works.

The fourth “paramount general interest” is “the general morals, the claim or want of civilized society to be secure against those acts and courses of conduct which run counter to the moral sentiment of the general body of those who live therein for the time being”.

Pound’s sociological jurisprudence, therefore, does not lead to the proposed abandoning of “political or ethical idealistic interpretation”, as the author himself will definitively clarify in his subsequent works, such as *The Ideal Element* and the monumental *Jurisprudence*. At the same time, it does not imply the complete rejection of formalism, or of the historical – traditional element, which remains the very core of both the “moral sentiment” of the community and the legal technique.

Rather, it advocates not too strict an adherence to positivist formalism, and a critical approach to the historical heritage of the common law.

Such a critical approach implies acceptance of a discretionary element in law enforcement, which draws jurisdiction and administration near, and acknowledgment of the fictitious nature of interpretation. Therefore, separation of powers should not constitute a dogma.

Pound does never repudiate the “feudal element” within the “spirit of the common law”, or the historical path, which, in his view, lead to the transformation of the common law “rights of the Englishmen” into the

¹² R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. p.195.

“universal rights of men”¹³. Rather, he claims that fundamental rights and freedoms granted to individual by the Constitution should never become an obstacle to the protection of collective or general interests.

3. “Civilization” as a key issue of Pound’s thought

Notwithstanding his above quoted statement of purpose, Pound never really departed from “idealistic interpretation”; his whole work shows a neo-hegelian approach, evident since the very title of the *Spirit of the Common Law*¹⁴, and even more marked in subsequent works.

Unlike von Savigny’s, Pound’s idealism is *universal* and *not national*. In his view, the “spirit of the (common) law” may teach universal lessons for the progress of civilization worldwide. This approach lead Pound to face major difficulties when he had to deal with foreign policy issues involving the circulation of US legal models abroad¹⁵.

At the fifth place of Pound’s basic taxonomy of paramount general interests there *stands* “the interest in general progress, the claim or want of civilized society to be secure against those acts and courses of conduct that interfere with economic, political and cultural progress and the claim that so far as possible individual conduct be so shaped as to conduce to these forms of progress”¹⁶.

¹³ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. pp.156 ff.; ID., *The Ideal Element*, pp.40 ff.

¹⁴ See W.L. GROSSMAN, *The Legal Philosophy of Roscoe Pound*, in 44 *Yale L. J.*, 1935, p.605; M.R. COHEN, *American Thought: A Critical Sketch*, Glencoe ILL., 1954, p.75, according to which: “The only serious attempt on the part of an American to organize some actual branch of history in accordance with this Hegelian method is Roscoe Pound’s construction of legal history, wherein, however, he follows Kohler rather than Hegel” (reference goes to, *inter alia*, R. POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, 1923).

¹⁵ For an analysis of Pound’s experience as a legal consultant for the Chinese Guomindang party, after his retirement from Harvard Law School in the late 1940’s, see J.J KRONCKE, *Roscoe Pound in China: A Lost Precedent for the Liabilities of American Legal Exceptionalism*, in 38 *Brook. J. Int.l. Law.*, 2012, 1; ID., *The Futility of Law and Development: China and the Dangers of Exporting American Law*, Oxford, 2016, pp.215 ff.

¹⁶ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. p.158. This functional view of the law, of course, was not new. K. KREILKAMP, *Dean Pound and the Immutable Natural Law*, in 18 *Fordham L. Rev.*, 1949, p.173-174: “By immemorial Scholastic definition laws are reason’s ordinations for the common good, and the common good is nothing else than

In the *Ideal Element*, Pound clarifies that even the Pareto – efficient basic scheme of “social engineering” is but an instrument for the achievement of “civilization”, which is the ultimate end “towards which both a maximum of free individual self-assertion and an efficient social organization are but means”¹⁷.

“Civilization” and “progress” are key features of the “ideal picture” of the legal system, which, as seen, is one of the basic elements of the judicial work.

Pound’s view of “civilization” and “progress”, nevertheless, remains quite obscure. In the *Ideal Element*, for example, he speaks of “raising of human forces” and of “maximum of human control” over “external” and “internal” forces¹⁸.

The author’s life-long masonic affiliation and the high rank roles he fulfilled within North-American freemasonry may help to improve our understanding of Pound’s ideal of “progress towards civilization”.

In his works on *The Philosophy of Masonry* (1915)¹⁹ and *Masonic Jurisprudence* (1920)²⁰ Pound anticipated many of the key issues of his legal philosophy and exposed his fundamental ideal of “civilization” as the “elimination of the struggle for existence”, as the outcome of a “moral order, above and developed out of the social order”, until the final accomplishment of “human perfection”.

The key issue of progress of humanity is “a harmonizing of the interests of each with each other and with all”, until the “interests of the State and subject are one”²¹.

Under the influence of European masonic thinkers, Pound underlines the artificial nature of social order, the need of a “continual struggle with natural surroundings as well as with other societies and with individuals, wherewith interests or necessities come in conflict”, until the outcome of “perfection”.

the good of the community as a unified order; furthermore, every precept of Scholastic social ethics is rooted in the psychological truth that sociality is a property of human nature. Nor even among the moderns, of course, was Pound the first to recognize the falsity of individualism—he himself credits the German jurist Jhering with first realizing that the end of law is the social interest. Nevertheless, Pound’s contribution to American jurisprudence is great. However old the truth he taught, it was novel to the audience he had, and often unwelcome, and he deserves credit for his part in the movement to gain it a hearing and an influence”.

¹⁷ R. POUND, *The Ideal Element*, cit., p.45.

¹⁸ R. POUND, *The Ideal Element*, cit. p.51.

¹⁹ R. POUND, *The Philosophy of Masonry*, Anamosa Iowa, 1915.

²⁰ R. POUND, *Masonic Jurisprudence*, Anamosa Iowa, 1920.

²¹ R. POUND, *The Philosophy of Masonry*, cit. pp.32 ff.

Pound's philosophy of freemasonry shares with his jurisprudence the need to be *practical* rather than dogmatic, to *seek an end*, to "base our ideal upon the history of institutions", which should unanimously lead towards "preservation and transmission of an immemorial tradition of human solidarity and of universality"²².

Significant examples of this "universality" are the "landmarks" of freemasonry, such as the first landmark, "belief in God, the Grand Architect of the Universe", or the second: "belief in the pre-existence of personality".

Of course, Pound wondered how the first landmark could coexist with the plurality of religions. He pointed out that, for example, Muslim masons could comply with the first landmark by belief in "*their*" God. Such an answer may sound quite *naïve*.

Other masonic landmarks, according to Pound, include secrecy of the masonic organization, that masons be "freeborn and of full age", the male gender of masons.

Pound, apparently, does not take into account the problem of how such landmarks may comply with the constitutional order of Western democracies; in other words, he gets round the problem whether the universal aspiration to civilization should justify, or even require, departing from fundamental democratic principles²³.

4. *Why law and its enforcement are not (and may never be) "popular"*

As already seen, according to Pound, the judiciary is the main custodian of the relationship between law and the moral sense of the community, as developed through the history of institutions. This is the indispensable foundation of the law. Moreover, according to Pound, courts have been, and will always be somehow "unpopular".

²² R. POUND, *The Philosophy of Masonry*, pp.81 ff.

²³ K. KREILKAMP, *Dean Pound and the Immutable Natural Law*, 203, points out that "What is truly good for man, and what bad, is for Pound unknowable; all that can be surely and scientifically known is what men think to be good". As a consequence: "For all his talk about the philosophy of law, and a natural law theory of law, what Pound is proposing is really more a technique than a philosophy. He is closer to the Analytical School than he thinks. Where they confined jurisprudence to the amoral technique of applying an arbitrarily given positive law, issuing from the ruler, Pound confines it to the quite as amoral technique of applying an arbitrarily given set of moral and social ideals, issuing from society". See also K. KREILKAMP, *Dean Pound and the End of Law*, in 9 *Fordham L. Rev.*, 1940, pp.225, 230.

In his presentation at the 1906 annual convention of the American Bar Association (one of the starting points of his career) on *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*²⁴ Pound identified three levels of such dissatisfaction: some (i) involving *any* legal system, some (ii) lying in the Anglo – American legal system and, finally, some (iii) due to the environment of US judiciary at the time.

Perhaps the most interesting aspect of the first tier is the gap that arises from “the inevitable difference in rate of progress between law and public opinion”. Since “law formulates the moral sentiments of the community in rules to which the judgements of the tribunals must conform”, “these rules cannot exist until public opinion has become fixed and settled”. As changes in law and public opinion follow different paces, “law is often in very truth a government of the living by the dead”.

“In an age of rapid moral, intellectual and economic changes, often crossing one another and producing numerous minor resultants”, the friction between the “moral or intellectual or economic change” and the law “cannot fail to be in excess”.

There is one more crucial point about Pound’s view of the relationship between public opinion and the judiciary: “public opinion must affect the administration of justice through the rules by which justice is administered rather than through the direct administration”.

Public opinion should not press on the courts, nor should judges seek public applause. The effective warranty of justice through jurisdiction is “the highest scientific standard in the administration of justice”. This is the professionals’ job, of course: “the daily criticism of trained minds, the knowledge that nothing which does not conform to the principles and received doctrines of scientific jurisprudence will escape notice, does more than any other agency for the every-day purity and efficiency of courts of justice”. Consequently, Pound invokes “law schools that are rivalling the achievements of Bologna and of Bourges to promote scientific study of the law”.

²⁴ R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, Address Before the Annual Convention of the American Bar Association (Aug. 29, 1906), in 14 *American L. J.*, 1906, p.445. For a report of Pound’s presentation and reactions by contemporaries see J.H. WIGMORE, *The Spark that Kindled the White Flame of Progress-Pound’s St. Paul Address of 1906*, in 46 *J. Am. Judicature Society*, 1962, p.50. A critical review and some reflections on developments following Pound’s speech in B. FRIEDMAN, *Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: a Retrospective (and a Look Ahead)*, in 82 *Indiana L. Jour.*, 2007, p.1193: “The way to crisis is when the judiciary and the law depart from the core common sense and judgment of the American people. In this, Pound was absolutely right. The question is whether we are headed there” (1214).

Pound's advocacy for re-thinking of the individualist "spirit" of the American common law and for reform of the US court system and procedural rules are among the most well-known aspects of his works.

Nevertheless, there are at least two aspects of particular interest nowadays: "the strain put upon law in that it has today to do the work of morals also" and (consequently) "the putting of our courts into politics".

In a time when "absolute theories of moral and supernatural sanctions have lost their hold", "conscience and individual responsibility are relaxed", "the law is strained to double duty, and more is expected of it than in a time when morals as a regulating agency are more efficacious".

Forty-eight years after, in the *Ideal Element*, Pound broadened his statement: "throughout the world, people are dissatisfied with the law", mostly because there was "no well understood idea" to help distinguishing law from arbitrary powers²⁵.

Finally, "putting courts into politics and compelling judges to become politicians, in many jurisdictions has almost destroyed the traditional respect for the Bench".

Unlike other borders (such as those between the judiciary and the legislative, or the judiciary and the administration), the line dividing courts from politics cannot be blurred.

5. *Gény and Pound: legislators and judges between "natural order" and "artificial order"*

Pound's sociological jurisprudence shows the clear influence of contemporary continental European lines of thought, such as Jhering's and Gény's.

Pound agrees with Jhering and Gény in emphasizing the role of interests in law enforcement and he shares Gény's view that "l'ordre juridique privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activités libres et à une harmonie d'intérêts en vue d'une finalité supérieure, ne peut – en dehors de la loi écrite, qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète – trouver ses bases profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité sociale, seuls éléments objectifs capables d'en suggérer les règles"²⁶.

On the contrary, he disagrees with Auguste Comte's opinion, followed

²⁵ R. POUND, *The Ideal Element*, cit. p.51.

²⁶ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 2° ed., Paris, 1919, I, pp.187-188.

by Géný, according to which there exist “lois naturelles qui constitue nécessairement la véritable base scientifique de la dignité humaine, dans l’ordre des événements politiques”²⁷. According to Pound (who defined Géný a “neo-scholastic”²⁸), “civilization” is always artificial, and the harmony of individual and collective interest is not the outcome of a “natural” evolution, but of a constant struggle against natural forces, both “internal” and “external” to each individual and humankind. Legal technique is a weapon in the struggle.

Géný’s and Pound’s “targets” were profoundly different²⁹. Géný aimed, basically, at the rejection of the positivist theory of completeness of legislation, in favour of a wider approach, which would generate opportunities for the judiciary and liberate legal scholars from the boundaries of the “exegetic” approach.

Pound’s aim, on the other hand (at least in his foundational works of “sociological jurisprudence” of the 1920’s and 1930’s), was to foster the transition of the US system from the “individualistic” common law tradition to a more “social” approach, by means of: advocacy for a wider role for statute law, a more critical attitude to case law (and the consequent wider discretion for the judiciary), a flexible judicial interpretation of fundamental rights of the individual granted by the Constitution, in order to facilitate the new “social” approach.

Pound and Géný acknowledge that the judiciary should enforce statute law, avoiding any “spurious interpretation”, but this apparent consonance hides a fundamental discord.

Géný’s very respectful attitude towards statute law and its faithful judicial enforcement is based on the tacit assumption that legislation, by itself, is but a poor instrument, whose inevitable and broad gaps may not but leave the widest space to the “juge sociologue”, with his scientific method and his technical instruments.

In Géný’s view the judge acts as a “social scientist”. He takes as starting

²⁷ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Paris, 1839, IV, lesson n. 48.

²⁸ R. POUND, *Jurisprudence*, II, 182-183: “Géný goes on social life as a moral phenomenon. It is something given us as a fundamental truth which may be developed logically into its consequences. His definition of law is essentially a formula of positive law as declaratory of natural law”. See also R. POUND, *The Ideal Element*, pp.47 ff.

²⁹ Pound, Géný and Jhering are sometimes mentioned as forerunners of a generic “tendency to free the judge from the text” (C. PERELMAN, *Rhetorical Perspective on Semantic Problems*, in ID., *The New Rhetoric and the Humanities: Essays on Rhetoric and Its Applications*, Dordrecht, 1979, 89); such approaches hides the relevant differences between the approach of the three scholars and the contexts in which they operated.

points factual data acquired through observation of the natural order³⁰ and refines them through the specific technical instruments of legal interpretation.

The judiciary, therefore, will be the most appropriate institution to carry on that “gouvernement sociologique” which, according to Comte, will foster the “progrès social” in an harmonic and non-conflictual way (unlike the struggles of politics).

According to Pound, vice-versa, the artificial evolution of society towards civilization does sometimes require major changes, which are better left to the political decision of legislators, while the judges’ task is the constant refinement of law through comparison with the moral sense of the community, using the tools of legal technique.

While the “juge sociologue”, first, applies scientific formulas learned through observation of social phenomena, and, subsequently, he uses the technical tools of legal interpretation in order to make positive law (mostly statute law) fit for purpose, the judge – “social engineer” builds mostly on experience coming out of a series of trials-and-errors³¹.

Pound’s reflections on the development of rules of liability without fault with reference to industrial activities at the beginning of the sixties are significant: “Today we are having to apply reason to relations of individual men employing instrumentalities potentially dangerous to themselves in operations controlled by others in an industrial society. Do we not put too

³⁰ F. GÉNY, *Science et technique ed droit privé positif*, I, Paris 1914-1924, pp.91 ff, 95: “ — Avant tout, il faut savoir, en interprétant tous les éléments objectifs que nous présente le monde social, et, au besoin, en faisant appel aux puissances intimes, qui complètent les constatations de l’expérience et les suggestions de l’entendement, (intuition, croyance), quelles sont les règles à poser, tant au vu de la fin à poursuivre que d’après l’efficacité des moyens aptes à y répondre. — Cela fait, il s’agira, pour mettre ces règles en circulation dans la pratique, et les faire en quelque sorte passer de la puissance à l’acte, de pouvoir les ajuster à la vie, les adapter à ses exigences concrètes, à sa molle structure, à sa fluidité incessante, en dégageant et ramenant à effet les procédés d’application du droit”.

³¹ Pound expressed a critical position on Gény’s view of “scientific” natural law as the foundation of positive law and of its enforcement. See, e.g., R. POUND, *Natural Law and Positive Natural Law*, in *Natural Law Forum*, n. 49, 1960, pp.70 ff., 75: “It is not the task of philosophical jurisprudence to prove that we must fit legal precepts and their application necessarily and inevitably to a logically demonstrated pattern of the past. It is rather that we have experience also with which to work in applying given patterns and finding how to shape them to new conditions of fact which confront us. The task of reason is not confined to demonstrating universal and eternal validity of precepts as we find them given us in the legal order. Natural natural law is too easily thought of as a systematic logical establishing of the validity of positive natural law. Law is not pure reason in vacuo, but reason organizing and developing experience and corrected and developed by further experience”. See also R. POUND, *The Ideal Element*, cit. pp.48 ff.

heavy a burden upon reason in expecting it to give us a complete and perfect system of justice, formulated in detailed precepts, good for all times and places and peoples to come? May we not turn to experience also?”³².

On the other hand, as it was pointed out by Karl Llewellyn in his review of Pound’s *Jurisprudence*, Pound analysis of Géný’s work focuses critically on the side of “science”, and quite overlooks the “technique” (as exposed, mostly, in Géný’s *Méthode*, considered by Pound as a minor work)³³.

Pound’s apparent oversight on the practical tools used by law enforcement agencies, with the judiciary in the first place, in order to reach results which are both compliant with positive law and coherent with the “données” may sound quite surprising, taking into account Pound’s prior emphasis on the finalistic nature of the law and the practical nature of his jurisprudence³⁴.

6. *A contemporary European perspective on Pound’s thought: (i) Judicial empiricism with no legal technique (or too many overlapping legal techniques)?*

Perhaps due to his distrust on “natural order”, Pound set precise boundaries on judicial empiricism.

Two of them, at least, may be of particular interest nowadays: rationality and adherence to an “ideal picture” of the social and legal system, which represents the moral sense of the community.

Neither Pound nor Géný condemned formal logic, or advocated capricious, irrational or emotional approaches to law enforcement. Rather, they challenged the ideological nature of the assumption that logic is the only base of the legal order, and its only evolutionary force.

Géný underlined that logic should be the basis of *legal principles*, whose correspondence to reality has to be checked using the laws of sociological sciences (which are logical themselves, though not necessarily *formal*).

Pound (refusing, once again, the idea of a “natural” order) made clear

³² R. POUND, *Natural Natural Law and Positive Natural Law*, cit. p.82.

³³ K.N. LLEWELLYN, *Review of Jurisprudence by Roscoe Pound*, in 28 *Univ. of Chicago L. Rev.*, 1960, p.174.

³⁴ In Llewellyn’s words, Pound “recognizes the importance of technique, in general. But he turns his back, then, on the craft-aspect, the daily working aspect for daily working lawyers, of this great *Méthode* of Géný’s- even while, I repeat, he is sniffing out the greatness which has been missed by every other American writer except Cardozo” (K.N. LLEWELLYN, *Review of Jurisprudence by Roscoe Pound*, p.178).

that logic is not the origin and the essence of the legal system. Pound's mission was, maybe, easier than Gény's (and even more than Jhering's), since the "formalistic" approach was an "import product" in the US.

In Pound's view, the law has a scientific nature "not because it has an appearance of universality, but to the extent that it organizes in a logically coherent scheme of exposition the best that we know and think about the materials of the legal system"³⁵.

As any aspect of jurisprudence, logic has practical consequences, directly linked to effectiveness of the legal system: "Classification is a shaping and developing of traditional systematic categories in order to organize the body of legal precepts so that they may be (1) stated effectively with a minimum of repetition, overlapping and potential conflict, (2) administered effectively, (3) taught effectively, and (4) developed effectively for new situations".

"Legal precepts are not deductions from nor inevitable consequences of classification"³⁶ but their effectiveness needs logical grounds³⁷.

Though, of course, Pound was deeply interested in Jhering's work, he substantially overlooked Heck, and the *Freirechtlehre*³⁸.

The well-known diatribe between Pound and the "realists" sheds further light on the issue.

Ever since the 1931 article on *The Call for a Realistic Jurisprudence*, Pound pointed out that "many of these realists seek to ignore the logical and rational element and the traditional technique of application, or art of the common law's lawyer craft, which tends to stability and uniformity of judicial action"³⁹.

³⁵ R. POUND, *Jurisprudence*, II, cit. p.21.

³⁶ *Preliminary Report on Classification of the Law*, 2 *Proc. of the American Law Institute*, 1924, 370.

³⁷ Very interesting remarks on the point are offered, in the context of an updated reading of Langdell, by C. P. WELLS, *Langdell and the Invention of Legal Doctrine*, in 58 *Buffalo L. Rev.*, 2010, pp. 551 ff.: "Langdell's conception of doctrine remains an important part of our legal culture. Like the air we breathe, it is essential although it rarely excites our interest. Whether we like it or not, we inevitably teach doctrine to our students. We may teach other things as well; we may even teach our students to be skeptical of doctrinal arguments. Nevertheless, our students will emerge from our classes with a fine-tuned sense about doctrine itself" (554).

³⁸ According to N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, 1995, p.63 since the early Thirties Pound underwent a radical change in his attitude towards European legal thought, proclaiming that American scholarship should have followed completely independent paths. Such statement does not seem to find any confirmation in Pound's late works, such as *The Ideal Element*.

³⁹ R. POUND, *The Call for a Realist Jurisprudence*, in 44 *Harvard L. Rev.*, 1931, pp.697 ff., 710.

In the same writing, Pound even claimed for a “rationalization” of the irrational. Though admitting “the existence of an alogical, unrational, subjective element in judicial action”, he advocated a “study of concrete instances of its operation to reach valid general conclusions as to the kind of cases in which it operated more frequently, and where it operated most effectively or most unhappily for the ends of the legal order”. Within the realist movement, “somebody”⁴⁰ thought that Pound was turning from the fighter for reform of *The Spirit of the Common* into an inveterate conservative⁴¹.

Pound cordially replied with a harsh criticism. The 1939 statement that “realism is essentially an art that cultivates the ugly” is but an example⁴².

As it was pointed out, “like Holmes, Pound was both an anti-formalist and a formalist; but while Holmes was a hero to the realists, Pound ‘ended up as their favourite whipping boy’”⁴³.

Pound could never accept any dismissal of logic or the abandonment of the idea that the legal system is made up of a coherent set of rules, nor any idea of legal scholarship as mere reporting of what is done by law enforcement officers, with the judiciary in the first place⁴⁴.

The first and foremost problem of the “judicial empiricism” theory nowadays, from a European point of view, is the *constant weakening of the technical - logical element* in both statutory and case law.

One aspect of such problem is that Pound’s advocacy for a “social” rethinking of the US common law has sometimes been received in Europe as an apology for “spurious jurisprudence” (which Pound opposed fiercely), i.e. for conscious manipulation by courts of statutory precepts in order to reach political aims, careless of textual and logical interpretation.

Poor and misleading statutory wording (Italian legislation offers many examples) is but another aspect of the problem.

From a European point of view, the key issue comes with EU law and its effects on national legal systems.

In 1963 the landmark ECJ *Van Gend en Loos* decision⁴⁵ stated that the

⁴⁰ In his 1931 writing, Pound never mentioned any realist by his own name, just referring to “the realists” as a whole.

⁴¹ K.N. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, in 44 *Harvard L. Rev.*, 1931, pp.1222 ff.

⁴² R. POUND, *Modern Administrative Law*, in 51 *Rep. of the Virginia State Bar Association*, 1939, pp. 372, 385.

⁴³ N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, 60, quoting G. GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven Conn., 1997, p.137.

⁴⁴ R. POUND, *The Future of Law*, in 47 *Yale L.J.*, 1937, pp.1, 6.

⁴⁵ EUCJ, 5 February 1963, C 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming*

EEC Treaty imposed obligations and rights not only for Member States and the Community institutions, but for the individuals as well, “in a clearly defined way”; through the Treaty, Member States had created an autonomous legal order, with “an authority which can be invoked” by nationals before their State judges.

Immediately after the decision, comments, including writings from authors directly involved in the case, placed a great emphasis on the “supremacy of EEC law” principle, and the birth of a “new legal system”⁴⁶, which would have led progressively to entirely overcome the barriers between the national sovereignties.

Van Gend en Loos was seen as the starting point of a new “legal method to unify Europe”, different from the “traditional” path based on political decisions and inter-governmental relationships. The “very needs of the population ruled by this unique body of law” would have led to a final, unavoidable, “political coronation”⁴⁷.

Such approach charged the national courts with the task of protecting EEC- originated rights even against their own national legislation, i.e. a task that is typical of constitutional courts. This way, national courts were somehow set above their own national laws⁴⁸ (to which, in democracies, they are usually subject: see, e.g., art. 101 par. 2 of the Italian Constitution)⁴⁹.

van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration.

⁴⁶ A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in IX *Riv. dir. civ.*, 1963, pp.259 ff. Alberto Trabucchi was a member of the Van Gend court. According to a reconstruction of the debate within the court, his position was crucial to determine the final outcome (M. RASMUSSEN, *Establishing a Constitutional Practice of European Law: The History of the Legal Service of the European Executive, 1952–65*, in 21 *Contemp. Eur. Hist.*, 2012, pp.375, 395–96. See also P. GORI, *Souvenirs d’un survivant*, in 50th *Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos. Conference Proceedings – Luxembourg, 23 May 2013*, Luxembourg, 2013, p.29.

⁴⁷ In the words of R. LECOURT, *Le rôle du droit dans l’unification européenne*, in 17 – 18 *Bulletin de l’Association des Juristes Européens*, 1964, pp.5, 23, quoted by A. VAUCHEZ, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Policy*, Cambridge, 2015, p.140 (Robert Lecourt was the rapporteur of the ECJ *Costa v. Enel* decision, and became President of the ECJ from 1967 to 1976).

⁴⁸ Of course, as it had been foreshadowed by Advocate General Roemer in his conclusions in the Van Gend en Loos case, the direct effect principle would have led to serious constitutional problems in some member states, including Italy (from where the subsequent *Costa* and *Simmenthal* cases originated).

⁴⁹ E. BENVENISTI, G.W. DOWN, *The Premises, Assumptions, and Implications of Van Gend en Loos: Viewed from the Perspectives of Democracy and Legitimacy of International Institutions*, in 25 *European J. of Int.l Law*, 2014, hold that “while judicial intervention often pre-empts public deliberation, the costs that this imposes are often far outweighed by their benefits when compared to the counterfactual of domination by the executives of the most powerful state parties and the IOs subjected to their control” (102). The

As it has been pointed out, “jurisdictional functionalism emerged as a new way of conceiving the articulation between Europe and the law”⁵⁰.

In this view, private law would have been the key unifying element, and the ECJ the key institution, within a co-operating / leading role with national courts.

Afterwards, EU law constantly expanded its influence on private law (mostly by means of harmonization of legislations through directives), going far beyond the original economic policy domain of the EEC Treaty.

The EU legislator quickly followed the path opened by the ECJ, giving way to a proliferation of directives in almost any field of civil and commercial law (exception made for those areas that are most sensitive to *values*, such as patrimonial aspects of family law, or the law of inheritance).

Neither the ECJ nor the EU legislator seriously worried about the technical - logical element, or even about the theoretical foundations of EU law. Pierre Pescatore’s sometimes - mentioned words, according to which the ECJ used to operate on the basis of “une certain idée de l’Europe”⁵¹, rather than on arguments based on legal technicalities are highly significant. Until the overflow of EU legislation, with its ever-increasing interpretative problems, forced the Court toward more sophisticated and articulated reasoning, the *jugement a phrase unique* decision writing style was typical of ECJ decisions, including *Van Gend en Loos* and *Costa*.

Many attempts of building a “unified” logical system of European private law have been carried out⁵², but none of them reached the necessary

Authors reach this conclusion taking into account, *inter alia*, the “defragmentation strategies” of courts, i.e. their capacity to organize sparse legal materials within a coherent logical scheme, in order to give adequate reasons for their decisions. This remark leads back to Gény’s *technique*, or Pound’s “modes of looking at and handling and shaping legal precepts”, which cannot be developed by courts alone, be they national or supranational, but need historical and theoretical foundations. J.H.H. WEILER, *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual*, in *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos. Conference Proceedings – Luxembourg, 23 May 2013*, Luxembourg, 2013, pp.11 ff. though arguing that the decision was the outcome of “an impeccable classical hermeneutic which was rooted in the treaty before the Court” (12) holds that “Direct Effect, inescapably and inextricably, implicates the Court in the very issues of democratic and social legitimacy which are at least partially at the root of current discontent”.

⁵⁰ A. VAUCHEZ, *Brokering Europe*, 143. See also A. COHEN, A. VAUCHEZ, *The Social Construction of Law: The European Court of Justice and Its Legal Revolution Revisited*, in *7 Ann. Rev. L. & Soc. Sc.*, 2001, p.417.

⁵¹ P. PESCATORE, *The Doctrine of Direct Effects, An Infant Disease of Community Law*, in *8 Eur. L. Rev.*, 1984, p.157.

⁵² See the essays collected in H.W. MICKLITZ, F. CAFAGGI (eds.), *European Private Law*

consensus, or convinced the EU institution to abandon the assumption that sectorial case-by-case statutory interventions, alongside with ECJ interpretative work, are preferable to facing theoretical problems on the conceptual nature of general private law institutes.

Decade after decade, the ECJ case law gradually built its own system, based on landmark logical principles (starting from the very “poundian” effectiveness principle): being faithful to the *Van Gend en Loos* starting point, such system is “autonomous” from those of Member States. Furthermore, ECJ logical and teleological reading of EU legislation aims at overcoming any resistance that national systems, with their “logics”, may oppose to full application of EU rules.

Nowadays, European domestic judges have to deal, at least, with three different arrays of “technical - logical elements”: the remains of their national concepts and classifications developed in centuries (embodied in the Civil codes, or in the common law), the “hybrid” categories created by the insertion of EU rules in the domestic legal texture (quite often embodied in sectorial “codes”), the autonomous and “superior” logic of the ECJ interpretation of EU rules.

Nothing assures that these three sets of “logical elements” (i.e. of legal techniques) are coherent with each other.

The *Francoovich* ruling⁵³, to name but an example, charges domestic courts with the power/burden of judging their own legislators, in application national tort rules, interpreted under the light of superior principles that the ECJ extrapolated from the rules of the Treaty on harmonization of legislations⁵⁴.

The defeat, by the ECJ, of threats coming from some national constitutional courts (Italian and German) led to different enforcement mechanisms of national Constitutions - through domestic constitutional judges - and of EU provisions, through ordinary courts, by means of non-application of national rules conflicting with EU law.

Setting aside, for the time being, the problem of the plurality of EU and

after the Common Frame of Reference, Cheltenham, 2010.

⁵³ EUCJ, 19 November 1991, joint cases C – 6/09 and C – 9/90, *Francoovich and Bonifaci v. Republic of Italy*.

⁵⁴ J. BAQUERO CRUZ, *An Area of Darkness: Three Conceptions of the Relationship between European Union Law and State Constitutional Law*, in N. WALKER, J. SHAW, S. TIEMEY (eds.), *Europe’s Constitutional Mosaic*, Oxford, 2011, pp.49 ff. 62: “*Francoovich*, more than any other judgement, speaks to us about the uncertainty of European Union law, about the imperfect and unfinished character of the rule of law in the European Union. In looking for a final sanction, for closure, ‘for normality’, *Francoovich* exposes the fragility and openness of the system”.

national *ethos* (i.e., of the “ideal element”), this implies, at least, that quite often the national judge will carry the burden of choosing the way between constitutional judgment and direct non-application of domestic rules.

Moreover, though many years have passed since the *Costa v. Enel*⁵⁵ and *Simmenthal*⁵⁶ judgments and notwithstanding the Nice Charter of fundamental rights in the EU, nothing assures that national constitutional interpretation criteria and ECJ principles are logically coherent in all cases.

The same relationship between EU law and national constitutions is still far from clear, while the controversial (and never really applied) “theory of counter-limits”⁵⁷, drafted by the Italian and the German constitutional courts, leaves many dark areas.

Is this the triumph or the defeat of judicial empiricism?

7. (ii) *Judicial empiricism with no clear “ideal pictures”?*

In his 1923 essay on *The Theory of Judicial Decision* Pound stated that the most important task of the judge is “to induce a consciousness of the role of ideal pictures of the social and legal order both in decision and in declaring the law”⁵⁸.

As seen above, according to Pound the judge should never turn into a disguised politician, nor seek popularity by means of shaping the law according to any moral instance whatsoever coming from society. On the contrary, any such issue should be checked with the instruments of legal technique in order to avoid upsetting of the system as a whole. Major changes should be left to legislators, acting on the basis of a clear and well defined political program.

Development by courts of an “ideal picture of the social and legal order” requires a commonly shared moral sense, with a concept of “civilization” in the background.

Francis Fukuyama’s theory of the “end of history”⁵⁹, through the final convergence of all systems towards the model of Western liberal demo-

⁵⁵ EUCJ, 15 July 1974, C 6/64, *Costa v. ENEL*.

⁵⁶ EUCJ, 9 March 1978, C 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*.

⁵⁷ For an overview, see the essay collected in R. ARNOLD (ed.), *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Dordrecht, 2016.

⁵⁸ R. POUND, *The Theory of Judicial Decision*, in 36 *Harvard L. Rev.*, 1923, p.958.

⁵⁹ F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, London, 1992.

cracies may sound quite harmonic with Pound's view. Even Huntington's opposite idea of the "clash of cultures"⁶⁰, on the other hand, may not result completely unfamiliar to a line of thought, like Pound's, which conceives "civilization" as the ideal outcome of a continuous struggle.

Sadly, none of these theories seems to explain the meaning of "civilization" in the globalized world.

The emergence of non-democratic systems based on spurious forms of capitalism (such as China or Turkey, or some Gulf area countries), with their economic actors competing in (and with) the Western free market economies, poses further questions about some possible separation of "economic" from "political" or "cultural" civilization.

Pound himself had quite an unhappy experience with China, after the defeat of Goumingdang party, and the consequent dismissal by the newly formed communist State, of his reformation plans based on the exportation of some basic features of the US model (including the common law). Not surprisingly, this turned him into a fierce anti-communist⁶¹, notwithstanding the clear "social" inspiration of his entire work.

One may suppose that Pound would be even more disappointed with the evolution of China in a leading State of the world economy, without dismissal of the single-party system, or full acceptance of any Western doctrine of rights.

Judicial empiricism in a globalized world would still be possible only abandoning the ideal "universal" element, i.e. a key feature of Pound's philosophy. Though Pound admitted, of course, that there was a "Chinese sense of justice", as well as the possibility for Muslim freemasons to follow their religion, he never abandoned the claim for a universal civilization, where all collective and individual interests would have been in harmony.

Globalization, at least at the current stage, makes one much more sceptical.

Things get no easier looking at Europe only.

What is the common moral sense of Europe today⁶²? The traditional

⁶⁰ Huntington's response to Fukuyama in S. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations?*, in 72 *Foreign Affairs*, 1993, p.22, further expanded in Id., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996.

⁶¹ J.J. KRONCKE, *The Futility of Law and Development*, p.217.

⁶² C. BARNARD, *Van Gend en Loos to(t) the future*, in 50th *Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos . Conference Proceedings – Luxembourg, 23 May 2013*, Luxembourg, 2013, pp.117 ff., 118: "Despite the prominence of anthems and flags, there is a lack of a central focus around which to develop the identity of the EU citizen. And, as a result, there is considerably less reverence for the Court of Justice [in comparison with the US Supreme Court: A.N.]: large numbers of EU citizens have never heard of the ECJ, fewer

answer, based on a mythical “common constitutional tradition”⁶³, may not suffice.

Long lasting economic crisis and, most of all, mass migrations force the Europeans and their institutions to face the problem of costs of human rights, at least if they are to be “taken seriously”, and not merely listed in the Charter of Nice.

Terrorism makes the problem of reconciling security issues with fundamental freedoms dramatic.

Basic moral issues are becoming more and more controversial, and it becomes harder to see any possible harmonization between individual interests and collective interests, which are often seen as structurally conflicting rather than concurring.

A kind of a Marxian revenge led to the multiplication of conflicts within Western societies, including some with a paradoxical flavour, like the clash between freedom of expression and intellectual property, or that between freedom of expression and war on terrorism, when the regulation of the Internet is at stake.

In such a scenario, judicial empiricism in the “poundian” sense may call courts to exercise restraint on pressure coming from society, asking for major changes of the legal system: litigation on Brexit, and the defence of parliamentary prerogatives by the Supreme Court⁶⁴, is perhaps the most significant example.

In some cases, mostly when ethical issues are involved, courts may be tempted, vice-versa, to accelerate changes in the law, though absent any sufficiently clear “ideal picture” of which new rules society actually claims for, and/or by means of “spurious interpretation” or disregard of legal techniques. Pound’s theory of judicial empiricism prevents the judge from

still could locate it in Luxembourg or name a judgment”. The Author suggests that the ECJ should “develop a new kind of doctrine of effectiveness, one that might mean endorsing the devolution of more decision-making power to the Member States or other actors” (122).

⁶³ See the decision by the EUCJ, 14 May 1974, C 4/73, *Nold*. The concept is now codified in art. 6 of the Treaty on European Union and in the preamble to the Charter of fundamental rights in the EU. A critical reading in F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformation in Comparative Perspective*, Oxford, 2014, p.256.

⁶⁴ Supreme Court, 24 January 2017, *R (on the application of Miller and Dos Santos) v Secretary of State for Exiting the European Union and associated references*. The decision, though confirming precedents stating that the European Communities Act 1972 did not turn the UK legal system into a subordinate of the EU legal system, concluded that Brexit needed repeal by Parliament of the 1972 act, and could not take place as a mere consequence of the vote of June 23, 2016.

applying his own ethics, or the supposed ethic of the majority (which is a political principle and not an instrument of interpretation), or even from building moral foundations for legal rules.

When fundamental moral principles blur, law cannot be asked to act as a substitute.

Not even the inadequacy of politics to design “ideal pictures”, and / or its transformation into mere fight of conflicting opportunities for power may justify such a substitution.

The main lesson to be learnt from the theory of judicial empiricism may be, on the one hand, that courts should protect the legal order against subversions from public opinion, as they can (the decision on Brexit is, once again, an example), when the latter tends to shift away from long-stated ethical principles.

Unlike public opinion, law enforcement should never depart from history.

On the other hand, Pound’s theory teaches courts the art of self-restraint. The administrative side of judicial action implies testing legal rules under the experience of cases, with acceptance of the risk of errors. On the contrary, setting legal principles with a general value, under the disguise of deciding cases, as a consequence of ethical choices by courts, would not be judicial empiricism, but judicial politics.

Pound’s teaching, deprived of its (universal) idealistic background, reminds us the importance of the lawyers’ craft - including the judges’ - in developing the shared moral sense of the community into technically sound, coherent and effective rules. This may be the core and the limit of law enforcement at the same time.

Abstract

In Roscoe Pound’s theory of “judicial empiricism”, the remit of the judge is the search for the “workable legal precept”: i.e., finding a solution, which is coherent with the legal framework as well as with a principle of “justice” in the specific litigation. Through this trial and error process, jurisdiction of the Courts concurs in the social engineering function of the law as a whole.

In Pound’s view the law is functional to the progress of “civilization”, which cannot be achieved but taking into account historical, technical and “ideal” elements. This implies that any rule-making or law enforcement, including the judiciary’s, should take place within a well determined cultural,

theoretical and ethical framework.

Looking at Pound’s thought from a contemporary European perspective, the paper suggests a reading of Pound, which may lead to a clearer perception of the need to recover the historical, the technical and the ethical foundations of the law in the EU and the Member States.

Paolo Passaglia*

*La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale,
tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione.*

Appunti per una ricerca

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La legittimazione «di posizione» e l'emergere di esigenze di stampo comunicativo – 3. La ricerca di una qualche semplificazione nella redazione delle decisioni – 4. Le esplicazioni *a latere* delle decisioni – 5. Le sintesi delle decisioni – 6. L'utilizzo dei *social media* – 7. L'utilizzo delle lingue straniere – 8. Un appunto per una non-conclusione.

1. *Premessa*

La legittimazione degli organi che esercitano la giustizia costituzionale è certamente un tema tra i più classici negli studi di diritto costituzionale e di diritto costituzionale comparato¹. L'argomento, del resto, è troppo importante per non attirare l'attenzione ed è troppo delicato per non richiedere approfondimenti: la legittimazione della giurisdizione, ed a

* Professore Ordinario di Diritto Comparato presso l'Università di Pisa. Coordinatore scientifico *pro tempore* dell'Area di diritto comparato del Servizio Studi, Corte costituzionale della Repubblica Italiana.

¹ In una prospettiva di diritto comparato, la legittimazione degli organi di giustizia costituzionale è stata affrontata, tra i molti, da L. FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, pp. 557 ss.; C.R. SUNSTEIN, *Introduction – The Legitimacy of Constitutional Courts: Notes on Theory and Practice Feature: Questioning Constitutional Justice: Introduction*, in *East European Constitutional Review*, 1997, pp. 61 ss.; W. SADURSKI, *Rights Before Courts*, Dordrecht, 2005; L. GARLICKI, *La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens et développements récents*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, pp. 227 ss. Nella dottrina italiana, v. L. MEZZETTI, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, 2010, pp. 307 ss.; M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giornate seminariali, Bari, Università degli Studi, 25-26 maggio 2011, Torino, 2011.

maggior ragione di quella che incide sui rami più alti dell'ordinamento, si pone esattamente al crocevia tra l'esplicazione del principio democratico e l'inveramento storico dei postulati del costituzionalismo. Se è chiaro che siano questi ultimi a rappresentare le fondamenta su cui poggiano i sistemi di giustizia costituzionale, è parimenti indiscutibile che questi sistemi non possano semplicemente trascurare il significato e l'impatto del radicarsi della democrazia come sistema di governo.

L'equilibrio (o la ricerca di un equilibrio) tra queste istanze è una cifra che, da sempre, caratterizza gli organi di giustizia costituzionale e, non a caso, l'argomento è tra i più dibattuti, non solo a livello dottrinale. Un dibattito che ha generalmente preso le mosse dai rapporti tra giurisdizione e politica, sotto il profilo suggerito dall'art. 10 della legge 16-24 agosto 1790, sull'organizzazione giudiziaria della Francia post-rivoluzionaria, secondo cui «*les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture*»²: sulla scorta di questa impostazione, il contemperare democrazia e costituzionalismo, per le Corti, si è tradotto, storicamente, nell'individuazione dei limiti entro i quali il sindacato giurisdizionale può svilupparsi, al di qua di una linea metaforica oltre la quale le determinazioni politiche possono dirsi «libere»³. Il discorso si è riverberato sulla legittimazione, proprio per l'idea che solo di fronte ad atti che incidano sui cardini ordinamentali essenziali il principio democratico debba irrimediabilmente cedere il passo. In buona sostanza, se la giurisdizione è un'istituzione «anti-maggioritaria»⁴, la sua legittimazione dipende dal ruolo «anti-maggioritario» – appunto – che esercita, un ruolo

² Il principio è stato poi consacrato, nella sua più nota formulazione, con la Costituzione del 1791: «*les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois*» (Titolo III, Cap. V, art. 3). Questa impostazione ha evidentemente contribuito a degradare – per riprendere la classica definizione di Montesquieu – «*la puissance de juger, si terrible parmi les hommes*», al rango di una funzione «*pour ainsi dire, invisible et nulle*» (*De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI).

³ L'individuazione del confine che separa la libertà di azione degli organi politici ed il sindacato delle corti è una preoccupazione che accomuna qualunque organo giurisdizionale, *a fortiori* se esso esercita funzioni apicali. Enunciazioni che riconoscono l'esistenza di questo confine sono rintracciabili nella giurisprudenza di qualunque corte costituzionale o suprema, inquadrate ora nella categoria delle «*political questions*» (si pensi alla relativa *doctrine* elaborata dalla Corte suprema statunitense) ora in quella dell'«*acte de gouvernement*» (nozione classica dell'ordinamento francese) o in quella della discrezionalità legislativa, o in altre ancora.

⁴ Il riferimento è, ovviamente, alla «*Counter-Majoritarian Difficulty*» enunciata da A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962, pp. 16 ss.

che, chiaramente, non può tradursi in un sostituirsi al legislatore, ma che non può, però, neppure significare che le illegittimità che abbiano una valenza significativa possano essere tollerate in nome della forza, della legittimazione e del consenso di chi le abbia perpetrate. Al riguardo, la Corte suprema statunitense, nel pieno della seconda guerra mondiale, quando cioè le preoccupazioni per i diritti individuali era fisiologico che cedessero il passo, almeno in certa misura, alle esigenze collettive, ebbe a scrivere parole di inarrivabile efficacia: «*The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections*»⁵.

È evidente che con la trattazione di queste problematiche si va al cuore della legittimazione delle Corti. In questa prospettiva, del resto, dovrebbe iscriversi un qualunque contributo che intendesse concentrarsi sulle fondamenta del ruolo assegnato alle giurisdizioni nel sistema. Ferma restando la centralità di questa prospettiva – per così dire «tradizionale» –, un altro profilo nel quale la tematica della legittimazione si articola pare che meriti di essere esaminato. Un profilo che sta conoscendo, negli ultimi anni, un interesse crescente, non solo per la sua interdisciplinarietà, ma anche per le ripercussioni che in concreto hanno i fenomeni su cui si appunta. Il riferimento va alle modalità attraverso le quali le Corti si aprono all'esterno e danno notizia della propria attività. Tale aspetto, apparentemente accessorio, è, in realtà, sempre più rilevante, nella misura in cui disegna la traiettoria mediante cui la legittimazione dell'organo si dipana, per farsi, auspicabilmente, da postulato del sistema, una realtà effettuale, verificabile alla luce del consenso che l'azione riesce a catalizzare.

Negli ultimi lustri, la comunicazione come strumento di consenso ha acquisito uno spazio di primissimo piano, anche negli studi di stampo più prettamente giuridico. In questo quadro, è estremamente significativo lo sviluppo avuto dal diritto della comunicazione istituzionale, che tuttavia si è concentrato essenzialmente sui rapporti tra organi politici e consociati, sull'assunto dell'indefettibilità, per i primi, di una azione che veicoli efficacemente messaggi verso i secondi, in chiave di visibilità e, in ultima analisi, di creazione o di rafforzamento del consenso⁶. Da questa dinamica

⁵ Così si espresse il Justice Robert Jackson nella *majority opinion* della sentenza *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, del 1943 (319 U.S. 624, 638).

⁶ Sulla comunicazione pubblica, con particolare riferimento a quella istituzionale, anche limitandosi alla dottrina italiana, la bibliografia è, ormai, quanto mai ricca. Cfr., *ex plurimis*,

sono rimasti esclusi, almeno in un primo tempo, gli organi giudiziari, proprio perché la non centralità del consenso ai fini della legittimazione ha fatto presumere che non fosse indispensabile un'attività di comunicazione.

Contro una tale presunzione, si è progressivamente constatato che, in concreto, oltre ad una legittimazione che potrebbe definirsi «di posizione», derivante dal semplice fatto di essere le Corti gli organi garanti della Costituzione, le giurisdizioni costituzionali non possono non avere anche una legittimazione che viene dall'attività concretamente svolta. Ma perché questa legittimazione sussista, nella forma dell'adesione alle pronunce rese, è necessario che gli atti posti in essere vengano adeguatamente divulgati e resi fruibili. Non solo tra gli «addetti ai lavori», ma – almeno per quanto concerne i contenuti essenziali e gli interventi più caratterizzanti – anche oltre questa cerchia di destinatari, con il corollario di dover offrire strumenti diretti a prendere cognizione da parte del non giurista di contenuti di stampo prettamente tecnico, sovente connotati da un elevato grado di complessità.

Una volta acquisita la consapevolezza di questa esigenza, che può ormai darsi per assodata, ci si può e ci si deve interrogare circa la validità della massima tradizionale secondo cui il giudice «parla attraverso le sentenze». Una massima, questa, che viene ancor oggi ripetuta, ma sempre più stancamente, e sempre più raramente: all'evidenza, tale crescente difficoltà non può essere casuale, perlomeno se si assume come vero quanto si è venuti dicendo. Del resto, se la comunicazione istituzionale ha raggiunto gli organi di giustizia costituzionale, ed è divenuta – in forme certo variabili e con diversi gradi di intensità – una componente della loro attività, non

M. MIANI, *Comunicazione pubblica e nuove tecnologie*, Bologna, 2005; M.R. CASUALE (a cura di), *La comunicazione istituzionale e la gestione delle risorse umane*, Roma, 2007; A. ROVINETTI, *Comunicazione pubblica: sapere & fare*, 4^a ed., Milano, 2010; S. ROLANDO (a cura di), *Teoria e tecniche della comunicazione pubblica*, Milano, 2012; F. FOTI – G. SCARPATO, *Teorie e tecniche della comunicazione pubblica*, Milano, 2014; S. MICONI (a cura di), *La pubblicità istituzionale dei soggetti pubblici*, Bologna, 2014; A. PAPINI, *Post-comunicazione. Istituzioni, società e immagine pubblica nell'età delle reti*, Milano, 2014; S. SEPE – E. CROBE, *La comunicazione partecipata: narrare l'azione pubblica coinvolgendo i cittadini*, Roma, 2014; R. INGRASSIA (a cura di), *La comunicazione istituzionale nelle organizzazioni pubbliche e private*, Milano, 2015; L. SOLITO – S. SPENDORE (a cura di), *Questioni in comune: giornalismo e comunicazione pubblica tra social media e open data*, Bologna, 2016. Con precipuo riferimento agli aspetti giuridici connessi alla comunicazione pubblica, v., ancora ad es., R. GRANDI, *La comunicazione pubblica. Teorie, casi, profili normativi*, nuova ed., Roma, 2007; R. ZACCARIA – A. VALASTRO (a cura di), *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 6^a ed., Padova, 2007; V. D'ANTONIO – S. VIGLIAR (a cura di), *Studi di diritto della comunicazione: persone, società e tecnologie dell'informazione*, Padova, 2009; R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 5^a ed., Padova, 2011.

è dato ignorarla nel momento in cui si intenda ricostruire la collocazione delle Corti nel sistema. Le brevi considerazioni che seguono, da intendersi come il primo passo di una ricerca a più ampio spettro che si auspica di poter intraprendere, muovono proprio da questa constatazione. Senza aspirare in alcun modo a proporre valutazioni in termini di legittimità e/o di opportunità del processo comunicativo che si è innescato, lo scopo che si persegue è semplicemente quello di registrare l'inveramento di questo processo, di misurarne l'avanzamento e, soprattutto, di verificare come le Corti si siano concretamente poste nei suoi confronti.

2. La legittimazione «di posizione» e l'emergere di esigenze di stampo comunicativo

Si è accennato, appena sopra, a quella che può definirsi alla stregua di una legittimazione «di posizione», che si offre all'organo di giustizia costituzionale, e che è derivata direttamente, come logico corollario, dalla funzione che ad esso è stata conferita. In una prospettiva storica, ciò è stato particolarmente vero per quegli ordinamenti e per quei contesti storico-politici in cui il radicamento di forme di garanzia della Costituzione è stato strutturalmente concepito come argine alla deriva che il culto della legge, come «espressione della volontà generale», non aveva saputo arginare; la legittimazione «di posizione», comunque, può ben assumersi come un dato invariabilmente connesso all'esistenza di un sistema di giustizia costituzionale.

Se la legittimazione viene dalla funzione di garanzia della Costituzione, è chiaro che la base su cui poggiano gli organi di giustizia costituzionale non è di matrice direttamente *democratica*, ma piuttosto di matrice *razionale*. Volendo radicalizzare il discorso, si potrebbe individuare la consacrazione di questi organi nella massima che Charles Evans Hughes propose ben prima di diventare *Chief Justice*: «*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*»⁷. Come dire che le Corti supreme e/o costituzionali si legittimano per il fatto di dar voce alla Legge fondamentale, dispiegando, attraverso un procedimento logico ed argomentativo, l'autorità di cui

⁷ La massima è tratta dal discorso tenuto presso la *Chamber of Commerce*, ad Elmira, New York, il 3 maggio 1907 (pubblicato in *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908*, New York, 1908, p. 139), quando Evans era governatore dello Stato. Di lì a poco (nel 1910), verrà designato *Associate Justice* della Corte suprema, carica che manterrà fino al 1916, salvo poi tornare presso la suprema giurisdizione federale nel 1930, come *Chief Justice*.

sono investite. Il riconoscimento di questa funzione storica delle Corti si è avuto alle più diverse latitudini, una volta affermatasi regimi di democrazia liberale, con pochissime eccezioni. Finanche in un ordinamento come quello francese, dove l'influenza della tradizione giacobina ha ritardato non poco il radicamento di un'istanza di garanzia (giurisdizionale) della Costituzione, la legittimazione del *Conseil constitutionnel* ha finito per imporsi. Se ne ha una dimostrazione nel rifiuto sempre più chiaro del messaggio che, ancora nel 1981, il deputato socialista francese André Laignel tentava di veicolare: «*Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires*»⁸. Si trattava degli ultimi fuochi di una concezione destinata ad essere di lì a poco spazzata via dalla constatazione – che poteva ben dirsi «rivoluzionaria» – secondo la quale, per dirla con Louis Favoreu, «*la politique a[vait] été saisie par le droit*»⁹.

Quanto sin qui detto, nel ripercorrere dati ormai largamente acquisiti, per non dire scontati, può senz'altro valere ancora a descrivere, sul piano teorico, la collocazione degli organi di giustizia nel sistema e le fonti che ne alimentano la legittimazione. È d'altro canto indiscutibile che queste argomentazioni siano valide oggi allo stesso modo in cui lo erano decenni fa. Il punto è, però, che, nella realtà, qualcosa è cambiato, sia pure al di fuori del circuito la cui descrizione trova sede nei manuali di diritto costituzionale o di diritto costituzionale comparato.

Se non è stata toccata la radice della legittimazione, sono andate mutando, invece, le forme attraverso cui la legittimazione si rinsalda. La legittimazione «di posizione» non può più in alcun modo prescindere da una legittimazione connessa all'attività in concreto svolta dalle Corti. E su questo punto non è dato proporre l'esistenza di una continuità rispetto al passato, e ciò non per le forme mediante le quali le Corti agiscono, poiché – oggi come ieri – la legittimazione passa essenzialmente dalla ricerca di un'adesione al processo argomentativo-razionale che guida l'elaborazione delle soluzioni. Ad essere profondamente mutato è il modo di veicolare i messaggi relativi all'attività che le Corti pongono in essere; un mutamento, questo, che ha riguardato, sì, le Corti, ma che è stato (ed è) innanzi tutto un fenomeno che ha coinvolto (e coinvolge) l'intera società.

Non sono dunque gli organi di giustizia costituzionale e la loro collocazione nel sistema ad essere cambiati, bensì le società in cui tali organi

⁸ L'argomento fu esplicitato nella seduta dell'*Assemblée nationale* del 13 ottobre 1981, per replicare alle proteste dell'opposizione di centro-destra nei confronti della legge sulle nazionalizzazioni in corso di approvazione.

⁹ Il riferimento va al volume di L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, 1988.

operano. E il cambiamento non è di poco conto, poiché la razionalità cui fa appello, in chiave di legittimazione, la funzione dell'organo di giustizia costituzionale deve fare i conti con la constatazione che, «dans un monde où les médias jouent le rôle d'une caisse de résonance et d'une loupe grossissante, les émotions comptent plus que jamais»¹⁰.

Se sono le emozioni a guidare la percezione dei messaggi, allora l'immagine dei «saggi» (come continuano a chiamare in Francia i giudici costituzionali) che, dall'alto della torre, dicono cosa sia la Costituzione si sbiadisce sempre di più, fino a rischiare di vedersi sovrapporre l'immagine sconcertante che Bob Dylan disegna in *Jokerman*: quella di «judges dying in the webs that they spin».

Fatta questa premessa, delle due l'una: o le Corti continuano ad operare nel modo tradizionale, rischiando di veder disperso il capitale di legittimazione di cui sono strutturalmente dotate, oppure le Corti si adeguano alle esigenze della società, senza snaturarsi, certo, ma accettando le sfide della modernità.

L'alternativa è, all'evidenza, puramente fittizia, poiché, se le Corti costituzionali vogliono continuare ad esercitare il ruolo che è stato loro affidato, non possono chiudersi al mondo: riproporre lo schema del «parlare con le sentenze» significherebbe questo, per il semplice fatto che una tale modalità di veicolare i messaggi non basta più per farsi ascoltare. Se ne ha un riscontro eloquente negli scritti degli studiosi dei processi comunicativi, i quali non esitano a rimarcare che «le società sono sempre state modellate più dal tipo dei media con cui gli uomini comunicano che dal contenuto della comunicazione»¹¹: poiché viviamo nell'epoca dei *social*, non è pensabile che la comunicazione possa passare efficacemente attraverso un atto formale, complesso e sovente complicato, come è (e come *deve essere*) una sentenza.

L'idea che sia il destinatario a doversi adattare alle forme di espressione del produttore del messaggio non può essere validamente proposta in generale, e non può esserlo, a maggior ragione, allorché esistano per il destinatario diverse opzioni tra cui scegliere per acquisire contezza del messaggio. Nella specie, una corte che si limiti alle forme tradizionali (ed anacronisticamente limitate) di comunicazione è una corte che può anche illudersi di stimolare i destinatari a compiere uno sforzo di comprensione finalizzato ad una più compiuta informazione; alla prova dei fatti, però, si tratta di una corte che, a fronte dell'impossibilità oggettiva di imporre la lettura ai destinatari, sta affidando integralmente ad altri la veicolazione dei contenuti che le sue

¹⁰ La citazione è tratta da D. MOÏSI, *La géopolitique de l'émotion: Comment les cultures de peur, d'humiliation et d'espoir façonnent le monde*, Paris, 2008, p. 5.

¹¹ Cfr. M. McLUHAN – Q. FIORE, *Il Medium è il Messaggio. Un inventario di effetti* (1967), Milano, 1968, p. 8.

pronunce recano.

Il rischio di un atteggiamento di chiusura è, infatti, quello di far parlare i *mass-media*, più che le sentenze, il che non può non ingenerare il rischio di una banalizzazione, stanti tra l'altro i contenuti, sovente di non agevole decifrazione, che delle sentenze sono propri.

In buona sostanza, è ormai un dato da cui partire nell'analisi che, se le Corti vogliono essere padrone del loro destino, debbono farsi esse stesse *comunicatrici*. E, allora, il vero problema è quello di elaborare schemi che possano guidare l'attività di comunicazione istituzionale, il che appare lungi dall'essere agevole, anche in ragione del fatto che le acquisizioni provenienti dalle prassi più risalenti, essendosi sviluppate con e per organi di matrice politico-rappresentativa, sono solo molto blandamente applicabili agli organi che amministrano, su base *prudenziale*, la giustizia.

Quali che siano gli schemi da seguire, è indiscutibile che una *policy* comunicativa non possa più essere ritenuta un accessorio puramente eventuale dell'attività giurisdizionale. Gli indici e gli esempi che potrebbero citarsi a suffragio di questa asserzione sono molti, ma, nel panorama comparatistico, la vicenda più emblematica, tra tutte, è probabilmente quella dell'istituzione della Corte suprema britannica.

La vicenda, troppo nota per essere qui ripercorsa, ha preso avvio dal *Constitutional Reform Act 2005*, con cui al vertice del sistema delle impugnazioni del Regno Unito si è sostituito l'*Appellate Committee* della *House of Lords* con una *Supreme Court of the United Kingdom*¹². Una corte tutta nuova, dunque, nelle forme, ma molto meno sotto altri profili, visto che a farne parte sono stati chiamati gli stessi *Law Lords* che svolgevano già il ruolo di supremi giudici dell'ordinamento, e visto che la giurisprudenza della *House of Lords* è stata per così dire incorporata nella nuova istituzione, che l'ha recepita come insieme di precedenti orizzontali. Senza voler tacciare la riforma di mero *maquillage* istituzionale, è chiaro che questi elementi di continuità portano a ritenere che la spinta riformatrice del *Constitutional Reform Act 2005* non fosse precipuamente quella di una critica nei confronti del funzionamento del sistema esistente. Il punto è proprio che, in concreto, il sistema funzionava *come se* una separazione netta sussistesse tra la seconda camera parlamentare e la corte di vertice, ma ciò che si avvertiva come non più sostenibile, all'alba del XXI secolo, da un punto di vista simbolico e comunicativo, era, in sé e per sé, la commistione, sia pur

¹² Sull'istituzione della *Supreme Court*, nel quadro delle linee di tendenza che marciano l'evoluzione dell'ordinamento giudiziario britannico, segnatamente nei suoi rapporti con la politica, v., di recente, G. GEE – R. HAZELL – K. MALLESON – P. O'BRIEN, *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution*, Cambridge, 2015, pp. 194 ss.

solo formale, tra potere legislativo e potere giudiziario. Non è un caso, in questa logica, che nello stesso *Constitutional Reform Act* si sia provveduto a ridimensionare il ruolo del *Lord Chancellor* alle sole funzioni di ministro della giustizia, privandolo della carica di componente del collegio della suprema giurisdizione e della guida della camera alta: il rispetto formale del principio di separazione dei poteri è stato avvertito come non più eludibile, non perché il sistema non fosse efficiente, ma essenzialmente perché l'apparenza, più che la sostanza, era troppo dissonante rispetto a principi ritenuti, da secoli, fondanti, anche e soprattutto del diritto costituzionale britannico, se è vero che la formulazione del principio di separazione dei poteri era stata inserita da Montesquieu nel capitolo dell'*Ésprit des Lois* dedicato a «*La constitution d'Angleterre*»¹³.

A riprova della plausibilità della lettura che della riforma si è appena data, può addursi l'avvertita necessità di dare alla nuova Corte suprema una sede che fosse autonoma, in un palazzo diverso (anzi, posto esattamente dall'altra parte di *Parliament Square*) da quelli in cui hanno sede gli organi parlamentari, proprio a manifestare anche «plasticamente» la sua alterità rispetto a questi, ciò che, ovviamente, non sarebbe stato possibile se alla *House of Lords* fosse rimasta la formale imputazione delle sentenze di ultima istanza.

L'insieme di questi elementi rende emblematica l'evoluzione conosciuta all'interno del sistema britannico, ma non pare improprio sostenere che tutti gli organi giurisdizionali collocati al vertice del sistema delle impugnazioni e/o che amministrano la giustizia costituzionale si stanno muovendo, secondo forme diverse, nella direzione di aprirsi, da un punto di vista comunicativo. Che il movimento in tal senso si sia avuto e si abbia è indiscutibile; resta però da chiarire l'efficacia delle azioni intraprese e delle scelte operate per attuare la comunicazione istituzionale. Scelte che, malgrado le intenzioni, non sempre si traducono nell'individuazione di strumenti che possano effettivamente essere veicoli idonei dei messaggi prodotti. Vale probabilmente per le Corti la constatazione di George Bernard Shaw, secondo cui «col tono [in questo caso, con lo strumento] giusto si può dire tutto, col tono sbagliato nulla: l'unica difficoltà consiste nel trovare il tono»; e per le Corti tale difficoltà è certo molto rilevante, poiché, dovendo maneggiare problematiche inevitabilmente molto tecniche, l'avvertimento di Karl Popper suona per esse quanto mai opportuno: «è impossibile parlare in modo tale da non essere fraintesi»¹⁴. Nell'analizzare la comunicazione

¹³ Cfr. CH.-L. DE SECONDAT, MONTESQUIEU, *De l'Ésprit des Lois* (1748), Livre XI, Chapitre VI.

¹⁴ V. K. POPPER, *La ricerca non ha fine. Autobiografia intellettuale*, a cura di D. ANTISERI, 3^a ed., Roma, 1997, p. 43.

istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, dunque, si deve capire come questi organi parlano, per valutare se lo facciano in modo tale da poter essere capiti e, in definitiva, se attraverso il loro «parlare» possano alimentare, in forma discorsiva, più che prescrittiva, la loro legittimazione in seno all'ordinamento.

È questo l'oggetto dei paragrafi che seguono, nei quali, senza poter proporre un esame che non sia meramente evocativo, verranno tratteggiate alcune delle più rilevanti dinamiche, di tipo comunicativo, che incidono sui rapporti tra organi di giustizia costituzionale e consociati. I limiti inerenti al profilo oggettivo dell'analisi si sommeranno a quelli derivanti dal numero ristretto di esperienze prese in esame. In chiave prodromica di quella che – come accennato – si auspica possa presto diventare una ricerca a più ampio spettro, saranno prese in considerazione sei giurisdizioni, le quali, sia pure in forme molto diverse, esercitano quella che – in alcuni casi in maniera un po' approssimativa – può definirsi la giustizia costituzionale: le Corti supreme statunitense e del Regno Unito¹⁵, i tribunali costituzionali tedesco e spagnolo, la Corte costituzionale italiana ed il *Conseil Constitutionnel* francese.

3. La ricerca di una qualche semplificazione nella redazione delle decisioni

A tutte le latitudini, la lingua dei giuristi è, di per sé, tutt'altro che di agevole comprensione per il *quavis de populo*. Tra tutti i testi giuridici, poi, le pronunce giudiziarie sono, con ogni probabilità, quelle meno «digeribili», soprattutto perché invariabilmente appesantite da *technicalities* varie. A questo inconveniente, in larga misura inevitabile, si è cercato di apportare, negli ultimi anni, alcuni rimedi, più o meno incisivi a seconda della giurisdizione presa in esame.

Nel caso della Corte costituzionale italiana, ad esempio, le modifiche sono state minimali: di recente, l'unica innovazione che può segnalarsi è il fatto che la mancata corrispondenza tra giudice relatore e giudice redattore

¹⁵ L'approssimazione di cui nel testo è particolarmente evidente nel caso della Corte suprema del Regno Unito, visto che, a stretto rigore, la sovranità del Parlamento impedisce, in questo ordinamento, lo sviluppo di un autentico sistema di giustizia costituzionale. L'esistenza dello *Human Rights Act 1998* ed il suo impatto in ordine ai vincoli che impone al prodotto legislativo si ritiene che permettano, comunque, almeno ai limitati fini che di questo scritto sono propri, di configurare la Corte suprema, in riferimento alla sua funzione di protezione dei diritti individuali, alla stregua di un organo assimilabile ad altri che esercitano un *constitutional review of legislation*.

sia stata dichiarata nell'epigrafe, mentre in passato non veniva esplicitata, lasciando ai lettori della decisione l'onere di verificare la corrispondenza tra il nome del giudice indicato in epigrafe (il giudice relatore della causa) e quello in calce alla decisione (il giudice redattore). Una evoluzione minima, dunque, oltretutto rivolta ai lettori più attenti e non certo alla generalità dei consociati; una modifica la cui entità è certamente lungi dallo smentire il fatto che la Corte italiana tende a preservare lo stile tradizionale di redazione delle decisioni.

Va detto che sul punto il caso italiano non è affatto isolato, visto che l'orientamento generale è alla conservazione. Un paio di eccezioni sono, però, a tal proposito estremamente rimarchevoli.

Viene di nuovo in rilievo la Corte suprema britannica, che nella formale continuità dello stile decisorio ha, di fatto, prodotto un mutamento di grande momento: sin da quando ha iniziato a rendere decisioni, nell'ottobre 2009, la Corte ha progressivamente ridimensionato la regola della *seriatim opinion*, caratteristica della *House of Lords* (come di molte altre giurisdizioni britanniche), al punto che, oggi, non è facile imbattersi in una decisione della Corte che rechi le *opinions* individuali dei singoli componenti del collegio. In luogo della serie di opinioni individuali, l'*id quod plerumque accidit* è divenuto l'affidare ad un giudice il compito di stilare le motivazioni che guidano al *judgment*, alle quali si allinea la maggioranza del collegio, lasciando ai dissenzienti il compito di esplicitare le ragioni che danno conto della distanza dalla decisione assunta. Si è così prodotto un chiaro avvicinamento dello stile al modello della *Opinion of the Court* di matrice statunitense, che ha il pregio indiscutibile di far cogliere con assai maggiore immediatezza, rispetto alle tradizionali opinioni in serie, il senso della decisione ed i suoi fondamenti¹⁶.

La seconda eccezione cui accennare riguarda il *Conseil constitutionnel*, che, di recente, si è dichiaratamente mosso proprio in un'ottica di maggiore intelligibilità delle decisioni, andando ad incidere anch'esso su tradizioni assai radicate.

A partire dalle decisioni nn. 2016-539 QPC e 2016-540 QPC, del 10 maggio 2016, infatti, «*le Conseil constitutionnel a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions*», al fine di semplificare la loro lettura e di (poter) approfondire la trama della motivazione¹⁷.

¹⁶ Sul tema, sia consentito rinviare, per maggiori ragguagli, a P. PASSAGLIA, *La struttura delle decisioni dei giudici costituzionali: un confronto fra la tradizione di civil law e quella di common law*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, pp. 419 ss.

¹⁷ Cfr. il *Communiqué du Président du 10 mai 2016*, consultabile *on line* alla pagina

Giova ricordare che, per consuetudine risalente, le decisioni del *Conseil*, contrariamente a quanto avviene in gran parte delle giurisdizioni costituzionali, non erano costruite come una dissertazione, ma erano articolate sullo schema – tipico delle giurisdizioni francesi – c.d. «*vis-con-dis*». La decisione si divideva in tre parti: i *visas*, cioè l'enunciazione dei testi e delle norme cui si faceva riferimento; i *considérants*, i paragrafi che contenevano la motivazione; il *dispositif*, che conteneva la dichiarazione di incostituzionalità o di conformità alla Costituzione. L'impianto decisorio era strutturato su una proposizione principale, sempre identica, la quale, spezzata in due, costituiva l'*incipit* della pronuncia e chiudeva la parte della motivazione («*Le Conseil constitutionnel [...] décide*»). Tra i due frammenti della proposizione si inserivano i paragrafi dei *visas* e quelli dei *considérants*, che costituivano, sul piano grammaticale, altrettante subordinate¹⁸.

In concreto, la «modernizzazione» del maggio 2016 si è tradotta nell'eliminazione dello schema «*vis-con-dis*». I riferimenti che prima erano contenuti nei «*visas*» sono, ovviamente, rimasti all'inizio della decisione, anche se non sono più introdotti dalla formula «*vu*». I mutamenti più significativi sono intervenuti nella motivazione vera e propria, che, con l'eliminazione dei «*considérants*», è ora composta di paragrafi (numerati anch'essi, come lo erano i *considérants*) che contengono periodi a sé stanti. Il «*dispositif*», invece, è rimasto sostanzialmente invariato¹⁹.

Con queste modifiche, le decisioni del Consiglio costituzionale si sono indubbiamente avvicinate, almeno da un punto di vista strutturale, a quelle degli altri organi di giustizia costituzionale, assumendo una forma analoga a quella della dissertazione giuridica.

I cambiamenti rendono, certo, più leggibili le decisioni. L'eliminazione dei vincoli dello schema «*vis-con-dis*» apre, infatti, la strada a formulazioni

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/actualites/2016/communiqué-du-president-du-10-mai-2016.147341.html>.

¹⁸ Per l'analisi della motivazione delle decisioni del Consiglio costituzionale, v., di recente, D. BARANGER, *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivation et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Jus Politicum*, n. 7, 2012, <http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>; M. GUILLAUME, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, in *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, 2012, pp. 49 ss.; G. CANIVET, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, in S. CAUDAL (sous la direction de), *La motivation en droit public*, Paris, 2013, pp. 236 ss.

¹⁹ Sulla riforma della motivazione delle decisioni del Consiglio costituzionale, v. da ultimo l'intervento di uno dei membri dell'istituzione: N. BELLOUBET, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel: justifier et réformer*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, nn. 55/56, 2017, pp. 7 ss.

della motivazione che possono distendersi sui vari paragrafi senza essere inserite necessariamente all'interno di proposizioni subordinate. In altri termini, il nuovo sistema di redazione rende *possibili* motivazioni meno congestionate, potenzialmente idonee ad essere sviluppate in maniera più agevolmente fruibile da parte dei destinatari. Ovviamente, sarebbe improprio dedurre dall'eliminazione dei *considérants*, di per sé, un mutamento epocale nello stile decisorio: la struttura delle decisioni del *Conseil* si è semplificata, ma non per questo lo stile argomentativo ne è risultato rivoluzionato. Anzi, sul punto, si constata – almeno per ora – una spiccata continuità tra prima e dopo il maggio 2016; il fatto che si siano allentati i vincoli strutturali è allora da considerarsi nulla più che un primo passo verso un modo più aperto di motivare le decisioni; nei prossimi anni si vedrà se al primo passo ne seguiranno altri, e se questi altri passi saranno orientati effettivamente ad un incremento della leggibilità e della intelligibilità delle pronunce.

Questa evoluzione dello stile decisorio del *Conseil*, pur se ancora incompiuta, dà la misura, sia in positivo che in negativo, di quanto gli organi di giustizia costituzionale possano muoversi in una direzione più orientata verso la comunicazione. È chiaro che molto si sia fatto, ma è altrettanto evidente che, agendo su aspetti che, in fin dei conti, sono in larga misura di dettaglio (come è quello puramente strutturale), non si può pensare che le difficoltà di comunicazione possano essere superate semplicemente per questa via.

Ci si deve chiedere, tuttavia, se sia possibile per gli organi di giustizia costituzionale andare oltre; ma – soprattutto – ci si deve chiedere se sia legittimo un eventuale andare oltre. Perché ipotizzare ulteriori semplificazioni nello stile redazionale è certo possibile, ma forse si deve anche ammettere come presupposto che gli interventi sono destinati – e devono esserlo – ad aspetti marginali delle decisioni. Ciò in quanto qualunque intervento in chiave di semplificazione non può mai tradursi in un rischio di banalizzazione: il messaggio contenuto in una sentenza è necessariamente complesso, di talché, oltre qualche ritocco a stile e struttura, non è dato spingersi, se non a rischio di snaturare il prodotto del giudice costituzionale.

Assumendo questi rilievi per veri, è chiaro che il grosso della comunicazione istituzionale delle Corti non possa non passare da altri canali: le decisioni devono restare, in ogni caso, il momento di piena esplicazione del ragionamento giuridico, in tutta la sua complessità.

4. *Le esplicazioni a latere delle decisioni*

Un interessante – almeno quanto atipico – tentativo di contemperare il rispetto dello stile decisorio con lo sviluppo della intelligibilità delle decisioni viene, di nuovo, dalla Francia.

Uno dei compiti che solitamente viene riconosciuto alla dottrina è quello di commentare, ma anche, contestualmente, di illustrare le decisioni dei giudici. La giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* non sfugge, ovviamente, a questa dinamica; ma, nella politica di apertura verso l'esterno, l'istituzione stessa si è dotata di uno strumento diretto ad illustrare le decisioni per consentire alla dottrina di coglierne le implicazioni più significative e le radici argomentative inespresse.

Nell'attività di comunicazione istituzionale posta in essere dal *Conseil*, hanno infatti assunto un rilievo ormai di prim'ordine i *commentaires* alle singole decisioni, redatti a cura della Segreteria generale e consultabili, in corrispondenza di ogni decisione, sul sito *Internet* dell'istituzione, nonché sulla sua rivista ufficiale, i *Cahiers du Conseil constitutionnel*, dall'ottobre 2010 divenuti i *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*²⁰.

Ora, nella misura in cui i *commentaires* sono redatti a cura della Segreteria generale, e non del collegio giudicante, ad essi non può attribuirsi alcun carattere di ufficialità, e quindi anche con riferimento alle analisi in essi riportate non può darsi un valore assoluto. Ciò nondimeno, la loro provenienza autorizza a ritenere che i contenuti che vengono descritti abbiano un grado di attendibilità estremamente elevato, al punto che può vedersi nei *commentaires* una funzione di insostituibile strumento per la dottrina al fine di cogliere quale sia stato il vero *iter* logico che ha condotto ad adottare determinate soluzioni anziché altre. Certo, si tratta di testi ancora piuttosto tecnici, che fanno sì che i destinatari siano essenzialmente gli «addetti ai lavori»: la comunicazione istituzionale, in sostanza, passa solo in minima parte dai *commentaires*, che hanno piuttosto il compito di ovviare alla natura delle decisioni che, nonostante la riforma del maggio 2016, restano assai criptiche, tanto da prestarsi a letture talvolta problematiche persino per i giuristi. È comunque un dato che, per la loro struttura, per lo stile che li connota e per la loro accessibilità *on line*, i *commentaires* provenienti dal *Conseil constitutionnel* ben possono essere consultati dal

²⁰ Oltre che in versione cartacea, i *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* sono liberamente consultabili sul sito del *Conseil*, con l'esclusione dei numeri degli ultimi due anni: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel.5069.html>.

quavis de populo, che può da essi cogliere non pochi elementi orientativi in ordine alla pronuncia resa.

5. *Le sintesi delle decisioni*

Si è constatato che l'attività di comunicazione istituzionale vera e propria, che abbia come destinatari l'opinione pubblica ed altre istituzioni, passa solo in minima parte dagli strumenti che si sono sin qui visti. È difficilmente contestabile, in effetti, che la comunicazione delle Corti si traduca, in larghissima misura, nella predisposizione di modalità di diffusione in forma sintetica dei contenuti delle decisioni.

Al riguardo, le Corti seguono, fundamentalmente, due modelli: quello del *syllabus* (a) e quello del comunicato stampa (b).

(a) Il *Syllabus*, detto anche *headnote*, è la forma caratteristica che si accompagna alle decisioni della Corte suprema statunitense. Si tratta della sintesi della decisione che viene preposta alla decisione stessa, con l'avvertenza che «*the syllabus constitutes no part of the opinion of the Court but has been prepared by the Reporter of Decisions for the convenience of the reader*»²¹.

Il carattere meramente informativo, associato alla relativa lunghezza del testo, rende obiettivamente delicato il compito del redattore, la cui interpretazione della decisione può finire per creare nel lettore un affidamento che magari potrebbe risultare mal posto. Nonostante questo inconveniente²², è chiaro che il *syllabus* rappresenti una risorsa preziosa per

²¹ L'avvertenza è riportata in ogni decisione della Corte, con il riferimento alla sentenza *U.S. v. Detroit Timber & Lumber Co.*, 200 US 321, 337 (1906), nella quale si affrontò il problema di una discrepanza concettuale tra decisione collegiale e *syllabus*, e si chiarì che all'opera del *Reporter of Decisions* non poteva darsi alcun valore ufficiale, in quanto il *syllabus* «*gives his understanding of the decision*», e nulla più.

²² Le difficoltà evidenziate nel testo non sembra che possano essere risolte dall'attribuzione al *syllabus* (o ad un testo di analogo tenore) di un carattere di ufficialità. È il caso, ad esempio, delle sintesi delle decisioni della Corte suprema canadese, che non sono distinte, a livello di imputazione, rispetto alle decisioni vere e proprie, e dunque è da presumersi che siano imputabili alla Corte, ciò che parrebbe confermato dalla circostanza che anche le sintesi siano oggetto di traduzione ufficiale. Ora, l'ufficialità delle sintesi, se per un verso evita che un affidamento possa venire in essere pur essendo privo di base legale, per altro verso acuisce le problematiche che discendono da una eventuale difformità concettuale tra sintesi e testo vero e proprio, giacché in tale evenienza risulta estremamente complesso individuare un canone di risoluzione del conflitto.

far circolare un testo accurato che dia conto dell'orientamento dalla Corte suprema espresso sulle questioni sottoposte. Sul piano comunicativo, il livello di dettaglio della sintesi elaborata è tale che probabilmente i destinatari, per poterlo apprezzare davvero, non possono non avere una certa cultura giuridica; in questo senso, sarebbe improprio individuare nel *quivis de populo* il suo *target*; è comunque indiscutibile che l'esistenza del *syllabus* ampli considerevolmente il numero di soggetti che sono in grado di avere un'informazione autonoma sui contenuti della decisione, senza doversi affidare al filtro dei *mass-media*. Il maggior pregio, peraltro, non si apprezza tanto in termini di potenzialità (di raggiungere destinatari ulteriori), ma semmai in termini di effettività: è chiaro che un testo sintetico premesso alla sentenza vera e propria è un invito alla lettura che viene colto in un numero di casi statisticamente non trascurabile, incrementando così in maniera significativa il numero concreto dei lettori.

(b) Strumento per antonomasia della comunicazione pubblica, il comunicato stampa rappresenta una più precisa scelta di campo rispetto al *syllabus*, giacché il nome e, soprattutto, la scissione tra il comunicato e la decisione rendono palese la diversità di piani su cui i due testi si muovono. La diversità dei piani si riverbera nella più chiara differenziazione in termini di imputazione, con la conseguenza di eliminare ogni possibile dubbio in ordine a quale sia il testo che abbia valore ufficiale.

In realtà, parlare dei comunicati stampa come di una categoria unitaria tradisce un'approssimazione notevole, dal momento che esiste un'ampia varietà di comunicati stampa, che rispondono ad esigenze non sempre sovrapponibili.

Una *summa divisio* può essere tracciata tra i comunicati stampa «necessari» e quelli «eventuali».

I primi sono il complemento indefettibile di tutte le decisioni, o almeno della stragrande maggioranza di esse. L'opzione per questa tipologia, che caratterizza tanto la Corte suprema britannica quanto il *Conseil constitutionnel* francese, evidenzia la ricerca di un dialogo diretto con l'opinione pubblica volto a dar conto dell'attività complessiva dell'organo, quasi a voler rafforzare il proprio ruolo e la propria legittimazione illustrando in modo sintetico, ma sufficientemente esplicativo, tutto ciò che viene fatto.

I comunicati stampa «eventuali», invece, sono adottati da giurisdizioni che rendono, tendenzialmente, molte decisioni, ciò che porta all'esigenza di selezionare quelle per le quali una diffusione dei contenuti possa davvero avere una valenza generale: a fronte dell'alto numero di ricorsi diretti individuali ed al conseguente contenzioso che si instaura davanti a loro, sia

il Tribunale costituzionale federale tedesco che il Tribunale costituzionale spagnolo hanno optato per questa soluzione. Si tratta di una soluzione che, per quanto probabilmente obbligata da ragioni numeriche, si dimostra non poco significativa dal punto di vista *lato sensu* politico: il comunicato stampa «eventuale», infatti, ben potrebbe essere definito anche come «selettivo», poiché là dove si deve decidere se associare un comunicato stampa ad una decisione, il fatto stesso che lo si faccia è un indice dell'importanza che il Tribunale costituzionale riconosce alla pronuncia, ed è quindi un ulteriore elemento di valutazione offerto all'esterno.

I comunicati stampa selettivi sono utilizzati anche dalla Corte costituzionale italiana, che peraltro produce una quantità di documenti di questo tipo estremamente limitata rispetto ai suoi omologhi stranieri. Non sono però i numeri a rendere davvero peculiare l'esperienza italiana.

I comunicati stampa che provengono dal Palazzo della Consulta non sono strutturati come una sintetica e fruibile illustrazione dei contenuti delle decisioni, ma sono una mera informazione circa la soluzione adottata dalla Corte in un certo caso: non si ripercorre la motivazione, ma si enunciano solo le grandi linee del dispositivo, e questo per la semplice ragione che, quando il comunicato viene pubblicato, di solito la motivazione non c'è. Il comunicato, infatti, è associato alla deliberazione di decisioni particolarmente importanti da parte del collegio, e la diffusione dell'esito del giudizio serve a sterilizzare indiscrezioni sugli organi di stampa nell'attesa che venga redatta e poi approvata anche la motivazione²³.

Evidentemente, quello che per le altre corti è il comunicato stampa (o il *syllabus*), alla Corte costituzionale manca. Ne è prova il tentativo, nel 2016, di introdurre un ulteriore strumento, definito dapprima «sinossi», poi «sintesi», e consistente in un testo che uno degli assistenti del giudice redattore della decisione presentava all'Ufficio stampa per la pubblicazione sul sito *internet* dell'istituzione. L'uso del tempo verbale tradisce la rapida desuetudine che pare aver caratterizzato questa modalità di comunicazione, la quale dopo circa un anno di (peraltro piuttosto sporadico) utilizzo, sembra non essere già più in uso. Se davvero così fosse, comunque, deve ammettersi che non si tratterebbe di una grave perdita: lo strumento appariva piuttosto improvvisato, stante l'assenza di una vera e propria *policy* relativa al suo impiego, che lo rendeva episodico, e stante l'assenza di modelli redazionali, che faceva emergere una certa quale eterogeneità dello stile e della struttura. Il risultato è, ad ogni modo, che resta inevasa, da parte della Corte italiana,

²³ Sulla peculiare valenza dei comunicati stampa della Corte costituzionale italiana, v. A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa del Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale?*, in *Giur. costit.*, 2013, pp. 531 ss.

l'esigenza comunicativa cui i comunicati stampa (o le sintesi) dovrebbero rispondere.

6. *L'utilizzo dei social media*

Navigando sul *web* è agevole constatare come le Corti supreme o costituzionali abbiano tutte siti molto articolati e ricchi di contenuti, che negli anni sono andati ampliandosi, in parallelo anche con l'attenzione crescente all'accessibilità ed all'usabilità dei siti.

Il materiale al riguardo è talmente ampio che ben potrebbe proporsi una comparazione tra i siti degli organi di giustizia costituzionale, una comparazione dalla quale potrebbero emergere anche indicazioni interessanti su come le diverse corti percepiscono il loro ruolo ed individuano i loro destinatari privilegiati²⁴. Il punto è che un'indagine di questo tipo, a tutt'oggi certamente valida, tra qualche tempo potrebbe risultare, almeno in parte, un'indagine di retroguardia, poiché la vera frontiera operativa, destinata ad impegnare in maniera crescente le Corti, sembra che sia, sempre più chiaramente, quella costituita dall'utilizzo dei *social media*.

Il panorama che offrono le varie corti in proposito è piuttosto variegato, anche se un elemento tendenzialmente comune è dato dal fatto che l'apertura verso i *social* caratterizza un po' tutte le istituzioni qui prese in considerazione. Il *social* che pare riscotere il maggior successo è *Twitter*: in esso è possibile rintracciare gli *account* ufficiali delle Corti supreme americana e britannica, ma anche di quella canadese, dei tribunali costituzionali tedesco e spagnolo, nonché del *Conseil constitutionnel* francese. Anche *Facebook* è un'opzione percorsa, segnatamente dal *Conseil* francese e dalla corte canadese, la quale ultima si mostra particolarmente attiva, avendo anche un *account* ufficiale su *LinkedIn*.

Questa attenzione, sempre più diffusa, dimostra quanto la presenza sui *social* possa rappresentare un canale di importanza vitale per farsi conoscere da parte dell'opinione pubblica, e quindi, in ultima analisi, per corroborare

²⁴ Una analisi, anche in chiave comparatistica, dei siti *web* dei principali organi di giustizia costituzionale è stata condotta da P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come "nodo" della Rete*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, tomo I, pp. 667 ss. Con precipuo riguardo al sito della Corte costituzionale italiana, v., volendo, P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, in G.L. CONTI – P. MILAZZO (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento*, VII. *La crisi del Parlamento nelle regole sulla sua percezione*, Pisa, 2017, spec. pp. 113 ss.

la propria legittimazione in relazione all'attività concretamente svolta.

Per quanto lo strumento richieda di essere maneggiato con cautela, nella misura in cui il rischio di banalizzazione dei messaggi non può non essere tenuto in conto, deve ammettersi che i *social*, consentendo una interazione diretta tra l'istituzione ed i consociati, mettono, per la prima volta, gli organi di giustizia costituzionale nelle condizioni di poter davvero prescindere dall'intermediazione di stampa e televisione al fine di rendere palese la propria presenza. In questo senso, allora, un'attività comunicativa, purché impostata in maniera corretta, che sappia adeguatamente sfruttare le potenzialità di questi strumenti, risulta essere un *atout* fondamentale da spendere per essere parte attiva della società della comunicazione.

Sulla scorta di quanto appena detto, la politica seguita dalla Corte costituzionale italiana appare, di nuovo, quanto meno discutibile. Il riferimento non va alla perdurante importanza riconosciuta alla conferenza stampa di fine anno del Presidente della Corte, che si traduce nel riconoscimento del ruolo dei *mass-media* come canale di diffusione del lavoro della Corte²⁵: questa occasione, ormai tradizionale, è comunque utile, purché però non catalizzi gli sforzi comunicativi verso canali indiretti di questo tipo. Ed invece, la Corte pare mostrare un tendenziale rifiuto nei confronti dell'uso dei *social*, presumibilmente ritenendo di potervi ovviare attraverso il sito *web* e gli strumenti tradizionali. È vero, peraltro, che qualche timido passo è stato compiuto, a partire dallo scorso anno, ma è anche vero che questi passi non sembrano essere andati in una direzione votata alla massima efficacia: l'apertura verso il mondo dei *social* (ma sarebbe forse più opportuno parlare di una porticina appena dischiusa) si è avuta attraverso la creazione di un *account* su *Instagram*, cioè sul *social* che è forse meno adatto, non fosse altro perché la comunicazione di un organo di giustizia costituzionale non dovrebbe essere basata sull'immagine, bensì sui contenuti. La circostanza che, dopo i primissimi tempi, l'*account* stia sostanzialmente languendo è forse un indice che la politica della Corte in tema di *social* va ripensata, per non dire che vada impostata *ex novo*.

²⁵ Al riguardo, è da sottolineare che la conferenza stampa, oltre ad essere aperta ai giornalisti della carta stampata e della televisione, viene anche teletrasmessa. Il bacino di spettatori che l'evento riesce a catalizzare, tuttavia, è piuttosto modesto, svolgendosi la conferenza in un orario mattutino.

7. L'utilizzo delle lingue straniere

La comunicazione verso l'esterno è sempre più proiettata anche oltre le frontiere nazionali, nel quadro di una legittimazione, stavolta di matrice culturale, che le Corti ricercano attraverso la partecipazione al dialogo giurisprudenziale transnazionale.

Su questo versante, sussiste, come è ovvio, un evidente *clivage* linguistico, che vede inevitabilmente favorite le Corti anglofone, e che impone alle altre l'utilizzo di forme di comunicazione che siano idonee a far conoscere la propria attività anche all'estero. È in quest'ottica che le Corti non anglofone mostrano una crescente attenzione nei confronti della traduzione delle proprie decisioni in altre lingue, ed *in primis* in inglese.

I modi attraverso cui l'obiettivo di «farsi conoscere» viene perseguito mutano in maniera non irrilevante a seconda dell'organo cui si faccia riferimento. Alcune corti si dimostrano, infatti, più attente di altre, al punto che traducono in inglese tutte le decisioni più importanti e, talvolta, anche i relativi comunicati stampa: è il caso, ad esempio, del *Bundesverfassungsgericht*. Altre corti hanno una politica meno rigorosa, ma tendono comunque a tradurre «quanto più possibile», non solo in inglese, ma anche in altre lingue: in proposito, paradigmatico è l'esempio del *Conseil constitutionnel*, le cui decisioni sono, in taluni casi, tradotte, oltre che in inglese, anche in tedesco, in spagnolo ed in italiano, presumibilmente a seconda delle competenze linguistiche dei collaboratori e degli stagisti impegnati presso il servizio giuridico. Anche la Corte costituzionale italiana, ormai da una decina d'anni, risulta piuttosto attiva con riferimento alla traduzione delle sue decisioni verso l'inglese, con in media una dozzina di traduzioni l'anno.

Questa attività di comunicazione è, senza dubbio, di grande importanza; ciò nondimeno, le traduzioni delle decisioni non possono rivelarsi, di per sé, sufficienti a consentire un pieno inserimento della giurisprudenza delle Corti non anglofone nel dialogo transnazionale, in quanto residuano pur sempre difficoltà che potremmo definire «di contestualizzazione», nel senso che per il giurista straniero, in assenza di una compiuta conoscenza delle problematiche sottese alle questioni, è spesso molto complicato il poter cogliere dalla mera traduzione di una decisione il suo reale significato. È alla luce di questo che sarebbe importante un'attività complementare, di illustrazione sintetica dei punti salienti affrontati dalle singole pronunce. Proprio questo sarebbe lo scopo fondamentale della banca dati Codices e del bollettino quadrimestrale di giurisprudenza costituzionale curati dalla

Commissione di Venezia²⁶; alla prova dei fatti, tuttavia, la selezione delle decisioni delle varie corti, nonché l'estrema variabilità delle descrizioni e delle analisi rappresentano limiti che non appaiono facilmente superabili, vista anche l'ormai consolidata l'esperienza di repertoriazione in forme scarsamente omogenee tra i vari paesi e di selezione delle decisioni da segnalare non sempre inappuntabile in relazione al reale impatto, da un punto di vista comparatistico, delle pronunce.

Se, dunque, l'organismo sovranazionale di raccordo non risulta, almeno per il momento, aver trovato forme adeguate a veicolare in maniera efficace i contenuti essenziali delle decisioni delle Corti, è forse alla dottrina che questo compito può e deve essere affidato. Altrimenti detto, non pare improprio vedere il ruolo della dottrina giuridica arricchirsi di implicazioni: non più solo un *watchdog* delle Corti, ma anche un facilitatore del dialogo, a tutti i livelli, attraverso l'attività anche esplicativa dell'attività delle Corti a beneficio dell'opinione pubblica interna e della comunità transnazionale dei giuristi²⁷.

8. *Un appunto per una non-conclusione*

Nei paragrafi precedenti ci si è limitati a redigere una rapida rassegna di tematiche che si sono ritenute tra le più significative nell'ambito delle dinamiche che animano le *policies* di comunicazione istituzionale delle Corti costituzionali e supreme. La trattazione è – come si è ripetutamente sottolineato – lungi dal potersi dire compiuta, ma deve piuttosto intendersi come un primo passo per una ricerca a più ampio raggio, un inventario di problemi che con il metodo comparatistico sembra di poter scandagliare con buoni frutti.

La natura interlocutoria di queste pagine, peraltro, si coniuga alla provvisorietà che non può non segnare qualunque indagine relativa alla materia qui esaminata. La sensazione è, infatti, che si stia vivendo solo il primo tratto di un cammino destinato ad essere molto lungo, in cui lo

²⁶ Il *Bulletin on Constitutional Case-Law* della Commissione di Venezia è liberamente consultabile alla pagina http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_02_Bulletins.

²⁷ Una sperimentazione in tal senso è stata di recente avviata dall'*Italian Law Journal*, che, dal n. 1 del 2017, ha inserito una nuova rubrica, il *Constitutional Court Watch*, nel quale sono inserite le sintesi delle decisioni più significative (da un punto di vista comparatistico) rese dalla Corte costituzionale nell'anno solare 2016. Per il n. 1 del 2018 della rivista è prevista la illustrazione delle principali decisioni rese nel 2017.

sviluppo delle forme di comunicazione imporrà alle Corti di muoversi verso direzioni nuove al fine di puntellare la loro legittimazione, sia nel quadro istituzionale che agli occhi della opinione pubblica, per tacere dell'incedere del dialogo giurisprudenziale transnazionale. Ad un bilancio, qui sommariamente tratteggiato, dovrà dunque inevitabilmente associarsi una visione prospettica, che sola potrà contribuire a dar conto di tutta la complessità che le sfide della società della comunicazione impongono agli organi di giustizia costituzionale, sfide che, se per un verso accomunano questi organi a tutte le istituzioni di vertice, per l'altro presentano caratteristiche peculiari, vista la natura giurisdizionale degli organi e la delicatezza della funzione che essi svolgono, al crocevia tra le istanze democratico-rappresentative e la indefettibilità di un presidio delle regole fondanti del sistema che, in quanto tali, debbono considerarsi irrettrattabili e che per tali debbono essere comunicate.

Abstract

The legitimacy of the Constitutional and Supreme Courts increasingly requires an effort, by the courts themselves, to try to establish a direct communication with the public. The paper briefly analyzes the practices that some courts (the Supreme Courts of the United Kingdom and the United States, the French Constitutional Court, the German and Spanish Constitutional Courts and the Italian Constitutional Court) have developed for this purpose, highlighting the growing importance of the use of new instruments, which allow the Courts to bypass the intermediation of traditional information media. In this perspective, the web has played a key role, but in the near future the main instrument will most likely be that of social media.

Michele Sapignoli*

*Corti di giustizia e opinione pubblica:
la fiducia nei sistemi giudiziari europei*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La fiducia nei sistemi giudiziari dei paesi europei dagli anni '90 in poi - 3. Fiducia nelle Corti e proprietà dei sistemi giudiziari dei paesi europei - 4. Fiducia nelle Corti e proprietà degli individui: caratteristiche socio grafiche e fiducia nelle altre istituzioni politiche - 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Questo lavoro intende studiare la fiducia dei cittadini europei nei sistemi giudiziari nazionali. Si tratta di un tema che ha suscitato un certo interesse per i cultori della sociologia del diritto e per quelli che si dedicano agli studi sull'amministrazione della giustizia¹. Infatti la fiducia nelle istituzioni giudiziarie appare importante per la legittimazione del *legal decision making* e per l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso, nonché per la stabilità dei sistemi democratici².

Fonte primaria dei dati saranno i sondaggi comparati condotti da Eurobarometro nei quali viene rilevata, insieme ad altre proprietà, la fiducia degli intervistati nel sistema giudiziario; queste informazioni saranno integrate tramite dati provenienti da diversi studi sull'indipendenza della magistratura, l'efficacia del sistema giudiziario, le caratteristiche strutturali dell'amministrazione della giustizia, la fiducia dei cittadini nelle altre istituzioni dello Stato.

Nella Sezione 2 di questo saggio saranno in primo luogo presi in con-

* Professore Ordinario di Scienza Politica, presso l'Università di Bologna Alma Mater Studiorum, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali.

¹ J. G. GIBSON, *Judicial Institutions*, in R.A.W RHODES S. A. BINDER E B. A. ROCKMAN (a cura di) *Political Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 514-534.

² D. EASTON, *A Reassessment of the Concept of Political Support*, in *British Journal of Political Science*, 1975, pp. 435-457.

siderazione i livelli di fiducia nel sistema giudiziario di ogni paese in prospettiva diacronica. Successivamente saranno esaminati i dati rilevati da Eurobarometro nell'autunno 2016³: saranno illustrate le relazioni fra i livelli di fiducia dei diversi Paesi e alcune caratteristiche dei loro sistemi giudiziari, quali l'efficacia nella risoluzione delle controversie civili e l'indipendenza dei magistrati così come percepita dai cittadini e da operatori economici (vedi Sez. 3). Saranno poi riportati i risultati di un'analisi volta ad evidenziare, paese per paese, le relazioni fra alcune caratteristiche dei singoli soggetti intervistati da Eurobarometro nel 2016 (fra cui età, genere, livello di istruzione, propensione a dichiarare la propria fiducia nei confronti di altre istituzioni pubbliche e sociali) e la loro fiducia verso il sistema giudiziario del loro paese (Sez. 4). La Sezione 5 sarà infine dedicata ad alcune considerazioni conclusive.

2. La fiducia nei sistemi giudiziari dei paesi europei dagli anni '90 in poi

Il servizio Eurobarometro, una struttura della Commissione Europea, conduce periodicamente inchieste campionarie nei paesi dell'Unione Europea⁴. A partire dai primi anni '70 Eurobarometro ha compiuto rilevazioni su tematiche europee o su aspetti della vita politica e sociale dei paesi aderenti. Nel 1974 viene avviata una rilevazione periodica denominata "Standard Eurobarometer" che prevede la raccolta sistematica di alcune informazioni con domande che vengono utilizzate nella stessa forma al fine di facilitare la comparazione dei risultati; a partire dal 1997⁵ sono incluse nella rilevazione domande sulla fiducia nelle istituzioni politiche e sociali, nazionali e sovranazionali. Nel corso del tempo le istituzioni incluse nel quesito sono aumentate, ad esempio sono state aggiunte quelle che fanno riferimento alle tecnologie della comunicazione come Internet e i *Social networks*. La domanda utilizzata nell'ultima rilevazione effettuata nel 2006 (EB 86.2) è la seguente:

³ Si tratta dei dati della rilevazione Standard Eurobarometer EB 86.2; la matrice dati ottenuta tramite il sito GESIS – Leibniz Institute presenta il codice ZA6788.

⁴ Si veda, su questo tema, il sito di Eurobarometro: <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm>

⁵ Standard Eurobarometer 48.

«Vorrei ora porle una domanda su quanto si fida di alcuni mezzi di informazione e istituzioni. Per ciascuno dei seguenti mezzi di informazione e istituzioni, per favore mi dica se tende ad avere fiducia o tende a non avere fiducia in esso».

		Si fida	Non si fida	Non sa
1	La stampa cartacea	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2	La radio	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3	La televisione	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
4	Internet	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
5	Social network online	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
6	La giustizia, il sistema giudiziario [...]	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
7	La polizia	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
8	L'esercito	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
9	La pubblica amministrazione in [...]	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
10	I partiti politici	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
11	Le autorità pubbliche regionali o locali	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
12	Il Governo [...]	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
13	Il Parlamento [...]	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
14	L'Unione Europea	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
15	Le Nazioni Unite	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

La Commissione Europea, tramite il sito Web Eurobarometro, pubblica brevi rapporti che illustrano i principali risultati delle rilevazioni. Attraverso un apposito sito gestito dal GESIS – Leibniz Institute for the Social Sciences – poi vengono messe a disposizione della comunità scientifica le basi dati di tutte le rilevazioni per consentire a coloro che sono interessati di effettuare approfondimenti di analisi; questo servizio offre una preziosa opportunità di studio per coloro che desiderano effettuare analisi comparate su dati di sondaggio⁶. Nel prosieguo di questo saggio saranno analizzati i dati relativi alla fiducia nei sistemi giudiziari nazionali rilevata da Eurobarometro fra il 1997 ed il 2016. È bene ricordare che in queste inchieste i campioni di soggetti intervistati in ciascun paese sono stati estratti dalla popolazione residente in quello stato; tale popolazione è composta in larga parte da soggetti che non hanno avuto esperienza diretta di rapporti con il sistema giudiziario, ad esempio in qualità di parti processuali o di testimoni. Le opinioni espresse dagli intervistati di un paese possono quindi essere riferite all'intera popolazione nazionale e non a quella degli utenti del sistema giudiziario.

⁶ Si tratta di un approccio riconducibile all'analisi secondaria; su questo tema si veda, ad esempio, P. CORBETTA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Bologna, Il Mulino, 2014, Sez. 6.3.

La Tabella 1 riporta la percentuale di soggetti che, intervistati nelle diverse rilevazioni Eurobarometro, hanno dichiarato di aver fiducia nel sistema giudiziario del loro paese. Ogni rilevazione viene riportata in una colonna; l'ultima colonna della tabella riporta la media dei valori fatti registrare da un singolo paese nelle diverse rilevazioni. I dati relativi ad ogni singolo paese sono riportati nelle righe della tabella e sono suddivisi a seconda di due criteri. In primo luogo i paesi sono suddivisi in due gruppi. Il primo è quello dei quindici paesi che hanno aderito alle istituzioni europee entro gli anni '90 del secolo scorso; per questi paesi sono disponibili tutte le rilevazioni Eurobarometro dal 1997 al 2016. Il secondo gruppo di paesi è composto dai tredici stati che hanno aderito all'Unione Europea dal 2004 in poi; per questi paesi sono disponibili solo i dati raccolti a partire dal 2004. Inoltre, all'interno di ogni gruppo di paesi, gli stati sono ordinati a seconda del livello medio di fiducia nel sistema giudiziario: in alto sono riportati i paesi che presentano valori medi di fiducia più elevati e, a seguire, sono indicati quelli con valori via via più bassi⁷.

⁷ In questa sezione saranno oggetto di commento e di attenzione soprattutto i valori medi calcolati a partire dalle percentuali di fiducia rilevate nei sondaggi Eurobarometro; questa impostazione dell'analisi consente di tenere conto delle inevitabili fluttuazioni della fiducia che caratterizzano le diverse rilevazioni.

Tab.1 - Soggetti che dichiarano di avere fiducia nel sistema giudiziario nazionale per paese (dati percentuali; Fonte Eurobarometro)

Paesi	ott-97	mar-99	nov-00	apr-01	ott-03	mar-04	feb-04	ott-04	mag-04	ott-05	set-05	mar-08	ott-08	giu-09	nov-09	mag-10	nov-10	mag-11	nov-11	Media					
DK	72	70	78	74	80	75	80	79	76	79	83	80	76	85	83	80	81	80	84	84	80				
FI	50	61	69	63	69	68	74	68	69	73	78	75	75	77	80	84	78	74	77	81	82	84	74		
AT	62	61	69	70	73	69	67	68	68	74	72	72	76	73	76	73	67	71	70	72	72	73	70		
SE	48	53	62	57	66	58	66	58	57	58	64	51	63	63	67	75	73	60	73	76	79	78	64		
NL	54	59	58	60	62	55	62	50	49	57	65	60	60	67	63	66	64	51	65	69	77	73	62		
LU	51	59	70	56	61	56	55	54	57	55	65	59	52	56	52	58	62	61	60	61	66	65	59		
DE	50	52	55	58	61	57	60	55	56	58	58	60	55	59	58	59	63	58	60	64	67	58	69	59	
EL	63	55	61	62	69	61	69	68	73	66	53	59	59	58	48	44	44	52	41	45	55	46	52	57	
IE	59	49	59	55	61	58	50	48	50	46	52	48	45	45	57	53	49	45	42	51	58	56	63	52	
UK	48	48	50	49	53	46	47	43	37	50	54	49	46	49	49	55	53	48	50	60	65	67	62	51	
ES	39	40	48	42	46	42	43	41	47	45	47	46	48	56	55	52	44	40	44	25	35	40	43	44	
FR	36	35	48	41	40	34	43	39	42	39	53	40	40	47	46	51	50	39	45	53	51	52	44	44	
BE	14	22	39	34	37	35	36	34	30	39	48	40	43	51	49	49	37	35	36	46	53	49	50	39	
PT	40	42	32	31	35	35	46	47	36	36	41	37	42	37	37	41	37	31	28	35	46	43	44	38	
IT	31	36	35	40	40	44	44	41	46	35	43	47	37	33	31	32	36	37	42	33	31	36	31	37	
EE																									
EE	44	49	49	51	57	58	59	53	52	55	56	60	62	57	54										
CY																									
CY	61	64	59	60	58	59	59	46	50	53	26	25	37	42	50										
MT																									
MT	37	45	52	45	47	52	57	48	40	42	39	46	42	42	45										
HU																									
HU	52	50	44	46	46	38	36	39	41	53	42	45	45	46	45										
CZ																									
CZ	32	32	32	31	32	35	40	29	34	36	39	43	45	36											
PL																									
PL	16	23	22	30	38	32	36	31	38	41	42	44	34												
LV																									
LV	34	37	32	32	28	27	33	30	26	36	33	41	42	34	33										
RO																									
RO	26	35	31	26	26	28	25	25	28	23	46	48	35	40	32										
LT																									
LT	28	30	27	24	25	28	25	24	15	22	39	41	40	46	30										
SK																									
SK	27	27	31	27	31	27	31	30	29	32	25	26	29	30	29										
SI																									
SI	27	34	34	35	26	28	30	30	19	22	25	25	19	21	27										
HR																									
HR	24	24	25	23	14	19	20	20	15	20	29	33	25	29	23										
BG																									
BG	20	20	20	15	12	13	17	14	17	16	16	20	17	17	17										

Come si può osservare alcuni Paesi dell'Unione Europea, Danimarca, Finlandia e Austria, presentano valori medi di fiducia nel sistema giudiziario nazionale pari superiori al 70% (vedi Tab. 1); ciò significa che nei diversi sondaggi effettuati fra il 1997 e il 2016 quote elevate di intervistati, almeno due cittadini su tre – in alcune rilevazioni otto su dieci – dichiarano di avere fiducia nel loro sistema giudiziario nazionale. La Tabella 1 mostra che anche Svezia e Olanda fanno registrare percentuali di fiducia molto elevate (rispettivamente 64% e 62%) nei tribunali nazionali.

Vi sono poi diversi paesi nei quali gli intervistati dichiarano di avere fiducia nel loro sistema giudiziario in misura elevata e comunque superiore al 50%. Fra questi vi sono il Lussemburgo e la Germania (59%), la Grecia (57%), l'Estonia (54%), l'Irlanda (52%), il Regno Unito (52%) e Cipro (50%).

Spagna, Francia, Malta e Ungheria fanno registrare valori medi di poco inferiori al 50% (vedi Tab. 1).

Infine un folto gruppo di paesi presenta medie di fiducia inferiori al 40% degli intervistati (vedi Tab. 1). Fra questi vi sono il Belgio, il Portogallo e l'Italia (i valori di questi paesi si collocano fra il 37 e il 39%) e paesi di recente accesso nell'Unione Europea: Repubblica Ceca (36%), Polonia (34%), Lettonia (33%), Romania (32%), Lituania (30%), Slovacchia (29%), Slovenia (27%), Croazia (23%) e Bulgaria (17%).

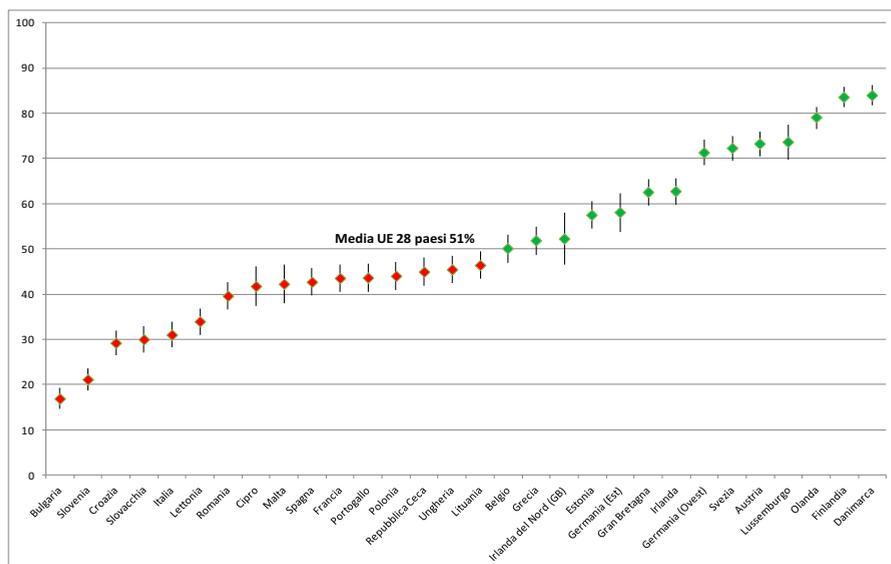
In definitiva un'osservazione della Tab. 1 consente di individuare quattro gruppi di paesi: 1) quello dei paesi (ad es. la Danimarca) con un livello di fiducia nelle Corti nazionali molto elevato, superiore o intorno ai due terzi dei campioni di cittadini intervistati nei quasi venti anni di rilevazione; 2) quello dei sistemi (fra cui la Germania) nei quali la maggioranza dei cittadini sembra comunque nutrire fiducia nei tribunali del paese; 3) il gruppo degli stati (ad es. la Francia) in cui coloro che si dichiarano fiduciosi del sistema giudiziario sono in minoranza rispetto a coloro che non lo sono ma tale divario è tutto sommato limitato; 4) infine il gruppo dei paesi (fra questi ad es. l'Italia, la Polonia, la Romania) dove solo un cittadino su tre (o anche meno) mostra di avere fiducia nella giustizia statale.

La breve descrizione fin qui condotta suggerisce di indirizzare l'attenzione verso i fattori causali che possono contribuire a rendere conto delle rilevanti differenze nei livelli di fiducia dei cittadini nei confronti dei sistemi giudiziari nazionali. Al fine di contribuire ad una riflessione su queste problematiche nel prosieguo di questo saggio saranno analizzati i dati relativi alla rilevazione Eurobarometro dell'autunno 2016⁸. La Figura 1 illustra il

⁸ Si tratta dell'Eurobarometro Standard n. 86. I rapporti che illustrano i risultati della rilevazione sono disponibili sul seguente sito web: <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/STANDARD/sur->

livello di fiducia nelle Corti di giustizia rilevato nei singoli paesi dell'Unione Europea nell'autunno 2016⁹; la media relativa a tutta l'Unione è pari al 51%; la figura evidenzia i paesi che presentano valori di fiducia inferiori alla media e quelli che invece si collocano al di sopra di essa.

Fig. 1. *Fiducia nel sistema giudiziario nazionale nei 28 Paesi UE; valori percentuali; Fonte Eurobarometro Standard EB 86, novembre 2016*



Nel prosieguo di questo saggio saranno prese in considerazione alcune proprietà del sistema giudiziario dei paesi europei al fine di valutarne la connessione con la fiducia dei cittadini (vedi Sez. 3); sarà poi condotta un'analisi volta a studiare l'associazione, in alcuni dei paesi dell'Unione Europea, fra la fiducia nel sistema giudiziario e quella nelle principali istituzioni politiche e sociali dei singoli paesi (vedi Sez. 4).

veyKy/2137. La base dati con le risposte dei singoli intervistati è pubblicata sul seguente sito del Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften: <https://www.gesis.org/home/>.

⁹ La figura riporta anche, per ogni paese, l'intervallo di confidenza rappresentato dai due segmenti (inferiore e superiore) collegati ad ogni valore; esso si può intendere come l'intervallo dei valori entro cui si ritiene ricada il valore di un parametro, nel nostro caso la percentuale di soggetti che dichiarano di avere fiducia nel sistema giudiziario di un paese, con una probabilità del 95%; su questo tema si veda, ad esempio, A. Agresti e B. Finlay *Statistica per le scienze sociali*, Milano, Pearson Paravia Bruno Mondadori 2009, 114. L'intervallo di confidenza sarà riportato anche nelle successive figure inserite in questo saggio.

3. *Fiducia nelle Corti e proprietà dei sistemi giudiziari dei paesi europei*

In questa sezione del saggio saranno analizzate le relazioni fra la fiducia dei cittadini europei nelle istituzioni giudiziarie nazionali e due rilevanti proprietà del sistema delle Corti: l'efficacia nella risoluzione delle controversie e l'indipendenza dei giudici. I dati relativi alla fiducia nei sistemi giudiziari nazionali sono tratti dalla rilevazione Eurobarometro EB 86 i cui dati sono stati raccolti nel novembre 2016. L'efficacia dei sistemi giudiziari è stata operativizzata ricorrendo all'indicatore della durata media dei procedimenti civili contenziosi di primo grado così come rilevata dalla Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) del Consiglio d'Europa e inclusi dalla Commissione Europea nel rapporto 2017 EU Justice Scoreboard ¹⁰

La letteratura che affronta il tema della fiducia dei cittadini nelle istituzioni pubbliche segnala l'influenza delle *performances* delle istituzioni nella formazione degli atteggiamenti, di fiducia o di sfiducia, che i cittadini nutrono verso di loro¹¹. È quindi corretto attendersi che all'aumentare del livello di efficacia delle istituzioni giudiziarie nella risoluzione delle controversie si osservi un aumento della fiducia dei cittadini nei confronti delle Corti: in altre parole ci si attende che i sistemi giudiziari dove l'efficacia è maggiore siano anche quelli verso i quali anche la fiducia dei cittadini è maggiore.

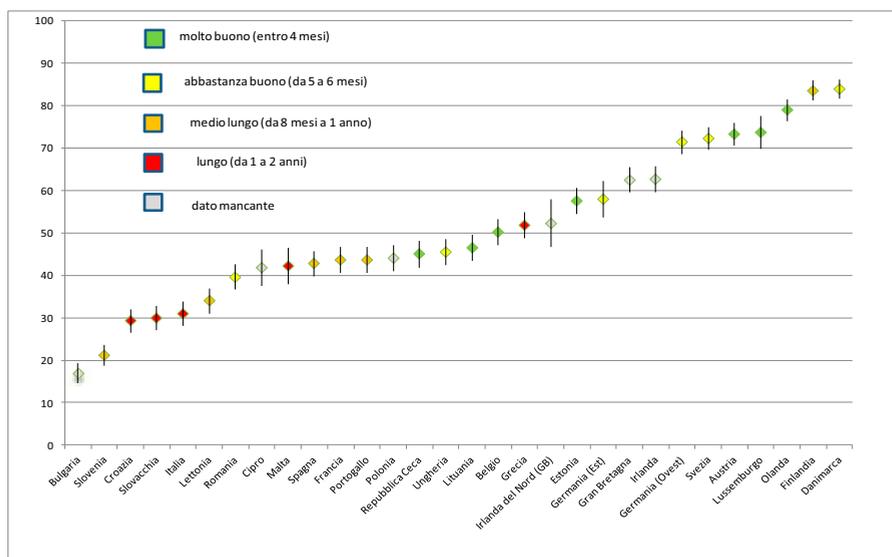
Come si può vedere nella Figura 2 i paesi europei con una maggiore efficacia del sistema giudiziario non sono sempre quelli con una più alta fiducia nelle Corti nazionali. In generale i sistemi giudiziari verso i quali una limitata quota di cittadini nutre fiducia sono anche quelli dove i tempi della giustizia sono, quanto meno in primo grado, più lunghi (ad es. la Slovenia, la Croazia e l'Italia); i sistemi invece dove i procedimenti hanno durata inferiore sono spesso quelli dove i cittadini mostrano livelli di fiducia più elevati (ad esempio l'Olanda e il Lussemburgo). Non mancano però esempi di stati nei quali i tempi della giustizia appaiono abbastanza buoni o molto buoni ma che tuttavia presentano valori di fiducia al di sotto della media dell'Unione Europea (51%); fra questi paesi si possono menzionare la Romania, la Repubblica Ceca, la Lituania. Troviamo poi un caso come la Grecia, che presenta un valore molto negativo in termini di durata dei procedimenti ma, al contempo, un valore di poco superiore alla media europea in termini di fiducia nelle Corti nazionali; si può infine menzionare la

¹⁰ Si veda Commissione Europea, *2017 EU Justice Scoreboard*.

¹¹ Si vedano R. J. DALTON, *Democratic Challenges Democratic Choices*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 57 ss. e P. NORRIS, *Democratic Deficit. Critical Citizens Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press.

Finlandia che fa registrare un valore molto elevato di fiducia pur in presenza di tempi della giustizia (in primo grado) non particolarmente brevi.

Fig. 2. *Fiducia nel sistema giudiziario nazionale nei 28 Paesi UE per durata dei procedimenti civili contenziosi in primo grado; valori percentuali; Fonte Eurobarometro Standard EB 86, novembre 2016; EU Justice Scoreboard 2017*



In definitiva si può forse concludere che l'efficacia dei sistemi giudiziari europei nella soluzione delle controversie civili¹² risulta associata al livello di fiducia dei cittadini anche se la forza di tale associazione non appare estremamente elevata: la presenza di paesi con alta efficacia fra quelli in cui la fiducia risulta abbastanza bassa e, al contrario, l'appartenenza di paesi dove l'efficacia del sistema giudiziario appare tutto sommato limitata al gruppo di stati dove la fiducia è alta è alla base di questa considerazione.

Una caratteristica di estrema importanza di un sistema giudiziario è il livello di indipendenza dei giudici. Occorre ricordare che la modalità di soluzione giudiziaria delle controversie presenta rilevanti peculiarità. Il giudice infatti è chiamato a risolvere la lite fra le parti senza potersi giovare del consenso diretto di queste ultime (nei moderni sistemi liberal-democratici il giudice è imposto dallo Stato); inoltre le norme applicate non sono concordate dalle parti (a differenza di quanto avviene, ad esempio, nell'arbitrato).

¹² Occorre sempre ricordare che i dati sono riferiti alle decisioni di primo grado.

L'imparzialità e la professionalità del giudice sono quindi estremamente importanti per l'accettazione delle sue decisioni¹³. Cruciale, al fine di preservare l'imparzialità del giudice, appare quindi la sua indipendenza dalle parti. Occorre poi ricordare che, data la natura del giudice e delle istituzioni giudiziarie moderne, i quali fanno parte della struttura dello Stato, è fondamentale che il giudice sia ad appaia agli occhi dei cittadini indipendente anche nei confronti delle istituzioni politiche¹⁴. Queste considerazioni sono alla base della decisione di inserire in questo disegno di ricerca l'indipendenza del giudice fra le caratteristiche che possono contribuire a determinare la fiducia nei cittadini nei confronti del sistema giudiziario¹⁵; infatti i cittadini possono giudicare l'indipendenza dei giudici come una caratteristica che ne rafforza l'imparzialità e che quindi può contribuire a rafforzare la fiducia nelle istituzioni giudiziarie¹⁶.

La Figura 3 riporta per ogni paese europeo due informazioni. Da un lato viene indicata la percentuale di intervistati Eurobarometro che dichiarano di fidarsi nel sistema giudiziario nazionale (sono gli stessi valori riportati nella Fig. 1). In secondo luogo ciascun paese viene classificato a seconda della quota di cittadini che ritengono "buona" o "abbastanza buona" l'indipendenza dei giudici e delle Corti; si tratta di dati tratti da uno specifico sondaggio Eurobarometro¹⁷.

¹³ Si veda più ampiamente su questo punto T. ECHOFF, *The Mediator, The Judge, The Administrator in Conflict Resolution*, in *Acta Sociologica*, 1967; M. SHAPIRO, *Courts*, in F. I. Greenstein e N. W. POLSBY (a cura di) *Handbook of Political Science*, Reading (Mass.) Addison-Wesley, 1981, p. 8; C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, Padova, CEDAM, 1981, p. 26; C. GUARNIERI 2003, 14, op. cit..

¹⁴ C. GUARNIERI, 1981, op. cit.; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *The Power of Judges: a Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 31-59.

¹⁵ Sul tema dell'influenza dell'indipendenza dei magistrati, considerata nelle sue diverse forme e attraverso diversi indicatori, sulla fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario si vedano anche: BUHLMANN, M. and R. KUNZ, *Confidence in the Judiciary: comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems*, in *West European Politics*, 2011, pp. 317-345; C. GUARNIERI *L'indipendenza della magistratura in Europa: un'analisi delle riforme in corso*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Bologna*, 2015, pp. 383-401.

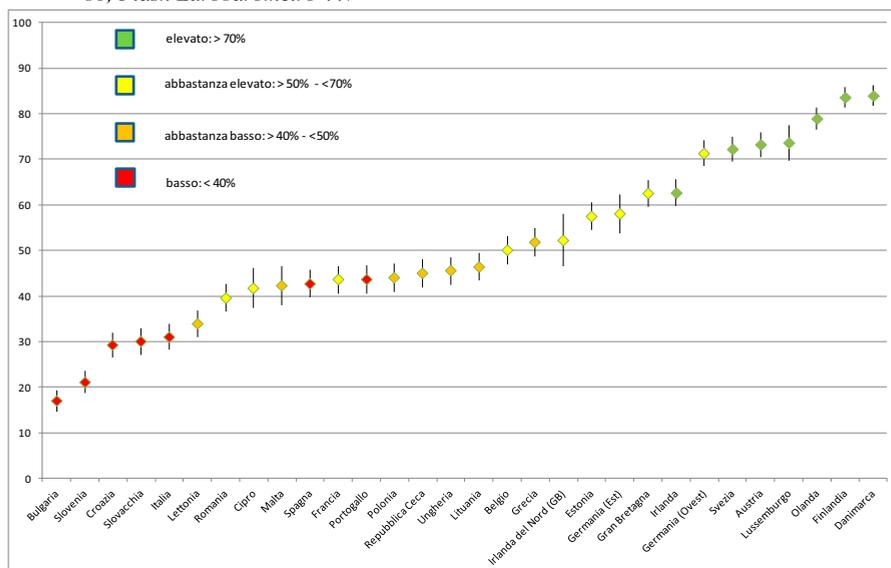
¹⁶ A sua volta si può ricordare che la fiducia nelle istituzioni giudiziarie può avere un ruolo nel rafforzamento della fiducia dei cittadini nelle istituzioni pubbliche. Questo tema sarà trattato nella Sez. 4 di questo saggio.

¹⁷ I dati riferiti ai giudizi dei cittadini sull'indipendenza dei tribunali e dei giudici di ciascun paese qui riportati sono tratti dalla ricerca Eurobarometro Flash Eurobarometer 435 e sono stati raccolti nel febbraio 2016. I paesi sono stati suddivisi in quattro classi a seconda della percentuale di soggetti che hanno considerato "buona" o "abbastanza buona" l'indipendenza dei giudici e dei tribunali nazionali. Le classi coincidono con i quartili della distribuzione della variabile. Questo indicatore di indipendenza giudiziaria è incluso anche nel rapporto *2017 EU Justice Scoreboard* della Commissione Europea.

Come si può vedere (Fig. 3) i sistemi nei quali i giudici e le Corti sono percepite più indipendenti (sono quelli nei quali il sondaggio Flash Eurobarometro rileva che più del 50% di intervistati ritiene che i giudici siano indipendenti e sono indicati in giallo e verde nella Fig. 3) sono anche quelli nei quali i cittadini ripongono maggiore fiducia nel sistema giudiziario; al contrario i paesi dove i giudici sono giudicati indipendenti da una quota più limitata di persone sono anche quelli in cui la fiducia nelle Corti nazionali è in genere più bassa.

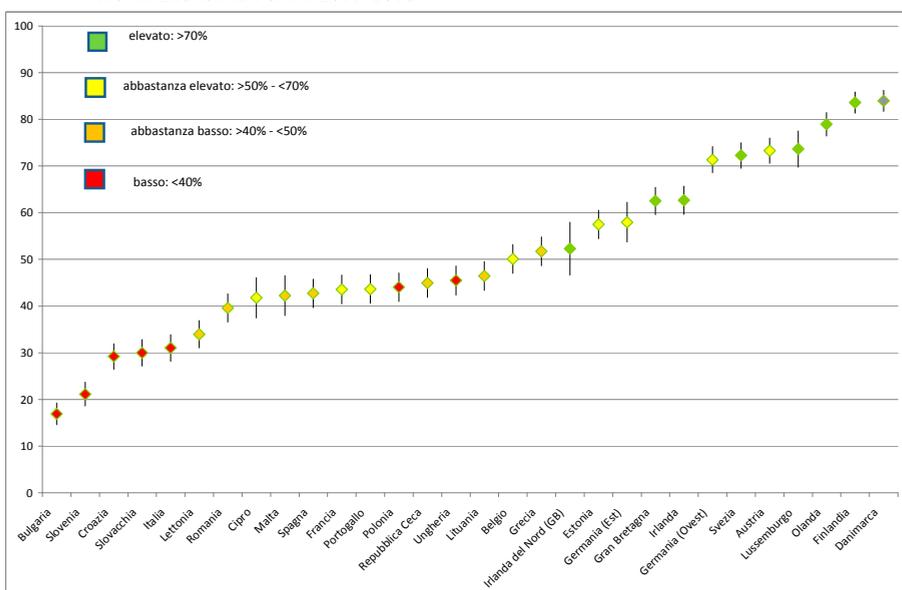
Come per la relazione fra efficacia della giustizia e fiducia nei tribunali (vedi Fig. 2) anche in questo caso vi sono paesi che presentano distribuzioni in contro tendenza rispetto alla maggioranza dei casi e nei quali troviamo livelli tutto sommato elevati nei giudizi sull'indipendenza dei giudici percepita dai cittadini associati a limitati livelli di fiducia (sono i casi di Romania, Cipro e Francia) ed un caso (quello della Grecia) dove un giudizio abbastanza negativo sull'indipendenza si accompagna ad uno di poco sopra la media europea (51%) sulla fiducia. Tutto sommato tuttavia l'indipendenza dei giudici e delle Corti, così come percepita dai cittadini, appare sufficientemente associata alla fiducia della cittadinanza nei sistemi giudiziari del Vecchio Continente.

Fig. 3. *Fiducia nei sistemi giudiziari dei Paesi UE a seconda della percezione di indipendenza dei giudici da parte dei cittadini; valori percentuali; Fonti: Standard Eurobarometro EB 86; Flash Eurobarometro 447*



Un secondo indicatore dell'indipendenza dei giudici così come percepita dai soggetti è tratto dai rapporti del World Economic Forum¹⁸. La Figura 4 mostra contemporaneamente i livelli di fiducia nel sistema giudiziario dei paesi dell'Unione Europea (presentati in questo saggio nella Fig. 1 e rilevati da Eurobarometro) insieme ad una classificazione del livello di indipendenza dei giudici e delle Corti così come percepito da operatori economici intervistati dal World Economic Forum; i paesi sono classificati con in livello di indipendenza percepito "elevato", "abbastanza elevato", "abbastanza basso" o "basso" a seconda del punteggio registrato dal WEF¹⁹.

Fig. 4. Fiducia nei sistemi giudiziari dei Paesi UE a seconda dei giudizi sull' indipendenza dei giudici espressi da esperti; valori percentuali; Fonti: Standard Eurobarometro EB 86; World Economic Forum 2015-2016



¹⁸ Si tratta di un dato incluso in una rilevazione periodica del World Economic Forum 2016-2017 che, ad un campione nazionale di esperti (scelto fra gli operatori economici del paese i quali non necessariamente hanno avuto esperienze dirette di procedimenti giudiziari e quindi non esprimono le loro opinioni nella veste di utenti del sistema giudiziario) chiede un giudizio sulla percezione di indipendenza delle corti; il testo della domanda è il seguente: "Nel suo Paese, quanto il sistema giudiziario è indipendente dall'influenza del governo, di individui o aziende?". Si veda <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1>. Questo indicatore è incluso nel rapporto 2017 EU Justice Scoreboard della Commissione Europea al fine di stimare l'indipendenza giudiziaria nei singoli paesi dell'Unione Europea.

¹⁹ I paesi europei sono stati suddivisi nelle quattro classi ordinate sopra elencate a seconda dei quartili della distribuzione dei punteggi.

La fiducia nei sistemi giudiziari europei appare associata all'indipendenza giudiziaria così come percepita dal panel di soggetti intervistati dal *World Economic Forum*: i paesi che presentano punteggi più bassi in termini di indipendenza percepita sono anche quelli che in genere presentano livelli di fiducia inferiori nel sistema giudiziario espressi dai cittadini intervistati da Eurobarometro. Vi sono alcuni paesi che presentano una struttura dei punteggi che si discosta dalla tendenza generale sopra menzionata. Romania, Francia e Portogallo ricevono punteggi abbastanza elevati in termini di indipendenza giudiziaria ma presentano punteggi inferiori alla media UE in termini di fiducia dei cittadini nelle Corti nazionali; la Grecia, pur ottenendo punteggi medio-bassi in termini di indipendenza, invece fa registrare un livello di fiducia di poco superiore alla media europea e comunque un po' più elevato rispetto a quello che ci si attenderebbe tenendo conto della tendenza generale.

In conclusione i dati illustrati in questa sezione sembrano delineare un quadro abbastanza chiaro. All'aumentare dell'efficacia dei sistemi giudiziari²⁰ tende ad aumentare la fiducia dei cittadini nel sistema stesso; questa associazione tuttavia non appare molto forte poiché vi sono diversi paesi che presentano un livello di fiducia alquanto diverso da quello che ci si attenderebbe in base all'efficacia di quel sistema²¹. Maggiore sembra invece essere l'associazione fra l'indipendenza dei giudici e delle Corti (così come percepito dalla cittadinanza e da panel di esperti) ed il livello di fiducia dei cittadini: all'aumentare dell'indipendenza dei giudici aumenta in genere anche il livello di fiducia.

L'analisi fin qui condotta ha riguardato la relazione fra due caratteristiche di rilievo del sistema giudiziario – efficacia delle Corti e indipendenza dei giudici – e fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario. La riflessione sulle determinanti della fiducia nelle istituzioni giudiziarie proseguirà nella Sezione 4 nella quale saranno illustrate le relazioni fra alcune proprietà degli individui intervistati da Eurobarometro e la fiducia degli stessi soggetti nel sistema giudiziario del loro paese.

²⁰ Qui rilevata attraverso la durata media dei procedimenti civili in primo grado così come rilevata dal rapporto 2017 EU Justice Scoreboard.

²¹ In questo lavoro non è stata utilizzata la tecnica statistica della correlazione in ragione del limitato numero di casi costituito dai 28 paesi aderenti all'Unione Europea.

4. *Fiducia nelle Corti e proprietà degli individui: caratteristiche socio grafiche e fiducia nelle altre istituzioni politiche*

La fiducia dei cittadini nella giustizia può essere influenzata da diverse caratteristiche individuali. Gibson²² richiama i risultati di diversi studi empirici ed osserva che le persone che mostrano una maggiore conoscenza della legge e del funzionamento del sistema giudiziario presentano maggiore propensione ad avere fiducia nelle Corti. Per questo motivo in questo saggio saranno illustrati i risultati di un'analisi della relazione fra alcune caratteristiche individuali dei soggetti intervistati da Eurobarometro e la fiducia da loro stessi espressa nei confronti del sistema giudiziario²³. Particolare attenzione sarà assegnata alle caratteristiche che possono essere considerate indicatori di conoscenza delle norme giuridiche e del funzionamento delle istituzioni giudiziarie; fra queste si debbono menzionare in primo luogo il livello di istruzione – i soggetti con livelli di scolarità più elevati possono avere ricevuto maggiori conoscenze giuridiche – e la classe sociale – gli intervistati che occupano posizioni di lavoro di maggiore responsabilità e di coordinamento possono avere maggiori possibilità di avere contatti con le Corti giudiziarie e conoscerne il funzionamento.

In questa sezione saranno anche esplorate le relazioni fra la fiducia dei soggetti verso il sistema giudiziario ed alcune proprietà individuali relative alla fiducia e alla soddisfazione verso le istituzioni pubbliche ed il funzionamento delle istituzioni politiche. La ragione di questa scelta è duplice. In primo luogo gli studi sul sostegno dei cittadini verso le istituzioni politico-rappresentative segnalano le connessioni fra i giudizi del pubblico sul funzionamento delle istituzioni democratiche e le variazioni nei livelli di fiducia di cui queste ultime godono; gli stessi studi mettono in evidenza l'associazione fra la fiducia verso una singola istituzione politica e la fiducia verso altre istituzioni dello stesso tipo²⁴.

La necessità di semplificare il disegno comparato di questa parte dello studio ha suggerito di limitare il numero dei paesi inclusi nell'analisi e di effettuare quindi una selezione dei sistemi giudiziari da includere nel disegno comparato. I criteri che hanno guidato questa scelta sono quelli relativi all'area geografica, storica e culturale di appartenenza – si è cercato di includere paesi delle diverse zone geografiche dell'Unione Europea – nonché del

²² GIBSON 2008, pp. 526-527, op. cit.

²³ Anche in questo caso sono stati analizzati i dati raccolti nella rilevazione Standard Eurobarometer EB 86 (si veda *supra* nota 6).

²⁴ DALTON, 2008, op. cit.

livello di fiducia nelle istituzioni giudiziarie evidenziato nelle sezioni precedenti di questo saggio – sono stati inclusi paesi con diversi livelli di fiducia.

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte sono quindi stati individuati sette paesi; in primo luogo sono stati inclusi un paese di area scandinava ed uno dell'Europa continentale i quali presentano un elevato livello di fiducia nel sistema giudiziario: la Finlandia e l'Olanda; è stato poi inserito nel disegno di ricerca un paese dell'Europa continentale che presenta un livello di fiducia al di sopra della media europea, la Germania. Compiono poi due paesi dell'Europa mediterranea con livelli di fiducia meno elevati: la Francia, che presenta un valore di poco al di sotto della media europea, e l'Italia, che invece mostra un livello di fiducia significativamente inferiore. Infine sono stati inclusi due paesi dell'Europa Centrale e Orientale con valori di fiducia inferiori alla media europea: la Polonia e l'Ungheria.

Fig. 5. Fiducia nel sistema giudiziario in Finlandia secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86

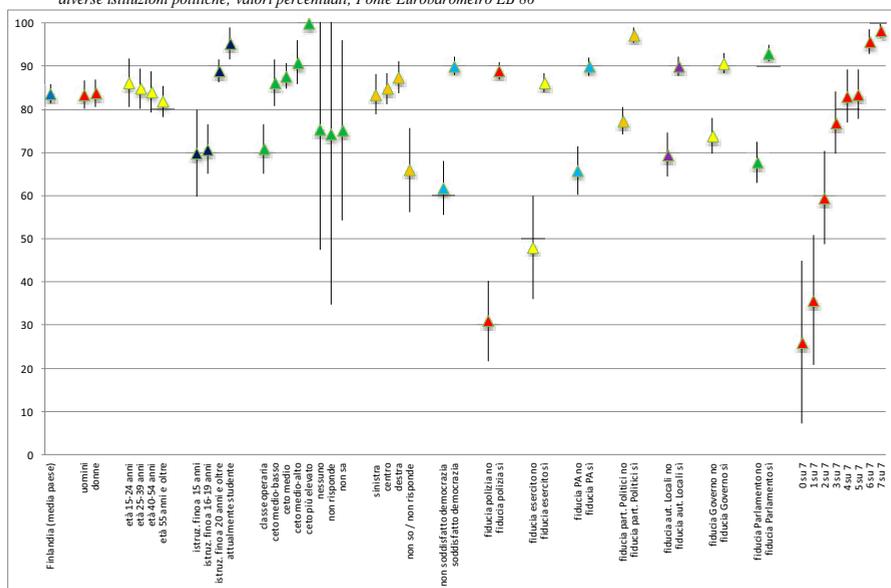


Fig. 6. Fiducia nel sistema giudiziario in Olanda secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86

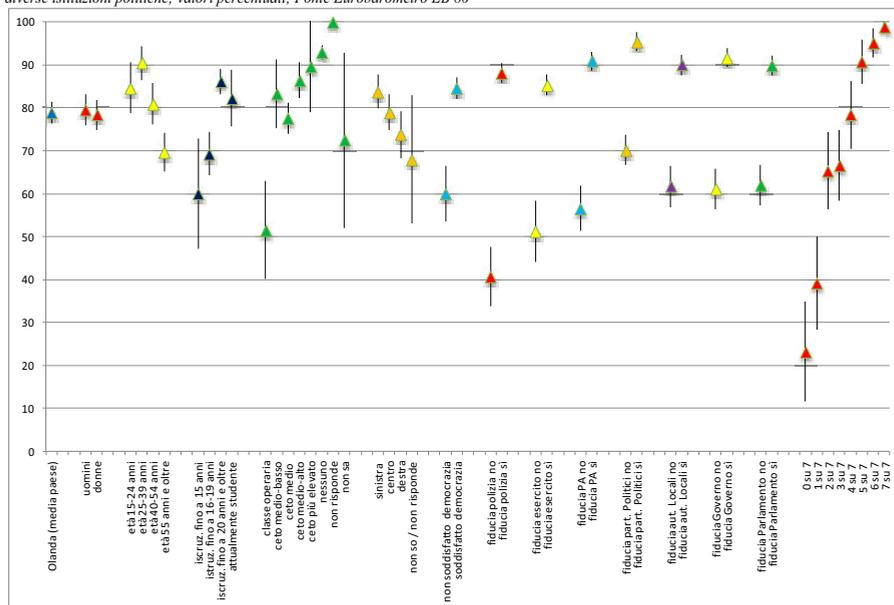


Fig. 7. Fiducia nel sistema giudiziario in Germania (ad esclusione dei land precedentemente parte della DDR) secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86

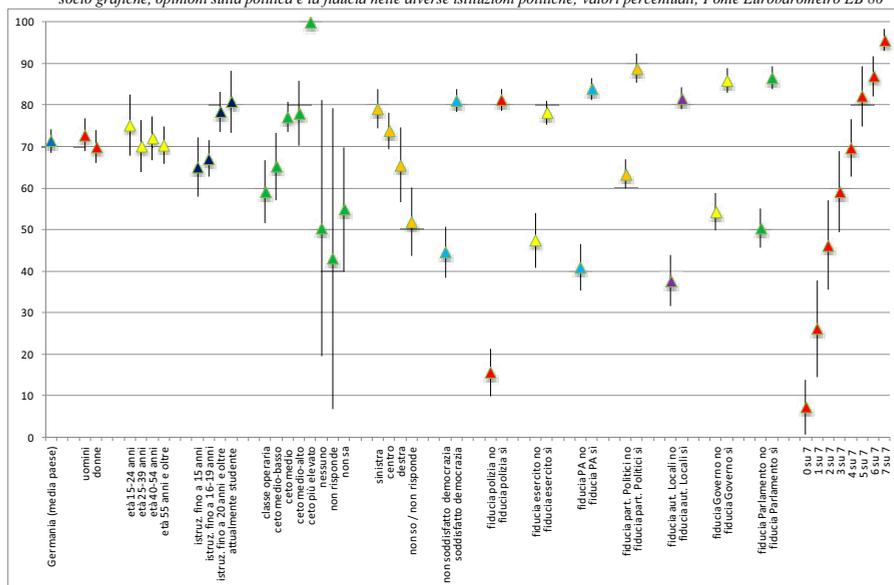


Fig. 8. Fiducia nel sistema giudiziario in Francia secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86

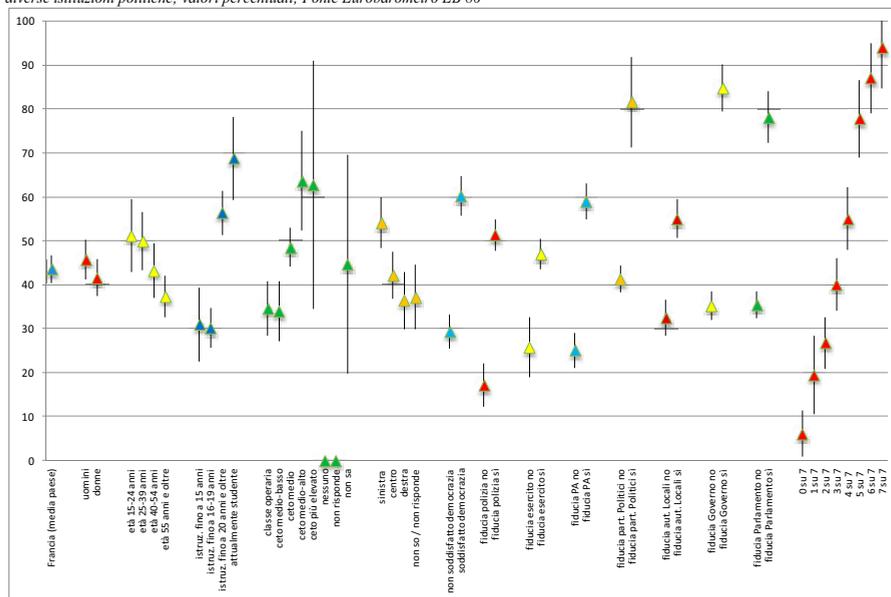


Fig. 9. Fiducia nel sistema giudiziario in Italia secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86

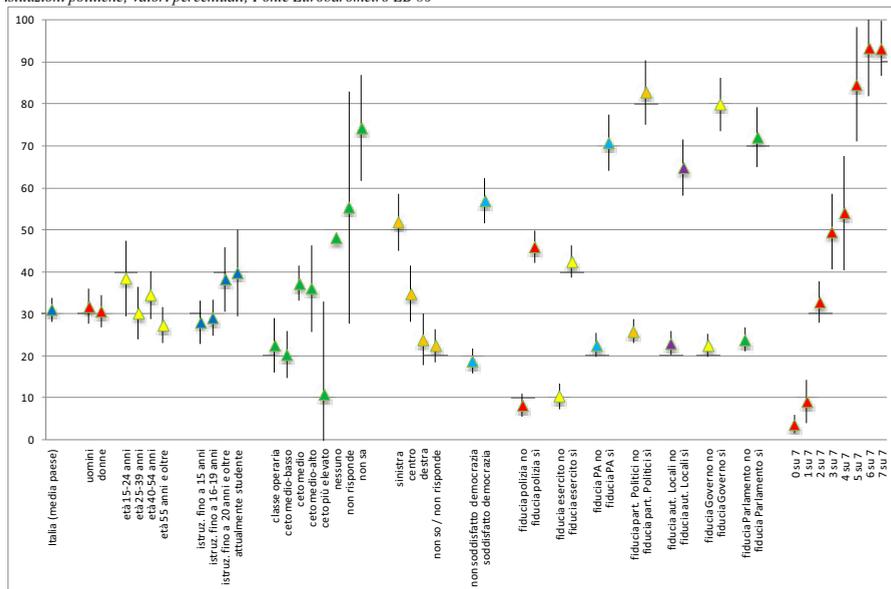


Fig. 10. Fiducia nel sistema giudiziario in Ungheria secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86

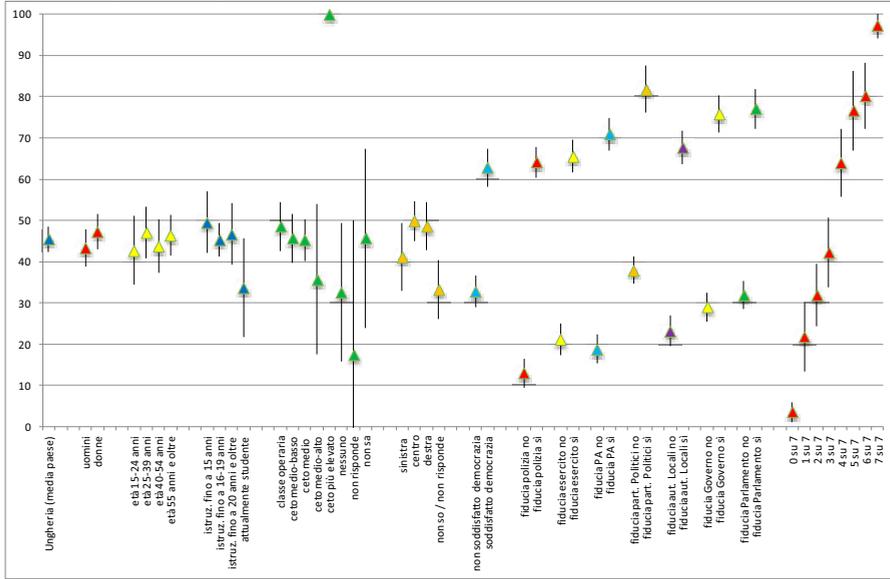
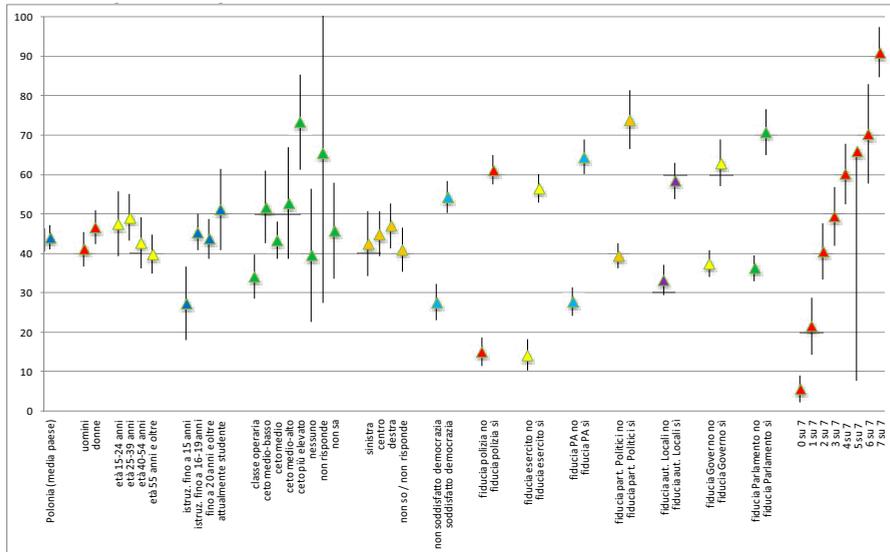


Fig. 11. Fiducia nel sistema giudiziario in Polonia secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86



La distribuzione dei dati relativi alla Finlandia (vedi Fig. 5) suggerisce che il genere e l'età degli intervistati residenti in quel paese non sembrano introdurre differenze di rilievo nel livello di fiducia verso il sistema giudiziario nazionale; infatti la media dei maschi non si discosta da quella delle femmine e vi sono limitatissime differenze fra i livelli di fiducia delle diverse classi di età.

Diversa invece l'influenza del livello di istruzione: coloro che hanno frequentato la scuola fino all'età di 19 anni presentano livelli di fiducia nel sistema giudiziario sensibilmente inferiori a quelli di coloro che hanno avuto un'istruzione di livello universitario o che erano studenti al momento della rilevazione: mentre fra i primi coloro che dichiarano di fidarsi della giustizia finlandese sono circa il 70% fra coloro che hanno frequentato l'università o stanno studiando questa percentuale si colloca intorno al 90%. Anche la classe sociale²⁵ sembra presentare una certa associazione con la propensione a fidarsi della giustizia in Finlandia: gli intervistati che si percepiscono appartenenti ai ceti medi o medio alti o a quelli più elevati tendono a presentare livelli di fiducia più elevati (intorno all'80%) rispetto a quelli che si collocano nella classe operaia. Sembra quindi che quanto riportato in letteratura trovi una conferma nei dati di questa ricerca: i soggetti che per livello di istruzione o per status socio-economico possono con maggiore probabilità aver maturato una conoscenza più approfondita del sistema giudiziario tendono a mostrare livelli di fiducia più elevati verso le Corti di giustizia.

I soggetti intervistati hanno risposto inoltre ad alcune domande che richiedevano loro opinioni sulla politica. In Finlandia gli orientamenti politici generali sulla dimensione sinistra-destra non sembrano influenzare i livelli di fiducia nella giustizia nazionale (vedi Fig. 5): coloro infatti che manifestano orientamenti di sinistra, di centro o di destra non presentano livelli di fiducia nelle istituzioni giudiziarie significativamente diversi²⁶.

Una proprietà che sembra invece fortemente associata con la fiducia nel sistema giudiziario è quella relativa al giudizio sul funzionamento del sistema democratico: i soggetti che forniscono una risposta positiva dichiarano di avere fiducia nella giustizia nazionale finlandese nella misura del 90% circa, mentre fra coloro che non si dichiarano soddisfatti del funzionamento della democrazia questa percentuale scende al 60% circa. Questa distribuzione

²⁵ Occorre ricordare che questa domanda chiedeva all'intervistato di collocare sé stesso e la propria famiglia in una specifica classe sociale; le risposte sono quindi da considerare frutto dell'auto-percezione degli intervistati.

²⁶ Fanno eccezione i soggetti che non si collocano sulla dimensione sinistra destra (perché non intendono o non sanno rispondere): questi soggetti invece si mostrano più diffidenti verso le corti nazionali.

appare coerente con le relazioni che emergono in Finlandia fra la fiducia nel sistema giudiziario e la fiducia in altre istituzioni pubbliche: in maniera sistematica gli intervistati che manifestano la loro fiducia per le istituzioni pubbliche – sia quelle legate al circuito della rappresentanza politica come i partiti politici, il parlamento, il governo e così via, sia quelle appartenenti alla pubblica amministrazione – presentano livelli di fiducia verso le Corti nazionali più elevati rispetto a coloro che invece non si fidano di quelle istituzioni che ricadono nel perimetro dello stato nazionale (vedi Fig. 5).

L'ultima distribuzione inclusa nella Figura 5 distingue gli intervistati in sette gruppi:

- a) *quello di coloro che non si fidano di nessuna delle sette istituzioni pubbliche incluse nell'analisi²⁷;*
- b) *quello di coloro che si fidano almeno di una delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- c) *quello di coloro che si fidano almeno di due delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- d) *quello di coloro che si fidano almeno di tre delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- e) *quello di coloro che si fidano almeno di quattro delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- f) *quello di coloro che si fidano almeno di cinque delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- g) *quello di coloro che si fidano almeno di sei delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- h) *quello di coloro che si fidano di tutte le sette istituzioni incluse nell'analisi.*

Si può osservare che all'aumentare del numero di istituzioni pubbliche delle quali gli intervistati dichiarano di fidarsi aumenta anche la quota di persone che dichiarano di fidarsi del sistema giudiziario: fra coloro che non si fidano di nessuna istituzione pubblica la percentuale di soggetti che tuttavia dichiara di nutrire fiducia nei tribunali finlandesi è inferiore al 30; fra coloro che si fidano di almeno due istituzioni pubbliche la stessa percentuale

²⁷ Le istituzioni pubbliche incluse nel questionario Eurobarometro (oltre a quelle giudiziarie) per le quali sono state analizzate le risposte degli intervistati sono: la polizia, l'esercito, la Pubblica amministrazione, i Partiti politici, le Autorità locali, il Governo, il Parlamento.

sale al 60; nel gruppo dei soggetti che mostrano la loro fiducia in quattro delle istituzioni riconducibili allo stato incluse nel questionario sono oltre l'80% quelli che si fidano *anche* del sistema giudiziario; infine gli intervistati che rispondono di avere fiducia in sei delle istituzioni menzionate presentano livelli di fiducia nelle Corti di giustizia ben superiori al 90%.

In definitiva i dati relativi alla Finlandia fino a qui sintetizzati suggeriscono alcune considerazioni molte delle quali, come si vedrà più avanti, saranno riscontrate nell'analisi degli altri paesi trattati in questo saggio:

- a) *il livello di scolarità e lo status sociale sembrano associati ad una maggiore fiducia nel sistema giudiziario;*
- b) *i soggetti meglio integrati nel sistema politico istituzionale – ad esempio perché giudicano positivamente il funzionamento della democrazia – sono in genere più propensi a mostrare fiducia verso le Corti di giustizia;*
- c) *la fiducia nelle istituzioni che ricadono nel perimetro dello Stato nazionale sembra favorire la fiducia nelle istituzioni giudiziarie, la quale aumenta considerevolmente fra i soggetti propensi a mostrare fiducia nelle istituzioni pubbliche in generale.*

Le distribuzioni delle risposte del campione di cittadini olandesi presentano molte analogie rispetto a quelle tratte dai dati del campione finlandese. Le caratteristiche socio-grafiche degli intervistati che sembrano influenzare la fiducia nel sistema giudiziario nazionale sono il livello di istruzione – anche qui i soggetti che hanno frequentato l'università o che stanno studiando al momento della rilevazione presentano livelli più alti di fiducia – e l'auto-collocazione di classe – coloro che si considerano appartenenti ai ceti medio-alti o alti tendono a fidarsi di più delle Corti; a differenza di quanto rilevato in Finlandia l'età sembra lievemente associata alla fiducia nei tribunali: coloro che hanno un'età fra i 25 e i 39 anni tendono a mostrare livelli di fiducia più elevati sia rispetto ai più giovani, sia rispetto ai soggetti con età superiori. Sono lievi ma apprezzabili le differenze di fiducia fra coloro che si collocano a sinistra, al centro o a destra dello spettro politico (questi ultimi tendono ad avere un livello di fiducia nella giustizia leggermente più basso). Infine si conferma la tendenza molto marcata che vede bassi livelli di fiducia nel sistema giudiziario da parte di coloro che non si dichiarano soddisfatti del funzionamento della democrazia; come in Finlandia anche in Olanda la fiducia verso le principali istituzioni pubbliche appare fortemente associata a quella verso le Corti nazionali e i cittadini che dichiarano di fidarsi di alcune di queste istituzioni presentano un livello di fiducia nel sistema giudiziario

più elevato (a fronte di una media nazionale intorno all'80% coloro che in Olanda mostrano fiducia in nessuna o una sola istituzione pubblica presentano livelli di fiducia nelle Corti nazionali inferiori al 30% mentre coloro che dichiarano di fidarsi di almeno quattro istituzioni politiche o quanto meno pubbliche dichiarano di fidarsi della giustizia olandese in misura non inferiore all'80%).

Fra i casi oggetto di comparazione in questo saggio vi è la Germania²⁸. In sostanza si confermano, per il campione dei cittadini tedeschi, i risultati delle analisi fin qui svolte. Non si registra influenza del genere e dell'età dei soggetti sulla propensione a fidarsi del sistema giudiziario; gli intervistati che hanno un titolo di studio più elevato, o che stavano studiando al momento della rilevazione, presentano livelli di fiducia nelle Corti di circa dieci punti percentuali più alti di quelli fatti registrare da coloro che hanno frequentato la scuola fino a 19 anni; anche nel caso tedesco i soggetti che si collocano fra le classi sociali più elevate tendono a fidarsi in misura maggiore dei tribunali tedeschi. La fiducia nel sistema giudiziario è più diffusa fra gli intervistati che si dichiarano di sinistra (circa il 79%) e diminuisce fra coloro che si collocano al centro (74% circa) o a destra dello spettro politico (66% circa). Noto è la differenza in termini di fiducia nella giustizia fra i soggetti che si dichiarano soddisfatti del funzionamento del sistema democratico (i fiduciosi sono circa l'81%) e coloro che invece non lo sono (solo il 45% circa di questi ultimi dichiara di fidarsi del sistema giudiziario tedesco). Infine la fiducia nelle Corti di giustizia è estremamente più elevata fra i cittadini che si fidano delle istituzioni pubbliche, quelle collegate alla rappresentanza politica e quelle della Pubblica Amministrazione (si veda la Fig. 7). Gli intervistati che dichiarano di non fidarsi di nessuna (o al massimo di una) delle sette istituzioni pubbliche qui prese in esame fanno registrare livelli di fiducia nelle Corti che non superano il 25% mentre coloro che invece affermano di fidarsi di almeno tre istituzioni sulle sette incluse nell'analisi si fidano nel sistema giudiziario in misura molto superiore (59%).

La Francia è un caso che fa registrare un livello di fiducia nel sistema giudiziario inferiore, anche se di poco, alla media dell'Unione Europea (44% contro una media generale poco al di sopra del 50%). Nonostante questa differenza, rispetto ai casi fin qui presi in esame, la struttura delle relazioni fra la fiducia nella giustizia nazionale e le variabili individuali incluse in questa analisi non varia di molto rispetto a quella riscontrata in Finlandia, Olanda e Germania (vedi Figura 8). Anche in Francia genere e età degli

²⁸ Occorre qui precisare che, in ragione della struttura del campionamento della rilevazione Eurobarometro, che considera a parte i land della Germania appartenenti alla DDR fino al 1990, sono stati analizzati solo i dati campione land occidentali.

intervistati non sembrano introdurre variazioni rilevanti nei livelli di fiducia nella giustizia (anche se gli intervistati con 40 anni e oltre presentano percentuali lievemente più basse); i soggetti con un'istruzione di tipo universitario, o che sono studenti al momento della rilevazione, hanno livelli di fiducia più alti di coloro che hanno concluso i loro studi a 19 anni o anche prima (almeno 15 punti percentuali separano i due gruppi). Anche la classe sociale in cui gli intervistati si auto-collocano sembra associata a forti differenze di fiducia: come nei paesi fin qui visti i soggetti che si posizionano nella classe operaia e nel ceto medio basso presentano una fiducia nei tribunali francesi molto più bassa rispetto a coloro che si considerano appartenenti ai ceti più elevati (la differenza sfiora i 30 punti percentuali). L'auto collocazione nello spazio politico introduce alcune differenze: la fiducia nella giustizia sembra essere superiore fra coloro che si considerano di sinistra per poi diminuire fra coloro che si collocano al centro e a destra²⁹. Anche il giudizio sul funzionamento della democrazia pare associato alla fiducia nella giustizia francese: fra gli intervistati insoddisfatti del funzionamento del sistema democratico solo il 30% circa ha fiducia nel sistema giudiziario mentre fra coloro che danno alla democrazia francese un giudizio positivo questa percentuale sale al 60%. Infine la fiducia nelle istituzioni pubbliche presenta una associazione con la fiducia nel sistema giudiziario molto simile a quella degli altri paesi qui analizzati: chi non ha fiducia nelle altre istituzioni pubbliche più di rado ha fiducia in quelle giudiziarie.

L'analisi delle relazioni fra la fiducia nel sistema giudiziario e le variabili individuali nel campione italiano presenta alcune analogie rispetto a quanto finora osservato in relazione ai campioni finora analizzati ma anche alcune interessanti specificità. Il livello di fiducia verso il sistema giudiziario italiano è del 31% circa (vedi Fig. 9). Similmente a quanto osservato negli altri paesi sono estremamente limitate le differenze di fiducia verso le Corti italiane associate al genere e all'età degli intervistati; anche in Italia i soggetti che presentano livelli di istruzione più elevati tendono più frequentemente a manifestare fiducia verso i tribunali nazionali; la differenza rispetto a coloro che hanno terminato prima gli studi è tuttavia più limitata (in Francia ad esempio il divario è superiore a 25 punti percentuali, mentre nel campione italiano si limita a 10). La classe sociale in cui si collocano gli intervistati appare associata a diversi livelli di fiducia verso la giustizia italiana e questi ultimi sono più elevati fra il ceto medio e medio alto rispetto che fra i ceti operai e quello medio basso; è interessante notare che nel gruppo che si col-

²⁹ I due valori pari a 0 relativi ai gruppi di coloro che rifiutano di collocarsi in una classe sociale e di coloro che non rispondono derivano dalla esigua numerosità di questi gruppi, costituiti da tre casi che dichiarano di non avere fiducia nel sistema giudiziario francese.

loca al livello sociale più elevato – purtroppo con una numerosità piuttosto esigua sul piano statistico – la fiducia nella giustizia è addirittura inferiore rispetto a quella della classe operaia. La collocazione sulla dimensione politica sinistra-destra introduce alcune differenze in termini di fiducia nel sistema giudiziario: coloro che si considerano di sinistra presentano un livello di fiducia più elevato, 52% circa, superiore di 20 punti percentuali rispetto alla media nazionale mentre i soggetti che si autocollocano al centro o a destra mostrano livelli più bassi di fiducia nelle Corti di giustizia (rispettivamente il 35% e il 24%); è da notare che il gruppo di coloro che rifiutano collocarsi sulla dimensione sinistra-destra (o non sanno collocarsi) in Italia è numeroso³⁰ e fa registrare un livello di fiducia non dissimile da quello calcolato nel gruppo degli intervistati che si definiscono di destra (22% contro il 24% sopra ricordato). Il giudizio sul funzionamento del sistema democratico è associato ad una differenza rilevante in termini di fiducia nella giustizia: sono quasi 40 i punti percentuali che separano la fiducia nelle Corti italiane del gruppo di coloro che si ritengono soddisfatti del funzionamento della democrazia italiana dalla fiducia rilevata fra coloro che non lo sono. Analogamente a quanto emerso nei paesi fin qui presi in considerazione la fiducia nelle altre istituzioni pubbliche è associata ad un livello più elevato di fiducia nelle istituzioni giudiziarie e questo vale anche se si calcolano i livelli di fiducia nella giustizia associati alla variabile relativa al numero di istituzioni pubbliche di cui gli intervistati dichiarano di fidarsi (la variabile riportata a destra nella Figura 9).

L'Ungheria è uno dei due casi dell'Europa Centrale (di relativamente recente ingresso nell'Unione Europea) incluso in questa analisi. Il livello di fiducia nel sistema giudiziario nazionale degli ungheresi è di qualche punto percentuale al di sotto della media dell'Unione. Fra le particolarità di questo caso occorre rilevare la relazione fra il livello di scolarità e la fiducia nel sistema giudiziario ungherese: non si rileva l'associazione fra un'istruzione universitaria ed un incremento nella fiducia verso le Corti; anzi, il gruppo degli intervistati che, al momento della rilevazione, stanno studiando, presenta un livello di fiducia più basso. Anche le classi sociali più elevate, al contrario di quanto avviene in genere nei paesi qui presi in esame, presentano percentuali più basse di soggetti che dichiarano la loro fiducia nelle Corti nazionali³¹. La struttura delle relazioni fra le altre variabili e la fiducia nel sistema giudiziario

³⁰ I soggetti che, in Italia non si collocano sul continuum sinistra – destra sono poco più del 40%; si può notare che l'intervallo di confidenza in questo gruppo è limitato al contrario di quanto riscontrato in diversi paesi fin qui menzionati.

³¹ Occorre tuttavia ricordare l'esiguità di questi gruppi di intervistati; il gruppo che include il ceto sociale più elevato è composto da un solo caso.

non si discosta in misura significativa da quella descritta in alcuni dei casi in precedenza analizzati: non si riscontrano differenze significative fra i gruppi di intervistati che, in termini politici, si dichiarano di sinistra, di centro o di destra; coloro che esprimono un giudizio negativo sul funzionamento del sistema democratico presentano livelli di fiducia inferiori a coloro che sono invece soddisfatti della democrazia in Ungheria e anche la relazione fra la fiducia nelle diverse istituzioni pubbliche e quella verso le Corti di giustizia nazionali non presenta una diversa forma rispetto a quella fin qui osservata negli altri paesi analizzati.

La Figura 11 riporta i risultati delle analisi sul campione polacco. La percentuale di cittadini che dichiara di avere fiducia nel sistema giudiziario della Polonia è pari al 44% circa. Sono limitatissime e non significative le differenze della distribuzione della fiducia nelle Corti di giustizia associate al genere e all'età degli intervistati. Il livello di scolarità dei soggetti sembra essere associato positivamente alla fiducia nella giustizia – più il primo è elevato più è elevata anche la seconda – ma a differenza degli altri paesi fin qui esaminati, dove in genere solo in presenza di studi di livello universitario si assiste ad un incremento del livello di fiducia, in Polonia coloro che hanno proseguito gli studi fino a 16 e a 19 anni presentano una percentuale di soggetti che si fidano della giustizia nazionale molto vicina a quella di coloro che hanno frequentato l'università; solo gli intervistati che hanno interrotto la scuola a 15 anni presentano livelli di fiducia più bassi di quasi 20 punti percentuali. La classe sociale – così come auto percepita dagli intervistati – sembra influenzare positivamente la fiducia nelle Corti nazionali salvo che per il ceto medio che mostra livelli di fiducia più limitati sia della classe sociale più bassa – il ceto medio basso – sia di quella più elevata – il ceto medio alto. Nel campione polacco l'orientamento politico – di sinistra, di centro o di destra – non sembra associato alla fiducia nel sistema giudiziario. Le relazioni fra la fiducia nel sistema giudiziario e le variabili relative al giudizio sul funzionamento della democrazia e alla fiducia nelle altre istituzioni pubbliche hanno una struttura analoga a quella rilevata negli altri paesi qui analizzati: coloro che giudicano positivamente il funzionamento del sistema democratico e dichiarano di avere fiducia nelle singole istituzioni pubbliche presentano livelli di fiducia nel sistema giudiziario nazionale superiori a quelli di coloro che invece sono insoddisfatti di come lavora la democrazia polacca o non hanno fiducia nelle altre istituzioni nazionali.

5. Conclusioni

Al termine di questa breve analisi sulla fiducia dei cittadini nei sistemi giudiziari dell'Europa si possono avanzare alcune osservazioni.

In primo luogo occorre ricordare che, nell'autunno del 2016, nei paesi dell'Unione Europea, il livello di fiducia verso il sistema giudiziario è stimato da Eurobarometro intorno al 50%. Questa media europea assume tuttavia valori diversi nei 28 paesi dell'Unione e nel corso del tempo. Se si tiene conto delle diverse rilevazioni effettuate da Eurobarometro in alcuni di questi paesi – principalmente, ma non solo, quelli dell'Europa del Nord – almeno due cittadini su tre affermano di avere fiducia nelle Corti nazionali; in altri il livello di fiducia è inferiore ma comunque al di sopra del 50%; nel complesso gli stati che si trovano in questa condizione sono una decina³². Gli altri paesi presentano livelli di fiducia inferiori al 50%; fra questi non sono pochi gli stati nei quali solo un terzo dei cittadini dichiara di avere fiducia nel sistema giudiziario nazionale (vedi Tab. 1).

In questo saggio è stata poi portata avanti una riflessione sulle proprietà che possono essere associate ai diversi livelli di fiducia. Le informazioni utilizzate per questa riflessione si dividono in due gruppi: quelle riferite all'intero sistema giudiziario e quelle attribuibili ai singoli individui. Fra le variabili riferite a livello globale vi è quella che riguarda la durata media dei procedimenti civili di primo grado³³ – considerata un indicatore di efficacia del sistema – e quelle relative all'indipendenza percepita delle Corti e dei magistrati – considerate indicatori della percezione di imparzialità della funzione giurisdizionale. I risultati delle analisi qui condotte suggeriscono che entrambe le dimensioni – quella dell'efficacia e quella dell'indipendenza – sembrano in qualche modo associate alla fiducia nel sistema giudiziario anche se le variabili relative all'indipendenza dei giudici e delle Corti qui utilizzate sembrano avere un legame più stretto con la fiducia della cittadinanza nei confronti del sistema giudiziario.

Infine è stata condotta un'analisi volta a studiare l'associazione fra una

³² Bisogna ricordare che le rilevazioni sulle quali si basano le considerazioni avanzate in questo saggio sono 23 per i paesi membri dell'UE prima del 2004 e 14 per quelli che sono entrati nell'Unione successivamente. I risultati di una rilevazione possono collocare un paese fra quelli che presentano valori di fiducia nel sistema giudiziario superiori alla media ma la rilevazione successiva può presentare risultati diversi che lo collocano nell'altro gruppo. In questo studio, la Tab. 1 include anche il valore medio delle rilevazioni al fine di fornire al lettore un valore di tendenza centrale, il baricentro di quelli rilevati per ciascun paese.

³³ Si veda la Sez. 3 di questo saggio.

serie di proprietà degli individui e la fiducia degli stessi soggetti intervistati nel sistema giudiziario nazionale. L'analisi ha consentito di mettere in luce alcune specificità nazionali ma ha altresì permesso di avanzare diverse considerazioni che riguardano in generale i paesi inclusi in questo disegno di analisi.

La Figura 12 contiene un quadro sinottico delle variabili che nei singoli paesi, a livello bivariato, hanno una relazione con la fiducia nella giustizia; quando all'aumentare dei valori di una variabile (ad esempio il livello di istruzione) aumenta anche la percentuale di soggetti che in un paese dichiara di avere fiducia nel sistema giudiziario nazionale – si vedano le Figure 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 11 dedicate ai singoli paesi qui oggetto di analisi – viene indicato il segno “+”; quando invece all'aumentare dei valori di una variabile (si veda ad esempio l'autocollocazione sul continuum sinistra-destra) diminuisce la percentuale di intervistati che mostrano fiducia nella giustizia del paese viene indicato il segno “-”³⁴.

³⁴ Occorre qui riportare due precisazioni. La variabile “genere” è stata riportata nel quadro sinottico della Fig. 12 indicando il solo genere maschile; in questo caso ove fosse riportato il segno “+” questo indicherebbe che i casi di genere maschile presentano un livello di fiducia nella giustizia superiore a quello dei casi di genere femminile; un segno “-” indicherebbe che i casi di genere maschile presentano un livello di fiducia inferiore di quelli di genere femminile. La variabile che riporta l'autocollocazione politica degli intervistati sul continuum sinistra-destra, *convenzionalmente*, presenta il valore più basso assegnato alla modalità “sinistra” ed il valore più alto assegnato alla modalità “destra”; ciò è dovuto al fatto che negli schemi di risposta dei questionari sottoposti agli intervistati il continuum sinistra-destra è riportato collocando l'etichetta “sinistra” a sinistra dello schema ed assegnando a questa posizione il valore più basso sulla variabile; la posizione che corrisponde alla “destra” viene riportata a destra e a questa posizione viene assegnato il valore più elevato; le posizioni intermedie ricevono valori via via più elevati passando da sinistra a destra. Quanto detto comporta che se un paese presenta percentuali di fiducia nel sistema giudiziario via via più bassi all'aumentare dei valori sulla variabile sinistra-destra (passando cioè da valori bassi associati alla sinistra a valori alti associati alla destra) la relazione ha segno negativo.

Fig. 12. Variabili che a livello bivariato presentano una relazione con la fiducia nel sistema giudiziario in alcuni paesi dell'Unione Europea

	Finlandia	Olanda	Germania	Francia	Italia	Ungheria	Polonia
Genere (maschile)							
Età		-					
Istruzione	+	+	+	+	+		+
Classe sociale	+	+	+	+	+	-	+
Autocollocazione politica sinistra-destra		-	-	-	-		
Soddisfazione nella democrazia	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nella Polizia	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nell'esercito	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nella P.A.	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nei Partiti politici	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nelle Autorità Locali	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nel Governo	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nel Parlamento	+	+	+	+	+	+	+
Numero di istituzioni pubbliche di cui un intervistato ha fiducia	+	+	+	+	+	+	+

In primo luogo due variabili che possono essere ricollegate alla conoscenza delle regole giuridiche e del sistema giudiziario – il livello di scolarità e la classe sociale – sono in effetti risultate positivamente associate alla fiducia nel sistema giudiziario (si veda Fig. 12): gli individui che presentano un livello di scolarità più elevato e si collocano nei gruppi sociali più elevati – i quali presumibilmente, per motivi di studio o professionali, hanno una maggiore conoscenza giuridica e del funzionamento della giustizia – mostrano una maggiore propensione a dichiarare la loro fiducia nelle Corti di giustizia. In secondo luogo i soggetti che si dichiarano soddisfatti del funzionamento del sistema democratico presentano valori di fiducia più elevati; ciò sembra suggerire che la migliore integrazione delle persone nella vita pubblica e nelle istituzioni di rappresentanza politica può contribuire a migliorare la fiducia nelle istituzioni giudiziarie. Infine i risultati dell'analisi

svolta in questo saggio suggeriscono che la fiducia in una singola istituzione politica appare collegata, per i cittadini, con quella nelle diverse istituzioni che convivono nello spazio politico e istituzionale. I cittadini che sperimentano un buon rapporto con le istituzioni pubbliche, e maturano un atteggiamento di fiducia verso queste ultime, tendono in misura maggiore ad esprimere un giudizio di fiducia nel sistema giudiziario del loro paese. In altre parole dall'analisi qui condotta sembra emergere un atteggiamento dei cittadini verso l'intero sistema istituzionale e non verso le sole istituzioni giudiziarie.

Abstract

This chapter explores citizens' trust in the national judiciary systems of European Union countries. Trust in courts of justice plays an important role in fostering judicial decisions' legitimacy promoting the efficiency of the judiciary as a whole, and ensuring democratic systems' stability. The data used in this chapter are drawn from Eurobarometer surveys which, since 1997, have recorded EU citizens' trust in a set of political and social institutions, including judicial ones; other information used relates to judicial system characteristics, such as judges' effectiveness and independence. Findings suggest that trust in judicial institutions is associated, on the one hand, with certain features of judicial systems (mainly judges' independence) and, on the other, respondent characteristics (such as level of education, assessment of democracy and, above all, trust in other political institutions).

Mia Caielli*

The Role of Civil Society in Human Rights and Constitutional Adjudication. Some Concerns about "Judicial Lobbying"

SOMMARIO: 1. Introduction: the judiciary as a political arena - 2. The different forms of involvement of civil society in human rights adjudication - 3. On the consequences of public participation in constitutional litigation: a paved way for judicial activism - 4. "In the name of the people": whose interests do judicial decision makers really serve?

1. Introduction: the judiciary as a political arena

Many factors have contributed to changing the nature of the functions performed by apex, constitutional and supranational courts in contemporary democracies. Their task has been growing and changing ever since the advent of social democracy: parliaments have undergone significant transformations following the crisis of the liberal state and, similarly, constitutional and human rights courts have been required to meet new expectations based on the demand for effective welfare rights. The functions of constitutional courts have evolved constantly in the recent past due to various factors, including the crisis of representative democracy, the problems of democratic consolidations in certain areas of the world, and above all, the diversity and pluralism of contemporary societies. The latest, in particular, demands – as Häberle pointed out on many occasions– the involvement of constitutional judges in the guarantee of the constitution as a social contract, since they participate in its development and updating through their functioning as courts of the society in general, more than as state courts¹.

The expansion of constitutional adjudication throughout the globe and courts willing to bear the burden of social and legal change, to fill

* Associate Professor of Comparative Public Law, at University of Turin, Faculty of Law

¹ P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale* (translation by F. POLITI AND S. ROSSI), Roma, 2005, pp. 159-160.

unconstitutional vacuums and possibly use their power to guide traditional decision makers are accompanied by a constantly increasing presence of a wide range of civil society organizations in the different phases of litigation. In the never-ending controversy over the legitimacy of so-called “strong” judicial review, a new element must be taken into consideration: the judiciary has become a locus for the exercise of democracy. This has to do with the very simple and irrefutable fact that constitutional judges and supranational courts such as the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and its Latin American counterpart, namely the Inter-American Court of Human Rights, are political decision makers. Dahl’s contribution to the understanding of the role of the Supreme Court of the United States during the past century is far from updated: his idea of a judicial body that «cannot act strictly as a legal institution», since it has to «choose among controversial alternatives of public policy by appealing to at least some criteria of acceptability on questions of fact and value that cannot be found in or deduced from precedent, statute, and Constitution»², is of paramount importance to determining and appraising the nature of the functions performed by contemporary constitutional and international judges. Since it has become clear that constitutional and supranational judges are important centres of policy making, civil and human rights organizations, labor unions, environmental NGOs and other kinds of public interest groups began to interface with courts more than seeking to influence the work of parliaments. After all, «when the notorious bank robber Willie Sutton was asked why he robbed banks he reportedly replied “because that is where they keep the money”»³.

The relationship between law and social movements is stricter than ever: litigation and reliance on the courts for advancing their right-based goals has undoubtedly proven effective. This can be seen as both the cause and the effect of the increased popular confidence in the judiciary, since the involvement of civil society in the delivery of justice is the result of the political power of courts and an instrument judges use in order to gain legitimacy. The danger of an excessive judicial insulation breeding “ivory tower attitude” feared by

² R.A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Journal of Public Law*, 1957, vol. 6, pp. 279 ss., at 281. Attention to the political role of constitutional courts has also been paid by Italian legal scholarship very recently: see A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni giudiziarie dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, 8 marzo 2017.

³ R. PACELLE, *The Supreme Court in a Separation of Powers System: The Nation’s Balance Wheel*, New York, 2015, at 172.

Cardozo in the early 20th century⁴ has been largely averted: the judiciary is all but apart from the mainstream of society. The basis of apex and constitutional courts' legitimacy does not seem to be solely legal expertise anymore: public support has clearly emerged as a new source of legitimation, thus breaking the monopoly elected assemblies had on claiming to hold public mandate⁵.

2. *The different forms of involvement of civil society in human rights adjudication*

Individuals and organized forms of civil society can play their role at different stages of judicial proceedings, each with its peculiar characters and impact on final judicial outcomes. Well aware of the fact that preliminary to such analysis is the meaning we attach to civil society and also that an exhaustive review of the immense literature exploring the notion would go beyond the scope of this paper, it would be sufficient here to clarify that the expression is here intended as opposed to political society and also distinguished from the economic sphere. Therefore, one of the most appropriate definitions is the one given by the World Bank: «The wide array of non-governmental and not-for-profit organizations that have a presence in public life, expressing the interests and values of their members or others, based on ethical, cultural, political, scientific, religious or philanthropic considerations. Civil society organizations therefore refer to a wide array of organizations: community groups, NGOs, labour unions, indigenous groups, charitable organizations, faith-based organizations, professional associations, and foundations»⁶.

The first and more direct way all these groups have to “speak law to power”⁷ is lodging a complaint in the public interest in all legal systems providing individual access to constitutional justice through *actio popularis*.

⁴ B.N. CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, 1921, at 129.

⁵ See O. BASSOK, *The Supreme Court's New Source of Legitimacy*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2013, pp. 153 ss., reflecting on the rise of the so-called “public opinion culture”, where «opinion polls have served in the public discourse as an authoritative democratic legitimator» (p.158).

⁶ World Bank, 2010, at www.worldbank.org.

⁷ This expression has been used for the first time by R. ABEL, *Speaking Law to Power. Occasions for Cause Lawyering*, in A. SARAT, S. SCHEINGOLD (eds), *Cause lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, 1998, pp. 69 ss., explaining the use of legal mechanisms and processes to change dominant power relations.

This is the case of many Latin American countries and a few Central and Eastern European democracies, but also of some Asian jurisdictions where individual direct access to supreme courts for the protection of fundamental rights is granted in the public interest⁸. Besides, different kinds of associations have a legal standing in a variety of civil rights claims at the domestic and supranational level. For example, the European so-called “equality directives” allow a variety of civil society organizations to challenge discriminatory conduct either on behalf or in support of the complainant in collective discrimination cases, as well as in cases where no individual victims can be identified⁹.

Secondly, following the “public interest law movement” of the 1950s and 1960s in the United States, more and more organized forms of civil society around the world engage in strategic litigation, taking on legal cases as part of a strategy to achieve broader systemic change¹⁰.

Moreover, non-profit organizations tend to concentrate their advocacy work before the judiciary filing briefs as *amici curiae*. The global rise of third-party interventions - even in civil law countries¹¹ - can be attributed to the influence of international jurisdictions such as the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, and has been transforming an ancient legal instrument into a way of performing an activity that «raise[s] the attention of public opinion, playing an important role in a democratic court system»¹² and an activity that is far from neutral,

⁸ Among these countries, India, Pakistan and Bangladesh (M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, 2015, pp. 36-60).

⁹ Article 7(2) of Directive 2000/43 and Article 9(2) of Directive 2000/78 provide that «Member States shall ensure that associations, organisations or other legal entities which have, in accordance with the criteria laid down by their national law, a legitimate interest in ensuring that the provisions of [these Directives] are complied with, may engage, either on behalf or in support of the complainant, with his or her approval, in any judicial and/or administrative procedure provided for the enforcement of obligations under [these Directives]». A similar provision is contained in art.17 of Recast Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.

¹⁰ The reasons behind the success of public interest law, particularly in post-authoritarian countries, are explored by S. L. CUMMING, L. G. TRUBEK, *Globalizing Public Interest Law*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 13, 2008, pp. 1 ss.

¹¹ S. KOICHEVAR, *Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions*, in *Yale Law Journal*, vol. 122, 2013, pp.1653 ss.

¹² L. VAN DEN EYNDE, *An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs Before the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, 2013, pp. 271 ss, at 275.

but rather takes on the traits of lobbying¹³. Judges seek advice in much the same way as members of parliament use information provided by interest groups and experts during committee hearings to determine policy options.

With regard to European courts, there is a crucial difference between the roles third parties can play before the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union: while third-party intervention before the European Court of Human Rights is explicitly admitted by Article 36(2) of the European Convention of Human Rights, allowing any State or person concerned not party to the proceeding to submit written comments or take part in hearings, the Court of Justice of the European Union's current procedures do not allow for the submission of amicus briefs, since the possibility to submit written observations on pending cases is only granted to EU member states and the European Commission. Yet, NGOs, research centers, academics, human rights associations and so on, are likely to begin to perform their advocacy activity also before the judiciary of the European Union. The desire to "talk to" Luxembourg judges has recently determined a not for profit European citizen's initiative to set up an online platform inviting everyone to «share with the Court [their] knowledge, perspective or interests in a particular case, in the form of an *amicus curiae* brief», following the premise that «a sound adjudication of such complex and/or high impact cases requires the Court to consider all available knowledge and perspectives, the balancing of all interests at stake and a well informed assessment of the implications of its decision for third parties and society at large»¹⁴.

Furthermore, the increasingly widespread practice of public oral hearings has been transforming some supreme and constitutional courts into places for political participation where people feel that their voice is heard. The Latin American case is emblematic. Significant experiences of public oral hearings as a tool for fostering popular participation have been characterizing the Colombian and Argentinian judicial review of legislation for a while¹⁵. Interestingly enough, the Brazilian legislator, through Laws 9868 and 9882 of 1999, has extended to the judiciary the possibility granted to the Chamber of Deputies and the Federal Senate to hold public hearings

¹³ S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, vol. 72, 1963, p. 694.

¹⁴ The online platform is available at <https://www.amicus-ecj.eu>.

¹⁵ R. GARGARELLA, *El papel del Poder Judicial dentro del nuevo "constitucionalismo dialógico"*, in F. GONZÁLES (ed.), *Governança e democracia representativa*, São Paulo, 2017, pp. 101 ss., p. 107-110.

with civil society entities¹⁶. Right after the first two notorious public hearings on biosafety and embryonic stem-cells research had been held, the rules for summoning and holding public hearings have been broadened with the effect of *de facto* admitting the possibility of adopting a public hearing in any sort of claim or appeal¹⁷. In fact, it's now stated that it's upon the rapporteur to listen publicly to depositions by people who have experience with and authority on the matter, «whenever he/she understands the clarification of matters or factual circumstances are needed, in cases with general repercussion and that are of relevant public interest»¹⁸.

The importance of the role played by oral hearings is becoming evident even at the Court of Justice of the European Union. Its (recast) *Rules of Procedure* under taken in 2012 and the *Practice Directions to Parties* adopted in 2013 allow a hearing to be arranged «whenever it is likely to contribute to a better understanding of the case and the issues raised by it»¹⁹, but only upon a reasoned request from the parties and other interested persons and if the Court agrees to hold it, since it may consider, «on reading the written pleadings or observations lodged during the written part of the procedure, that it has sufficient information to give a ruling»²⁰. Yet, according to former Justice Allan Rosas, oral hearings can be considered as «a point of contact between not only the Court and the parties and interested persons but also the public at large»²¹, since «they draw spectators like academics, students, journalists, NGO representatives and other interested *milieus*»²².

3. *On the consequences of public participation in judicial processes: a paved way for judicial activism*

The involvement of civil society in human rights and constitutional

¹⁶ Art. 58 of the 1988 Constitution.

¹⁷ M.C. HENNIG LEAL, *Public Hearings in the Ambit of the Brazilian Federal Supreme Court: A New Form of Participation in Public Affairs*, Paper presented at the IX World Congress of Constitutional Law, Oslo, 2014, available at <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf>.

¹⁸ *Amendment of Procedural Rule no. 29 of 2009*.

¹⁹ *Practice Directions to Parties*, para. 45.

²⁰ *Rules of Procedures*, Art. 76, para. 2.

²¹ A. ROSAS, *Oral Hearings Before the European Court of Justice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, 2014, pp. 596 ss., at 609.

²² *Ibidem*, note 45.

adjudication produces interesting effects at various levels.

In the first place, one consequence of the process of democratization of constitutional judicial review has to do with the enforcement of judicial decisions.

It's worth recalling Hamilton's description of the judiciary in the *Federalist* no. 78, where he explained how the power of the Supreme Court, with no control of the purse or the sword, «must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments»²³. This does not seem to correspond to the truth anymore, since the admission of a wide range of third party interventions or oral hearings has proved to be a good resource to address potential non compliance. In other words, courts might strategically use resources like public oral hearings to increase the chances of gaining compliance. To mention just one example, a recent empirical study showed how the German Constitutional Court seeks to attract popular attention through public oral hearings when holding government officials accountable for breaches of their constitutional obligations in order to maximize the chance such rulings will be accompanied by electoral pressures on the government to comply²⁴. Implementation of constitutional courts' decisions is an issue also with regard to the classical function of constitutional justice: it is well known that the exercise of judicial review of legislation can provoke legislative reactions in the sense that parliaments may find the way not to adequately implement constitutional courts' rulings and always have the power to override a decision through constitutional amendments. But it is known that when courts enjoy a high degree of popular support, the risk of legislative decisions not to comply with judicial rulings lowers significantly, since they may result in a negative public backlash²⁵.

Secondly, this sort of cooperation between the people and courts ends up having significant consequences on the separation of powers, since it often leads to judicial activism and therefore to encroachment on legislative and executive functions. Constitutional and, more generally, human rights judges, are no longer conceived as kelsenian "negative legislators", since they tend to act as assistants of traditional political bodies and are

²³ A. HAMILTON, *Federalist no. 78*, in J.E. Cooke (ed.), *The Federalist*, Middletown, CT, 1961, at 523.

²⁴ J. N. KREHBIEL, *The Politics of Judicial Procedures: The Role of Public Oral Hearings in the German Constitutional Court*, in *American Journal of Political Science*, 2016, vol. 60, pp. 990 ss.

²⁵ G. VANBERG, *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, in *American Journal of Political Science*, vol. 45, 2001, p. 346 ss., at 347.

elevated to the rank of prestigious key dialogue partners of parliaments and governments, with the often uncontroversial power to issue orders containing provisional rules to be applied pending the enactment of legislation aimed at filling normative gaps²⁶. Therefore, it's not surprising that constitutional courts all around the world are increasingly perceived as "third chambers" or «Überparlament»²⁷: what is particularly interesting and worthy of mention is how such an interference does not generally bring about any strong reactions from elected legislative assemblies. Parliamentary support for judicial authority and for a high level of judicialized politics is a widespread phenomenon in contemporary democracies susceptible of multiple explanations.

It has been suggested how «at the very least, the judicialization of fundamental political questions offers a convenient refuge for politicians seeking to avoid making difficult no-win moral and political decisions»²⁸. This is certainly a theory which is hard not to agree with. But Hirschl's critical reflection suggests another, disturbing, reason behind the delegation of power to courts: the transfer of policy-making power from legislatures and executives to judges can be considered as «a conscious strategy undertaken by threatened political elites seeking to preserve or enhance their hegemony by insulating policy-making from popular political pressures, and supported by economic and judicial elites with compatible interests»²⁹.

Among the different questions inspired by such thought-provoking idea, which follows the line of thinking of other well known scholars arguing that judicial review may legitimize majoritarian policies³⁰, the present

²⁶ On constitutional courts' interference with parliaments regarding legislative omissions, see the detailed analysis by A.R. BREWER-CARÍAS, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge, 2011, pp. 125-171.

²⁷ A. SPADARO, *Di una Corte che non si limita ad "annullare" le leggi, ma "corregge" il legislatore e, dunque, scrive – o "riscrive" per intero – le leggi (il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (eds.), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, pp. 337 ss., at 357, suggesting how the legislative role of the Italian Constitutional Court can be considered as a phenomenon which is not pathological, but can rather be understood as a natural evolution of the constitutional state (pp. 357-361).

²⁸ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, MA – London, 2004, at 213.

²⁹ *Ibidem*, at 99.

³⁰ Half a century ago Dahl suggested that «the policy views dominant to the Court are never for long out of line with the policy views dominant among the law making majorities of the United States» (R.A. DAHL, *supra* note 2, at 285). See, more recently, M.E.K. HALL, J.D. URA, *Judicial majoritarianism*, in *Journal of Politics*, vol. 77, 2015,

article intends to address the issue of the possible contribution civil society can bring to a truly counter-majoritarian functioning of judicial review, entailing the protection of political minorities not merely as the result of an occasional convergence between majority and minority interests.

The present considerations on the process of democratization of judicial review are built upon a basic assumption: the core of constitutional justice, to say it in Sunstein's words, is to «aggressively review any effort to stifle political dissent»³¹, agreeing that courts should play «an especially large role when rights central to democratic government are at stake, or when groups not able to protect themselves through ordinary politics are at risk»³². Given the above, popular participation in constitutional and human rights litigation can really play a prominent role to «ensure that judicial review reliably promotes a core democratic value - freedom from government domination – without seriously threatening other democratic values»³³.

As mentioned before, supreme and constitutional court judges around the world, with few exceptions, enjoy popular trust also because they are increasingly perceived as a forum – sometimes the only forum – of public debate.

There is another factor possibly explaining the acceptance of an intrusive judicial review, namely the emerging representative function of the courts. It is apparent that contemporary supreme and constitutional courts are trying to increase their representativeness: written or customary rules concerning their composition often seek to reflect the society they serve and judicial appointments pay a great deal of attention to public opinion. The practice of confirmation hearings for Supreme Court justices offers just one paradigmatic example: recent scholarship has insisted on how greater public support strongly increases the probability that a senator will vote to approve a nominee since «presidents often “go public” in support of their nominees in the hope of shifting public opinion»³⁴ and electoral incentives do the rest, with the effect of *de facto* tying the Court

pp. 818 ss.

³¹ C.R. SUNSTEIN, *Introduction - The Legitimacy of Constitutional Courts: Notes on Theory and Practice Feature: Questioning Constitutional Justice: Introduction*, in *East European Constitutional Review*, 1997, pp. 61 ss., at 63.

³² *Ibidem*.

³³ M.E.K. HALL, *Judicial Review as a Limit on Government Domination: Reframing, Resolving, and Replacing the (Counter)Majoritarian Difficulty*, in *Perspectives on Politics*, vol. 14, 2016, pp. 391 ss., at 391.

³⁴ J. P. KASTELLEC, J. R. LAX, J. PHILLIPS, *Public Opinion and Senate Confirmation of Supreme Court Nominees*, in *Journal of Politics*, 2010, vol. 72, no. 3, pp. 767 ss., at 772.

back to the public.

Moreover, public confidence in the courts has been increased as a consequence of the changing of the structure and style of judicial decisions since they seek to reflect their real audience, namely the citizens, while in some Latin American countries the phenomenon of judges explaining their decisions personally, speaking out to the people and even «adopting public relations strategies to make it harder for politicians to ignore or retaliate against their decisions»³⁵, has recently become quite significant³⁶. Some Supreme Courts' plenary deliberations are broadcast as well. An interesting example comes from Brazil, where the Federal Supreme Court has a channel on YouTube, a Twitter profile and a radio station is partially dedicated to this agenda³⁷: its hearings (and the above mentioned public oral hearings) have been shown on TV and social media for over a decade, providing an excellent platform for the court and for every judge to reach a broad audience, thus providing «the entire population with general, unrestricted, and immediate knowledge on the debates held there»³⁸.

It's now known that highest courts have become more representative of aspirations and social demands than traditional political institutions: consequently, it has been argued how, in many contemporary democracies, the representative function of constitutional jurisdiction has become more visible and can be considered «the most important institutional transformation of the last decade»³⁹. Therefore, popular participation in judicial decision-making plays multiple roles. On the one hand, it serves the courts' «search of legitimacy»⁴⁰. On the other hand, it seems to ease the tension between judicial review and the democratic process as suggested by Alexy's idea of constitutional review as «argumentative representation» of the people, insisting on the necessity of incorporating constitutional jurisdiction in the democratic process in the sense that constitutional

³⁵ D. W. Arguelles, *Judges Speaking for the People: Judicial Populism Beyond Judicial Decisions*, in *I-CONNECT/Verfassungsblog*, 4 May 2017 (<http://www.iconnectblog.com>).

³⁶ With regard to Mexican jurisdiction, see the detailed analysis of J.K. Staton, *Judicial power and strategic communication in Mexico*, Cambridge, 2010.

³⁷ J.A. DA SILVA, *Deciding without Deliberating?*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, pp. 557 ss.

³⁸ M.C. HENNIG LEAL, *supra* note 17, at 10.

³⁹ R.L. BARROSO, *Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts*, in T. Bustamante, B. Gonçalves Fernandes (eds.), *Democratizing Constitutional Law*, Switzerland, 2016, pp. 71 ss., at 75.

⁴⁰ From the title of the second chapter (*Constitutional Courts in Search of Legitimacy*) of the volume by W. SADURSKI, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Post communist States of Central and Eastern Europe*, The Netherlands, 2014, pp. 45 ss.

courts should be designed as centers of reflection of the political process and found their pretensions so that citizens (or, in his wording, the “constitutional persons”) can rationally approve their reasoning⁴¹.

4. *“In the name of the people”: whose interests do judicial decision makers really serve?*

The involvement of civil society in constitutional adjudication raises at least two inextricably intertwined concerns.

In the first place, it is crucial to ask ourselves how do courts use civil society in order not to dismiss the risk of what we might call “judicial populism”: the courts claim to speak for the people and present themselves as channelling popular sentiment and speaking for the true interests of the people. India, beginning in the Nineties⁴², and Brazil in the very recent past, are emblematic examples of countries where the only public institutions with a consistently high approval rate are federal supreme courts. But the phenomenon is widespread and common to many consolidated democracies sharing the political representation crisis contributing to make the judiciary the best interpreter of the majority sentiment in certain contexts. But a major problem arises with regard to the individuation of the true “majority sentiment”. We must face the same old dilemma concerning participatory democracy and the real role of direct citizen participation in government decision-making. Therefore, it is possible to imagine two different hypotheses about the real relationship between judges and civil society or, in other words, the “common people’s” qualitative contribution to the court’s reasoning.

Under the first hypothesis, judges defend their authority from political attacks using the persuasive argument of popular will, especially when a case raises sensitive and controversial issues related to morality or ethics. It will be sufficient here to mention how judicial recognition of same-sex marriage, passive euthanasia and abortion, to name a few issues, in different domestic and transnational courts, is the result of either popular actions or strategic

⁴¹ R. ALEXI, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, pp. 579 ss.

⁴² The legal literature on the representative role of the Indian Supreme Court is conspicuous: see R. DHAVAN, *Judges and Indian Democracy: The Lesser Evil?* in F.R. FRANKEL (ed.), *Transforming India: Social and Political Dynamics of Democracy*, New Delhi, 2000, pp. 314 ss.

litigation anticipated and followed by brilliant social media campaigns, the participation of many powerful NGOs as *amici curiae*, and, in a few cases, well attended public oral hearings.

However, sometimes, the contribution of civil society seems to be merely functional to the legitimacy of certain decisions without any evidence of real and effective participation. With regard to public hearings as an emerging tool to foster people's participation in constitutional litigation, attention should be drawn to the recent Brazilian experience that shows how often public dialogues between judges and civil society end up being a mere rhetorical strategy lacking any real impact on the outcome of the controversy before the Supreme Federal Court⁴³.

On the other side, even when courts effectively borrow from third party interventions and – with regard to all different forms of public interest litigation where civil society organizations exercise their law-based advocacy activity- do not “cherry pick” the cases they wish to rule on when granting certiorari or declaring the admissibility of an individual constitutional complaint, some attention should be paid to the real nature and ambitions of associations, groups, foundations engaging in litigation both as parties to the proceedings and as friends of the court. To put it otherwise, considerations on lobbying and legislative activity⁴⁴ – conceived as a way to increase the representativeness of certain institutions⁴⁵ - apply to public interest litigators, amici curiae and third-party oral interveners as well. North-American studies at the end of the last century⁴⁶, as well as more recent studies concerning the *amicus curiae* practice before the European Court of Human Rights⁴⁷, suggest that this is the case for what we might call “judicial lobbying”, since the *amicus curiae's* role is far from delivering independent information and advice. *Amici curiae* are more friends of one of the parties, sometimes simply reinforcing their briefs rather than contributing new arguments, than friends of the Court. Furthermore, it is not uncommon for lawyers of the parties to build coalitions with *amici curiae* for the very simple reason that repeated information is useful and it shows

⁴³ M.C. HENNIG LEAL, *supra* note 17, pp. 8-12.

⁴⁴ On the topic, see the recent work by R. DE CARIA, «Le mani sulla legge»: *il lobbying tra free speech e democrazia*, Torino, 2017.

⁴⁵ With regard to the institutions of the European Union, see the study by S. SASSI, *I rappresentanti di interessi nel contesto europeo. Ruolo e sinergie con le istituzioni*, Milano, 2012, pp. 93 ss.

⁴⁶ G.A. CALDEIRA, J.R. WRIGHT, *Lobbying for Justice: Organized Interests Supreme Court Nominations, and United States Senate*, in *American Journal of Political Science*, vol. 42, 1998, pp. 499 ss.

⁴⁷ L. VAN DEN EYNDE, *supra*, note 12, at 288-293.

consistency across actors and strong support with an obvious impact on how justices view the credibility of arguments. With regard to the Supreme Court of the United States, it has been repeatedly noticed that its decisions often represent the struggle of interest groups to put their policy views into law⁴⁸. Recent European and North American data tell us that there is room for non-parties to provide information that can really influence judicial choices⁴⁹. Therefore, it seems urgent to ask ourselves a few questions such as: who are really the individuals and associations intervening in judicial proceedings in the public interest? To put it in other words: how transparent are NGOs and other associations with regard to their funding and finalities?

The traditional literature on judicial independence tends to discuss how judges are to be kept away from politics and from the other branches of government but less attention has been paid to the necessary insulation from undue influence from private interests.

Some criticism over the judicial activity of certain organizations seems well founded and has much to do with the huge resources and experience of some of them that might cause them to outmatch the litigants or with the fact that they are usually based in the developed and industrial world and therefore able to influence the law of non-Western countries without taking into account their traditions, culture, and peculiarities⁵⁰. The promotion of international public interest law brought up many questions about national autonomy and identity: lawyers and activists often consider it as a sort of human rights imperialism and «view it as an unwanted American export, a tool of social control that dissipates political conflict through legalization or displaces more emancipatory forms of legal resistance»⁵¹.

Are there any tools available to avoid the degeneration of this peculiar form of participatory democracy?

Among the possible solutions, we might imagine the adoption of clear

⁴⁸ L. EPSTEIN, *Interest Group Litigation During the Rehnquist Era*, in *Journal of Law and Politics*, vol. 9, 1993, pp. 639 ss.

⁴⁹ The North-American literature on how organized interests influence Supreme Court's decision making has become highly conspicuous in recent times: since the publication of the land mark study by P.M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, 2008, significant research has been conducted in the field of interest group litigation: see, most recently, P.M. COLLINS, P.C. CORLEY, J. HAMNER, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on U.S. Supreme Court Opinion Content*, in *Law & Society Review*, 2015, vol. 49, p. 917 ss.; L. Manzi, M.E.K. HALL, *Friends You Can Trust: a Signaling Theory of Interest Group Litigation before the US Supreme Court*, in *Law & Society Review*, vol. 51, 2017.

⁵⁰ S. KOICHEVAR, *supra* note 13.

⁵¹ S. L. CUMMING, L. G. TRUBEK, *supra* note 10, at 4.

procedural rules before the courts for both public oral hearings and the admission of third party interventions, as well as *a priori* control over associations before recognizing their legal standing to bring cases in the public interest.

Recent rules adopted in certain Latin American jurisdictions offer some interesting examples. Be it sufficient here to cite the Argentinian Supreme Court's recently amended procedural rules. The *Acordada* no. 7/2013 stress the importance and prominent role of *amici curiae*, explaining that they «help increase the public constitutional debate and the legitimacy of judicial decisions»: but they must prove their expertise on the issue or declare whether they received financial or other material support from any of the parties, if the out come of the case might grant them an economic benefit and if they have any relationship with the parties to the dispute⁵². To put it in other words, it seems urgent to accelerate the adoption of initiatives aimed at increasing the transparency and accountability of NGOs and other associations that pretend to act as a counterweight to state power in order to avoid the risk of some of them being nothing more than the old ruling elites, the so-called “talking classes”⁵³ in disguise.

I would argue that the so-called “judicialization” of politics and the tendency for groups unsuccessful at pursuing their goals through the electoral and legislative processes to seek policy change by judicial decision are not pathological, but a natural and physiological phenomena even if the risk that the judges will be seen as just another bunch of politicians subject to the same pressures as other politicians, is a concern⁵⁴. Popular participation in judicial decision-making might be considered as an excellent tool to allow different forms of organized civil society to give voice to those “discrete and insular minorities” mentioned in the famous Footnote 4 that greatly influenced North American jurisprudence on the Equal Protection Clause⁵⁵. Human rights adjudication is the place where a new form of citizenship, that we might call “global citizenship”, may emerge, since members of today's most subordinate groups (namely foreigners) do not have access to traditional political representation.

If it's true that the new constitutionalism – and, more precisely, the enormous impact that the constitutionalization of human rights had on

⁵² Art. 2, *Acordada* no. 7/2013.

⁵³ C. LASCH, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, New York – London, 1995.

⁵⁴ M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, 2002.

⁵⁵ The most famous foot note in constitutional law is part of the decision of the United States *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

the size and scope of judicial review - is to be understood as part of a larger effort by elites to insulate policy making from democratic impulses⁵⁶, there seems to be enough room to remain convinced of the great opportunity represented by the interaction of civil society groups with domestic and international judicial bodies.

These considerations on courts as fields of political battles and new democratic arenas, although posing more questions than providing answers, intend to raise a crucial issue regarding the true nature of popular involvement in constitutional adjudication and draw the attention to the consequent need of legal regulation of the emerging phenomenon of judicial lobbying which has been largely side lined in legal and political scholarship.

Abstract

Civil society organizations are increasingly playing a significant role in the different phases of human rights litigation, contributing to changing the nature of the functions performed by ordinary, constitutional and supranational courts in contemporary democracies. The primary purpose of this article is to analyse the different ways of involvements of NGOs and other organized forms of civil society in the administration of justice, with the aim of highlighting how their activity is proving to be quite similar to lobbyism. Secondly, it discusses the perception of human rights courts as an arena of public debate and the consequent need for more clarity and transparency in the use of third-party interventions, public oral hearings and popular actions.

⁵⁶ R. HIRSCHL, *supra* note 4, *passim*.

Hagen Henry*

*Who Makes the Law? Parliaments, Governments, Courts or Others?
Social Justice through Cooperatives at Stake*

SOMMARIO: 1. Introduction - 2. Cooperatives, solidarity, cooperative law - 3. Who makes which kind of law? - 4. Conclusion.

1. *Introduction*

The objective of this short article is to show that our very notion of law has become incompatible with cooperative law and, as a consequence, the capacity of cooperatives to contribute to social justice has weakened. By “cooperative law” I understand all those legal rules - laws, administrative acts, court decisions, jurisprudence, cooperative bylaws/statutes or any other source of law, which regulate the structure and/or the operations of cooperatives as enterprises in the economic sense and as institutions in the legal sense. This notion of cooperative law comprises, hence, not only the cooperative law proper (law on cooperatives), but also all other legal rules and procedures, which shape this institution and regulate its operations¹. Our notion of law has become inadequate as it has evolved from general, democratically set rules, abstracting from individual cases and filtering individual identities through manifold citizen-relationships, to casuistic decisions on individual

* Adjunct Professor of comparative law, Dr. iur

¹ The following areas, which are most likely to have this quality in any legal system, need mentioning: constitutional law, labor law, competition law, taxation, (international) accounting/prudential standards, book-keeping rules, audit and bankruptcy rules. It is to be complemented by considering implementation rules and praxes, for example prudential mechanisms, audit, and registration procedures and mechanisms. It also includes law making procedures and mechanisms, as well as legal policy issues. Cf. for more details, cf. Henry, Hagen, Guidelines for Cooperative Legislation, 3rd revised edition, Geneva: International Labour Organization 2012, Box 2.

claims, without regard to the relational character of law². This notion of law is incompatible with a law that is to institutionalize the idea/identity of cooperatives.³ Law institutionalizes this identity inasmuch as it translates the universally recognized cooperative principles⁴ into legal rules, which reflect the legal principle of solidarity⁵, i.e. law, which contains obligations in solidum, obligations to do that the members of cooperatives accept without a legally protected expectation to receive an equivalent in return. Cooperatives are “institutionalized solidarities”.

After this introduction and before concluding (4.), I shall present the arguments in two parts. Part 2 deals with the notions of “cooperative”, “solidarity” and “cooperative law”. Part 3 asks: Who makes which type of law?

The article is a review of my publications over the years⁶ and of my par-

² It might be worthwhile researching whether the “discovery” by many a legal anthropologist of the relational aspect of law in so-called non-Western societies was/is indeed a discovery or whether it is made possible by our notion of law having been stripped of this aspect. Wesley Newcomb Hohfeld’s seminal work on “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning (1913), reprint in: Walter Wheeler Cook (ed.), *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Westport/Connecticut: Greenwood Press 1978, demonstrates the latter.

³ Following Granger’s definition of “institution” as an ‘agencement de règles autour d’une idée’, as opposed to the famous definition of ‘institution’ by North. Cf. Granger, Roger, *Problèmes généraux du mouvement coopératif dans les pays en voie de développement*, in: *Annales malgaches*, 1, série droit, 1963, 37 ff. ; Idem, *La tradition en tant que limite aux réformes du droit*, in: *Revue internationale de droit comparé* 1979, 106 ff., as well as North, Douglass, *Institutions*, in: *Journal of Economic Perspectives* 1991, 97 f., respectively. For a general critique of our notion of law in this respect, cf. Menke, Christoph, *Kritik der Rechte*, Berlin: Suhrkamp 2015. For such a critique, as related to cooperative law, cf. De Conto, Mario, *A hermenêutica dos direitos fundamentais nas relações cooperativo-comunitárias*, São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2013.

⁴ As developed over more than 120 years by the International Cooperative Alliance. As for the obligation of law-makers to respect these principles, cf. Henřý, Hagen, *Cooperative Principles and Co-operative Law Across the Globe*, in: Michie, J.; Blasi, J.; Borzaga, C. (eds.), *The Oxford Handbook of Mutual, Co-operative, and Co-owned Business*, Oxford: Oxford University Press 2017, 39-52; Idem, *The Legal Nature of the Cooperative Principles*, Paper presented at the International Law Conference organized by the Hungarian National Federation of Cooperatives on October 16, 2017 at Budapest (manuscript); Moreno Fontela, Juan Luis, *Las relaciones entre los valores y principios cooperativos y los principios de la normativa cooperativa*, in : *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos* (124) 2017, 114-127.

⁵ Concerning solidarity as a legal principle, cf. for example Rodotà Stefano, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari: Laterza & Figli 2017 ; Supiot, Alain, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris : Seuil 2010; Idem, *Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008*, in: *revue internationale du travail* 2010/2, 165 ff.

⁶ Cf. for example Henřý, Hagen, *El derecho cooperativo. Propuestas para el siglo XXI*, in: *aci*.

ticipating in numerous cooperative legislation projects over a period of more than 20 years in different parts of the world.

2. *Cooperatives, solidarity, cooperative law*

According to the sociological classification, cooperatives are secondary groups, *communautés d'adhérence*, as opposed to *communautés d'appartenance*.⁷ The internationally recognized and legally binding definition qualifies

Revista de la Cooperación Internacional, Vol.43, No.1-2010, 5-24; Idem, Basics and New Features of Cooperative Law - The Case of Public International Cooperative Law and the Harmonisation of Cooperative Laws, in: Uniform Law Review. Revue de droit uniforme, Vol. XVII, 2012, 197-233; Idem, Guidelines for Cooperative Legislation, op. cit.; Idem, Sustainable Development and Cooperative Law: Corporate Social Responsibility or Cooperative Social Responsibility?, in: International and Comparative Corporate Law Journal Vol.10, Issue.3, 2013, 58-75; Idem, Trends and Prospects of Cooperative Law, in: Dante Cracogna, Antonio Fici and Hagen Henry (eds.), International Handbook of Cooperative Law, Heidelberg et al.: Springer 2013, 803-823; Idem, Genossenschaften und das Konzept der Nachhaltigkeit: Pflichten und Möglichkeiten des Gesetzgebers, in: Der Beitrag von Genossenschaften zur nachhaltigen regionalen Entwicklung – Prämissen, Möglichkeiten, Ausblicke, Hrsg. Georg Miribung, Bozen: EURAC 2013, 67-74; Idem, Entreprendre autrement : le droit coopératif n'y est pour rien, in: Revue Economique et Sociale. Bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales, Vol. 70, Septembre 2013, 93-103; Idem, Quo Vadis Cooperative Law?, in: CCIJ Report No. 72/2014, 50-61 (in Japanese. English manuscript with the author); Idem, El papel del derecho cooperativo en un mundo globalizado, in: Economía Social: Identidad, desafíos y estrategias. Gemma Fajardo García y M^a José Senent Vidal (Coords.), ed. CIRIEC-España, 2014, 23-34; Idem, Tendencias del derecho cooperativo europeo, in: Dante Cracogna y Manuel Mariño (dir.), Congreso Continental de Derecho Cooperativo, Buenos Aires: Intercoop y Cooperativas de las Américas 2014, 138-146; Idem, Cooperative Principles and Co-operative Law Across the Globe, op. cit.; Idem, U: United Nations and Co-operatives, in: The Co-operative Firm. Keywords, ed. by Andrea Bernardi and Salvatore Monni, Roma: Roma Tre-Press 2016, 147-151; Idem, Social Justice through Enterprises. The End of the 1972/1973 Conjuncture? A Legal Perspective, in: International Journal of Social Quality 5(2), Winter 2015: 81-96; Idem, Genossenschaften: Identität und Recht - eine länderübergreifende Perspektive, in: Genossenschaftliche Identität und Wachstum. Cooperative Identity and Growth, eds. Franco Taisch, Alexander Jungmeister, Hilmar Gernet, Sankt Gallen: Verlag Raiffeisen 2016, 559-571.

⁷ As for the relevance of this distinction and its culture-specific variations for the notion of legal person, cf. Henry, Hagen, Genossenschaften als juristische Personen – Konsequenzen für die internationale Beratung bei der Genossenschaftsgesetzgebung in Afrika, in: Genossenschaften und Kooperation in einer sich wandelnden Welt. Festschrift für Prof. Dr. Hans-H. Münkner zum 65. Geburtstag, Hrsg. Michael Kirk, Jost W. Kramer, Rolf Steding, Münster u.a.: LIT Verlag 2000, 417-428.

cooperatives as associations. The definition reads: “[a cooperative is] an autonomous association of persons united voluntarily to meet their common economic, social and cultural needs and aspirations through a jointly owned and democratically controlled enterprise.”⁸ In the logic of enterprise law, the three-fold objective (purpose) of cooperatives, namely the satisfaction of the economic, social and cultural needs and aspirations of the members, differentiates cooperatives from other enterprise types. The salient aspect of this purpose is the satisfaction of the social needs and aspirations of the members. The pursuit of this purpose requires a specific legal form. This form should shape by a number of distinctive legal features as far as the nature and the structure of the capital, as well as the governance are concerned.

As for the nature and structure of the capital, eight distinguishing elements are to be mentioned: ⁹ i.) in principle, no investments, but contributions to the capital by the members; ii.) (as a consequence), the amount of capital varies with the number of members; iii.) these member contributions, “shares” in English, are refundable upon termination of membership at nominal value, they receive limited remuneration, if at all, and are in principle neither transferrable, nor are they negotiable; iv.) apart from the share capital, the next most important part of the capital are indivisible reserves; v.) no distribution of profits (generated on transactions with non-members on commercial terms); vi.) limited distribution of surplus (generated on transactions with members on cooperative terms) in the form of patronage refunds, i.e. in proportion to the transactions a member had with the cooperative over a certain period of time (financial year or otherwise), while sharing the overhead costs among all members equally (not in proportion to the transactions);¹⁰ vii) inter-cooperative guarantees; viii.) joint and several liability of the members in case the

⁸1995 International Cooperative Alliance (ICA) Statement on the co-operative identity, in: *International Co-operative Review*, Vol. 88, no. 4/1995, 85 f. and at. <http://ica.coop/en/whats-co-op/co-operative-identity-values-principles>;; as well and Paragraph 2 of the 2002 International Labor Organization (ILO) Recommendation No. 193 concerning the promotion of cooperatives. *The Promotion of Cooperatives Recommendation*, 2002. (ILC 90-PR23-285-En-Doc, June 20, 2002). As for the legal nature of the ILO R. 193, cf. Henřů, Hagen, *Public International Cooperative Law: The International Labour Organization Promotion of Cooperatives Recommendation*, 2002, in: *International Handbook of Cooperative Law ...*, op. cit., 65-88.

⁹This list of features, as well as the list of distinguishing features as far as the governance is concerned, is a list of ideal/ normative features. It must not be construed with a picture of reality in all respects.

¹⁰ As for the distinction between “profit” and “surplus”, cf. Münkner, Hans-H./ Vernaz, Catherine, *Annotiertes Genossenschaftsglossar*, Marburg: Marburg Consult für Selbsthilfeförderung 2005.

cooperative incurs losses.

As for the governance, understood as the democratic participation of the members in the administration, management and control of the cooperative, five distinguishing elements need mentioning: i.) no opposition of those who govern to those who are governed, with consequences not only for cooperative law, but also for labour law, competition law, tax law etc.; ii.) allocation of equal voting rights, independently of the volume of transactions and/or the amount of capital contributed by any one member; iii.) distribution of surplus in proportion to transactions; iv.) right of the members to be served by the cooperative is delinked from their financial contributions; v.) democratic participation of the members materializing in all organizational and operational aspects of the cooperative.¹¹

These features make for cooperatives to be “institutionalized solidarities”. The consensus that these features should translate into law has faded over the past four to five decades. This has led to what I call the companization of cooperatives through law.¹² By companization I understand the ever more pronounced approximation of the legal features of cooperatives with those of capitalistic companies through law in the wide sense as used here. As the legal form is a function of the objective, the metamorphosis of cooperatives through law makes it ever more difficult for them to pursue the social aspect of their objective.

3. *Who makes which kind of law?*

My hypothesis is that the companization of cooperatives through law has to do - among other reasons¹³ - with the growing lack of democratic partici-

¹¹ As for the latter, cf. Henry, Hagen, Positioning yhteisetu cooperatives in the world of cooperatives – a preliminary legal perspective, in: Manu Rantanen, Tytti Klén ja Hagen Henry (eds.), Yhteisetu-osuuskunta - joustava paikallisrakenne muuttuvalle maaseudulle, Helsingin yliopisto, Ruralia-intituutti 2016, 42-46; Idem, Operationalizing the Objective of Cooperatives through Democratic Participation. A Legal Perspective. Paper prepared for the 13th European Conference on Management Leadership and Governance, 2017, at London (manuscript with the author).

¹² Cf. Henry, Quo Vadis ..., op. cit.. Cf. also del Burgo, Unai, La desnaturalización de las cooperativas, in: Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo. International Association of Cooperative Law Journal 2002, 51 ff.; Chuliá, Francisco Vicent, El futuro de la legislación cooperativa, in: CIRIEC España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa 13/2002, 9 ff.

¹³ For more, cf. Henry, Quo Vadis ..., op. cit..

pation in law-making and the concomitant radical change of the very notion of law. As a secondary consequence this leads to weakening the mechanisms through which “institutionalized solidarities”, like cooperatives, (re)generate social justice. Nowhere is “*Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debetur*” as true as when it comes to the need to (re)generate social justice. “Ab omnibus” should be in national parliaments. The function of this high lieu of the demos has been limited for some time. I mention five phenomena: i.) the labour market partners setting general labour law, signifying the recognition of other law besides/beyond state law on the territory of states; ii.) the increasing recognition of legal pluralism, following the findings of anthropologists; iii.) the recognition of state regulation-free commons, self-regulated by the users;¹⁴ iv.) courts infringing, here and there, upon the powers of parliaments by setting, instead of interpreting and developing the law; ¹⁵ v.) governments proposing bills to parliament knowing that these do neither have the necessary knowledge, nor the time to acquire such knowledge which would allow them to reject the bill, and knowing that they often do not have the political will to refuse the ratification of international treaties, which have already been signed by the government.

In addition to these and other, rather sporadic and retractible deviations¹⁶ from democratic law-making, we see now a system change toward ever less democratic participation in law-making, with considerable consequences for the (re)generation of social justice. Two main elements mark this system change: Firstly, the partly irreversible shrinking reign/domain of state law and, secondly, shifts in the division of political power. The shrinking reign/domain of state law, and by extension of inter-state (regional, international and, to a certain extent, also transnational) law as an expression of democratic participation is reduced by three phenomena: i.) the privatization of hitherto public services, like health and social care services, education, utility services, public transport, infrastructure, and even the privatization of hitherto genuinely state prerogatives, such as military, police and prison services; ii.) the transfer of legislative powers to regional, international and transnational organisations, without always securing democratic participation and/or at least control;¹⁷

¹⁴ Most prominent research on the commons by Elinor Ostrom. But also Mattei and Rodotà.

¹⁵ Cf. Gaier, Reinhard, *Nützliche Konkurrenz*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 18.2.2016, 6. To be considered also that courts, in developing law, induce from cases to law, whereas parliaments deduce from values and other norms to law.

¹⁶ Cf. Henřů, *Quo Vadis ...*, *op. cit.*.

¹⁷ For example, it is estimated that ca. 50% of national parliamentary acts are no more than formal transcriptions of European Union acts. Cf. Bubrowski, Helene, *Mehr Freiheit für die Nationalstaaten*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 2.7.2014, 8; Huber, Peter M., In

and iii.) the factors of globalization, namely digitalization and telecommunication, dissolve the unity/congruency of the economic and political spaces of the state. Consequently, the state loses its financial means and its instrument par excellence, namely law, to act on certain policy areas. The ensuing legal void is filled by private standard setters. The transposition of these standards into state law is more often than not a mere formality. Examples in the field of cooperative law are the standard-setting by the International Accounting Standards Board (IASB) and the International Reporting Standards Board (IRSB), the standard-setting by the Basel Committee on Banking Supervision and, more generally, the standard-setting by the global financial market,¹⁸ the effects of which in terms of law-making are reinforced by a concentration of wealth in ever fewer hands and by the power of those few who have the technological know-how and the technical means to collect, appropriate, process and use data, inclusive of personal data (Big data). We are not equipped to exert political control over these phenomena, nor do we have yet invented new forms of democratic participation in global law-making. Innovative approaches to this effect do exist, though.¹⁹ To mention also an intensifying inter-governmental, inter-parliamentarian and inter-judicial cooperation with traits of global law-making. The shifts in the division of political power can be observed in a multi-faceted process whereby law-making is shifting from parliaments to governments and from governments to courts of law.²⁰ This

der Sinnkrise, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung. As concerns cooperatives, cooperative law making is regionalizing and internationalizing. Cf. for example the EU Council Regulation 1435/2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) with its de facto harmonizing effect on national cooperative laws; the Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA); the Uniform Cooperative Act of the East African Community; the Estatuto de las Cooperativas of the Mercosur States (Mercosur/PM/SO/ANT.NORMA 01/2009); and the Ley marco para las cooperativas de América Latina (<http://www.woccu.org/policyadvocacy/legreg>).

¹⁸ Cf. Grimm, Dieter, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München: Beck 2016; Molina, César Antonio, *Volver a la escuela de la vida*, in: *El País* 5.11.2016, 12.

¹⁹ For an illustration, cf. Bartely, T., *Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labour and Environmental Conditions*; Bombelli, Giovanni, *Sfera giuridica e scenari contemporanei: intorno al diritto come "rete"*, in: *JUS* 2(2012)261-286 (262 f.); Duquet, Sanderijn and Jan Wouters, *Non-traditional norms in international law: Approaches in Legal scholarship*, in: *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, Vol. 5, 2014, 3-21; Javillier, Jean-Claude, *Droit «dur» et droit «mou»: même combat!*, in: *La Revue RH & M* No.52, 32- 33.

²⁰ As for the latter, cf. Rütters, Bernd, *Die heimliche Revolution*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

double shift of law-making without the demos is accompanied by two main, each other mutually reinforcing factors: i.) the changing style of law-making and ii.) the socio-psychological change in our societies. As far as the style of law-making is concerned and limited to cooperative law, the scope of default rules is increasing, i.e. ever more legal rules in the cooperative law are *ius dispositivum* in the name of the autonomy of the cooperative members. In extreme cases the law allows the members to set an objective for their cooperative which differs from that set by law and hence to change the type of enterprise. The changing style of law making is also due to the complexification of society. The more complex societies become, the more detailed legal rules become and the more their validity is limited in time. More and more, legal rules resemble acts of intervention,²¹ listing political measures, rather than abstracting from single cases. As an example for both one may refer to the Finnish cooperative law, which allows to determine an objective in the byelaws that differs from the one set in the law.²² The first Finnish cooperative law, 1901, had 36 articles, the current, fourth Finnish cooperative law (2013) has 365 articles. The frequency with which new laws were passed has increased (1901, 1951, 2001, 2013), as has that of passing amendments whose number has also constantly increased. This style of law-making deprives law of its function as a normative reference for the identification with larger groups whose members have heterogeneous, often conflicting interests. And, related to the second factor of the shift in law making, this style of law-making allows for identities to be broken down to the level of individuals, who strive to have their often self-determined identity protected by invoking human rights.²³ The trans-subjective dimension of law, inscribed in institutions, is lost in the process. Courts to whom often hastily made laws on highly complex matters are increasingly being referred to for decision see therefore human beings increasingly as individuals with rights and less as citizens with rights and duties whose relationship with the state and society is mediate, not immediate.

The observable shift in conceptualizing the relationship between cooperatives and their members, from associative to contractual, matches the shifts from law by democratic processes to law by court decisions. And it matches

²¹ Cf. Zielcke, Andreas, *Das Volk soll bitte alles einfach genehmigen*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 10.1.2016, 60, reviewing Rosanvallon, Pierre, *Le bon gouvernement*, Paris: Seuil 2015.

²² Cf. Chapter 1, Article 5 of Law 2013/421.

²³ For critical remarks on this development, cf. Henřů, Hagen, *La posición de las mujeres en las empresas cooperativas y el Primer Principio Cooperativo de la Alianza Cooperativa Internacional*, in: *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer* (Dúo), Coordinador Rosa Moya Amador, Granada: Editorial Aranzadi 2016, 137-145.

the general change of our world view, from being anthropocentric with a preference for collectives to becoming egocentric with a preference for connectives,²⁴ with consequences for organisations, like cooperatives, which for a long time had been conceptualized as solidarity generating collectives.

4. Conclusion

As we reduce the function of parliaments to that of confirming decisions taken elsewhere, where we move toward governmental law-making, where we transform the state from a state of law (rule of law) into a state of magistrates/judges, where we reduce the role of the state to that of enforcing law made without its say, we make it impossible to pursue overall political goals, such as sustainable development, which has been recognized by the International Court of Justice since 1997 as a concept of public international law,²⁵ unless we innovate in global law-making. Sustainable development cannot be had without global social justice, as political stability is conditioned by social justice and guarantees economic security, which, in turn, makes people receptive for concerns related to the state of the biosphere.²⁶ That is why we need “institutionalized solidarities”, enterprises or other organizations, between citizens and the political order. For that we need re-socializing law.

Abstract

Based on the participation of the author in numerous cooperative legislation projects in different parts of the world, the article seeks an answer to the question whether our general notion of law is compatible with cooperative law. This notion has evolved from general, democratically set rules, abstracting from individual cases and filtering individual identities through manifold citizen-relationships, to casuistic decisions on individual claims, without regard to the relational character of law. The article argues that this notion of law is incompat-

²⁴ Cf. Henry, Basics and New Features ..., *op. cit.*

²⁵ Cf. Henry, Sustainable Development and Cooperative Law ..., *op. cit.*

²⁶ Cf. Henry, Hagen, Justice through Cultural Diversity. The Problem of Justice in a New International Economic Order, in: The Finnish Yearbook of International Law, Vol. I (1990), 387–414.

tible with a law that is to institutionalize the ideal/identity of cooperatives. Law institutionalizes this identity inasmuch as it translates the universally recognized cooperative values and principles into legal rules. These rules must reflect the legal principle of solidarity. This, in turn, is a condition of the capacity of cooperative enterprises to contribute to social justice, hence to sustainable development.

Chiara Gallese*, Daniela Besozzi**

Le sentenze antiscientifiche: un mito creato dai media

SOMMARIO: 1. Introduzione; - 2. Il ruolo del P.M. e dell'avvocato; - 3. Il Tribunale del Lavoro; - 4. Giudici e C.T.U.; - 5. Sentenze, ordinanze, decreti; - 6. Il caso Di Bella; - 7. Il caso Stamina; - 8. I danni da vaccino; - 9. Il caso Xylella; - 10. I casi Commissioni Grandi Rischi e Green Hill; - 11. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Negli ultimi anni, i media (intesi in senso ampio: quotidiani cartacei od online, riviste, televisione, social media, siti web e blog), approfittando di alcuni casi di cronaca nazionale, hanno diffuso l'idea secondo cui, in Italia, fosse in atto una sorta di scontro tra "Giustizia" e "Comunità Scientifica".

Il punto interessante, ma allo stesso tempo preoccupante, è che i presupposti su cui si sono basate le notizie a tal riguardo sono, in realtà, del tutto errati, evidenziando un grave problema di disinformazione a proposito di diritto processuale e sostanziale italiano.

Le recenti polemiche sul caso Xylella, sulle sentenze o ordinanze che riconoscono i danni da vaccino o che permettono cure "non accettate" dalla scienza, come vedremo, sono state create ad arte per causare sconcerto nel pubblico. A titolo di esempio, si ricorda l'affermazione dell'Ansa, secondo cui "la Procura di Trani *ha stabilito* che non vi è correlazione tra l'autismo e la somministrazione del vaccino pediatrico trivalente"¹. Per come è stata riportata la notizia, risulta che la Procura abbia voluto sostituirsi agli scien-

* Dottore di Ricerca, presso l'Università di Venezia Ca' Foscari - Università degli Studi di Milano-Bicocca. Avvocato del Foro di Padova.

** Professore associato, presso l'Università di Milano-Bicocca, Dipartimento di Informatica, Sistemistica e Comunicazione.

¹ L'articolo è consultabile all'indirizzo: http://www.ansa.it/puglia/notizie/2016/06/01/la-procura-di-trani-non-ce-correlazione-tra-vaccini-e-autismo_60e67919-2aad-487d-97db-8d24417e6694.html

ziati nello stabilire la correlazione tra autismo e vaccini.

Leggendo notizie di tal fatta, sembra quasi che sia in atto una lotta tra diritto e scienza, come se gli operatori del diritto volessero a tutti i costi seguire metodi antiscientifici². La realtà, come vedremo, è molto diversa.

I concetti, del tutto errati o mal interpretati, a cui media hanno dato più rilievo e che la comunità scientifica ha contestato maggiormente, sono stati i seguenti:

- su questioni generali:
 - alcuni avvocati promuovono processi “antiscientifici” per lucrare sui risarcimenti³;
 - non dovrebbe essere il Tribunale del Lavoro ad occuparsi delle questioni relative alla medicina⁴;
 - i giudici non consultano gli articoli in *peerreview* relativi all’oggetto della causa e non decidono in base a ciò che la scienza prescrive⁵;
- su casi specifici:
 - alcune ordinanze hanno condannato l’ASL a pagare le cure Di Bella⁶, nonostante siano chiaramente inefficaci⁷;
 - alcune ordinanze hanno consentito che venisse utilizzato il metodo Stamina, mai sottoposto a sperimentazione e infine dichiarato fraudolento⁸;
 - alcune sentenze hanno riconosciuto i danni da vaccino, citando anche l’inesistente correlazione tra vaccini e autismo⁹;

² Se ne è parlato, ad esempio, sul sito: http://www.lettera43.it/blog/dissonanze/cultura/l-aquila-xylella-stamina-quando-la-stampa-sbaglia-bersaglio_43675229428.htm

³ Si veda, ad esempio, la pagina Facebook di Medbunker, su cui è apparso un post che menzionava tale questione.

⁴ Si veda il post sul profilo privato di Marco Cattaneo, direttore di Le Scienze.

⁵ Si veda, ad esempio: <https://www.sip.it/per-il-medico/vaccino-mpr-e-autismo-falso-scientifico-in-una-recente-sentenza>

⁶ Un esempio di come la stampa ha trattato la notizia: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/02/02/metodo-di-bella-per-giudice-deve-essere-a-carico-della-servizio-sanitario-nazionale/866476/>

⁷ Sull’inefficacia del metodo si veda: <https://medbunker.blogspot.it/p/dossier-di-bella.html>

⁸ Un articolo a questo proposito: http://www.corriere.it/salute/13_dicembre_11/stamina-giudice-dice-si-metodo-noemi-tribunale-dell-aquila-decide-infusione-d-urgenza-e50068dc-6279-11e3-a809-0fced5f7d9ac.shtml

⁹ Ne ha parlato Salvo di Grazia su Le Scienze: <http://digrazia-lescienze.blogautore.espres->

- gli scienziati del caso Xylella sono stati accusati di aver diffuso un batterio¹⁰;
- gli scienziati della Commissione Grandi Rischi sono stati accusati e condannati per non aver previsto il terremoto avvenuto a L'Aquila¹¹;
- la sperimentazione animale è stata messa in discussione dalla sentenza del caso Green Hill¹².

Un pubblico composto esclusivamente da giuristi riuscirebbe ad individuare a prima vista le affermazioni false contenute nell'elenco appena stilato, ma, com'è ovvio, il pubblico a cui i media si rivolgono non è in grado di discernere tra notizie false, notizie solo parzialmente vere e notizie vere ma enfatizzate per attirare l'attenzione dei lettori. Conseguentemente, si è creato un clima in cui i professionisti della Giustizia sono percepiti come nemici della "Scienza" e dei ricercatori.

Infatti, alcuni professori, ricercatori e divulgatori, anche sui propri profili social o blog, si sono chiesti come sia possibile che gli studi scientifici siano stati ignorati da giudici, pubblici ministeri e avvocati, producendo conseguenze gravi non solo sulle parti in causa, ma anche sulla popolazione, condizionata in senso negativo dall'esito delle sentenze "antiscientifiche". La scienza, si è detto, non si fa nelle aule dei tribunali.

Per spiegare esattamente come mai il nostro sistema processuale consenta l'esistenza di situazioni del genere e per capire di chi siano le responsabilità, è necessario svolgere alcune premesse.

2. Il ruolo del PM e dell'avvocato

Uno degli elementi che i media tralasciano è la distinzione tra diritto processuale civile e diritto processuale penale: il primo rileva soprattutto nei casi Vannoni, Di Bella e vaccini, mentre il secondo riguarda i casi del terremoto de L'Aquila, della Xylella e di Green Hill.

so.repubblica.it/2014/11/29/il-vaccino-causa-lautismo-cosi-e-deciso/comment-page-14/

¹⁰ Un articolo de Il Post: <http://www.ilpost.it/2015/12/20/ulivi-xylella/>

¹¹ Un riassunto della vicenda giudiziaria si trova all'indirizzo: <http://www.abruzzoweb.it/contenuti/grandi-rischi-sentenza-di-cassazione--de-bernardinis-causo-morti-espertino/595366-4/>

¹² La vicenda è stata trattata in questi termini su ProTest Italia: <https://protestitalia.wordpress.com/2015/03/27/green-hill-sotto-processo-non-e-unazienda-ma-la-sperimentazione-animale/>

L'obbligo di difesa tecnica non è mai menzionato negli articoli che trattano delle vicende giudiziarie, così come non vi è traccia dell'obbligatorietà dell'azione penale: si sente parlare solo di Procura e di avvocati e mai dei soggetti che hanno sporto denuncia o promosso il giudizio civile, dando così l'impressione i primi abbiano agito di propria iniziativa per danneggiare la comunità scientifica, mentre i secondi siano stati soltanto delle vittime inconsapevoli.

Per quanto riguarda gli avvocati, com'è noto, nel nostro ordinamento non sarebbe stato consentito, in nessuno dei casi citati, che le parti potessero partecipare al giudizio senza un difensore. Qualora un avvocato ritenga che, sulla base delle conoscenze scientifiche attualmente disponibili, il suo cliente voglia ottenere un risarcimento non dovuto, può decidere di non assumerne la difesa, oppure può cercare di dissuaderlo; nel caso in cui, però, il cliente sia assolutamente deciso a intentare causa (e umanamente è comprensibile che, ad esempio, un padre sia troppo coinvolto per pensare in modo razionale, quando il figlio è malato), ci sarà obbligatoriamente un altro avvocato che dovrà rappresentarlo in giudizio. Ciò che i media omettono di menzionare è che un avvocato non potrebbe mai impedire al cliente l'accesso alla giustizia (che è un diritto garantito dalla Costituzione), nemmeno se ritenesse che la correlazione autismo-vaccini non fosse reale.

In tema di compensi professionali, una delle accuse più frequenti è che “gli avvocati guadagnino sui risarcimenti e quindi fomentino i clienti ad agire in giudizio”¹³. Un altro punto che non è mai presentato al pubblico è il cosiddetto divieto di patto di quota lite o il fatto che le spese legali siano liquidate dai giudici sulla base di tabelle liberamente consultabili online¹⁴.

Per quanto riguarda invece i Pubblici Ministeri, se qualcuno sporge una denuncia, soprattutto se circostanziata come nei casi Xylella e Green Hill, oppure se la notizia di reato viene comunicata dopo dichiarazioni pubbliche, come nel caso del terremoto in Abruzzo, non è consentito evitare di esercitare l'azione penale, dunque il P.M. non può, per legge, evitare le indagini o “far cadere le accuse” come invece pretenderebbero i comuni cittadini. L'unica cosa che egli può fare a difesa degli scienziati è chiedere al giudice l'archiviazione, ma solo se ritiene che non sia stato commesso alcun reato e di certo non per motivi di tutela della comunità scientifica, in quanto un'attività perfettamente sensata per la scienza e condotta secondo il metodo scientifico potrebbe costituire reato secondo la legge italiana.

¹³ Un esempio di questa argomentazione si ritrova qui: <http://www.riv.life/parte-1-il-business-degli-anti-vax-fra-avvocati-medici-e-consulenti-della-speranza/>

¹⁴ Le tabelle sono consultabili nel dettaglio all'indirizzo: <http://www.avvocatoandrea.it/servizi/tabelle-parametri-forensi.php>

Un altro punto che sembra ignorato dai media è che un ricercatore o uno scienziato non possa, per motivi di ricerca, commettere reati o illeciti civili: ad esempio, anche qualora un ricercatore volesse condurre una ricerca attraverso la clonazione umana, pur se importantissima per la cura di una malattia, non potrebbe utilizzare tale tecnica; se uno studente volesse scrivere una tesi sul terrorismo islamico attraverso l'osservazione partecipante¹⁵, non potrebbe partecipare né moralmente né attivamente alle attività del gruppo e avrebbe l'obbligo di denunciarlo alle autorità; se un professore volesse insegnare ai suoi studenti come introdursi in un particolare sistema informatico, non potrebbe farlo senza il permesso del titolare di tale sistema, e così via.

Per quanto sembri oscura una legge, bisogna ricordare che il giudice e il Pubblico Ministero devono rispettarla e giudicare in base a essa e non in base alla scienza. In questo senso, si può dire che vi sia una qualche *discrepanza* tra diritto e scienza, ma ciò non significa che sia in atto uno *scontro*, come invece insinuato in alcuni articoli giornalistici.

3. *Il Tribunale del Lavoro*

Un argomento che è stato utilizzato per avanzare delle critiche alla magistratura è il fatto che, in diversi casi giudiziari diventati celebri, si parla di “giudice del lavoro”, circostanza che ha indotto il pubblico a pensare che ci si riferisse a una persona specifica che giudica controversie di lavoro anziché al nome di un ufficio; in particolare, gli articoli che menzionavano tali ordinanze non spiegavano mai che il giudice del lavoro decide su tutte le controversie che per legge devono seguire il rito del lavoro, quindi anche sulle controversie diverse dalle cause relative ai lavoratori; com'è noto, tra le tante, rientrano in questa procedura i casi di assistenza obbligatoria, dunque anche i rimborsi sanitari, ai sensi dell'art. 442 del codice di procedura civile. Secondo il diritto processuale civile, perciò, è il giudice del lavoro che deve occuparsi della somministrazione delle cure erogate dal Sistema Sanitario Nazionale (SSN).

È la legge stessa, dunque, che prevede che le cause relative alla richiesta di somministrazione delle cure Di Bella e Stamina siano state affidate alla

¹⁵ A tal proposito, si rammenta un altro caso mediatico in cui i giudici furono accusati, a torto, di aver interferito con la ricerca: <http://www.radiopopolare.it/2016/06/roberta-chiroli-condannata-per-una-ricerca-sui-no-tav/>

cosiddetta “sezione lavoro”.

4. *Giudici e CTU*

Un elemento che non è sempre chiaro al grande pubblico e agli scienziati in particolare è il sistema di reclutamento dei giudici.

A differenza di altre figure, in sede di concorso pubblico ai candidati è richiesta la conoscenza di tutti i rami del diritto, non si tratta di professionisti specializzati in una sola disciplina, come potrebbe essere per un medico pediatra, che non si occuperà mai di oncologia, psichiatria, ecc.

Durante la loro carriera, i giudici si troveranno a dover giudicare cause sulle più disparate materie: contraffazione di firme, dipinti, documenti; crolli di edifici, alberi, infrastrutture; danni a impianti idraulici, elettrici, industriali; danni provocati da malfunzionamenti di macchinari, software, autoveicoli, fuoriuscite di sostanze chimiche; omicidi di tutti i tipi, di cui è necessario chiarire la dinamica; lesioni o morte per errori medici; questioni relative ad animali, piante, rocce; ecc. Non è quindi possibile che un giudice sia competente in tutte queste materie, nemmeno tentando, per assurdo, di laurearsi in ognuna delle discipline coinvolte, perché il più delle volte si tratta di questioni altamente specialistiche, che solo dei ricercatori o dei professionisti con decenni di esperienza riuscirebbero a comprendere.

Quando si accusano dei giudici per delle sentenze ritenute “antiscientifiche”, bisogna tenere a mente che anche un medico di base, se fosse costretto a giudicare un caso tecnico di ginecologia, nefrologia o microbiologia, probabilmente non sarebbe competente e commetterebbe errori che uno specialista potrebbe ritenere banali.

A questo punto è necessario ricordare che, proprio per i motivi sopra esposti, il giudice si avvale sempre dell’aiuto di un consulente tecnico d’ufficio. Per tutte le questioni tecniche che esulino dalla conoscenza media, il giudice chiede a questi professionisti di redigere una consulenza tecnica. Il giudice può sostituire il consulente, di propria iniziativa o su richiesta delle parti; può richiedere ulteriori indagini ed esami e, essendo considerato *peritus peritorum*, può disattendere le conclusioni del perito laddove queste risultino intimamente contraddittorie e solo ove le critiche all’elaborato peritale mosse dalle parti siano “*idonee a segnalare e stigmatizzare un vizio logico, metodologico o scientifico nel ragionamento seguito dal Consulente d’ufficio, suscettibile di essere rilevato e valutato dal Giudice sulla scorta del bagaglio di*

*nozioni di comune esperienza e del patrimonio culturale di cui è in possesso*¹⁶, ma, “*mentre non è tenuto ad argomentare diffusamente la propria adesione alle conclusioni, al contrario ha l’onere di fornire un’articolata motivazione delle ragioni che lo inducono a discostarsi da esse*” (Cass. n. 15590 del 10/12/2001; n. 3551 del 06/04/1998; n. 11440 del 18/11/1997; n. 282 del 9/01/2009; n. 9178 del 20/04/2006), pena la riforma della sentenza in appello.

Tuttavia, pur essendo le sentenze emesse sulla base delle risultanze della consulenza tecnica, i titoli dei giornali riconducono la sentenza sempre e solo alla mera volontà del giudice, attribuendogli non solo l’intera responsabilità delle conclusioni formulate dal perito, ma anche un certo grado di dolo nel contraddire la “Scienza”.

Oltre a doversi attenere alle conclusioni del perito, il giudice deve rispettare anche il “divieto di scienza privata”, cioè deve basare la sua decisione solo sui fatti portati dalle parti all’interno del processo o sui fatti notori e mediamente conosciuti, non sulle sue conoscenze personali. Egli non può, quindi, leggere di sua iniziativa degli articoli scientifici o studiare autonomamente una materia tecnica, come potrebbe fare un ricercatore in sede di revisione di un articolo scientifico, ma deve sempre attenersi alle conoscenze dell’uomo medio e ai fatti conosciuti alla collettività. Il fatto che i vaccini non causino l’autismo, ad esempio, non può in alcun modo essere considerato un fatto notorio dal punto di vista giuridico, come invece lo è dal punto di vista scientifico.

Il giudice deve anche attenersi strettamente alla legge e non può in nessun caso disattenderla per andare incontro alle proprie opinioni personali o per fare giustizia a una situazione “antiscientifica”. Se la legge dicesse, per assurdo, che è obbligatorio somministrare una cura omeopatica in luogo dei vaccini obbligatori, il giudice sarebbe obbligato ad applicarla nonostante sia sua opinione che l’omeopatia non sia una cura.

Nonostante quanto asserito sui media, è certo che nessuno vorrebbe davvero un giudice che non applichi la legge, nemmeno per il bene della scienza, poiché questo porterebbe a situazioni di incertezza e ingiustizia e si presterebbe a decisioni del tutto arbitrarie. Piuttosto, se una legge è ritenuta ingiusta dai cittadini, i quotidiani potrebbero promuovere delle iniziative affinché venga cambiata, in luogo della pubblicazione di articoli che additano i magistrati come nemici della ricerca scientifica.

Bisogna notare, tuttavia, che non è sempre possibile cambiare la legge senza pregiudicare i diritti dei cittadini, anzi, in alcune circostanze, come si

¹⁶ Si veda: <http://www.ipinitialia.com/brevetti/il-tribunale-di-torino-sul-ruolo-del-giudice-rispetto-alla-relazione-del-ctu-laltezza-inventiva-e-le/>

vedrà, è necessario emettere ordinanze contrarie al metodo scientifico, considerandole un “danno collaterale” temporaneo, poiché il tempo necessario ad effettuare una cognizione piena sull’efficacia di una cura o su altra questione scientifica potrebbe causare un grave pregiudizio verso i diritti costituzionalmente garantiti delle parti.

5. *Sentenze, ordinanze, decreti*

Un altro elemento da tenere in considerazione è che il cittadino, che legge un articolo riguardante una sentenza, molto spesso non conosce la differenza tra i diversi provvedimenti emanati dal giudice: sentenza, ordinanza e decreto sono spesso utilizzati sui media indifferentemente. Molti dei casi portati come esempio di anti-scientificità dei tribunali non riguardavano, infatti, delle sentenze (men che meno definitive), ma delle semplici ordinanze, in quanto tali revocabili, oppure decreti¹⁷.

Un importantissimo principio che non è semplice da spiegare a chi non si occupa di diritto è quello secondo cui la decisione si deve basare unicamente su ciò che è stato presentato al giudice dalle parti all’interno del processo, cioè non è possibile acquisire al di fuori dell’aula ulteriori documenti, informazioni, testimonianze o altro, nemmeno se rilevanti. Ciò che uno scienziato può capire o sapere di una vicenda che riguarda la scienza (ad esempio alcune pubblicazioni in materia) può dunque non essere rilevante ai fini del processo, in quanto le parti non l’hanno portato all’attenzione del giudice. I media vorrebbero dipingere il giudice ideale come un investigatore privato che deve ricercare la verità assoluta o la giustizia morale, invece che una figura che deve tutelare i cittadini secondo quanto previsto dalla legge. Di conseguenza, ogni qual volta un magistrato si discosta da questa immagine, alcuni giornalisti creano titoli sensazionalistici per attirare l’attenzione del pubblico sulla sentenza.

Sulla questione che il SSN abbia dovuto erogare anche cure controverse e mai verificate tramite il metodo scientifico, la risposta non è di immediata comprensione e, anzi, richiede alcune conoscenze tecniche, che il lettore di un quotidiano difficilmente possiederà.

La condanna dell’ASL o del Ministero al pagamento di alcune cure

¹⁷ Ad esempio, in questo articolo di Internazionale si parla di “ordinanza influenzata ideologicamente”, quando in realtà si trattava semplicemente di un decreto non ancora convalidato: www.internazionale.it/reportage/quit/2015/12/24/xylella-ulivi-puglia-scienza

rifiutate dalla comunità scientifica (come il metodo Stamina o Di Bella) è avvenuta, in alcuni casi celebri, tramite ordinanza, uno strumento d'urgenza non definitivo che, nelle cause su questioni mediche, deve tutelare il diritto alla salute, costituzionalmente protetto, il quale si contrappone a un diritto meno importante, cioè il diritto di natura patrimoniale dell'ASL (il pagamento delle cure); tuttavia questo tipo di procedimento è sommario e non entra nel merito della causa con una cognizione piena, che eventualmente sarà trattata in un successivo giudizio, ma si limita, per sua natura, a verificare la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, cioè la probabilità dell'esistenza del diritto da tutelare e il pericolo concreto, imminente e irreparabile che esso possa venire leso. In tutti i casi in cui sia in gioco la salute delle persone, perciò, proprio per evitare la possibilità di danni irreparabili, la legge dà la possibilità ai cittadini di richiedere al giudice un provvedimento veloce che li tuteli senza verificare in un processo se abbiano ragione o torto; questo provvedimento è soggetto a reclamo e può essere revocato qualora la controparte dimostri che non era dovuto.

Nei casi Di Bella e Stamina, ai pazienti erano stati negati dei medicinali di cui, secondo il medico curante, essi avevano assolutamente bisogno: si erano rivolte al giudice per ottenere un provvedimento provvisorio che imponesse l'ospedale ad erogare quella medicina, perché, in caso contrario vi era un rischio di morte, mentre il danno all'ospedale, nel caso in cui si fosse dimostrato che la medicina non era davvero necessaria, sarebbe stato solo economico. Non vi era il tempo per chiarire in giudizio chi avesse ragione, quindi era necessario ricorrere a questo rimedio urgente, sul presupposto, comunque, che l'ospedale, in futuro, avrebbe potuto essere risarcito per l'errore. Risulta chiaro che la legge in questi casi protegge alcuni diritti, che ritiene più importanti di quelli di natura economica, da un mero pericolo, e lo fa solo se ci sono dei motivi fondati (la richiesta di un medico iscritto all'Ordine). Non potrebbe mai accadere, come ipotizzato ironicamente da qualcuno¹⁸, che un giudice ordini di somministrare "*caviale e Champagne*" come cura per il capriccio di un paziente. Tuttavia, il tono degli articoli su quotidiani e siti web non ha fatto altro che fomentare gli animi contro il sistema giudiziario, poiché nessuna delle circostanze appena descritte è stata resa nota o spiegata al pubblico.

6. Il caso Di Bella

¹⁸ A. SANTOSUOSSO, "Giudici mattoidi quadrano cerchi", inserto domenicale de Il Sole 24 ore, 07/04/2013, p. 26.

In una delle ordinanze che hanno condannato ex art. 700 la somministrazione delle cure relative al metodo Di Bella¹⁹, il giudice ha dovuto tenere conto del pericolo urgente che minacciava il diritto alla salute della ricorrente, sulla base dei documenti presentati. Tra questi documenti vi era il parere di un medico, che descriveva il miglioramento della paziente (non operabile) e l'assenza di ipotesi alternative che lo potessero spiegare. Il parere del medico curante, dunque, non riusciva a giustificare altrimenti quei miglioramenti, quindi il giudice ha dovuto tener conto del fatto che la cura Di Bella fosse stata l'unica somministrata alla paziente e, di conseguenza, non ha potuto escludere che a livello soggettivo vi fosse una correlazione tra i due fatti. Nonostante la sperimentazione del metodo non sia mai arrivata alla terza fase, infatti, durante la seconda fase è emerso che l'1% dei pazienti rispondeva alle cure e il 3% rimaneva stazionario²⁰.

Dato che il giudice deve valutare di volta in volta il caso concreto e la situazione peculiare della singola persona, non ha potuto escludere che la ricorrente rientrasse in quelle percentuali, che a livello medico non sono indicative dell'efficacia della terapia nel suo complesso, ma a livello giuridico possono giustificare una decisione favorevole proprio in ragione dei diritti in gioco. Delle ordinanze a favore del metodo Di Bella, molte sono state poi riformate in sede di impugnazione e il paziente ha dovuto risarcire l'intero costo della cura. Tuttavia, a questi esiti dei giudizi, conformi al parere della comunità scientifica, non è stata data la stessa rilevanza mediatica, pur essendo poi divenuti definitivi.

Quello che è importante far capire ai cittadini è che la legge è formulata in modo generico per poter coprire il numero più ampio di casi astratti e non riguarda soltanto la medicina o altre questioni scientifiche, dunque non può essere cambiata senza che ciò comporti gravi conseguenze sui casi concreti. Dal momento che non è possibile incolpare i giudici per aver svolto il proprio compito applicando la legge, verrebbe spontaneo chiedersi se sia possibile cambiare la norma "ingiusta"; tuttavia, se per tutelare la scienza cambiassimo la legge eliminando la possibilità di ricorrere ex art. 700 (e procedimenti aventi la stessa *ratio*), lasceremmo scoperte anche altre situazioni, che non hanno a che fare con la scienza ma sono altrettanto importanti. Per fare un esempio estremo, si può argomentare che nessuno vorrebbe trovarsi in una casa che sta per crollare senza avere la possibilità di rimediare

¹⁹ L'ordinanza può essere scaricata da qui: www.sportellodeidiritti.org/controller.php?nome_modulo_corrente=notizia&cid=531

²⁰ I dati sono consultabili qui: <http://www.repubblica.it/online/fatti/dibelladue/dati/dati.html>

urgentemente alla situazione soltanto perché qualcuno ha preferito tutelare la scienza in modo assoluto, dando la priorità al metodo scientifico pur assumendo un grave rischio.

7. *Il caso Stamina*

Il caso Stamina²¹ ha avuto un iter simile a quello del caso Di Bella. Inizialmente fu somministrato dall'Ospedale di Brescia, finché l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) non ordinò di interrompere le cure. Dei medici, dunque, avevano già adottato "ufficialmente" il metodo Stamina in un ospedale ed erogavano le cure ai loro pazienti; non si trattava di cure pagate da una singola famiglia a un truffatore. Il ricorso al giudice è stato presentato proprio a causa dell'interruzione della cura, ma era stato concesso non come terapia a seguito di miglioramenti, bensì come "cura compassionevole" per il caso singolo, come previsto dal decreto ministeriale del 05/12/2006 sulla "Utilizzazione di medicinali per terapia genica e per terapia cellulare somatica al di fuori di sperimentazioni cliniche e norme transitorie per la produzione di detti medicinali", che permette la somministrazione di medicinali *"su singoli pazienti in mancanza di valida alternativa terapeutica, nei casi di urgenza ed emergenza che pongono il paziente in pericolo di vita o di grave danno alla salute nonché nei casi di grave patologia a rapida progressione, sotto la responsabilità del medico prescrittore e, per quanto concerne la qualità del medicinale, sotto quella del direttore del laboratorio di produzione di tali medicinali"*, ovviamente in presenza di alcuni requisiti, tra cui il parere positivo del Comitato Etico dell'istituto che eroga le cure. I giudici, proprio in ragione del tipo di tutela e dei diritti in gioco, hanno disapplicato l'atto amministrativo adottato dall'AIFA, facoltà che è loro concessa dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, per cui *«le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi»*, o, in altri casi, non lo hanno applicato ritenendo che il divieto non si applicasse al caso concreto, in quanto non si trattava di sperimentazione clinica ma di cura compassionevole (così come ritenuto anche dalla stessa AIFA). Tale disapplicazione non può considerarsi in contrasto con la scienza, in quanto era stato l'ospedale stesso, su parere favorevole di medici e della stessa AIFA, a somministrare le cure.

²¹ Una analisi giuridica, secondo noi non condivisibile, è reperibile qui: <http://users2.unimi.it/unistem/wp/wp-content/uploads/Scalera-fadi-101.pdf>

Il giudice, non essendo esperto in materia, non può che fidarsi del parere del medico curante e dei documenti che gli sono presentati dalle parti, in quanto deve valutare il caso singolo e concreto, mentre l'AIFA si occupa di dare una regolamentazione generale per tutti i farmaci, senza poter entrare nel merito di ogni singolo paziente. Durante il giudizio ordinario, invece, è possibile entrare nel merito della questione e provare l'inefficacia della cura.

Nello specifico, l'ordinanza del Tribunale di Venezia del 2012 così motivava:

“Attesa dunque la controvertibilità delle risultanze ispettive alla base dell'ordinanza Aifa, riservato ogni approfondimento in sede di giudizio di merito, il presente ricorso d'urgenza risulta meritevole di accoglimento considerato che:

- *il trattamento in questione costituisce, in assenza di valida alternativa terapeutica, l'unico possibile mezzo di rallentamento dell'evoluzione della malattia neurodegenerativa, a esito infausto, da cui è affetta la piccola;*
- *pur in assenza di evidenza scientifica, la certificazione medica allegata al ricorso attesta l'efficacia del trattamento in termini di rallentamento del decorso della malattia, laddove, trattandosi di patologia di tipo neurodegenerativo, anche il solo rallentamento va senz'altro considerato come un effetto positivo, che incide sulla qualità della vita della piccola paziente;*
- *non si sono verificati effetti collaterali di sorta: né il provvedimento amministrativo contestato, né gli accertamenti ispettivi sui quali lo stesso si fonda, comprovano il concreto pericolo di complicità; ed in effetti la paventata riconducibilità del decesso di altro paziente al trattamento con infusione di cellule staminali cui lo stesso era sottoposto è smentita dalla richiesta di archiviazione con pedissequo decreto di accoglimento dimessi dai difensori attorei all'udienza 28/8, dai quali emerge che tale decesso è stato in realtà determinato da altra causa;*
- *non si pone nemmeno una specifica, significativa, esigenza di contenimento finanziario posto che il trattamento non comporta esborsi aggiuntivi a carico del SSN.*

Si tratta di considerazioni sufficienti per l'accoglimento del ricorso. La pretesa va infatti vagliata nell'ottica, sua propria trattandosi di cura compassionevole, di tutela del bene salute nel singolo caso.”

Nell'ordinanza del Tribunale di Matera, sempre nel 2012, si fa riferimento al parere positivo del Comitato Etico: *“nel verbale di ispezione di p.g.*

dell'8/5/2012, invero, si legge che gli agenti operanti acquisirono la lettera di approvazione del Comitato etico -a firma del vice presidente Di Stefano-, per l'uso terapeutico delle cellule staminali a favore di XXXX, con allegata relazione clinica ed assunzione di responsabilità a firma del dott. F. Porta. Essendo questi il coordinatore del progetto, "che per ogni paziente, dopo le visite specialistiche e/o pediatriche per l'inquadramento della patologia compilava un protocollo medico specifico che prevedeva 5 infusioni endovena ed endolombari di cellule staminali autologhe o da donatore consanguineo preparate secondo il metodo Stamina" (così si esprime a pag. 3 la ripetuta relazione ministeriale), si deve ritenere che il pronunciamento favorevole del Comitato etico tenesse conto per implicito i benefici ipotizzabili ed i rischi prevedibili del trattamento proposto, quali indicati nella relazione dal predetto dott. Porta" e inoltre vengono descritti i miglioramenti del paziente: "Ora, a fronte dei riferiti rilievi operati dall'AIFA, una circostanza emerge chiara ed evidente, se pure nei limiti consentiti dalla cognizione sommaria del procedimento d'urgenza: il piccolo paziente, affetto da una malattia senza speranza, che già gli ha offerto l'imprevista ed imprevedibile possibilità di superare la soglia dei quattro anni -statisticamente considerata quale età massima di sopravvivenza per i malati di "NiemanPick di tipo A", non solo non ha risentito alcun effetto negativo in seguito alle due somministrazioni ricevute di preparati di cellule staminali, ma ha rivelato tangibili, se pur lievi, miglioramenti, che ne hanno quanto meno alleviato le sofferenze (cfr. la relazione in data 14/9/2012 del pediatra-immunologo dott. Andolina, in base alla quale le due infusioni di cellule staminali avevano prodotto miglioramenti nella deglutizione del minore e maggior reattività nei rapporti con la madre, di colpo regrediti con la sospensione del trattamento, specie quelli deglutizionali, tanto da far pensare all'impianto di una PEG per alimentazione enterale; e si legga anche la più recente relazione in data 1/10/2012 del medico curante, dott.ssa XX, che ha osservato, dopo la somministrazione della terapia staminale, una riduzione delle allergie alimentari del paziente, nonché una certa reattività mimica e del movimento degli arti inferiori)." e conclude rilevando che "nel bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, da operarsi nel caso di specie, balza immediatamente all'occhio come il diritto individuale alla salute non abbia nell'immediato nessuna altra chance (trattandosi, come più volte sottolineato, di persona colpita da patologia grave priva di valida alternativa terapeutica ed a rapida progressione), a differenza dell'interesse collettivo alla salute -compreso quello degli utenti in genere del laboratorio bresciano e della terapia cellulare ivi praticata- che ben può essere, invece, salvaguardato con misure intermedie, non incidenti sulla possibilità del singolo di proseguire la terapia."

Analoghe considerazioni si trovano anche in altre ordinanze, come quella del Tribunale di Trento (24 dicembre 2012): “*Parte ricorrente allega alcuni benefici (in termini di “miglioramenti qualitativi” dello sviluppo psicomotorio globale, pur nell’invarianza dal punto di vista quantitativo) apportati a XXX dalla terapia con cellule mesenchimali praticata a partire dalla primavera 2011 non già dagli Spedali Civili di Brescia, ma dall’Istituto Burlo Garofalo di Trieste mediante l’utilizzo di cellule prodotte non già attraverso il protocollo Stamina, ma dal laboratorio Verri di Monza.*”, nella quale, tra l’altro, l’Azienda Ospedaliera “*non ha contestato la certificazione sub doc. 15 fasc. ric., peraltro proveniente da un’unità operativa della stessa Azienda Ospedaliera*” e cioè non si è difesa negando la validità della certificazione del direttore dell’U.O. Neuropsichiatria dell’Infanzia e Adolescenza della stessa Azienda Ospedaliera convenuta, il quale attestava che, all’esito di tre cicli di infusione, “*il decorso neurologico evidenzia assenza di effetti indesiderati legati alla somministrazione della terapia. Per la tipologia della patologia (Amiotrofia Spinale tipo I a grave decorso evolutivo) si conclude per lievissimo ma significativo miglioramento della motilità distale e della interazione con l’ambiente rilevato dopo 8 mesi di osservazioni longitudinali*”. Com’è noto, quando una delle parti non contesta i documenti e le altre prove portate dalla parte avversa, essi saranno considerati come validi. In quest’ultima ordinanza, tra l’altro, si tiene conto dell’illegalità in cui operavano i laboratori Stamina e si ordina all’Ospedale non di continuare il trattamento in essi, ma in “*una delle 13 cellfatories autorizzate presenti sul territorio nazionale*”.

Mettendoci nei panni del giudice, che deve tenere in considerazione in primo luogo l’urgenza della tutela della salute dei ricorrenti, vediamo che le ordinanze sono state perfettamente comprensibili e logiche. Il quadro appariva ai suoi occhi piuttosto chiaro:

- sussisteva un’urgenza;
- sussisteva il diritto alla salute da tutelare;
- si trattava di una cura compassionevole per situazioni disperate;
- era stata un’intera Azienda Ospedaliera a sottoscrivere una convenzione con Stamina Onlus, erogando la cura ufficialmente;
- vi era il nulla osta iniziale dell’AIFA;
- vi erano pareri positivi di medici autorevoli della stessa Azienda Ospedaliera;
- vi erano pareri positivi dei medici curanti;

- si riscontravano miglioramenti o stabilizzazione dei sintomi;
- non vi erano esborsi per l'ospedale o per lo Stato;
- le ordinanze non avevano effetti su tutti i pazienti ma solo sui casi singoli;
- in molti casi vi era anche il parere favorevole del Comitato Etico.

Non si può quindi dire che i giudici abbiano emesso provvedimenti contro la scienza o che abbiano avallato delle cure contro il parere della medicina ufficiale, perché non c'è nulla di più ufficiale di un ospedale pubblico. I giudici non sono esperti di medicina, perciò si affidano al parere dei medici coinvolti nella vicenda, che sin dall'inizio hanno avallato il metodo Stamina. Nonostante a un certo punto la "comunità scientifica" avesse fatto notare la mancanza di pubblicazioni scientifiche a supporto del metodo citato e in seguito si fosse ribellata al suo utilizzo²², non sarebbe stato possibile portare questi elementi in tribunale, in quanto privi di rilevanza giuridica.

Sia nel caso Di Bella che in quello Stamina, sono apparsi articoli di giornale, di quotidiani online o di blog, oltre che post sui social media, in cui sono state scambiate ordinanze per sentenze oppure sono stati travisati i fatti, in modo che apparisse un conflitto tra diritto e scienza, come se i giudici avessero deciso autonomamente e dolosamente contro i medici e gli altri esponenti della comunità scientifica.

In casi così tecnici non è possibile formare il proprio convincimento sulla base di ciò che è stato scritto da giornalisti digiuni di diritto, perché si creano notizie false e disinformazione, inasprendo i rapporti tra scienziati e magistratura. Nonostante si tratti, come abbiamo appena visto, di documenti molto lunghi²³, tecnici e che richiedono una certa competenza per essere compresi del tutto, è sempre necessario leggere integralmente i testi originali dei provvedimenti del giudice per poter capire una vicenda giudiziaria.

²² Sul punto: <https://www.wired.it/scienza/medicina/2014/04/03/staminaelena-cattaneo-domande-audizione-conoscitiva/>

²³ Solo le motivazioni della sentenza di Cassazione relativa alla Commissione Grandi Rischi sono di 170 pagine.

8. I casi dei danni da vaccino

I casi delle sentenze che hanno riconosciuto i danni da vaccino sono più complicati da analizzare, in quanto vi possono essere molti motivi per cui la somministrazione di un vaccino può dar luogo a un risarcimento, anche senza che questo abbia qualcosa a che fare con l'autismo.

La Cassazione ha chiarito la ratio della norma che prevede un indennizzo²⁴: *“Per il danno da vaccinazioni obbligatorie il fondamento è da ricercare essenzialmente nell’art. 32 Cost. (che tutela il diritto fondamentale alla salute), anche se in collegamento con l’art. 2 Cost., come rilevato dalla Corte costituzionale, che ha precisato che un corretto bilanciamento tra il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri implica il riconoscimento, ove si determini un danno per il singolo, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento sanitario obbligatorio. In particolare, finirebbe con l’essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito. Analogo ristoro del danno da malattia trasmessa deve essere previsto in favore delle persone che abbiano prestato assistenza personale diretta a chi è stato sottoposto al trattamento obbligatorio. È evidente, dunque, che l’indennizzo è stato riconosciuto dalla legge solo nei casi in cui sussista un nesso causale tra la somministrazione del vaccino ed il danno patito dal soggetto passivo del trattamento sanitario obbligatorio. Il fatto generatore del diritto all’indennizzo è, dunque, l’inoculamento del vaccino che si sia, poi, rivelato dannoso per il soggetto”* e ha inoltre spiegato con quale criterio sia valutato²⁵: *“Questa Corte già con le sentenze 21 aprile 1977 n. 1476 e 13 maggio 1982 n. 3013 aveva avuto occasione di puntualizzare che l’individuazione del rapporto di causalità che attiene ad un evento lesivo collegato all’esecuzione di terapie mediche o di interventi chirurgici deve essere effettuata, non solo con criteri giuridici, ma anche tenendo conto delle nozioni della patologia medica e della medicina legale, per cui la possibilità teorica di un margine inevitabile di relatività non può, di per sé sola, invalidare un accertamento basato sulla corrispondenza di alcune affezioni ad un determinato meccanismo causale, in assenza di qualsiasi altra causa patogena. Infatti, nel campo biopatologico, essendo estremamente difficile raggiungere un grado di certezza assoluta, la sussistenza del nesso causale tra un determinato antecedente e l’evento dannoso ben può essere affermata in base ad un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica,*

²⁴ Cassazione Civile, VI° Sezione Lavoro, Ordinanza n. 6266 del 18/03/2014.

²⁵ Cassazione Civile, II° Sezione, n. 632 del 21/01/2000.

soprattutto quando manchi la prova della preesistenza, della concomitanza o della sopravvenienza di altri fattori determinanti”.

I lettori non dovrebbero affidarsi ai titoli dei giornali in tema di procedimenti giudiziari, perché le motivazioni del giudice potrebbero essere basate su elementi eterogenei che la stampa travisa o trascura del tutto²⁶. Le sentenze, inoltre, sono scritte in modo molto tecnico, perché si riferiscono a centinaia di altri atti del processo. Poiché il ruolo dell'avvocato è previsto dalla Costituzione a tutela dei cittadini ed è obbligatorio che essi siano assistiti durante tutto il procedimento, sarà compito dell'avvocato spiegare il significato delle sentenze al proprio cliente ed eventualmente nelle note a sentenza (di certo non nel breve spazio di un articolo di giornale).

Il caso più eclatante è quello in cui la corte d'Appello di Torino, nel 2012, riconobbe il risarcimento di 1,8 miliardi di lire per una paziente che finì in coma vegetativo dopo la somministrazione del vaccino obbligatorio nel 1988. In questo caso, il CTU ha accertato *“la sussistenza di un nesso causale tra la vaccinazione, eseguita senza previa valutazione delle possibili conseguenze dell'intervento di tonsillectomia, e il manifestarsi della patologia”*, inoltre la bambina si sarebbe potuta salvare se, entro cinque giorni dalle complicazioni della vaccinazione, le fosse stato somministrato del cortisone, che avrebbero evitato danni cerebrali permanenti. In questa vicenda, per un mese intero le condizioni della bambina furono minimizzate dai medici, finché non si aggravarono irreparabilmente. Il danno subito dalla paziente in questo caso non è imputabile solo al vaccino, ma è conseguenza di altre patologie e interventi medici scorretti.

Un altro caso di risarcimento è quello del 2013²⁷, in cui la sentenza di primo grado passò in giudicato perché il Ministero non fece appello. Dalla consulenza tecnica emerse come l'immunizzazione vaccinale con vaccino esavalente – Infanrix Hexa – ebbe, secondo quanto affermato dal CTU, valore di concausa preponderante, necessaria e sufficiente al manifestarsi dell'epilessia criptogenetica. La patologia era quindi ricollegabile, con elevato grado di probabilità, all'immunizzazione con vaccino esavalente. Di conseguenza, il Ministero fu condannato a pagare 106.000 euro.

Nel 2015²⁸, invece, la Cassazione si pronunciò a favore dell'ASL, stabilendo come non siano risarcibili i danni imprevedibili: durante l'iniezione intramuscolare del vaccino antitifico, fu lesa un nervo in modo irreparabile,

²⁶ Si veda <http://www.butac.it/sentenze-di-tribunale-e-vaccini/>

²⁷ Sulla stampa: <http://www.ilrestodelcarlino.it/modena/vaccino-invalidita-risarcimento-1.1657419>

²⁸ Un altro articolo: <http://www.si24.it/2015/10/20/vaccini-cassazione-no-risarcimento-danni-permanenti-rispingo-ricorso-se-effettuato-correttamente/139554/>

ma la sentenza stabilì che la dottoressa si fosse attenuta ai protocolli.

Il caso invece più discusso è quello, sempre del 2012, in cui l'ASL fu condannata a risarcire 200.000 € dopo che a un paziente fu diagnosticato l'autismo a seguito della vaccinazione MPR. In primo grado²⁹, il tribunale di Rimini si basò sui documenti medici presentati dalle parti, in cui il dr. Niglio sottolineava il nesso vaccino-autismo nel 2008 e lo specialista dr. Montanari lo confermava nel 2009, e sulla CTU disposta in corso di causa, che si basava sugli studi di Wakefield. La sentenza fu però totalmente riformata nel 2015 dalla Corte di Appello di Bologna, poiché il CTU, dr. Lodi, scrisse nella sua relazione che *“nella storia clinica del bambino non c'è un'oggettiva correlazione temporale tra la progressiva comparsa dei disturbi della sfera autistica e il vaccino Mpr, vi è solo il fatto che i due eventi avvengano uno prima e uno dopo, ma come dimostrato, ciò non è sufficiente a mettere in relazione i due eventi”*.

Anche i Tribunali di Genova (2013) e Santa Maria di Capua Vetere (2015)³⁰ hanno deciso in favore del Ministero negando che le patologie autistiche oggetto della causa potessero essere causate dai vaccini. In questi casi, infatti, i CTU hanno portato una cospicua documentazione scientifica per negare la sussistenza del nesso causale tra la comparsa dell'autismo e la somministrazione dei vaccini.

Nella sentenza del Tribunale del Lavoro di Milano, nel 2014, la decisione si basava sul parere del CTU, dr. Alberto Tornatore, il quale scrisse: *“È probabile che il disturbo autistico del piccolo sia stato concausato, sulla base di un polimorfismo che lo ha reso suscettibile alla tossicità di uno o più ingredienti (o inquinanti), dal vaccino *Infanrix Hexa Sk*”*. Il Ministero è stato condannato a pagare un assegno bimestrale per tutta la vita del paziente.

Nel 2016 il nesso vaccini-autismo è stato nuovamente negato anche dalla Corte di Cassazione³¹, che ha confermato in questo senso le sentenze di primo e secondo grado, tenendo conto delle relazioni dei quattro CTU, i quali avevano escluso la sussistenza del nesso causale tra la patologia autistica e la vaccinazione.

Bisogna comunque notare che, in casi rarissimi, i vaccini possono presentare effetti collaterali tra cui anche reazioni gravi, dunque è impossibile eliminare del tutto il rischio che qualcuno promuova un giudizio per otte-

²⁹ Il testo integrale è reperibile qui: http://www.informasalus.it/it/data/allegati_docsc/sentenza-trib.%20lav.rimini.marzo%202012.pdf

³⁰ Si veda: <http://www.vaccinarsi.org/inprimopiano/2015/01/30/sentenza-nega-collegamento-autismo-vaccini.html>

³¹ Sulla stampa: http://www.ilsecoloxix.it/p/italia/2016/06/16/AS47Po8C-risarcimento_autismo_cassazione.shtml

nere il risarcimento dei danni da vaccino.

Analizzando le sentenze, si vede subito che le circostanze non sono come presentate sui giornali. Da un lato, infatti, alcuni casi non riguardano l'autismo ma altre patologie, ed è scorretto citarle come esempi di sentenze antiscientifiche sulla correlazione vaccino-autismo; dall'altro, molte di queste sentenze sono state poi annullate in appello o in Cassazione (anche se altre non sono state nemmeno appellate e dunque sono rimaste definitive) e gli indennizzi restituiti. Tutte le sentenze che hanno accolto la richiesta dei pazienti si sono basate sulla consulenza tecnica dei CTU e sui documenti firmati da medici, nessuna di esse è il prodotto di una valutazione autonoma del giudice contro l'opinione dei medici coinvolti.

La presenza di sentenze che condannano il Ministero a pagare degli indennizzi per danni causati dai vaccini si spiega con l'esistenza di medici che hanno riconosciuto la sussistenza di danni nei casi a loro sottoposti e che hanno rilevato, in maniera più o meno decisa, una correlazione tra quei danni specifici e la somministrazione di un vaccino. Si può ricordare, a questo proposito, la lettera firmata da 120 medici che si scagliava contro i vaccini, diffusa sui giornali³².

Se tutti i medici italiani fossero unanimi nel negare in modo assoluto la possibilità che i vaccini possano causare o contribuire a causare la patologia autistica, non esisterebbero sentenze in cui si afferma questo nesso causale.

Continuerebbero ad esistere, però, sentenze che riconoscono altri tipi di danno, come nei casi in cui il vaccino non avrebbe dovuto essere somministrato, è stato somministrato in maniera maldestra o il personale sanitario non è riuscito a porre rimedio a una reazione avversa; è possibile, perciò, che appaiano sempre notizie di questo tipo sui media; sta al singolo lettore verificare le fonti e la correttezza di ciò che è raccontato prima di sollevare critiche alla magistratura.

³² Si veda: <http://www.quotidiano.net/cronaca/vaccini-medici-contrari-1.1429559>

9. Il caso *Xylella*

Il caso della *Xylella fastidiosa* è uno degli esempi più lampanti di disinformazione mediatica, da cui si deduce chiaramente che sarebbe meglio che le vicende giudiziarie ancora in corso non fossero menzionate sui media.

Per fare ulteriore chiarezza è bene rivedere la cronologia della vicenda:

- 18/10/2010: l'Istituto Agronomico Mediterraneo (IAM) organizza un workshop (corso COST 873) sul tema *Xylella fastidiosa*, in cui sono stati discussi strumenti di diagnosi precoce e controllo per prevenire l'introduzione e l'eventuale disseminazione del batterio in Europa;
- 10/10/2013: compare sul Journal of Plant Pathology 95(3), pagg. 659-668, un *disease note* intitolato "Identification of DNA sequences related to *Xylella Fastidiosa* in Oleander, Almond and Olive trees exhibiting leaf scorch symptoms in Apulia (Southern Italy)". Il breve articolo, firmato da ricercatori italiani, suggerisce che la *Xylella* possa essere la causa del complesso del disseccamento rapido dell'olivo.
- 29/10/2013: la Regione Puglia, con la delibera di giunta n. 2023, dispone l'estirpazione di piante infette;
- 08/04/2014: la Procura riceve una denuncia contro ignoti da parte di associazioni ambientaliste e agricoltori pugliesi. Partono le indagini, normale conseguenza della denuncia, con l'ausilio di consulenti tecnici, dell'ARPA e della Polizia Provinciale;
- 13/04/2014: la Commissione UE emana la decisione di esecuzione nella quale elenca le misure da adottare per impedire la diffusione nell'Unione della *Xylella fastidiosa*;
- 23/07/2014: la Commissione UE emana un'ulteriore decisione di esecuzione nella quale elenca misure per impedire l'introduzione e la diffusione nell'Unione della *Xylella fastidiosa*;
- 26/09/2014: è emanato il decreto del Ministero delle Politiche agricole che prevede «l'eliminazione di tutte le piante infette o ritenute tali sulla base di ispezioni visive che mostrano sintomi ascrivibili a *Xylella fastidiosa* senza alcun esame analitico»;
- 16/10/2015: la Polizia, insieme ai tecnici del CNR, esegue prelievi da alberi esterni al territorio salentino, da cui risulta che non vi è traccia del batterio *Xylella*;

- 17/11/2015: il Corpo Forestale dello Stato presenta alla Procura una nota informativa riguardante l'oggetto delle indagini;
- 18/12/2015: il procuratore di Lecce invia un'ordinanza di sequestro di tutti gli ulivi colpiti da *Xylella fastidiosa* che avrebbero dovuto essere eradicati in Salento. Contestualmente vengono inviati molteplici avvisi di garanzia, di cui alcuni destinati a tre autori su quattro del *paper* apparso su Journal of Plant Pathology.

Innanzitutto, è da notare come i giornalisti presentino la figura dell'indagato al pari del colpevole di un reato e condizionino l'opinione pubblica in senso sfavorevole, spesso con gravi conseguenze nella vita di chi è coinvolto nel procedimento, che difficilmente riuscirà a “cancellare l'onta” e ripulire la propria immagine (anche perché non sempre le sentenze di assoluzione sono riportate sui media e diffuse allo stesso modo). Nei media, ricevere un “avviso di garanzia” (*rectius*: “informazione di garanzia”) equivale ad avere cucita addosso una lettera scarlatta. Il linguaggio usato è sempre denigratorio o almeno sospettoso, come se si pensasse che “le persone oneste non riceveranno mai un avviso di garanzia, se c'è stato significa che qualcosa devono pur aver fatto”.

Il principio costituzionale e internazionale secondo cui vi è una presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva non convince l'opinione pubblica, che non ha comunque fiducia nella magistratura e pensa che vi sia una netta differenza tra la colpevolezza sostanziale e quella processuale, tanto che molti indagati, a cui sono state dedicate le prime pagine, poi assolti, rimarranno per sempre colpevoli nell'immaginario collettivo.

L'argomento che bisogna tenere a mente in questi casi, ma che non compare mai nei media, è che essere iscritti nel registro degli indagati e ricevere l'informazione di garanzia è una tutela per l'indagato, perché da quel momento potrà avere notizia di tutti gli atti d'indagine finora coperti dal segreto, conoscere i reati a lui contestati, farsi assistere da un avvocato, svolgere indagini difensive, suggerire approfondimenti investigativi, presentare documenti, ma soprattutto assistere agli atti garantiti, tra cui quelli irripetibili, controllando che vengano svolti in maniera corretta. Si garantisce, cioè, che l'indagato possa partecipare al contraddittorio e organizzare tempestivamente la sua difesa. Non è, perciò, un indicatore di colpevolezza, ma è la legge stessa che impone al Pubblico Ministero di inviare l'informazione di garanzia non appena si appresta a compiere un atto che richiede la presenza di un difensore; anzi, è proprio la mancata iscrizione del nome nel registro che si presta ad abusi³³, dal momento che in tal caso la Procura può scegliere

³³ In particolare si veda: <http://www.paolonesta.it/informazioni-di-contenuto-lega->

più liberamente le modalità di svolgimento delle indagini, visto che non iniziano a decorrere i termini massimi di segretezza del nome dell'indagato, i termini massimi per la conclusione delle indagini e l'obbligo di assistenza da parte di un avvocato.

Il fatto che la Procura abbia indagato dei ricercatori non è un attacco alla scienza né un'interferenza nel lavoro di ricerca, ma è una inevitabile conseguenza della denuncia, perché ha consentito ai ricercatori di difendersi dalle accuse. Se, per pura ipotesi, a discapito di quanto prevede la legge, i magistrati avessero evitato di iscrivere il nome dei ricercatori sul registro e non avessero mandato le informazioni di garanzia, da un lato i media e l'opinione pubblica non avrebbero parlato di "attacco alla scienza", ma dall'altro gli inquirenti e i loro consulenti avrebbero potuto esaminare le presunte prove e gli elementi di accusa senza che i ricercatori avessero voce in capitolo e senza diritto di replica, mettendoli in una posizione di svantaggio processuale.

In questo scenario, che non appartiene allo stato di diritto, l'accusa avrebbe addirittura potuto raccogliere elementi di prova falsi o mediante procedure sbagliate, per poi distruggere tutti i documenti, tutti gli ulivi e tutte le evidenze scientifiche a favore dei ricercatori, i quali avrebbero potuto anche essere condannati per l'impossibilità di difendersi dalle prove presentate dal P.M. Infatti, in questo scenario ipotetico la Polizia avrebbe potuto comunque perquisire i laboratori e sequestrare documenti e beni dei ricercatori, senza che questi potessero contestare alcunché. Il giudice avrebbe potuto basare il suo giudizio solo sui campioni raccolti dalla Procura, con tutti i rischi che ne derivano.

Le opinioni di critica nel caso delle indagini a carico dei ricercatori che si sono occupati di *Xylella*, dunque, sono ingiustificate, in quanto non tengono conto di come la Procura lavori agli stadi iniziali del procedimento.

Un punto da tenere in considerazione è che, perché il P.M. possa iniziare le indagini, è necessario che egli venga formalmente a conoscenza di un fatto rilevante penalmente e ciò avviene mediante un'informativa della Polizia Giudiziaria, un referto, una denuncia o una querela. Può accadere che un medico o un ricercatore sia indagato dopo che il suo nome è apparso in un'indagine collegata o segnalato dalle forze dell'ordine straniere (come nel caso della prof.ssa Ilaria Capua³⁴), ma spesso è un altro cittadino che sporge querela o lo denuncia.

Nel caso *Xylella*, molto probabilmente il P.M. ha ricevuto una denuncia circostanziata relativa al lavoro dei ricercatori, proveniente da qualcuno che

le/2032-liscrizione-della-notizia-di-reato-e-le-sue-patologie.html

³⁴ Si veda: <http://espresso.repubblica.it/attualita/2016/07/05/news/capua-proscioltta-da-traffico-virus-da-intercettazioni-emerge-grande-business-1.276215>

conosceva le loro attività; a differenza di quanto asserito negli articoli reperibili online, la Polizia non si è recata nei centri di ricerca al fine di accusare gli scienziati di reati, perché di norma non conosce nemmeno l'esistenza della *Xylella*, così come non conosce i virus che sarebbero stati oggetto di un traffico internazionale nel caso della Capua.

Affinché le indagini abbiano inizio, dunque, è necessario che qualcuno porti all'attenzione degli inquirenti un fatto concreto e serio dal punto di vista giuridico; è indispensabile che il P.M. riceva delle informazioni precise e solide (date, luoghi, nomi, documenti rilevanti, prove di qualche tipo). La Procura, come ufficio composto da una pluralità di persone aventi idee diverse, non ha, di per sé, alcun interesse a mettere sotto accusa gli scienziati in quanto tali o a sostituirsi al loro lavoro.

Anche durante le indagini, poi, la Procura non ha preteso di contestare l'operato dei ricercatori o di fornire interpretazioni scientifiche, ma si è limitata ad affidare le analisi agli esperti della materia, ovvero i consulenti tecnici; tuttavia, in uno scenario in cui anche a livello europeo la confusione ha regnato sovrana per anni³⁵, anche i consulenti si trovano a svolgere un lavoro complesso, lungo e delicato.

Del caso *Xylella* si hanno solo informazioni frastagliate e imprecise, poiché le uniche pervenute sono quelle filtrate dalla stampa, alcune poi rivelatesi false³⁶. La notizia, in prima battuta, era relativa a una denuncia contro ignoti³⁷, ma vi sono stati anche altri articoli, come quello su *Il Fatto Quotidiano*³⁸, che sosteneva teorie semi-complottistiche a proposito di nove ceppi di *Xylella*, che sarebbero stati diffusi dai ricercatori per contagiare gli ulivi in combutta con la Monsanto, e poi isolati dalla Procura. Dal decreto di sequestro preventivo datato 18/12/2015 risulta che i reati contestati fossero: 500 co. 2 (diffusione colposa di una malattia delle piante o degli animali), 452 bis³⁹ e quinquies (inquinamento ambientale colposo), 476

³⁵ L'Unione Europea non ha trovato un accordo interno per gestire l'emergenza, si veda in proposito: http://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2015/03/27/xylella-paesi-ue-divisi-su-misurecontro batteriokiller_83d10ce4-46f2-409b-b0de-7a014629add7.html

³⁶ Le Scienze fa un'ipotesi, si veda al riguardo: http://www.lescienze.it/news/2016/04/27/news/xylella_worshop_dettagli_perizia-3064864/ mentre, qui pubblica alcune risposte: http://www.lescienze.it/news/2016/04/27/news/xylella_consulenti_procura_domande_risposte-3066936/

³⁷ Su *La Repubblica*: <http://bari.repubblica.it/cronaca/2014/05/21/news/xylella-86763258/>

³⁸ Tuttora online: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/12/18/xylella-sequestrati-tutti-gli-ulivi-da-abbattere-10-indagati-ce-anche-commissario-silletti/2317258/>

³⁹ Articolo inserito dalla L. 22 maggio 2015, n. 68, che ha inserito l'intero Titolo VI-*bis*,

(falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici), 479 (falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici), 674 (getto pericoloso di cose), 734 (distruzione o deturpamento di bellezze naturali) del codice penale.

In realtà, gli atti della procura all'inizio non erano stati diffusi, in quanto protetti dal segreto di indagine⁴⁰ e si sapeva soltanto che i reati contestati erano per lo più di tipo colposo, non doloso.

Caduto l'obbligo di segreto, gli atti potevano essere diffusi ma non pubblicati.

Le indagini riguardanti la vicenda Xylella erano state prorogate fino al 17 dicembre 2016⁴¹, perciò questi obblighi permanevano sino a quella data.

Anche se gli agenti e gli ufficiali non sono tenuti al segreto di indagine sui fatti di cui all'art. 329 c.p.p., non possono comunque rivelare tali informazioni, in quanto tenuti al segreto d'ufficio ai sensi dell'art. 15 del D.P.R. n. 3 del 10/01/1957. Il P.M. tuttavia può consentire la pubblicazione di singoli atti anche se coperti da segreto (art. 329, co. 2 c.p.p.) o di parti di essi, oppure disporre il divieto di pubblicazione di singoli atti non più coperti dal segreto qualora la diffusione di tali informazioni possa ostacolare le indagini (art. 329, co. 3 c.p.p.), attraverso un decreto motivato.

Al divieto di diffusione se ne aggiunge un altro, cioè il divieto di pubblicazione di atti e di immagini, previsto dall'art. 114 c.p.p., che si applica da un lato agli atti coperti da segreto assoluto di cui sopra, dall'altro agli atti non coperti dal segreto, fintanto che sussiste la ragione di tale divieto, ossia assicurare un corretto svolgimento del procedimento e del processo.

Bisogna sottolineare che è di primaria importanza che i giornali non parlino delle indagini ancora in corso e del processo penale, perché il processo che eventualmente si instauri nei confronti degli indagati deve essere giusto e ciò significa che il giudice non deve essere influenzato in alcun modo, ma deve invece essere imparziale ed equidistante dalle parti. Chi si trova a dover decidere una causa deve considerare soltanto ciò che è contenuto nel fascicolo del dibattimento e non le opinioni dei giornalisti.

Ciò chiarito, richieste e commenti come quelli di Italia per la Scienza⁴²

in vigore dal 29 maggio 2015.

⁴⁰ Per approfondimenti: <http://www.altalex.com/documents/news/2005/03/09/obbligo-del-segreto-e-divieto-di-pubblicazione-di-atti-e-di-immagini>

⁴¹ La notizia della richiesta di proroga si trova qui: http://www.quotidianodipuglia.it/regione/xylella_indagini_sei_mesi_pricura_lecce-1812268.html

⁴² Verso la fine dell'intervista si parla proprio della magistratura e dei documenti segreti: <http://italiaxlascienza.it/main/2016/01/xylella-fastidiosa-intervista-al-professor-alexander-purcell/>

e altri⁴³ risultano fortemente inopportuni. Se la scienza non si deve fare nei tribunali, i processi non devono essere fatti dagli scienziati: diffondere una perizia di parte e lasciarla liberamente commentabile dalla comunità scientifica creerebbe enormi danni in ordine all'imparzialità del giudice e al corretto svolgimento del processo. La comunità scientifica non è parte in causa, solo gli imputati hanno diritto di esercitare il contraddittorio e di poter replicare ai consulenti della Procura attraverso i propri periti e attraverso le indagini difensive, in modo che il giudice possa esaminare contestualmente entrambe le posizioni, formandosi un'idea imparziale. La curiosità degli scienziati non giustifica una compromissione dei diritti degli indagati, i quali vengono danneggiati da queste indebite intromissioni mediatiche.

Risulta tuttavia inopportuna anche la pubblicazione di frasi decontestualizzate provenienti da dipendenti della Procura che non sono contenute in atti ufficiali e che smentiscono il lavoro di indagine, come quelle del procuratore Motta⁴⁴, in quanto non fanno altro che confondere un quadro già di per sé contraddittorio. Allo stesso modo, non giova alla posizione degli indagati la prassi di indire conferenze stampa in cui i difensori rilasciano dichiarazioni necessariamente di parte⁴⁵ (e non potrebbe essere altrimenti, visto che i doveri deontologici impongono di non danneggiare i propri assistiti).

A maggior ragione è inopportuno anche riportare le dichiarazioni⁴⁶ dell'ex Presidente del Tribunale di Bari, come *argumentum ad verecundiam*: *“Voglio essere più chiaro. L'iniziativa dei P.M. leccesi ha destato clamore e preoccupazione. Il problema è molto serio. Si doveva già intervenire quando il batterio fu individuato e sequenziato dagli scienziati. Invece si è tergiversato, si è stati fermi fino alla presa di posizione dell'Unione Europea. Adesso intervengono i P.M. e tutto si blocca. Hanno in mano informazioni scientifiche nuove tali da mettere in crisi le vecchie conoscenze? Le facciano presenti nei modi appropriati, ma non si fermi l'ordinato svolgimento delle azioni. Veramente, non capisco quanto sta avvenendo. Mi è sembrato un intervento a gamba tesa, solo questo. Lo dico con amarezza perché stimo Cataldo Motta, ma questa vicenda crea sconcerto non solo in me”*.

⁴³ Si veda: http://www.arpae.it/cms3/documenti/_cerca_doc/ecoscienza/ecoscienza2016_1/greco_es2016_1.pdf

⁴⁴ Riportate qui: http://www.ilfoglio.it/articoli/2016/01/18/non-si-ferma-il-circo-mediatico-giudiziario-sulla-xylella-chiedere-in-procura__1-v-137190-rubriche_c351.htm

⁴⁵ Le dichiarazioni sono visionabili anche in video: http://www.trmtv.it/home/cronaca/2016_02_01/104195.html

⁴⁶ Su La Gazzetta del Mezzogiorno: <http://www.lagazzettadelmezzogiorno.it/news/notizie-nascoste/707378/giudice-savino-su-inchiesta-sembra-invasione-di-campo.html>

La vicenda della diffusione del batterio *Xylella* è lunga e complessa, ma è stata riassunta in maniera completa da Valigia Blu⁴⁷, a cui si rimanda per comprendere lo svolgimento dei fatti.

Ripercorrendo la storia giornalistica del caso in esame, si nota subito che non è possibile effettuare un *fact checking* adeguato sulle informazioni relative agli atti della magistratura. Alcuni virgolettati riportati da Il Foglio⁴⁸ nel 2015, ad esempio, non trovano riscontro in altre fonti. Altri articoli⁴⁹, invece, si basano su dichiarazioni o interviste ai P.M., che non hanno alcuna validità legale né hanno effetti sugli indagati.

Il primo rilievo da sollevare è che questa fonte cerca di suggerire l'esistenza di una persecuzione degli scienziati ad opera della magistratura.

Fortunatamente, le 59 pagine di decreto di sequestro degli ulivi sono ora disponibili online⁵⁰ e possono essere consultate e analizzate liberamente.

Pur essendo chiaro che l'iscrizione nel registro degli indagati non è indice di una lotta alla scienza da parte dei magistrati, si potrebbe comunque obiettare che il solo sequestro dei laboratori e degli altri strumenti dei ricercatori costituisca una circostanza idonea a rovinarne la carriera, poiché li costringe a interrompere la ricerca e la pubblicazione dei risultati in articoli e atti di conferenze. Potenzialmente, qualunque persona convinta di idee cospirazioniste o qualunque rivale di un determinato ricercatore potrebbe recarsi a denunciarlo, portando prove e testimonianze false o inventando teorie verosimili basate su mere coincidenze. Se la denuncia fossa fatta ad arte, la procura sarebbe costretta a indagare e a sequestrare tutta la strumentazione e tutti i campioni con cui quel ricercatore lavora, impedendogli di proseguire la ricerca per mesi o anni, con un danno irreparabile in termini lavorativi.

Il decreto di sequestro preventivo è una misura cautelare reale che ha lo scopo di proteggere degli interessi giuridici relativi a dei beni coinvolti nella vicenda penale: *“quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato”*; si tratta quindi di una semplice misura pratica, non è né un'accusa

⁴⁷ Un articolo del 2015: <http://www.valigiablu.it/xylella-ulivi-puglia/>

⁴⁸ Consultabili qui: http://www.ilfoglio.it/articoli/2015/12/25/xylella-italia_1-v-136416-rubriche_c284.htm

⁴⁹ Come quello di Nature: <http://www.nature.com/news/italian-scientists-vilified-in-wake-of-olive-tree-deaths-1.17651>

⁵⁰ Si può reperire qui: <http://www.salmon.org/wp-content/uploads/2015/12/decreto-procura-lecce-1.pdf>

né un provvedimento che decide nel merito della questione, a differenza di quanto insinuato dalla stampa. La motivazione del decreto non ha effetto sugli imputati, serve soltanto ai fini del sequestro, per giustificarlo.

Nel caso Xylella, la magistratura non ha giudicato i risultati dei ricercatori né li ha contestati, ma ha semplicemente protetto l'oggetto delle indagini (gli ulivi) in modo che non andassero distrutti fintanto che le indagini erano ancora in corso. Lo strumento del sequestro preventivo è molto usato nel procedimento penale, non è quindi un trattamento speciale nei confronti dei ricercatori: se ne trovano numerosi esempi anche sulla stampa in relazione a inchieste totalmente diverse⁵¹.

In tale caso, a gennaio 2016, dopo un mese dal decreto, i difensori degli imputati hanno rinunciato al riesame⁵², quindi gli alberi sono rimasti sotto sequestro fino a luglio 2016, quando la Procura stessa ha revocato⁵³ il provvedimento.

L'ordinamento italiano conferisce agli indagati diversi strumenti per tutelarsi dai possibili errori, tra cui la possibilità di svolgere indagini difensive in parallelo, di chiedere il riesame dei sequestri e di ricorrere in Cassazione. In questo caso specifico, però, i difensori degli indagati, pur avendo chiesto un riesame, vi hanno poi rinunciato. Se persino i diretti interessati hanno rinunciato a far valere le proprie ragioni, accettando di conseguenza il sequestro, per quale motivo la comunità scientifica, che non è parte in causa, dovrebbe contestarlo?

Tra chi si è interessato nell'indagine in corso figurano addirittura giornali e riviste estere, tra cui *Science*⁵⁴, *Nature*⁵⁵, *The Washington Post*⁵⁶. I giornali italiani invece hanno scritto titoli del tipo: “No ai processi al meto-

⁵¹ Per una panoramica in relazione ad attività di estrazione di pietra calcarea si consulti: http://www.quotidianodipuglia.it/taranto/scoperta_megacava_abusiva_a_statte_sequestro_per_700mila_euro2055237.html o dei beni di una società giornalistica: <http://www.corrierecaserta.it/notizie-alto-casertano/alto-casertano-cronaca/2016/10/24/caserta-sequestro-preventivo-alla-societa-dossier-societa-cooperativa-giornalistica-25-milioni-euro.html> o ancora un'area demaniale: <http://www.traninews.it/articoli/22882-sequestro-preventivo-dell-area-demaniale-dell-ex-stabilimento-la-vela-sul-cristoforo-colombo-a-trani.asp>

⁵² Fonti: <http://www.lecceprima.it/cronaca/inchiesta-xylella-i-due-indagati-rinunciano-al-ricorso-al-riesame.html> e <http://www.corrieresalentino.it/2016/01/xylella-i-ricorrenti-rinunciano-al-riesame-e-gli-alberi-rimangono-sotto-sequestro/>

⁵³ Fonte: <http://www.norbaonline.it/gnews.asp?i=5682&Xylella,-Procura-Lecce-revoca-sequestro-ulivi>

⁵⁴ Fonte: <http://science.sciencemag.org/content/353/6297/346>

⁵⁵ Fonte: <http://www.nature.com/news/italian-scientists-under-investigation-after-olive-tree-deaths-1.19078>

⁵⁶ Fonte: https://www.washingtonpost.com/news/speaking-of-science/wp/2015/12/23/italian-scientists-accused-of-spreading-olive-ebola/?utm_term=.f3c7a1735e95

do scientifico” e “Un Paese che odia la scienza”. Abbiamo però visto che non c’è stato alcun processo alla scienza, ma una semplice indagine svolta secondo le normali procedure.

Come mai tutto questo scalpore? La risposta è data dalla lettura del decreto di sequestro, che contiene, sotto forma di racconto unitario, tutta la cronistoria delle indagini, le opinioni e dichiarazioni dei testimoni, le dichiarazioni delle forze dell’ordine, le valutazioni dei periti e ogni altro elemento che è emerso durante le attività di indagine fino a dicembre 2015; tale racconto si apre con una cronologia degli eventi tratta dal verbale del Corpo Forestale dello Stato datato 17/11/2015. I P.M. hanno creato un documento di una sessantina di pagine, che è però stato equivocato dai media: invece che un resoconto delle indagini, con fatti tratti dai verbali delle forze dell’ordine, è stato visto come un atto di accusa e un tentativo di intromettersi nella ricerca scientifica. Il gergo legale utilizzato, incomprensibile ai più, sicuramente non ha aiutato i giornalisti e gli scienziati a comprendere le affermazioni della Procura.

I punti principali che sono stati equivocati sono:

- a) *i reati contestati ai ricercatori e i motivi per cui sono stati indagati (processo alla scienza, ricercatori perseguitati)*

Relativamente al punto A, dal testo del decreto emergono elementi concreti per ipotizzare responsabilità penali e amministrative a carico dei ricercatori e degli Istituti in cui operavano, ma non appare l’ipotesi che i ricercatori abbiano voluto e cercato la diffusione della *Xylella* (come invece la stampa ha lasciato credere).

A pag. 20 si legge infatti che, presso l’Istituto Agronomico del Mediterraneo (IAM) di Valenzano, in data 16/04/2015, la dott.ssa D’Onghia avrebbe distrutto un documento che era stato precedentemente consegnato alle forze dell’ordine, mentre il dott. Valentini avrebbe evitato, con una scusa, di consegnare la documentazione richiesta. Lo stesso dott. Valentini, insieme al dott. Guarino, come si legge nelle pagine successive, avrebbe importato dei campioni del batterio *Xylella* senza averne l’autorizzazione e senza avere il relativo passaporto; inoltre, a quanto emerge dai documenti allegati al decreto, nel 2010 avrebbe falsificato i verbali di apertura dei pacchi (arrivati in Italia parecchi giorni dopo la data presente nei verbali firmati dagli imputati); il laboratorio CRFSA, invece, nel 2013 avrebbe effettuato analisi senza essere accreditato, mentre il Dipartimento di Scienze del Suolo, della Pianta e degli Alimenti avrebbe effettuato prove in campo e in serra senza la necessaria autorizzazione da parte del Servizio Fitosanitario Nazionale. Questi fatti sono chiaramente sufficienti a giustifi-

care un'indagine, in quanto è ipotizzabile la responsabilità penale indicata nel decreto: falsità materiale e ideologica in atto pubblico (artt. 476 e 479 c.p.). Vi sono, poi, dichiarazioni dei ricercatori tra loro discordanti, anche relativamente ad alcune date (ad esempio, dai verbali risulta che la malattia degli ulivi era stata riscontrata già negli anni 2004-2006), che sicuramente non hanno aiutato ad alleggerire la posizione degli indagati.

A pag. 38 e 39 si possono leggere nel dettaglio tutti i comportamenti considerati dai magistrati come potenzialmente contrari alla legge.

b) la ricostruzione scientifica e i motivi per cui nel decreto sono presenti teorie sulla Xylella (la Procura vuole sostituirsi ai ricercatori).

Relativamente al punto B, i PM non hanno svolto alcuna ricerca scientifica né inventato teorie a proposito della *Xylella*. Dalla lettura del decreto emerge che tutte le supposizioni in tema di scienza provenivano da esperti del settore, i periti della Procura, che, in seguito, dopo aver approfondito le analisi, sono giunti alle stesse conclusioni dei ricercatori, mentre la presenza del batterio negli anni precedenti era stata indicata dai testimoni. A pag. 35 e 36 del decreto, infatti, si leggono alcuni estratti delle relazioni dei consulenti, dott. Surico e dott. Ranaldi. La parte scientifica del decreto, dunque, è costituita da virgolettati o da riferimenti a dichiarazioni di altre persone e non è frutto di una ricostruzione tecnica dei magistrati, a differenza di quanto asserito in molti articoli e commenti presenti sui media.

c) la presenza di affermazioni riguardanti la Monsanto e operazioni illegali sui campi (la Procura segue teorie complottistiche).

Relativamente al punto C, nel testo del decreto si leggono accenni alla Monsanto e a persone vestite in tuta nei campi sperimentali, ma questi derivano dalle dichiarazioni e denunce di testimoni, in particolar modo di associazioni di coltivatori. I magistrati hanno esposto i fatti facendo riferimento alle teorie che gli sono state sottoposte e non hanno creato un'indagine al fine di procurare un danno ai ricercatori indagati.

d) il sequestro degli ulivi e il motivo per cui il commissario Siletti è stato indagato.

Relativamente al punto D, emergono chiari elementi su cui è possibile ipotizzare addebiti a carico di uno degli indagati, per cui un'indagine è del tutto plausibile e l'iscrizione nel registro degli indagati opportuna per un corretto svolgimento delle indagini. Allo stesso modo, appare plausibile che gli inquirenti abbiano voluto sequestrare gli ulivi nelle more del procedimento, ma la *ratio* del sequestro non è quella di danneggiare gli scienziati o di costruire teorie scientifiche, come invece suggerito dai media.

10. *I casi Commissioni Grandi Rischi e Green Hill*

Il meccanismo mediatico adottato nei casi suindicati è riscontrabile anche in vicende precedenti, una relativa al terremoto avvenuto a L'Aquila nel 2009 e l'altra relativa alla chiusura di un allevamento di cani di razza beagle, in provincia di Brescia, a seguito delle proteste animaliste.

Nel primo caso, l'autorità giudiziaria ha avviato un processo penale nei confronti degli allora componenti della Commissione Grandi Rischi. In primo grado, il Tribunale dell'Aquila, con sentenza n. 380/2012, ha condannato i componenti della commissione per omicidio colposo e la parte pubblica al pagamento di una provvisoria alle parti civili, oltre alle spese legali, per aver rassicurato i cittadini determinandone il cambio di abitudini che ne aveva causato la morte. La Corte d'appello dell'Aquila, con sentenza n. 3317/2014, ha parzialmente riformato la sentenza di primo grado, assolvendo tutti gli imputati, fatta eccezione per il vice capo dipartimento dell'area tecnico-operativa, Bernardo De Bernardinis. Successivamente, la Cassazione ha confermato le statuizioni della Corte d'Appello.

I mass media hanno ripetuto incessantemente che gli imputati fossero stati condannati "per non aver saputo prevedere il terremoto". Come hanno notato gli scienziati dell'International Seismic Safety Organization, infatti, vi erano state "fuorvianti informazioni diffuse da alcune organizzazioni scientifiche, da alcune riviste e da alcuni quotidiani sulla sentenza di condanna in primo grado dei membri della Commissione Grandi Rischi italiana, che si riunirono a L'Aquila il 31 marzo 2009. [...] La disinformazione su tale argomento ha deliberatamente indotto la comunità scientifica e l'opinione pubblica a ritenere erroneamente che le motivazioni del rinvio a giudizio dei componenti della Commissione consistano nell'aver essi "fallito nel prevedere il terremoto"; questa interpretazione erronea può influenzare la comunità scientifica e l'opinione pubblica contro una sentenza pronunciata nel nome del popolo italiano"⁵⁷.

Anche all'estero i media riportavano la notizia errata secondo cui i sismologi sarebbero stati condannati per non aver saputo predire il futuro⁵⁸.

Nel caso Green Hill, invece, nel 2012, in seguito all'intervento di un

⁵⁷ Si veda: <http://www.nextme.it/scienza/natura-e-ambiente/4637-prevedere-terremoti-lettera-martelli-commissione>

⁵⁸ *Ex multis*: New York Times <http://www.nytimes.com/2012/10/27/opinion/a-failed-earthquake-prediction-a-crime.html>; Nature, contenente altresì riferimenti ad altri media: <https://www.nature.com/news/2011/110914/full/477264a.html>

gruppo di animalisti, che aveva liberato alcuni beagle, le autorità avevano posto sotto sequestro l'allevamento "Green Hill" di Montichiari e i 2.636 cani che ospitava, successivamente condannando in primo grado, appello e Cassazione i veterinari e i gestori della struttura per aver illegittimamente praticato l'eutanasia sugli animali. Tuttavia, probabilmente a causa delle dichiarazioni degli animalisti, anche in questo caso la vicenda è stata vista come una lotta alla scienza, in particolare alla sperimentazione animale⁵⁹. Pro-Test Italia ad esempio, critica la sentenza sostenendo che a processo sia la sperimentazione animale e non l'azienda⁶⁰.

11. Conclusioni

Anche se non è in atto uno scontro tra *diritto* e *scienza* né la magistratura cerca di interferire con il lavoro degli scienziati, dall'analisi dei fatti emerge l'inadeguatezza del sistema processuale italiano a gestire le fattispecie in cui entrano in gioco questioni scientifiche.

Le attuali regole procedurali non risultano idonee a proteggere i cittadini né dai truffatori che promuovono cure senza alcun fondamento né dalle false accuse o dalla malafede di alcuni CTU.

In particolare, i punti più critici sono:

- 1) La possibilità per qualunque laureato in materie scientifiche di iscriversi presso gli albi dei CTU, indipendentemente dalle loro competenze e specializzazioni.

Chiunque può chiedere di essere iscritto all'albo dei CTU, allegando il proprio curriculum. Le procedure di ammissione a questi albi variano da tribunale a tribunale, così come i requisiti richiesti. In generale, si tiene conto della laurea, dell'iscrizione al proprio ordine professionale e delle pubblicazioni in materia. Purtroppo, qualunque medico disonesto può autoproclamarsi esperto di vaccini e portare pubblicazioni senza valore e partecipazioni a convegni privi di comitato scientifico a sostegno della propria domanda di iscrizione all'albo, con il risultato che in molti processi vengano scelti sempre

⁵⁹ Su Wired: <https://www.wired.it/scienza/2015/01/19/green-hill-processo-contro-sperimentazione-animale/>

⁶⁰ Si veda: <http://www.pro-test.it/blog/2015/marzo/27/green-hill-sotto-processo-non-un-azienda-ma-la-sperimentazione-animale-e-ancora>: <http://www.pro-test.it/blog/2015/gennaio/15/la-verita-sul-processo-green-hill>

gli stessi nomi⁶¹, in un circolo vizioso; così come può accadere in qualunque altra categoria professionale.

Il giudice può nominare anche un consulente non presente nell'albo, se ne dà una valida motivazione (ad esempio perché preferisce chiamare un luminare del settore, su cui, però, non vi sono idonee verifiche *ex ante*, ma solo in sede di impugnazione).

Sarebbe opportuno riformare l'accesso all'albo dei consulenti tecnici, in modo che, nelle materie scientifiche, possano accedervi soltanto persone con qualifiche verificate a livello accademico.

Un'ulteriore soluzione sarebbe quella di prevedere l'integrazione del Collegio giudicante con giudici non togati, che siano esperti della materia di cui si discute nel giudizio, qualora siano in gioco diritti costituzionalmente garantiti (come il diritto alla salute).

- 2) La possibilità per qualunque medico di prescrivere cure non validate dalla comunità scientifica e di farle somministrare presso ospedali pubblici.

Il caso di Stamina ha evidenziato un problema relativo al mancato controllo delle terapie che possono essere erogate dai singoli ospedali, oltre che dalla eccessiva libertà dei medici nel prescrivere cure a carico del Sistema Sanitario Nazionale.

Una soluzione potrebbe essere quella di effettuare controlli più stringenti sulle decisioni relative alla cura dei pazienti, ad esempio prevedendo un collegio di tre medici per il rilascio dei certificati.

- 3) La possibilità per i PM di scegliere consulenti e periti non approvati dalla comunità scientifica.

Accuse verosimili ma inconsistenti nei confronti di un ricercatore, basate su congetture o speculazioni riguardo sue attività scientifiche "maliziose", possono sfociare in un'indagine, o addirittura in un processo qualora il giudice faccia ricorso alla consulenza di un CTU non imparziale. Queste circostanze possono danneggiare irreparabilmente l'attività di ricerca di uno scienziato, poiché può ritrovarsi con le attrezzature sotto sequestro (per esempio, i computer su cui lavora), non avere più accesso alla conoscenza (ad esempio, le banche dati telematiche o le riviste in formato elettronico), non poter viaggiare per conferenze, e così via. Si configura l'impossibilità materiale di proseguire con l'attività di ricerca. Una pausa forzata di anni nell'attività può causare un ritardo rispetto ai concorrenti, con la perdita di

⁶¹ Così come rilevato anche dal dott. Salvo di Grazia nel suo blog Medbunker: <http://medbunker.blogspot.it/2015/05/autismo-e-vaccini-giustizia-giusta.html>

opportunità di pubblicazione e l'impoverimento del curriculum. Qualora l'indagato fosse precario, sarebbe molto probabile la fuoriuscita dall'accademia. A questi danni, si somma quello di immagine e la probabile perdita di collaborazioni, con un deterioramento complessivo della carriera potenzialmente insanabile. Nel caso di processi per l'attività scientifica, servirebbe la previsione di idonee cautele che tengano conto dei rischi e delle conseguenze derivanti dalle attività di indagine.

- 4) L'assenza di pene adeguate per la violazione del segreto d'indagine e per la diffusione di notizie che possano influire negativamente sui procedimenti giudiziari.

Come soluzione al problema della diffusione di informazioni giudiziarie sui media, sarebbe opportuno aumentare le pene previste in modo da rendere meno vantaggiosa la pubblicazione rispetto al pagamento della pena pecuniaria, poiché attualmente si verifica l'esatto contrario.

In conclusione, si può ritenere che, nonostante l'errata rappresentazione della Giustizia nei media, sia possibile ottenere un margine apprezzabile di miglioramento attraverso nuove riforme dell'ordinamento giudiziario.

Abstract

The recent proceedings and the related press attention concerning Xylella, Stamina, "Commissione Grandi Rischi", Di Bella, Green Hill, and those who have received compensation for vaccination damages, have highlighted a serious problem regarding the public perception of the administration of justice. The scientific community, in particular, has come to accuse judges and lawyers of undue interference in science matters: it has been said that "science is not to be made inside Courts" and even the prestigious journal "Nature" has written in defense of the researchers, leaning against the Italian judiciary.

However, this erroneous perception of the existence of a conflict was created by the media, consciously or not, through wrong information, which led to sensation alist titles ("Say no to suits against the scientific method", "A country that hates science") and to articles containing gross legal mistakes (such as confusion between orders and judgments, ignorance of the role that expert witnesses appointed by the Court play in trials, etc.). The narrative offered to the public paints, in tones that remind the trial of Galileo, a bitter clash between law and

science, pushing readers, that are not in the legal field, to believe that judges and lawyers want to be a substitute for scientists, persecuting them and proposing their own vision of science.

This rhetoric is part of a wider context that puts the legal profession on trial almost daily (the judiciary allegedly being politicized, bringing lawyers into disrepute). From this picture emerges the urgent need to remedy media misconduct and to implement counter-measures, including issemination, to avoid slander against the legal professions.

Mauro Grondona*

Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica
(con uno sguardo su Hayek: 'The Political Order of a Free People')

SOMMARIO: 1. Premessa; - 2. Hayek tra liberalismo e democrazia; - 3. Hayek e il problema della libertà; - 4. Per una 'correzione della democrazia: il ruolo del giudice; - 5. Giudici e democrazia.

1. *Premessa*

L'obiettivo di questo intervento (nel quale sarà in qualche misura conservato il tono dell'esposizione orale) è invero piuttosto circoscritto: intendo infatti brevemente occuparmi di alcuni snodi della cultura giuridica contemporanea, e soprattutto del ruolo istituzionale della giurisdizione, ma lo faccio con lo sguardo rivolto (il che potrà anche essere considerato eccentrico) al volume meno fortunato (e le cui tesi portanti¹ – attinenti all'assetto costituzionale, appunto, di un ordine politico liberale – sono, se non altro, difficilmente attuabili, oltre a rivelare – non lo si può non notare – un accentuato approccio costruttivistico che in certa misura sorprende, ma che appunto perciò andrebbe approfondito)² della grande trilogia hayekiana

* Professore associato di Diritto Privato presso l'Università di Genova, Dipartimento di giurisprudenza

¹ Alludo, in particolare, non tanto alla distinzione tra quelle che Hayek denomina 'Assemblea Governativa' e 'Assemblea Legislativa', ma soprattutto alle procedure di formazione e di funzionamento di esse, assai complicate: cfr. infatti il cap. 17 ('Un modello di costituzione') del vol. III: F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit. qui sotto in nota 3, pp. 479 ss.

² Ma va segnalato come, da parte di certa dottrina politico-giuridica angloamericana, vi sia, negli anni a noi più vicini, un qualche ritorno di attenzione per ciò che potremmo chiamare il 'costituzionalismo hayekiano'. E del resto bisogna anche segnalare come, tendenzialmente, chi si occupa dell'Hayek costituzionalista lo faccia in chiave critica. In senso invece favorevole v. ora S.G. CALABRESI, *Friedrich A. Hayek, the U.S. Constitution, and Institutional Design*, in 48 *Arizona State Law Journal* (2016), pp. 231 ss.

*'Law, Legislation and Liberty'*³, certamente tra i più notevoli libri di scienze sociali che nel Novecento siano apparsi.

Nel prosieguo del discorso ci si soffermerà pertanto, in particolare, sul problema – a ben vedere sempre attuale, ma il cui volto sempre muta per inevitabili ragioni di contesto storico, che è la grande guida per ogni seria comprensione della 'realtà' – del rapporto tra diritto inteso quale apparato istituzionale e vita delle persone (cioè, 'società'), e dello strettamente connesso (anche se proprio su questa connessione si concentrano visioni e prospettive non sovrapponibili e spesso, anzi, in aperto e reciproco conflitto) problema della giurisdizione quale fattore di mediazione sociale (l'espressione, come noto, a molti spiace, ma può essere se non altro usata almeno in un senso allusivo – pur non potendosi del resto negare, a mio avviso, una solida connessione tra giudice e società, tra ordinamento e regole applicate, e quindi tra diritto e cultura)⁴, cioè quale produttrice, per così dire, di meta-norme

³ Come noto, la trilogia hayekiana ('Rules and Order', 1973; 'The Mirage of Social Justice', 1976; 'The Political Order of a Free People', 1979), uscita in volume unico in ed. inglese (Routledge) nel 1982, è stata successivamente tradotta dal 'Saggiatore' (la prima ed.it. è del 1986); io ho sottomano una ristampa: F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata* (ed.it. a cura di A. PETRONI e S. MONTI BRAGADIN. Prefazione di M. FINAZZER FLORY. Traduzione di P.G. MONATERI), Milano, 2000. Senz'altro utile ancor'oggi, almeno per il lettore italiano, la pagina che il *Corriere della Sera* dedicò a Hayek in occasione della trad.it. cit.: v. infatti il numero del 25 giugno 1986, p. 19, con interventi di Salvatore Veca, Federico Caffè e Franco Romani.

⁴ Su tali tematiche non hanno perso rilevanza e anzi sono a mio avviso da ripensare alcune pagine di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981. L'Introduzione 1971', che si legge alle pp. 1-12, è senza dubbio un manifesto di teoria giuridico-politica, peraltro molto attento alle ricadute pratiche di certe premesse teoriche. Non è questa la sede per proporre un esercizio di rilettura (che però andrebbe fatto) di queste pagine, ma, in linea di stretta continuità con quanto affermato nel testo, va almeno richiamata la 'tesi fondamentale' che leggiamo espressa alle pp. 6-8: «[L]attività del giurista, data l'inevitabile incompletezza del diritto positivo, è attuazione-integrazione critica del diritto stesso, ossia appunto "politica del diritto". [...] Presupposti della politicità della giurisprudenza sono: a) l'incompletezza-indeterminazione del diritto positivo; b) l'impossibilità di completarlo-determinarlo con gli strumenti di una speciale "logica", al tempo stesso feconda e rigorosamente neutrale. [...] Con politica s'intende, qui, attuazione di "valori" in un contesto storico dato. Una politica del diritto scientificamente fondata (e non ideologica in senso deteriore) implica quindi la conoscenza scientifica del diritto positivo e, per la sua integrazione: a) l'elaborazione critica di una tavola di valori politico-giuridici generali: cioè una *filosofia*; b) l'elaborazione critica di una tavola di valori *tecnico-giuridici* specifici, necessari per la traduzione del discorso politico in discorso di politica *del diritto*; c) l'analisi metodica del contesto sociale in cui vanno attuati quei valori: cioè una *sociologia*. La giurisprudenza, come politica del diritto, è dunque, oltre che conoscenza del diritto positivo, necessariamente e inscindibilmente, filosofia, "tecnica giuridica" e sociologia» (corsivo orig.). E si v. allora F. VIOLA, *Dalla filosofia del diritto alla filosofia per*

di convivenza sociale, ricavate bensì, esse, da quel contesto normativo nazionale, sovranazionale e transnazionale nel quale si riflette oggi la dimensione della giuridicità⁵, ma adeguate alle ragioni di una fattualità oggi tornata al centro dell'orizzonte della normatività (così superando ovviamente il limite di un diritto naturale immagine di una dimensione ch'è normativa in quanto trascendente: siamo senza dubbio in un tempo di post-giusnaturalismo, che recupera alcune istanze, per dir così, progressive del giusnaturalismo⁶, riconducibili cioè all'idea di una libertà che, in quanto fatto, non può non essere, almeno in parte, valore). E ciò, soprattutto se si guarda ai principî generali e in particolare alla sempre più intensa costituzionalizzazione del diritto, appunto a tutela degli spazi di libertà individuale, tant'è che la riflessione sull'ordine politico liberal-democratico, quello cioè fedele alla 'rule of law'⁷, si intreccia con la dimensione di un 'global constitutionalism'⁸, sì che il concetto di Stato di diritto, oggi, coincide con, o comunque è assai prossimo a, quello di una giuridicità a formazione progressiva⁹, orientata alla promozione della sfera dell'individualità¹⁰. Del resto, che la libertà contrattuale, e

il diritto, negli *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, San Giuliano Milanese (MI), 2016, vol. II, pp. 1517 ss. (anche in www.academia.edu/32500486/Luigi_Lombardi_Vallauri_Dalla_filosofia_del_diritto_alla_filosofia_per_il_diritto).

⁵ Si v. ora l'ammirevole affresco di F. VIOLA, *Tendenze attuali della teoria giuridica* (draft) [Maestría en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana] (Colombia, Bogotá), www.academia.edu/34610133/Tendenze_attuali_della_teoría_giuridica.pdf, pp. 1-26.

⁶ In argomento cfr. F. VIOLA, *Le tre rinascite del diritto naturale nel Novecento* (12 settembre 2017) (draft), www.academia.edu/34550845/Le_tre_rinascite_del_diritto_naturale_nel_Novecento, pdf, pp. 1-22, e spec. pp. 19 ss.

⁷ In tema v. ora G. PINO e V. VILLA (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016. Ivi, lo scritto di M. BARBERIS, *Possono governare le leggi? Il dilemma del rule of law*, pp. 13 ss., presta anche una specifica attenzione a Hayek, spec. pp. 27 ss. (con riguardo alla 'dottrina evolucionista del rule of law').

⁸ Cfr. ancora F. VIOLA, *Tendenze attuali*, cit., p. 9: «Dopo l'epoca della codificazione del diritto e quella della decodificazione, oggi i due fenomeni culturali più macroscopici da interpretare sono quello della costituzionalizzazione del diritto e della sua internazionalizzazione, mentre l'evento più rilevante è quello dell'irrompere dei diritti umani nella coscienza giuridica contemporanea. Non si tratta di dati di fatto da registrare, ma di eventi da interpretare. Una teoria giuridica è condizionata da questa interpretazione. Le teorie giuridiche differiranno fra loro per il modo di interpretare il senso di queste *res novae*».

⁹ Al proposito cfr. G. PALOMBELLA, *On the Potential and Limits of (Global) Justice through Law: A Frame of Research*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, pp. 11 ss.

¹⁰ È evidente che le affermazioni di cui al testo richiederebbero una corposa serie di precisazioni. In mancanza di esse, si vedano almeno le ricchissime e raffinate considerazioni di F. VIOLA, *Il futuro del diritto* ('Lectio magistralis' di commiato – 26 novembre 2012), www.academia.edu/34222173/Il_futuro_del_diritto, pdf, pp. 1-28, in particolare a proposito dei principî costituzionali e della forza normativa del fatto. Sul primo aspetto, alle

in senso più ampio l'autonomia privata, sia un diritto fondamentale della persona, un diritto umano, ha affermato con nettezza, rilevando anzi una certa arretratezza italiana, Guido Alpa recentissimamente¹¹. Di qui, lo stretto legame tra soggettivismo assiologico e trasformazione adeguatrice degli ordinamenti, e, ancora, il passaggio, potremmo dire, da una *'rule of law'* classica a una contemporanea *'rule of judiciary'* – che in sostanza abbrevia i tempi del mutamento giuridico –, passando per il declino (o comunque la crisi) di una *'rule of legislation'*, contro la quale, del resto, Hayek rivolse non poche critiche.

Sono aspetti particolarmente delicati e rispetto ai quali sarebbe forse augurabile una cautela e una prudenza maggiori di quelle impiegate da chi

pp. 8-9 si legge quanto segue: «Poiché il testo costituzionale è un atto di positivizzazione, c'è indubbiamente un'intenzione retrostante, ma essa si limita a recepire certi valori, a porli alla base della vita associata, ma non è padrone di essi, non li domina, anzi è da essi dominata. I principi costituzionali non sono prodotti dalla volontà umana, ma il segno di un'adesione di essi ai valori retrostanti. In conclusione, l'interpretazione costituzionale diventa un'attività complessa che ingloba in sé anche l'argomentazione e il ragionamento giuridico e si presenta nel suo insieme come un'attività deliberativa e non già meramente applicativa, sicché la sua distinzione dall'attività deliberativa (o politica) del legislatore non è quella tra due generi diversi, ma tra due specie diverse della stessa attività. Siamo liberi se usare o meno determinate ragioni normative, ma non siamo liberi di dare ad essi il contenuto che vogliamo. Per questo l'interpretazione giuridica parte dall'uso autoritativo, ma poi ha un carattere deliberativo che costruisce la regola per il caso concreto». E appunto con riguardo al caso concreto e all'attuale centralità del diritto costituzionale, Viola, a p. 11, si esprime in questi termini: «Un altro profilo da segnalare, anch'esso legato alla costituzionalizzazione del diritto e ai diritti, riguarda il ritorno della rilevanza del caso concreto. Alla luce del caso concreto fatto e diritto non possono più essere radicalmente separati. Si possono dare diverse spiegazioni di questo passaggio dall'attenzione per la norma generale astratta alla rilevanza che il caso concreto richiede da parte della stessa scienza giuridica. La teoria e la pratica giuridica devono essere nuovamente riconciliate. Sta di fatto che si recupera in tal modo la specificità del diritto nei confronti della politica. Se questa guarda alla giustizia delle istituzioni o della società in generale, l'altro deve rispondere alla richiesta di giustizia che proviene dal caso concreto. Il diritto non mira direttamente ad una società giusta, ma al giusto in concreto, all'azione giusta, alla relazione giusta. Dal fatto sorge la domanda della giustizia giuridica e la risposta si trova nel processo di formazione della regola che si applica al caso concreto e che è al contempo adatta a quel caso nella sua particolarità significativa e valevole per tutti gli altri casi simili».

¹¹ Mi riferisco alle parole pronunciate da GUIDO ALPA in chiusura della presentazione – tenutasi alla Sapienza il 18 settembre 2017 e, come spesso capita, riascoltabile grazie alla consueta lungimiranza di Radio Radicale – del suo volume dedicato al contratto in generale e uscito nel 2014 nel 'Trattato Cicu-Messineo': www.radioradicale.it/scheda/519921/presentazione-del-libro-di-guido-alpa-dal-titolo-il-contratto-in-generale-fonti-teorie. Alpa sottolinea in particolare come la posizione italiana, sul punto, parrebbe estranea tanto rispetto alla giurisprudenza di Lussemburgo quanto soprattutto rispetto a quella di Strasburgo. La notazione è estremamente significativa.

scrive, ma, almeno, che sia in corso di revisione il senso più profondo della giuridicità non dovrebbe essere contestato (e su tutto ciò in Hayek troviamo affascinanti prospettive teoriche, ingiustamente trascurate, anche in ragione del metodo di lavoro hayekiano, radicalmente transdisciplinare).

A parte ciò, occorre dar conto del termine 'fiducia' di cui al titolo. Fiducia nella giurisdizionalizzazione del diritto, quale fenomeno sociale e politico che si caratterizza per l'idea che al centro del problema giuridico c'è l'individuo quale propulsore di giuridicità, grazie al filtro giurisdizionale. Una fiducia nel diritto, quindi, che è in larga parte fiducia nel diritto giurisprudenziale, e dunque fiducia nel giudice. Il che porta anche a dire che il nostro tempo, da questo punto di vista – cioè in riferimento alla teoria del diritto e al 'concetto' del diritto – è un tempo hayekiano (e leoniano) più di quanto non si vorrebbe, tenuto conto che entrambi, Friedrich Hayek e Bruno Leoni (con differenze pur notevoli, sulle quali qui sorvoliamo), hanno messo al centro della giuridicità l'agire umano (nella scia di Ludwig von Mises), e gli effetti, anche contro le intenzioni (effetti inevitabili, e spesso appunto benefici perché imprevedibili), di esso.

Si può altresì aggiungere (ne farò cenno anche più avanti) che, dei due, fu soprattutto Bruno Leoni (politicamente conservatore, e per certi aspetti anche antipaticamente reazionario) a tentar di abbozzare una teoria generale (poi rimasta incompiuta anche in ragione della precoce morte dello studioso) che guardasse al diritto quale prodotto della competizione tra pretese individuali che si fronteggiano all'interno del processo, e che quindi trovano nel giudice l'espressione istituzionalizzata di giuridicità. Il che dovrebbe portare allora a dire che, metodologicamente, Leoni fu senza dubbio più avanzato di quanto non lo fosse politicamente¹². Ma non c'è dubbio che gli stretti rapporti personali e intellettuali tra Hayek e Leoni fanno sì che essi siano figure oggi decisive in vista di un indispensabile riassetto di una teoria politico-giuridica di stampo liberale¹³.

2. Hayek tra liberalismo e democrazia

¹² Per un approfondimento si può vedere il mio *Perché non possiamo non dirci «leoniani»*, I. *Il diritto come pretesa individuale: frammenti per una teoria (con uno sguardo su Tullio Ascarelli)*, negli *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, vol. I, pp. 865 ss.

¹³ Basti qui il riferimento a R. CUBEDDU, *Ripensare il diritto, tutelare la libertà*, in B. LEONI, *Opere complete*, vol. II: *La libertà e il diritto* (nuova trad.it. di C. Lottieri), IBL Libri (ed. in e-book), 2017, pp. 1 ss.

Seguiamo allora il punto di osservazione adottato da Hayek nel suo *'The Political Order of a Free People'*, se non altro perché qui egli si dedica anche al problema della strutturazione di un ordine politico che non solo non sia incompatibile, ma anzi sia in linea con la teoria e la dottrina di un liberalismo adeguato all'età contemporanea – un liberalismo strenuamente difeso soprattutto nel primo volume della trilogia, *'Rules and Order'*.

Si possono individuare almeno tre grossi blocchi argomentativi rispetto a tre altrettanto grosse questioni teoriche, che schematizzo così:

- 1- il problema della democrazia, e in specie il problema della progressiva fuga della democrazia dalla *'rule of law'* classica¹⁴, donde l'effetto di una costante espansione, non già delle procedure democratiche (rispetto a ciò, e soprattutto rispetto al loro irrobustimento, non

¹⁴ Cfr. F. A. VON HAYEK, *Legge*, cit., ad es. p. 501: «Il problema più importante dell'ordine sociale è l'efficace limitazione del potere. Il governo è indispensabile per la formazione di tale ordine soltanto nel proteggere tutti dalla coercizione e dalla violenza. Ma, non appena a tal fine reclama ed ottiene il monopolio della coercizione e della violenza, esso diventa anche la minaccia principale della libertà individuale. Limitare questo potere fu il grande scopo dei fondatori del governo costituzionale nel XVII e XVIII secolo. Ma lo sforzo per contenere i poteri del governo fu quasi inavvertitamente abbandonato, quando si credette erroneamente che il controllo democratico dell'esercizio del potere fornisse una salvaguardia sufficiente contro la sua crescita eccessiva. Si è imparato da allora che proprio l'onnipotenza conferita alle assemblee rappresentative democratiche le espone alla pressione irresistibile di usare il proprio potere a beneficio d'interessi speciali, una pressione a cui una maggioranza con poteri illimitati non può resistere se vuole continuare ad essere maggioranza»; e p. 511: «Forse il termine che recentemente ha sofferto di più nel processo di perdita di significato è stato "democrazia". Il maggiore abuso è non applicarlo ad una procedura per giungere all'accordo su un'azione comune, ma dargli un contenuto sostanziale che prescriva quali debbano essere i fini di questa attività. [...] Il vero valore della democrazia è di servire come una precauzione sanitaria atta a proteggerci contro qualsiasi abuso di potere. Permette di mandare via un governo e di cercare di sostituirlo con uno migliore. In altre parole, è l'unica convenzione finora trovata che renda possibile cambiamenti di governo pacifici. Come tale è un valore importante per cui vale la pena di lottare, poiché qualunque governo di cui il popolo non può liberarsi con una procedura riconosciuta è destinato presto o tardi a finire in cattive mani. Tuttavia esso è lungi dall'essere il più importante valore politico, e una democrazia illimitata può essere ben peggiore di un governo limitato di tipo diverso. Nella sua attuale forma illimitata, la democrazia ha oggi perso ampiamente la capacità di servire da protezione contro il potere arbitrario. Ha smesso di essere una salvaguardia della libertà personale, un limite agli abusi del potere governativo, come si sperava di dimostrasse allorché si credette, ingenuamente, che sottoponendo il potere al controllo democratico si potesse fare a meno di tutti gli altri limiti al potere governativo. Invece la democrazia è diventata la causa principale di un aumento progressivo del potere e del peso della macchina burocratica».

è dubbio che Hayek non avrebbe nulla da obiettare, come infatti espressamente scrive), ma dello spazio della decisione politica (una decisione, appunto, assunta democraticamente a maggioranza e quindi sottratta all'individuo, che si troverà inciso da quella decisione anche quando non l'abbia condivisa), che va necessariamente a restringere lo spazio d'azione del singolo: è il problema del rapporto tra scelta collettiva e scelta individuale, e degli spazi politici di entrambe;

- 2- la relazione tra quelle che Hayek chiama regole di giusta condotta (come ad es. *'neminem laedere'*, *'pacta sunt servanda'*) e le regole di dettaglio, cioè i provvedimenti specifici il cui contenuto è spiccatamente funzionale al conseguimento di un risultato predeterminato (laddove, com'è evidente, le regole di giusta condotta sono, se vogliamo utilizzare una fraseologia ben nota al giurista, *'oppositive'*, perché si limitano a vietare determinate condotte, e non *'pretensive'*, appunto perché non tendono alla realizzazione di un obiettivo circoscritto). È dunque a questo proposito che emerge la frizione tra decisione collettiva e decisione individuale: laddove c'è più *'politica deliberativa'*, c'è meno libertà;
- 3- il ruolo istituzionale del giudice e della giurisdizione in una società libera (cioè aperta in senso popperiano).

Analizziamo partitamente le questioni individuate.

In *'The Political Order of a Free People'* il lettore si trova di fronte a una critica della democrazia contemporanea (Hayek scrive nel corso degli anni Settanta, ma non si può certo dire che il tema non sia ancora oggi attuale¹⁵, se non altro nelle sue linee di sfondo – e per certi versi, anzi, l'attacco sferrato contro la liberal-democrazia da forze politiche qualificabili almeno *prima facie* come *'populiste'* fa sì che queste pagine trasmettano oggi una particolare emozione, perché Hayek è critico della democrazia affinché essa non divenga una *'democrazia totalitaria'*¹⁶); una critica fondata appunto sul

¹⁵ Al riguardo cfr. L. VIOLANTE, *Democrazie senza memoria*, Torino, 2017.

¹⁶ Altri direbbe: una *'democrazia reale'*. Alludo, se mi è qui lecito farlo, a un politico *sui generis* qual è stato Marco Pannella, che, può qui ricordarsi, conobbe anche una fase hayekian-leoniana, nei primi anni Duemila (in corrispondenza con il fenomeno culturale della *'riscoperta'* di Bruno Leoni, soprattutto per l'iniziativa di Raimondo Cubeddu, a partire dalla metà degli anni Novanta), e che, appunto in senso critico, amava parlare, in termini sempre più insistiti nell'ultima fase della sua vita, di *'democrazie reali'* (ma anche di *'democrazie'*) per evocare in parallelo la negatività del *'socialismo reale'*, e volendo in sostanza alludere alla cattiva attuazione del modello democratico, stigmatizzando in particolare il cosiddetto *'caso Italia'*.

fatto che l'espansione della politica intesa come scelta collettiva è alla fin fine nociva tanto alla maggioranza quanto alla minoranza, proprio perché il procedimento democratico esteso a pressoché tutti gli ambiti dell'esistenza riduce necessariamente gli spazi di libertà e di azione e quindi anche di responsabilità dell'individuo.

Hayek esprime senza mezzi termini la sua disillusione per come la democrazia si è storicamente sviluppata¹⁷: «[C]i siamo così abituati a considerare come democrazia solo quel particolare insieme d'istituzioni che prevale oggi nelle democrazie occidentali – in cui la maggioranza di una assemblea rappresentativa emana leggi e dirige il governo –, da considerare questa come l'unica forma possibile di democrazia. Di conseguenza tendiamo a non affrontare il fatto che un tale sistema si è dimostrato impraticabile nella maggior parte di quei paesi le cui istituzioni democratiche non erano limitate da forti tradizioni concernenti i compiti che debbono spettare a un'assemblea rappresentativa. Poiché giustamente crediamo nell'ideale fondamentale ci sentiamo generalmente tenuti a difendere quelle particolari istituzioni che da lungo tempo sono state considerate come la sua incarnazione, ed esitiamo a criticarle perché ciò potrebbe minare il rispetto per un ideale che vogliamo preservare. [...] Sembra che la democrazia, dopo un primo periodo glorioso di sviluppo, in cui è concepita, ed effettivamente opera, come salvaguardia della libertà individuale, in quanto accetta i limiti di un *nomos* superiore, debba poi giungere (prima o poi) ad arrogarsi il diritto di decidere ogni questione particolare a seconda di come si accorda la maggioranza»¹⁸.

È l'ormai molto studiato problema della 'tirannia della maggioranza'. Ma, a ben vedere, se è tirannia, non è propriamente 'della maggioranza'¹⁹; piuttosto, è tirannia di quegli interessi espressi da gruppi di potere, interessi corporativi – secondo la consueta locuzione –, che in qualche modo imbrigliano l'azione politica degli stessi partiti: «In queste condizioni i partiti politici diventano poco più che coalizioni di interessi organizzati le cui azioni sono determinate dalla logica intrinseca ai loro meccanismi, piuttosto che da principi generali o ideali sui quali concordare. [...] Che tali sviluppi

¹⁷ F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., pp. 375 s.: «Dove le istituzioni democratiche non sono più limitate dalla tradizione del primato del diritto, si è giunti non soltanto alla "democrazia totalitaria", ma col passar del tempo anche alla "dittatura plebiscitaria"».

¹⁸ *Ibidem*, pp. 371 e 372 (corsivo orig.).

¹⁹ *Ibidem*, p. 378: «Sembra che si sia stoltamente creato un meccanismo che rende possibile pretendere la sanzione di una presunta maggioranza per certe misure che di fatto non sono desiderate da una qualche maggioranza, e che possono perfino essere disapprovate dalla maggior parte della gente. Tale meccanismo è in grado di creare norme che non solo nessuno vuole, ma che, nel loro insieme, non potrebbero essere approvate da nessun essere razionale, perché autocontraddittorie».

siano inevitabili, in un sistema in cui il legislativo è onnipotente, lo si può chiaramente vedere chiedendosi come si forma una maggioranza unita e capace di condurre la politica come essa è correntemente condotta. L'ideale democratico originario si basava sulla concezione che i più condividessero un'idea comune di giustizia. Tuttavia, oggi la comunanza di opinione sui valori fondamentali non è sufficiente a determinare un'azione governativa programmata. Il programma specifico necessario ad unire i sostenitori del governo, o a mantenere insieme un partito, dev'essere basato sull'unione d'interessi diversi, unione che può venir raggiunta soltanto con un processo di contrattazione. Tale programma non sarà, quindi, espressione del desiderio comune di raggiungere particolari risultati; e poiché sarà legato all'uso delle risorse disponibili da parte del governo per scopi particolari, esso si fonderà, in generale, sul consenso dei diversi gruppi riguardo al fornire servizi particolari ad alcuni di essi in cambio di altri servizi resi ad ognuno dei gruppi medesimi»²⁰.

Nella linea fortemente critica di cui qui cerchiamo di dare conto, facendo parlare il più possibile l'autore (soprattutto in ragione del fatto che, come detto, questa riflessione è ancora largamente ignota tra i giuristi, o comunque ignorata – e non solo da noi), l'idea che mi pare centrale è che la democrazia va in sostanza liberata da tutti quegli impacci derivanti soprattutto dal fatto che parlamento e governo, entrambi intesi come organi legiferanti (cioè quali produttori di regole di dettaglio, di organizzazione, come tali funzionalizzate a uno scopo, e dunque mosse da una *ratio* costruttivistica, che, nella prospettiva hayekiana, è certamente rischiosa, perché comprime *in radice* quella libertà, protetta, invece, dalle regole di giusta condotta), agiscono come se non esistessero limiti esterni capaci di fermare il loro potere normativo in senso stretto, pervenendo a stravolgere il diritto (*'the law'* – in gran parte, ordine spontaneo: ma, all'interno della *'law'* esistono e sono irrinunciabili, gli spazi della *'legislation'*), sommergendolo con una massa di *'legislation'* (ordine costruito), la quale, al di là degli scopi specifici per cui è stata emanata (e potrà trattarsi anche di finalità condivisibili), ha il vizio d'origine consistente nell'idea che la programmazione è comunque superiore allo sviluppo spontaneo, ovvero l'ordine imposto è comunque superiore all'ordine spontaneo, il costruttivismo (anche giuridico: e oggi

²⁰ *Ibidem*, pp. 386-387. Si può aggiungere che, da noi, questo fenomeno per cui la politica, intesa in senso stretto quale attività e ruolo dei partiti, quasi inevitabilmente portati a divenire centri di potere intrecciati, anche oltre le intenzioni, con interessi costituiti, ha un nome. Mi riferisco ovviamente alla famigerata *'partitocrazia'*, termine che risale (o che o comunque fu impiegato per primo da lui, e con successo via via crescente) a Giuseppe Maranini, a fine anni Quaranta.

la questione riguarda precipuamente l'impronta ordoliberal dell'Unione europea, da cui, almeno in parte, la sua crisi²¹) è comunque superiore alla libertà²² (una libertà, com'è ovvio, che spesso erra, ma la fallibilità in questo senso è una risorsa, forse addirittura la principale, della libertà medesima, che è primariamente un meccanismo grazie al quale è possibile auto-correggersi, e infatti è il pilastro del mercato, quale meccanismo di produzione e di circolazione della conoscenza, fondato sul procedimento del 'tentativo-ed-errore'), e quindi le regole di dettaglio sono comunque preferibili alle regole generali e astratte (diciamo pure: ai principî e alle clausole generali²³, che però dovranno sempre essere adeguati a un contesto culturale che non può essere assunto come immutabile, a meno di non voler deviare verso il versante liberal-conservatore, appunto à la Leo Strauss); regole che si sono formate nel corso del tempo per evoluzione culturale e che hanno reso possibile il sorgere di quell'ordine del mercato con il quale è così fortemente intrecciata la nostra libertà individuale: in questo senso, mercato e libertà sono reciprocamente l'uno la condizione di possibilità dell'altra.

Qui ritorna una delle idee guida della prospettiva teorica del liberalismo hayekiano.

La maggior parte delle regole grazie alle quali la nostra vita è migliore di quanto non sarebbe in assenza di esse ha una radice strettamente e fortemente antropologica (di qui, ovvio il precisarlo, l'approccio transdisciplinare di Hayek), nel senso che si tratta di regole che si sono affermate sulla base di certe prassi, pratiche, comportamenti, a partire dai quali esse si sono stabilizzate perché hanno prodotto un beneficio sociale: appunto la possibilità di fare esercizio della libertà individuale, da cui una serie di vantaggi, tanto individuali quanto sociali.

All'interno di questo quadro, peraltro, bisogna subito aggiungere che Hayek ha poco o nulla del dogmatico, nel senso del rifiuto, per amore di tesi, di prendere atto della realtà, dunque di ciò che accade in un determinato momento storico appunto grazie all'esercizio della libertà (che in questo senso è una pratica sociale), ma ha molto – il che non è affatto un

²¹ In argomento (ma in una prospettiva almeno parzialmente diversa da quella di chi scrive) v. ora l'attenta analisi di FRANCESCA BENATTI, *Il diritto in un'Unione Europea in cerca di legittimità*, negli *Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, t. I, pp. 83 ss.

²² Sul punto è illuminante uno scritto poco conosciuto (nel quale viene recensito l'invece noto lavoro di Hayek sui 'due individualismi', quello 'vero' – di matrice anglosassone – e quello 'falso' – di matrice francese –) di B. LEONI, *I due individualismi*, ne *Il Mondo*, 18 marzo 1950, n. 11, p. 5.

²³ In proposito cfr. G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*. Presentazione di P. Grossi, Milano, 2017.

male – dell'*idéologue*, perché si sforza di dare una veste teorica a una certa concezione del mondo e a una certa assiologia, che è quella liberale, intesa essa quale dimensione del rispetto, della promozione della libertà e della responsabilità individuali, restringendo pertanto il più possibile lo spazio della decisione pubblica, e dunque della politica 'partitica' (vedremo infatti a breve che Hayek assegna al giudice un ruolo espressamente 'politico', e dunque sarebbe errato annoverarlo tra i molti liberali che tendono a tener distinti il diritto, in quanto mera tecnica, dalla politica, in quanto scelta di valore).

3. Hayek e il problema della libertà

Certo, bisogna tener conto della circostanza che, nel momento in cui Hayek scriveva, non era stata ancora elaborata la categoria del neo-costituzionalismo, e quindi i temi del 'contro-limite' dei diritti fondamentali e del ruolo sovrano delle Corti costituzionali in particolare (ruolo di garanzia liberal-democratica, presidio istituzionale della libertà dell'individuo, contro poteri privati e pubblici liberticidi; ruolo in questo senso benefico) sfuggivano a Hayek²⁴; ma si deve anche precisare che al giudice Hayek guarda appunto più con fiducia che non con timore, confidando in un giudiziario che in primo luogo controlli il governo e il parlamento appunto in quanto organi legiferanti (sì che la 'legislation' non travolga la 'law'): «Se nessun potere giudiziario superiore può impedire al corpo legislativo di accordare privilegi a gruppi particolari, non vi sono limiti ai ricatti cui il governo può essere soggetto»²⁵. In questa prospettiva non c'è dubbio che il ruolo assegnato da Hayek ai giudici sia incentrato sull'idea che il diritto giudiziario, in quanto diritto vivente, è (o comunque può e dovrebbe essere) il più vicino alle istanze sociali; istanze, le quali sono il perno della vita sociale. Qui emerge un Hayek storicista in quanto fiducioso nella forza della libertà quale prodotto antropologico dello sviluppo umano; il liberalismo storicista hayekiano, dunque, trova un alleato nel giudice, che è investito, in chiave di politica del diritto, del compito di conservare l'assiologia liberale dell'ordinamento. Ma la conservazione di un ordine politico e giuridico liberale non sarà questione di 'legal doctrine', quanto piuttosto di cultura diffusa nel

²⁴ Quando Hayek discorre di Corte costituzionale (*Legge*, cit., pp. 493 ss.) lo fa soprattutto con riguardo al potenziale conflitto di attribuzioni tra assemblea governativa e assemblea legislativa.

²⁵ *Ibidem*, p. 384.

corpo sociale, che necessariamente si proietta su quella giuridica, e, almeno in certa misura, viceversa²⁶.

Del resto, il problema dell'esercizio arbitrario di un potere, di una prerogativa (e, pertanto, l'esigenza di un loro controllo) si pone in riferimento a qualunque potere, e da questo punto di vista non c'è affatto un potere come tale 'buono' e un altro come tale 'cattivo'. A tal riguardo assume rilevanza la distinzione, molto praticata anche dal giurista, tra struttura e funzione. E l'approccio esclusivamente strutturale, come se la funzione non possa che essere l'esito della struttura, quasi che ogni struttura abbia in sé inscritta una determinata e immutabile funzione, è scarsamente produttivo. Sono le condizioni storiche, cioè il contesto, a individuare i caratteri concreti dell'esercizio del potere e l'opportunità di intervenire su tale esercizio, sulla base di una determinata politica del diritto, a partire dalla quale fissare modalità e scopo dell'intervento. Il problema, quindi, è innanzitutto e genuinamente culturale (del resto, torna forse utile rammentarlo, Hayek fu il fondatore, nel primo dopoguerra, di quel gruppo di intellettuali, la '*Mont Pelerin Society*' – che tuttora esiste, pur avendo a mio avviso perduto molto dello spirito originario –, volta appunto a promuovere la 'causa della libertà', libertà che può prosperare solo se la si ritiene un bene per la comunità).

Si alludeva, poco sopra, al ruolo delle istanze sociali, che incidono sulla giurisdizione, e quindi sul diritto, perché primariamente incidono su ciò che potremmo esprimere in termini di percezione sociale diffusa sul senso della vita comunitaria, che riguarda tutti. Quando Hayek pensa al contesto sociale, egli si riferisce a ciò che chiama la 'grande società' (e cioè la società che è moderna perché è aperta, nel senso che gli spazi della libertà individuale si allargano, e quindi il tempo del cambiamento diminuisce, e il

²⁶ C'è un passaggio (che si legge nel primo volume della trilogia cit., *ibidem*, pp. 86 ss.) inequivocabile: «Se uniti, i giuristi di professione possono [...] annullare talvolta l'intenzione del legislatore, non per dispregio del diritto, ma, al contrario, perché le loro tecniche li conducono a preferire quella che è ancora la parte predominante del diritto, e a collocarvi un elemento estraneo trasformandolo in modo da armonizzarlo con l'intero insieme. La situazione è comunque del tutto differente quando una filosofia generale del diritto non in accordo con la maggior parte del diritto esistente guadagna influenza. Gli stessi giuristi, mediante i medesimi abiti mentali e le medesime tecniche, e in generale altrettanto inconsapevolmente, divengono una forza rivoluzionaria, la quale è efficace nel trasformare il diritto stabilito in ogni suo dettaglio quanto prima lo era nel preservarlo inalterato. Le stesse forze che nel primo caso impediscono ogni movimento, nel secondo tendono ad accelerare il mutamento fino a trasformare l'intero corpo del diritto molto più di quanto chiunque avesse previsto o desiderato. Se questo processo condurrà ad un nuovo equilibrio o ad una disintegrazione dell'intero corpo del diritto nel senso in cui tuttora comprendiamo questo termine, dipenderà dal carattere della nuova filosofia».

soggettivismo – in senso più ampio, potremmo dire, la ‘doxa’ di husserliana memoria²⁷ – deve essere preso sul serio quale strumento di trasformazione e di costruzione sociale, anche in chiave teoretica e non solo empirica), la quale ruota intorno alla libertà individuale, fattore di costante sviluppo.

È appunto rispetto al rapporto tra libertà e società, o meglio tra società e possibilità di sopravvivenza della libertà, che pervengono a un punto di collisione i diversi approcci teorici alla libertà (basti fare ancora il nome di Leo Strauss per capire la delicatezza e la profondità del problema)²⁸. E la collisione, evidentemente, ruota proprio intorno al problema, già evocato, dello storicismo²⁹, cioè al rapporto tra storia e libertà – problema che, ad avviso di molti, per Hayek è ancora aperto.

Ma, al di là del carattere dello storicismo hayekiano, in senso più generale (e basterà evocare i nomi di Benedetto Croce, Ernesto de Martino, Arnaldo Momigliano per avere un vivissimo quadro della situazione), la questione della libertà nella storia (e di ciò che ne deriva in termini di teoria e di dottrina politica liberali e democratiche)³⁰ contiene in sé una prima risposta inevitabilmente tragica, perché non c’è dubbio che proprio e solo una società fondata sulla libertà dell’individuo possa e anzi debba inglobare gli elementi della propria autodistruzione, quale conseguenza, se non di un abuso di libertà individuale e di una successiva reazione contro tale abuso, almeno di un uso che susciti reazioni liberticide sufficientemente diffuse, o comunque di un uso che conduca a una restrizione della libertà. Anche qui si tratta di problemi genuinamente culturali, che certo non possono essere risolti a partire da un determinato modello teorico (perché si tratterebbe di una risposta aprioristica), ma solo in termini di prassi.

Allora, proprio in riferimento al problema della libertà e delle condizioni

²⁷ Richiama l’attenzione su ciò C. SINI, *Qualche riflessione sulla ragione filosofica e il suo destino*, in *In Circolo*, n. 3 – Giugno 2017, www.incolorivista filosofica.it/wp-content/uploads/2017/06/SINI-Qualche-riflessione-N-3.pdf, pp. 1 ss., a p. 5, in particolare a proposito «del lavoro costante delle pratiche di vita e di sapere che caratterizzano in modi infiniti e inesauribili l’umano», e della necessità di «inaugurare una nuova figura del sapere filosofico che ha finalmente imparato a far conto proprio dei caratteri di “relatività” che intramano l’intero mondo della vita [...]».

²⁸ Cfr. in tema G. ALPA, *Diritto naturale e storia*, in ID., *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 26 ss.; e si v. ora L. STRAUSS, *Scritti su filosofia e religione*, a cura di R. Cubeddu e M. Menon, Pisa, 2017.

²⁹ Si v. l’inquadramento molto chiaro di M. MASTROGREGORI, *Storicismo*, in *Encyclopedia Universalis. Dictionnaire des Idées*, Paris, 2005, pp. 745 ss. (anche in www.academia.edu/3066198/Storicismo).

³⁰ Cfr. le intense pagine di J. BENDA, *Le democrazie alla prova. Saggio sui principî democratici* (trad.it.), Torino, 1945.

della sopravvivenza di essa, un liberalismo storicistico (quello, tra i giuristi, soprattutto di Tullio Ascarelli, e in certa misura anche di Bruno Leoni e di Alessandro Pekelis, per richiamare personalità che intellettualmente – e nel caso di Pekelis, non solo – moltissimo a Croce dovettero) ben esprime la dimensione culturale della libertà, e il senso profondo dell'idea di religione della libertà sulla quale appunto Croce insistette. Se cioè la libertà è il principio vitale dell'individuo e della società, e se, in quanto principio vitale, è tale solo in quanto prodotto spontaneo dell'evoluzione umana³¹ – nel senso che la libertà non può essere né un concetto astorico, perché eterna, né il frutto di un qualche costruttivismo razionalistico –, essa, appunto per ragioni storico-antropologiche, a partire dal momento in cui viene alla luce quale fattore interno di sviluppo umano, se potrà conoscere fasi di oblio o di attacco, troverà comunque sempre qualche difensore, perché – se si vuole utilizzare quest'immagine metaforica – è ormai divenuta carattere genetico e impronta culturale dell'umanità (o almeno di parte di essa)³². Si può altresì osservare che, appunto in chiave di prassi, nel momento in cui la libertà diviene una pratica, nel momento in cui si fa pratica della libertà, e quindi la libertà si conosce nel suo farsi e a partire da esso, si dà luogo a un sapere sociale (intimamente connesso a ciò che Carlo Sini ha espresso in termini di 'pensiero delle pratiche') che è impossibile vada interamente perduto; dunque, se non altro, la possibilità del recupero è sempre data. Ma allora, e appunto in chiave storicistica, le dottrine liberal-democratiche non possono comunque (e se anche potessero, non dovrebbero) impedire la pur tempo-

³¹ F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 515: «Non soltanto la maggior parte dei processi dell'evoluzione sociale ha luogo senza che nessuno li voglia o li preveda, ma è proprio per questo che essi hanno portato ad un'evoluzione culturale. Da un processo guidato non può che emergere niente di più di quel che può prevedere la mente direttrice. Essa sarebbe infatti l'unica che potrebbe approfittare dell'esperienza. Una società che si sviluppa non progredisce perché il governo le imprime nuove idee, ma per il fatto che nuovi modi e metodi vengono continuamente sottoposti ad un processo per prova ed errore. Per ripeterlo ancora una volta, sono le condizioni generali favorevoli che torneranno utili a persone sconosciute in circostanze ignote a produrre quei miglioramenti che nessuna autorità suprema sarebbe in grado di apportare deliberatamente».

³² E scrive Hayek al proposito, *ibidem*, pp. 550 ss.: «Non nego che il progresso possa essere più veloce di quanto ci piaccia, e non nego neppure che si sarebbe facilitati nell'assimilarlo, se esso fosse più lento. Tuttavia, sfortunatamente *il progresso non può essere dosato* (e neppure la crescita economica!). Tutto ciò che possiamo fare è di creare le condizioni favorevoli ad esso, e poi sperare per il meglio» (corsivo orig.). E a p. 551, in nota 56, leggiamo: «È forse triste che la cultura sia inseparabile dal progresso, ma le stesse forze che mantengono la cultura sono anche quelle che ci portano al progresso. Ciò che è vero per l'economia è anche generalmente vero per la cultura: essa non può rimanere in uno stato stazionario, e quando ristagna spesso declina».

ranea distruzione della libertà, perché, se lo facessero, negherebbero il valore fondativo (e in questo senso appunto antropologico) della libertà stessa, che non può sfuggire alle ragioni del contesto storico-sociale, perché appunto non è un valore sovrumano, trascendente, ma storicamente determinato.

Il rapporto tra libertà e storia è relativo e immanente al contesto sociale che, nella prospettiva dell'ordine spontaneo³³, cioè di una realtà storicamente cangiante, realizza quello storicismo integrale nel quale la libertà trova la sola possibilità di realizzazione. Un intervento che vada contro il contesto non potrà che assumere un carattere autoritario, e come tale illiberale, anche a fini salvifici (ma antistorici, e come tale prasseologicamente deboli e assiologicamente inappaganti); la libertà non può salvarsi se non a partire da se stessa³⁴. Nel momento in cui vengano meno i presupposti per i quali la libertà è avvertita quale primario fondamento sociale, ciò significa che il senso della libertà stessa è storicamente cambiato. Del resto, una concezione storicistica della libertà porta inevitabilmente a un incremento dei significati di tale termine, consentendo così che le varie concezioni di essa, operando in competizione, diano luogo a quelle trasformazioni della libertà in ragione del contesto. Il che non significa affatto che, di fronte a una libertà in pericolo, non si possa e non si debba agire, prima di tutto culturalmente, per difenderne quella specifica attuazione che, appunto storicamente, ha prodotto determinati benefici³⁵; ma ciò altresì significa che le battaglie culturali devono comunque accettare la trasformazione del contesto, e non possono far valere una concezione eterna della libertà, che non esiste.

³³ Cfr. in questo senso le seguenti parole di Hayek, che si leggono *ibidem*, pp. 407 ss: «[L]a base dell'ordine sociale non risiede nella decisione volontaria di adottare certe regole comuni, ma nell'esistenza tra la gente di certe idee su quanto è giusto e sbagliato».

³⁴ Cfr. ancora *ibidem*, pp. 407 ss.: «Il concetto di sovranità poggia su una costruzione logica sviante, che comincia con l'assumere che le norme e le istituzioni esistenti derivino da un volere uniforme mirante alla loro creazione. Invece, lungi dal sorgere da una tale volontà preesistente capace d'imporre al popolo qualsiasi norma le piaccia, una società di uomini liberi presuppone che il potere sia limitato dagli ideali comuni che li fecero unire, e che laddove non vi è accordo non vi è alcun potere».

³⁵ *Ibidem*, p. 526: «Per quanto ciò possa spesso sembrare falso, il mondo sociale in realtà è governato, nel lungo periodo, da certi principi morali in cui crede una larga parte della gente. L'unico principio morale che abbia mai reso possibile lo sviluppo di una società avanzata fu il principio della libertà individuale, cioè che l'individuo è guidato nelle proprie decisioni da norme di mera condotta e non da ordini specifici».

4. Per una 'correzione' della democrazia: il ruolo del giudice

Di fronte al 'problema democratico', e cioè, in sostanza, all'illusione che decisioni assunte a maggioranza esprimano davvero ciò che la maggior parte delle persone facenti parte di quella comunità vuole, Hayek propone un correttivo: tener distinte due funzioni in senso proprio legislativo, da affidare a due diversi organi, a due assemblee elettive: la produzione delle regole di giusta condotta, generali e astratte, da un lato, e, dall'altro, la produzione di regole di dettaglio necessarie sulla base delle esigenze contingenti³⁶.

Si può peraltro osservare, a proposito della questione così spesso evocata della incompatibilità tra diritti e desideri, che Hayek non esita (e direi saggiamente)³⁷ ad affermare che questi interventi specifici e contingenti, provenienti – diciamo, in senso lato, – dal governo, con interventi adottati in via d'urgenza, per far fronte a una determinata esigenza, a una determinata richiesta, non potranno non essere conformi ai desideri delle persone, ovviamente sul presupposto che questi desideri abbiano assunto una certa consistenza sociale e abbiano quindi trovato una rappresentanza istituzionale. Quello che quindi sta maggiormente a cuore ad Hayek è l'evitare che un'intensa attività sostanzialmente legislativa (da qualunque parte provenga) porti al sovvertimento di quelle regole generali del vivere civile, del vivere aggregato, dalla quale esistenza dipende la salvaguardia dell'ordine di mercato e, vicendevolmente, le quali hanno e devono avere un determinato contenuto, perché hanno a presupposto l'ordine di mercato, che è appunto un ordine spontaneo, che non è il prodotto della progettazione razionale dell'uomo ma il frutto dell'evoluzione culturale.

C'è, a questo riguardo, un passaggio molto significativo contenuto nell'epilogo del volume che qui consideriamo, e che suona così: «*L'uomo non si è sviluppato nella libertà. Come membro di quella piccola tribù a cui doveva aderire per sopravvivere, l'uomo era tutto meno che libero. La libertà è un artefatto della civiltà, che ha liberato l'uomo dagli ostacoli del piccolo gruppo, e dalle sue tendenze momentanee, e cui persino il capo doveva obbedire. La libertà fu resa possibile dall'evoluzione graduale della disciplina della civiltà che è allo stesso tempo la disciplina della libertà. Questa disciplina protegge l'uomo, mediante norme astratte impersonali, dalla violenza arbitraria degli altri, e permette ad ogni individuo di cercare di costruirsi una sfera*

³⁶ *Ibidem*, p. 524: «Mentre la legislazione propriamente detta è una questione di principi a lungo termine e non di interessi particolari, tutte le misure particolari che il governo può adottare devono diventare questioni di politica quotidiana».

³⁷ *Ibidem*, p. 399.

individuale protetta in cui nessun altro ha il permesso d'interferire, e al cui interno può usare le proprie conoscenze per i suoi scopi. Noi dobbiamo la nostra libertà alle limitazioni della libertà. [...] Il grande cambiamento che produsse un ordine sociale sempre più incomprensibile per l'uomo, e per il cui mantenimento ci si dovette sottomettere a norme apprese che erano spesso in contrasto con i propri istinti, fu la transizione dalla società "faccia a faccia", o almeno composta da gruppi formati da membri noti e riconoscibili, ad una società aperta e astratta, non più unita da concreti fini comuni, ma solamente dall'obbedienza alle stesse norme astratte di comportamento. Quel che probabilmente fu più difficile da comprendere fu che gli unici valori comuni di una società libera e aperta non erano oggetti concreti (da ottenere), ma soltanto quelle comuni norme di comportamento astratte che assicuravano il mantenimento costante di un ordine egualmente astratto, il quale assicurava agli individui migliori prospettive di raggiungere i loro fini individuali, ma non dava loro diritti su cose particolari. Il comportamento necessario alla conservazione di una piccola banda di cacciatori e raccoglitori di cibo, e quello presupposto da una società aperta basata sullo scambio, sono molto diversi. Ma mentre l'umanità ha avuto centinaia di migliaia di anni per acquisire e per incorporare geneticamente le risposte necessarie alla prima, era necessario, perché sorgesse la seconda, che non soltanto egli imparasse ad acquisire nuove regole, ma che alcune di quelle nuove servissero precisamente a reprimere reazioni istintive, non più adatte alla Grande società. Queste nuove regole non erano sostenute dalla consapevolezza che fossero più efficaci. *Noi non abbiamo mai progettato il nostro sistema economico. Non eravamo sufficientemente intelligenti per farlo.* Vi siamo incappati, ed esso ci ha condotto a vertici imprevedibili, e ha dato origine ad ambizioni che potrebbero portarci a distruggerlo»³⁸.

Ora, non c'è dubbio che il modo con cui Hayek propone di uscire dalla crisi della democrazia, tema appunto oggi più che mai attuale, richiederebbe un'analisi che qui nemmeno intendo tentare. Mi soffermo invece soltanto sul ruolo del giudice.

In un passaggio contenuto in *'Rules and Order'*, Hayek chiarisce piuttosto bene come opera, a suo avviso, il rapporto tra legislazione e giurisdizione di fronte al diritto in senso proprio, cioè al diritto inteso come 'law', prodotto dell'azione umana, e perciò della cultura, della civiltà, dell'evoluzione culturale – della vita comunitaria; un diritto che in quanto tale è il fulcro della giuridicità.

Hayek scrive in sostanza che la legislazione, quale componente del drit-

³⁸ *Ibidem*, pp. 542-544 (corsivo orig.).

to, è indispensabile quando la giurisprudenza, cioè la giurisdizione, non è al passo con i tempi, cioè non ha tenuto sufficientemente conto di fatti socialmente rilevanti e quindi in questo senso è rimasta arretrata. Siamo di fronte a una funzione suppletiva, integrativa, di supporto svolta dalla legislazione.

La pagina è giustamente famosa (e in essa troviamo anche una significativa critica alla proposta, per dir così, ‘ipersavignyana’ e ‘pangiurisprudenziale’, di Bruno Leoni, al quale in sostanza Hayek rimprovera un eccesso di zelo anti-legislativo), e merita di essere integralmente riferita nella versione originale:

«For a variety of reasons the spontaneous process of growth may lead into an impasse from which it cannot extricate it self by its own forces or which it will at least not correct quickly enough. The development of case-law is in some respects a sort of one-way street: when it has already moved a considerable distance in one direction, it often cannot retrace its steps when some implications of earlier decisions are seen to be clearly undesirable. The fact that law that has evolved in this way has certain desirable properties does not prove that it will always be good law or even that some of its rules may not be very bad. It therefore does not mean that we can altogether dispense with legislation. There are several other reasons for this. One is that the process of judicial development of law is of necessity gradual and may prove too slow to bring about the desirable rapid adaptation of the law to wholly new circumstances. Perhaps the most important, however, is that it is not only difficult but also undesirable for judicial decisions to reverse a development, which has already taken place and is then seen to have undesirable consequences or to be downright wrong. The judge is not performing his function if he disappoints reasonable expectations created by earlier decisions. Although the judge can develop the law by deciding issues which are genuinely doubtful, he cannot really alter it, or can do so at most only very gradually where a rule has become firmly established; although he may clearly recognize that another rule would be better, or more just, it would evidently be unjust to apply it to transactions which had taken place when a different rule was regarded as valid. In such situations it is desirable that the new rule should become known before it is enforced; and this can be effected only by promulgating a new rule which is to be applied only in the future.

Where a real change in the law is required, the new law can properly fulfil the proper function of all law, namely that of guiding expectations, only if it becomes known before it is applied»³⁹.

³⁹ F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of*

Il che, mi pare – almeno leggendo con un po' d'attenzione questo straordinario libro che è, e continuerà a essere, 'Law, Legislation and Liberty' –, ci dovrebbe portare a dire – nonostante quello che spesso si pensa di Hayek, e ancora più spesso si afferma su di lui, decisamente poco a proposito, che cioè fosse una specie di fanatico sostenitore della mano invisibile, un ingenuo seguace delle 'armonie economiche' à la Bastiat – che ci troviamo di fronte a un pensiero tanto profondo quanto anche piuttosto tormentato (e, a volte, senza dubbio anche contraddittorio – del resto, bisogna ribadire che Hayek rappresenta un esempio mirabile di interdisciplinarietà praticata; ed essere interdisciplinari è senza dubbio rischioso, ma si tratta di rischi che val sempre la pena di correre).

Il punto, allora, è che, in quest'ottica, Hayek assegna alla giurisprudenza un ruolo tutt'altro che marginale (ma, come notato, non esclusivo), e, soprattutto, un ruolo che va ben oltre l'idea (*rectius* la mitologia), almeno un tempo assai diffusa (e, in casa liberale, in certa misura condivisa semmai da Leoni, non da Hayek), di un giudice di *common law* che, in virtù di una saggezza quasi miracolosa, offre sempre la soluzione giusta, scoprendola all'interno dell'ordine di natura (e dico ciò pur sapendo che Hayek fu profondamente influenzato dalla *common law* inglese, anche per ragioni di biografia personale).

In Hayek abbiamo, se si può dir così, un giudice necessariamente interventista perché la realtà, il contesto, le pratiche individuali, e quindi sociali, cambiano: del resto, si può aggiungere, Hayek era troppo antropologo per confidare in un immobilismo assiologico (e proprio per questa ragione Hayek rifiuta l'idea, radicale, di Bruno Leoni di un diritto privato del tutto de-legislativizzato, e 'creazione-non-creativa' di una giurisprudenza e di una scienza giuridica fedeli, appunto, a quell'ordine di natura/*naturalis ratio* che però, solitamente, è spia di conservazione, soprattutto perché chi si appella a quest'ordine di natura è poi solitamente assai restio a riconoscere che *naturalia non sunt turpia*, anzi, al contrario, molto restringe il perimetro di quest'ordine 'di natura', ai fini di una preservazione conservativa, prima di tutto dell'ordine sociale, che è anti-storica).

Un giudice, allora, che necessariamente adegua il diritto, 'the law', al contesto sociale, ma che al contempo è guidato da una politica del diritto che si prefigga di difendere quell'ordine politico-giuridico all'interno del quale la libertà individuale ne sia, come sopra accennato, il valore fondativo: «Gli sforzi del giudice fanno pertanto parte di quel processo di adattamen-

justice and political economy, London, 1982 (repr. 1998, da cui cito), pp. 88-89 (e v. le corrispondenti pp. 114-115 della trad.it. cit. *supra*, nota 3).

to della società alle circostanze esterne mediante cui si sviluppa l'ordine spontaneo. Egli aiuta tale processo di selezione approvando quelle regole che, come quelle che hanno funzionato bene in passato, rendono l'incontro delle diverse aspettative più verosimile che non il loro conflitto. Egli diviene così uno strumento di quell'ordine. Persino quando egli, nell'adempimento di questa funzione, crea nuove regole, non diviene il creatore di un nuovo ordine, ma la sua opera resta al servizio del mantenimento e rafforzamento dell'ordine già esistente e funzionante. Ed il risultato dei suoi sforzi sarà un caratteristico esempio di quei "risultati dell'azione umana, ma non della progettazione umana" in cui l'esperienza raggiunta mediante i tentativi di numerose generazioni incorpora più conoscenza di quella che chiunque può cercare di possedere»⁴⁰.

Dunque, e al di là della mai sopita questione del giudice che crea o del giudice che scopre la regola da applicare (questione in certa misura ineliminabile e in certa misura anche stucchevole, perché ovviamente il giudice un po' crea e un po' scopre), l'aspetto di maggior interesse, direi, non è tanto teorico, quanto di politica del diritto e di filosofia politica, e cioè: fino a che punto il giudice può e deve creare diritto? Questo è del resto il problema che in Italia, nella seconda metà del Novecento, fu quasi ossessivamente indagato da Tullio Ascarelli, che appunto s'interrogava incessantemente sulla soglia fra continuità e discontinuità, fra tradizione e innovazione, fra creazione e riconoscimento di un qualcosa che storicamente già esiste, nella prospettiva di un avanzamento e di un rafforzamento della democrazia – avanzamento e rafforzamento che del resto stanno espressamente a cuore anche a Hayek.

5. *Giudici e democrazia*

⁴⁰ F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 149. E cfr. *ibidem*, p. 150: «Il fatto che il giudice debba mantenere e rafforzare l'ordine complessivo delle azioni, e debba prendere i propri parametri di giudizio da quello stesso ordine, non significa che il suo fine sia quello di preservare ogni tipo di *status quo* nelle relazioni tra i soggetti. Al contrario, è una caratteristica peculiare di tale ordine il fatto di poter essere mantenuto solo mediante costanti mutamenti particolari; ed il giudice tratta solo delle relazioni astratte, che devono mantenersi, mentre i particolari concreti cambiano. Un tale sistema di relazioni astratte non è un reticolato costante che mette in connessione elementi particolari, ma un sistema il cui contenuto particolare cambia continuamente. Sebbene la conformità allo *status quo* possa valere spesso per il giudice come una presunzione di ragione, il suo compito è sia di aiutare il cambiamento, sia di preservare la situazione esistente. Egli ha a che fare con un ordine dinamico che verrà mantenuto solo mediante continui mutamenti nelle situazioni dei soggetti. Tuttavia, sebbene compito del giudice non sia quello di sostenere un certo *status quo*, è suo compito quello di sostenere i principi su cui si fonda l'ordine esistente».

Concentriamoci a questo punto sul ruolo del giudice rispetto alla democrazia, cioè alla teoria democratica.

Se ci si pone su di un piano prescrittivo, come non mi pare improprio fare, si può affermare, molto in sintesi, che, all'interno di una società liberale, all'interno di una società libera e aperta – libera e aperta e quindi democratica, nel senso che i più rilevanti cambiamenti avvengono nella logica dell'interrelazione personale, del conflitto non distruttivo ma trasformativo⁴¹ –, il giudice diventa, ovvero potrebbe e dovrebbe diventare, un pilastro istituzionale, un'istituzione della libertà, cioè un fattore istituzionale (e quindi controllabile) di attuazione della libertà; il giudice, che interviene solo quando qualcuno lo sollecita, disponendo del potere di mutare la dimensione della giuridicità, si connota pertanto quale elemento di stabilizzazione democratica, cioè di trasformazione, di evoluzione non traumatica⁴², dato che – come scrive lo stesso Hayek richiamando Popper – ogni progresso ha bensì come punto di partenza la tradizione⁴³, ma ogni

⁴¹ *Ibidem*, p. 513: «Se la democrazia deve mantenere una società di uomini liberi, la maggioranza di un organo politico non deve certamente avere il potere di “modellare” la società o far servire ai suoi membri fini particolari, cioè fini diversi dall'ordine astratto che può venir assicurato solo facendo osservare norme di comportamento egualmente astratte. Il compito del governo è di creare un quadro di riferimento entro cui gli individui e i gruppi possano perseguire con successo i loro rispettivi fini, e, a volte, di usare i suoi poteri coercitivi per raccogliere fondi onde fornire servizi che, per varie ragioni, il mercato non può fornire. Ma la coercizione è giustificata soltanto per fornire tale quadro di riferimento entro cui tutti possono usare le proprie capacità e conoscenze per i propri fini, finché non interferiscono con la sfera individuale egualmente protetta degli altri».

⁴² Se in Hayek non c'è una compiuta teoria della giurisdizione, tuttavia, una lettura parallela di Hayek e di Leoni potrebbe forse consentire di recuperare fino in fondo quelle intuizioni leoniane cui si è fatto più sopra cenno, onde sviluppare, e probabilmente contro le intenzioni dell'autore, una teoria della giurisdizione che valorizzi attivismo e 'creazionismo' giudiziario (per impiegare un'espressione usata di recente, ma in senso polemico, da Mauro Barberis), a difesa di un 'liberalismo radicale'. Cautela è però ad es. espressa da F. VIOLA, *Tendenze attuali*, cit., p. 22, ove è detto che «non bisogna [...] sottovalutare i rischi [...] [del] processo in atto di mondializzazione della funzione giudiziaria [...]»: «La moltiplicazione dei rapporti fra le giurisdizioni nazionali e l'attivismo giudiziale oggi diffuso non debbono essere intese come l'emergere di una “global community of courts” o come il segno di un nuovo ordine mondiale. Al contrario sono rivelative di una situazione di disordine e dell'esigenza ancora insoddisfatta di un pluralismo ordinato». Decisamente critico è ora, con la consueta garbata fermezza, FRANCESCO BENATTI, *Quello che resta della “autonomia dei privati”*, negli *Studi in onore di Antonio Gambaro*, cit., t. II, pp. 1409 ss.

⁴³ Sul problema della tradizione è opportuno nuovamente richiamare Ascarelli, soprattutto perché era un giurista che aveva fiducia nel diritto non in quanto sistema chiuso, ma in quanto ordine sociale che, per essere compreso e spiegato, richiede all'osservatore lo

tradizione è sempre destinata a essere superata, o comunque innovata⁴⁴: del resto non risulta, storicamente, che il conservatorismo abbia mai avuto la meglio⁴⁵ – ciò sarebbe un ‘assurdo antropologico’.

Ora, quest’approccio hayekiano al diritto, e in particolare alla giurisdizione (un approccio che si connota, lo ribadisco, per il fatto che la giurisdizione segue autoritativamente ma non autoritariamente lo sviluppo del diritto in quanto ordine sociale, e che, pertanto, inevitabilmente si ritrova a essere il ‘punto di saldatura’ tra l’ordine del diritto e l’ordine della società, al di là del, e quando non anche contro il, legislatore – che è del resto ciò che oggi sta largamente avvenendo e con effetti, direi, largamente positivi), è particolarmente significativo rispetto al tema della fiducia sociale nel giudice (e dunque nelle istituzioni) e soprattutto rispetto a quella relazione così delicata e di particolare attualità (da noi, purtroppo e spesso, un’attualità emergenziale e patologica) tra democrazia e giurisdizione.

Forse c’è oggi uno spazio per provare a sostenere la tesi di una democrazia giudiziaria come concretizzazione a vocazione globale e come attuazione postmoderna del liberalismo politico. In questo senso: lo sviluppo che oggi ha raggiunto la libertà individuale, almeno negli ordinamenti fisiologicamente e positivamente democratici, è tale da indurre a un ripensamento circa gli spazi non già della politica come tale, quale attività teorica e pratica coesistente al vivere civico e civile, perché da questo punto di vista ogni scelta, individuale o collettiva, è intrinsecamente politica, ma gli spazi della scelta collettiva, che per forza di cose non possono che restringersi di fronte

sforzo di collocarsi all’interno di una prospettiva che sia la più ampia possibile, così spostando il punto di osservazione del giurista dalla tecnica alla politica del diritto (il che fa del diritto inevitabilmente un sistema aperto). E cfr. ora F. VIOLA, *Tendenze attuali*, cit., p. 8: «Una teoria giuridica del futuro dovrà portare in sé in modo consapevole la dimensione filosofica, cioè una visione generale del senso del diritto. La coordinazione sociale è pervasiva di tutta l’impresa giuridica e riguarda anche gli stessi fenomeni giuridici. Il diritto mette ordine nella vita sociale innanzi tutto facendo ordine in se stesso». In chiave giusprivatistica, v. i molti spunti che si leggono in S. PATTI, *Riflessioni sulla “Teoria del diritto privato”*. (A proposito di una recente antologia), in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1166 ss.

⁴⁴ F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 547: «Dobbiamo basarci sulla tradizione e possiamo soltanto correggere i suoi prodotti».

⁴⁵ *Ibidem*, p. 548: «I vari cambiamenti avvenuti nelle morali non rappresentarono quindi un declino morale, anche se spesso offendevano i sentimenti ereditati, ma una condizione necessaria per l’avvento di una società aperta di uomini liberi»; e cfr. anche p. 547: «È soltanto riconoscendo il conflitto fra una norma data e il resto delle nostre credenze morali che si può giustificare il rifiuto di una regola stabilita. [...] Per essere legittimate, le nuove regole devono ottenere una ampia approvazione della gran parte della società – non con un voto formale ma con una loro effettiva accettazione attraverso un graduale processo di diffusione».

a una libertà individuale che, espandendosi, limita il raggio di azione della scelta fatta da alcuni ma poi destinata a ripercuotersi su tutti⁴⁶.

Con questo non voglio affatto dire che tale ripensamento della politica debba portare a un indebolimento del parlamento quale luogo della rappresentanza, che va salvaguardato e al limite addirittura potenziato; il punto è quello della competizione tra giudiziario e legislativo rispetto allo spazio della decisione collettiva e di quella individuale. In chiave di politica del diritto, è auspicabile un contenimento della prima a favore della seconda – il che sta del resto già avvenendo, altrimenti non si spiegherebbe il successo della giurisdizione (di qui origina la necessità di un’elaborazione teorica, espressamente a sostegno della democrazia giudiziaria).

Si può forse allora aggiungere che le tradizionali distinzioni oppostive tra giurisdizione e legislazione e tra giurisdizione e politica, potrebbero essere recuperate all’interno di un’ottica congiuntiva⁴⁷, rafforzando cioè la portata politico-istituzionale della giurisdizione in riferimento ai problemi posti dall’esercizio della libertà individuale e dando così maggior ordine concettuale (indispensabile) – e che oggi è un ordine né meccanicisticamente sistematico né stucchevolmente retorico⁴⁸, ma argomentativo – a una politica del diritto liberal-democratica (e la giurisdizionalizzazione del diritto dovrebbe, o almeno potrebbe, appunto incentivare l’espansionismo liberal-democratico)⁴⁹. Una politicità giudiziaria in certa misura rinnovata e rinforzata, perché

⁴⁶ Cfr. R. CUBEDDU, *Le istituzioni e la libertà*, Macerata, 2006, spec. le parti I e II; nonché ID., *La natura della politica*, Siena, 2016.

⁴⁷ Cfr. G. BOTTIROLI, *Introduzione alla logica scissionale (congiuntiva)* [Relazione al ‘Seminario sui paradossi’, Università di Urbino, maggio 2006], in www.giovannibottirolini.it/it/categorie-modali-e-logica-divisa/introduzione-alla-logica-scissionale-congiuntiva.html, pdf, pp. 1-25 [e in *Paradoxes*, a cura di S. Arduini, Roma, 2011], nonché ID., *La ragione flessibile. Modi d’essere e stili di pensiero*, Torino, 2013.

⁴⁸ Non so trattenermi dal citare il seguente rilievo (sulla percezione sociale del giurista in Italia e in Germania nei primi anni del Novecento) del come sempre formidabile G. PASQUALI, *Storia dello spirito tedesco nelle memorie di un contemporaneo* (1953), Milano, 2013, p. 66: «In Italia, paese meno progredito [della Germania], l’avvocato, il giurista, per lo più ignorante delle cose, ma maneggiatore abilissimo di metodi dialettici, è stato detronizzato solo dalla prima guerra mondiale» (come noto, lo scritto del filologo classico Pasquali – peraltro, figlio di prestigioso avvocato – è un’amplissima recensione delle memorie dell’archeologo Ludwig Curtius, uscite nel 1950).

⁴⁹ Cfr. di nuovo F. VIOLA, *Tendenze attuali*, cit., p. 23: «Se un modo giuridico di fare le cose offre buona prova di sé per la sua efficacia o per il rispetto di significativi valori, allora entra a far parte di un patrimonio giuridico a cui tutti i popoli e tutti gli ordini giuridici possono attingere. La ragion pratica nella sua applicazione al diritto ci presenta nella sua lunga storia una grande varietà di pratiche giuridiche concernenti lo stesso oggetto e differenti fra loro per il modo di risolvere il conflitto di valori e per le tecniche usate. Tra di esse quelle dei sistemi giuridici più sviluppati hanno un particolare valore e una particolare

si trova a essere primario fattore di quell'ordine spontaneo che si radica nella fattualità e che non può non beneficiare di un approccio al diritto saldamente ancorato altrettanto ai principi generali quanto alle fattispecie concrete: e proprio così, infatti, può schiudersi lo spazio per un giudice il quale sia attore trasparente di politica del diritto. Uno spazio – va precisato – oggi, e da tempo, già in espansione, se guardiamo all'Italia, ma non in virtù della ben nota funzione di supplenza di cui si parla da decenni (ché essa è fenomeno certamente patologico), quanto piuttosto in virtù del fatto che il giudice è l'elemento istituzionale di raccordo tra specificità fattuale e universalità giuridica globalizzata⁵⁰ e protettiva delle istanze individuali⁵¹.

Un'osservazione conclusiva.

Giacomo Marramao, in una recente discussione in tema di globalizzazione⁵², ha affermato che la libertà viene prima dell'uguaglianza, perché la libertà è il motore energetico fondamentale dell'uguaglianza. Una libertà e un'uguaglianza che, allora, ben possono trovare, in una giurisdizione globalizzata – diciamo pure una giurisdizione delle libertà, per evocare questa volta Mauro Cappelletti –, il fattore istituzionale più sensibile anche perché è il più veloce nel raccogliere, o quanto meno nel prendersi in carico, una certa pretesa fatta valere appunto in un giudizio⁵³.

Oggi, il tempo della postmodernità, che, nell'ambito politico-giuridico – e come peraltro sempre avviene in ogni momento di passaggio –, è alla ricerca di nuove coordinate che possano essere sufficientemente condivise per produrre un incremento del socialmente indispensabile tasso di fiducia istituzionale (la quale, forse, è prima di tutto fiducia in se stessi) – tant'è vero che, almeno tra i giuristi, il nome di Thomas Kuhn è ormai frequentemente

capacità di trascendere gli ambiti territoriali o culturali in cui sono sorte e in cui sono giunte a maturazione».

⁵⁰ Utili spunti di riflessione in C. PELANDA, *Nova Pax. La riorganizzazione globale del capitalismo democratico*, Milano, 2015, *passim*.

⁵¹ Del resto, GIULIANO AMATO, in una lezione tenuta alla Luiss il 27 aprile 2017, www.radioradicale.it/scheda/507188/giuliano-amato-il-diritto, ha con molta nettezza affermato che, se è vero che l'unità europea si è formata e rafforzata intorno alla 'rule of law' e cioè ai diritti fondamentali, allora è altresì vero che le Corti (e qui il riferimento è in particolare alla Corte di giustizia) si sono dimostrate più efficaci del legislatore nel processo di costante espansione della libertà individuale.

⁵² «Mario Ricciardi e Carlo Sini dialogano con Giacomo Marramao su 'Filosofia dei mondi globali'» ['Casa della Cultura Via Borgogna 3 Milano'], www.youtube.com/watch?v=5MT3ocyGE1k&t=2870s.

⁵³ In argomento va visto ora F. VIOLA, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?* (24 maggio 2017), pdf, pp. 1-19, www.academia.edu/33227138/Una_teorija_deliberativa_della_giurisdizione.

citato, ed è segnale significativo –, è il tempo della giurisdizione⁵⁴.

Proprio perciò, riprendere e ripensare la lezione di Hayek è raccomandabile.

Abstract

The legal centrality of the judiciary, which characterizes the law of contemporaneity, is an obvious fact.

This phenomenon, among other things, involves the need for a rethinking (or at least a critical thinking) of the democratic theory, so that the law, which is primarily an institutional order, may not be weakened (or even destroyed) by the analogous process of restructuring the sources of law (the debate is primarily about Europe).

In the background, we have what could be called competition (and, sometimes, open conflict) between legislation and jurisdiction, especially based on the 'time factor', that is, the speed of socially targeted intervention.

From this point of view, for example, the theme of 'direct democracy' (massive recourse to referendum and voting-rights practice, as moments of democratic participation, and democratic recovery in the face of judicial primacy) assumes specific relevance within the (more general) theme of the confidence that the 'people' shall put into law as an institution of liberal-democratic, open societies.

Hence, trust and confidence in justice, and trust and confidence in the judiciary are two indispensable pillars of the democratic order, and are the result of a certain idea of democracy in respect of which the jurist, and in particular the comparative scholar, must be vigilant and sensitive, since the relationship between trust on law and trust on democracy is biunivocal. That means that law and democracy are the factors that depend on institutional stability. In this sense, the third volume of the Hayekian trilogy 'Law, Legislation and Liberty' is still relevant.

⁵⁴ Si vedano i numerosi interventi ospitati nel numero monografico ('Il giudice e la legge') di *Questione giustizia*, 4/2016, disponibile integralmente in pdf: www.questionegiustizia.it/rivista/2016-4.php.

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ:
LA PROSPETTIVA LATINO-AMERICANA

La proprietà collettiva indigena e la sua dimensione di ius dicere

SOMMARIO: 1. La questione della proprietà indigena nel quadro dell'ordinamento internazionale. La Convenzione ILO n. 107 del 1957. - 2. La Convenzione ILO n. 169 del 1989. Una visione assolutistica della proprietà collettiva. - 3. La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene del 2007. Un approccio pluralista basato sulla giurisdizione. - 4. La proprietà collettiva come problema di ius dicere. - 5. Situazioni proprietarie e ius dicere. - 6. La sovranità come funzione della proprietà nella costruzione storica del regime giuridico delle terre. - 7. La concezione di proprietà collettiva di ILO 169. I casi di Perù e Colombia. - 8. La proprietà collettiva di ILO 169 nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani. - 9. La proprietà collettiva indigena come diritto di matrice giurisdizionale. Il caso del Canada. - 10. Conclusioni.

1. *La questione della proprietà indigena nel quadro dell'ordinamento internazionale. La Convenzione ILO n. 107 del 1957*

Il tema dei diritti aborigeni sulla terra è presente ormai da sessant'anni nel diritto internazionale e nel diritto interno di molti paesi. Per tracciare un quadro di riferimento normativo e, allo stesso tempo, l'evoluzione dei termini di rappresentazione del problema, occorre necessariamente partire dalla *Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, adottata nel 1957 dall'*International Labour Organization*¹. La Convenzione fu ratificata da ventisette paesi. Essa prevedeva nella sua seconda parte l'obbligo per gli Stati parte di riconoscere come diritto la *ownership* dei singoli membri delle *popolazioni tribali* – questa era la definizione normativa – sulle terre che essi

* Professore Associato di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Padova, Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

¹ *Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, adottata a Ginevra nella quarantesima sessione ILC del 26 giugno 1957.

avevano sempre occupato per tradizione². L'obbligo di riconoscere questa proprietà era costruito dalla Convenzione come parte di un più generale dovere di rispetto delle consuetudini delle popolazioni, che a sua volta si traduceva nell'obbligo di non trasferire le popolazioni tribali, senza il loro consenso, dai territori da esse occupati.

Obbligo non assoluto: nel caso si fosse dovuto disporre tale trasferimento, lo Stato restava comunque nel dovere di mettere a disposizione delle popolazioni delle terre di qualità comparabile a quelle originarie o a pagare loro una compensazione in denaro, se questa fosse stata la soluzione preferita dalle collettività³.

In questo senso, il riconoscimento di una proprietà sui territori occupati per tradizione era uno fra molti strumenti finalizzati a tutelare le popolazioni indigene come insiemi di individui in evidente condizione di disparità sociale all'interno dello Stato di cui pure erano – almeno formalmente – cittadini. Una disparità sociale che si traduceva, nella massima parte dei casi, nella depredazione delle risorse su cui avevano sempre fondato la propria esistenza come comunità.

La Convenzione obbligava così gli Stati a rispettare le forme consuetudinarie di trasmissione della proprietà, col duplice limite della compatibilità con l'ordinamento interno e della funzionalità di tali modalità allo sviluppo economico delle popolazioni interessate⁴. Gli Stati avrebbero comunque dovuto porre in essere misure adeguate per impedire che soggetti estranei potessero avere vantaggi dalla protezione riservata alle collettività di cui venivano riconosciuti i diritti proprietari⁵. La Convenzione mostrava così il

² Convenzione ILO n. 107, art. 11: «*The right of ownership, collective or individual, of the members of the populations concerned over the lands which these populations traditionally occupy shall be recognised.*»

³ Convenzione ILO n. 107, art. 12: «*1. The populations concerned shall not be removed without their free consent from their habitual territories except in accordance with national laws and regulations for reasons relating to national security, or in the interest of national economic development or of the health of the said populations. 2. When in such cases removal of these populations is necessary as an exceptional measure, they shall be provided with lands of quality at least equal to that of the lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future development. In cases where chances of alternative employment exist and where the populations concerned prefer to have compensation in money or in kind, they shall be so compensated under appropriate guarantees. 3. Persons thus removed shall be fully compensated for any resulting loss or injury.*»

⁴ Convenzione ILO n. 107, art. 13: «*1. Procedures for the transmission of rights of ownership and use of land which are established by the customs of the populations concerned shall be respected, within the framework of national laws and regulations, in so far as they satisfy the needs of these populations and do not hinder their economic and social development.*»

⁵ Convenzione ILO n. 107, art. 13: «*2. Arrangements shall be made to prevent persons who*

principale problema di qualsiasi tutela da parte di uno Stato di una popolazione diversa per cultura residente sui suoi confini: la sua individuazione in rapporto col territorio.

Gli Stati parte restavano per il resto liberi di riconoscere la *ownership* tribale come diritto individuale dei singoli membri o come diritto collettivo della comunità. La Convenzione fu spesso criticata per questa perfetta alternativa, atteso che la forma della proprietà individuale e parcellizzata della terra era stata spesso il preludio della spoliazione dei popoli indigeni delle proprie risorse. Non era sembrata però un'opzione perseguibile in sede di redazione della convenzione impegnare gli Stati al riconoscimento di una forma specifica di proprietà. Si evidenziava da più parti come il riconoscimento di forme collettive di proprietà presupponesse un grado di coesione della comunità titolare che non esisteva generalmente fra le popolazioni indigene. Solo in taluni casi la proprietà collettiva delle terre avrebbe potuto rappresentare una soluzione adeguata rispetto ai fini perseguiti dalla Convenzione, che erano pur sempre quelli di un'integrazione delle popolazioni tribali nella comunità statale, attraverso un'opera di promozione sociale.

Per questo la Convenzione del 1957 fu costantemente accusata di avere un approccio paternalistico al tema⁶. Le comunità tribali venivano considerate sempre come soggetti meritevoli di una tutela che doveva provenire dall'esterno; da qui la necessità di lasciare gli Stati liberi di modulare nei propri ordinamenti interni il contenuto della proprietà indigena, in modo da garantire che essa non venisse usurpata. L'idea generale della Convenzione n. 107 era quella per cui, solo ove le collettività fossero state ritenute sufficientemente "mature" per una gestione comune del territorio, si sarebbe potuta riconoscere loro una proprietà piena delle terre, come tale alienabile. In difetto di tale "maturità" si riteneva che la proprietà collettiva avrebbe potuto essere il preludio per una sostanziale liquidazione dei diritti aborigeni. Dinanzi a questo rischio, si diceva fosse opzione preferibile riconoscere una proprietà individuale, ma sottoposta a un rigido vincolo di inalienabilità, ai singoli membri della comunità.

Il tutto si traduceva nell'ambivalenza nella definizione di proprietà indigena data dall'art. 11 della Convenzione ILO n. 107. Da una parte, la formula letterale della norma faceva pendere per una concezione della

are not members of the populations concerned from taking advantage of these customs or of lack of understanding of the laws on the part of the members of these populations to secure the ownership or use of the lands belonging to such members.».

⁶ C. TENNANT, *Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993* in *Human Rights Quarterly* 16 (1994) 1, 57, p. 13.

proprietà indigena come diritto originario delle popolazioni, che lo Stato avrebbe dovuto appunto solo “riconoscere” nella forma data dagli ordinamenti propri delle singole comunità. Dall’altra, gli Stati avrebbero avuto piena libertà nel costruire tale proprietà a partire da proprio ordinamento, dettando norme specifiche quanto al contenuto dei poteri, e sarebbero stati ulteriormente liberi nell’individuare il soggetto cui assegnarla, l’individuo o la collettività.

2. *La Convenzione ILO n. 169 del 1989. Una visione assolutistica della proprietà collettiva*

I limiti della Convenzione ILO 107 e del suo approccio complessivo apparvero sempre più evidenti, con il crescere dell’organizzazione politica delle minoranze etniche⁷. Il principio del riconoscimento dei diritti ancestrali di proprietà – pur un indubbio progresso introdotto dalla Convenzione – veniva letto come parte di un disegno di assimilazione delle popolazioni indigene, che la Convenzione del 1957 vedeva come il loro unico futuro possibile.

L’ILO iniziò così a metà degli anni Ottanta un percorso per la revisione della Convenzione n.107⁸, che condusse alla Convenzione n. 169 del 1989⁹, attualmente in vigore, ispirata a principi diametralmente opposti. ILO n. 169 rinuncia espressamente a ogni obiettivo di integrazione delle popolazioni indigene nella comunità statale, sancendo invece il diritto delle popolazioni a sviluppare in autonomia le proprie società¹⁰. Il multiculturalismo della Convenzione n. 169 si esprime innanzitutto nell’uso del termine “*people*” - al posto del termine “*population*” - per evidenziare il diritto di autodeterminazione delle comunità indigene rispetto alla sovranità sul territorio espressa dallo Stato¹¹.

⁷ A. UCHIDA, *Searching for Indigenous Alliances: International NGOs of the United States and Canada in the 1970s*, in *The Japanese Journal of American Studies*, 23 (2012) pp. 209 ss.

⁸ E. HOGETVEIT, *Revision of ILO Convention No. 107 on Indigenous and Tribal Populations (1957)* in *Menneskerog Rettigheter*, 5, 3, (1987), pp. 39-41.

⁹ *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, adottata nella settantaseiesima sessione dell’ILC a Ginevra, 27 giugno 1989.

¹⁰ A. YUPSANIS, *ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989-2009: An Overview*, in *Nordic Journal of International Law* 79 (2010) p. 436.

¹¹ L. SWEPSTON, *A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples:*

L'aspetto in cui l'approccio multiculturale si dimostra maggiormente è però la definizione della proprietà indigena. La Convenzione ILO n. 169 obbliga gli Stati a riconoscere ai popoli indigeni solo una proprietà collettiva, riferita nella sua titolarità alla comunità nel suo complesso, come diritto funzionalmente orientato al rispetto della sua specificità culturale. L'obbligo per gli Stati di riconoscere la proprietà dei popoli indigeni è sancito dalla Convenzione in funzione dei valori "spirituali e culturali" che connettono quei popoli alle loro terre ancestrali. Da qui la forma collettiva come unica proprietà indigena possibile, conseguenza naturale di questa relazione culturale tra uomini e terra¹².

L'estensione della proprietà indigena sul territorio deve infatti comprendere non solo le terre continuamente occupate da una popolazione, ma anche l'ambiente totale di cui questa usa¹³. Da qui l'obbligo per gli Stati di riconoscere non solo la proprietà collettiva delle terre occupate da popolazioni stanziali, ma anche i diritti che un popolo può avere su terre promiscuamente utilizzate con altri popoli per la propria sussistenza e per le altre esigenze dettate dalla loro cultura. Una definizione che la Convenzione estende esplicitamente ai popoli nomadi e alle attività di coltivazione tur-naria¹⁴.

In questa architettura trovano nuovo significato le norme riprese senza modifiche dalla Convenzione n. 107, come l'obbligo di rispettare le modalità tradizionali di trasmissione dei diritti di proprietà, o l'obbligo di impedire agli estranei l'esercizio di diritti spettanti unicamente al popolo indigeno. Trovano soprattutto spazio norme nuove, come l'art. 15, che impone l'obbligo di salvaguardare il diritto dei popoli indigeni alle risorse naturali presenti sui propri territori e di partecipare al loro uso e sfruttamento. Un

ILO Convention No. 169 of 1989 in Oklahoma City University Law Review, 15, 3 (1990), p. 692 ss.

¹² Convenzione ILO n. 169, art. 13: «1. *In applying the provisions of this Part of the Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship.*»

¹³ Convenzione ILO n. 169, art. 13: «2. *The use of the term lands in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use.*»

¹⁴ Convenzione ILO n. 169, art. 14: «1. *The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.*»

diritto che si arresta alla superficie, ove lo Stato abbia la proprietà del sottosuolo o comunque delle risorse naturali. Per questo – comunissimo- caso, la Convenzione prescrive l'obbligo per le parti contraenti di consultare i popoli indigeni coinvolti, per verificare quanto lo sfruttamento delle risorse naturali possa recare nocimento all'esercizio dei loro diritti originari, e individuare concordemente adeguate forme di compensazione.

Il dovere di consultazione è in realtà il principale strumento di tutela previsto dalla Convenzione n. 169 per qualsiasi dimensione della cultura indigena, quindi anche per il diritto di proprietà collettiva. L'art. 6 della Convenzione dispone in via generale che gli Stati contraenti debbano applicarne le varie previsioni, quindi anche quelle in materia di diritti sulla terra, attraverso tre misure specifiche: consultare le popolazioni attraverso i loro rappresentanti tutte le volte in cui un provvedimento amministrativo o legislativo potrebbe influire direttamente sui loro interessi; stabilire delle procedure mediante le quali consentire alle popolazioni indigene un grado di compartecipazione alle decisioni su politiche e programmi di governo che possano riguardarli almeno pari a quello riservato a altri settori della popolazione complessiva dello Stato; favorire, anche attraverso risorse materiali e finanziarie, lo sviluppo delle istituzioni proprie delle popolazioni indigene, in modo da assicurare la loro rappresentanza nelle sedi decisionali¹⁵. Il dovere di consultazione dovrebbe condurre al raggiungimento di accordi con le popolazioni interessate, ma la Convenzione non prevede strumenti di tutela per il caso in cui un consenso non si raggiunga¹⁶.

La Convenzione n. 169 conta a oggi ventidue ratifiche, la massima parte delle quali da paesi del Sudamerica. Solo quattro ratifiche da paesi europei – Spagna, Norvegia, Danimarca e Paesi Bassi – e solo una dall'Asia, il Nepal. Mancano all'appello, per quanto qui interessa, Stati come il Canada o l'Australia, che pure hanno nei propri ordinamenti interni discipline di effettivo riconoscimento dei diritti aborigeni sulle terre e, in generale, poli-

¹⁵ Convenzione ILO n. 169, art. 6: «1. *In applying the provisions of this Convention, governments shall: (a) consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly; (b) establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programmes which concern them; (c) establish means for the full development of these peoples' own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.*»

¹⁶ Convenzione ILO n. 169, art. 6: «2. *The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.*»

tiche consolidate di rispetto dei loro diritti originari.

3. *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene del 2007. Un approccio pluralista basato sulla giurisdizione*

Il terzo strumento internazionale che deve essere citato è ovviamente la *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* del 2007. A differenza dei primi due, esso è uno strumento non vincolante, e non a caso vi ha aderito un numero maggiore di Stati. L'art. 25 della Dichiarazione attribuisce ai popoli indigeni il diritto di mantenere e fortificare la loro "relazione spirituale particolare" con le terre da loro tradizionalmente "possedute, occupate o comunque usate" e a trasmettere questa relazione alle future generazioni. L'art. 26 parla invece di un diritto di "possedere, usare, sviluppare e controllare" le terre tradizionalmente occupate o comunque acquistate. La dichiarazione impegna gli Stati a dare riconoscimento legale e protezione ai territori posseduti dalle popolazioni indigene e specifica che tale riconoscimento deve essere operato con il dovuto rispetto per le loro consuetudini e per il loro specifico sistema di *land tenure*.

La vera differenza con la Convenzione ILO n. 169 è nella norma dell'articolo 27, la quale impone agli Stati di istituire un sistema equo e imparziale per il riconoscimento e l'aggiudicazione dei diritti sulle terre ancestrali. Tali sistemi dovrebbero essere individuati di concerto con le stesse popolazioni e rispettare, ancora una volta, i loro ordinamenti consuetudinari. Soprattutto, la dichiarazione attribuisce alle popolazioni indigene il diritto di rivendicare le terre su cui vantano diritti originari da chiunque le abbia occupate, confiscate, usurpate o altrimenti danneggiate. Ove la restituzione delle terre non dovesse essere possibile, alla popolazione deve essere riconosciuta una giusta compensazione, innanzitutto attraverso l'attribuzione di terre di eguale qualità.

Al di là dei principi profusi nei due strumenti, che si basano egualmente sul dovere di rispettare la relazione con la terra come parte del patrimonio culturale delle popolazioni indigene, l'impostazione della tutela della relazione proprietaria è radicalmente diversa tra la DRIP del 2007 e la Convenzione ILO n. 169.

Entrambi gli strumenti vedono nella permanenza su un dato territorio di una popolazione dotata di una specificità culturale il titolo di un diritto su quelle terre, ma mentre la ILO n. 169 lo costruisce nella sostanza come

diritto politico di una comunità, la DRIP lo costruisce come diritto reale, il cui contenuto deve essere determinato a partire dall'ordinamento giuridico della singola popolazione indigena. In altri termini, mentre nella ILO 169 esiste una sola possibile forma di proprietà collettiva, identificata come il diritto assoluto di una comunità che preesiste all'instaurazione della sovranità dello Stato su un territorio, la DRIP presuppone l'esistenza di una pluralità di forme di appartenenza collettiva, che lo Stato deve riconoscere per come sono state strutturate da un ordinamento che è presente sul suo territorio, ma che non è riconducibile alle sue norme, prodotte secondo la sua Costituzione.

4. *La proprietà collettiva come problema di ius dicere*

Perché il problema della proprietà indigena è un problema di *ius dicere*? Nella mia tesi, perché la proprietà collettiva non è configurabile fuori da un contesto giurisdizionale, e ciò si dimostra considerando come, muovendosi da un approccio antagonista della giurisdizionalità – come quello seguito dalla ILO 169- si riesca a costruire non una proprietà collettiva, ma una cosa diversa – una forma antagonista di sovranità – che non riesce a tutelare né la specificità culturale delle singole popolazioni indigene, né garantire effettivamente il loro rapporto con il proprio territorio ancestrale.

Ius dicere è espressione usata in più di un significato, nel dibattito giuridico attuale. In un'accezione minimale, largamente derivata dalla realtà degli Stati moderni, essa indica l'attività di risolvere una controversia mediante l'applicazione di una norma giuridica da parte di un soggetto che, terzo rispetto alle parti, lo è anche rispetto alla creazione della norma. Una *iurisdiction*, in termini moderni, si riconosce ovunque si possa trovare un giudice che abbia la competenza a risolvere un conflitto secondo una norma che egli non ha prodotto e dare tutela effettiva alla situazione giuridica vantata.

Questa concezione presuppone una serie di caratteri fondanti dello Stato che si definisce usualmente *amministrativo*: la subordinazione del giudice alla norma e la selezione da parte dell'ordinamento delle fattispecie assoggettabili alla risoluzione in via giurisdizionale, restando le altre a un diverso modo di risoluzione dei conflitti, quello attribuito alla diretta gestione di interessi sociali da parte del potere pubblico. *Amministrazione* è, in questa rappresentazione minima, la funzione complementare della *giurisdizione*: amministrare significa comporre interessi rilevanti di individui o di gruppi

sociali mediante un comando, laddove giudicare implica la composizione di eguali interessi mediante una sentenza.

Certamente appartiene all'immagine moderna l'idea di una qualità diversa degli interessi passibili di una soluzione amministrativa da quelli assoggettabili alla tutela giurisdizionale, in funzione di una rilevanza "pubblica" o "privata" degli stessi. Questa differenziazione è però l'effetto, non la causa, della nascita dello Stato amministrativo, in cui è un unico soggetto – il legislatore – a decidere cosa debba essere tutelato per comando e cosa per sentenza. A questa rappresentazione è indifferente l'esistenza di un vincolo di legalità dell'amministrazione, come la presenza di istanze giurisdizionali cui chiedere tutela contro gli atti di amministrazione. Parafrasando Napoleone Bonaparte, "giudicare dell'amministrazione è ancora amministrare": sottoporre a giudizio l'operato del pubblico potere non significa trasformare la modalità di composizione degli interessi coinvolti, portandola nell'area della giurisdizionalità, ma solo verificare il rispetto delle procedure e dei presupposti per l'esercizio di quel potere.

Non è un caso, ovviamente, che occorra rifarsi al creatore del primo Codice civile per illustrare le caratteristiche minime dello Stato amministrativo. Esso è il prodotto più autentico della Rivoluzione, l'alternativa perfetta al mondo che questa intese distruggere, e il suo risultato più duraturo, accolto, per come fu, in tutti gli Stati dopo la Restaurazione.

Il mondo cui la Rivoluzione si contrappose è appunto quello dello Stato giurisdizionale.

Questo è la forma di Stato in cui ogni possibile conflitto, tra individui come tra gruppi, è risolto in un procedimento, attraverso l'applicazione di una norma che, comunque prodotta, è intesa preesistere al giudizio. *Iusdicere*, in questi sistemi che rappresentano tutti l'evoluzione di un modello medievale, significa enunciare ("dicere", appunto) una norma che il giudice deve trovare nei fatti. In questi sistemi il giudice è individuato, in linea di principio, in funzione della materia del contendere, come quel soggetto che più e meglio di altri è in grado di enunciare la norma idonea alla risoluzione della controversia.

Nella società feudale, ad esempio, il giudice di una controversia tra feudatari per il possesso di un dato titolo nobiliare – da cui dipendono, in quell'ordinamento, rilevanti poteri su un determinato territorio – è un feudatario egli stesso, poiché è l'unico in grado di conoscere le norme, invariabilmente consuetudinarie, su cui risolvere la controversia. A parti invertite, il giudice di una controversia tra contadini per il possesso di un diritto sul fondo – di coltivare, portare al pascolo, prendere legna e simili – trova il

proprio giudice in un qualsiasi personaggio che possa individuare la norma da applicare al caso concreto, sia esso il prete o il vescovo, il feudatario del luogo o l'abate del monastero più vicino o, ancora, un membro della stessa comunità la cui anzianità lo metta in grado di conoscere meglio la consuetudine del luogo. Non si tratta – si badi - di giudizi arbitrari: chiunque ha il diritto di rivolgersi al giudice così individuato e questi ha il potere di citare dinanzi a sé la controparte.

Questa dinamica evolve nel tempo, ma non è mai superata fino alla piena costruzione dello Stato amministrativo. Nella maggiore complessità del medioevo cittadino e mercantile, essa porta all'individuazione di una pluralità di ordinamenti, che isolano altrettanti corpi sociali, i quali non competono tra loro per la creazione di un consenso politico, ma per l'opponibilità delle loro norme giuridiche agli appartenenti degli altri gruppi. Appena per fare l'esempio più semplice: se il mercante che non paga un debito garantito da pegno è esposto all'espropriazione e alla vendita della garanzia senza che il creditore debba ricorrere al giudice, questa norma può valere anche nel caso il pegno sia stato dato al mercante da un nobile, quindi a un soggetto che risponde a un altro ordinamento? Anche in questo caso, come in qualsiasi altro, la controversia tra nobile e mercante dovrà trovare il suo giudice, che possa reperire una terza norma tra quelle in conflitto.

L'accentramento di poteri nelle mani di un sovrano, carattere indefettibile dello Stato moderno, avviene prima della Rivoluzione, per via giurisdizionale. Il sovrano accentra su di sé la *iurisdictio* verso un numero sempre maggiore di conflitti, e assume – in continuità con la tradizione giuridica medievale – sempre più la legittimazione a introdurre d'ufficio il giudizio innanzi a sé. Ogni manifestazione del potere regale si restituisce infatti nella capacità di giudicare secondo diritto un conflitto, anche quelli generati tra i corpi sociali dallo stesso Sovrano e da lui introdotto dinanzi a sé come controversia giuridica. Ancora una volta, gli esempi sono quelli usuali alla storia giuridica: se vi è necessità di costruire una strada o un ponte tra due villaggi, il Sovrano promuove d'ufficio il conflitto tra questi due soggetti per decidere chi debba provvedervi; se una città deve pagare un tributo, e questo deve essere diviso in funzione della proprietà immobiliare o dei proventi di un'arte o del commercio, il conflitto tra gli interessati potrà diventare controversia giuridica a istanza di uno tra essi come a istanza del Sovrano, che in questo modo – ma solo in questo modo – potrà spostare il prelievo fiscale sui settori per lui più vantaggiosi, e così via.

La compressione dell'autonomia dei corpi – che sin qui abbiamo chiamato *sociali*, ma sono più correttamente definibili come corpi *intermedi*

– è un fenomeno inarrestabile nell'evoluzione della forma-Stato, ma essa fu sempre condotta nelle forme della giurisdizione, costruendo cioè qualsiasi conflitto di interessi tra soggetti sottoposti alla stessa sovranità come una controversia da decidere secondo una norma preesistente, di cui il Sovrano sarebbe stato sempre più spesso il giudice. Lo Stato amministrativo è il superamento di questo modo di concepire il potere come relazione giuridica, sostituendo alla funzione di risoluzione di controversie tra corpi, come tra individui e corpi intermedi, un governo per via di comandi, che si dirigono direttamente ai singoli individui. Una cesura epocale, che ha avuto bisogno appunto di una Rivoluzione.

5. *Situazioni proprietarie e ius dicere*

L'aspetto che occorre qui mettere in luce è che le relazioni giuridiche che possono configurarsi in uno Stato giurisdizionale non sono eguali a quelle che possono esistere in uno Stato amministrativo. L'esempio principe è proprio la proprietà fondiaria. Una proprietà individuale e assoluta *usque ad sidera et ad infera* come quella dei Codici moderni presuppone lo Stato amministrativo, perché necessita, da un lato, che taluni possibili conflitti attinenti alla terra siano avvocati alla risoluzione diretta da parte dello Stato per via di comando e, dall'altro, che esista un unico insieme di norme finalizzato a dare la struttura della relazione giuridica tra soggetto e cosa.

Nello Stato giurisdizionale, qualsiasi conflitto che abbia ad oggetto la terra si risolve in una controversia sul suo uso. Poiché il giudice deve trovare la norma dai fatti, e tra questi fatti vi è ovviamente la permanenza per un lungo periodo di un soggetto su di una terra, non può esistere una norma valida a escludere uno tra i più soggetti che usano della stessa terra se non vi è una situazione di conflitto tra utilizzi concorrenti. Se, nell'esempio più semplice, un soggetto ha diritto a coltivare una terra e, seguendo il ciclo naturale delle colture, usa della stessa per un certo periodo dell'anno, non vi è conflitto se un altro soggetto usa di quella stessa terra per un altro periodo dell'anno per pascolarvi il proprio bestiame. In questo esempio – uno dei più comuni nel mondo giuridico medievale – sta la radice della proprietà plurale o, se si preferisce adoperare la terminologia del diritto comune, del *dominio diviso*, la contemporanea presenza di più proprietà sulla stessa terra.

Nel lungo medioevo dello Stato giurisdizionale, ogni singolo pezzo di terra è sede sempre di più diritti di proprietà, appartenenti a due specie:

il dominio diretto, situazione vuota dell'esercizio di poteri sulla cosa, e il dominio utile, il diritto che su quella stessa cosa ha colui che la usa. Nella più gran parte dei casi, esiste su una medesima terra una pluralità di domini diretti e di domini utili. Il caso che ho fatto prima come esempio è l'ipotesi più semplice di una pluralità di proprietà utili: sia chi ha il diritto di coltivare, che chi ha il diritto di pascolo, sono proprietari utili del bene, e possono trasmettere liberamente questo diritto senza la collaborazione dell'altro, come senza la partecipazione del proprietario diretto.

In questo contesto, la proprietà collettiva è una forma naturale di appartenenza. I terreni marginali di bosco e pascolo, che producono risorse senza la coltivazione, sono intesi di proprietà collettiva fra i membri della comunità che vi insiste. Una proprietà che, ancora una volta, è il frutto della risoluzione giurisdizionale di una serie di conflitti. Il conflitto tra più comunità per l'uso di un bosco si definisce in giudizio con l'attribuzione dello stesso a una di esse, o per la sua divisione. Il conflitto tra due membri della stessa comunità sul modo di usarne si definisce attraverso la posizione di una o più norme che stabiliscono la quantità di risorse che ciascuno ha diritto di percepire. Ancora, il conflitto tra i membri di una comunità e colui che vanta un diritto concorrente sul bene (si pensi al diritto del Re o di un nobile di cacciare in un bosco dal quale gli abitanti di un villaggio traggono legna) si risolve nella posizione di norme che delimitano le modalità di esercizio degli stessi.

Nel lessico giuridico della proprietà pura, la proprietà collettiva è il dominio utile che spetta a un soggetto per il fatto di appartenere a una data comunità. Inutile chiedersi se il proprietario del bosco o del pascolo sia l'individuo o la comunità nel suo insieme. Entrambe le affermazioni potrebbero essere vere: talune ipotesi di conflitto descriverebbero come proprietario il singolo, poiché egli è l'unico legittimato a portarle in giudizio; quanto ad altre ipotesi, la pretesa dovrebbe essere fatta valere in giudizio dalla comunità.

Questa, in ogni caso, non agisce come organo politico. La comunità non può prendere decisioni che portino alla perdita del diritto ai singoli membri. La comunità non può alienare il diritto collettivo, né attraverso un atto traslativo come la vendita o la donazione, né attraverso un comportamento remissivo, che porti all'usucapione da parte di un terzo: nella prima ipotesi, l'atto traslativo non sarebbe opponibile ai singoli membri, che potrebbero continuare l'esercizio del loro diritto individuale; nella seconda, la decisione della comunità resterebbe priva di effetti dinanzi alla continuità dell'uso da parte dei singoli.

L'estinzione dei diritti collettivi, come delle altre forme della proprietà plurale, è potuta avvenire in Europa solo con la ridefinizione legale dei diritti di proprietà avvenuta con la Rivoluzione e i Codici civili, che si è risolta nel riservare la tutela in giudizio solo a uno tra i tanti diritti esistenti sulla terra, individuando nel suo titolare il proprietario pieno e assoluto del bene. Un processo governato secondo il disegno politico contenuto nelle singole Costituzioni: se per il Terzo Stato nella Francia della Rivoluzione era il titolare del dominio utile a meritare la piena proprietà del bene, contro gli interessi della proprietà diretta, invariabilmente intestata alla nobiltà o alla Chiesa, nel Regno delle Due Sicilie l'abolizione della feudalità andò a vantaggio di questi ceti, trasformando il dominio diretto, non più l'utile, nella piena proprietà moderna. Politiche opposte, che si fondarono tuttavia sullo stesso momento tecnico: la costruzione di un'unica legittimazione proprietaria che si ponesse come diritto concorrente verso tutti gli altri diritti esistenti sulla cosa, i quali vennero estinti attraverso varie leggi di affrancazione, e divenisse per questo l'unica tutelabile in giudizio. Il principio di tipicità dei diritti reali, pilastro del sistema dei Codici civili, pur se mai da questi espressamente enunciato, è il segno di questo mutamento epocale nelle relazioni proprietarie, che esclude per definizione la proprietà collettiva.

6. La sovranità come funzione della proprietà nella costruzione storica del regime giuridico delle terre

La pluralità delle relazioni proprietarie costituì anche la base tecnica per la costruzione della sovranità sul territorio. È su questo punto che si registra la differenza incolmabile tra due storie, quella degli stati europei e quella dei territori già sottoposti al loro dominio coloniale, che ha una indubbia influenza sul nostro tema.

In un ordinamento giurisdizionale, la costruzione della sovranità avviene, come abbiamo detto, in funzione dell'accentramento al Sovrano di funzioni giurisdizionali prima detenute da altri soggetti. Nel caso del territorio, questo fenomeno si sviluppa in Europa nello schema della proprietà plurale. Posto che ogni concessione di terra crea nel concessionario un proprietario utile, e nel concedente un proprietario diretto, il modello fondamentale di accentramento dei poteri di un Re sul proprio territorio avviene attraverso il riconoscimento di un suo dominio diretto anteriore nel titolo, e posteriore nell'esercizio, rispetto a qualsiasi altro diritto consimile. L'esempio più noto,

e assai rilevante ai nostri fini, è la *tenure* anglosassone.

Prima della conquista normanna, le terre erano tenute in Inghilterra seguendo tre morfologie proprietarie diverse (*folkland*, *bookland*, *laenland*), in una densa rete di rapporti feudali, in cui il Re doveva continuamente rinegoziare per via giurisdizionale un proprio potere sulla terra¹⁷. La prima forma di proprietà, il *folkland*, era un tipo di proprietà collettiva chiusa, limitata cioè ai membri di una famiglia o di un gruppo di famiglie¹⁸. Il secondo tipo di proprietà, il *bookland*, era il dominio utile che derivava da una qualsiasi concessione fatta non solo dal Re, ma da qualsiasi altro proprietario diretto, come i nobili o la Chiesa. L'iscrizione nel *book* rendeva questo tipo di dominio utile pienamente alienabile, senza la cooperazione del proprietario diretto¹⁹. La terza forma, il *laenland*, era invece una concessione di terra a lungo termine, a fronte o meno del pagamento di un canone in denaro o in natura, fatta di norma per la durata della vita del concessionario, e talvolta fino alla terza generazione²⁰. La sua alienazione implicava, almeno in linea di principio, la cooperazione del direttario concedente, che

¹⁷ E' interessante leggere oggi gli argomenti di Maitland: nella notte altomedievale i confini reciproci tra concetti come proprietà, usufrutto, dono e prestito sono destinati naturalmente a confondersi. Si può così dire che per il diritto inglese, soprattutto quello anteriore alla conquista normanna, l'usufrutto sia un dominio temporaneo e il dominio sia un usufrutto che può essere perpetuo. Questa confusione è per Maitland una tra le cause principali per il successivo invalersi della regola che vede il Re come proprietario ultimo della terra, che tale resterà per quante concessioni egli possa fare a soggetti privati. F.W. MAITLAND, *Domesday Book and Beyond – Three Essays in the Early History of England*, Cambridge, CUP, 1897, pp. 299-230 (ristampa 1907).

¹⁸ J. ALLEN, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London 1830, p. 143 parlava del *folkland* come di una proprietà della comunità che poteva essere goduta collettivamente o per porzioni attribuite ai singoli membri. In questo caso, il titolo di attribuzione sarebbe stato garantito dagli uomini liberi presenti. In quanto proprietà collettiva, il *folkland* non poteva essere alienato o diviso e pertanto, allo spirare del termine, la quota attribuita al singolo sarebbe tornata alla comunità, per essere nuovamente distribuita. Cfr. anche P. VINOGRADOFF, *Folkland*, in H.A.L. FISHER (ed.) *Collected Papers by Paul Vinogradoff with a Memoir* vol. I, Oxford 1928.

¹⁹ F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I* vol. I, 1895, p. 37: “*Alodium* (of which we have no English form) is a regular Latin translation of book-land. There is great reason to believe that a grant of book-land usually made no difference at all to the actual occupation of the soil. It was a grant of lordship and revenues, and perhaps of jurisdiction and its profits. The inhabitants rendered their services and dues to new lords, possibly enough to the same bailiff on behalf of the new lord, and things went on otherwise as before. The right of alienating book-land depended on the terms of the original grant.”

²⁰ W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, III ed., 1923, vol. 2, p. 70 parla di questa forma di proprietà come di un *loanland*, quindi di un prestito di terra, segnalando tuttavia che di simili prestiti non si ha documentazione scritta, altro che per grandi concessioni fatte dalla Chiesa a personaggi di lignaggio superiore.

avrebbe dovuto rinnovare la concessione in favore dell'acquirente. Ipotesi proprietarie le cui caratteristiche derivavano dalla risoluzione giurisdizionale di controversie.

Con la conquista normanna, i nuovi Re, come giudici delle controversie tra feudatari, costruirono una presunzione di dominio diretto in capo a loro di ogni terra non occupata, la *tenure*, avocando a sé quelle terre che si trovasero prive di altri legittimati. Ove il feudatario non avesse lasciato eredi del suo dominio diretto, il servizio dovuto dal proprietario utile sarebbe spettato al Re, come titolare della *tenure*²¹. Una vicenda che illustra bene un aspetto fondamentale dello Stato giurisdizionale: la costruzione di un nuovo diritto sulla terra, sia pure appartenente al Re, non può comportare la soppressione dei diritti proprietari esistenti, ma solo il riconoscimento di un'ulteriore forma di dominio, che in talune situazioni potrà porsi come concorrente rispetto ad altri titoli di legittimazione sul bene, in altri vi convivrà. In particolare, il regime della *tenure* non era in sé confliggente con l'ipotesi di una proprietà collettiva: dopo la conquista normanna si parlerà di una *tenure in ancient demesne*, termine nel quale non si fa fatica a riconoscere un'altra versione del termine *demanium*, per indicare il diritto di una pluralità di persone a trarre risorse da un territorio su cui vivevano, con l'onere di un servizio – anche minimo o simbolico – da rendere al titolare della *tenure* su quello stesso bene, in una relazione che nessuna delle due parti aveva titolo per cambiare unilateralmente, e che si sarebbe per questo perpetuata in eterno²².

Allorché l'Inghilterra iniziò la propria espansione coloniale, la dottrina della *tenure* aveva ormai perso nella madrepatria la sua centralità. Una costituzione del 1290 – ancora una volta, un atto giurisdizionale - aveva deciso per la libera alienabilità dei diritti sulla terra da parte di ogni persona libera, senza l'autorizzazione del concedente²³. La costituzione impediva così ai proprietari diretti, intermedi tra la *tenure* del Re e il proprietario utile (in pratica, i nobili feudatari), di chiedere la prestazione di oneri ai nuovi acquirenti di quest'ultimo diritto. La proprietà fondiaria sarebbe così divenuta una relazione diretta tra il potere reale, detentore della *tenure*, e l'acquirente della proprietà utile.

La costituzione *Quia emptores terrarum* ebbe successivamente grande

²¹ K.E. DIGBY, *An Introduction to the History of the Law of Real Property*, Oxford 1884, pp. 29-34.

²² F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, cit. pp. 266 ss. ritengono che l'*ancient demesne* consistesse nella particolare tutela dell'inalienabilità e non usucapibilità dei beni direttamente titolati dal Re.

²³ *Statute of Westminster III*, 18 Edward I, c. 1.

rilievo formale nella rappresentazione della proprietà fondiaria sulle terre coloniali: poiché la sovranità del Re d'Inghilterra si estese su di esse direttamente con la scoperta da parte di sudditi inglesi, senza la presenza di feudatari intermedi, ne conseguiva che queste erano giunte direttamente alla sua *tenure*²⁴. La Corona poteva quindi concedere direttamente ai propri sudditi un diritto su quelle terre che era pieno - perché non potevano esistere su di esse diritti concorrenti, che nella madrepatria provenivano da una tradizione che non poteva essere esistita nel Nuovo Mondo- e assoluto, perché liberamente trasferibile senza l'assenso del titolare della *tenure*. Questa diventava così una dimensione della sovranità che il Re aveva esteso sui suoi nuovi territori, e si risolveva nel potere di garantire la legittimità delle proprietà private, a fronte di un *quit rent*, l'onere reale dovuto al proprietario diretto, che poteva essere affrancato col pagamento di una capitalizzazione²⁵.

In questi termini la dottrina della *tenure* si fonde con quella, ampiamente riconosciuta nel diritto dell'epoca, della *terra nullius*: l'occupazione della terra appena scoperta da parte di una potenza europea vi instaurava una sovranità, che si estendeva al potere di garantire diritti di proprietà privata su quel territorio secondo il proprio ordinamento fondiario. Per l'ordinamento di *common law*, l'identificazione tra sovranità e regime di proprietà fondiaria fu sancita dal Privy Council nel 1722: ove un territorio fosse stato scoperto da naturali inglesi, e questo non fosse stato nella sovranità di alcuno, la legge inglese, comprensiva tanto di consuetudini quanto di statuti scritti, vi si sarebbe trasferita con loro, e quindi anche il suo sistema proprietario; ove, al contrario, il territorio fosse stato acquistato alla sovranità della Corona inglese dopo essere stato comunque soggetto ad altra sovranità europea, i diritti di proprietà riconosciuti da quella sovranità sarebbero stati mantenuti, salva la possibilità della Corona di concederne altri, su terre mai passate in proprietà di privati²⁶.

Su questa dottrina, i diritti delle popolazioni indigene sui propri territori ancestrali vennero derubricati a meri diritti di uso su terre che, passate con la conquista alla *tenure* della Corona, potevano da questa essere concesse a terzi in proprietà privata. In *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. R.* del 1888,

²⁴ W. VANCE, *The Quest for Tenure in the United States*, 33 Yale Law Journal (1924) p. 254.

²⁵ Il raddoppio del canone di affrancamento, disposto dal Re d'Inghilterra nel 1774, è portato tra le sue colpe nella Dichiarazione d'Indipendenza. B. EDGEWORTH, *Tenure, Allodialism and Indigenous Rights at Common Law: English, United States And Australian Land Law Compared After Mabo V. Queensland*, *Anglo-American Law Review* 23 (1994) p. 402 e W. Vance, op. cit., p. 260.

²⁶ Case 15-Anonymous, 2 P Wms 75, 75.

il *Privy Council* stabilì che la *tenure* degli *Indians* sul territorio era solo un diritto personale, totalmente dipendente dalla buona volontà del sovrano, non un diritto reale assimilabile alla proprietà²⁷.

La controversia concerneva alcune terre cedute nel 1873 da una tribù degli *Ojibbeway* al governo del *Dominion of Canada*, in rappresentanza della Corona, con un formale trattato. Il trattato prevedeva che gli indiani avrebbero mantenuto il diritto a cacciare e pescare su tutto il territorio ceduto, con l'eccezione "di quelle porzioni che potessero essere di volta in volta richieste o appropriate per la colonizzazione, l'apertura di miniere, il taglio del legname, o altri scopi". Il governo del *Dominion* ebbe poi a concedere alla *St. Catherine's Milling and Lumber Co.* il permesso di prelevare un milione di piedi cubi di legname da costruzione da una specifica porzione di questo vasto territorio. La società fu convenuta in giudizio dal Procuratore generale della Provincia dell'Ontario, la quale si affermava proprietaria del territorio e del legname e contestava la validità della concessione. Il *Chancellor of Ontario* accolse il ricorso, e la sentenza fu confermata all'unanimità dalla Corte d'appello dell'Ontario e poi, sia pure a maggioranza, dalla Corte suprema del Canada. Una questione che arrivò all'attenzione del *Privy Council*, richiesto dal governo del *Dominion*, che non era tra le parti del giudizio di merito, di stabilire quali conseguenze legali avesse avuto il trattato con le tribù indiane del 1873 nei rapporti fra sé stesso e la provincia dell'Ontario.

Scrivendo il giudizio del Council, Lord Watson negò che gli indigeni avessero mai avuto una proprietà di cui disporre per trattato. Ad essi poteva essere riconosciuto solo un insieme di diritti di uso, che insistevano sul dominio eminente della Corona, formatosi successivamente con la conquista²⁸. Con il Trattato del 1873, gli indiani *Ojibbeway* avevano pertanto estinto i loro diritti di uso, il che aveva reso solo più pieno il dominio eminente del Sovrano, che era stato sempre libero di concedere a terzi la proprietà privata di quelle terre come di qualsiasi altra.

Era una radicale rilettura della dottrina della *tenure*: l'occupazione e il godimento da tempo immemore, che avevano garantito per secoli alle

²⁷ *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen (Ontario)* [1888] UKPC 70 (12 December 1888). 14 App. Cas. 46, [1888].

²⁸ «*It was suggested, in the course of the argument for the Dominion, that in as much as the proclamation recites that the territories there by reserved for Indians had never been "ceded to or purchased by" the Crown, the entire property of the land remained with them. That inference is, however, at variance with the terms of the instrument, which show that the tenure of the Indians was a personal and usufructuary right, dependent upon the good will of the sovereign*» (p. 5).

comunità della madrepatria un dominio utile sulle terre comuni, *l'ancient demesne*, destinato a opporsi in perpetuo al dominio eminente del Sovrano, venivano intesi, se applicati alle popolazioni aborigene, come un onere su questo dominio, un diritto affievolito, esposto a ogni sorta di caducazione.

Alla base di questa rilettura era l'incomunicabilità tra la consuetudine indigena e la sovranità. Per come enunciato in una fondamentale sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1823, *Johnson v. McIntosh*, gli acquisti di terre dalle tribù indiane erano regolati dalla loro consuetudine: se questi avessero revocato unilateralmente tali vendite, non si sarebbe potuta individuare un'istanza giurisdizionale cui fare ricorso, a differenza di quanto sarebbe accaduto per il titolo di proprietà garantito dalla Corona, che trovava tale istanza nel giudice ordinariamente competente per le questioni relative alla proprietà²⁹. Dagli *Indians* si poteva così acquistare al più un diritto personale e non trasmissibile, che si sarebbe estinto con la morte del titolare, non un diritto di proprietà, che non avrebbe mai trovato la propria *iurisdictio*. In questo, l'evoluzione del common law era stata solo tecnicamente più fine nell'esplicitare l'argomento di fondo con cui le altre potenze coloniali avevano escluso nelle popolazioni indigene quei diritti collettivi di cui, al tempo della conquista del Nuovo Mondo, ogni loro suddito poteva pacificamente godere: l'appartenenza a una diversa antropologia. Il colonialismo iberico identificò le popolazioni aborigene come *homunculi*, incapaci di essere titolari di situazioni giuridiche attive³⁰. Il colonialismo francese elaborò, con gli strumenti del giusnaturalismo, la categoria degli abitanti *perpetui* distinta da quella dei cittadini: questi erano parte del corpo politico e partecipavano dei diritti che traevano causa da esso, come il riconoscimento delle proprietà private; quelli erano semplici occupanti del territorio che, per non far parte del corpo politico, non potevano godere altro che di taluni

²⁹ "The person who purchases lands from the Indians, within their territory, -incorporates himself - with them, so far as respects the property purchased holds their title under their protection, and subject- to their laws. If they annul the grant, we know of no tribunal which can revise and set aside the proceeding. We know of no principle which can distinguish this case from a grant, made to a native Indian, authorizing him to hold a particular tract of land in severalty." *Johnson v. McIntosh*, 593.

³⁰ L. BACCELLI, *Guerra e diritti. Vitoria, Las Casas e la conquista dell'America*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 37 (2008) p. 72. A. CASSI, *Ius Commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè 2004. L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, p.115. T. DUVE, *La condición jurídica del Indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano*, in M.G. LOSANO (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in sud America*, Milano, Giuffrè 2004.

di quei diritti, e solo per concessione³¹.

7. La concezione di proprietà collettiva di ILO 169. I casi di Perù e Colombia

Il riconoscimento della proprietà collettiva indigena dovrebbe essere, nel disegno di ILO n. 169, fra i principali strumenti per superare questa storia. Il limite di questo strumento è nel non imporre l'istituzione di una specifica istanza giurisdizionale per l'accertamento in concreto di tali diritti. Ciò ha condotto ad una prassi generalizzata di riconoscimento per via amministrativa dei diritti indigeni sul territorio, che ha avuto come conseguenza la costruzione di un modello impossibile di proprietà collettiva.

Nell'impossibilità di analizzare puntualmente una legislazione vastissima, basterà qui esaminare i casi del Perù e della Colombia. Il Perù, con la *Ley General de Comunidades Campesinas* del 1987, ha istituito le famiglie che "abitano e controllano determinati territori" in "organizzazioni di interesse pubblico" dotate di personalità giuridica³². La legge detta capillarmente il regime di amministrazione delle comunità, disponendo che ciascuna di esse sia retta da un'assemblea generale³³, dotata di proprie competenze, la quale elegge periodicamente un Direttivo, di minimo sei membri, tra cui un Presidente e un Vicepresidente, chiamati a eseguire il deliberato dell'Assemblea. Le comunità sono chiamate a gestire il "territorio comunale", che viene individuato da una legge specifica, e che per questo diventa impignorabile e imprescrittibile³⁴. Esso costituisce un "dominio" della comunità, che può

³¹ VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, libro I, c. 19, § 213: "Les habitants perpétuels sont ceux qui ont reçu le droit d'habitation perpétuelle. C'est une espèce de Citoyens d'un ordre inférieur: ils sont liés et soumis à la Société, sans participer à tous ces avantages". Ed. Leide 1758, p. 84.

³² Art. 2. l. n. 24656 del 14 aprile 1987: «Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país».

³³ Art. 17 l. n. 24656: «La Asamblea General es el órgano supremo de la Comunidad. Sus directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el Estatuto de cada Comunidad».

³⁴ Art. 7 l. n. 24656: «Las tierras de las Comunidades Campesinas son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y son inembargables e imprescritibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros

estendersi per acquisti successivi³⁵; la legge conferisce difatti alle comunità un diritto di prelazione sulle vendite di terreni confinanti, come sull'assegnazione di terre pervenute allo Stato per abbandono dei proprietari³⁶.

La gestione economica del *territorio comunal* può avvenire solo all'interno della comunità stessa, attraverso l'assegnazione in uso ai soli membri della comunità³⁷ o a imprese costituite al suo interno³⁸. Le risorse minerarie, come quelle naturali, possono essere sfruttate dalle Comunità dietro concessione dello Stato, che deve privilegiarle rispetto a altre richieste. Per questo solo caso, le comunità possono entrare in società con terzi esterni³⁹. La legge dispone un dettagliato (e lodevole) programma di aiuti economici per le comunità così costituite.

La legge che individua il territorio ancestrale istituisce una procedura totalmente amministrativa per l'identificazione delle terre in proprietà collettiva. In sintesi, il *territorio comunal* si compone delle terre originarie della comunità, oltre a quelle acquisite nel tempo attraverso titoli di diritto privato, oltre a quelle assegnate all'esito di procedimenti di riforma agraria⁴⁰. Quando la comunità non può dimostrare titoli iscritti nei pubblici registri, o questi differiscono da quelli vantati, la comunità deve chiedere ad un organo di pubblica amministrazione – la Direzione regionale agraria competente per territorio – la predisposizione del piano definitivo del *territorio comunal*, offrendo qualsiasi mezzo di prova del suo possesso⁴¹. Il piano, così predisposto, viene pubblicato. A questo punto, qualsiasi proprietario privato confinante potrà chiedere alla pubblica amministrazione la correzione della linea di confine esibendo titoli debitamente iscritti nei pubblici registri, restando esclusa ogni richiesta che si fondi su titoli non iscritti. Se vi è contrapposizione tra il titolo debitamente iscritto e quanto preteso dalla comunità, la

calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la Comunidad, y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado».

³⁵ Art. 23 l. n. 24656: «Son bienes de las Comunidades Campesinas: a) El territorio comunal cuyo dominio ejercen así como las tierras rústicas y urbanas que les adjudiquen o adquieran por cualquier título».

³⁶ Artt. 9 e 10 l. n. 24656.

³⁷ Art. 11 l. n. 24656.

³⁸ Art. 8 l. n. 24656.

³⁹ Art. 15 l. n. 24656.

⁴⁰ Art. 2 l. n. 24657 del 14 aprile 1987: «El territorio comunal está integrado por: las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos. En caso de controversia sobre esos títulos, el Juez competente calificará dichos instrumentos.»

⁴¹ Art. 3 l. n. 24657.

pubblica amministrazione invita le parti a una conciliazione, che avrà valore solo se approvata da almeno due terzi dell'assemblea generale della comunità stessa, espressamente convocata per questa finalità⁴².

In assenza di conciliazione, la pubblica amministrazione è tenuta a determinare il confine del territorio comunale secondo le risultanze dei pubblici registri di proprietà, delimitando l'area in controversia⁴³. Una norma fondamentale della legge esclude dalle aree in controversia le terre che, alla data di pubblicazione della legge, risultino comunque nel possesso della comunità, che quindi le vengono definitivamente assegnate, sempre con atto amministrativo⁴⁴. La Direzione regionale agraria deve inviare d'ufficio al tribunale civile competente il piano così predisposto perché questi si pronunci, con termini particolarmente ridotti, sulla questione, con una sentenza che accerterà definitivamente la proprietà della comunità in confronto con quella del privato, o viceversa⁴⁵. Se la controversia interviene fra due comunità, si segue lo stesso procedimento, ma nelle forme sommarie disposte dalla legge di riforma agraria⁴⁶. In tutti i casi, la qualificazione dell'area come "contesa" da parte dell'autorità amministrativa è condizione di procedibilità per rivolgersi al giudice ordinario.

La legislazione colombiana prevede anch'essa una procedura totalmente amministrativa di individuazione delle proprietà collettive, all'interno di un disegno di Riforma agraria che vede il generale potere di avocazione allo stato delle terre e la pianificazione della produzione agricola. La legge n. 160 del 1994, poi riformata nel 2003, attribuisce anche qui a un organo di pubblica amministrazione, l'Istituto Colombiano di Riforma agraria, il compito di studiare le necessità delle comunità indigene e di dotarle delle superfici indispensabili per il loro sostentamento e sviluppo⁴⁷. Spetterà poi all'autorità

⁴² La procedura descritta nel testo è quella degli artt. da 5 a 8 della l. n. 24657.

⁴³ Art. 10 l. n. 24657.

⁴⁴ Art. 8 3° comma l. n. 24657: «*Sólo se puede aceptar las controversias sobre las áreas que no estén en posesión de la Comunidad Campesina, a la fecha de la publicación de la presente ley*».

⁴⁵ Artt. 11 e 12 l. n. 24657.

⁴⁶ Art. 13 l. n. 24657.

⁴⁷ Art. 85 l. n. 160 del 3 agosto 1994, come modificata da ultimo per Decreto Legge n. 902 del 2017: «*El Instituto estudiará las necesidades de tierras, de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, y además llevará a cabo el estudio de los títulos que aquellas presenten con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos. Con tal objeto constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad. Así mismo, reestructurará y ampliará los resguardos de origen colonial previa clarificación sobre la vigencia legal de los respectivos títulos, con las tierras poseídas por los miembros de la parcialidad a título individual o colectivo, y los predios adquiridos o donados en favor de la comunidad por el INCOR au otras entidades*».

tradizionale della comunità di elaborare un quadro di assegnazioni di singoli appezzamenti alle famiglie, che sarà oggetto di verifica e di regolamentazione da parte dello stesso Istituto⁴⁸. A questo organo spetta comunque di verificare il “compimento della funzione sociale della proprietà” nelle comunità indigene, secondo quanto disposto dall’articolo 58 della Costituzione⁴⁹.

Un procedimento affine è quello previsto dal decreto n. 1745 del 1995 sulle “*comunidades negras*”. Anche qui, l’individuazione del territorio da assegnare in proprietà collettiva a queste comunità è il frutto di un’azione amministrativa dell’Istituto per la riforma agraria, il quale dovrà dettare le condizioni di uso delle terre. Allo stesso organo di pubblica amministrazione compete il potere di dirimere le controversie tra comunità limitrofe, come quello di delimitarne il territorio nei confronti dei “*resguardos indigenas*” previsti dalla legge precedente⁵⁰. Sia nel caso delle proprietà indigene, che in quello delle “*comunidades negras*”, non è previsto un ricorso in sede giurisdizionale contro le decisioni della pubblica amministrazione.

Pur nella loro diversa ispirazione, le legislazioni di Peru e Colombia hanno prodotto gli stessi esiti nell’applicazione fattane dalle Corti interne.

In Peru, la proprietà collettiva è stata al centro di talune pronunce del *Tribunal Constitucional*. La più importante ai nostri fini è la n. 1126/2011, con cui è stata dichiarata costituzionalmente legittima la chiusura del territorio della comunità al passaggio, su una viabilità pubblica, di automezzi appartenenti a soggetti non graditi dalla stessa. Un passo che si era reso necessario, così sosteneva la comunità, per evitare i numerosi furti di legname di cui da tempo soffrivano le foreste che costituivano la massima parte del suo territorio. La Corte Costituzionale, giudicando in *amparo*, costruisce un sillogismo assai semplice. La premessa maggiore è nell’affermazione, operata a partire dalla ILO 169, di una sovranità indigena sul territorio, in tempi precedenti alle moderne istituzioni politiche che implicava l’autonomia delle comunità nel prendere decisioni politiche rilevanti, incluso l’applicazione delle proprie norme consuetudinarie per la risoluzione dei conflitti interni⁵¹. La premessa minore è nei quattro tradizionali attributi della proprietà privata come diritto reale, assoluto, esclusivo e perpetuo⁵², caratteri-

⁴⁸ Art. 85 l. n. 160, par. 2.

⁴⁹ Art. 85 l. n. 160, par. 3.

⁵⁰ Art. 17 Decreto n. 1745 del 1995: «*Competencia. De conformidad con lo establecido en la Ley 70 de 1993, la Ley 160 de 1994 en sus disposiciones concordantes y el artículo 1º, inciso tercero, del Decreto 2664 de 1994, corresponde al INCORA titular colectivamente tierras baldías a Comunidades Negras, en calidad de “Tierras de las Comunidades Negras”.*».

⁵¹ *Tribunal Constitucional* del Peru, exp. n. 01126-2011-HC/TC, par. 19.

⁵² TCP exp. m. 00126-2011 HC/TC par. 20.

stiche che devono però essere interpretate alla luce del multiculturalismo proprio della ILO 169, come interpretata anche dalla Corte Interamericana dei diritti umani, in alcuni casi che saranno esaminati oltre. La soluzione è nel ricostruire la comunità indigena non come l'insieme dei proprietari collettivi, ma come un soggetto politico, che esercita poteri proprietari sul territorio nella sua totalità di gruppo. La proprietà collettiva viene intesa dalla corte costituzionale del Perù come un corollario del diritto di autodeterminazione dei popoli, e come tale deve essere posta in un bilanciamento con il diritto alla libera circolazione di persone e merci sul territorio dello Stato, dal quale esce vittoriosa⁵³

Non dissimile la situazione della Colombia, ove la convenzione ILO n. 169 è norma di rango costituzionale⁵⁴. Va qui citata la sentenza n. 39 del 1997 della Corte Costituzionale, adita per la dichiarazione di nullità di un'autorizzazione alla ricerca di idrocarburi con metodi sismici in un'area che vedeva la presenza di una comunità indigena, gli U'wa⁵⁵. Tra i punti in questione, era il diritto alla previa consulta della comunità al progetto, ovviamente invasivo dell'equilibrio naturale.

La società che richiese l'autorizzazione sostenne di aver proceduto alla consultazione, convocando una riunione con i membri della comunità cui parteciparono sessantotto persone, su oltre cinquemila componenti dell'etnia interessata. Alla riunione partecipò, oltre ai tecnici della società, una funzionaria del Ministero dell'Interno, responsabile della Direzione per gli affari delle popolazioni indigene, la quale ebbe a precisare che la comunità non era chiamata a dare il suo permesso all'esplorazione, ma la legge richiedeva che fosse debitamente informata. Nella riunione, per come la Corte accertò, i rappresentanti della comunità U'wa contestarono espressamente che almeno sei linee di esplorazione – la quale richiedeva l'uso di esplosivi – passassero attraverso le aree (“*resguardos*”) dichiarate di proprietà indigena. Un rappresentante della comunità lesse poi un documento preparato in un Congresso di tutte le comunità di etnia U'wa, in cui si riaffermava la totale contrarietà al progetto di esplorazione, poiché, nella cosmologia U'wa, i beni del mondo fisico non appartengono agli uomini, che non ne possono pertanto disporre, ma alla divinità, che chiama gli uomini a esserne custodi e a goderne secondo le leggi della natura. La comunità esigeva pertanto il

⁵³ TCP exp. m. 00126-2011 HC/TC par. 36.

⁵⁴ C. COURTIS, *Notes on the Implementation by Latin American Courts of the ILO Convention 169 on Indigenous People in International Journal on Minority & Group Rights* 18 (2011) p. 435.

⁵⁵ *Corte Constitucional de Colombia* SU-039/97.

rispetto di queste convinzioni religiose, e l'abbandono del progetto⁵⁶.

La Corte non invoca direttamente i principi della ILO 169 in materia di proprietà, semplicemente perché li vede assorbiti nel più generale obbligo di rispettare la diversità culturale dei popoli indigeni. Facendo seguito a un suo precedente – sempre riguardante la comunità U'wa–la Corte afferma che la comunità indigena, in generale, non deve essere più considerata come l'insieme dei propri membri, ma come un unico soggetto giuridico dotato di una propria individualità. Se così è, conclude la Corte, l'obbligo di previa consultazione con la comunità deve essere adempiuto in modo effettivo, non meramente formale. La Corte tuttavia non enuncia dei minimi elementi che debbono essere integrati per poter dire effettiva la consultazione, tranne uno: essa deve essere organizzata da autorità dello Stato e non lasciata all'iniziativa dei soggetti privati che richiedono le concessioni minerarie⁵⁷.

In questi termini, la proprietà collettiva indigena viene riconosciuta come una sovranità concorrente rispetto a quella dello Stato, che origina dalla diversità culturale della popolazione, e si traduce in un controllo del territorio intestato alla comunità come soggetto politico. Una legittimazione sul territorio, come nel caso della sentenza peruviana, che può porsi come limite per i cittadini dello Stato dal godere di diritti costituzionalmente garantiti, come quello alla libera circolazione, e che può portare, come nel caso trattato dalla sentenza colombiana, a conflitti con lo Stato che devono essere risolti non in una relazione di subordinazione dell'ordinamento comunitario a quello statale, ma attraverso l'individuazione di norme di conflitto tra ordinamenti paritetici.

8. *La proprietà collettiva di ILO 169 nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*

A questo risultato si arriva per la tendenza delle Corti a ricostruire la proprietà collettiva come una variante della proprietà privata, individuale e assoluta, propria delle codificazioni civili e della concezione amministrativa dello Stato. Poste di fronte al dato normativo del riconoscimento della proprietà indigena, le Corti non fanno altro che assumere la proprietà privata come unico possibile modello giuridico dell'appartenenza e titolarne la comunità come soggetto giuridico. Un'operazione semplificatrice che è

⁵⁶ SU-039/97 par. 5.3.

⁵⁷ SU-039/97 par. 5.6.

stata inaugurata dalla Corte interamericana dei diritti umani, la cui giurisprudenza ha operato come paradigma per tutti gli ordinamenti giuridici dell'America latina.

La prima pronuncia da considerare è *Mayagna (Sumo) AwasTingni Community v. Nicaragua*⁵⁸. La comunità AwasTingni, composta da circa seicento individui, aveva stipulato nel 1992 con una società per la lavorazione del legname un contratto per la gestione delle sue risorse forestali. Successivamente, nel 1994, fu stipulato un accordo tra questi due soggetti e il Ministero dell'Ambiente e le Risorse naturali, con cui quest'ultimo si impegnavo a facilitare le procedure di delimitazione dell'area su cui riconoscere la proprietà collettiva degli AwasTingni in confronto con quella di altre comunità, che vantavano diritti sullo stesso vasto territorio. Nel 1995, tuttavia, il Servizio nazionale delle Foreste, organo dello stesso Ministero dell'Ambiente, dette una concessione per il taglio di legname a un'altra società su un'area molto vasta, che comprendeva anche terre vantate dagli AwasTingni. Questa concessione fu dichiarata nulla in sede giurisdizionale, ma successivamente ratificata dal Ministero. La Commissione interamericana dei diritti umani promosse così il giudizio dinanzi alla Corte, lamentando tra l'altro la violazione dell'art. 21 della Convenzione americana sui diritti umani, che tutela il diritto di proprietà privata, perché il Nicaragua non aveva delimitato le terre degli AwasTingni e non aveva assicurato adeguata tutela ai loro diritti.

La Corte dichiarò che il Nicaragua era in violazione della Convenzione, su un'interpretazione dell'art. 21 che porta la proprietà collettiva come declinazione della proprietà privata, pur con un percorso argomentativo che sembra andare in direzione diversa. La Corte prende infatti in considerazione i lavori preparatori della Convenzione, e evidenzia come la prima formulazione dell'articolo, che tutelava espressamente la "*private property*", sia stata cambiata nella versione definitiva con la più ampia formula per cui ciascun individuo deve essere tutelato nell'uso e nel godimento della *sua* proprietà ("*his property*")⁵⁹. Sul principio interpretativo per cui i termini adoperati da un trattato internazionale assumono un significato proprio e specifico, in ipotesi lontano dal significato che lo stesso termine assume nel diritto interno, la Corte interamericana dei diritti umani comprende nella garanzia dell'art. 21 anche "i diritti dei membri delle comunità indigene nel quadro della proprietà comune (*communal property*)". Di questa proprietà comune la Corte enuncia solo due caratteristiche: essa è titolata alla comu-

⁵⁸ IACHR Case of the *Nayagma (Sumo) AwasTingni Community v. Nicaragua*, decisione sul merito del 31 agosto 2001.

⁵⁹ IACHR *Mayagma /Sumo) v. Nicaragua* par. 145 e 146.

nità, non ai singoli individui, ed è la veste formale di un rapporto culturale tra popolazioni indigene e terre ancestrali che trascende la mera dimensione patrimoniale⁶⁰. La proprietà comune indigena deve pertanto essere tutelata come mezzo per rendere effettivo il rispetto che si deve all'identità culturale di queste popolazioni.

La decisione della Corte poteva essere diversamente argomentata rispetto alla tutela richiesta. In causa era l'omissione dello Stato nell'applicare la sua stessa legislazione, che imponeva di delimitare le aree fra le diverse comunità indigene. La legge in vigore all'epoca dei fatti e della pronuncia della Corte riconosceva tuttavia come contenuto della proprietà indigena solo il diritto per i membri della Comunità di coltivare lotti di un territorio comunale di cui la stessa legge proclamava l'inalienabilità e l'imprescrittibilità, non il diritto di proprietà su tutte le risorse che il territorio può produrre, molte delle quali avocate dalla Costituzione alla proprietà pubblica dello Stato. Interpretando la norma dell'art. 21 della Convenzione nel modo descritto, la Corte fa della proprietà indigena una proprietà assoluta della comunità, che attende solo di essere spazialmente delimitata per poi opporsi, nella pienezza di questo diritto, alla sovranità dello Stato.

Agli stessi esiti la Corte interamericana dei Diritti umani è arrivata nel 2005 nell'affare *YakyeAxa v. Paraguay*⁶¹. La Costituzione del Paraguay prevedeva, all'art. 64, il diritto delle popolazioni indigene ad avere un proprio territorio comune, dall'estensione adeguata a conservare il proprio modo di vita, e faceva obbligo allo Stato di dotarne le popolazioni gratuitamente. La terra così assegnata sarebbe stata libera da imposte, inalienabile, imprescrittibile e impignorabile. La comunità YakyeAxa, appartenente a una cultura dedita principalmente alla caccia e alla pesca⁶², aveva da tempo un contenzioso per la delimitazione delle proprie terre collettive, in un comprensorio caratterizzato dalla presenza di grandi proprietà private, la cui presenza aveva portato, anche di recente, la comunità a trasferirsi. La comunità avviò così il procedimento amministrativo per l'assegnazione del proprio territorio ancestrale. L'autorità amministrativa, attraverso una complessa serie di atti, individuò un'estensione di circa diciottomila ettari, che chiese di acquistare dai proprietari privati e di cui poi, stante il loro rifiuto, propose l'espropriazione con assegnazione alla comunità. Questa rifiutò, e anzi chiese il ritiro del provvedimento di esproprio, affermando di non essere stata adeguatamente consultata, e di aver diritto a terre diverse. Queste erano state escluse

⁶⁰ IACHR *Mayagma /Sumo) v. Nicaragua* par. 149.

⁶¹ IACHR *Case of the YakyeAxa Indigenous Community v. Paraguay*, decisione sul merito del 17 giugno 2005.

⁶² IACHR *YakyeAxa v. Paraguay* par. 50.3.

dall'amministrazione del Paraguay perché, in conformità con la propria legislazione agraria, erano sottoposte dai proprietari a una razionale produzione agricola.

Il caso giunse alla Corte interamericana dei diritti umani per la violazione di numerosi articoli della Convenzione, tra cui l'art. 21. I rappresentanti della Comunità sostennero, tra le altre argomentazioni, l'obbligo del Paraguay, come parte, oltre che della Convenzione sui diritti umani, anche di ILO 169, di restituire alle popolazioni indigene i loro autentici territori ancestrali, senza la possibilità di sostituirli con altri, pena la violazione delle loro consuetudini⁶³. Questo diritto prevale rispetto al diritto di proprietà privata, perché dalla sua titolarità dipende il diritto alla vita e alla continuità come cultura specifica del gruppo indigeno. L'argomento della razionale coltura agricola, usato dallo Stato per negare le terre richieste era errato, soprattutto alla luce della Convenzione ILO n. 169⁶⁴.

Il Paraguay si difese ricordando che nel proprio ordinamento non era possibile acquistare la proprietà della terra solo con la testimonianza di una passata occupazione, e che il diritto di proprietà indigena sui territori ancestrali poteva essere riconosciuto con il possesso degli stessi, che è materia di giurisdizione⁶⁵. Ove un'area sia passata in proprietà privata e non sia espropriabile dallo Stato sulla base della propria legislazione – nel caso di specie perché sottoposto a razionale coltura agraria, come accertato dal giudice – l'unica soluzione possibile rimane l'assegnazione di un territorio diverso.

La Corte ha riproposto la propria lettura dell'art. 21 della Convenzione americana sui diritti umani, affermando che la tutela del diritto di proprietà deve, una volta applicata alla proprietà collettiva indigena, vedere in questa “la base fondamentale per la loro cultura, vita spirituale, integrità, sopravvivenza economica” nonché per la trasmissione di questo patrimonio culturale alle generazioni future⁶⁶. Sulle testimonianze dei rappresentanti della comunità, che hanno più volte ribadito l'infungibilità ai loro bisogni culturali e religiosi delle terre richieste, la Corte utilizza qui la Convenzione ILO 169 per esplicitare l'obbligo per gli Stati parte di rispettare la speciale importanza che talune terre possono avere per le popolazioni indigene⁶⁷. La Corte afferma quindi che il diritto degli YakyeAxa al riconoscimento della loro proprietà indigena non è stato effettivamente attuato dal Paraguay, il quale avrebbe dovuto attribuire alla comunità le terre vantate, subordinando

⁶³ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 121 lettera d).

⁶⁴ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 121 lettera j).

⁶⁵ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 122 lettere e) e f).

⁶⁶ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 131.

⁶⁷ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 136.

a questa pretesa i diritti di proprietà privata esistenti. Entrambi sono tutelati dall'art. 21 della Convenzione sui diritti umani, prosegue la Corte, ma è la stessa convenzione a dire che gli Stati possono subordinare l'uso e il godimento della proprietà privata all'interesse sociale⁶⁸. Applicando questo principio alla proprietà indigena, consegue che lo Stato parte della Convenzione deve restringere, ove e come necessario, la proprietà privata, tenendo conto che la proprietà indigena è compresa in un concetto "più ampio e differente" di proprietà, che assicura il diritto alla sopravvivenza del gruppo. La conclusione è che solo la piena proprietà della terra è in grado di assicurare la continuità culturale dell'etnia indigena⁶⁹.

9. *La proprietà collettiva indigena come diritto di matrice giurisdizionale. Il caso del Canada*

In conclusione, per la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, la semplice affermazione della centralità di un dato territorio per la cultura specifica di un gruppo indigeno è sufficiente per assicurare ad esso una proprietà piena e assoluta, che estingue per ciò stesso ogni diritto concorrente. Questa situazione giuridica, che la Convenzione ILO 169 ha individuato come situazione patrimoniale della comunità si trasforma, nella giurisprudenza delle Corti, in una sovranità sul territorio, grazie a un'interpretazione estensiva dell'obbligo di previa consultazione. A ciò si arriva perché si rinuncia a descrivere le caratteristiche della proprietà collettiva nel suo contesto naturale di giurisdizionalità.

In un ordinamento giurisdizionale, la proprietà collettiva esiste perché sono intrinsecamente separati i due momenti della titolarità e dell'esercizio del diritto sul bene. La collettività è l'insieme dei legittimati al godimento individuale della terra, ma tale legittimazione deriva loro appunto dall'appartenenza al gruppo che ancestralmente vi insiste. Da qui una serie di caratteristiche intrinseche alla proprietà collettiva come situazione storicamente accertata, come l'inalienabilità e l'indivisibilità del diritto. In un contesto giurisdizionale, come abbiamo visto, la proprietà collettiva è inalienabile perché i singoli legittimati all'uso del bene non possono espropriare gli altri legittimati dall'esercizio del loro diritto, così come non possono espropriarne le future generazioni. La vendita della proprietà si tradurrebbe nell'e-

⁶⁸ IACHR *YakyeAxa v. Paraguay* par. 143.

⁶⁹ IACHR *YakyeAxa v. Paraguay* par. 146.

stinzione della collettività come soggetto giuridico: da qui l'indisponibilità del diritto, che non è un limite imposto da un comando esterno, ma un carattere proprio e originario degli assetti collettivi.

Non appartiene così al modello di proprietà collettiva l'esclusione di diritti concorrenti sul territorio. Se in un contesto giurisdizionale i diritti di proprietà vengono modulati dalla risoluzione di altrettante controversie, è perfettamente ammissibile – e storicamente accertato – che sulla stessa terra possano esistere diritti di titolarità collettiva e diritti di titolarità individuale, ciascuno aventi ad oggetto utilità diverse tra quelle che la cosa può produrre.

L'assolutismo proprietario della ILO 169 è alla base del suo rifiuto da parte degli Stati che, anche prima della sua adozione, hanno elaborato a partire dai propri ordinamenti un alto grado di riconoscimento e tutela delle proprietà indigene, ma su un approccio totalmente diverso. L'esempio principale è quello del Canada.

Nel 1973 la Corte Suprema decise un primo caso, *Calder v. Attorney – General of British Columbia* con cui, pur respingendo le pretese della tribù Nishqa sulle terre vantate come ancestrali, iniziò a costruire il principio dell'*aboriginal title*: un titolo di proprietà collettiva spettante alle etnie indigene in quanto precedente al titolo di dominio eminente della Corona inglese⁷⁰. La Corte si divise in due, e il giudizio fu poi deciso contro gli appellanti solo sull'opinione del settimo giudice, fondata esclusivamente su motivi di procedura. Entrambe le opinioni partivano dall'esistenza di una proprietà aborigena acquistata per l'occupazione *ab immemorabili* da parte delle popolazioni indigene sulla base delle loro consuetudini. Esse si differenziavano sul ruolo da dare alla cd. *Royal Proclamation* del 1763, un atto della Corona britannica con cui veniva concessa protezione agli indiani che abitavano oltre la linea di colonizzazione e si vietava, in particolare, che gli stessi fossero molestati nel possesso di quelle parti del territorio che, pur sottoposte alla sovranità (e quindi al dominio eminente) del Re d'Inghilterra, non erano state cedute in concessione o vendute dalla Corona, e dovevano intendersi fino a quel momento loro riservate come "territori di caccia".

I tre giudici contrari alla domanda degli appellanti sostenevano che un "titolo aborigeno" di proprietà esistesse solo nei limiti della *Proclamation*, che non poteva applicarsi nel caso di specie, poiché i *Nishqa* non erano sottoposti nel 1763 alla Corona britannica e non potevano pertanto essere stati destinatari delle sue norme, visto che il *British Columbia* era arrivato alla sovranità britannica solo con il Trattato di Oregon del 1846. Sottratti alla *Proclamation*, i *Nishqa* avevano visto estinguere i propri diritti aborigeni

⁷⁰ SCC 1973 SCR 313.

sul territorio per effetto di una serie di concessioni di proprietà private fatte tra il 1858 e il 1863 dal Governatore dell'epoca, le quali avevano di fatto cessato l'uso del territorio da parte degli indigeni.

I tre giudici favorevoli alla domanda sostenevano al contrario che l'*aboriginal title* fosse autonomo dalla *Royal Proclamation* del 1763, che si era limitata a riconoscerlo, non a costituirlo. Per questa opinione, il titolo aborigeno di proprietà esisteva ove fossero esistite delle popolazioni indigene che avessero occupato un dato territorio, e si sarebbe estinto solo con la sua cessione alla Corona o attraverso specifici atti di legislazione, puntualmente indirizzati a questo fine. Ne conseguiva che le concessioni emanate all'epoca dai primi governatori del *British Columbia* non potevano ritenersi valide a estinguere questo diritto, da una parte perché non specificamente orientate a questo scopo, dall'altra perché questi soggetti non avrebbero comunque avuto la potestà di incidere questo titolo di proprietà⁷¹.

Questi principi furono poi applicati per il riconoscimento di una proprietà collettiva indigena nel 1980, con *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*⁷². Il caso riguardava un certo numero di gruppi Inuit che rivendicava la proprietà dei territori in cui avevano sempre esercitato la caccia e la pesca. La pronuncia partiva dal fatto che nella sentenza *Calder v. B.C.* tutti i giudici fossero d'accordo sulla configurabilità in astratto di un diritto aborigeno di proprietà come preesistente alla sovranità britannica. Questo diritto poteva essere accertato per gli Inuit, che avevano provato la ricorrenza di tre requisiti: l'esistenza di una società organizzata su base consuetudinaria, l'occupazione dei territori rivendicati in modo esclusivo, la perfezione del titolo nel momento in cui si era instaurata la sovranità britannica.

Il titolo aborigeno poteva coesistere, secondo la Corte, con il *radical title* della Corona britannica e anche con la concessione di proprietà private. Esso si sarebbe estinto solo attraverso chiari e specifici atti di legislazione diretta di in tal senso, non attraverso la sola occupazione fatta da soggetti che ricevevano titolo formale dalla Corona britannica. Nella specie, tali atti non erano mai esistiti: le terre in questione erano state concesse nel 1670 alla *Hudson's Bay Company*, ma questa non aveva potuto costituirvi un vero diritto di proprietà privata, limitandosi a tenere dei piccoli avamposti per il commercio

⁷¹ W. H. McCONNELL, *The Calder Case in Historical Perspective*, in *Saskatchewan Law Review* 38 1 (1974), pp. 88-122.

⁷² FC 1980, 1 518. D. W. ELLIOTT, *Baker Lake and the Concept of Aboriginal Title*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 18, 4 (1980), pp. 653-663. J. E. BICKENBACH, *The Baker Lake Case: A Partial Recognition of Inuit Aboriginal Title* in *University of Toronto Faculty of Law Review* 38, 2 (1980), pp. 232-249.

delle pelli, circondati dalle immense estensioni di terra ancora nel controllo delle popolazioni indigene. La *Hudson's Bay Company* restò quindi, per *Baker Lake*, sempre intestataria di un titolo prossimo a quello della Corona, e, al pari di questo, puramente formale. Esso non era quindi in grado di scalfire l'originario titolo di proprietà indigena, che era stato invece sempre provvisto di poteri concreti sul territorio. La sentenza rappresentava così un'importante cambio di prospettiva, perché riconosceva la persistenza di un titolo aborigeno di proprietà anche in un territorio che era sempre stato ritenuto colonizzato, e quindi non *nullius* nel senso tradizionale del termine.

In *Guerin v. The Queen*, del 1984, la Corte Suprema fissò un ulteriore principio⁷³. Il caso riguardava taluni terreni ceduti da una popolazione indigena alla Corona, perché questa li cedesse a sua volta in proprietà a privati per la realizzazione di un campo da golf. Effettuata la cessione del titolo aborigeno, la Corona realizzò con l'acquirente privato una cifra inferiore a quanto prospettato e cedette il terreno senza interpellare nuovamente le popolazioni interessate.

La Corte, sul principio ormai acquisito per cui il titolo aborigeno è un diritto preesistente alla *Royal Proclamation* del 1763 e non creato da questa, stabilì che se la Corona riceve questo titolo, precedente ai suoi diritti, per contrattarne con terzi, ciò deve fare in funzione dell'interesse degli *Indians*, cui è legata da una *equitable obligation*. Il titolo aborigeno fa dunque nascere un *fiduciary duty sui generis* nella Corona, che è l'unica possibile cessionaria del titolo aborigeno, secondo l'*Indian Act*, proprio per impedire che gli *Indians* vengano fraudolentemente spogliati dei propri territori.

La Corte portò però ancora più avanti la linea della tutela nel 1997 con *Delgamuukw v. British Columbia*, in cui definì positivamente le caratteristiche del titolo aborigeno, che deve essere tutelato come tale perché derivante da un possesso che nasce prima della sovranità britannica, e si distingue così da qualsiasi altro titolo nato dopo e in conseguenza di essa⁷⁴. L'anteriorità rispetto alla sovranità porta a un generale *fiduciary duty* della Corona, imposto dal generale riconoscimento dei diritti aborigeni fatto con il *Constitution Act* del 1982.

⁷³ SCC 1984 2 SCR 335. J. HURLEY, *The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. the Queen*, in *McGill Law Journal* 30, 3 (1985), pp. 559-602; R.H. BARTLETT, *You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: Guerin v. The Queen*, *Saskatchewan Law Review* 49, 2 (1984-1985), pp. 367-374.

⁷⁴ SCC 1997 3 SCR 1010. *Delgamuukw* è una delle pietre miliari della giurisprudenza di common law, oggetto di vasta bibliografia. Tra i tanti contributi si può qui segnalare J. BORROWS, *Sovereignty's Alchemy: An Analysis of Delgamuukw v. British Columbia* in *Osgoode Hall Law Journal*, 37 3 (1999), pp. 537-596.

Con questa importante pronuncia la Corte affermò che il contenuto dell'*aboriginal title* si estende all'uso generale e esclusivo delle terre, per una varietà di fini che non si esauriscono negli usi tradizionali che pure lo hanno generato. La proprietà aborigena di oggi non può dunque restringersi nei limiti della caccia e della pesca, quindi dei fatti in cui si sostanzia la proprietà aborigena di ieri. Non per questo, tuttavia, il titolo aborigeno può condurre a un qualsiasi atto di godimento o di disposizione del territorio: la natura collettiva di questa proprietà comporta la sua inalienabilità, non potendo una generazione escludere le altre dal pari rapporto col bene.

Con *Delgamuukw* si concludeva così un percorso che ha portato l'*aboriginal title* dall'essere solo un onere che limita, finché non viene estinto, l'esercizio di un dominio formale della Corona, a diritto autonomo di proprietà collettiva inalienabile, il quale non solo non può essere limitato da un potere sovrano, ma deve trasmettersi intatto nel tempo, indisponibile anche dai suoi stessi titolari. L'indisponibilità non apparteneva al dibattito anteriore sul titolo aborigeno che, anzi, era fatto di pronunce che si occupavano innanzitutto di stabilire chi fosse legittimato a disporre privatisticamente del territorio, se il detentore della sovranità politica come titolare per questo di un dominio, o la comunità che occupava da tempo immemore la terra.

L'ultima pronuncia della Corte in materia è *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, del 2014⁷⁵.

La *Tsilhqot'in Nation* è l'insieme di sei tribù seminomadi viventi da secoli in un ampio territorio di valli, fiumi e montagne nel British Columbia. Il governo del British Columbia aveva concesso a una ditta privata un prelievo di legname da boschi di cui la nazione Tsilhqot'in si serviva come parte del proprio territorio ancestrale. La concessione si basava sul *Forest Act*, e presupponeva la proprietà della Corona su terre su cui non si era mai costituita, attraverso il *grant*, una proprietà privata. La tribù Xení Gwet'in, una delle sei tribù riunite nella *Tsilhqot'in Nation*, chiese al governo locale una dichiarazione che proibisse anche per il futuro uno sfruttamento commerciale della terra, che fu negata. Gli Xení Gwet'in, anche a nome di tutta la *Nation*, si rivolsero pertanto al giudice, per avere riconosciuta la proprietà aborigena sul territorio, contro il volere del governo federale e di quello provinciale.

Il giudice di primo grado stabilì che la *Tsilhqot'in Nation* aveva, da

⁷⁵ 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. J. BORROWS, *The Durability of Terra Nullius: Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, in *U.B.C. Law Review* 48 3 (2015), p. 705. Ruju J. *Lenses of Comparison across Continents: Understanding Modern Aboriginal Title in Tsilhqot'in Nation and Ngati Apa in U.B.C. Law Review* 48, 3 (2015), pp. 903-942. Hamilton R., *After Tsilhqot'in Nation: The Aboriginal Title Question in Canada's Maritime Provinces in University of New Brunswick Law Journal*, 67 (2016), pp. 58-108

prima dell'instaurazione della sovranità britannica, un'occupazione valida ad acquistare l'*aboriginal title*, secondo i parametri fissati dalla Corte Suprema nella sua giurisprudenza, il quale non poteva essere dichiarato in concreto solo per difetti di procedura. La Corte d'Appello del British Columbia accolse il ricorso della Provincia contro questa sentenza, applicando un criterio molto più specifico di occupazione, rispetto al quale non poteva dirsi provato il titolo aborigeno sull'intero territorio reclamato, ma solo su territori molto più piccoli e circoscritti, quelli ove le tribù risiedevano più o meno stabilmente. Questo titolo più ristretto, da chiedersi in ogni caso in un separato giudizio, non avrebbe comunque potuto comprendere la più parte del territorio che le *First Nations* occupavano solo per brevi periodi durante il loro nomadismo, secondo le stagioni. Su questi territori si sarebbero potuti riconoscere loro solo dei diritti di caccia o di pesca, ma non il pieno titolo aborigeno di proprietà.

La Corte Suprema del Canada decide nel giugno 2014 in favore dei ricorrenti, stabilendo che l'*aboriginal title* si estende a tutti i territori occupati da una data *Nation* secondo la propria cultura, quindi secondo le proprie consuetudini. La pronuncia sovverte i termini ordinari di prova del titolo aborigeno, richiedendo non più la dimostrazione della persistenza di un'occupazione in senso materiale, ma la prova di un fatto diverso: l'uso esclusivo del territorio sulla base del proprio ordinamento consuetudinario. Una conclusione che è richiesta, secondo la Corte, da quel "progetto di riconciliazione" con le *Nations* aborigene che esclude di poter trattare la materia nella rigidità di un approccio puramente tecnico agli ordinari principi in tema di domanda e di prova, il quale rischierebbe di dimenticare il profilo sostanziale della questione.

Su questa base la Corte arriva argomentando dai tre caratteri dell'*occupancy* per come formulati in *Delgamuukw v. British Columbia*: sufficienza, continuità e esclusività. Nessuno di questi può essere valutato separatamente dagli altri, e mai nella prospettiva esclusiva del *common law*, ma deve tenere conto anche quella della consuetudine indigena. Nel valutarla, sosteneva già la Corte in *Delgamuukw*, occorre tener conto della grandezza del gruppo che reclama il titolo aborigeno, nonché del suo modo di vivere, oltre alle peculiarità del territorio considerato. Anche considerando che il possesso per *common law* prescinde a volte da una fisica occupazione del bene, se ne inferisce che un uso regolare del territorio, anche ove si manifesti in atti di materiale occupazione distanti tra loro nel tempo, è da considerare "occupazione sufficiente" ad acquistare il titolo aborigeno.

La prova della *sufficiency* coincide con la dimostrazione che il gruppo

aborigeno ha sempre agito nei riguardi del territorio in modo da comunicare ai terzi che intendeva tenerlo come proprio. Una volta accertata la sufficienza, il giudizio circa la continuità dell'occupazione è implicitamente risolto: essa non si manifesta in un'ininterrotta catena di atti di possesso sul territorio, ma coincide con la prova della preesistenza dell'occupazione all'instaurazione della sovranità britannica. Ne consegue che, una volta provata l'esistenza attuale della tribù che reclama il titolo su quel territorio, si può presumere che la stessa vi insistesse nel periodo antecedente la sovranità britannica, salva una difficile prova in contrario.

Il cardine di tutta la costruzione di *Tsilhqo'in Nation v. British Columbia* è però l'esclusività. La Corte la definisce come "intenzione e capacità" di controllare quel determinato territorio al tempo di instaurazione della sovranità. Un giudizio di fatto, che procede tanto dalle caratteristiche del gruppo, quanto da quelle del territorio. L'esclusività può dirsi provata tutte le volte che si dimostri che il gruppo indigeno riuscisse ad impedire l'accesso di terzi o ingenerasse comunque in questi la convinzione di dover chiedere un permesso. La stipula di trattati può esserne l'indice.

Su questi presupposti la Corte accerta il titolo aborigeno nei ricorrenti, superando i rilievi della Province del *British Columbia* e del governo federale, centrati sul fatto che una popolazione di non più di quattrocento persone non avrebbe potuto occupare un territorio tanto vasto. Per la Corte Suprema, che aderisce alle conclusioni del giudice di primo grado, la *Tsilhqo'in Nation* ha occupato in concreto territori molto vasti pur frequentandoli per ridotti periodi annuali, poiché è provato, anche da testimonianze archeologiche e antropologiche, che li ha considerati propri e ha indotto le altre popolazioni con cui veniva in contatto a ritenerli tali. La situazione giuridica che ne deriva è, per come già stabilito dalla Corte Suprema in *Delgamuukw*, indivisibile e inalienabile, comprimibile da parte dello Stato solo a precise condizioni.

10. Conclusioni

L'ordinamento canadese presenta le stesse situazioni di tutela dei diritti indigeni di proprietà presente negli Stati latinoamericani che hanno massicciamente ratificato la ILO 169, ma in una forma radicalmente diversa. Il titolo aborigeno conferisce una proprietà estesa a tutte le utilità che il bene può produrre, non solo alla continuità di esercizio delle attività tradizionali

della comunità. Esso è inalienabile e indivisibile, al pari di ogni altra situazione collettiva.

La differenza tra l'*aboriginal title* e la proprietà indigena creata a partire da ILO 169 è nel fatto che il primo è creato come situazione giurisdizionale, la seconda no. L'*aboriginal title* viene individuato dalla Corte Suprema del Canada in oltre quarant'anni risolvendo specifici conflitti, che si sono tradotti in altrettante domande giudiziali, talune accolte, altre no. Attraverso la decisione di queste controversie, la Corte Suprema ha determinato i limiti e l'oggetto dell'onere probatorio di chi afferma l'esistenza di un titolo aborigeno, specificando che la sua estinzione non può derivare dalla concessione di proprietà private fatta dalla Corona, che pure non possono per questo essere revocate, perché provengono anch'esse da un titolo valido. Il riconoscimento di un *fiduciary duty* della Corona, se obbliga questa a non effettuare concessioni lesive della popolazione indigena, una volta che sia provato e accertato il suo titolo sulle terre, non impedisce a terzi l'acquisto di diritti concorrenti sul territorio, né rende nulle le concessioni una volta fatte.

La proprietà collettiva indigena canadese è pertanto una situazione il cui contenuto deve essere accertato in concreto, caso per caso, in confronto con diritti derivati dal dominio eminente della Corona, che ha potuto esercitarsi entro dati limiti prima del *Constitutional Act* del 1982, e in limiti più stretti dopo il riconoscimento costituzionale dei diritti indigeni. Considerata come diritto, essa non è una situazione assoluta, né esclude diritti concorrenti.

La proprietà collettiva dei sistemi latinoamericani è invece una situazione di dominio pieno e assoluto, istituita per legge, che non può concorrere con altri diritti i quali, anche se sorti precedentemente, restano esclusi. In quanto situazione assoluta, essa è del tutto indeterminata quanto al contenuto delle facoltà di cui la comunità titolare è investita.

La differenza è nel ruolo da assegnare alla consuetudine: norma da accertare in concreto nel modello giurisdizionale canadese, presupposto di fatto per l'applicazione di una disciplina autonoma nel modello latinoamericano.

Abstract

This paper deals with aboriginal peoples' collective ownership on ancestral lands.

An obligation to recognize such a right was set forth by two ILO Conventions, with the most recent one being Convention No. 169/1989 (hereinafter, ILO 169). The legal rationale behind ILO 169 provisions is that indigenous peoples

have retained rights on land even after the instauration of State sovereignty, because the State is entitled to neither eradicate cultures nor alter the relationship between indigenous people and land.

South America is definitely ILO 169's success story: fourteen countries have ratified it up to now, and in many of these Convention has a constitutional status. However, both National courts and the Inter American Court for Human Rights used the Convention to recognize aboriginal ownership as an absolute right on land entitled to a community as a whole. In that way, they built up a close replica of State sovereignty, which results in a lack of effective protection of indigenous rights. Once assessed in this form, aboriginal ownership is usually seen as antagonist by public administration.

*This happens because collective ownership cannot be moulded in a general concept. Collective ownership encompasses different situations, each one resulting from a custom. In this sense, collective ownership is a matter of *ius dicere*, because each of those customs emerges from the resolution of a conflict, as historical evidence shows. In countries that never ratified ILO 169, such as Canada, aboriginal ownership is construed in a very different way. The Supreme Court of Canada, in a series of decision dating back from 1973, has developed some standard to assess the existence of aboriginal ownership on the basis of specific customs.*

By comparing both IACHR case law and National legislation from Peru and Colombia on one side, Canadian case law on the other, the paper will show that collective ownership could be an effective tool to protect indigenous heritage when it is moulded on indigenous customs, in a pluralistic approach.

Serena Baldin*

*Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale
nell'ordinamento boliviano*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva - 2. L'etno-sviluppo - 3. La decolonizzazione nel sistema costituzionale boliviano - 3.1. Lo Stato plurinazionale - 3.2. Lo Stato interculturale - 4. Le fonti delle comunità autoctone e la giustizia indigena - 5. I criteri di coordinamento fra la giustizia indigena e le altre giurisdizioni - 5.1. I limiti e gli ambiti di esercizio della giustizia indigena - 5.2. La legge di delimitazione giurisdizionale - 6. Le funzioni del Tribunale costituzionale plurinazionale relative all'autoctonia - 6.1. La risoluzione dei conflitti di attribuzione fra giustizia indigena e altre giurisdizioni - 6.2. La *consulta* - 6.3. Il controllo costituzionale preventivo sui progetti di statuti delle comunità indigene - 7. L'America Latina fra *nuevo constitucionalismo* ed egemonia delle categorie giuridiche occidentali.

1. *Premessa introduttiva*

La costituzione boliviana del 2009 affonda le radici nella decolonizzazione assurta a ideologia del paese. Il nuovo ordinamento sorge dai progetti per un diverso modello statale provenienti dai gruppi indigeni emarginati dallo Stato monista precedente. Il presente contributo rivolge l'attenzione alla disciplina della giustizia indigena e alle funzioni del *Tribunal Constitucional Plurinacional* che incidono nella sfera dell'autoctonia per testare la solidità dell'impianto costituzionale. In via introduttiva giova specificare quali siano i caratteri distintivi dei popoli indigeni (§ 1) e delineare brevemente il significato dell'etno-sviluppo nel dibattito latino-americano (§ 2), onde poi comprendere l'imperativo decoloniale che ha forgiato il nuovo Stato boliviano, di tipo plurinazionale e interculturale (§ 3). Da ciò discendono tutta una serie di disposizioni relative ai diritti dei gruppi autoctoni nonché la pariordinazione della giustizia nativa a quella ordinaria, con riflessi anche

* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Trieste, Dipartimento di Scienze politiche e sociali.

sulle funzioni dell'organo di giustizia costituzionale (§§ 4, 5, 6), impegnato a forgiare metodi interpretativi interculturali per ridurre la distanza fra il diritto egemone di matrice occidentale e il diritto ctonio (§ 7).

I popoli indigeni, oltre a essere in genere numericamente inferiori al resto della popolazione di uno Stato, si connotano per avere subito un processo di sovrapposizione da parte di un altro gruppo, che si configura come dominante. Gli autoctoni si considerano distinti dal resto della società e sono determinati a conservare, sviluppare e trasmettere alle future generazioni la loro identità etnica. In tutti i continenti presentano alcune caratteristiche comuni: una dipendenza molto stretta con i propri territori ancestrali e le risorse naturali; l'uso di un idioma diverso da quello nazionale; la produzione prevalentemente basata sulla sussistenza; la posizione svantaggiata come gruppo sociale; il mantenimento delle proprie istituzioni sociali e politiche¹. Inoltre, assieme all'elemento della continuità storica², il fattore che li contraddistingue è l'auto-identificazione. Indigeno è un individuo che appartiene a una di queste popolazioni mediante auto-identificazione (coscienza di gruppo) ed è riconosciuto e accettato dalla comunità quale suo componente (accettazione da parte del gruppo)³.

In ambito internazionalistico si sono compiuti sostanziali passi in avanti in ordine al riconoscimento dei diritti di tali popoli. Gli atti più significativi di questo percorso sono la Convenzione n. 169 adottata dalla conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro nel 1989, espressamente dedicata ai popoli indigeni e tribali⁴, e la Dichiarazione delle Nazioni unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 che, pur non essendo giuridicamente vincolante, rappresenta un fondamentale punto di arrivo nel processo

¹ Cfr. C. ECHAVARRÍA, *Reflexión sobre el sentido de territorio para los pueblos indígenas en el contexto del ordenamiento territorial y el desarrollo minero*, in R.C. VILLAS-BÓAS, R. PAGE (coord.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio*, III ed., Cnpq/Cyted, Rio de Janeiro, 2001, p. 225. Per una distinzione fra il concetto di popolo indigeno e quello di minoranza, v. R. PISILLO MAZZESCHI, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A.L. PALMISANO, P. PUSTORINO (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Iila, Roma, 2008, pp. 19 ss.

² La continuità storica può consistere nel mantenimento, per un lungo e ininterrotto periodo di tempo, di uno dei seguenti fattori: l'occupazione di terre ancestrali, o almeno di una parte di esse; l'ascendenza comune con i primi abitanti delle terre; la cultura in generale, o alcune sue manifestazioni; la lingua o la residenza in specifiche regioni del mondo.

³ Cfr. il c.d. Rapporto Cobo del 1983 stilato per conto dell'Onu, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Population*, in http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/mcs_xxii_xxii_e.pdf.

⁴ Tale atto fa seguito alla Convenzione Oil, n. 107/1957, connotata da un approccio di tipo paternalistico verso i popoli indigeni, incentrato sull'assimilazione. Cfr. M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 8 ss.

di riconoscimento dei diritti di questi gruppi⁵.

A fornire una definizione di popolo indigeno è la Convenzione, ove si statuisce che i popoli tribali «*si distinguono dalle altre componenti della comunità nazionale per le condizioni sociali, culturali ed economiche, e che si reggono totalmente o parzialmente secondo le consuetudini o le tradizioni loro proprie, ovvero secondo una legislazione speciale*» (art. 1, c. 1, lett. a). Vi si aggiunge poi che sono considerati indigeni i popoli che discendono «*dalle popolazioni che abitavano il Paese, o una regione geografica cui il Paese appartiene, all'epoca della conquista, della colonizzazione o dello stabilimento delle attuali frontiere dello Stato, e che, qualunque ne sia lo status giuridico, conservano le proprie istituzioni sociali, economiche, culturali e politiche, ovvero alcune di esse*» (lett. b). Il criterio dell'auto-identificazione si rinviene al c. 2, nei termini di un «*sentimento di appartenenza indigena o tribale*».

Diversamente, la Dichiarazione del 2007 rinvia al solo criterio della auto-identificazione (art. 33), essendo emersa nel corso dei dibattiti sul progetto l'opposizione ad altre formule definitorie. Da una parte, si sostiene che se il concetto di popolo indigeno si basasse su criteri volti a preservare l'identità etno-culturale e l'organizzazione delle comunità native, si potrebbero riconoscere soltanto i gruppi che siano riusciti a conservare tali tratti. Dall'altra, si segnala che se la tutela internazionale si apprestasse solo alle comunità i cui antenati vissero in determinate aree in epoca anteriore alla colonizzazione o alla conquista, potrebbero rimanere esclusi quei popoli africani e asiatici che non subirono l'assoggettamento europeo⁶.

Con particolare riguardo all'ordinamento boliviano, le nazioni e i popoli indigeni originari contadini sono le due categorie di gruppi riconosciute in costituzione, comprensive di «*tutta la collettività umana che condivide identità culturale, lingua, tradizione storica, istituzioni, territorio e cosmovisione, la cui esistenza è anteriore all'invasione coloniale spagnola*»⁷. L'art. 21, c. 1,

⁵ Prima della Dichiarazione delle Nazioni unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007, un salto di qualità sotto il profilo delle rivendicazioni era intervenuto con la Dichiarazione di Maastricht del 1993, relativa al diritto alla proprietà culturale e intellettuale dei popoli indigeni.

⁶ Si v. M. MAZZA, *op. cit.*, pp. 18 ss.

⁷ Art. 30, c. I, Cost. Durante i lavori dell'Assemblea costituente i vocaboli *campesinos* e *indigeni*, talvolta congiunti e tal'altra distinti, furono oggetto di numerose discussioni, a causa della sovrapposizione non integrale fra appartenenza etnica e condizione lavorativa. Al contrario, il riferimento sia alla nazione sia al popolo non alimentò contrasti o dubbi di sorta. Secondo Martínez Dalmau, il concetto meta-complesso di «nazioni e popoli indigeni originari contadini» sta a indicare la ricerca di formule di auto-riconoscimento per esprimere a livello linguistico le molteplici identità che ambivano a trovare sede di rappresentanza nel testo costituzionale. Cfr. R. MARTÍNEZ DALMAU, *Plurinacionalidad y*

Cost. sancisce il diritto all'auto-identificazione culturale, per cui la mera auto-proclamazione di appartenenza a un gruppo autoctono è requisito valido affinché una persona sia considerata tale. In aggiunta, l'identità culturale degli appartenenti a questi gruppi può essere indicata nei loro documenti di identità, su richiesta dei diretti interessati (art. 30, p.to II, c. 3, Cost.).

2. *L'etno-sviluppo*

La succitata Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 sancisce, *ex art.* 3, il diritto all'auto-determinazione, che si inverte nel diritto a determinare liberamente il proprio statuto politico e a perseguire il proprio sviluppo economico, sociale e culturale. Esso non equivale alla rivendicazione dell'indipendenza di un territorio, con la conseguente secessione dallo Stato in cui si trova incorporato, come l'espressione potrebbe far supporre. L'esercizio di tale diritto comprende invece il diritto all'autonomia e all'autogoverno nelle questioni relative ai loro affari interni e locali, e a disporre dei modi e dei mezzi per finanziare le loro funzioni autonome (art. 4)⁸.

Un ambito di primaria importanza per mettere alla prova l'effettività dei diritti indigeni, in particolare le forme di autodeterminazione, è quello delle politiche di sviluppo. Per decenni le politiche di governi, istituzioni internazionali e organizzazioni non governative sono state improntate al miglioramento nelle condizioni di vita dei nativi nell'ottica del *desarrollo* (sviluppo). Le azioni prodotte sono state oggetto di aspre critiche e forme di resistenza non solo per la loro inefficacia nello sradicare la povertà, bensì anche per la forte connotazione etnocentrica, di stampo occidentale: i programmi non risultavano adeguati poiché non consideravano le *cosmovisioni*, le immagini mentali e gli stili di vita indigeni⁹.

pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas, in A. PIGRAU SOLÉ (ed.), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 275; S. SCHAVELZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS Plural editores, La Paz, 2012, pp. 93 ss.

⁸ Cfr. G. ARANGIO RUIZ, voce *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enciclopedia Giuridica*, VI, 1988, pp. 1 ss.; R. CAMMARATA, *I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione*, in *Sociologia del Diritto*, I, 2006, pp. 45 ss.

⁹ In argomento, v. A. COLAJANNI, *Introduzione. Le popolazioni indigene e lo sviluppo: azioni, reazioni, interpretazioni*, in A. COLAJANNI, A. MANCUSO, *Un futuro incerto. Processi di sviluppo e popoli indigeni in America Latina*, Cisu, Roma, 2008, p. XI.

L'etnologo Guillermo Bonfil Batalla definisce lo sviluppo in chiave etnica, ossia l'*etnodesarrollo*, come «l'esercizio della capacità sociale di un popolo di costruire il proprio futuro, sfruttando gli insegnamenti derivati dall'esperienza storica e dalle risorse reali e potenziali della propria cultura, secondo un progetto che si definisca attorno ai rispettivi valori e ideali». Esso si sostanzia nella facoltà di un gruppo culturalmente differenziato di determinare il proprio specifico tipo di sviluppo, rifuggendo in questo modo da un benessere economico gestito da attori esterni e che va a scapito dei popoli indigeni¹⁰. Nella *Declaración de San José sobre etnocidio y etnodesarrollo en América Latina* del 1981, l'etno-sviluppo è inteso come un diritto inalienabile dei gruppi indigeni¹¹.

Negli anni Novanta affiora quella che José Bengoa chiama *emergencia indígena*, ove il termine evoca sia qualcosa che emerge sia qualcosa che va affrontato con urgenza. Il periodo è connotato dalla presenza di nuove identità ed espressioni etniche, dalle domande e dalle rivendicazioni per l'autonomia. Il loro fine è di esaltare l'auto-determinazione politica, economica e culturale all'interno dei rispettivi territori, vale a dire attuare il diritto all'etno-sviluppo. Un'ulteriore svolta nelle lotte per l'*etnodesarrollo* si registra nell'attuale contesto. In Bolivia, Ecuador e Guatemala, ossia dove i nativi rappresentano buona parte della popolazione totale, l'obiettivo è divenuto quello di ottenere il controllo delle istituzioni statali¹². Contestualmente, la crescita economica come fine incondizionato delle politiche di sviluppo e della riduzione della povertà è stata sostituita dalla nozione e dagli indici di sviluppo umano, che riguardano non solo aspetti legati al reddito pro capite bensì anche istruzione, salute, condizione femminile, e altri fattori.

¹⁰ Cfr. G. BONFIL BATALLA, *El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización*, in G. BONFIL et al., *América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*, Flacso, San José, 1982, pp. 131 ss.

¹¹ Il concetto indica «la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que considere, e implican una organización equitativa y propia del poder. Esto significa que el grupo étnico es unidad político-administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo dentro de un proceso de creciente autonomía y autogestión». Si vedano i punti 2 e 3 della *Declaración*, reperibile in http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_leginternacional/seminario%20internacional%20sobre%20el%20etnocidio%20y%20el%20etnodesarrollo%20en%20america%20latina.htm.

¹² J. BENGOA, *¿Una segunda etapa de la emergencia indígena en América Latina?*, in *Cuadernos de Antropología Social*, 29, 2009, pp. 8 ss.

Messa da parte la risalente *teoría de la dependencia*, che evidenziava l'inutilità delle politiche internazionali di aiuti ai Paesi sottosviluppati per risolvere le cause strutturali della povertà e metteva in risalto il disegno diseguale dell'economia mondiale con il progressivo aumento del debito e della dipendenza degli Stati e delle fasce di popolazione più povere nei confronti dei Paesi ricchi, attualmente gli esperti del settore segnalano che l'incremento esponenziale delle attività di sfruttamento delle risorse naturali è rivolto a ridurre il debito e la dipendenza dall'aiuto estero piuttosto che la povertà, senza curarsi del rispetto dei diritti territoriali indigeni. Nel rapporto stilato per conto delle Nazioni Unite "*Indigenous peoples and the millennium development goals*" nel 2005, si delinea il concetto di *development aggression*. Esso sottende l'imposizione di progetti e di politiche di sviluppo sotto l'etichetta di modernizzazione o di *nation-building* senza il preventivo e informato consenso dei destinatari. Per i popoli indigeni, tali programmi hanno una incidenza negativa notevole e sono divenuti una delle cause principali dei loro problemi, tanto esigere un cambio di impostazione. I risultati di questa aggressione sono visibili nella distruzione o nella perdita dei territori ancestrali, nella denigrazione delle cosmovisioni indigene, dei loro valori e dei loro sistemi politici, economici e socio-culturali, nonché nello sfollamento forzato, nella diffusione di violenza e nel degrado ambientale¹³.

Per contrastare queste tendenze, le elaborazioni politico-giuridiche delle organizzazioni indigene si sono ispirate all'idea di etno-sviluppo. Dal dibattito inaugurato oramai da tempo è dunque emersa la consapevolezza dello stretto legame fra le diverse declinazioni del vivere bene, ossia del vivere con dignità, e il concetto di autonomia, che hanno condotto a ripensare in termini critici le visioni occidentali del benessere e dello sviluppo¹⁴. Lo "sviluppo con identità" è divenuta la parola d'ordine dei progetti di cooperazione, un approccio assunto anche dalla Banca interamericana per riferirsi a quei processi che comprendono il rafforzamento dei popoli indigeni, l'armonia e l'interazione con l'ambiente, l'uso dei

¹³ Non sono solo gli interessi economici legati all'estrazione di minerali preziosi, alle colture intensive, alle deforestazioni, ad avere un impatto devastante sullo stile di vita di questi popoli. Anche il settore dei prestiti per l'educazione è uno strumento fondamentale che alimenta il modello di sviluppo dominante e l'agenda della modernizzazione; in definitiva, è un'ulteriore forma di *development aggression*. Si v. V. TAULI CORPUZ, *Indigenous Peoples and the Millennium Development Goals*, 2005, E/C.19/2005/4/Add.13, in <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Indigenous%20Peoples%20and%20the%20MDGs.pdf>.

¹⁴ Per un approfondimento si v. A. MANCUSO, *Il diritto all'autodeterminazione dei popoli indigeni e le politiche di sviluppo in America Latina*, in *Archivio Antropologico Mediterraneo on line*, 1, 2013, pp. 103 ss.

territori e delle risorse naturali, l'esercizio dell'autorità e il rispetto dei valori e dei diritti indigeni, tenendo conto delle loro cosmovisioni e dei loro sistemi di governo¹⁵. Pure la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 recepisce queste istanze, sancendo che tali gruppi hanno il diritto a determinare e a elaborare le priorità e le strategie al fine di esercitare il proprio diritto allo sviluppo (art. 23)¹⁶. Un principio ulteriormente ribadito all'art. 32, dove si afferma che gli Stati devono consultarsi e cooperare con i popoli indigeni in modo da ottenere il loro consenso informato prima dell'approvazione di qualsiasi progetto che riguardi le loro terre o altre risorse naturali.

Nell'ordinamento boliviano queste riflessioni si sono tradotte nel riconoscimento costituzionale del *vivir bien* (*suma qamaña* in lingua aymara), teso al pieno accoglimento del *modus vivendi* e dei sistemi di pensiero indigeni nel tessuto giuridico. Il termine indica la vita in armonia con la collettività e con la natura, dove la sfera privata e quella comunitaria, e la sfera materiale e quella spirituale, sono concepite come interdipendenti. Secondo la concezione indigena, tale concetto va inteso in riferimento a un territorio che comprende tre ambiti – la parte coltivata, il bosco e l'acqua – e che costituisce un mondo vitale in cui interagiscono elementi materiali e simbolico-spirituali. Per ottenere le risorse necessarie e per rapportarsi con i tre ambiti, agli individui sono richieste abilità che vengono apprese all'interno del gruppo di appartenenza e nelle quali si riflettono i valori di solidarietà, generosità, reciprocità, armonia¹⁷. Il diritto a perseguire i propri ideali nelle

¹⁵ Così L. GIRAUDDO, *La questione indigena in America Latina*, Carocci, Roma, 2012, p. 61.

¹⁶ L'art. 23 prosegue affermando che «in particolare, i popoli indigeni hanno diritto a partecipare attivamente all'elaborazione e alla definizione dei programmi relativi a salute, alloggio e alle altre questioni economiche e sociali che li riguardano e, nella misura del possibile, hanno diritto ad amministrare tali programmi mediante le loro rispettive istituzioni».

¹⁷ Il contrario del *vivir bien* è il *mal vivir*, che può verificarsi nella casa, nella comunità, nel territorio. Quest'ultima ipotesi può accadere introducendo valori estranei alla cultura indigena che inducono i soggetti a ricercare beni e risorse per soddisfare aspirazioni egoiste e a sfruttare eccessivamente il territorio, e in definitiva causano lo sfaldamento della comunità. Il *mal vivir* può anche essere generato da fenomeni di urbanizzazione e dal deterioramento ambientale, in particolare dalla distruzione della biodiversità, con l'effetto di privare la cultura autoctona dei suoi elementi simbolico-spirituali. Si v. F. LONGATO, *Filosofie del buen vivir tra passato e futuro*, in S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, pp. 56 ss.; K. ARKONADA, *Mundo: crisis de civilización y vivir bien*, in <http://servindi.org/actualidad/18323>. Sul significato di *vivir bien* nella costituzione boliviana sia permesso rinviare a S. BALDIN, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Bol.*

sfere politica, sociale, economica e culturale consente a tali comunità di esprimere nella vita quotidiana le proprie modalità di etno-sviluppo, con l'ulteriore garanzia offerta dalla giustizia indigena per preservare tali valori e pratiche correlate.

3. *La decolonizzazione nel sistema costituzionale boliviano*

Lo Stato boliviano «*si fonda sulla pluralità e sul pluralismo politico, economico, giuridico, culturale e linguistico*», ai sensi dell'art. 1, c. 2, Cost. Da ciò consegue il riconoscimento della pluralità di centri di produzione delle fonti, ivi comprese le fonti prodotte dalle comunità indigene, e la pari ordinazione della giustizia ancestrale con la giustizia ordinaria. Il tutto, all'interno di un rinnovato ordinamento che si auto-qualifica plurinazionale e interculturale. L'imperativo decoloniale è alla base di queste trasformazioni, è parte del nucleo ideologico che informa la nuova architettura dello Stato, a partire dal preambolo dove si legge «*Lasciamo nel passato lo Stato coloniale*», per aspirare a «*costruire una società giusta e armoniosa, fondata sulla decolonizzazione, senza discriminazioni e sfruttamento, con piena giustizia sociale, per consolidare le identità plurinazionali*» (art. 9 Cost.). La decolonizzazione è intesa come «*il processo di ricostruzione territoriale delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini, di costruzione della soggettività e di destrutturazione coloniale*»¹⁸.

Nel denunciare forme più o meno occulte di sapere dominante praticato in sede politico-istituzionale e nel rivendicare la pari dignità fra le diverse culture, si intende attivare un processo di *descolonialidad* rispetto alla "superiorità" della cultura europea¹⁹. La prospettiva critica offerta dalla c.d. opzione decoloniale, ben presente nel dibattito latino-americano, verte sulle continuità fra epoca coloniale e post-coloniale per dimostrare che le relazioni di potere di stampo colonialista tuttora permeano politica, diritto, economia e anche la dimensione epistemica e culturale, escludendo i saperi

Mex. Der. Comp., 143, 2015, pp. 504 ss.

¹⁸ Cfr. M. YUCRA PÉREZ, *Descolonización*, in *Tribunal Constitucional Plurinacional, Principios y valores para construir una sociedad justa y armoniosa*, Sucre, 2015, p. 131.

¹⁹ Si v. S. RIVERA CUSICANQUI, *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2010, pp. 53 ss.; B. MARAÑÓN PIMENTEL, *Crisis global y descolonialidad del poder: la emergencia de una racionalidad liberadora y solidaria*, in ID. (coord.), *Buen vivir y descolonialidad. Crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*, UNAM, México, 2014, pp. 36 ss.

e le conoscenze considerate subalterne²⁰. La società post-coloniale alimenta l'oppressione e la discriminazione razziale e si nutre di concetti come individuo, modernità, legge, giustizia occidentale, democrazia rappresentativa; ad essi i movimenti indigenisti oppongono ideali che si estrinsecano nella «*colectividad, la tradición y la costumbre, la justicia comunitaria y consuetudinaria y la democracia participativa*»²¹.

L'accettazione della «*diversità culturale quale base essenziale dello Stato plurinazionale*» (art. 98 Cost.) si irradia in molteplici versanti. In primo luogo è riconducibile all'impegno di cui all'art. 8, c. 1, Cost., di assumere e promuovere come principi etico-morali della società plurale *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (non essere pigro, non mentire, non rubare), *suma qamaña* (vita degna), *ñandereko* (promuovere la vita armoniosa), *teko kavi* (vivere la vita buona), *ivi maraei* (preservare una terra senza il male) e *qhapaj ñan* (procedere per un cammino di vita degna e nobile), ossia valori comunemente diffusi fra gli indigeni dell'area andina²². Si tratta di un modo per includere gli autoctoni nella sfera pubblica in modo più pregnante rispetto all'oramai classico riconoscimento di un nucleo di diritti culturali e dell'autonomia territoriale e giurisdizionale. Ciò in quanto tali principi sottendono la costruzione di un diverso tipo di ordinamento, che finalmente incorpora la cultura nativa e le sue visioni del mondo a pieno titolo e a pari livello della cultura di matrice occidentale²³.

3.1. *Lo Stato plurinazionale*

Il valore giuridico assegnato alla composita società boliviana si riflette nell'affermazione di uno Stato «*unitario sociale di diritto plurinazionale comunitario, libero, indipendente, sovrano, democratico, interculturale, decentralizzato e con autonomie*» (art. 1, c. 1). La mancanza di segni di punteggiatura nella locuzione «*unitario sociale di diritto plurinazionale comunitario*»

²⁰ Cfr. A. MÉDICI, *El nuevo constitucionalismo latino americano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, 3, 2010, pp. 4 s.

²¹ In questo senso, R. BARRAGÁN, *Comunidades poco imaginadas: Poblaciones envejecidas y escindidas*, in M. URIOSTE, R. BARRAGÁN, G. COLQUE, *Los nietos de la Reforma Agraria. Tierra y comunidad en el altiplano de Bolivia*, Fundación TIERRA, La Paz, 2007, p. 1.

²² Cfr. S. LANNI, *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina*, in *Anuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, pp. 163 ss.

²³ In argomento si rinvia all'analisi di A.E. VARGAS LIMA, *Los principios ético-morales de la sociedad plural y el Bloque de Constitucionalidad. Configuración y desarrollo en la Jurisprudencia Constitucional boliviana*, in *Estudios Constitucionales*, 2, 2016, pp. 15 ss.

intende esprimere un principio meta-complesso²⁴, dove questi elementi sono complementari fra loro e di pari importanza²⁵. Questa configurazione fa perno sul principio pluralista e sul riconoscimento della pari dignità di tutte le componenti etniche del paese, esaltata con la consacrazione costituzionale dei diritti delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini e degli afrodiscendenti nel Capitolo IV (artt. 30-32 Cost.), a partire dal diritto alla libera determinazione delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini (art. 30, p.to II, n. 4, Cost.) che si inverte nell'autonomia quale esercizio di autogoverno (artt. 2 e 289 Cost.).

Già nella precedente costituzione, come riformata nel 1994, si riconosceva l'esistenza della società pluriculturale. Ora è lo Stato a essere plurinazionale. Si tratta del modo prescelto per sradicare il colonialismo e porre sullo stesso piano di eguaglianza le collettività che coesistono sul territorio, nessuna essendo superiore alle altre²⁶. Il proposito racchiuso nella nuova denominazione è il superamento dei precedenti modelli statali. Quello assimilazionista teso a una omogeneità meticcica a base culturale castigliana e, dopo le riforme degli anni Novanta, quello multiculturale, che non interviene nella subordinazione dei popoli autoctoni, sempre privi del controllo sul territorio e della libera determinazione²⁷.

Il riferimento alla nazione risale alle teorie emerse negli anni Settanta, quando il concetto filtra nei dibattiti delle organizzazioni indigene dell'America Latina. Esso è preferito a etnia, popolo e cultura in quanto rappresenta tali genti nel modo migliore, dotandoli di una dignità e di una proiezione verso il riconoscimento sociale che gli altri vocaboli non riescono a rendere²⁸. In Bolivia, le coeve tesi politiche delle associazioni *campesinas* enfatizzano l'identità nazionale dei quechua, degli aymara e dei tupiguaraní, sottolineando che la loro lotta non è solo economica, contro lo sfruttamento delle risorse naturali, bensì anche di liberazione e per lo sviluppo delle nazionalità oppresse. Nel 1983, nel documento finale a margine del II Congresso della

²⁴ La complessità è una delle caratteristiche delle più recenti costituzioni andine. Cfr. R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, 9, 2011, pp. 17 ss.

²⁵ Così R. MARTÍNEZ DALMAU, *op. cit.*, pp. 274 ss.

²⁶ Cfr. B. CLAVERO, *Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 89, 2010, p. 200.

²⁷ Si v. S. SCHAVELZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS Plural editores, La Paz, 2012, pp. 11, 92.

²⁸ F. GARCÍA SERRANO, *La situación jurídica dei popoli indigeni nella nuova costituzione ecuadoriana*, in S. LANNI (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Esi, Napoli, 2011, pp. 287 ss.

confederazione sindacale dei lavoratori contadini, viene accolto il termine plurinazionale (e non multinazionale, essendo associato alle imprese multinazionali). L'obiettivo è costruire una società che promuova le differenze di tutte le sue componenti, in seno a uno Stato unitario²⁹. Secondo la *Comisión Visión País* dell'Assemblea costituente, lo Stato plurinazionale comporta un modello di organizzazione politica volto alla decolonizzazione delle nazioni e dei popoli indigeni, che riafferma e fortifica le loro autonomie territoriali al fine di perseguire una vita piena³⁰. In questa prospettiva, la plurinazionalità esprime il riconoscimento di un concetto di nazione distinto da quello di stampo liberale fondato su presupposti di omogeneità culturale³¹.

La plurinazionalità indica l'esistenza di nazioni e popoli indigeni originari contadini, comunità interculturali e afroboliviane e boliviane e boliviani che nel loro insieme costituiscono il popolo boliviano. Questa definizione non si rinviene nel testo fondamentale, bensì all'art. 3, p.to 1, della *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional* n. 27 del 2010 (LTCP)³², quale principio (il primo di tredici) che guida la giustizia costituzionale. In costituzione, analogo significato si rinviene all'art. 3, ove però non ci si riferisce alla plurinazionalità bensì alla nazione boliviana, la quale costituisce nel suo complesso il popolo boliviano³³. Alle origini sorto su una identità nazionale monoculturale, escludente gli indigeni, ora lo Stato riconosce appieno la sua natura composita a partire dai vertici istituzionali: l'Assemblea legislativa plurinazionale, il Tribunale costituzionale plurinazionale, l'Organo elettorale plurinazionale sono gli organi supremi obbligatoriamente rappresentativi delle varie componenti del paese. Anche a livello territoriale si esalta l'elemento etnico, parificando i territori indigeni originari contadini agli altri enti periferici.

3.2. Lo Stato interculturale

²⁹ Cfr. X. ALBÓ, *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*, CIPCA, La Paz, 2008, p. 253.

³⁰ Cfr. la *declaración del Tribunal Constitucional Plurinacional* nr. 0006/2013 del 5 giugno 2013.

³¹ Si v. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010, p. 81; C. GONZÁLEZ, *Democrazia e pluralità, da diritti etnici a costituzioni plurinazionali (1991-2012)*, in *Confluenze. Rivista di Studi iberoamericani*, 2, 2014, p. 30.

³² E, analogamente, nella *Ley del Órgano Judicial*, n. 25 del 2010.

³³ Art. 3 Cost.: «*La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano*».

Il richiamo allo Stato interculturale sottende la volontà di decostruire le strategie politiche, culturali ed epistemologiche dominanti, che continuano a emarginare i popoli indigeni. Come osserva Clavero, lo Stato interculturale è quello che «*reconoce y garantiza el pie de igualdad entre culturas a fin de que puedan pacíficamente autogestionarse, desenvolverse y mutuamente enriquecerse*»³⁴. L'interculturalità pone l'accento sulla relazione, comunicazione e apprendimento permanente fra le persone e le comunità di saperi, valori, tradizioni e logiche distinte, per favorire il pieno sviluppo delle capacità dei singoli e dei gruppi, rompendo con lo schema egemonico di una cultura dominante e altre subordinate e sviluppando politiche di decolonizzazione e desubalternizzazione³⁵.

La complementarità e l'interculturalità fra gruppi fondano una nuova istituzionalità plurinazionale lontana dalla logica coloniale, dove si attiva un processo di ricostruzione e di valorizzazione dei saperi e delle conoscenze ancestrali³⁶. Il dialogo interculturale assicura che i valori plurali supremi si complementino nella società e irradiano del loro contenuto tutti gli atti³⁷. Usando le parole di de Sousa Santos, l'interculturalità è un cammino che si compie strada facendo. È un processo storico complesso per due motivi: perché sottende la trasformazione delle relazioni verticali fra culture in relazioni orizzontali; e perché non può condurre al relativismo una volta che la trasformazione sia avvenuta in un dato quadro costituzionale, ove il riconoscimento della plurinazionalità è un mandato politico per la promozione dell'interculturalità³⁸. All'ordinamento è dunque affidato il compito di creare «*un percorso che consenta alle culture di essere "viste" non lasciando la*

³⁴ Cfr. B. CLAVERO, *Sociedad multicultural y Estado intercultural por América Latina entre historia y Constitución*, in S. BAGNI (a cura di), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia?*, AlmaActa, Bologna, 2017, p. 20.

³⁵ Si v. C. WALSH, *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Abya-Yala, Quito, 2009, pp. 41 ss.

³⁶ Cfr. la *declaración* del TCP nr. 0006/2013 del 5 giugno 2013.

³⁷ A tal riguardo, il Tribunale costituzionale plurinazionale afferma che: «*El reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico hace posible un diálogo intercultural entre derechos, pues ya no existe una sola fuente de Derecho y de los derechos; de donde éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlos como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto*»; v. sent. cost. n. 0790/2012, del 20 agosto 2012. V. altresì la sent. cost. nr. 1422/2012 del 24 settembre 2012.

³⁸ Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, pp. 102 ss.

dimensione interculturale alla sola (buona) volontà politica, ma "istituzionalizzandola"»³⁹.

Secondo l'art. 98 Cost., l'interculturalità è uno strumento teso alla coesione e alla convivenza armonica ed equilibrata fra tutti i popoli e le nazioni, con estesi riflessi nella sfera educativa (artt. 9; 17; 30, p.to 12; 78; 79; 80, c. II; 91; 93; 95; 96 Cost.), nonché nell'ambito sanitario (art. 18, c. III, Cost.) e in quello della sicurezza sociale (art. 45 Cost.). In particolare, la *Ley de la Educación "Avelino Siñani - Elizardo Pérez"* n. 70 del 2010, all'art. 6, c. II, definisce l'interculturalità come lo sviluppo della interrelazione e interazione di conoscenze, saperi, scienza e tecnologia proprio di ogni cultura con le altre, che rafforza la rispettiva identità e l'interazione a parità di condizioni fra tutte le culture. Ai sensi dell'art. 3, p.to 3, LTCP, l'interculturalità declinata nell'ambito giudiziario implica il riconoscere l'espressione e la convivenza della diversità culturale, istituzionale, normativa e linguistica, e l'esercizio dei diritti individuali e collettivi. Il progetto interculturale deve assicurare che i valori plurali supremi si complementino nella società e irrardino del loro contenuto tutti gli atti⁴⁰.

4. *Le fonti delle comunità autoctone e la giustizia indigena*

Nell'attuale ordinamento boliviano, il pluralismo giuridico implica il riconoscimento della coesistenza di vari sistemi normativi. Mentre il monismo alimenta la supremazia del diritto di produzione statale nei confronti di qualsiasi altro sistema giuridico esistente al suo interno, il pluralismo si propone come sua alternativa, criticando l'uniformità veicolata dalla visione che sostiene una sola comunità e la cultura di una sola nazione e che nega la presenza di altre collettività culturali e politiche. La costituzione legittima gli atti e le decisioni giudiziali emesse dalle autorità indigene, che vincolano gli appartenenti alla comunità di riferimento. Ai sensi dell'art. 410, c. II, p.to 3, Cost., la legislazione posta in essere dalle autonomie indigene è pariordinata alle leggi nazionali, agli statuti autonomici, alle carte organiche, e alla legislazione dei dipartimenti e municipi. Inoltre, essendo la funzione giudiziaria uno strumento strategico per agevolare il processo di cambiamento e per «*descolonizar el derecho*»⁴¹, la giurisdizione ordinaria e quella indigena sono

³⁹ Così C. PICCOCCHI, *L'interculturalità come condizione di sostenibilità del multiculturalismo*, in S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *op. cit.*, p. 129.

⁴⁰ Cfr. la sent. cost. nr. 1422/2012 del 24 settembre 2012.

⁴¹ Si v. J.C. PINTO QUINTANILLA (coord.), *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso*

gerarchicamente parificate (art. 179, c. 2, Cost.)⁴².

L'ordinamento in questo modo si apre alle norme e ai procedimenti delle nazioni e dei popoli indigeni quali dirette manifestazioni giuridiche dello Stato plurinazionale. Il decentramento ha ricadute sul sistema delle fonti positive, che comprende anche quelle di origine autoctona provenienti dai territori indigeni, a partire dai loro statuti, soggetti a un controllo preventivo di costituzionalità (su cui *infra*, § 6.3). Territori dove vige pure la *costumbre*, a carattere orale, partecipativo, flessibile e orientato alla conciliazione, riconosciuta *ex art.* 30, c. II, p.to 2, Cost.⁴³. Ulteriore richiamo al diritto ctonio si ravvisa nei disposti che contemplano le «*normas propias*» delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini. Così gli artt. 210, c. III, Cost. (sul modo di eleggere i rappresentanti autoctoni nelle loro organizzazioni) e 403, c. I, Cost. (sulla facoltà di applicare le regole indigene nei rispettivi territori); e ancora, l'art. 397, c. II, Cost., relativo alla proprietà agricola e all'uso sostenibile delle terre. Dalle *costumbres* discendono norme che si conformano alle circostanze, secondo un modo di comprendere la realtà riconducibile alle cosmovisioni dei gruppi indigeni, ossia alle loro rappresentazioni del mondo⁴⁴. Lo Stato ha il compito promuovere «*usos y costumbres*» mediante il riconoscimento dei diritti collettivi delle nazioni e dei popoli indigeni anche nelle comunità di natura composita a seguito del processo di meticciato. Nonostante l'influenza di elementi che riflettono l'ibridazione, qualsiasi fattore di coesione collettiva, es. lingua, territorio ancestrale, riti, cosmovisioni, è inteso come indice di sottoposizione della comunità ai diritti collettivi, a cui si estendono gli effetti dell'art. 30 Cost. e del principio di libera determinazione delle nazioni e dei popoli indigeni⁴⁵.

Il sistema giuridico boliviano si compone dunque, oltre alle fonti statali, anche di norme positive e consuetudinarie di produzione indigena, delineando un sistema di interlegalità, ossia di fonti plurali autonome ma assiologicamente interdipendenti. L'interlegalità rappresenta la visione post-moderna del pluralismo giuridico. Mentre la concezione classica concepisce i vari centri normativi come entità separate, l'interlegalità li intende come

Constituyente Boliviano, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2009, tomo III, vol. 1, p. 200.

⁴² C.A. GOITIA CABALLERO, *La supremacía constitucional en Bolivia*, in *Foro Revista de Derecho*, 12, 2009, p. 209.

⁴³ E anche menzionata agli artt. 374, c. II, e 375, c. II, Cost., nell'ambito della gestione delle acque e delle risorse idriche, dei bacini per l'irrigazione, della sicurezza alimentare e dei servizi di base.

⁴⁴ Così la sent. cost. nr. 1016/2014, del 6 giugno 2014.

⁴⁵ Sent. cost. nr. 1422/2012 del 24 settembre 2012.

spazi che operano simultaneamente, interagiscono e si intersecano senza che vi sia un effettivo coordinamento⁴⁶. Non essendoci una sola fonte di produzione del diritto e dei diritti, la loro interpretazione sollecita un dialogo interculturale con l'intento di riempire di significato i diritti in occasione di ogni singolo caso concreto⁴⁷.

Nell'elenco delle materie di competenza esclusiva delle autonomie indigene originarie contadine figura l'esercizio della giurisdizione (art. 304, c. 1, p.to 8, Cost.). Nelle comunità indigene, il concetto di giustizia e di controllo sociale a essa sotteso è ben diverso da quello che informa l'apparato statale delle società modellate secondo i canoni della tradizione giuridica occidentale. Il sistema giuridico comunitario antepone gli interessi collettivi a quelli individuali. Il fine primario della giustizia all'interno di un gruppo indigeno è ristabilire la pace e l'equilibrio spezzato a causa delle azioni di un soggetto; non è quello di punire comportamenti pericolosi o devianti⁴⁸. La *costumbre* è applicata dalle autorità giurisdizionali indigene per risolvere e per prevenire conflitti a partire dai valori etnici locali, anche mediante sanzioni morali e simboliche che hanno il fine di ripristinare l'armonia all'interno del gruppo⁴⁹.

Il potere giudiziario, nell'alveo di una funzione unitaria, si compone di tre giurisdizioni: ordinaria, agro-ambientale e indigena (art. 179 Cost.), a cui si devono assommare altre eventuali giurisdizioni riconosciute per

⁴⁶ Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in *Sociologia del diritto*, 3, 1990, p. 28 ss.; C. OCHOA GARCÍA, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Cholsamaj, Guatemala, 2002, p. 112.

⁴⁷ V. la sent. cost. nr. 0572/20147 del 10 marzo 2014.

⁴⁸ In chiave l'antropologica, gli elementi che consentono di definire la normatività giuridica indigena come un sistema autonomo sono dati da: società semplici; i rapporti di proprietà; le autorità come organi di applicazione del diritto; il linguaggio; la parentela. Il primo aspetto si identifica nello spazio territoriale dove le norme sono vigenti. La proprietà si distingue in comunale e familiare, entrambe basate sull'identità culturale del gruppo e sui rapporti di parentela. L'applicazione del diritto ctonio presuppone l'accettazione dell'autorità, che sorge dal consenso reciproco fra i membri della comunità, per cui essi acconsentono che uno di loro farà parte della struttura che applicherà il diritto (assemblee, consigli degli anziani, governatori tradizionali, ecc.). Il codice linguistico, inteso come struttura discorsiva, muove dal principio di oralità e dà concretezza alle regole indigene. Infine, le famiglie sono i nuclei delle comunità indigene e hanno il compito di normare i processi di eredità e di trasmissione della ricchezza. Si v. C.H. DURAND ALCÁNTARA, *The indigenous legal tradition*, in *Seqüência (Florianópolis)*, 68, 2014, pp. 24 ss.

⁴⁹ Á. GARCÍA LINERA, *El Estado Plurinacional*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2009, pp. 7 ss., in http://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/discursos_ponencias_7.pdf.

legge. L'uso della parola giurisdizione rafforza il riconoscimento della parità gerarchica del sistema indigeno con le altre diramazioni del potere giudiziario, eguaglianza da cui discende il divieto per la magistratura ordinaria di rivedere le decisioni assunte dalle autorità autoctone⁵⁰. La giustizia indigena non è più concepita quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie, come era in precedenza; si tratta invece del sistema che garantisce l'osservanza delle regole di convivenza all'interno delle autonomie originarie, ancorato agli stili di vita di questi gruppi. L'esercizio della giustizia indigena è demandato alle autorità preposte, che applicano i rispettivi principi, valori culturali, norme e procedure (art. 190, c. I, Cost.). Le autorità sono riconducibili ai componenti delle assemblee degli enti territoriali indigeni e delle organizzazioni locali; pure quanti hanno terminato il loro mandato di autorità designate possono mantenere un ruolo importante nel sostenere le decisioni prese in seno alla comunità⁵¹.

5. I criteri di coordinamento fra la giustizia indigena e le altre giurisdizioni

Laddove la giurisdizione indigena sia riconosciuta, fa sorgere la necessità di individuare dei criteri di coordinamento con il sistema giuridico statale. Secondo l'elaborazione offerta da Sagüés, le soluzioni prescelte ruotano attorno a regole di preferenza, di delimitazione e di articolazione. Il primo modello di coordinamento, basato su regole di preferenza, fa leva sulla superiorità che la costituzione assegna a uno o più elementi su altri. Da ciò discendono limiti all'applicazione della giustizia indigena individuabili nella costituzione stessa e/o nel rispetto dei diritti fondamentali e/o nella legge e/o nell'ordine pubblico. Il modello basato su regole di delimitazione inquadra le competenze della giustizia indigena secondo criteri personali (es. i non indigeni non sono sottoponibili a tale giurisdizione) e/o geografici e/o ambiti di materie. Il modello delle regole di articolazione tra la giurisdizione indigena, quella ordinaria e quella costituzionale si ravvisa laddove la costi-

⁵⁰ V. M. BAZURCO OSORI, J.L. EXENI RODRÍGUEZ, *Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad*, in B. DE SOUSA SANTOS, J.L. EXENI RODRÍGUEZ (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya Yala, Quito, 2012, p. 51.

⁵¹ H. Guarayo Llacsá, *Alcances e implementación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional: visión de las autoridades indígenas originarias de la Nación Yampara (Chuquisaca, Bolivia)*, in A. GÁLVEZ RIVAS, C. SERPA ARANA (eds.), *Justicia intercultural en los países andinos. Contribuciones para su estudio*, Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria, Lima, 2013, p. 111.

tuzione stabilisca che le autorità pubbliche debbano rispettare le decisioni rese dalle autorità autoctone, ed eventualmente che tali decisioni siano passibili di controllo di costituzionalità e/o che siano gli stessi indigeni a poter richiedere un parere al tribunale costituzionale in merito all'applicazione di norme⁵². Tali soluzioni sono tutte presenti nell'ordinamento boliviano.

5.1. *I limiti e gli ambiti di esercizio della giustizia indigena*

La Costituzione boliviana provvede a definire i limiti all'esercizio delle attività riconosciute agli enti esponenziali autoctoni e fissa gli ambiti soggettivo, materiale e territoriale della giurisdizione indigena, poi specificati nella *Ley de Deslinde Jurisdiccional* nr. 073 del 29 dicembre 2010 di disciplina dei rapporti fra autorità giudiziarie indigene e le altre giurisdizioni, dove si palesano alcune criticità (*infra*, § 5.2).

Limiti generali a cui soggiace la libera determinazione delle nazioni e dei popoli indigeni sono individuati nel rispetto dell'unità dello Stato e nella conformità alla costituzione e alle leggi (art. 2 Cost.). Il riferimento alla legge, se applicato alla giurisdizione indigena, stante la sua pariordinazione con le altre giurisdizioni statali, dovrebbe escludere qualsiasi atto ad eccezione della *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, nonché delle leggi di recepimento delle convenzioni internazionali sui diritti umani che rientrano nel blocco di costituzionalità. Siffatta interpretazione parrebbe avallata dal precetto che investe direttamente i sistemi giuridici autoctoni: ai sensi dell'art. 30, c. 2, p.to 14, Cost., il loro esercizio incontra solo il limite del rispetto della cosmovisione. Un richiamo che difficilmente, si reputa, potrebbe opporre ostacoli all'esercizio delle attività dei nativi.

Ancora, con specifico riguardo alla giustizia indigena, l'art. 190, c. II, Cost. afferma che essa è tenuta al rispetto del diritto alla vita, del diritto alla difesa e degli altri diritti e garanzie stabiliti in costituzione. Uno dei nodi più difficili da sciogliere nel momento in cui il sistema giuridico statale si coordina con altri sotto-sistemi vigenti al suo interno riguarda l'equilibrio fra diverse concezioni dei diritti e correlate garanzie nei confronti di singoli e gruppi. Il fatto che i diritti fondamentali siano enunciati nel linguaggio giuridico di impronta occidentale non ne avalla una concezione universalistica. Essi entrano nelle narrazioni dei gruppi ancestrali in base a cosmovisioni e logiche distinte. L'interlegalità richiede solo che si stabilisca un "minimo

⁵² N.P. SAGÜES, *Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción?*, in *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, XIX, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2013, pp. 386 ss.

giuridico”, ossia un insieme di parametri, obiettivi e ideali che devono essere osservati sia dalla giurisdizione ordinaria che da quella indigena quali limiti alla loro attività e che si rispecchiano nei diritti fondamentali⁵³. La forte rappresentanza dei nativi nel momento costituente è indice del consenso preventivo a tali limitazioni.

Con riguardo agli ambiti della giurisdizione indigena, l'art. 191, c. II, Cost. afferma che sono sottoposti a tale giurisdizione i membri delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini in veste di attori o convenuti, denunciati o imputati, ricorrenti o riceventi ricorso; rinvia a una apposita legge la definizione dell'ambito materiale; sancisce che tale giurisdizione si applichi alle relazioni e ai fatti giuridici che si realizzano o i cui effetti si producono all'interno della giurisdizione di un popolo indigeno originario contadino. Nei lavori preparatori alla costituzione l'articolo in esame aveva un contenuto più ampio, privo delle restrizioni suindicate, riconducibili a categorie processuali occidentali, e dunque senza la necessità di un rinvio a una legge di delimitazione giurisdizionale. Nei progetti in discussione la giustizia autoctona avrebbe potuto conoscere tutti i casi relativi alla lesione di beni giuridici indigeni a opera di nativi e non nativi, con una competenza estesa anche al di fuori dei territori ancestrali⁵⁴.

In dottrina si sostiene che l'attuale disposto comporti una estensione graduale e progressiva della giustizia indigena, a partire dal vincolo personale, riconducibile all'identità culturale degli individui, comprendente narrative, saperi, cosmovisioni, logiche collettive, valori e modi di concepire la giustizia e il diritto. Obiettivo del pluralismo giuridico nel sistema boliviano non è quello di creare *enclaves* fra le comunità, bensì di consolidare le fondamenta giuridiche all'interno di ogni gruppo e di agevolare il dialogo fra gruppi e fra questi e lo Stato. Il pluralismo sottende l'incontro e l'interazione di linguaggi giuridici distinti e presuppone un cambiamento epistemologico al fine di comprendere concezioni ora equiparate a quelle dominanti. La terminologia impiegata nell'articolo non va dunque intesa in senso impositivo o coloniale. Il disposto va letto seguendo un linguaggio più duttile, tenendo presente, ad esempio, che i riferimenti alle posizioni giuridiche dei singoli, attive e passive, sono tipiche del diritto occidentale e sconosciute nei sistemi

⁵³ V. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Constitución Política del Estado anotada, concordada y comentada, Artículo 190*, 2013, in <http://econstitucional.com/menuanalysis.aspx?ID=190>.

⁵⁴ Cfr. R. Z. YRIGOEY FAJARDO, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, in C. RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 153.

indigeni, ove non esiste nemmeno la logica dei codici processuali, bensì esistono vari modi per risolvere i conflitti che non sono fissati una volta per tutte; che la sfera materiale va ricondotta a ciò che siffatta giurisdizione può conoscere, ossia molte delle questioni che ricadono negli ambiti penale e civile; e che la giurisdizione stessa, generalmente riferita a un territorio, non si concilia, nella concezione dei nativi, con limiti geografici o con i confini delle autonomie indigene. Gli ambiti di vigenza della giurisdizione autoctona devono pertanto riflettere una costruzione collettiva e aperta a ulteriori sviluppi⁵⁵. L'interpretazione dottrinale dell'articolato segna l'emersione di un approccio esegetico pluralista. Esso è caratterizzato dalla flessibilità per accogliere altri modi di intendere il diritto e la giustizia. Un orizzonte interpretativo disatteso dal legislatore nella fase attuativa.

5.2. *La legge di delimitazione giurisdizionale*

Già negli anni Novanta il legislatore boliviano tentò di approvare una legge di coordinamento della giustizia indigena e ordinaria, sulla scia degli impulsi provenienti dalle organizzazioni internazionali. La *ratio* dell'atto avrebbe dovuto riguardare la disciplina delle situazioni di confine, i rapporti ricadenti nelle intersezioni fra le due giurisdizioni, per chiarire quale sistema applicare al caso concreto⁵⁶. L'approccio seguito tramite la *Ley de Deslinde Jurisdiccional* è diverso. Essa delinea il quadro normativo volto a evitare sovrapposizioni fra giustizia locale e le altre giurisdizioni indicando le materie sottratte alle autorità autoctone. Un primo profilo critico riguarda proprio la stessa *Ley*, indirizzata principalmente agli organi giudiziari indigeni e, per questo, potenzialmente lesiva dei canoni del pluralismo e della pari gerarchia fra giurisdizioni⁵⁷.

Nel dettaglio, il Capitolo I: Disposizioni generali della *Ley* si apre affermando che oggetto della legge è la regolazione degli ambiti di vigenza fra la giurisdizione indigena e le altre giurisdizioni riconosciute in costituzione. Essa ha inoltre l'obiettivo di stabilire i meccanismi di coordinamento e di cooperazione fra giurisdizioni, nel quadro del pluralismo giuridico (art. 1

⁵⁵ Cfr. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Constitución Política del Estado anotada, concordada y comentada, Artículo 191*, 2013, in <http://econstitucional.com/menuanalis.aspx?ID=191>.

⁵⁶ Cfr. S. RAMÍREZ, *Reconocimiento pleno de la administración de justicia indígena en la nueva Constitución de Bolivia. La Ley de Deslinde Jurisdiccional: sus contenidos mínimos y alcances*, p. 4, in <https://docs.google.com/document/d/1x2xDx4NyfBzvdOAKfOtpbz-Q9FmVjzrgIA9B-Wf6d64A/edit?pli=1>.

⁵⁷ H. GUARAYO LLACSA, *op. cit.*, p. 111.

Ley). Il fondamento che giustifica queste previsioni è l'esistenza pre-coloniale delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini e il loro dominio ancestrale sui rispettivi territori, che si sostanzia nella libera determinazione nel quadro dell'unità statale. La legittimazione di quest'atto discende dalla costituzione, dalla legge nr. 1257 del 1991 di ratifica della Convenzione ILO 169 sui diritti dei popoli indigeni e tribali, dalla legge nr. 3897 del 2008 che recepisce la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei popoli indigeni, e dagli ulteriori strumenti internazionali sui diritti umani applicabili nell'ordinamento (art. 2 *Ley*).

I principi su cui si fonda la legge, di cui all'art. 4, riproducono quanto già fissato nella costituzione. Anzitutto si afferma che l'esercizio delle giurisdizioni riconosciute ha il fine di preservare l'unità e l'integrità territoriale dello Stato plurinazionale. Viene poi affermato il diritto dei nativi a mantenere e a rafforzare la relazione spirituale con le loro terre e le responsabilità nei riguardi delle generazioni a venire, e si constata il rapporto armonioso, di complementarità e di rispetto verso Madre Terra. La diversità culturale, l'interpretazione interculturale e il pluralismo giuridico paritario sono i pilastri più importanti su cui si fonda il nuovo ordinamento, non a caso riproposti nella *Ley*, essendo i principi che devono informare l'azione dei giudici e delle istituzioni giudiziarie. Del pari, si fissano i principi dell'indipendenza (relativa al divieto di ingerenza di una giurisdizione su un'altra) e della complementarità (ossia la concorrenza di sforzi e di iniziative di tutte le giurisdizioni riconosciute), i quali richiedono una rinnovata cultura giuridica e la traduzione interculturale del pluralismo giuridico⁵⁸ per non comprimere la giustizia locale, a rischio di sopravvivenza qualora non si radichi nel contesto di un dialogo democratico e partecipativo e di rispetto dei diritti collettivi⁵⁹. Nell'ottica del coordinamento fra giurisdizioni e della costruzione di un effettivo Stato interculturale, in dottrina si suggerisce di istituzionalizzare periodi di *stage* (*pasantías interculturales*) che consentano ai magistrati ordinari di soggiornare presso le comunità indigene per apprendere quei sistemi di regole e, viceversa, ai giudici indigeni di fare pratica dei procedimenti giudiziari statali e comprendere i principi che reggono la giustizia ordinaria⁶⁰. All'ultimo comma dell'art. 4 della *Ley* si afferma infine

⁵⁸ Si v. A. GRIJLAVA JIMÉNEZ, J.L. EXENI RODRÍGUEZ, *Coordinación entre justicias, ese desafío*, in B. DE SOUSA SANTOS, J.L. EXENI RODRÍGUEZ (eds.), *op. cit.*, p. 702.

⁵⁹ Cfr. Q. CONDE CHOQUE, *Hacia la construcción del pluralismo jurídico entendido como el derecho de acceso a la justicia: una pregunta sobre el «tribunal competente»*, in A. TOMASELLI, S. ORDÓÑEZ, C. WRIGHT (eds.), *Justicia y Formas de participación indígena*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nr. 74, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014, p. 20.

⁶⁰ Cfr. M.E. NEGRÓN PINO, *Diálogo intercultural para una efectiva coordinación y coope-*

che tutte le giurisdizioni sono tenute al rispetto e alla promozione dell'egualianza di genere, e alla garanzia delle pari opportunità di accesso all'esercizio dei diritti da parte di bambini, giovani, anziani, disabili. La tutela dei soggetti deboli si riverbera dunque in un limite all'applicazione della *costumbre* che non si adegui al disegno costituzionale, che ampia attenzione rivolge a queste categorie di individui⁶¹.

Il Capitolo II: Diritti fondamentali e garanzie costituzionali della *Ley* è composto da due articoli che riprendono e ulteriormente dettagliano i limiti a cui è sottoposta la giurisdizione locale. L'art. 5 ricorda che tutte le giurisdizioni riconosciute devono rispettare, promuovere e garantire il diritto alla vita e gli altri diritti costituzionali; che devono garantire l'esercizio dei diritti delle donne, la loro partecipazione, decisione, presenza e permanenza sia nell'accesso egualitario e giusto alle cariche sia nel controllo, decisione e partecipazione nell'amministrazione della giustizia. Con esplicito riferimento alla giurisdizione indigena, si precisa che le autorità preposte non possono sanzionare anziani e disabili, per inadempienze nei doveri verso la comunità, con la perdita delle terre o con l'espulsione⁶². Il penultimo comma prescrive che le giurisdizioni riconosciute debbano proibire e sanzionare qualsiasi forma di violenza contro bambini, adolescenti e donne, vietando forme di conciliazione in tale ambito; e infine si proibisce il linciaggio. L'art. 6 vieta la pena di morte.

Affiora anche qui il possibile contrasto fra il diritto ctonio e il quadro delle garanzie individuali riconosciute a categorie di soggetti deboli, trattandosi di un aspetto particolarmente delicato che investe la concezione della *costumbre*. Tuttavia, mentre la costituzione fissa un minimo giuridico da interpretarsi interculturalmente, nella *Ley* si predilige un linguaggio spiccatamente coloniale. Il legislatore non è incline a un dialogo trasformativo di messa a confronto dei diversi punti di vista per ricercare formule più sensibili e rispettose della cultura tradizionale, qui presentata come veicolo di possibili atti discriminatori e di brutalità che potrebbero spingere la giustizia

ración entre sistema jurídicos: Pasantías interculturales in situ de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales, in *Rev. boliv. de derecho*, 13, 2012, pp. 107 ss.

⁶¹ Cfr. Sezione V: *Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud* (artt. 58-61); Sezione VII: *Derechos de las Personas Adultas Mayores* (artt. 67-69); Sezione VIII: *Derechos de las Personas con Discapacidad* (artt. 70-72).

⁶² L'espulsione, dall'organizzazione di appartenenza o dalla comunità stessa, è la massima sanzione che le autorità indigene possano comminare. Il provvedimento può riguardare sia persone fisiche che giuridiche, qualora esse non rispettino le norme, i principi e i valori desumibili dagli statuti autonomici, dai regolamenti comunitari e dagli *usos y costumbres*. L'espulsione in molti casi non è definitiva; essa assume il significato di un allontanamento dal cammino collettivo, che comprende la circostanza di un possibile ritorno.

autoctona a tollerare il linciaggio e la pena di morte.

Ancora meno giustificabili appaiono alcune restrizioni poste dalla legge di delimitazione giurisdizionale in merito ai criteri per l'esercizio della giustizia indigena. Il Capitolo III: Ambiti di vigenza della giurisdizione indigena originaria contadina della *Ley* (artt. 7-12) disciplina i requisiti soggettivo, materiale e territoriale per l'esercizio della giustizia locale, secondo il mandato di cui all'art. 191, c. II, p.to 2, Cost. L'art. 7 della *Ley*, a differenza della costituzione, statuisce che i tre requisiti debbano essere parimenti presenti per investire di un giudizio un'autorità comunitaria. La sfera personale individua i soggetti sottoponibili al giudizio, vale a dire i membri di una nazione o di un popolo indigeno originario contadino, in veste attiva o passiva. L'identificazione deve essere conforme alle regole delle rispettive comunità che, di norma, tengono un apposito registro in ossequio alla *Ley de Participación Popular*⁶³. Nella prassi, avallata dal Tribunale costituzionale plurinazionale, anche i non nativi, qualora residenti in una comunità indigena, sono sottoposti alla giurisdizione del luogo, al pari di quanto accade agli stranieri nell'ambito dello Stato (v. *infra*, § 6.1).

La sfera territoriale è definita dall'applicazione delle relazioni e dei fatti giuridici prodotti o i cui effetti si producano all'interno della giurisdizione locale. Riguardo all'articolazione della competenza, attualmente molti autoctoni risiedono nelle città; i territori indigeni ricoprono invece le zone rurali, le uniche a disporre della giustizia comunitaria⁶⁴. La scelta attuale, dunque, non si coniuga con aperture nei riguardi di coloro che, pur riconoscendo la validità della giustizia originaria, non possono rivolgersi ad essa vivendo al di fuori del relativo ambito di vigenza. La mancata previsione di una giurisdizione concorrente, subordinata al consenso delle parti, rende evidente la preferenza per il requisito territoriale rispetto a quello personale. Per i nativi residenti altrove, l'unica garanzia rinvenibile nella *Ley* riguarda l'interpretazione interculturale di cui all'art. 4, lett. d, secondo cui, nel somministrare la giustizia, le autorità sono tenute a prendere in considerazione le differenti culture dello Stato plurinazionale. In merito all'ausilio della perizia antropologica o sociologica, si osserva che questa soluzione è un palliativo di modesto effetto nell'ottica dello Stato plurinazionale, in quanto i consulenti altro non fanno che illustrare ai giudici ordinari la cultura e le pratiche

⁶³ Cfr. L.A. ARRATIA JIMÉNEZ, *Bases constitucionales de la Ley de Deslinde Jurisdiccional*, in A.A.V.V., *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, CONCED-GTZ, La Paz, 2010, p. 232.

⁶⁴ Si v. Z. QUISPE COLQUE, *Bolivia: La justicia indígena y la ley de deslinde jurisdiccional*, 2011, in <http://www.justiciaenlosandes.org/contenido/la-justicia-ind%C3%ADgena-y-la-ley-de-deslinde-jurisdiccional-bolivia>.

giuridiche indigene. Sono questi ultimi che, alla fine, decidono secondo i canoni del diritto occidentale e non del diritto ctonio.

Il requisito materiale individua la competenza negli ambiti che tradizionalmente sono stati affidati alle autorità comunitarie al comma I dell'art. 10, facendo un elenco delle materie escluse al comma II. Nella sfera penale, ad esempio, non ricadono i reati che rilevano nel diritto internazionale, i crimini contro l'umanità, quelli contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato, i reati di terrorismo, quelli tributari e doganali, i reati di corruzione e qualsiasi altro crimine ove lo Stato sia parte lesa, la tratta e il traffico di persone, di armi e il narcotraffico, i reati contro l'integrità fisica di bambini e adolescenti, i reati che comportino lesioni od omicidio. Nella sfera civile è escluso qualsiasi processo ove l'apparato amministrativo statale sia parte o terzo interessato, e le cause connesse al diritto proprietario. Sono inoltre lasciati fuori gli ambiti riconducibili al diritto del lavoro, della sicurezza sociale, tributario, amministrativo, minerario, di idrocarburi, forestale, informatico, internazionale pubblico e privato, e agrario, eccetto la distribuzione interna delle terre in quelle comunità che abbiano titoli legali o diritti proprietari collettivi sulle stesse. Infine, la *Ley* introduce ulteriori limiti all'attività giudiziaria nativa, laddove la clausola di chiusura prevede che saranno esclusi ulteriori ambiti che la costituzione e la legge riservino ad altre giurisdizioni.

L'elenco evidenzia chiaramente la marginalità delle attribuzioni indigene, che storicamente hanno sempre trattato anche reati di assassinio, corruzione, furto, e altri ancora, ora demandati alla giustizia ordinaria, come pure l'ambito relativo al diritto forestale, intrinsecamente connesso alla gestione delle terre comunitarie, e affidato alla giustizia agro-ambientale, con il rischio di svilire il precetto superprimario laddove si afferma che la funzione sociale rivestita dall'uso sostenibile della terra da parte dei nativi è basata sulle norme proprie delle comunità (art. 397, c. II, Cost.). Il fatto poi di prevedere ulteriori casi che potranno essere sottratti alla magistratura indigena per essere affidati ad altre giurisdizioni contravviene al principio costituzionale di pari gerarchia⁶⁵. Inoltre, disporre che l'intervento dello Stato in un giudizio determini automaticamente la competenza giurisdizionale non locale implica una ulteriore restrizione della sfera autoctona⁶⁶.

⁶⁵ In argomento si rinvia a E. RODRÍGUEZ VELTZÉ, *Ley de Deslinde Jurisdiccional - Derechos individuales y colectivos*, in E. CÓNDROR (coord.), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, KAS, Bolivia, 2011, pp. 141 ss.

⁶⁶ Così M. CARDUCCI, *Intervento*, nell'ambito del seminario "El desarrollo de las autonomías jurisdiccionales de los pueblos indígenas en las Constituciones ibero-americanas: el método negocial", 4 aprile 2014, Università degli Studi di Trento.

Il Capitolo IV: Coordinamento e cooperazione (artt. 13-17 *Ley*) enuclea i meccanismi per la mutua collaborazione fra giurisdizioni. Il coordinamento implica la concertazione dei mezzi e degli sforzi per perseguire la convivenza sociale, il rispetto dei diritti individuali e collettivi, e la garanzia effettiva dell'accesso alla giustizia ai singoli e alle comunità (art. 13). I meccanismi mediante cui le giurisdizioni operano la concertazione sono individuati nell'accesso trasparente alle informazioni su fatti e sui precedenti delle persone; in uno spazio di dialogo inerente all'applicazione dei diritti umani nelle loro decisioni e allo scambio di esperienze sui metodi di risoluzione delle controversie (art. 14). Quanto al dovere di cooperazione *ex art.* 15 *Ley*, atto a eseguire ed attuare gli accordi derivanti dal coordinamento, i relativi meccanismi esplicitati all'art. 16 si articolano in condizioni di equità, trasparenza, solidarietà, partecipazione e controllo sociale, celerità, opportunità e gratuità. Essi si individuano nelle autorità giudiziarie e nelle autorità del pubblico ministero, polizia, sistema penitenziario e altre istituzioni, chiamate a prestare immediata cooperazione e a fornire informazioni su richiesta della giurisdizione indigena, e viceversa; la rimessione delle informazioni e dei precedenti su questioni o controversie fra la giustizia comunitaria e le altre giurisdizioni. Il coordinamento e la cooperazione, ai sensi dell'art. 17, si configurano come obblighi, il cui mancato rispetto è sanzionato come grave mancanza disciplinare nelle giurisdizioni ordinaria, agro-ambientale e nelle giurisdizioni speciali, e nella giurisdizione indigena secondo i propri procedimenti.

6. *Le funzioni del Tribunale costituzionale plurinazionale relative all'autoctonia*

La plurinazionalità dell'ordinamento boliviano si riverbera nella composizione del Tribunale costituzionale plurinazionale e l'interculturalità assurge a metodo interpretativo nelle funzioni affidate a tale organo. Quanto al profilo strutturale, la costituzione si limita a sancire che il TCP è integrato da magistrato e magistrati eletti a suffragio universale secondo criteri di plurinazionalità, provenienti dalla magistratura ordinaria e da quella indigena originaria contadina (artt. 197, c. I, e 198 Cost.)⁶⁷. È la legge di attuazione

⁶⁷ In argomento si rinvia a F. REY, *Institutional Designs for Judicial Independence in comparative law. The Bolivian Plurinational Constitutional Court and the Colombian Constitutional Court*, in *JPs Working Papers*, 2, 2014, pp. 4 ss.; B. CLAVERO, *Tribunal*

a stabilire che il collegio sia composto da sette giudici titolari e da sette supplenti, e che almeno due giudici debbano provenire dal sistema indigeno originario contadino, per auto-identificazione personale (art. 13 LTCP).

Quanto al profilo funzionale, il TCP dà vita, secondo l'opinione di questo stesso organo, a un modello di giustizia costituzionale accentrato e plurale⁶⁸. Dall'inclusione dei sistemi giuridici autoctoni nella configurazione dello Stato discende un sindacato di costituzionalità atipico, di tipo plurale, esercitabile sia sulle fonti-atto sia sulle regole ancestrali dei nativi. Data poi la diversa natura dei due sistemi, indigeno e statale, i loro rispettivi principi non possono trovare applicazione al di fuori dell'alveo di riferimento; di conseguenza, spetta al TCP alimentare il pluralismo ed evitare l'uniformità del diritto avviando un dialogo con tali soggetti istituzionali per adempiere al mandato espresso nella rifondazione dello Stato. In merito alle competenze sottese alla sfera dell'autoctonia, il giudice delle leggi è incaricato di risolvere i conflitti di attribuzione fra giustizia indigena, ordinaria e agro-ambientale (art. 202, p.to 11, Cost.); può essere consultato, su istanza delle autorità autoctone, sull'applicazione delle loro regole in casi concreti (art. 202, p.to 8, Cost.); è tenuto a sindacare in via preventiva la costituzionalità dei progetti di statuti delle autonomie, ivi compresi quelli delle autonomie indigene originarie contadine (art. 275 Cost.); ed è chiamato a decidere sulle controversie fra governo plurinazionale, entità territoriali autonome e decentrate, e fra queste ultime (art. 202, p.to 3, Cost.). Inoltre, in quanto garante del rispetto e dell'effettività dei diritti e delle garanzie costituzionali, il TCP può revisionare le decisioni prese dalle giurisdizioni riconosciute dall'ordinamento, ivi comprese le autorità indigene, in via di *acción de libertad*, di *acción de amparo constitucional*, di *acción de protección de privacidad*, di *acción popular* e di *acción de cumplimiento* (art. 202, p.to 6, Cost.). Per il rilievo assunto dalle prime tre funzioni suindicate, e su queste che si appunta approfonditamente l'analisi.

Constitucional en Estado Plurinacional: El Reto Constituyente de Bolivia, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1, 2012, pp. 29 ss.; A.E. VARGAS LIMA, *Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia*, in *Estudios Constitucionales*, 2, 2011, pp. 639 ss.

⁶⁸ Cfr. la sent. cost. 2143/2012 dell'8 novembre 2012.

6.1. *La risoluzione dei conflitti di attribuzione fra giustizia indigena e altre giurisdizioni*

Con riferimento ai conflitti di attribuzione fra giustizia indigena e altre giurisdizioni, è tramite siffatta tipologia di controversie che emergono le problematiche insite nelle sfere personale, territoriale e competenziale che concorrono a stabilire la giurisdizione nei casi concreti. Recenti decisioni del TCP estendono il profilo soggettivo anche ai non nativi e ampliano le garanzie di accesso alla giustizia indigena sotto il profilo materiale.

Quanto al primo aspetto, la sentenza nr. 0026/2013 statuisce che in casi eccezionali le persone estranee alla comunità indigena possano essere giudicate dall'autorità locale. Il fondamento della decisione si rinviene nel diritto collettivo ad amministrare la giustizia originaria, strettamente legato alla costruzione dell'identità autoctona. Per questo, si ammette che i non nativi si assoggettino alle regole ancestrali in via espressa o tacita, allorquando decidano di risiedere in un territorio indigeno. Il trattamento di favore nei riguardi del gruppo appare legittimo essendo in linea con il disegno costituzionale di valorizzazione dell'elemento autoctono. L'interesse alla sopravvivenza delle comunità e del loro portato giuridico, nonché al loro sviluppo, soverchia così i diritti dei singoli, che non possono pretendere automaticamente l'applicazione delle regole del sistema normativo ordinario qualora non si identifichino nella cultura nativa. Si tratta di una scelta che avrebbe potuto compiere il legislatore, specificando i casi di deroga alla regola generale. La *Ley de Deslinde*, al contrario, non si occupa delle situazioni di confine e impone invece la contestualità dei tre ambiti, in tal modo restringendo le fattispecie applicative del diritto ctonio. A sua volta, il TCP smentisce la necessaria concomitanza dei tre criteri, del resto non prevista in costituzione. Il collegio, peraltro, non dichiara l'illegittimità della norma contenuta nella *Ley*, né indica le ipotesi di eccezionalità che determinano l'avocazione della causa alla giustizia locale. Il richiamo alla subordinazione tacita dei non nativi alle regole ancestrali, così come alla residenza nel territorio indigeno, sembrano lasciare aperta la porta a molte fattispecie in cui la situazione giuridica gravita nell'orbita delle comunità. A ciò vanno aggiunte le considerazioni relative all'ambito materiale.

Secondo il TCP la distinzione per materie non è concepita dai popoli autoctoni e dunque il riconoscimento e la risoluzione dei casi che li riguardano deve partire da una comprensione integrale, ove il conflitto è un momento in cui rilevano pure l'elemento spirituale, religioso, e non

vi è differenza fra materia penale, civile, sociale, familiare. Inoltre, ogni gruppo ha un proprio sistema giuridico conforme alla rispettiva cosmovisione, alla cultura, a valori e regole, sulle cui basi risolve le controversie, e ha competenza a decidere in quali situazioni intervenire e quando demandare la causa ad altre autorità. Secondo questa linea giurisprudenziale, la giurisdizione indigena è abilitata a conoscere e risolvere i casi reputati di sua attinenza indipendentemente se siano considerati gravi o lievi, penali o civili, secondo il diritto statale. Inoltre, in virtù del principio di libera determinazione dei popoli indigeni, il contenuto di cui all'art. 10, p.to II, della *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, relativo alle materie residuali, attribuite alle altre giurisdizioni, a detta del tribunale deve essere reso compatibile con la costituzione e con i principi di plurinazionalità, pluralismo, interculturalità e decolonizzazione⁶⁹. Per questa via il TCP scavalca i disposti contemplati nella legge di delimitazione delle giurisdizioni, svuotando di significato il contenuto della *Ley* a suon di eccezioni.

In definitiva, l'unico requisito che sembra rimanere certo è il criterio territoriale, mentre le sfere personale e materiale sono interpretate in modo da ampliare il raggio di azione delle autorità locali. Il *Tribunal* sembra aderire a una impostazione "caso per caso", senza dichiarare invalide parti della normativa statale. Tale scelta lascia supporre che esso provvederà anche in futuro a definire gli ambiti della giustizia indigena, allontanandosi dai rigidi schematismi del legislatore e divenendo il punto di snodo, il massimo strumento di coordinamento e di regolamentazione per sanare eventuali contrasti fra giustizia ordinaria, agro-ambientale e indigena nonché fra situazioni in cui siano coinvolti indigeni e non indigeni.

6.2. *La consulta*

Con riguardo al parere (*consulta*) richiesto ai sensi dell'art. 202, p.to 8, Cost., questo si concreta, secondo la costituzione e le leggi attuative, in una istanza delle autorità indigene affinché il TCP decida se le loro norme, da applicarsi a una fattispecie determinata, siano conformi ai principi, valori e fini sanciti nel testo solenne, esercitando un sindacato di costituzionalità preventivo. Il controllo è operato da una sezione apposita, la *Sala Primera Especializada* (art. 32 LTCP). Entro trenta giorni dalla richiesta, l'organo è tenuto a decidere se la norma sia applicabile o meno al caso concreto; qualora ciò non sia possibile, esso propone soluzioni alternative, culturalmente adeguate alla fattispecie (artt. 139-140 LTCP). La decisione finale (*declara-*

⁶⁹ V. le sent. nr. 0037/2013 del 4 gennaio 2013 e nr. 0874/2014 del 29 maggio 2014.

ción) è vincolante per l'autorità richiedente (art. 202, p.to 8, Cost.).

Nella prassi, alla *Sala* è affidato un esercizio di interpretazione interculturale: la giustizia indigena segue logiche molto distanti da quelle della magistratura ordinaria, logiche da tenere presenti per giungere alla decisione. La giustizia interculturale sottende un quadro partecipativo fondato su un procedimento democratico e aperto, un processo dialogale che canalizza la polarizzazione e il conflitto sociale; alla base vi è il riconoscimento che ogni cultura ha proprie modalità per rendere giustizia, e suo obiettivo è quello di fissare regole condivise in quanto negoziate dai vari attori. La *consulta* attiva un dialogo interculturale fra TCP e autorità autoctone che rafforza la giurisdizione indigena nonché la giustizia plurale. Nell'ambito del nuovo meccanismo di controllo, il giudice delle leggi accoglie una linea ermeneutica atipica, che discende dalla comprensione della cosmovisione andina, secondo cui la *consulta* ha il fine di ristabilire l'armonia e l'equilibrio comunitario. È dalla concezione autoctona dell'istituto che il TCP è condizionato nel proprio svolgimento interpretativo: come nelle comunità la *consulta* si realizza mediante un accesso diretto, aperto, atemporale e flessibile alle autorità indigene, così essa deve concretizzarsi nella *Sala*. Per questo motivo, l'organo costituzionale afferma chiaramente che il suo intervento non si configura alla stregua di un sindacato previo di legittimità, né quale strumento di consultazione di tipo preventivo. La funzione di cui all'art. 202, p.to 8, cost. può essere avviata in qualsiasi momento: sia prima sia dopo l'applicazione della norma, assumendo i contorni di un meccanismo di natura costante, aperta e flessibile. Il TCP fa rinvio ai principi di pluri-nazionalità, pluralismo, interculturalità e decolonizzazione per sancire che l'istituto rientra in un ambito specifico e diverso dal sindacato costituzionale preventivo, non potendosi nemmeno applicare i criteri temporali e i requisiti formali per la sua attivazione, assicurando così che la *consulta* persegua il suo scopo, ossia ristabilire l'armonia e l'equilibrio in seno al gruppo. La *Sala Primera Especializada* può raccogliere informazioni sul caso concreto mediante udienze pubbliche con le autorità autoctone, visite nelle comunità interessate, resoconti della *Unidad de Descolonización*⁷⁰, e altre modalità, con l'intento di instaurare un dialogo interculturale con le nazioni e i popoli indigeni, da alimentare anche successivamente alla *declaración* per plasmare i valori plurali supremi⁷¹.

L'interpretazione plurale che il TCP è chiamato a svolgere deve trarre

⁷⁰ L'*Unidad de Descolonización* è una sezione tecnica affiliata all'organo con il compito di eseguire perizie culturali-antropologiche e di tradurre negli idiomi locali le sentenze del TCP.

⁷¹ *Amplius*, v. la *declaración* del TCP nr. 0006/2013 del 5 giugno 2013.

origine dalla cosmovisione e dai contenuti storici, linguistici, filosofici del decolonialismo. Essa si concreta in uno strumento ermeneutico di natura multidimensionale che si apre a nuove forme di osservazione, scaturite al di fuori del ragionamento giuridico di stampo coloniale che rappresenta un sofisticato esercizio di potere. La prospettiva plurale o multidimensionale non mira a interpretare le parole e i concetti, bensì le realtà concrete interrelate che sorgono nell'ambito geografico, etnico-culturale e politico. La fonte di questa attività, seguendo l'impostazione dei popoli indigeni, è il vissuto, l'esperienza, il "multidimensionale", le regole che sorgono dalla vita, nel fatto concreto, e si evolvono continuamente⁷².

La cornice ermeneutica dell'interpretazione plurale si definisce secondo quattro profili: la cosmovisione e la concezione filosofica connesse alle identità plurinazionali, che impongono di prendere in seria considerazione il pensiero dei popoli indigeni; la concomitanza di saperi storici, linguistici, culturali, sociali, economici e politici intesi in modo integrale, ossia trascendendo le frontiere disciplinari nel richiedere consulenze tecniche e perizie, che devono fuoriuscire dall'ambito giuridico per interpretare in senso plurale e interdisciplinare il diritto; la constatazione del vissuto e delle esperienze concrete degli attori, delle collettività e dei contesti, che richiede la presenza di giudici fra le nazioni e i popoli indigeni per comprendere l'*humus* che si vuole interpretare; l'interpretazione dal basso, che affiora dalla produzione orale e dalla pratica ermeneutica degli attori sociali secondo parametri "decolonizzatori", e che è il risultato del dialogo e dell'accordo sul modo in cui un istituto, una pratica o una regola indigena vada intesa⁷³.

6.3. *Il controllo costituzionale preventivo sui progetti di statuti delle comunità indigene*

La costruzione di una società giusta e armoniosa a cui tende la costituzione boliviana si manifesta, secondo il TCP, anche nei principi espressi negli statuti delle autonomie: nei territori a presenza indigena tali atti dovrebbero contenere un progetto alternativo, inclusivo, che parta dal *kawsay*, dalle energie vitali di terra, sole, aria e acqua espresse nelle cosmovisioni delle comunità ancestrali⁷⁴.

Il controllo costituzionale preventivo sui progetti di statuti delle autonomie indigene originarie contadine si fonda sull'art. 275 Cost., ove si statui-

⁷² Cfr. la *declaración* del TCP nr. 0030/2014, del 28 maggio 2014.

⁷³ Si v. la *declaración* del TCP nr. 0030/2014, del 28 maggio 2014.

⁷⁴ Così la sent. cost. nr. 0006/2014, del 12 febbraio 2014.

sce che ogni organo deliberativo degli enti territoriali elabora in modo partecipativo il progetto di statuto, da approvarsi a maggioranza dei due terzi del totale dei suoi componenti e, previo controllo di costituzionalità, entra in vigore a seguito di referendum confermativo. Nel Codice processuale costituzionale (legge nr. 254 del 5 luglio 2012) si esplicita che: l'oggetto del vaglio è quello di raffrontare il contenuto dello statuto con la costituzione e garantire la superiorità della costituzione (art. 116); il sindacato è obbligatorio (art. 117); nel caso delle autonomie indigene, sono legittimati a inoltrare la richiesta al TCP i soggetti designati in accordo alle loro rispettive norme (art. 118); il TCP può dichiarare la costituzionalità o incostituzionalità, parziale o totale, del progetto di statuto (art. 120).

Il progetto di statuto autonomico di Totora Marka, composto di ben 102 articoli, è il primo a essere stato sottoposto al vaglio del TCP⁷⁵. La *declaración* nr. 009/2013 del 27 giugno 2013 ha sancito la conformità costituzionale di 80 articoli, la compatibilità di altri 10 secondo l'interpretazione resa dal TCP, e altri 12 articoli sono stati ritenuti incostituzionali. La *declaración* evidenzia alcuni aspetti problematici relativi alla concezione ctonia delle regole che governano la vita nella comunità da una parte e la previsione di uno statuto dall'altra. Nella sua opinione concorrente, il giudice Cusi ha infatti sostenuto che l'elaborazione degli statuti dei territori indigeni dovrebbe essere volontaria e non obbligatoria, e che tali atti potrebbero essere espressi in forma orale e non necessariamente scritta, seguendo le norme consuetudinarie dei gruppi autoctoni. Nell'esprimere il voto contrario alla dichiarazione, la giudice Velásquez ha affermato che non si possa procedere al controllo costituzionale preventivo sugli statuti dei territori indigeni in quanto le autonomie indigene sono diverse dagli altri enti periferici, essendo espressione della libera determinazione dei popoli indigeni, e in quanto il vaglio non può espletarsi su norme di natura consuetudinaria inserite in tali atti⁷⁶.

7. *L'America Latina fra nuevo constitucionalismo ed egemonia delle categorie giuridiche occidentali*

⁷⁵ Lo statuto è reperibile in <http://ftierra.org/index.php/component/attachments/download/22>. Anche altri progetti di statuto sono stati successivamente vagliati dal TCP; cfr. *Tribunal Constitucional Plurinacional, Siete proyectos de Estatutos Autónomicos Indígena Originario Campesino avanzan en el control de constitucionalidad*, in <https://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/siete-proyectos-de-estatutos-auton%C3%B3micos-ind%C3%ADgena-originario-campesino-avanzan-en-el-control>.

⁷⁶ Cfr. *Tribunal Constitucional Plurinacional, TCP declaró 90 artículos constitucionales del Estatuto indígena originario campesino de Totora Marka*, in <https://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/tcp-declar%C3%B3-90-art%C3%ADculos-constitucionales-del-estatuto-ind%C3%ADgena-originario-campesino-de>.

In chiusura, va segnalata la distanza che continua a persistere tra la cultura occidentale dominante e le culture ctonie dell'America Latina, nonostante gli sforzi per affermare il c.d. *nuevo constitucionalismo*. Questo trascende il costituzionalismo di impronta occidentale, la cui prospettiva non incorpora le più recenti novità del diritto latinoamericano, rappresentando solo l'epifania formale e procedimentale del *nuevo constitucionalismo*, che invece è arricchito da concezioni culturali e filosofiche lontanissime da quelle ispiratrici del costituzionalismo europeo⁷⁷. I caratteri del costituzionalismo tipico di questa regione si individuano, secondo il *Tribunal Constitucional Plurinacional* boliviano, nel prodotto della volontà popolare emersa da lotte plurisecolari contro il colonialismo e dai movimenti di protesta degli ultimi decenni, che hanno reso possibile il processo costituente; nella plurinazionalità, una forma peculiare dello Stato, in cui sono le nazioni, i popoli, le collettività sociali storicamente escluse a riconoscere lo Stato, e non viceversa; nella decolonizzazione come smantellamento dello Stato nazionale e come creazione di una nuova identità; nell'aspirazione al *vivir bien* (*suma qamaña*), l'orizzonte alternativo al capitalismo, al neoliberalismo, e a qualsiasi forma di mercantilizazione e reificazione della vita⁷⁸.

Purtuttavia, come autorevolmente evidenziato da Carducci, sebbene il *nuevo constitucionalismo* intenda superare tutta una serie di vincoli coloniali-linguistici, nel trasfondersi nella costituzione inevitabilmente ripropone schemi di dominazione, in quanto «*la scrittura costituzionale, al pari di qualsiasi altra scrittura, [è] il riflesso di una determinata società e, nella sua esportazione, [risulta] essere una delle conseguenze della promozione coloniale del potere [...] Identità, territorio, autonomia, partecipazione, consultazione preventiva su decisioni di interesse indigeno, sviluppo, sono e restano formule imposte che, ancorché filtrate dal "riconoscimento culturale", con la forza (del testo costituzionale) vengono dichiarate e solo ed unicamente grazie a questa forza possono essere garantite ed attuate. Non a caso, alcune comunità indigene rifiutano il riferimento alla propria giuridicità come "diritto consuetudinario", ossia come insieme di usi e continuità razionalmente ricostruibili ex post dall'osservatore, in quanto è l'idea stessa di osservazione razionale dei fatti (giuridici)*

⁷⁷ Si v. L. PEGORARO, *Diritto, diritto comparato, altre scienze nello studio del nuevo constitucionalismo e del buen vivir andino*, in S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *op. cit.*, p. 390; R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *op. cit.*, pp. 1 ss.; M. CARDUCCI, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, in *DPCE*, 2, 2012, pp. 319 ss.

⁷⁸ Cfr. la *declaración* del TCP nr. 0030/2014, del 28 maggio 2014.

che sfugge a molte di quelle identità giuridiche»⁷⁹.

Non si può nascondere il fatto che questa sia anche la cornice epistemologica che soggiace all'impianto giuridico boliviano; è dunque legittimo chiedersi come l'ordinamento possa aprirsi alla tradizione giuridica ctonia tanto da pariordinarla a quella occidentale quando i suoi assi cardinali riflettono in via esclusiva le categorie del diritto europeo.

Da un lato, le riforme summenzionate puntano alla costruzione di nuovi canoni epistemologici tesi a revisionare le premesse culturali ancorate al paradigma neocoloniale. Il fine insito nell'edificazione dello Stato plurinazionale e interculturale boliviano è di ampio respiro, volto ad affermare una epistemologia del Sud che annetta integralmente la cultura autoctona nell'identità latinoamericana⁸⁰. Non si tratta soltanto di prevedere istituti giuridici per pariordinare i gruppi, bensì di operare una trasformazione profonda e complessiva della società e delle sue istituzioni per condurre a un modello civilizzatorio alternativo a quello tuttora prevalente. All'interculturalità spetta il compito di rimuovere gli elementi del pensiero dominante che postulano la relazione del rispetto e della tolleranza fra le diverse culture senza sradicare in concreto i fattori che alimentano forme di sottomissione. Obiettivo dell'interculturalità «critica» deve essere quello di ricercare soluzioni per garantire l'eguaglianza fra gruppi subalterni ed egemoni e per assicurare una democrazia aperta agli usi e ai costumi dei popoli indigeni⁸¹, onde affermare il *nuevo constitucionalismo*.

Dall'altro lato, sul piano fattuale inevitabilmente si notano tensioni fra il dettato della costituzione e le regole e le prassi attuative. La potestà indigena non è speculare al sistema della giustizia statale. L'equiordinazione postulata nel testo solenne non comprende la divisione simmetrica delle competenze con la magistratura ordinaria. E alcune previsioni della *Ley de Deslinde Jurisdiccional* – atto che segue i canoni del diritto occidentale e pertanto non si conforma al sistema di pensiero indigeno, finendo per essere criticato da molti esponenti delle comunità –, contribuiscono a ridurre ulteriormente gli spazi della giustizia locale. Spazi che il Tribunale Costituzionale Plurinazionale sembra intenzionato a restituire alle autorità indigene.

⁷⁹ Così M. CARDUCCI, «Talcualismo», «decolonizzazione» o «utopia arcaica» del Diritto Costituzionale?, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 2, 2014, pp. 13 e 17.

⁸⁰ Si v. B. DE SOUSA SANTOS, *Una epistemologia del Sur. La reinvenção del conocimiento y la emancipación social*, Siglo XXI, Madrid, 2009.

⁸¹ Cfr. M. BAILONE, *El Bien vivir: una cosmovisión de los pueblos originarios andino-amazónicos*, in E.R. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2012, p. 154.

È noto che le Corti costituzionali influenzano la forma di Stato⁸². Simmetricamente, esse sono condizionate dalla forma di Stato nell'esercizio delle loro funzioni. Come palesato nell'indagine, il *Tribunal Constitucional Plurinacional* abbraccia la teoria del *nuevo constitucionalismo* e il disegno plurinazionale e interculturale per supportare l'effettività dei principi costituzionali volti alla tutela dei popoli indigeni e alla promozione dei loro valori, sistemi giuridici e stili di vita. Per la forte rottura col sistema preesistente e per la carica innovatrice, il *nuevo constitucionalismo* obbliga le istituzioni, incluso il giudice delle leggi, a ricercare forme alternative di interpretazione, che promanino dal basso, cimentandosi in un dialogo dove entrano in gioco paradigmi altrui e distinte pratiche ed esperienze. L'interlegalità che permea l'ordinamento dispiega i suoi effetti a livello di esegesi del testo fondamentale lasciando spazio a idee differenti, parallele alla versione ufficiale che segue essenzialmente gli stilemi occidentali. L'interpretazione flessibile della costituzione in chiave pluralista è emblema dell'apertura alle visioni autoctone della giustizia. Un ulteriore esempio è dato dall'impegno della *Sala Primera Especializada* a consolidare una pedagogia costituzionale interculturale, volta alla comprensione dei principi, valori e regole dei popoli autoctoni, per collocarli su un piano paritario con quelli sinora imperanti. Si può obiettare che questo metodo offuschi la chiarezza delle norme e la certezza del diritto. Tuttavia, gli organi giudiziari di uno Stato plurinazionale e interculturale necessitano di approcci più sfumati al diritto per rispettare appieno il mandato costituente, criteri da legittimare mediante processi deliberativi di natura aperta e inclusiva⁸³.

Resta ancora un'ultima osservazione: a modesto avviso di chi scrive non si tratta di un percorso verso una effettiva equiordinazione fra culture e correlati sistemi giuridici, bensì di un passo doveroso da compiere se si vuole procedere alla rivalutazione di comunità emarginate e discriminate. Un cammino che però non può condurre alla piena affermazione di un diritto ctonio che sia parallelo a quello egemone, se non al prezzo di una (utopica) "ri-conquista" di Abya Yala (il nome ancestrale del continente americano) da parte dei popoli indigeni.

Abstract

⁸² Cfr. L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 251 ss.

⁸³ Sul pensiero multivalente applicato al diritto, che appare utile nelle società contemporanee, v. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 572 ss.

This essay focuses on the Bolivian indigenous justice system and on the functions performed by the Plurinational Constitutional Tribunal related to the autochthonous sphere with the aim to test the effectivity of the constitutional design. After a brief introduction, section II outlines the meaning of the so called etnodesarrollo in the Latin American debate in order to better understand, in section III, the decolonial ideology that underpins the new constitutional order. The consolidation of the Bolivian Plurinational and Intercultural State implies the recognition of a set of rights to the indigenous groups, as well as the equivalence between indigenous justice and ordinary justice, and the elaboration of new interpretative methods by the constitutional judges, as it is explained in sections IV, V, VI. The final section is devoted to some reflections on the distance between the Western legal categories that permeate Latin America and the chthonic law, notwithstanding the significant role played by the Bolivian Constitutional Tribunal to strengthen the indigenous values in this country.

Pablo Moreno-Cruz*

*Plurisoggettività delle violazioni dei diritti fondamentali
e l'azione di tutela: il caso colombiano*

SOMMARIO: 1. Premessa; - 2. Decisioni con effetti c.d. ristretti: l'apparente riduzione della complessità delle violazioni di diritti fondamentali; - 3. La complessità presa sul serio: decisioni con effetti amplificati; - 4. Una norma non espressa: ampliamento della competenza per estendere gli effetti del giudicato; - 5. Effetti *inter communis*: azione di *tutela* collettiva e obbligatoria; - 6. Il lato oscuro dell'azione di *tutela* con effetti *inter communis*; - 6.1. L'instabilità delle decisioni di tutela nel caso di una violazione plurisoggettiva di diritti fondamentali; - 6.2. Il test dell'intersezionalità ovvero la precarietà del giudizio sulla omogeneità.

1. *Premessa*

Le mie riflessioni riguardo alla giustiziabilità dei diritti fondamentali (anche, e soprattutto, sociali) avranno come punto di riferimento la giurisprudenza della Corte costituzionale colombiana (d'ora in poi "la Corte"), benché le conclusioni possono essere in parte estese ad altri sistemi.

Si tratta di una scelta che, lungi dall'essere arbitraria, ha un ampio potenziale esplicativo. Come succede in altri sistemi a livello globale, la giurisprudenza della Corte si produce in un contesto normativo caratterizzato da una tendenza egemonica della fonte giurisprudenziale¹ e da un uso inflazionato

* Professore di Diritto Comparato presso l'Universidad Externado de Colombia, nonché docente di "Diritto delle Americhe" e di "Lingua giuridica spagnola" presso l'Università di Ferrara e docente di "Theory of Comparative Law" nel master "Global Rule of Law and Constitutional Democracy" presso l'Università di Genova

¹ Come precisa bene M.R. FERRARESE, *Transjudicial Dialogue and Constitutionalism: A Risk or an Opportunity for Democracy*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2009, p. 120, attualmente «We could say that the global world has become a sort of immense judge-made world of law. Where law consists not so much of statutes and other forms of written laws, but rather of judicial or quasi-judicial decisions»: V. anche Ead., *La governace tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, spec. capitolo V. In termini più dettagliati, sulle coincidenze e sulle differenze nella manifestazione di una possibile egemonia della giurisprudenza, v. ad esempio (con una

del linguaggio dei diritti fondamentali, compresi i diritti sociali, prescritti in costituzioni rigide dotate di controllo di costituzionalità. Un sistema munito di strumenti costituzionali ad hoc per la loro tutela, fortemente condizionato da strumenti normativi regionali e internazionali, nonché caratterizzato dall'uso, da parte dei giudici locali, della giurisprudenza foranea.

Tuttavia, al di là di queste caratteristiche che sicuramente possono predicarsi di tanti altri sistemi giuridici, anche nel nord del mondo, la giurisprudenza in materia di diritti sociali della Corte si è venuta consolidando negli studi latinoamericani come un punto di riferimento irrinunciabile in materia di giustiziabilità di diritti. Questo anche perché, oltre a essere la giurisdizione con il maggior numero di pronunce in materia nella regione, risponde senza dubbio ai profili considerati attualmente caratteristici del c.d. nuovo costituzionalismo latinoamericano²: una dottrina che, nonostante alcune ambiguità, è sempre caratterizzata, non solo da un atteggiamento di apertura nei confronti della tutela dei diritti delle minoranze etniche e dei meccanismi di partecipazione democratica diretta, ma anche da istanze (sebbene ambigue) a favore di meccanismi redistributivi della ricchezza. Senza contare la ricorrente esaltazione del potere del giudice quale soggetto chiamato a specificare il contenuto dei diritti fondamentali³.

Non si può dimenticare, infine, che il Latino America è un luogo tristemente celebre per i suoi alti indici di disegualianza sociale: ancor di più se prendiamo in considerazione quei paesi classificati come paesi di introiti medio-alti come Colombia, Brasile o Cile. E questa disonorevole proprietà, che sfugge necessariamente alle analisi dedicate al nord del mondo è, invece, una variabile fondamentale in qualsiasi analisi che, in una prospettiva contro-egemonica, si occupi della relazione tra la distribuzione della ricchezza e

prospettiva né euro-centrica, né statunitense-centrica), D. KAPISZEWSKI; G. SILVERSTEIN; R. KAGAN *Judicial Roles in Global Perspective*. New York: Cambridge University Press, 2013, in particolare le conclusioni degli editori: *Conclusion of Judicial Ships and Winds of Chance*.

² Sul punto, v. ad esempio R. UPRIMNY, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and Challenges*, in *Texas Law Review*, 2010-2011, pp. 1587 ss. E R. GARGARELLA, *Social rights and the "engine room" of the constitution*, in C. RODRÍGUEZ-GARAVITO (ed.), *Law and Society in Latin America. A new map*, Routledge, New York, 2015, pp. 84-85.

³ Quanto a questo rafforzamento del potere del giudice, sicuramente si tratta di una prospettiva riconducibile a varie teorie normative dell'interpretazione costituzionale denominate come "neocostituzionaliste" che suggeriscono, tra le altre cose, una relazione non contingente, ma necessaria, tra attivismo giudiziale e interpretazione delle costituzioni politiche. Sul punto, per una prospettiva critica, v., tra gli altri, R. GUASTINI, *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 55ss. e R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.

le decisioni giudiziali, così come dei possibili conflitti che sorgono tra attivismo giudiziale, da una parte, e certezza giuridica, principio deliberativo e separazione dei poteri, dall'altra.

2. *Decisioni con effetti c.d. ristretti: l'apparente riduzione della complessità delle violazioni di diritti fondamentali*

Detto questo, mi concentrerò ora sull'inevitabile fenomeno della pluri-soggettività delle violazioni di diritti fondamentali (anche sociali) come un possibile dispositivo utile a uno scopo specifico: analizzare i discorsi che giustificano l'estensione degli effetti del giudicato delle decisioni di *amparo*, a partire dall'identificazione di una distinzione capace di promuovere, in una prospettiva teorica-normativa, l'opportunità, o no, di una funzione giudiziale proattiva nella formulazione di rimedi rivolti ad assicurare la giustiziabilità collettiva di diritti fondamentali.

In effetti, la plurisoggettività della violazione di diritti fondamentali, soprattutto sociali, può condurre a una distinzione specifica, prendendo in considerazione che la relazione tra giustiziabilità di diritti fondamentali e decisione giudiziale può essere caratterizzata diversamente in relazione ai soggetti destinatari della decisione e al modo in cui si costruiscono i rispettivi rimedi.

In quest'ottica, credo che possano essere identificati due possibili tipi di decisione.

Il primo tipo, che rappresenta la regola generale, è dato da sentenze, il cui giudicato produce effetti solo nei confronti dei soggetti che hanno partecipato direttamente alla controversia: gli effetti del giudicato sono cioè *inter-partes* e un'eventuale applicazione futura della stessa decisione dipende esclusivamente dal grado di efficacia delle regole del precedente giudiziale. Denomino questo tipo di sentenze "decisioni con effetti ristretti".

Il secondo tipo, che invece rappresenta l'eccezione alla regola, è dato da sentenze che denomino "decisioni con effetti amplificati". Si tratta di sentenze in cui il giudice, anche in ragione dei rimedi adottati, decide di estendere gli effetti della propria decisione a soggetti che non hanno partecipato al processo. Ciò senza la mediazione, almeno non esplicitamente, dei tradizionali strumenti offerti dalle azioni collettive, quale che sia la loro denominazione.

Nel delineare la distinzione proposta ho in mente, in ogni caso, decisioni

adottate nel contesto dell'azione di *tutela* prevista dall'ordinamento giuridico colombiano, ossia, almeno sulla carta, un tipo di azione processuale configurata come un rimedio nei confronti della violazione di diritti fondamentali con effetti solo *inter-partes*.

Inoltre, non sto pensando a casi facili in cui la soluzione adottata dal giudice è libera da disaccordi interpretativi e il rimedio adottato nel giudizio di *tutela* si riduce a imporre un'obbligazione disciplinata con relativa chiarezza dall'ordinamento. Sto pensando, piuttosto, a casi difficili, ossia a decisioni che sono il prodotto di ragionamenti giudiziari che, in un modo o in un altro, richiedono un atto creativo del giudice che si occupa di colmare lacune "fittizie" o "vere" mediante la formulazione di norme inespresse.

Decisioni in cui il giudice costituzionale dà vita a una serie di rimedi (norme) che vengono imposti a carico del soggetto che lo stesso giudice ha identificato come titolare del dovere correlativo al diritto fondamentale che è stato violato.

Detto questo, e per tornare alla distinzione tra sentenze con effetti ristretti e sentenze con effetti amplificati, c'è da notare che tipicamente a ciascun tipo di sentenze corrisponde un certo tipo di rimedio. Nel primo caso, ossia nel caso delle sentenze con effetti ristretti, i rimedi possono essere catalogati come rimedi semplici, però forti. Si tratta cioè di rimedi che non sono complessi (né per il loro contenuto, né per il numero di soggetti coinvolti), ma sono radicali, nonché frutto della creazione esclusiva del giudice⁴.

Tuttavia, questo tipo di rimedi sono costruiti, nonostante la loro radicalità, sulla base di una riduzione solo apparente della complessità che caratterizza la violazione di diritti sociali. Infatti, nei casi difficili, a cui, come detto, si riferiscono le decisioni di cui mi occupo, la violazione di diritti sociali è generalmente connessa con l'assenza di politiche pubbliche idonee a garantirli. In questo senso, la violazione di diritti sociali in casi difficili è, quasi per regola generale, pluri-soggettiva, ossia colpisce non un individuo singolo (colui o colei che richiede *tutela*) ma un gruppo di soggetti.

Inoltre, è difficile immaginare che una pluri-violazione di diritti sociali

⁴ Mi riferisco, ad esempio, al caso in cui il giudice ha imposto a una banca l'obbligo di rinegoziare un mutuo ipotecario a favore di un soggetto in mora malato di AIDS o, ancora, al caso in cui una certa impresa erogatrice del servizio pubblico di acqua è stata obbligata a ripristinare il servizio a favore di soggetti con disabilità nonostante la loro messa in mora. Su questo tipo di decisioni, v. ad esempio, P. MORENO-CRUZ, *FREEDOM of contract and constitutional values. Some exceptional cases from The Colombian Constitutional Court*, in P. G. MONATERI (ed.), *Comparative Contract Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2017, pp. 216-241 o; ID., *Libertà contrattuale e azione di amparo in Colombia. Il caso dell'inapplicabilità delle clausole contrattuali*, in M. GRONDONA (ED.), *Libertà, persona, impresa, territorio*, Aracne, Roma, 2016, pp. 51-68.

richieda soluzioni inquadrabili in rimedi semplici, benché forti. Non dimentichiamo che stiamo facendo riferimento a contesti sociali caratterizzati da un'accentuata disuguaglianza, frutto di fratture traumatiche del territorio e di deliberati dispositivi di oppressione, nonché di consolidati meccanismi di esclusione dall'ambito di politiche pubbliche efficaci.

In questo modo, le decisioni con effetti *inter-partes* che risolvono un caso concreto possono risultare problematiche. Questo perché creano diritto con vocazione (per dirlo con Monateri) iperbolica⁵, però ignorano la complessità della violazione – ossia la sua dimensione plurisoggettiva e il suo carattere endemico e strutturale –.

3. *La complessità presa sul serio: decisioni con effetti amplificati*

È in questo scenario che si apre spazio, nell'ambito della giurisprudenza della Corte, a decisioni con effetti amplificati (tra questo tipo di decisioni, costituiscono il caso più chiaro le c.d. sentenze strutturali⁶, denominabile come decisioni con effetti *stricto sensu* amplificati). Si tratta fondamentalmente di decisioni che cercano di rimediare alla riduzione, solo apparente, di complessità che deriva da decisioni con effetti ristretti: in altri termini, si tratta di decisioni che, nell'ambito di casi difficili, si confrontano con il problema della pluri-soggettività delle violazioni e della loro origine strutturale ed endemica.

Decisioni – alcune delle quali fondate sulla dichiarazione di uno “Stato di cose incostituzionale” (*Estado de Cosas Inconstitucional*, ECI), ossia, una

⁵ P. G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma, 2013, pp. 102 ss., descrive il consolidamento di questa pretesa come un atto “iperbolico sovrano”, come un atto di esagerazione (nel senso di un ingrandimento) volto a promuovere una specie di perfezione politica mediante la cattura (per mezzo della scrittura) del diritto e della sua eccedenza (il residuo) in un unico corpo.

⁶ Credo che la definizione usata da C. RODRÍGUEZ-GARAVITO; D. RODRÍGUEZ-FRANCO, *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socio economic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, New York, 2015, p. 6, sia esauriente ai fini di questo scritto: «*Borrowing from the literature on structural remedies in U.S. public interest litigation, we define structural cases as those that (1) affect a large number of people who allege a violation of their rights, either directly or through organizations that litigate the cause; (2) implicate multiple government agencies found to be responsible for pervasive public policy failures that contribute to such rights violations; and (3) involve structural various government agencies to take coordinated actions to protect the entire affected population and not just the specific complainants in the case.*».

dichiarazione che funge da dispositivo di identificazione dell'omogeneità di una massiccia, persistente e sistematica violazione di diritti fondamentali – che permette alla Corte di ampliare, mediante la formulazione di norme inesprese, l'ambito della propria competenza in (almeno) due direzioni specifiche.

In primo luogo, non solo nel caso conclamato delle sentenze strutturali, il potere di formulare rimedi, non semplici, bensì complessi, che fondamentalmente definiscono, con differenti gradi di specificità, una serie di politiche pubbliche considerate idonee a sovvertire l'endemica e strutturale situazione di esclusione e/o oppressione che dà luogo e consolida la pluri-soggettiva violazione oggetto della decisione.

In secondo luogo, non solo nel caso delle sentenze strutturali, il potere di estendere gli effetti della decisione di *tutela* a una classe di soggetti più ampia, senza che tali soggetti abbiano partecipato al processo. In altri termini, si tratta del potere della Corte di modulare gli effetti della decisione mediante la dichiarazione degli effetti c.d. *inter communis*.

La prima forma di ampliamento della propria competenza, ossia l'auto-legittimazione ad adottare decisioni mediante rimedi complessi, non sarà oggetto privilegiato di analisi in questa sede. Tuttavia, preciso che si tratta di un potere che è stato destinatario di critiche, non solo in ragione dell'inefficacia imputata alle decisioni rese nell'esercizio di tale competenza, ma anche a motivo della tensione tra attivismo giudiziale, da un lato, e il principio di separazione dei poteri, il principio democratico e la sicurezza giuridica, dall'altro. Critiche a cui, comunque (e, per esempio) in Colombia, alcuni autori hanno replicato mediante argomenti favorevoli alle sentenze strutturali.

In particolare, Rodríguez-Garavito e Rodríguez-Franco⁷, a partire (anche) da un'analisi empirica, hanno elaborato un modello teorico-normativo che, a loro dire, consentirebbe di legittimare l'esercizio di questa competenza da parte del giudice costituzionale, aumentando l'efficacia di questo tipo di decisioni – sempre che l'analisi empirica sull'efficacia non si limiti alla constatazione degli effetti diretti e materiali dei provvedimenti, ma si estenda anche a verificare gli effetti indiretti e simbolici della decisione⁸.

Si tratta di un modello teorico-normativo che, muovendosi nella corni-

⁷ *Ibidem, passim*.

⁸ Questa distinzione tra effetti è caratterizzata a partire da una distinzione tra l'approccio neorealista e l'approccio strutturalista. Aderendo alle premesse descrittive del secondo approccio, gli autori adottano una prospettiva ampia sulla constatazione dell'efficacia delle sentenze strutturali – i.e. si prendono in considerazione non solo gli effetti diretti e materiali, ma anche gli effetti simbolici e indiretti *Ibidem*–, *Ibidem, passim*.

ce del c.d. attivismo giudiziale dialogico⁹, suggerisce tre requisiti normativi necessari: i) che il sistema assuma una nozione forte di giustiziabilità dei diritti sociali; ii) che i rimedi siano, non forti, bensì moderati, ossia non indichino la politica pubblica che dev'essere implementata, ma si limitino a delineare linee guida rivolte alle istituzioni incaricate di prescriberle e implementarle in maniera coordinata; iii) e che, come unica eccezione alla moderazione dei rimedi, si preveda un rimedio forte durante tutta la fase di implementazione della decisione: la Corte (o altra istituzione ad hoc) rimane cioè competente a monitorare sull'adempimento della decisione e (eventualmente) a indicare modifiche e specificazioni che, nell'ambito dei limiti fissati dalla stessa decisione, risultino opportune in considerazione delle necessità emerse nel processo di deliberazione.

Si tratta dunque di un modello che, tra le possibili opzioni di sentenze con effetti amplificati (a iniziare da quelle con pretese del tutto eroiche) sembra più adeguato per superare le critiche contro l'attivismo giudiziale in un contesto dove il giudice è inevitabilmente chiamato a coprire uno spazio che gli altri poteri non riescono a occupare. Un modello che, tuttavia, forse non presta sufficiente attenzione a un aspetto rilevante: un tassello mancante nel modello che può essere catturato solo se non si perde di vista che, al di là della funzione quasi-legislativa assolta dalla Corte con le sue decisioni con effetti amplificati, le decisioni di questo tipo (anche se strutturali) sono comunque il prodotto di un processo giudiziale.

In effetti, si tratta d'un modello che, credo, dovrebbe prendere in considerazione una variabile addizionale: le conseguenze – sul piano della garanzia del diritto al *due process*– della estensione degli effetti del giudicato nei confronti di un gruppo considerato (dal giudice) come omogeneo.

In altri termini, un modello rivolto a costruire la struttura normativa idonea ad assicurare l'efficacia di decisioni con effetti amplificati, deve occuparsi, sì di legittimare il potere del giudice nella formulazione di rimedi complessi, ma anche, nell'ambito della garanzia del giusto processo, deve occuparsi, nella cornice della complessità processuale, e prima dell'adozione della decisione, di legittimare, nella misura del possibile, la costruzione del gruppo destinatario della decisione, con tutte le difficoltà che questo comporta, anche sul piano probatorio.

⁹ Un attivismo giudiziale che non impone in modo dettagliato i rimedi volti all'attuazione di politiche pubbliche, ma incentiva la cooperazione tra poteri pubblici, favorendo anche i processi di deliberazione democratica. Un attivismo che, se si vuole, non si costruisce sulla base di un giudice che, con pretese iperboliche, pretende di catturare in un testo scritto, in forma definitiva, la soluzione a un problema strutturale sulla redistribuzione della ricchezza, bensì una sorta di giudice che decide, sì iperbolicamente, ma per poi delegare.

Di qui la rilevanza di prendere sul serio la stretta relazione esistente tra complessità dei rimedi e pluri-soggettività delle violazioni.

4. *Una norma non espressa: ampliamento della competenza per estendere gli effetti del giudicato*

Quanto alla riformulazione della competenza del giudice costituzionale nei termini del potere di estendere gli effetti del giudicato a soggetti non presenti nel processo di *tutela*, gli usi mostrano che la stessa opera non solo in casi in cui si dichiara un ECI. In altri termini, mentre l'adozione di decisioni che dichiarano un ECI richiede necessariamente l'ampliamento degli effetti della decisione a soggetti assenti, l'estensione degli effetti del giudicato a soggetti assenti, secondo quanto avviene nella pratica, solo contingentemente richiede (suppone) l'adozione di rimedi complessi nella decisione.

In questo modo, non tutte le decisioni che estendono gli effetti della decisione a soggetti non presenti nel processo risolvono casi (almeno secondo il giudice) caratterizzati da un'endemica e strutturale violazione dei diritti sociali fondamentali. Così, e tornando alla distinzione tra decisioni con effetti ristretti e decisioni con effetti amplificati, non tutte le decisioni dove si estendono gli effetti del giudicato possono essere catalogati (guardando agli usi) come sentenze con effetti *stricto sensu* amplificati.

Più in là di questa specificità, è certo che in entrambi i casi (ossia a prescindere dalla mediazione di una dichiarazione di ECI) opera una riformulazione della competenza del giudice costituzionale in questo senso: il giudice costituzionale crea una norma non espressa che conferisce una competenza (un potere) per estendere gli effetti del giudicato a un gruppo di soggetti che, benché non abbiano preso parte a un processo, si trovano esposti, secondo il giudice, a una omogenea (anche solo potenziale, però imminente) violazione del diritto fondamentale oggetto della controversia¹⁰.

¹⁰ Quest'affermazione ricorre in quasi tutti i provvedimenti che hanno adottato l'estensione degli effetti *inter cummunis* in decisioni di *amparo* in Colombia. Per esempio, per citarne uno, Corte Costituzionale, T-025 de 2015: «*Por regla general, los efectos de las providencias que profiere la Corte Constitucional en su labor de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela son inter partes, es decir, que solo afectan situaciones particulares de quienes intervienen en el proceso de revisión. Sin embargo, en los términos definidos por la jurisprudencia de esta Corporación, la Corte, con estricto apego a la Constitución, también puede determinar o modular los efectos de sus fallos, decidiendo en un caso concreto cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales fundamentales y garantiza su plena eficacia. Haciendo uso de esa potestad, esta Corte ha proferido numerosas sentencias de tutela a las que*

La creazione giurisprudenziale della norma non espressa che amplia la competenza della Corte per estendere gli effetti della decisione a soggetti assenti si realizza mediante un ragionamento ricorrente della Corte. Ragionamento che può essere brevemente sintetizzato in questi termini.

In primo luogo, la Corte considera, sulla base dell'interpretazione di differenti enunciati interpretativi sui diritti fondamentali, a partire da varie tesi dogmatiche e dalle proprie concezioni di giustizia e ideologie sulle fonti di diritto, che le norme espresse che prescrivono, in buona sostanza¹¹, che *la Corte, in sede di revisione dell'azione di tutela, è competente a pronunciarsi solo sul caso concreto (ossia che la Corte può decidere solo con effetti inter partes)*, hanno un ambito di applicazione troppo ampio e indifferenziato.

In altri termini, il giudice considera che la norma esistente è insoddisfacente e, per questo motivo, mediante la tecnica della dissociazione, interpreta restrittivamente gli enunciati normativi in questione in modo che, per dirlo con Pierluigi Chiassoni¹², il caso concreto non possa essere sussunto nelle fattispecie previste negli enunciati condizionali delle norme considerate come sub-ottimali.

Si noti che, in questo modo, la Corte sta creando una lacuna normativa o, meglio, per essere più precisi, una lacuna (non in senso proprio ma) "ideologica" o "assiologica"¹³: in effetti, benché il caso concreto sia regolato alla luce di un'interpretazione letterale degli enunciati normativi che prescrivono, in buona sostanza, che *la Corte, in sede di revisione¹⁴ dell'azione di tutela, è competente a pronunciarsi solo sul caso concreto [...]*, la Corte considera, invece, che è ingiusto che sia così, ritenendo che nel sistema manchi una norma che (almeno) escluda dalla classe prevista da questi enunciati certi casi di revisione di sentenze di *tutela* da parte della Corte, così da evitare la

ha dotado de efectos que tienen un alcance mucho mayor al meramente inter partes, cuando advierte en un determinado asunto que amparar exclusivamente los derechos invocados por quien promueve la acción, sin considerar los efectos que tal decisión tendría respecto de quienes en circunstancias comunes no acudieron a dicho mecanismo, podría implicar el desconocimiento de otras garantías fundamentales. A estos efectos se les ha denominado inter comunis».

¹¹ Sono vari gli enunciati normativi del decreto 2591 del 1991 (che disciplina, assieme ad altri, l'azione di *tutela* in Colombia, alla luce di quanto prescritto nell'art. 86 della Costituzione del 1991), dalla cui interpretazione letterale si potrebbe ottenere questa norma espressa; tuttavia, a fini esplicativi, le accomuno nell'enunciato formulato nel testo.

¹² P. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 250.

¹³ Sulle lacune assiologiche v. R. GUASTINI, *INTERPRETARE e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, 134-137; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 208-228.

¹⁴ La Corte è competente a rivedere (*revisar*), quando lo considera opportuno, qualsiasi sentenza di tutela che sia stata pronunciata in prima o seconda istanza da qualunque tipo di giudice colombiano.

conseguenza ivi prevista.

Il passo successivo nel ragionamento del giudice è colmare questa lacuna assiologica mediante la produzione di una norma inespressa e ottimale per risolvere il caso concreto. E lo fa mediante la deroga (inapplicazione)¹⁵ delle norme sub-ottimali, ossia mediante l'identificazione *ex post* di eccezioni o condizioni negative dell'applicabilità delle conseguenze da queste previste – *obbligatorio decidere inter partes* – benché si verifichino le condizioni positive di applicabilità – *per ogni revisione di sentenza di tutela da parte della Corte* –.

In questo modo la Corte, sulla base di diversi argomenti – soprattutto sulla base del richiamo ai principi di eguaglianza sostanziale, sicurezza giuridica e accesso effettivo alla giustizia – ottiene una norma considerata ottimale e che potrebbe essere formulata nei seguenti termini: *la Corte, in sede di revisione di sentenze di tutela, ha la competenza di decidere solo con effetti inter partes; però, eccezionalmente, quando da questa limitazione derivi una violazione di diritti fondamentali di soggetti che non hanno partecipato al processo di tutela, la Corte ha la competenza ad estendere gli effetti della decisione a soggetti assenti*.

Infine, a partire da questa norma implicita¹⁶, la Corte, mediante ulteriori esercizi argomentativi, procede a sedimentare il suo contenuto in differenti decisioni, aprendo così spazio a diverse tecniche di estensione degli effetti della decisione di *tutela* a soggetti assenti.

5. *Effetti inter communis: azione di tutela collettiva e obbligatoria*

Nell'ambito delle diverse forme o tecniche di modulazione degli effetti delle decisioni di *tutela* (in relazione al criterio dell'estensione soggettiva del giudicato), la dichiarazione degli effetti c.d. *inter communis* da parte della Corte ha una particolare rilevanza. Si tratta, come dicevo, di una tecnica processuale mediante la quale la Corte, considerando che, nel caso concreto, l'applicazione degli effetti *inter partes* comporterebbero la violazione di diritti fondamentali di un gruppo assente nel processo¹⁷, decide di estendere gli

¹⁵ Sto facendo riferimento al fenomeno della defettibilità. Per differenti analisi sull'argomento v. ad esempio, J. FERRER; G. B., RATTI (Eds.). *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹⁶ Sulle norme non espresse v. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 427-438.

¹⁷ In considerazione degli usi della Corte, si enfatizza, soprattutto il rischio di una violazione del diritto all'eguaglianza sostanziale. Tra le molte decisioni, v. per esempio:

effetti della decisione a un gruppo che, secondo il giudice, si trova esposto a un'omogenea violazione dei propri diritti fondamentali.

Si tratta, dunque, d'una tecnica processuale che fondamentalmente trasforma un'azione processuale individuale in un'azione collettiva: un'azione collettiva di creazione giurisprudenziale che, inoltre, dispone una serie di rimedi obbligatori (favorevoli) per i destinatari assenti nel processo. Ossia, a dirla tutta, trasforma l'azione di *tutela* in un'azione collettiva e obbligatoria.

In effetti, mediante la dichiarazione di effetti *inter communis*, il giudice costituzionale restringe in maniera radicale la portata del diritto d'azione e del diritto al governo del processo, almeno se intendiamo questi diritti nell'accezione tradizionale, ai soggetti assenti destinatari della decisione. E opera in questo modo proprio sul presupposto di un'irrinunciabile, o considerata tale dal giudice, necessità che deriva dal riconoscimento del carattere di omogeneità ai diritti oggetto di controversia.

Però, in termini più precisi, che cosa s'intende per omogeneità nel caso delle decisioni con effetti *inter communis*?

In primo luogo, la proprietà dell'omogeneità è contingente e si configura, in ultima istanza, come conseguenza della decisione del giudice di ascrivere tale proprietà a un gruppo di diritti soggettivi.

In secondo luogo, la proprietà dell'omogeneità non si predica, in senso stretto, in relazione al diritto fondamentale oggetto di violazione o imminente violazione, bensì del diritto soggettivo che si configura come conseguenza della violazione o imminente violazione del primo. In altri termini, l'inadempimento dei doveri correlativi ai diritti fondamentali del *tutelante* e l'inadempimento dei doveri correlativi ai diritti fondamentali dei soggetti assenti a cui si estenderanno gli effetti della decisione configurano, in capo a ogni soggetto, diritti individuali funzionali alla giustiziabilità dei diritti fondamentali vulnerati, i cui nuclei sono (almeno) una *pretesa* di imporre, in capo alla parte passiva della controversia, un'obbligazione di fare o non fare.

È di questi diritti soggettivi funzionali alla garanzia dei diritti fondamentali oggetto di violazione o imminente violazione (d'ora in poi: diritto soggettivo funzionale) di cui si predica la proprietà dell'omogeneità¹⁸.

Corte costituzionale colombiana, T-622 de 2016: «*En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del demandante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado*».

¹⁸ È evidente il riferimento all'analisi logico-concettuale di W. N. HOHFELD, *Fundamental*

In termini più specifici, un diritto soggettivo funzionale è considerato dal giudice come omogeneo rispetto a un altro diritto soggettivo funzionale in quanto considera (invero, prevede) che i rispettivi inadempimenti ai doveri correlativi ai diritti fondamentali del *tutelante* e ai diritti fondamentali dei destinatari assenti della decisione si verificarono o imminente si verificherebbero in circostanze di fatto che non sono distinguibili.

La proprietà dell'omogeneità ascritta a questo tipo di diritti soggettivi implica, quindi, in prima battuta che, nel modo di ragionare operante nel caso della giustificazione dell'uso di un precedente giudiziale, il giudice prevede che nella giustificazione interna della sua decisione¹⁹ impiegherebbe le stesse norme nella configurazione del (o della catena di inferenze che conduce al) sillogismo decisionale e che, pertanto, sussumerebbe, senza distinzioni né eccezioni, i fatti del caso (per intenderci, i fatti di ogni caso che coinvolge ciascun membro del gruppo) nelle fattispecie previste dalle norme che impiegherebbe nella decisione di *tutela* oggetto della estensione dei suoi effetti.

Evidentemente, questo discorso tralascia però di considerare un aspetto quantomeno problematico: l'ascrizione della proprietà dell'omogeneità risulta poco più di un'ipotesi costruita sulla base di una semplificazione di differenze (tra soggetti e tra fatti) che risponde a precise scelte normative. Un aspetto che nel caso della dichiarazione di effetti *inter communis* risulta ancor più problematica considerando che il gruppo è definito solo al momento di proferire la decisione di *tutela* e non, come normalmente succede nelle azioni rappresentative, durante il processo.

Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale University Press, New Haven, 1923 e agli sviluppi successivi di tale analisi, come la distinzione tra macro-diritti e micro-diritti soggettivi (C. WELLMAN, *Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997 pp. 3-16, 74-84) e la distinzione tra diritto soggettivo principale e diritto soggettivo funzionale alla tutela del diritto soggettivo principale (v. R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 46).

¹⁹ Sulla giustificazione interna della decisione giudiziale, v. originariamente, J. WRÓBLEWSKI, *Legal Decision and Its Justification*, in *Études de Logique juridique*, C. PERELMAN (DIR.), Bruylant, Bruxelles, 1969.

6. *Il lato oscuro dell'azione di tutela con effetti inter communis*

Proprio in considerazione dell'instabilità del giudizio relativo all'omogeneità, per poter caratterizzare gli effetti *inter communis* (e, in generale, qualsiasi atto processuale di estensione degli effetti del giudicato dei giudizi di *amparo*) come un meccanismo capace di contrastare le situazioni di violazione pluri-soggettiva dei diritti fondamentali, non sembra sufficiente la adozione di un modello giustificativo basato sul dialogo tra i giudici e gli altri poteri pubblici. In effetti, proprio dalla limitazione del diritto di azione dei membri assenti sorgono alcune difficoltà che non possono essere ignorate, soprattutto perché anche da queste dipendono i problemi di efficacia delle decisioni con effetti amplificati.

A differenza di quanto si verifica nelle azioni collettive tradizionali - si pensi, ad esempio, al caso della *class action* federale statunitense, ma anche all'azione di gruppo colombiana - nel caso dell'azione di *tutela* collettiva e obbligatoria, la definizione del gruppo destinatario della decisione (che mai è definitiva) non si verifica fino al momento della produzione della sentenza.

In che modo, quindi, i soggetti presenti nel processo possono agire come rappresentanti del gruppo assente se non ne conoscono le caratteristiche specifiche? Come potrebbe essere identificato un conflitto di interessi tra il rappresentante del gruppo e/o l'avvocato e i componenti assenti? E, tra le molte altre domande da porsi, come può essere garantito, in termini generali, il diritto al *due process* dei destinatari assenti nella decisione se il giudice ancora non ha chiaro se l'azione effettivamente sarà collettiva e chi saranno i soggetti destinatari dei rimedi adottati nella decisione?

In effetti, l'agire processuale del rappresentante virtuale di un gruppo (un gruppo che, invero, ancora non esiste nel mondo del processo) sicuramente è sminuito dall'impossibilità di generare la forza dissuasiva e il riequilibrio di poteri nei confronti della controparte - effetti che deriverebbero dall'effettivo raggruppamento dei vari soggetti coinvolti -; inoltre, risulta compromesso il ruolo che, alla luce della normativa sulla garanzia del giusto processo, il rappresentante virtuale (così come il giudice costituzionale) dovrebbe tenere in difesa del diritto all'adeguata rappresentanza dei soggetti assenti.

E non mi riferisco solo alla possibilità che i soggetti assenti, se lo desiderano, intervengano nel processo: tale potere di partecipazione certamente non risulta del tutto soddisfatto dall'intervento, a volte poco istituzionalizzato, di soggetti che, in qualità di *Private Attorney General*, agiscono in difesa degli interessi in gioco. Mi riferisco anche ai comportamenti concreti che compensano l'assenza del soggetto destinatario della decisione: mate-

rializzazione del diritto all'adeguata rappresentanza che non solo si limita al controllo sull'idoneità del rappresentante e ad evitare i conflitti di interesse, ma si manifesta anche nelle differenti tappe del processo, compresa, ovviamente, l'eventuale pratica delle prove dirette ad accertare, non solo la violazione, o imminente violazione, dei diritti fondamentali in gioco, ma anche, in prima battuta, l'omogeneità tra le posizioni normative di vantaggio.

6.1. *L'instabilità delle decisioni di tutela nel caso di una violazione plurisoggettiva di diritti fondamentali*

La struttura processuale degli effetti *inter communis*, come conseguenza delle difficoltà appena enunciate, genera una difficoltà ulteriore dagli esiti controproducenti: nella cornice dell'eventuale mancanza di tutela dei membri assenti – dovuta, tanto alla mancata definizione durante il processo del gruppo destinatario degli effetti della decisione, quanto alla conseguente impossibilità di garantire adeguatamente i diritti processuali fondamentali dei membri del gruppo – è certo che questa struttura, che parrebbe soffocare definitivamente alcune opportunità processuali, mostra la propria debolezza in quanto destinata (molto probabilmente) a frantumarsi in momenti successivi alla decisione.

In effetti, anche a causa dell'eventuale inefficacia, parziale o totale della decisione, soprattutto, ma non solo, nei casi di decisioni con effetti amplificati, si attivano nuove controversie che, fondamentalemente, anche sotto forma di una *collateral attack*, trasferiscono, a un momento successivo alla decisione, il dibattito sull'esigibilità dell'attuazione dei rimedi (non solo) complessi, sull'ascrizione del carattere di omogeneità tra i diritti funzionali e (eventualmente) sull'adeguata rappresentanza degli interessi dei membri assenti.

Un'eventualità che, a sua volta, si accompagna alla necessità di riaprire il dibattito processuale, combinando rivendicazioni sia sulla qualità di essere (o no) ricettore degli effetti della *res iudicata*²⁰, sia sulla portata della regola del precedente giudiziale della sentenza oggetto dell'estensione dei suoi effetti²¹. In quest'ultimo caso, al dibattito sull'omogeneità tra i diversi

²⁰ «Así las cosas, si una persona considera que, a pesar de no ser parte formal dentro de una acción de tutela que culminó con una sentencia proferida por la Corte Constitucional, pero que sobre ella recaen sus efectos, puede solicitar su cumplimiento o tramitar un incidente de desacato ante el juez de primera instancia que conoció de la acción que se revisó por esta Corporación»: Corte costituzionale colombiana, A.158 de 2017.

²¹ «En esta hipótesis, las personas que se encuentran en la misma situación que los peticionarios

diritti soggettivi funzionali alla tutela dei diritti fondamentali oggetto di entrambe le controversie, si sommano, eventualmente, le riflessioni proprie delle tecniche di distinzione (interpretazione restrittiva) o di armonizzazione (interpretazione estensiva) del precedente giudiziale.

Questa situazione eventuale e paradossale – in cui gli effetti *inter communis* finiscono per materializzare i rischi che normativamente dovrebbero evitare – può essere, in alcuni casi, conseguenza di un'atomizzazione dell'unità soggettiva che si è costruita sulla base dell'ascrizione della proprietà di omogeneità; ascrizione che opera come cerniera tra una pluralità di soggetti le cui specificità, tuttavia, sono sempre capaci di minare un ragionamento che si è consolidato in loro assenza.

Questo però non dovrebbe sorprenderci: in relazione all'ascrizione della proprietà dell'omogeneità, sempre possono essere identificate ragioni sufficienti per distinguere i casi. L'omogeneità è una questione di grado ed è anche il risultato di una scelta di politica del diritto da parte del giudice che, per ragioni normative, considera opportuno o inevitabilmente necessario non distinguere tra quello che (pur non sempre forzosamente) sempre è distinguibile.

E a questo scenario – dato dalla ricaduta in un nuovo momento di etero-litigiosità che riapre questioni “già discusse” – si somma un'ulteriore difficoltà che si manifesta all'interno dello stesso processo di *tutela* oggetto degli effetti *inter communis*, precisamente nella fase di esecuzione o attuazione della decisione.

6.2. *Il test dell'intersezionalità ovvero la precarietà del giudizio sulla omogeneità*

In concreto, soprattutto nel caso delle decisioni con effetti *stricto sensu* amplificati, anche a causa delle ampie dimensioni del gruppo destinatario degli effetti del giudicato, inizialmente le diverse caratteristiche specifiche dei soggetti assenti necessariamente si diluiscono in una massa, più o meno indistinta, i cui interessi risultano regolati mediante rimedi abbastanza generali e astratti. Tuttavia, tali caratteristiche riappaiono quando durante le fasi

en un proceso en el que el amparo fue concedido con efectos inter comunis, pueden optar por impulsar la garantía de sus derechos ante el juez encargado de asegurar el cumplimiento de la sentencia, o, acudir a una nueva acción de tutela. En ambos eventos la autoridad judicial debe contrastar la situación del solicitante con los supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia que dictó los efectos comunes y, en caso de encontrar acreditada la identidad entre un caso y otro, dar aplicación a las medidas de protección ordenadas en dicha decisión»: Corte costituzionale colombiana, T-272 de 2014.

di monitoraggio (se previste) si iniziano a ristrutturare i rimedi complessi, anche in relazione al risultato del “dialogo” tra i destinatari (attivi e passivi della decisione): dialogo che, tra le altre cose, entra a sanare, però solo in parte, l’assenza dello stesso nei momenti anteriori alla definizione del gruppo dei membri assenti.

Durante questo processo di (eventuale) riformulazione dei rimedi inizia una fase di ridefinizione e specificazione del gruppo destinatario dei rimedi. Ebbene, questo fenomeno potrebbe essere letto, da un punto di vista tecnico, come il processo di identificazione delle *subclasses* o sottogruppi²² all’interno del gruppo destinatario degli effetti del giudicato.

Si tratta di un effetto che entra a sdoppiare la “cartografia” costruita durante la fase precedente all’esecuzione della decisione. Questo è il risultato, sicuramente, di una specie di de-costruzione del soggetto collettivo in corrispondenza di un fatto innegabile: le persone – pensando, per esempio, agli sfollati, oggetto di pronuncia nella famosa sentenza strutturale T-025 del 2004²³ – sono collocate, sono ascritte e, al tempo stesso, si auto-ascrivono, non a una sola categoria, ma a un incrocio, a un’intersezione di più categorie o gruppi di appartenenza.

Non solo. Questo dato di fatto, facilmente riscontrabile sul piano empirico, noto come fenomeno dell’intersezionalità – introdotto nel dibattito dalla massima esponente del femminismo nero Kimberlé Crenshaw²⁴ – non esclude, ma al contrario contribuisce a generare, due fenomeni ben precisi. In virtù del primo fenomeno, le pretese avanzate dal gruppo di soggetti che popolano una intersezione tra categorie variano rispetto alle pretese dei gruppi di persone che, popolandolo una stessa categoria preponderante, non condividono le altre categorie della intersezione. Il secondo fenomeno segue al precedente: mi riferisco agli inevitabili conflitti che possono crearsi tra le

²² Proprio in relazione alla garanzia del diritto all’adeguata rappresentazione dei membri assenti del gruppo, le *subclasses* sono previste durante il rispettivo processo, per esempio, nella *class action* federale statunitense: R23(c)(5): «*Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule*».

²³ Corte costituzionale colombiana, T-025 de 2004.

²⁴ Cfr., per la prima volta, K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago legal forum*, 1989, pp. 139-167. Cfr. Anche EAD., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 43, 1991, pp. 1241-1299 e EAD., *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Anti-racist Politics*, in H. LUTZ; M.T. HERRERA VIVAR; L. SUPIK (eds.), *Framing Intersectionality. Debates on a Multi-faceted Concept in Gender Studies*, Ashgate, Burlington, 2011, pp. 25-42 e anche il *Postscript*, pp. 221-233.

pretese rivendicate dai gruppi che popolano diverse intersezioni.

Sottovalutare il fenomeno dell'intersezionalità (assieme al suo potenziale epistemologico) è senza dubbio controproducente. Detto brevemente, e prestando qui attenzione solo alle conseguenze di tale fenomeno sul piano dell'ascrizione della proprietà dell'omogeneità a un gruppo di soggetti nel contesto della qui denominata "azione di *tutela* collettiva obbligatoria", c'è da notare che la pluri-appartenenza a differenti categorie implica la necessaria considerazione delle intersezioni tra le diverse categorie, senza credere che la situazione specifica del soggetto possa essere catturata semplicemente mediante la somma aritmetica delle sue differenti appartenenze. La pretesa di caratterizzazione del gruppo è possibile, piuttosto, nella *complicata* e *concorrente* analisi delle multiple dimensioni che si configurano come conseguenza della concomitante appartenenza delle componenti del gruppo ad altre categorie²⁵.

Di fatto, l'analisi intersezionale, proprio concentrandosi sugli incroci tra categorie, mira anche a catturare l'inevitabile dinamismo, mutabilità, non-staticità, dei gruppi. Inoltre, si tratta di una prospettiva idonea a cogliere quelle mancanze che sono oscurate dai gruppi (anche, se a loro volta minoranze) egemonici.

In questo modo, se per esempio nel caso dei soggetti sfollati, si tende a costruire l'omogeneità solo prendendo in considerazione la condizione di sfollato e si ignorano altre categorie di appartenenza (genere, etnia, e così via), è ampio il rischio di costruire un gruppo con pretese falsamente omogenee. In effetti, la conseguenza di questo approccio non attento alla complessità può generare una specie di ri-vittimizzazione del soggetto destinatario di tutela in quanto, precisamente, oscura certe differenze, generando, nuovamente, questo processo di esclusione dalla cornice di riferimento delle politiche pubbliche idonee a sovvertire tale stato d'oppressione.

Per questo motivo, per dirlo con Nancy Fraser, l'analisi dei gruppi e delle ragioni che generano differenti tipi di ingiustizia (caratterizzata sempre da pluri-violazioni di diritti fondamentali), richiede, non solo una differenziazione del gruppo nei confronti di altri gruppi non rilevanti – ossia un'analisi "*inter-gruppale*" – ma deve estendersi sempre a un'analisi all'interno di ciascun gruppo (analisi intra-gruppale), ossia a un'analisi dei possibili effetti che derivano da qualsiasi rimedio a favore del gruppo, per determinare i suoi

²⁵ Per un'introduzione al dibattito sull'intersezionalità v. S. MARCHETTI, *Intersezionalità*, in C. BOTTI (ed.), *Le etiche della diversità culturale*, Le Lettere, Firenze, 2013, pp. 133 ss. e B. G., BELLO, *Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 15, 2015, pp. 141-172.

effetti sulle diverse componenti di esso²⁶.

Ovviare a quest'analisi, con specifico riferimento all'iscrizione della proprietà di omogeneità ai membri assenti del gruppo durante il processo di azione di *tutela* collettiva obbligatoria, produce un'esclusione (e dunque una ri-vittimizzazione) dei membri assenti del gruppo nella tappa del processo giudiziale rivolto precisamente a garantire la giustiziabilità dei suoi diritti. Si tratta, per dirlo in breve, alla luce della teoria tridimensionale della giustizia di Fraser, di un'ingiustizia (soprattutto) per mancanza di politiche di rappresentanza, in entrambi i suoi possibili livelli (ordinario e di cornice)²⁷: tale ingiustizia deriverebbe, insomma, (i) tanto dalla mancanza di norme giurisprudenziali che regolano la rappresentanza adeguata dei membri assenti nel processo (ii) quanto della impossibilità di cogliere le specificità dei propri membri con riguardo alle categorie che essi occupano; impossibilità che, a sua volta, scatena l'invisibilità di alcuni di loro al momento dell'adozione dei rispettivi rimedi nella cornice di una decisione con effetti amplificati.

Evidentemente, un'analisi di questo tipo è molto complessa e difficile da realizzare, però non del tutto impraticabile. Di fatto, e solo per fare un esempio, alcuni provvedimenti di monitoraggio, nella cornice dei rimedi complessi che sono derivati dalla sentenza strutturale sullo sfollamento forzato, mostrano come una prospettiva di questo tipo abbia trovato spazio. E lo ha trovato (e continua a trovarlo) proprio nel fatto che, durante la fase di

²⁶ «In such cases, the principle of participatory parity must be applied twice. It must be applied, first, at the intergroup level, to assess the effects of institutionalized patterns of cultural value on the relative standing of *minorities vis-à-vis majorities*. Then, it must be applied, second, at the intragroup level, to assess the internal effects of the minority practices for which recognition is being claimed»: N. FRASER, *Feminist politics in the age of recognition: A two-dimensional approach to gender justice*, in *Studies in Social Justice*, 1, 2007, p. 31.

²⁷ Secondo N. FRASER, *Reframing Justice in a Globalizing World* in *New Left Review*, 36, 2005, pp. 76-77, l'ingiustizia per la mancanza di rappresentanza opera su due livelli differenti. A un primo livello, si manifesta come «mancanza di rappresentazione ordinaria»: un'ingiustizia che si identifica nelle norme sulla presa di decisioni. Per ciò che qui interessa, questo tipo di ingiustizia si manifesterebbe come conseguenza delle norme (per ora solo di matrice giurisprudenziale) che regolano la rappresentanza dei membri assenti del gruppo all'interno del processo di azione di *tutela* collettiva obbligatoria (anche quando la rappresentanza opera attraverso una sorta di *Private Attorney General*); norme che, in base a certi orientamenti etico-normativi, possono essere lette come norme che «*wrongly deny some of the included the chance to participate fully, as a peers*». A un secondo livello, molto più complesso e molto più significativo, la ingiustizia per mancanza di cornice (*misframe*): «*that sort of misframing is a kind of 'political death'*» in quanto «*the injustice arises when the community's boundaries are drawn in such a way as to wrongly exclude some people from the chance to participate at all in its authorized contests over justice*. In such cases, misrepresentation takes a deeper form, which I shall call *misframing*»: N. FRASER, *Reframing Justice in a Globalizing World*, p. 77.

attuazione della decisione, le specificità dei membri del gruppo si sono rese manifeste (e continuano ad esserlo) e, conseguentemente, l'unità soggettiva – l'ascrizione della proprietà di omogeneità – inizia a mostrare i suoi limiti.

In concreto, in questo gruppo di provvedimenti di monitoraggio (ora con nuove conseguenze in altri scenari, anche legislativi) si adotta un c.d. approccio differenziale²⁸ che, richiamando l'attenzione sulle specificità del gruppo minoritario considerato omogeneo (vittime di sfollamento), svela omogeneità sospettose, sulla base della constatazione, innegabile, che lo sfollamento forzato non tocca sempre tutti i gruppi nella stessa maniera e con la stessa intensità²⁹.

In termini più precisi, da una prospettiva intersezionale, suscita sospetto – ancor di più, credo quando l'omogeneità è caratterizzata sulla base di un approccio etico-normativo comunitarista³⁰ – la costruzione di un gruppo del quale si predica l'omogeneità, quando tra i suoi componenti si trovano, indifferenziati, sotto gruppi che popolano le differenti intersezioni. Risulta quindi sospettoso, per intenderci, che in un gruppo del quale si predica l'omogeneità possano essere identificati, al contempo, sfollati-uomini-bianchi-imprenditori e donne-nere-sfollate. Sospettoso perché, soprattutto nello scenario della garanzia di giustiziabilità dei diritti sociali, in contesti socio-economici caratterizzati da un'endemica e strutturale esclusione e oppressio-

²⁸ Riguardo ai gruppi indigeni e agli altri gruppi etnici (approccio etnico) assieme alle donne (approccio di genere), ai bambini, alle persone con disabilità, e così via. Per esempio v. provvedimenti: 92 del 2008; 251 del 2008, 4 e 5 del 2009; 6 del 2009, 98 del 2013; 443 de 2015.

²⁹ Solo come esempio, in relazione ai gruppi più toccati dallo sfollamento forzato in Colombia, e prendendo in considerazione solo una delle intersezioni del gruppo "sfollati" (*desplazados*), con particolare riguardo al criterio dell'etnicità – i.e.: *indigena-sfollato e nero-sfollato*– questo risulta evidente. Si stima che il 14% della popolazione etnica colombiana sia stata vittima di *desplazamiento* forzato (Centro Nacional De Memoria Histórica, *Una nación des plaza da: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*, CNMH-UARIV, Bogotá, 2015, p. 37) e che il gruppo indigeni-sfollati, un gruppo che rappresenta più o meno il 10% della popolazione che si auto-riconosce come indigena, corrispondente al 17% della popolazione etnica vittima di sfollamento in Colombia e quindi a circa il 2% dei più di 6 milioni di *desplazados* finora registrati. Riguardo al gruppo neri-sfollati, il 15% della popolazione nera è stata vittima di sfollamento: percentuale che rappresenta l'80% della popolazione etnica vittima di *desplazamiento* e, quindi, quasi l'11% dei più dei 6 milioni di sfollati in Colombia (*Ibidem*, p. 39).

³⁰ Come pone bene in evidenza, tra le altre, I. M. YOUNG, *Justice and the Politic of Difference*, Princeton U.P., Princeton, 1990, il comunitarismo «esprime un desiderio di reciproca fusione tra i soggetti, che in pratica funziona in modo da escludere coloro con i quali il gruppo non si identifica: e nega e rimuove la differenza sociale, il fatto che l'ordinamento politico non può realisticamente essere pensato come un'unità in cui tutti i partecipanti condividano una comune esperienza e valori comuni».

ne, l'egemonia dei gruppi, anche se minoritari, hanno la forza di oscurare – al punto di escluderli dal dibattito pubblico – le minoranze all'interno di questi gruppi già minoritari³¹.

Un fenomeno, quello della distinzione all'interno dei gruppi, anche minoritari, che di nuovo si lega alle difficoltà che discendono dall'ascrizione della proprietà di omogeneità e che, da un punto di vista processuale è molto rilevante nell'ambito della (se si vuole) "compensazione" normativa che, sulla base della prospettiva della garanzia del diritto all'adeguata rappresentanza, dovrebbe derivare dal sacrificio del diritto di azione e del principio dispositivo come conseguenza della dichiarazione degli effetti *inter communis*. In effetti, la prospettiva differenziata all'interno dei gruppi è importante in quanto serve a identificare: (i) i conflitti di interesse tra chi agisce come rappresentante del gruppo e alcuni dei membri assenti che fanno (o faranno) parte di esso e (ii) le *subclasses* esistenti all'interno del gruppo.

Nell'ambito di processi complessi, vi è una tendenza inevitabile alla dissoluzione del soggetto, delle sue specificità, come contropartita per ottenere un effettivo accesso alla giustizia. E benché non vi sia dubbio che l'estensione degli effetti della decisione sotto forma degli effetti *inter communis* – che conduce alla "azione di tutela collettiva obbligatoria" – ha generato effetti favorevoli sul piano della giustiziabilità dei diritti fondamentali, altrettanto certo è che, nella sua struttura processuale, questa versione inedita di azione rappresentativa merita alcuni aggiustamenti nel corso del processo (e non solo in fase di esecuzione), principalmente in materia di ascrizione della proprietà di omogeneità e nella struttura processuale idonea a "compensare" – mediante politiche di rappresentanza di primo e secondo livello – il sacrificio del diritto di azione e del principio dispositivo da parte dei soggetti che, obbligatoriamente, risulteranno destinatari dei rimedi adottati nella rispettiva decisione con effetti amplificati.

Abstract

³¹ Dunque, un problema fondamentale di intersezioni: il possibile problema delle "minoranze nelle minoranze", secondo la locuzione già usata in A. EISENBERG; J. SPINNER-HALEV (ed.). *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

*Through a distinction between decisions with restricted effects and decisions with amplified effects, the author analyzes the decisions of the Colombian Constitutional Court on fundamental rights that extend the effects of *giudicato* to subjects who were not part of the procedure. The goal is to develop a problematic aspect that has escaped the analysis of these types of decisions, that is to say, decisions that are faced with the problem of complex litigation deriving from massive and structural violations of fundamental rights. In fact, the author shows some problems that arise due to the instability and precariousness of the assertion of property homogeneity among the different rights of the subjects to whom the remedies are addressed.*

Alberto Vespaziani*

Jus Dicere in Terrae Brasilis: *Politica, Ermeneutica, Letteratura*

SOMMARIO: 1. Genealogia del controllo di costituzionalità in Brasile; - 2. Il sistema di controllo di costituzionalità attuale e il caso della sentenza sull'aborto; - 3. Orientamenti della dottrina contemporanea: dall'ermeneutica critica al movimento "*Direito e Literatura*".

1. *Genealogia del controllo di costituzionalità in Brasile*

La crisi costituzionale in Brasile ha assunto le forme di una forte giudiziizzazione della politica. L'inchiesta *Lava Jato* domina le cronache da più di tre anni ed ha profondamente scosso l'intero sistema politico. Il Tribunale Supremo Federale (d'ora in poi TSF) viene visto e criticato come un attore al centro degli equilibri politici. Questo intervento discute gli indirizzi più recenti della giurisdizione costituzionale brasiliana e della dottrina costituzionale che la rincorre.

Se Tocqueville viaggiasse oggi a Brasilia, non potrebbe fare a meno di notare che in Brasile, prima o poi, tutte le questioni politiche finiscono per essere decise dalla Corte Suprema Federale. Come si è giunti a questa condizione? Vista l'enorme incertezza che caratterizza il sistema politico brasiliano attuale, il presente contributo si ispira all'antico detto indiano secondo cui "se non sai dove stai andando, voltati, e cerca di capire da dove vieni". Per far ciò si rivolge alle due dimensioni della comparazione giuridica, quella sincronica e quella diacronica; con la prima volge l'attenzione allo stato attuale del ruolo della giurisdizione costituzionale in Brasile, con la seconda ricerca nella storia costituzionale i fattori che hanno condotto al presente stato di cose, ma anche modelli alternativi che sono stati scartati, ma che costituiscono ancor oggi modelli di ispirazione per una configurazione alternativa della realtà politico-istituzionale.

E bene ricordare che in Brasile la giustizia federale fu istituita con l'idea di

* Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università del Molise; LL.M. (Harvard)

contrastare maggioranze parlamentari reazionarie, monarchico-centraliste. Infatti, prima che iniziassero i lavori dell'Assemblea costituente, il governo provvisorio organizzò la giustizia federale mediante il decreto 848 dell'11 ottobre 1890. La relazione di accompagnamento al decreto spiegava che "la magistratura che ora si insedia nel Paese, grazie al regime repubblicano, non è uno strumento cieco o un mero interprete nell'esecuzione degli atti del potere legislativo. Prima di applicare la legge, le spetta un diritto di esame, potendo conferirle o rifiutarle una sanzione, nel caso in cui le appaia conforme o contraria alla legge organica. Il potere di interpretare le leggi, disse l'onesto e saggio giudice americano, implica necessariamente il diritto di verificare se esse sono o no conformi a Costituzione, e, in quest'ultimo caso, le spetta dichiarare se esse sono nulle e senza effetto. Mediante questo ingegnoso meccanismo si riesce ad evitare che il legislatore, riservandosi la facoltà di interpretazione, si venga a collocare nell'assurda situazione di essere giudice nella sua propria causa. Nelle società moderne si va estinguendo la volontà assoluta delle assemblee legislative, così come si vanno estinguendo le dottrine dell'arbitrio del sovrano potere esecutivo. La funzione del liberalismo nel passato fu di opporre un limite al potere violento dei re; il dovere del liberalismo nell'epoca attuale è opporre un limite al potere dei parlamenti. Questa missione spetta, senza dubbio, al potere giudiziario".

Rispetto al radicamento delle idee monarchiche e centraliste, stabilizzatesi in una società che fu una delle ultime ad abolire la schiavitù, l'istituzione di una giustizia federale rispondeva all'esigenza di costruire un contropotere rispetto alle fazioni locali.¹ Notiamo che sin nella genesi dell'organizzazione federale del potere giudiziario e del controllo di costituzionalità l'esperienza brasiliana ha guardato oltre i propri confini, e si è ispirata a modelli stranieri, nel caso delle origini alla cultura giuridica statunitense.

Benché l'idea del controllo di costituzionalità emerga chiaramente dalla relazione di accompagnamento al Decreto 848 del 1890, con chiara ispirazione nel modello di *Judicial review* nordamericano, è solamente con la costituzione del 1891 che la tesi repubblicana guadagna forma e struttura a partire dalla designazione di un organo di vertice del potere giudiziario con la competenza di effettuare tale controllo. Si può quindi affermare che la teoria costituzionale brasiliana nasce insieme alla Repubblica e alla Costituzione del 1891. Fu essa che stabilì lo *judicial review*, per merito principalmente di Rui Barbosa, grande ammiratore del sistema nordamericano. Nella sua opera si trova l'interpretazione classica del costituzionalismo brasiliano delle

¹ LENINE NEQUETE, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência. II. República*. Porto Alegre, 1973, p.12 e João Barbalho, *Constituição Federal brasileira: comentários*. Rio de Janeiro, 1902.

origini: un pensiero che interpreta le problematiche politiche a partire dal diritto, ed individua nell'esistenza di una costituzione liberale e democratica il presupposto per la legittimità e stabilità delle istituzioni. Per Barbosa il diritto è una garanzia di razionalità dello stato, e la costituzione protetta dal potere giudiziario è una garanzia di razionalità dell'ordinamento giuridico. La sua visione fu accusata di idealismo da parte di correnti realiste, che l'accusavano di essere inadeguata per la realtà sociologica della società del tempo, e di guardare troppo al diritto e troppo poco allo stato. Questa linea di pensiero antiliberalista contribuì a costruire la matrice autoritaria e nazionalista di gran parte del pensiero giuridico brasiliano.²

La costituzione del 1891 stabilì da un lato un sistema di giurisdizione unica, sopprimendo il contenzioso amministrativo, ed affidandone le funzioni alla giurisdizione comune, dall'altro lato creò un sistema a due livelli, visto che i principi repubblicani e federali richiedevano una coesistenza di giurisdizione statale e federale.

Si istituì quindi un sistema di controllo costituzionale di tipo diffuso, originariamente ristretto al controllo delle sole leggi statali. L'art.59 prevedeva infatti che il TSF avesse la competenza per giudicare ricorsi avverso le sentenze emesse dai tribunali statali: a) quando si disputa sulla validità o sull'applicazione di trattati e leggi federali; b) quando si contesta la validità di leggi o atti dei governi degli Stati rispetto alla Costituzione, o di leggi federali, nel caso in cui la decisione del tribunale statale abbia considerato validi tali o atti o tali leggi impugnate.

Notiamo che il sistema originario prevedeva l'ipotesi del controllo indiretto sulla legislazione federale solo attraverso l'impugnazione della legge statale che su di essa si fondava. Fu solo con la L.221/1894 che si estese il controllo anche alle leggi federali; nell'art.13 si prevedeva infatti che *"i giudici e i tribunali controlleranno la validità delle leggi e dei regolamenti e cesseranno di applicare ai casi loro sottoposti le leggi manifestamente incostituzionali ed i regolamenti manifestamente incompatibili con le leggi o la Costituzione"*. Da una parte dunque questa legge ampliò lo spettro del controllo di costituzionalità attribuendo sia al TSF sia a tutti i giudici la competenza a pronunciarsi sulla validità delle leggi federali, dall'altra non specificò la funzione nomofilattica del TSF, il quale, anche per le biografie intellettuali dei suoi membri, non si curò dell'esigenza di uniformare gli indirizzi interpretativi. È bene ricordare che il TSF nacque con 15 giudici, nominati 48 ore dopo la promulgazione della Costituzione e installatisi 4 giorni dopo a Rio de Janeiro, in rua do

² LEONEL SEVERO ROCHA, *A democracia em Rui Barbosa. O projecto politico liberal-racional*. Rio de Janeiro, 1995, pp.137-139.

Lavradio. La prima corte vide 4 ultrasettantenni, sette sessantenni e solo 4 membri con meno di 60 anni. Alcuni erano visconti e baroni. Non sorprende dunque che una corte creata dai repubblicani per il mantenimento dell'unità nazionale, come un vero e proprio "tribunale della federazione", si astenne dall'elaborare criteri ermeneutici evolutivi che le consentissero di procedere all'uniformizzazione della giurisprudenza, contribuendo così all'indebolimento istituzionale del paese.

Ci volle la revisione costituzionale del 3 settembre 1926 per specificare le competenze del TSF come di una Corte costituzionale e di cassazione, disponendo nel suo art. 60 che "*avverso le sentenze delle Corti di giustizia degli stati vi sarà ricorso in ultima istanza di fronte al Tribunale Supremo Federale: a) quando si disputa sulla vigenza o validità delle leggi federali rispetto alla Costituzione e la decisione del tribunale statale abbia negato la loro applicazione; b) quando si contesta la validità le leggi o atti dei governi statali rispetto alla Costituzione o alle leggi federali, e la decisione del tribunale statale abbia considerato validi tali atti o le leggi impugnate; c) quando due o più tribunali locali abbiano interpretato in modo differente la stessa legge federale, potendo il ricorso essere presentato da ognuno dei tribunali coinvolti o dal Procuratore Generale della Repubblica; d) quando si tratta di questioni di diritto penale o internazionale privato*".

Nonostante il progresso raggiunto mediante l'istituzione di un organo di vertice del potere giudiziario, in posizione di indipendenza e dotato del potere contromaggioritario di sancire l'incostituzionalità di leggi statali e federali, il TSF incontrò molte critiche da parte della dottrina; secondo alcuni infatti tra i poteri statali, il potere esecutivo fu sempre più progressista e recettivo rispetto alle aspirazioni popolari, il Congresso più controriformista e reazionario, la Giustizia fu sempre favorevole alle forze dominanti.³ Tuttavia ci furono episodi di scontro tra il TSF e altri poteri dello stato, come in occasione dell'annullamento del Codice penale militare, o di pronunce relative a diritti civili collegate alla rivoluzione federalista del Rio Grande do Sul nel febbraio del 1893. Il problema principale di questo periodo della storia della giurisdizione costituzionale brasiliana era la mancanza di un meccanismo che consentisse di dar un effetto vincolante *erga omnes* alle pronunce del TSF. Importando la *judicial review of legislation* in un sistema di *civil law*, la giurisprudenza costituzionale non aveva nel proprio arsenale una dottrina del precedente o dello *stare decisis*, il che produceva conflitti tra indirizzi interpretativi divergenti. Gli effetti della decisione de TSF rimanevano infatti *inter partes* e quindi, anche quando il

³ LEDA BOECHAT RODRIGUES, *História do Supremo Tribunal*, Rio de Janeiro, 1991, p.5.

TSF aveva dichiarato una legge incostituzionale, questa poteva continuare ad essere applicata da un altro giudice che fosse di diverso avviso.

Le caratteristiche principali del controllo diffuso di costituzionalità consolidatosi, e in vigore ancor oggi, sono state così riassunte da Lúcio Bittencourt: *“Il potere giudiziario si pronuncia solo su casi concreti per la cui decisione è rilevante un esame di costituzionalità della legge applicabile; gli atti del Congresso godono di una presunzione di costituzionalità; nel dubbio, decidere a favore della conformità a Costituzione; preferire l’interpretazione adeguatrice; l’applicazione tradizionale dei principi di una legge, senza che si ponga in dubbio la sua costituzionalità è un elemento importante del suo riconoscimento; non si dichiarano incostituzionali gli scopi della legge, se questa nel suo testo non è contraria a Costituzione, i giudici non possono negarle efficacia; nell’apprezzamento dell’incostituzionalità, il giudiziario non si lascerà influenzare dalla giustizia, convenienza o opportunità dell’atto del Congresso; l’incostituzionalità è imprescrittibile, potendo essere dichiarata in ogni tempo”*.⁴

Il costituzionalismo brasiliano conobbe una notevole evoluzione con la “rivoluzione costituzionalista” del 1930 che aspirava all’instaurazione di una nuova Repubblica mediante l’istituzione di un’assemblea costituente, che si riunì il 15 novembre 1933 nel Palazzo Tiradentes in Rio de Janeiro. I modelli costituzionali cui si ispirarono i costituenti furono essenzialmente la Costituzione di Weimar del 1919 e la Costituzione repubblicana spagnola del 1931. Una delle innovazioni della costituzione del 1934 era costituita dal ruolo del Senato nell’ambito del controllo diffuso di costituzionalità, nonché l’istituzione dell’efficacia *erga omnes* delle sentenze del TSF. Per quanto riguarda il primo aspetto, l’art. 91 della Carta prescriveva che il TSF, dopo aver dichiarato l’incostituzionalità di un atto normativo in sede di ricorso straordinario o nel corso di un giudizio ordinario, dovesse comunicare la decisione al Senato, al quale competeva il potere di disporre la sospensione dell’esecuzione della legge. Questo meccanismo di collaborazione tra l’organo giudiziario e un organo politico, produceva la situazione secondo cui gli effetti della decisione del TSF rimanevano *inter partes*, ma potevano essere estesi al resto della società mediante la pronuncia del Senato. Ciò denotava la componente liberal-individualista del sistema giuridico che relegava la costituzione a un piano secondario, lasciando la legislazione infracostituzionale, adottata per la regolazione delle relazioni private, nel posto di comando delle relazioni sociali.⁵ Si produsse così una

⁴ LUCIO BITTENCOURT, *O controle jurisdicional de constitucionalidad e dal leis*, Rio de Janeiro, 1941, pp. 91 ss.

⁵ COSÌ LENIO LUIZ STRECK, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, São Paulo, 2013, p.511

tensione tra le componenti sociali della Costituzione e la forma di controllo di costituzionalità. In realtà durante i lavori dell'assemblea costituente c'era stato il tentativo di Nilo Alvarenga, che aveva proposto un emendamento volto all'istaurazione di un sistema di controllo di costituzionalità di tipo accentrato, affidato ad una corte di giustizia costituzionale ispirata al modello kelseniano, ma il suo tentativo fallì.

Le altre innovazioni introdotte dalla costituzione del 1934 riguardanti il controllo di costituzionalità erano l'introduzione di un'azione diretta, del *mandado de segurança* e, soprattutto, la proibizione che l'art.68 imponeva al potere giudiziario di decidere "questioni esclusivamente politiche". Infine, oltre alla dottrina delle *political questions* sancita nel testo costituzionale si segnalava all'art.91 la competenza del Senato di esaminare la compatibilità con le leggi dei regolamenti emanati dal potere esecutivo e la facoltà di disporre la sospensione dell'esecuzione delle disposizioni illegali. Nella breve vigenza del testo costituzionale del 1934 questa prerogativa non fu mai esercitata, tuttavia rimane significativa di una concezione del controllo di costituzionalità più politica, che intendeva coinvolgere il Senato accanto al potere giudiziario.

Successivamente la costituzione del 1937, decretata da Vargas manteneva il controllo diffuso di costituzionalità (eliminando la possibilità di rinvio al Senato) e permetteva al Capo del Governo di sottomettere al Parlamento leggi dichiarate incostituzionali, nel caso in cui egli ritenesse rilevante e necessario per il benessere del popolo e per la difesa di interessi nazionali. Se il Parlamento avesse approvato con maggioranza di 2/3 la sentenza del STF sarebbe rimasta inefficace. Ma la Costituzione "polacca" non entrò mai in vigore, essendo sospesa dallo stato di emergenza dichiarato secondo il suo stesso art.186.⁶

Il secondo dopoguerra presentò molte trasformazioni nella politica brasiliana. Dopo la deposizione di Vargas il 29 ottobre del 1945, il paese attraversò un periodo di ri-democratizzazione. Il 30 novembre del 1945 fu promulgata la legge costituzionale 16 che revocava l'art.186 della costituzione del 1934. La nuova costituzione mantenne i principi liberali e sociali della precedente nonché la legislazione corporativa dell'era Vargas. È interessante notare come in questa fase il costituzionalismo brasiliano non si orientò verso l'imitazione delle grandi evoluzioni che interessavano il costituzionalismo europeo, ma seguì la traiettoria iniziata nel 1891 e interrotta nel 1937, con poche innovazioni. Per quanto riguarda il controllo di costituzionalità non ci furono novità sostanziali.

⁶ OSCAR VILHENA VIEIRA, *A Constituição e sua reserva de justiça*, São Paulo, 1998, p.213.

Si può dire che la costituzione del 1946 fu una copia di quella del 1934, restituendo il controllo diffuso con rinvio al Senato, sul presupposto di una dichiarazione di incostituzionalità resa a maggioranza assoluta dal TSF (negli stessi termini dell'art. 97 della attuale costituzione del 1988). L'unico elemento di novità era rappresentato dall'introduzione di un giudizio di fondatezza da parte del giudice remittente, mantenendo l'efficacia *inter partes* del giudizio del STF.

Con il golpe militare del 1964, l'Atto Istituzionale del 9 aprile ampliò i poteri del Governo militare e stabilì una serie di atti immuni al controllo di costituzionalità, tra cui gli atti del Comando Supremo della Rivoluzione e del Governo federale, nonché le deliberazioni delle Assemblee legislative relative alla destituzione di Governatori, Deputati e Prefetti. Ma durante il regime militare fu promulgata la Emenda costituzionale n.16 del 26 novembre 1965 che istituì il ricorso da parte del Procuratore Generale della Repubblica avverso la incostituzionalità di atti normativi federali o statali.

È un paradosso che il regime militare istituì il controllo accentrato, rafforzando il sistema di giustizia costituzionale e la tutela dei diritti individuali? Secondo Streck ciò rispondeva alla preoccupazione del regime militare di stabilire un meccanismo rapido ed efficace per evitare che giudici democratici ostacolassero le decisioni dell'*establishment* attraverso il controllo diffuso.⁷ Occorre anche tener presente che la specificità della dittatura brasiliana, in questo diversa da quella cilena o argentina, consistette in una preoccupazione legalistica, contando sulla collaborazione dei giuristi per offrire una copertura alle azioni politiche.⁸ L'autonomia del diritto toccò il livello minimo e si raggiunse l'apice della strumentalizzazione dei principi e degli istituti giuridici in favore delle esigenze burocratico-autoritarie del regime militare. Una conseguenza dello stato di eccezione fu il *court packing* che permise la nomina di 5 nuovi giudici supremi, militanti storici della UDN, per effetto della quale il numero dei "Ministri" aumentò da 11 a 16. Successivamente tre giudici non allineati furono collocati autoritativamente in pensione.⁹

Riflettendo una delle tante contraddizioni del costituzionalismo brasiliano, proprio in uno dei suoi punti più bassi, nel 1977 l'Emenda 7 introdusse il principio dell'effetto vincolante dell'interpretazione fissata dal STF. Insieme alla possibilità di concedere misure cautelari, il TSF fu

⁷ LENIO LUIZ STRECK, *op.cit.*, p.519

⁸ ANTHONY PEREIRA, *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil no Chile e na Argentina*, São Paulo, 2010.

⁹ EMÍLIA VIOTTI DA COSTA, *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, São Paulo, 2006, pp.166.168.

rafforzato mediante l'introduzione dell'azione di interpretazione del diritto federale.

2. Il sistema di controllo di costituzionalità attuale e il caso della sentenza sull'aborto

La Costituzione del 1988 ha mantenuto le acquisizioni evolutive del costituzionalismo brasiliano affiancando al controllo diffuso previsto all'art.97 (in cui tutti i giudici, anche di prima istanza, possono disapplicare un atto normativo che ritengono incostituzionale) il controllo accentrato.¹⁰ I costituenti decisero dunque di non imitare il modello kelseniano di controllo accentrato, con l'istituzione di un organo giudiziario sottratto al circuito politico, dotato del monopolio del sindacato di costituzionalità. L'art.101 fissa il numero di giudici costituzionali ad 11, specificando i requisiti di età (più di 35 e meno di 65) e richiedendo una "notevole conoscenza giuridica e una reputazione illibata". I giudici del TSF vengono nominati dal Presidente della Repubblica, con l'assenso a maggioranza assoluta da parte del Senato federale.

Per quanto riguarda la modalità del controllo diffuso con rinvio al Senato, l'art.52 X mantiene la previsione che consente a questo di "sospendere l'esecuzione, in tutto o in parte, della legge dichiarata incostituzionale da una decisione definitiva del TSF", consolidando una tradizione costituzionale nazionale che ha attraversato le costituzioni del 1934, 1946, 1967 e 1969.

Da rimarcare l'introduzione dell'azione di incostituzionalità per omissione, ispirata dal costituzionalismo portoghese e jugoslavo (prima della disintegrazione della federazione), nonché, 11 anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, dei procedimenti di azione diretta di incostituzionalità ad opera della L.9.868/1999. Occorre ricordare che la Costituzione del 1988 non ha previsto una riserva di legge costituzionale per la giurisdizione costituzionale, dunque il legislatore federale ha sempre la possibilità di dettare norme in questa materia.

Ad uno sguardo complessivo si può dire che oggi quindi il controllo costituzionale può essere politico o giudiziario, diretto o incidentale, diffuso o concentrato, concreto o astratto, per omissione, con effetto vincolante. È bene sottolineare che nell'ordinamento brasiliano non esistono né il

¹⁰ V. Cost. Sezione II, artt. 101-103.

conflitto inter organico né *l'amparo*. Il sistema brasiliano attuale di controllo di costituzionalità può dunque essere qualificato come ibrido, o eclettico. Rispetto ai suoi antecedenti storici, il sistema disegnato dalla Costituzione del 1988 ha significativamente ampliato l'esercizio della giurisdizione, ponendo fine al monopolio del Procuratore Generale della Repubblica in relazione alla proposizione dell'azione diretta di incostituzionalità. Con la nuova carta il controllo in via principale può essere attivato da un ampio numero di soggetti, elencati nell'art.103: il Presidente della Repubblica, le Presidenze del Senato, della Camera dei Deputati e delle Assemblee legislative, i Governatori statali, il Procuratore Generale della Repubblica, il Consiglio Federale della OAB, le confederazioni sindacali o entità di classe di ambito nazionale. Ovviamente l'ampliamento della legittimazione attiva ha contribuito all'allargamento della sfera di influenza della giurisdizione costituzionale; ciò ha fatto dire ad autorevole dottrina che *"la giudiziarietà è un fatto, una circostanza del disegno istituzionale brasiliano. L'attivismo invece è un'attitudine, la scelta di un modo specifico e interventista di interpretare la Costituzione, espandendo il suo significato e la sua portata"*.¹¹

La giurisdizione costituzionale in Brasile oggi non sembra svolgere una funzione contro maggioritaria nel controllo diffuso, dove svolge una funzione nomofilattica, infatti il numero di leggi federali dichiarate incostituzionali dal TSF, vigente la Costituzione del 1988, è stato relativamente basso¹². Diverso il caso delle azioni dirette, dove si nota una maggiore tensione tra maggioranze politiche e TSF.

Il protagonismo giudiziario è insomma una spia del debole costituzionalismo brasiliano, di una autonomia relativa del diritto rispetto ad una politica invadente oltre che corrotta. La debolezza della cultura costituzionale liberale, che riposa sulla distinzione tra l'eccezionalità della politica costituzionale e la normalità della politica ordinaria, tra costituzione e legge, si riflette da una parte nella frenetica attività di revisione costituzionale (a dispetto di un procedimento rigidissimo previsto dall'art. 60 che richiede una doppia approvazione con la maggioranza qualificata di 3/5 di ciascuna camera, dal 1988 la costituzione è stata emendata più di cento volte!), dall'altra nella espansione incontrollata dell'ambito di intervento e influenza

¹¹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, 2012, p.795.

¹² Un'indagine del Segretariato del Management strategico del TSF ne contava 93 su 5379 prodotte. Cit. in LUÍS ROBERTO BARROSO, *Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts*, Chapter in: *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and Legitimacy of Constitutionalism*, Springer, 2016.

del TSF che si è spinto per cinque volte sino a dichiarare l'incostituzionalità di leggi di revisione costituzionale.¹³

Per illustrare il dibattito intorno al protagonismo giudiziario del TSF e ai metodi ermeneutici da esso impiegati, si può prendere come caso paradigmatico la recente sentenza sull'aborto, che ha avuto ampia risonanza nell'opinione pubblico-giuridica. Qui non interessa discutere il contenuto della decisione, quanto piuttosto l'iter argomentativo scelto dalla corte, nonché lo stile della sua motivazione. Introdotto mediante un procedimento di *habeas corpus*, il ricorso aveva per oggetto la costituzionalità degli art. 124 e 126 del codice penale, che punivano l'aborto anche nel primo trimestre di gestazione. Per decidere di questa controversa materia, un classico *hard case*, il TSF, nell'opinione resa dal prestigioso giudice costituzionalista Luís Roberto Barroso, esordisce asserendo che *“la rilevanza e la delicatezza della materia giustificano una brevissima incursione nella teoria generale dei diritti fondamentali [...] I diritti fondamentali vincolano tutti i poteri statali e rappresentano un'apertura del sistema giuridico di fronte al sistema morale”*¹⁴. Per rafforzare questa netta di presa di posizione anti-positivista il giudice estensore cita la Teoria dei Diritti fondamentali di Robert Alexy, e, poco più avanti, per giustificare il ricorso al canone della proporzionalità, un articolo del giudice israeliano Aharon Barak, nonché il suo proprio corso di Diritto costituzionale contemporaneo. Occorre qui sottolineare l'uso normativo tanto delle opinioni della dottrina – persino della propria dottrina! – quanto del diritto comparato. Non a caso, nella sezione della motivazione dedicata a “Violazione dei diritti fondamentali della donna” il TSF appone la nota n.7 in cui indica i riferimenti bibliografici di dottrina, brasiliana e statunitense, da cui si intuisce già il senso della decisione: si citano opere di commento a *Roe v. Wade* della Corte suprema federale statunitense, per suffragare l'importazione del tipo di decisione. Si noti qui che la ricezione tanto di giurisprudenza quanto di dottrina straniera dovrebbe aumentare l'onere argomentativo da parte della corte, che dovrebbe motivare le ragioni di tale ricezione ed i motivi che sottendono alla scelta del modello importato, nonché le ragioni dell'esclusione di modelli alternativi, cosa che in questo caso non è avvenuto. L'argomentazione della corte culmina infatti nel terzultimo paragrafo, il n.46, in cui si legge che *“come la Corte Suprema USA ha dichiarato nel caso Roe v. Wade, l'interesse dello stato nella protezione della vita prenatale non supera il diritto fondamentale della donna di realizzare*

¹³ CF, art.60, §4, che prevedendo dei limiti enumerati al potere di revisione (la forma federale dello stato; il voto diretto, segreto, universale e periodico; la separazione dei poteri; i diritti e le garanzie individuali), ha consentito al TSF di pronunciarsi in materia.

¹⁴ TSF, *Julgamento do Habeas Corpus* (HC) 124306, §15.

un aborto. Nello stesso senso, la decisione della Corte Suprema di Giustizia del Canada, che dichiarò l'incostituzionalità dell'articolo del codice penale che criminalizzava l'aborto nel paese, per violazione della proporzionalità. Secondo la Corte canadese, nell'impedire che la donna prenda la decisione di interrompere la gravidanza in tutte le sue fasi, il Legislativo avrebbe mancato di stabilire uno standard capace di equilibrare, in giusta forma, gli interessi del feto e i diritti della donna. Si noti, infine, che praticamente nessun paese democratico e sviluppato del mondo tratta l'interruzione della gestazione durante la fase iniziale della gestazione come un crimine, inclusi gli Stati Uniti, la Germania, il Regno Unito, il Canada, la Francia, l'Italia, la Spagna, il Portogallo, l'Olanda e l'Australia". Si noti lo stile argomentativo: ricezione della dottrina alexiana, ricezione della giurisprudenza costituzionale straniera, tesi della connessione tra diritto e morale, principiologia, bilanciamento e proporzionalità. Questo mix di canoni neocostituzionalisti e argomenti comparativi è emblematico di uno stile argomentativo che parte della dottrina considera una copertura ideologica al servizio dell'attivismo e protagonismo giudiziario.

3. *Orientamenti della dottrina contemporanea: dall'ermeneutica critica al movimento "Direito e Literatura"*

La Cost. "*Cidadã*" si è ispirata al modello europeo post-autoritario, ma alla sua entrata in vigore non ha corrisposto un subitaneo cambio di paradigma della dottrina, che ha inizialmente continuato ad operare secondo i vecchi schemi. La soluzione per il superamento della risacca costituzionale è stata l'utilizzo del diritto comparato, sia da parte della dottrina sia da parte della giurisprudenza. In particolare le esperienze europee hanno modellato il diritto costituzionale brasiliano contemporaneo.

Mentre la dottrina tradizionale continuava ad operare secondo i consueti schemi positivistic, la nuova costituzione si ispirava ai modelli europei post-autoritari, con una forte enfasi nella tutela dei diritti sociali, delle disposizioni di principio e del sindacato di costituzionalità. Per superare la resistenza del positivismo arcaico larga parte della dottrina costituzionalistica brasiliana aderiva entusiasticamente al c.d. neo-costituzionalismo,¹⁵ eleggendo Roland Dworkin e Robert Alexy a stelle polari dei nuovi paradigmi dell'interpretazione

¹⁵ Avanguardistico in questo senso il lavoro di ECIO OTO RAMOS DUARTE E SUSANNA POZZOLO, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria de direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, São Paulo, 2010.

costituzionale. All'osservatore esterno sembra poter affermare che in Brasile il ruolo della dottrina è molto superiore a quello che essa svolge ad esempio in Europa, o ancor meno negli Stati Uniti; le opinioni dei professori sono tenute in alta considerazione e vengono spesso citate dai giudici nelle motivazioni di decisioni giurisdizionali. All'interno della dottrina, poi, si osserva una lotta comparatistica volta spesso ad importare teorie e dottrine, nella maggior parte dei casi tedesche e italiane, talvolta statunitensi, per prevalere in argomenti o casi relativi alla realtà giuridica brasiliana. Anche la resistenza al paradigma neocostituzionalista, oramai maggioritario tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si avvale degli strumenti comparatistici: da qui il grande successo della ricezione di Guastini o Ferrajoli in Brasile. In quel contesto infatti, l'adesione ad una visione panprincipialista viene spesso tacciata di offrire una copertura ideologica al decisionismo occulto del TSF. In questo senso è stata particolarmente influente l'opera di Lenio Luiz Streck che ha articolato una critica ermeneutica al positivismo assiologico-giurisprudenziale della dottrina e della giurisprudenza costituzionale. Streck ha proposto una teoria della decisione giudiziaria, specificando cinque principi fondamentali per l'adozione di un'ermeneutica adeguata al progetto costituzionale brasiliano. I principi sono: 1) preservare l'autonomia del diritto; 2) effettuare un controllo ermeneutico dell'interpretazione costituzionale; 3) rispettare effettivamente l'integrità e la coerenza del diritto; 4) il dovere fondamentale di giustificare le decisioni o di come la motivazione non è uguale alla giustificazione; 5) il diritto fondamentale a una risposta costituzionalmente adeguata.¹⁶

I tentativi teorici di costruzione di una teoria ermeneutica capace di contenere l'attivismo giudiziario senza ricadere nel paleopositivismo sono stati affiancati più di recente da una fiorente produzione di scritti del movimento "*direito e literatura*", molto attivo in Brasile, che si sono concentrati sui modelli di giudice rinvenuti nelle opere letterarie, al fine di rinnovare le fonti di ispirazione per l'edificazione di una cultura ed un'educazione giuridica che non si limiti all'esegesi giurisprudenziale.

Come ha notato André Karam Trindade, "*La letteratura ci mostra che esistono diversi modi di dire le cose. Mentre gli enunciati giuridici cercano di fornire una descrizione presuntivamente neutra e oggettiva di un Diritto separato dalla sua esistenza fattuale, le narrazioni letterarie preferiscono il contrario. In esse il Diritto si trova immerso nella realtà culturale cui appartiene, ampliando significativamente, in questo modo, gli orizzonti del significato. [...] In verità, è sufficiente un rapido sguardo all'operatività geometrica del Diritto*

¹⁶ LENIO LUIZ STRECK, *op.cit.*, pp. 322-348.

*per percepire che la realtà non affina la sensibilità dei giuristi; i racconti, invece, sì. È per questo che, a mio modo di vedere, la letteratura offre una soluzione interessante. Essa può costituire il percorso per la formazione di una cultura letteraria del diritto”.*¹⁷

Di fronte alla crisi dell'economia e dell'ordine pubblico, dello stato democratico di diritto, del costituzionalismo e della globalizzazione, una via di uscita per la dogmatica giuridica può essere rappresentata dalla contaminazione tra il giuridico e il letterario. In questo la dottrina brasiliana dimostra una vitalità invidiabile ed i risultati delle sue ricerche sono già oltre lo stadio avanguardistico per configurarsi come nuovi testi classici dell'ermeneutica giuridica contemporanea.¹⁸

Abstract

The contribution is divided into three parts: in the first part it sums up the genealogy of constitutional adjudication in Brazilian history; in the second one it highlights some aspects of the mixed system of constitutional control established since the 1988 constitution; in the third part it discusses some doctrinal postures and some critical receptions of foreign doctrines. The thesis I intend to argue is that constitutional jurisprudence is subject to analysis in Brazil from three main points of view: jurisprudential exegesis, critical hermeneutics and the movement of Law and Literature. The latter, in particular, has distinguished itself for producing fine analysis of the patterns of justice found in literature.

¹⁷ ANDRÉ KARAM TRINDADE, *Costituzionalismo e letteratura brasiliana*, in F. PETRILLO E A. VESPAZIANI (a cura di), *Dialoghi tra Diritto, Letteratura e Politica*, Chieti, 2007, p.75.

¹⁸ Splendido il volume di LENIO LUIZ STRECK E ANDRÉ KARAM TRINDADE (a cura di), *Os Modelos de Juiz, Ensaios de Direito e Literatura*, São Paulo, 2015.

What do we mean for “jurisdiction” in contemporary, globalized, societies? How is this age-old notion changing? What are the new challenges facing us and the new waters that need to be explored?

Thirty-four scholars from Italy, Europe and other legal cultures offer, in English and Italian, the updated and enriched papers that were presented at the 24th biennial colloquium of the Italian Association of Comparative Law (AIDC).

The contributions are all placed in a broad and comparative perspective, looking at the different existing models, at experiences of success and failure, at models that could – or cannot – be transplanted. “Jurisdiction” must be constantly measured through its relation with other constitutional powers, with the emergence of new conflicts and actors, with legal and political theory.

Through its commitment to open access digital publications Roma TrE-Press aims at further disseminating in these two volumes, widely and freely, the results of academic research, in this field as in many others.

