

## PREMESSA

La lettura di questo libro va accompagnata a quella parallela del volume “Le prassi delle corti e le teorie degli studiosi”. Entrambi appaiono col titolo comune *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*, se pure in distinte collane pubblicate dall’Editore Giappichelli di Torino. Li unifica il tema studiato, come pure la comune ispirazione. La stessa che sta alla base di altre opere, già pubblicate o prossime alla pubblicazione, che hanno per oggetto l’uso della dottrina da parte delle corti di vertice: la parte monografica dell’*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2015*, su “Professori e giudici (I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)”; il libro a cura di P. Passaglia *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina – Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine* (Ed. Scientifica, Napoli, 2015); quello curato da S. Ragone su *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española* (Cepc, Madrid, 2015); il volume di L. Pegoraro e G. Figueroa Mejía (eds), *Profesores y Jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica* (Suprema Corte de la Nación, México, 2016); come pure vari altri contributi dedicati ad aree specifiche (ad es.: G. Aguilar Cavallo, I. Díaz, C. Moro, L. Pegoraro, R. Poblete, C. Salas, M. Yáñez, *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Universidad de Talca-Cecoch, Santiago de Chile, 2015, o C. Landa, J.C. Díaz Colchado, *Informe Perú: proyecto de citas doctrinales*, in *Pensamiento constitucional*, n. 20/2015). Altri ancora seguiranno a breve.

Cosa giustifica l’interesse per il tema? Sino a ieri, gli studiosi si erano preoccupati prevalentemente del “dialogo” tra giurisdizioni, interno al formante giurisdizionale (Drobnig e van Erp, Somma, Gambaro, Andenas, Fairgrieve, de Vergottini, G.F. Ferrari, Groppi, Ponthoreau, Mélin-Soucramanien, e via via molti altri); qualche volta, con una certa confusione tra citazioni “orizzontali”, ossia tra corti dello stesso livello, e citazioni “verticali” – ovvero tra corti internazionali/regionali e corti interne – che menzionano soluzioni esterne non già per trarne ispirazione, ma solo perché devono applicare un diritto “superiore”. Né mancano pubblicazioni che vertono sui rapporti e gli influssi reciproci tra parlamenti (Scaffardi, Decaro, Lupo), e persino sull’uso della dottrina da parte della dottrina (ad es., Markesinis).

Dialoghi infra-formanti, dunque. La novità di questi libri è che, invece, essi affrontano il tema della circolazione da una prospettiva diversa: quella delle relazioni inter-formanti. Ma non è l’unica. L’interesse strategico per la comunità scientifica (ma pure per i formanti “dinamici” – legislatori e giudici) è dovuto anche ad altre ragioni, che in poche righe possiamo a illustrare.

Lo studio delle citazioni dottrinali da parte dei giudici (come quello, ancora quasi immacolato, delle citazioni giurisprudenziali o dottrinali da parte del legislatore), si colloca al crocevia di molteplici speculazioni, e come dall'*Etoile* di Parigi permette di gettare lo sguardo verso tante e diverse direzioni, di fare chiarezza su molte presupposizioni infondate, di confermare tendenze già percepite, ma non suffragate da dati empiricamente raccolti ed esposti, di smentire alcune credenze diffuse eppure prive di fondamento.

a) In primo luogo, dà ragione (una volta tanto) al legislatore italiano, che con lungimiranza, e al pari di quanto accade in altri paesi, ha voluto tenere ben distinta, a fini accademici, la scienza della comparazione dallo studio dei diritti interni. La ricerca rafforza l'idea (condivisa da quasi tutti i comparatisti, ma osteggiata da molti pubblicisti "interni") che gli studiosi di diritto nazionale sono tali e restano tali quando si occupano di diritto straniero, come pure quando si dedicano a illustrare per l'estero (o all'estero) le ricerche di diritto interno. Di più: tali operazioni di decontestualizzazione possono essere dannose (in termini logici, non solo politico-ideologici) se non hanno il supporto di una adeguata base comparatistica. Parimenti dannosa, negli stessi sensi, è la acritica ricezione di *input* provenienti da fuori, da parte della dottrina autoctona, come pure tali operazioni sono foriere di cattive recezioni da parte della legislazione e della giurisprudenza. Con una metafora: il fatto di studiare lo stesso organo – il cervello – non fa della neurochirurgia, della psichiatria, della psicologia un'unica scienza [Cfr. L. Pegoraro, *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, trad. sp. *Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)*, in L.R. González Pérez, D. Valadés (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, Unam-Iij, México, 2013, e in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2014; Id., *Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"*, in *Diálogos de Saberes*, n. 43, Julio-diciembre de 2015, destinato agli *Studi in onore di A. Gambaro*.] Specularmente, rinvigorisce le sinergie tra studiosi di formazione privatistica e ricercatori dedicati al diritto pubblico o costituzionale, uniti nella curiosità e nel metodo, e da categorie comuni.

b) La ricerca dà inoltre un fiero colpo alla presunzione di autosufficienza del diritto per risolvere i casi: si tratti di bioetica o di antropologia, di dottrine politiche o di scienza politica o di medicina o di psicologia, la logica giuridica, da sola, non sempre riesce a comporre i conflitti. Ha bisogno dell'apporto di altre scienze, e spesso le usa, valendosene quando occorra nelle citazioni giurisprudenziali. Essa alla fin fine testimonia l'umiltà dei giudici, e la loro consapevolezza che temi come quelli di proprietà (quando sono in ballo questioni indigene), di embrioni (in casi di ricerca, di fecondazione assistita, ecc.), di propaganda politica, di affidamento di minori, e via dicendo non hanno soluzione se l'argomentazione non è confortata dalle acquisizioni di discipline diverse dal diritto. Ciò stimola ulteriori approfondimenti su cosa sia, oggi, il metodo giuridico, per non dire degli interrogativi su come si debba intendere la stessa parola "diritto".

c) Lo studio conferma inoltre – se mai ce ne fosse stato bisogno – la stretta interrelazione tra le varie componenti del diritto. I giudici si valgono della legislazione (né potrebbe essere altrimenti); fanno riferimenti, con fini spesso diversi, alla giuri-

sprudenza (autoctona o straniera); ma usano altresì copiosamente, anche se talora in modo criptico, la dottrina, che ne alimenta le argomentazioni. Lo fanno, prevalentemente, cercando di “allineare” formanti a volte scomposti, che viaggiano a diverse velocità, ma nell’anelito di dare unità all’ordinamento cui si riferiscono.

d) D’altro canto, i risultati esposti nei due volumi, oltre che nelle altre pubblicazioni citate sopra, testimoniano la crisi del *reasoning* giudiziale, imputabile prevalentemente alla globalizzazione, e il conflitto anche culturale in atto. Da una parte, continuano a prevalere quasi ovunque le citazioni dottrinali “interne”, che testimoniano l’approccio necessariamente positivistico e dogmatico dei giudici supremi, chiamati a dare applicazione alle disposizioni del loro ordinamento; dall’altra, è sempre più massiccio ovunque (salvo in alcuni ordinamenti che si considerano “eccezionali”, come Stati Uniti e Svizzera) l’apporto della dottrina non autoctona: ciò conferma la circolazione di principi comuni, ma anche, a volte, l’accostamento acritico della giurisprudenza, che come la dottrina copia e incolla, senza porsi il problema della compatibilità.

Qui entra in gioco il ruolo della dottrina comparatistica: scarsamente citata dai giudici costituzionali e supremi, in quanto poco utile a risolvere i singoli casi concreti, essa tuttavia assolve a un ruolo strategico di controllo nella produzione dottrinale e giurisprudenziale mondiale. Sono i comparatisti, infatti, ad avvertire gli studiosi dei diritti interni, e alla fine i giudici, che non tutto ciò che vale in un sistema o in un singolo ordinamento può funzionare in un altro.

Come l’Isis, distruggendo Palmira, distrugge la memoria, così chi induce a dimenticare la memoria, oppure è convinto che la sua memoria sia l’unica giusta, si rende complice delle conquiste nelle guerre di esportazione: guerre non solo dottrinali o accademiche, ma anche vere, dato che, spesso, esse sono giustificate proprio sotto lo slogan della difesa di concetti inesportabili (democrazia, diritti, federalismo, sovranità popolare ...). Forse nel breve periodo le guerre riescono a produrre gli effetti voluti, ma alla lunga i trapianti di istituzioni e concetti estranei determinano riviviscenze dei crittotipi culturali, se non eventi reattivi ben più gravi. (Basti pensare al risorgere dell’Islam dopo l’imposizione del diritto socialista nel sud dell’ex Urss, una volta caduto il muro di Berlino, o più recentemente alla destabilizzazione in Medio Oriente e Africa, coi connessi fenomeni migratori, o alle rivolte delle *banlieu*, o ancora, almeno, al rifiuto del neo-liberismo e alla rivendicazione di modelli nuovi di costituzionalismo attento alle tradizioni.)

Posti al crocevia tra diritti nazionali e diritto globale, tra formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, tra diritto pubblico e privato, tra diritto e altre scienze, i due libri sull’influsso dei professori sulla giurisprudenza delle corti di vertice testimoniano l’importanza del diritto comparato, che continua a proporsi come disciplina autonoma, vocata al ruolo di guardiano dei giudici, e attraverso di essi di custode del legislatore e di osservatore critico delle dottrine interne, che manifestino pretese di universalità.

I curatori



## GLI AUTORI

ROBERTA ALUFFI – *Professore associato di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Torino*

ENRICO ANDREOLI – *Dottore di ricerca in Scienze politiche e Cultore della materia in Diritto pubblico comparato e Diritto costituzionale comparato nell'Università degli Studi di Verona*

SILVIA BAGNI – *Ricercatrice di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Bologna*

ROCCO FAVALE – *Professore ordinario di Diritto privato comparato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino*

VERONICA FEDERICO – *Ricercatrice di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze*

MARIA FEOLA – *Professore associato di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

MARIA CHIARA LOCCHI – *Ricercatrice di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Perugia*

MATTEO NICOLINI – *Ricercatore di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona*

PAOLO PASSAGLIA – *Professore associato di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa*

MARIO SERIO – *Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Palermo*

MARTINA TRETTEL – *Ricercatrice nell'Istituto per lo studio del federalismo e del regionalismo dell'Accademia Europea di Bolzano (EURAC) e dottoranda in Scienze giuridiche europee ed internazionali nell'Università degli Studi di Verona*

DOMITILLA VANNI DI SAN VINCENZO – *Ricercatrice confermata di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Palermo*

PARTE PRIMA

LA CIRCOLAZIONE DELLA DOTTRINA,  
OLTRE I CONFINI GEOGRAFICO-STATUALI





---

TRA FORMANTE DOTTRINALE E TRADIZIONI  
COSTITUZIONALI COMPARATE. IL MODELLO  
CITAZIONALE COME FORMA DI  
*SOUTHERN-AFRICAN JUDICIAL DIALOGUE*

---

ENRICO ANDREOLI

SOMMARIO: 1. *Global conversation* nelle Corti di vertice dell’Africa australe: l’influenza della dottrina sul formante giurisprudenziale. – 2. L’ambito della ricerca: le Corti di vertice di Namibia, Botswana e Lesotho nella definizione della propria “identità giuridico-costituzionale”. – 3. I dati empirici. – 4. L’egemonia del modello citazionale della dottrina sudafricana. – 5. Tradizioni costituzionali comparate: “consuetudini” interne e (auto)legittimazione ordinamentale in Lesotho.

1. Come evidenziato da attenta dottrina, la *global conversation* tra Corti di vertice nazionali (ed eventualmente sovranazionali) è costantemente assicurata per il tramite dello strumento rappresentato dal *judicial dialogue*<sup>1</sup>.

Ciò realizza quel dialogo costituzionale<sup>2</sup> che, poggiando precipuamente sull’intenzionalità dello stesso, consente di delineare un ragionato e funzionale interscambio tra diverse esperienze ordinamentali<sup>3</sup>, e che è altresì in grado di porre in atto

---

<sup>1</sup> V. almeno L.B. TREMBLEY, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), 2005, p. 617 ss.; M. CLAES, M. DE VISSER, *Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks*, in *Utrecht Law Review*, 8(2), 2012, p. 102 ss.; M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe. L’eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, Bologna, 2015, p. 14. La *judicial interaction* viene individuata in quegli «episodes of contact (intentional or casual) between courts that may differ in their degree of intensity, results, and typology»: G. MARTINICO, *Multiple loyalties and dual preliminaryity: The pains of being a judge in a multilevel legal order*, in *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), 2012, p. 886.

<sup>2</sup> Cfr. CL. L’HEREUX-DUBÈ, *The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law Review*, 34, 1998, p. 1 ss.; C. SAUNDERS, *Judicial Dialogue in Common Law Countries*, in AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Parigi, 2007, p. 413 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

<sup>3</sup> Sul ruolo delle citazioni e dei riferimenti a giurisprudenza e dottrina esterni quale supporto all’economia della decisione, cfr. L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, p. 243 ss.; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, p. 60.

una sorta di (auto)accreditamento delle Corti di vertice<sup>4</sup>: un tentativo, verrebbe da dire, di costruzione, attraverso la citazione di giurisprudenza e dottrina, di una propria “identità giuridico-costituzionale”.

Se il dialogo globale è solitamente analizzato guardando alla *conversation* tra Corti di vertice appartenenti alla c.d. *western legal tradition*<sup>5</sup>, esso trova tuttavia ampio riscontro anche nell’analisi delle Corti degli ordinamenti collocati tradizionalmente ai margini del diritto occidentale e segnatamente delle Corti degli ordinamenti africani australi. Si tratta di casi abitualmente esclusi dal novero degli attori giuridici globali, in virtù di quella concezione che viene definita etnocentrica dei sistemi giuridici, al vertice dei quali è tradizionalmente collocato un generico modello euro-atlantico<sup>6</sup>.

Va ricordato come lo scambio giuridico tra diverse esperienze ordinamentali – che ben può apparire logico – sia stato ampiamente studiato, in ottica comparatistica, soprattutto sotto il profilo del dialogo giurisprudenziale (*rectius*, della recezione giudiziale del formante giurisprudenziale)<sup>7</sup>. Tuttavia, contribuisce non poco proprio

---

<sup>4</sup> Che può essere tanto interno, sotto il profilo dell’auto-legittimazione intraordinamentale, quanto esterno, dal lato dell’estrinsecazione del dialogo tra formanti. Dal lato interno, cfr. T. LEIGH GROVE, *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*, in *Harvard Law Review*, 114(7), 2001, p. 2051 ss.; L.B. TREMBLEY, *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(4), 2003, p. 525 ss.; R. LETELIER WARTENBERG, M. NICOLINI, *Nulidad y democracia en la justicia constitucional*, in *Revista de Derecho – Consejo de Defensa del Estado*, 11, 2004, p. 55 ss.; F. PALERMO, M. NICOLINI, *Tensions and Influences in Norway and in a Comparative Perspective*, in *Two Centuries of Norwegian Constitution: between tradition and innovation*, The Hague, 2015. Dal lato esterno, invece, cfr. M. NICOLINI, *Considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*, in AA.VV. *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un ‘itinerario’ geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, 2015, p. 79 ss.

<sup>5</sup> Cfr. C.H.J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge (MA), 1983; J. OJWANG, *Legal Transplantation: Rethinking the Role and Significance of Western Law in Africa*, in *Legal Pluralism: Proceedings of the Canberra Law Workshop*, Canberra, 1986, p. 11 ss.; D. KENNEDY, *Political ideology and comparative law*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge (MA), 2012, p. 47 ss.

<sup>6</sup> Cfr. R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, ed. italiana a cura di R. SACCO, Padova, 2004, p. 476 ss.; P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2014, pp. 25 ss. e 156 ss.; P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, Torino, 2016, p. 223 ss. V. anche N. GAROUPA, T. GINSBURG, *Economic analysis of law and comparative law*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, cit., p. 67 ss.; M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., pp. 24-25; A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 14.

<sup>7</sup> Cfr. TH. ALLEN, B. ANDERSON, *The Use of Comparative Law By Common Law Judges*, in *Anglo-American Law Review*, 23, 1994, p. 435 ss.; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; B. MARKESINIS, J. FEDTKE (eds.), *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London, 2006; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 45 ss. e 97 ss.; T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford and Portland (OR), 2013; F. PALERMO, *Judicial dialogue e citazione dei precedenti stranieri. Un contributo alla dogmatica del legal pluralism*, in P. MARTINO (eds.), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d’America*,

l'innesto del formante dottrinale nel corpo delle decisioni assunte dalle Corti di vertice<sup>8</sup>.

Attraverso l'inserimento di citazioni dottrinali nelle decisioni e nell'*iter* logico-giuridico che ne integra la motivazione si assiste, in altre parole, all'apertura di credito «alla dottrina (o più in generale alla “cultura”) a operare come formante»<sup>9</sup>.

Con una peculiarità: a differenza dell'innesto del formante giurisprudenziale, quello del formante dottrinale permette di richiamare anche citazioni di tipologia non giuridica<sup>10</sup>, e si caratterizza pertanto come un intarsio non semplicemente basato su di un dialogo “giuridico” degli attori giurisdizionali, ma altresì su di una *conversation* implicante la possibile recezione di una cultura esterna.

Si permette così la creazione di un *legal environment* in cui risulta possibile ridisegnare un intero contesto ordinamentale: la creazione, in altre parole, di una narrazione in grado di costruire una tradizione costituzionale comparata.

2. La ricerca che si presenta propone di accertare l'attitudine delle Corti di vertice dell'Africa australe – segnatamente, delle Corti di Namibia, Botswana e Lesotho – ad assurgere anch'esse ad “attori di dialogo” globali, in grado cioè di inserirsi all'interno della più volte richiamata *global judicial conversation*<sup>11</sup>. Nel delineare l'ipotesi di lavoro, in particolare, ci si è interrogati sulla possibilità che tale dialogo risultasse integrato – e in caso di esito positivo, in quale misura – anche da quella attività di costruzione dell'identità giuridico-costituzionale che ben può conseguire al recepimento del formante dottrinale nelle decisioni giudiziali delle Corti.

Sotto il profilo della delimitazione spaziale dell'ambito di ricerca, anzitutto, va ricordato come in letteratura si sia proposto di ricostruire un modello areale per fasce concentriche, attraverso il quale identificare prima di tutto il c.d. diritto africano, quale quello caratterizzante gli ordinamenti situati a sud della fascia sub-sahariana

---

Canada, Unione Indiana e Regno Unito, Rimini, 2014, p. 9 ss.; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2014, p. 249 ss.

<sup>8</sup> Tale ultimo formante, infatti, contribuisce anch'esso al funzionamento operativo del *global judicial dialogue*, mediante l'impiego di uno «strumento tecnico in funzione del raggiungimento d'un risultato sostanziale: le tecniche di giudizio e di dialogo come formulazione di argomenti – e giudizi comparativi – per formazione di regole volte alla risoluzione di controversie concrete»: M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 22. Sull'analisi di esso, v. M.C. PONTHEAU, *Le recours à l'“argument de droit comparé” par le juge constitutionnelle. Quelques problèmes théoriques et techniques*, in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, p. 167 ss.; A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 60 ss.; L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 256-257; L. PEGORARO, *Judges and Professors: the Influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts' Decisions*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015.

<sup>9</sup> L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 103.

<sup>10</sup> Cfr. *infra*, nel paragrafo 3.

<sup>11</sup> Cfr. *supra*, note 1 e 2.

del continente<sup>12</sup>; all'interno di esso, poi, trova collocazione il diritto dell'Africa australe<sup>13</sup>.

La delimitazione spaziale, dunque, interseca due direttrici: l'una, appena descritta, spaziale, la quale si muove secondo una specificazione per cerchi concentrici; l'altra, invece, vertente sul ruolo delle famiglie giuridiche, ossia considerante le tradizioni costituzionali così come sviluppatasi all'interno del *commonwealth* africano, in particolare con riferimento al radicarsi del *Roman-Dutch law*<sup>14</sup>.

Nella zona così delimitata gli ordinamenti riscontrabili sono molti (Sudafrica, Namibia, Botswana, Zambia, Malawi, Lesotho, Swaziland e Zimbabwe) e differenziati, passandosi da monarchie a Repubbliche, da Stati democratici a Stati autoritari<sup>15</sup>, da ordinamenti in cui è vigente il diritto romano-olandese nella variante ricevuta dalla "colonia del Capo"<sup>16</sup> ad altri in cui vige il *common law* (Zambia e Malawi).

La scelta di porre l'attenzione sull'impatto del formante dottrinale sulle decisioni delle Corti di vertice di Namibia, Botswana e, seppur in misura inferiore, Lesotho non è affatto casuale: la Namibia, infatti, vede in corso al proprio interno una fase di transizione verso una forma di Stato di democrazia liberale<sup>17</sup>; il Botswana, invece,

<sup>12</sup> V. R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi*, cit., p. 476 ss.; R. SACCO, *Il diritto africano*, con la collaborazione di M. GUADAGNI, R. ALUFFI BECK-PECCOZ, L. CASTELLANI, Torino, 2006, p. 3 ss.; R. SACCO, *The sub-Saharan legal tradition*, in *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, p. 313 ss.; R. ORRÙ, *I Paesi dell'Africa subsahariana*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, p. 555 ss.

<sup>13</sup> Ovverosia «il diritto degli ordinamenti costituzionali dell'Africa meridionale che sono stati colonie, protettorati e *dominions* dell'Impero britannico e che, con l'indipendenza, sono divenuti membri del *Commonwealth*»: v. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., pp. 31-32.

<sup>14</sup> Non appare pertanto condivisibile la delimitazione delle famiglie giuridiche africane per il tramite dei c.d. *ESA States* (*Eastern and Southern Africa*), poiché, oltre ad essere un criterio meramente geografico, raccoglie tutti gli ordinamenti d'area già facenti parte dell'Impero britannico, non dunque solo quelli a *Roman-Dutch law*: cfr. J. HATCHARD, M. NDULO, P. SLINN, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth. An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge, 2010, p. 12 ss. Sul sistema giuridico del *Roman-Dutch law*, v. R.W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford, 1915, p. 15.

<sup>15</sup> L'ordinamento dello Zimbabwe risulta tuttora carente di democraticità al proprio interno. Tuttavia, si segnala come anche le decisioni di tale Stato risultino oggetto di citazione da parte di Corti di vertice dell'area oggetto di studio: v. *Supreme Court of Namibia, Attorney-General of Namibia v Minister of Justice and Others* (P. 12/2009) [2013] NASC 3 (4 April 2013). Altresì, si segnala che l'ordinamento dello Zimbabwe, con la Costituzione del 2013, si è dotato internamente di una Corte costituzionale, competente in materia di sindacato di costituzionalità, di regolarità delle elezioni del Presidente e del Vice-Presidente ed in materia di rispetto delle *constitutional obligations* gravanti in capo al Parlamento e al Presidente: cfr. gli artt. 166 e 167.

<sup>16</sup> «In the late nineteenth century [...] the law of the Cape was extended, bodily, into surrounding British territories in Africa. In this manner the previously mixed laws of the Cape became the common law of Botswana, Lesotho, Swaziland, Zimbabwe, and Namibia»: V.V. PALMER, *A descriptive and comparative overview*, in V.V. PALMER (ed.), *Mixed Jurisdiction Worldwide. The Third Legal Family*, Cambridge, 2001, p. 25. V., altresì, A.J. KERR, *The Reception and Codification of Systems of Law in Southern Africa*, in *Journal of African Law*, 2(2), 1958, p. 82 ss.

<sup>17</sup> J. COTTRELL, *The Constitution of Namibia: An Overview*, in *Journal of African Law*, 35(172), 1991, p.

costituisce l'unico ordinamento dell'area che ha mantenuto in misura stabile un ordinamento democratico sin dal momento dell'indipendenza, avvenuta nel 1966<sup>18</sup>. Per quanto riguarda il Lesotho, infine, il rilievo di tale ordinamento è stato identificato nell'esistenza di quegli stretti legami che esso storicamente ha mantenuto con il Botswana<sup>19</sup>.

Quanto alle modalità di accesso alle Corti esaminate, esse appaiono competenti, similmente alla *Constitutional Court* sudafricana, nel «hear cases by appeal, referral, or direct application»<sup>20</sup>.

Le forme di accesso alla “giurisdizione costituzionale” nei sistemi dell'Africa australe, dunque, potrebbero apparire di caotica pluralità: si va dal *referral* previsto dalla sez. 79(1) e 87(c) della Costituzione della Namibia<sup>21</sup> al ricorso costituzionale diretto esemplificato nella *direct application* di cui alla sez. 22(1) della Costituzione del Lesotho, per finire all'accesso mediante *appeal* al *final adjudicator in constitutional issues*.

Tuttavia, la riconduzione all'ordine viene dal fatto che all'interrogativo se le citazioni dottrinali contenute in sentenze rese in grado di appello<sup>22</sup> siano in grado di qualificarsi come “costituzionali” – ovvero, se il formante dottrinale così richiamato permetta, attraverso il recepimento di un contesto esterno, di plasmare l'identità giuridico-costituzionale dell'ordinamento recepente – non può che essere data risposta positiva.

Le decisioni delle *Courts of Appeal* di Botswana<sup>23</sup> e Lesotho, in primo luogo, consentono di evidenziare tale narrazione (*rectius*, consentono di dotare del carattere “costituzionale” il formante dottrinale utilizzato in decisioni “ordinarie”) per il tra-

---

56 ss.; S.K. AMOO, *The structure of the Namibian judicial system and its relevance for an independent judiciary*, in N. HORN, A. BÖSL (eds.), *The Independence of the Judiciary in Namibia*, Windhoek, 2008, p. 69 ss.; O.C. RUPPEL, K. RUPPEL-SLICHTING, *Legal and Judicial Pluralism in Namibia and Beyond: A Modern Approach to African Legal Architecture?*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 43, 2011, p. 34 ss.

<sup>18</sup> CH.M. FOMBAD, E.K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, Durban, 2006, p. 70; A. COOK, J. SARKIN, *Is Botswana the Miracle of Africa? Democracy, the Rule of Law, and Human Rights Versus Economic Development*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 19(2), 2010, p. 453 ss.

<sup>19</sup> Cfr. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 42 ss. V. anche S. POULTER, *The Common Law in Lesotho*, in *Journal African Law*, 13(3), 1969, pp. 132-133.

<sup>20</sup> L. BERAT, *The Constitutional Court of South Africa and Jurisdictional Questions: In the interest of Justice?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3(1), 2005, p. 45.

<sup>21</sup> Istituto che permette di porre una *constitutional question* alla *Supreme Court*. V. S.K. AMOO, *The structure of the Namibian judicial system*, cit., p. 73.

<sup>22</sup> E laddove l'*appeal* possa essere deciso da una Corte che riveste la qualità di *final adjudicator in constitutional issues*: esso, infatti, è la tipica forma di attivazione della *judicial review on constitutional grounds*. Le Corti di vertice dell'area dell'Africa australe, va ricordato, «cumulano le funzioni di vertice della giurisdizione ordinaria ed esercitano la *judicial review of legislation* secondo lo stilema dei modelli di tipo diffuso»: v. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 83 ss.

<sup>23</sup> Per la struttura della *Court of Appeal* del Botswana, v. CH.M. FOMBAD, E.K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, cit., p. 97 ss.

mite dei frequenti richiami alle disposizioni di tenore costituzionale effettuati anche per la decisione di controversie di varia materia, dimostrando in tal modo una sorta di continua sovrapposizione «tra carattere “diffuso” del controllo di legittimità costituzionale ed esercizio di poteri di gravame»<sup>24</sup>.

La *Supreme Court* della Namibia<sup>25</sup>, invece, muove dal costante riferimento giurisprudenziale per cui il potere, in un ordinamento democratico, si presume assoggettato ai principi costituzionali<sup>26</sup>, così evidenziandosi nelle decisioni rese le tracce dell'immediata precettività della Costituzione e di conseguenza dotandosi anche in tal caso le citazioni dottrinali ivi contenute del carattere “costituzionale”, in grado quindi di consentire il *judicial dialogue* già più volte richiamato e di plasmare l'identità giuridico-costituzionale.

In sostanza, è il forte radicamento della concezione della legge fondamentale come *higher law* a permettere di rinvenire la narrazione costituzionale nelle decisioni delle Corti di vertice dell'Africa australe.

Risulta indifferente, pertanto, il ruolo svolto da esse – se nomofilattico o di *constitutional adjudicator* – nel sistema giurisdizionale del proprio ordinamento. La narrazione che permette la creazione di tradizioni costituzionali comparate, invero, viene resa possibile, attraverso il *global judicial dialogue*, dall'intreccio tra il contesto portato da “narrazioni esterne” e tra leggi abilitate a permeare i sistemi giuridici dell'area di riferimento, ossia il *Roman-Dutch law* e il *customary law*.

In definitiva, risultando di tutta evidenza la loro centralità ordinamentale, le Corti di vertice esaminate appaiono pienamente come soggetti in grado di operare la selezione dei principi giuridici da immettere all'interno del patrimonio giuridico sistematico, divenendo così gli attori istituzionali deputati ad identificare le “strofe” della narrazione in grado di definire l'identità giuridico-costituzionale dell'ordinamento.

3. Passando ad analizzare i dati quantitativi, l'ordinamento della Namibia costituisce l'esempio che è risultato maggiormente recettivo rispetto al recepimento del dialogo interordinamentale per il tramite del formante dottrinale: su 84 decisioni dal 2009 al 2014 della *Supreme Court*, invero, ben 49 sono risultate contenenti dei riferimenti dottrinali, pari al 58,33% del totale.

Sotto il profilo del rimando a citazioni a contenuto giuridico o meno, va segnalato che il 93,4% delle citazioni individuate sono rappresentate da dottrina giuridica, mentre il 6,6% rappresenta citazioni tratte da opere non giuridiche. Tra queste ultime risulta interessante notare come, nella quasi totalità dei casi, venga data enfasi a taluni riferimenti lessicali utilizzati nel corpo delle decisioni mediante il rimando alla citazione della voce lessicale contenuta nei principali dizionari di matrice anglosas-

<sup>24</sup> CH. M. FOMBAD, E.K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, cit., p. 95.

<sup>25</sup> Per la cui struttura v. K. AMOO, *The Structure of the Namibian judicial system*, cit., p. 72; O.C. RUPPEL, K. RUPPEL-SCLICHTING, *Legal and Judicial Pluralism*, cit., p. 42 ss.

<sup>26</sup> V. *Rally for Democracy and Progress and Others v Electoral Commission of Namibia and Others* (SA 6/2010) [2010] NASC 8 (6 September 2010).

sone, come ad esempio, tra gli altri, *The Concise Oxford English Dictionary*, oppure *Shorter Oxford English Dictionary*<sup>27</sup>.

Né sono mancati alcuni episodi citazionali curiosi: in un caso<sup>28</sup>, è stato possibile notare come venisse richiamato il passo di un testo autobiografico scritto da un magistrato inglese, LORD PATRICK DEVLIN, *The Judge*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 63<sup>29</sup>; in altro ancora<sup>30</sup>, si è evidenziato l'inusuale riferimento a KARL MARX, *Capital – A Critical Analysis of Capitalist Production*, Vol. 1, Lawrence and Wishart, Londra, 1974, pp. 318-319<sup>31</sup>.

Quanto alla provenienza degli autori, la quasi totalità dei citati nelle decisioni della *Supreme Court* della Namibia risulta essere di nazionalità sudafricana, circostanza giustificata dalla posizione di egemonia giuridica rivestita dell'ordinamento sudafricano nell'ambito degli ordinamenti dell'Africa australe<sup>32</sup>. Una peculiarità, tuttavia, è rappresentata dalla già richiamata decisione *Africa Personnel Services (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others*, in tema di tutela derivante dai contratti di lavoro, nella quale si riscontrano numerose citazioni di opere di dottrina straniera, tra le quali, oltre al già menzionato riferimento a Karl Marx: N. COUNTOURIS, *The Changing Law of the Employment Relationship: Comparative Analysis in the European Context*, Ashgate Publishing Ltd., England, 2007; C.F. SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 19; S. O'NEILL, *Labour Hire: Issues and Responses*, Research Paper 9/2003-04, Information and Research Services, Parliamentary Library, Commonwealth of Australia, p. 3; R. HALL,

---

<sup>27</sup> Fra le molte, *Kamwi v Duvenhage and Another* (SA 22/2008) [2009] NASC 16 (13 November 2009); *Rally for Democracy and Progress and Others v Electoral Commission of Namibia and Others* (SA 12/2011) [2012] NASC 21 (25 October 2012).

<sup>28</sup> *Motor Vehicle Accident Fund of Namibia v Kulobone* (SA 13/2008) [2009] NASC 1 (5 February 2009).

<sup>29</sup> Il passo viene citato al fine di porre in evidenza i dubbi e i tormenti interiori propri di ciascun giudice all'esito di valutare l'attendibilità di un testimone: cfr. par. 51, «I question whether the respect given to our findings of fact based on the demeanour of the witnesses is always deserved. I doubt my own ability, and sometimes that of other judges to discern from a witness's demeanour, or the tone of his voice, whether he is telling the truth. He speaks hesitantly. Is that the mark of a cautious man, whose statements are for that reason to be respected, or is he taking time to fabricate? Is the emphatic witness putting on an act to deceive me, or is he speaking from the fullness of his heart, knowing that he is right? Is he likely to be more truthful if he looks me straight in the face than if he casts his eyes on the ground perhaps from shyness or a natural timidity?».

<sup>30</sup> *Africa Personnel Services (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others* (SA 51/2008) [2009] NASC 17 (14 December 2009).

<sup>31</sup> In questo caso il rimando è servito ad illustrare i mutamenti intervenuti nel sistema del mercato del lavoro: cfr. par. 23, «This may be illustrated by a borrowed example: No longer was a carriage “the product of the labour of a great number of independent artificiers, such as wheelwrights, harness-makers, tailors, locksmiths, upholsterers, turners, fringe-makers, glaziers, painters, polishers, gilders, etc.” who were independently contracted to perform specific work within thier respective skills, but that of contracted skilled employees who are assembled in one building where they work into one another's hand». Cfr. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., pp. 18-19.

<sup>32</sup> Sul punto si tornerà più approfonditamente *infra*, nel paragrafo 4.

*Labour Hire in Australia: Motivation, Dynamics and Prospects*, Working Paper 76, University of Sydney, aprile 2002, p. 3; C. POWER, *Labour Hire: The New Industrial Law Frontier*, in *Law Institute Journal of Australia*, 76, 2002, p. 64; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Loose-leaf Ed., Carswell Publishers, Scarborough, Ontario, 2007, p. 33.20; K. AHLBERG, *Regulating Temporary Agency Work: On the Interplay between EU-Level, National Level and Different Industrial Relations Traditions*, in M. RÖNNMAR, *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations: Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008.

Dai dati raccolti, risulta pertanto evidente come la *Supreme Court* della Namibia, nella costruzione (e, quindi, narrazione) della propria identità giuridico-costituzionale, faccia abbondante ricorso al formante dottrinale<sup>33</sup>. In altre parole, se l'utilizzo di tale formante può risultare utile quale bagaglio argomentativo al fine di risolvere delle controversie concrete<sup>34</sup>, non si può non ravvisare come la Corte di vertice namibiana faccia ampio ricorso, al fine di legittimare tanto internamente quanto esternamente il proprio *decisum*, alle costruzioni teoriche della letteratura, giuridica o meno.

Per quanto riguarda i casi di Botswana e Lesotho, invece, la tendenza a rafforzare la propria identità giuridico-costituzionale mediante il ricorso alle costruzioni teoriche dottrinali appare meno marcata, pur tuttavia mantenendosi in tali ordinamenti alcuni aspetti di caratterizzazione, primo fra tutti il continuo riscontro del ruolo di egemonia svolto dalla nozionistica della dottrina sudafricana.

Quanto alla *Court of Appeal* del Botswana, su 287 pronunce analizzate dal 2009 al 2015 solamente 33 contengono riferimenti dottrinali, pari all'11,5%. Di esse, 32 (pari al 96,97%) rappresentano citazioni di dottrina giuridica. Si segnala, anche in questo ordinamento e per le stesse finalità già evidenziate in merito alla *Supreme Court* della Namibia, lo sporadico utilizzo di rimandi ai dizionari più diffusi, utilizzati in 4 sentenze sulle 33 contenenti citazioni.

Curiosamente, in una decisione la Corte di vertice ricorre ad un uso metaforico di un testo non giuridico, laddove afferma testualmente: «In my view, the defence of provocation is not available to the appellant merely because he had been attacked by Thespo [...] for him to act like Don Quixote, fighting windmills and in the process look for, chase and kill the deceased»<sup>35</sup>.

Altrettanto curiosamente, l'unica citazione, seppur implicita, di testi non giuridici si riferisce all'opera letteraria di William Shakespeare, *Romeo and Juliet*: «What's in a name? A rose by any other name would smell as sweet»<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Talvolta, addirittura, attraverso citazioni di secondo o di terzo grado. Si veda, ad esempio, *Erongo Regional Council and Others v Wlotzkasbaken Home Owners Association and Another* (SA 6/2008) [2009] NASC 2 (17 March 2009), che richiama la decisione della *South African Appeal Court, Conradie v Rossouw*, 1919 AD279, la quale a sua volta contiene un rimando ai *loci* di Grozio e Voet.

<sup>34</sup> Cfr. *supra*, nota 8.

<sup>35</sup> *S v Sethlabi* (CLCLB-097-08) [2009] BWCA 6 (28 January 2009).

<sup>36</sup> *Verma v Attorney general* (CACLB-050-07) [2009] BWCA 104 (30 July 2009). La Corte effettua tale ri-



Per quanto riguarda la *Court of Appeal* del Lesotho, su 301 pronunce analizzate dal 2009 al 2015 sono 36 quelle che contengono dei riferimenti dottrinali, pari all'11,96%. Delle 58 citazioni evidenziate in tali pronunce, tutte sono di letteratura giuridica o comunque riconducibili alla dottrina giuridica.

Lo scarso utilizzo delle citazioni dottrinali della Corte di vertice del Lesotho, tuttavia, trova un'evidente eccezione in un'ipotesi, rappresentata dalla sentenza *Attorney General v His Majesty the King and Others*, C OF A (CIV) 13/2015, CONS/CASE/02/2015, [2015] LSCA 1 (12 June 2015)<sup>37</sup>, nella quale si riscontra una quantità di citazioni del tutto singolare: SIR I. JENNINGS, *Cabinet Government*, Cambridge University Press Archive, Cambridge, 1959, p. 1; *Halsbury's Laws of England*, V ed., vol. 20, para 215; SIR W.R. ANSON, *The Law and Custom of the Constitution: The Crown*, II, 1907, p. 76 ss.; F.W. MITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1919; A.W. BRADLEY, K.D. EWING, C. KNIGHT, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Book, London, 1997, p. 115 ss.; H. BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, Routledge, 1998, pp. 37 e 388-389; E.C.S. WADE, *Introduction*, in A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Palgrave Mcmillan, 1959; A.H. BIRCH, *Representative and Responsible Government: an Essay on the British Constitution*, Allen & Unwin, 1964; NANA S.K.B. ASANTE, *Reflections on the Constitution Law and Development*, Ghana Academy of Art & Science, 2002, p. 21 ss.; S. DE SMITH, R. BRAZIER, *Constitutional and Administrative Law*, Penguin Books Ltd., 1988, p. 190 ss.; G. MARSHALL, *Ministerial Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, p. 2 ss.

Addirittura, in tale decisione viene citato del materiale dottrinale in cui è la stessa Corte ad indicare direttamente il link cui potersi rifare: O. GAY, T. POWELL, *The collective responsibility of Ministres – an outline of the issues*, 2004, consultabile su [researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP04-82.pdf](https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP04-82.pdf); LIA O'HEGARTY, *Constitutional Parameters of Dail Reform*, consultabile su [www.constitution.ie/Attach](http://www.constitution.ie/Attach)

---

ferimento al fine di contestare la coerenza di talune affermazioni effettuate dal *Botswana Health Profession Council*.

<sup>37</sup> In tema di nomina del Primo Ministro ad opera della Corona. Sotto il profilo della forma di governo, si ricorda che il Lesotho, privato subito dopo l'indipendenza ottenuta nel 1966 della normale prassi democratica attraverso la quale si era organizzato sotto la forma di una monarchia costituzionale, è stato governato per sette anni – dal 1986 al 1993 – da una giunta militare che ha costretto il re all'esilio. Benché la monarchia sia stata successivamente restaurata, l'attuale assetto istituzionale prevede per il re solo poteri limitati e un ruolo cerimoniale. Nel corso degli anni Novanta del secolo scorso i difficili rapporti tra il partito predominante e l'esercito hanno permesso alla monarchia di entrare in una stretta relazione con le forze armate. L'obiettivo era sovvertire il nuovo ordine istituzionale che ne ridimensionava le prerogative: il tentativo, sventato, ha condotto a un periodo di instabilità politica, durante il quale si è ripetuto il ricorso alla forza militare. Le tensioni hanno raggiunto un livello tale da spingere la *Southern African Development Community*, sotto la guida del Sudafrica, a intervenire. Da allora la politica interna si è generalmente svolta in maniera pacifica. Le ultime elezioni si sono svolte nel maggio 2012 e hanno portato alla formazione di un governo di coalizione – il primo nella storia del paese – guidato dal primo ministro Motsaohae Thomas Thabane, che ha spodestato Pakalitha Mosisili, al potere dal maggio 1998.

*mentDownload.aspx*. La Corte di vertice del Lesotho, pertanto, dimostra di essere a piena conoscenza dell'utilizzo che viene fatto delle proprie decisioni, inserendo degli strumenti operativi attraverso i quali gli utenti (informatici) del diritto possono direttamente consultare il contesto giuridico-dottrinale richiamato.

In conclusione, si può notare come l'utilizzo del formante dottrinale nella costruzione dell'identità giuridico-costituzionale sia dunque relativamente simile, quanto alle Corti di vertice di Botswana e Lesotho: entrambe, invero, mostrano un grado di citazione della dottrina in percentuali analoghe, ovverosia intorno al 12% circa del totale delle decisioni analizzate. Ciò, del resto, non deve stupire più di tanto, posto che, come rilevato in precedenza<sup>38</sup>, tali due ordinamenti sono sempre stati storicamente legati tra loro.

4. Sotto il profilo della costruzione della propria identità giuridica, gli ordinamenti analizzati risultano debitori nei confronti del contesto sudafricano e della narrazione costituzionale da quest'ultimo sistema derivante.

I precedenti giurisprudenziali della *Constitutional Court of South Africa*, invero, fungono da costante riferimento per la risoluzione dei casi analizzati dalle Corti di vertice dell'area contigua<sup>39</sup> e per la conseguente armonizzazione di quella che può essere definita l'autonoma famiglia giuridica dell'Africa australe<sup>40</sup>, costruita sulle fondamenta della *Roman-Dutch law* ricevuta dalla Colonia del Capo<sup>41</sup>.

Tuttavia, non meno utile alla costruzione dell'identità giuridico-costituzionale appare il contributo apportato dal formante dottrinale sudafricano. Esso, infatti, risulta parimenti utile per elaborare una "narrazione" prodromica alla formazione di quelle tradizioni costituzionali cui già si è fatto cenno<sup>42</sup>.

Una prima "recezione" dottrinale del contesto ordinamentale sudafricano deriva dal dato storico.

Con riferimento alle decisioni della *Supreme Court* della Namibia, ad esempio, si può notare il rinvio effettuato da tale giurisprudenza ad alcune opere della dottrina

<sup>38</sup> Cfr. *supra*, nota 19. V., altresì, E. BEARDSLEY, *The Common Law in Lesotho*, in *Journal of African Law*, 14(3), 1970, p. 198 ss.

<sup>39</sup> V., *ex multis*, *High Court of Lesotho, Nonkululeko Zaly v The Prime Minister and Others* (Constitutional Case No 15/2013) [2014] LSHC 26; *High Court of Lesotho, Division Metsing v Director General, Directorate of Corruption and Economic Offences and Others* (Constitutional Case No 11/2014) [2015] LSHC 1; *Supreme Court of Namibia, Ex Parte: Attorney-General, In Re: Corporal Punishment by Organs of State*, (SA 14/90) [1991] NASC 2; *Supreme Court of Namibia, Government of the Republic of Namibia and Another v Cultura 2000 and Another*, 1991 (3) SA 76 (NmSc) (5 April 1991). Per il rimando alla giurisprudenza sudafricana come precedente meramente persuasivo, v. *High Court of Botswana, Attorney General v Botswana LandBoards & Local Authorities Workers Union and Others*, (CACGB-053-12) [2013] BWCA 8 (20 March 2013). Cfr. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 36 ss.

<sup>40</sup> V. il contributo di M. NICOLINI pubblicato nel presente volume.

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, nota 16.

<sup>42</sup> Cfr. *supra*, paragrafo 1.

in lingua *afrikaans*<sup>43</sup>, assistendosi in tal modo ad un *continuum* nell'evoluzione del sistema namibiano per il tramite di una narrazione che, senza soluzione di continuità, legittima la propria identità anche attraverso l'eredità storica derivante dall'amministrazione fiduciaria, prima, dall'annessione al Sudafrica del 1948, poi.

Del resto, occorre tenere a mente sia che i sistemi africani in genere appaiono quali sistemi a "diritto stratificato"<sup>44</sup>, ovvero si evoluti al proprio interno grazie all'intarsio continuo tra *Roman-Dutch law* e tecniche decisorie di *common law*, sia, ancora, come in Namibia l'estensione del sistema giuridico romano-olandese si sia compiutamente realizzata solamente al termine del primo conflitto mondiale<sup>45</sup>; sia, infine, come detto intarsio con il sistema preesistente e l'ibridazione che ne è derivata siano risultate di assoluto rilievo.

L'eredità storica testimoniata dalle citazioni dottrinali in lingua *afrikaans*, dunque, rappresenta un esempio di applicazione pratica dell'utilizzo del patrimonio genetico del costituzionalismo namibiano delle Corti di vertice dell'Africa australe, del tutto funzionale allo sviluppo di tradizioni costituzionali comparate in grado di legittimarne l'identità giuridico-costituzionale<sup>46</sup>.

Una seconda recezione è rappresentata dalla citazione di quelle che potrebbero essere definite le moderne *auctoritates* dottrinali sudafricane<sup>47</sup>.

Le Corti di vertice di Namibia, Botswana e Lesotho, come già si è ricordato, evidenziano un ampio grado di subordinazione all'ordinamento sudafricano, il quale ben si evidenzia anche sotto il profilo delle opere dottrinali menzionate dalle Corti nel corpo delle pronunce: la maggior parte dei testi di letteratura giuridica citati, infatti, risultano opera della dottrina sudafricana<sup>48</sup>.

Se il rinvio ai testi dottrinali all'interno delle decisioni giurisprudenziali risulta funzionale all'esistenza di una *conversation* implicante il possibile recepimento di una cultura ordinamentale "altra" (nel caso di specie, sudafricana) nella sua globalità, va evidenziato come l'intarsio tra *Roman-Dutch law* e tecniche di giudizio di *common law* venga nuovamente in rilievo. Entrambi i modelli giuridici, invero, sono

---

<sup>43</sup> V., ad es., *Uunona and Another v S* (SA 37/2008) [2009] NASC 12 (23 July 2009), dove viene citato J. KRIEGLER, *Hiemstra: Suid-Afrikaanse Straffproses*, V ed., p. 765 ss.; oppure ancora *Kuiiri and Another v Kandjoze and Others* (SA 42/2007) [2009] NASC 15 (3 November 2009), con il riferimento a C.G. VAN DER MERWE, *Sakereg*, II ed., pp. 118-119; *Gawanas v Government of the Republic of Namibia* (SA 27/2009) [2012] NASC 1 (3 April 2012), con il riferimento a C.G. VAN DER MERWE EN OLIVIER, *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg.*, VI ed.; *Stier and Another v Henke* (SA 53/2008) [2012] NASC 2 (3 April 2012), con il riferimento a C.W.H. SCHMIDT, *Bewysreg*, IV ed.

<sup>44</sup> V. R. SACCO, *Il diritto africano*, cit., pp. 4 e 56.

<sup>45</sup> Cfr. *infra*, nota 53.

<sup>46</sup> Cfr. *infra*, paragrafo 5.

<sup>47</sup> Tra le quali, a titolo di esempio, R.H. CHRISTIE, *The Law of Contract in South Africa*; HERBSTEIN AND VAN WINSSEN, *The Civil Practice of the High Courts and the Supreme Court of Appeal of South Africa*; C. HOEXTER, *Administrative Law in South Africa*; NEETHLING, POTGIETER AND VISSER, *The Law of Delict*. V., altresì, M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 41.

<sup>48</sup> V. *supra*, paragrafo 3.

esempi di un diritto senza legislatore; in quanto tali, entrambi poggiano su di un'attività giurisprudenziale che cerca modelli autorevoli di riferimento e non mere enunciazioni di principio positivamente predeterminate.

Anche i modelli citazionali appena descritti, pertanto, pongono rilevanti questioni metodologiche.

È l'eredità europea derivante dal recepimento del contesto esterno sudafricano a permettere l'avvio della narrazione costituzionale negli ordinamenti di Namibia, Botswana e Lesotho. In altre parole, l'intarsio tra *Roman-Dutch law* e *common law* permette di porre in piena luce la costruzione dell'identità giuridico-costituzionale degli ordinamenti dell'Africa australe anche con riferimento al formante dottrinale.

Quest'ultimo, in forza della *global judicial conversation*, consente infatti di porre a confronto tra loro istituti della tradizione giuridica africana a costruzioni teoriche degli ordinamenti occidentali, permettendo così, attraverso una narrazione costituzionale "composita", ma tuttavia non debitrice di una logica sistemica gerarchizzata<sup>49</sup>, l'avvio di un processo di innovazione (*rectius*, di definizione identitaria) del sistema giuridico recepite.

5. Dall'analisi delle citazioni dottrinali presenti nella giurisprudenza delle Corti di vertice più volte indicate, l'ordinamento che, grazie anche ad alcune peculiarità dell'evoluzione storica interna, ha permesso di evidenziare il tentativo, forse più compiuto, di affermare la propria identità giuridico-costituzionale è risultato essere quello del Lesotho.

Dall'esame delle pronunce rese dalla *Court of Appeal*, infatti, emerge pienamente quell'esempio di narrazione costituzionale "composita" cui si è fatto riferimento in precedenza, capace di plasmare l'identità ordinamentale predetta per il tramite di una stretta commistione tra recepimento di contesti esterni ed applicazione di *customary law*<sup>50</sup>, *common law* e *Roman-Dutch law*.

La singolarità che ha permesso di identificare la Corte quale vero e proprio attore del *constitutional dialogue* risiede nel fatto che, ove ritenuto opportuno per la creazione della propria narrazione costituzionale, essa effettua un rimando a citazioni dottrinali "interne".

Per una più chiara comprensione di tale scelta non può prescindersi da quella che è stata l'evoluzione storico-giuridica dell'ordinamento.

---

<sup>49</sup> Sulla concezione "etnocentrica" dei sistemi giuridici v. A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 14 ss.; P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 25 ss. Sulla presunta maggiore funzionalità del sistema di *common law*, v. R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 57(4), 2009, pp. 765 ss.; A. GAMBARO, *Misurare il diritto?*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012, p. 33 ss.

<sup>50</sup> Cfr. W. TWINNING, *The Restatement of African Customary Law: A Comment*, in *Journal of Modern African Studies*, 1963, p. 221 ss.; C.M.N. WHITE, *African Customary Law: The Problem of Concept and Definition*, in *Journal of African Law*, 9, 1965, p. 86 ss.; P. FITZPATRICK, *Traditionalism and Traditional Law*, in *Journal of African Law*, 28, 1984, pp. 20-21; W. LENHART, *The Role of Courts in the Conflict between African Customary Law and Human Rights*, in *South African Journal of Human Rights*, 2005, p. 241 ss.

Invero, l'incontro avvenuto nel 1872 tra magistrati britannici e giudici dell'allora Basotho<sup>51</sup> diede avvio a quell'operazione di sincretismo tra *common law* inglese, *Roman-Dutch law* e *Sotho law*<sup>52</sup> che segnò l'inizio del sistema giuridico plurale del moderno Lesotho. A tutto ciò, inoltre, si deve aggiungere il tratto peculiare rappresentato dall'intarsio tra le norme precettive anzidette e il sostrato formato dalla previgente *customary law*.

Nel momento in cui il Basotho fu dichiarato colonia della Corona britannica, dunque, l'amministrazione coloniale gettò le basi di quello che appare ancora oggi come il primo sistema giuridico organizzato del Paese, attraverso l'emanazione della *General Law Proclamation* del 29 maggio 1884<sup>53</sup>.

In seguito, nel 1903, l'amministrazione creò il primo formale organismo politico decisionale – il *Basutoland National Council*<sup>54</sup> – che, seppur non dotato di poteri legislativi, promulgò ad uso dei giudici locali una raccolta di leggi e consuetudini locali previgenti, più tardi identificata come *Laws of Lerotholi*<sup>55</sup>, nata in sostanza quale contenitore positivo della *customary law* del Paese.

Quest'ultima decisione rappresentò un'innovazione di non poco momento, posto che in molti paesi africani i principi della *customary law* rimasero spesso non codificati e difficilmente conoscibili<sup>56</sup>. Essa, ad ogni buon conto, sembrò dettata, oltre che da una volontà di restituire fiducia alle popolazioni locali nei confronti dell'amministrazione coloniale, da quella di assicurare una sorta di continuità del nuovo sistema giuridico trapiantato nella colonia con quello tradizionale preesistente nel Paese.

In altre parole, la portata principale di tale iniziativa fu quella di assicurare un contingente meccanismo giuridico di transizione per le popolazioni native, affinché esse potessero meglio assimilare le novità giuridiche trapiantate nel Paese.

---

<sup>51</sup> V., in prospettiva storica, R. WEISFELDER, *The Basotho Nation-State: What Legacy for the Future?*, in *Journal of Modern African Studies*, 19, 1981, p. 221 ss.

<sup>52</sup> Cfr. T. BLANCHET-COHEN, *Mosboesoe, the Chieftainship and the Basotho: The Past Lingers on: A Review Article*, in *Journal of South African Studies*, 3, 1975, p. 230 ss.; V.V. PALMER, *Mixed Jurisdiction Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge, 2001, pp. 479-480. Per l'idea che nulla di nuovo venne realmente prodotto v. K. REID, *The Idea of Mixed Legal System*, in *Tulsa Law Review*, 78(5), 2003, p. 24 ss.

<sup>53</sup> *Proclamation R2B of 29 May 1884 (S. Afr.)*.

<sup>54</sup> V. J.E. BARDILL, J. COBBE, *Lesotho: Dilemmas of Dependence in Southern Africa*, Boulder (CO), 1985, p. 22 ss.; L.B.B.J. MACHOBANE, *Government and Change in Lesotho 1800-1966: A Study of Political Institutions*, UK, 1990, p. 25 ss.

<sup>55</sup> *Ex multis*, S. POULTER, *The Place of the Laws of Lerotholi in the Legal System of Lesotho*, in *African Affairs*, 71, 1972, p. 144 ss.

<sup>56</sup> V. A.N. ALLOT, *The Judicial Ascertainment of Customary Law in British Africa*, in *Modern Law Review*, 20, 1957, p. 244 ss. V. anche, per il Botswana, la section 7(2) del *Common Law and Customary Law Act* del 1961: «[i]f any court entertains any doubt as to the existence or content of a rule of customary law relevant to any proceedings, after having considered such submissions thereon as may be made by or on behalf of the parties, it may consult reported cases, textbooks and other sources and may receive opinions either orally or in writing to enable it to arrive at a decision in the matter [...]».

La singolarità ordinamentale, tuttavia, si manifestò in ciò, ossia nella circostanza per cui la *customary law*, una volta compiutasi la sua eccezionale “codificazione”, rimase comunque dotata di precettività per un periodo ben successivo all’indipendenza del Paese<sup>57</sup> (ottenuta nel 1966), seguitando dunque a permeare di sé l’intero ordinamento e, per quanto qui interessa, il ragionamento giuridico e in particolar modo l’interpretazione giurisprudenziale.

La “codificazione” della *customary law* potrebbe per certi versi militare in senso contrario allo sviluppo di un sistema legale dinamico<sup>58</sup>. Tuttavia, va osservato come questa particolare branca “consuetudinaria” del diritto, lungi dal rinchiudersi in un’applicazione autoreferenziale e non precisamente identificata, non sia rimasta priva di un formale riscontro giustiziale.

Sin dal 1938, infatti, la *Native Courts Proclamation* identificò quelle corti competenti a rendere giustiziabili le controversie normate dalla *customary law*. Con l’emanazione della *Central and Local Courts Proclamation*<sup>59</sup>, tale giustiziabilità venne garantita dalle *Basotho Courts*, alle quali venne attribuita la competenza giurisdizionale su tutte le controversie inerenti materie regolate dalla *customary law* (*rectius*, dalle *Laws of Lerotoli*)<sup>60</sup>.

Quanto evidenziato permette di notare come la portata dell’evoluzione storico-giuridica del Lesotho non si esaurisca nel mero dato antiquario.

Le soluzioni adottate, invero, sono sopravvissute all’indipendenza del Paese ed oggi la quantità di controversie inerenti la *customary law* sono tuttora poste al vaglio delle *Basotho Courts*, sino ad arrivare al ruolo di *oversight* svolto delle *High Courts*<sup>61</sup> e, in caso di appello alle decisioni rese da queste ultime, della *Court of Appeal*.

La pratica, inoltre, ha mostrato che le corti del Lesotho applicano o comunque fanno tuttora riferimento alle *Laws of Lerotoli*, nel momento in cui non trovino un differente riscontro normativo sovraordinato<sup>62</sup> per la risoluzione del caso: è, questo, il caso delle controversie inerenti tematiche quali la materia successoria e quella patrimoniale<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. S. POULTER, *Marriage Divorce and Legitimacy in Lesotho*, in *Journal of African Law*, 21, 1977, pp. 66-67.

<sup>58</sup> L. JUMA, *The Laws of Lerotoli: Role and Status of Codified Rules of Custom in the Kingdom of Lesotho*, in *Pace International Law Review*, 23, 2011, p. 92 ss.

<sup>59</sup> V. la Section 2, *Central and Local Courts Proclamation* 62 of 1938.

<sup>60</sup> Cfr. S. RUGEGE, *The Struggle over the Restructuring of the Basotho or Chiefs’ Courts in Lesotho: 1903-1950*, in *Lesotho Law Journal*, 3, 1987, p. 159 ss.

<sup>61</sup> M. MAMASHELA, *Family Law Through Cases In Lesotho, Introduction*, The National University of Lesotho, Women and Law in Southern Africa Research Project, 1991.

<sup>62</sup> Cfr. S. POULTER, *The Place of the Laws of Lerotoli in the Legal System of Lesotho*, cit., p. 152 ss.; L. JUMA, *The Laws of Lerotoli*, cit., pp. 118-119.

<sup>63</sup> Cfr. W.C.M. MAQUTU, *Reception of Roman-Dutch and the Common Law in Southern Africa and Lesotho*, in M. DOUCET, J. VANDERLINDEN (eds.), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruxelles, 1994, pp. 479-480; L. JUMA, *The Laws of Lerotoli*, cit., pp. 122-123.

Con specifico riguardo a queste ultime, l'analisi delle pronunce rese della *Court of Appeal* ha permesso di evidenziare, come già si è detto, una peculiarità, ovvero come il ruolo della *customary law*, per il tramite dell'operatività del formante dottrinale "interno", possa creare una tradizione costituzionale comparata.

Detto meccanismo, in special modo, appare operante in tre delle decisioni analizzate.

Anzitutto, *Matekane v Matekane* (C OF A) [2010] LSCA 37 (22 October 2010), con la citazione di W.C.M. MAQUTU, *Contemporary Family Law of Lesotho*, 1992, p. 255, laddove l'applicazione della *customary law* – effettuata dalla corte di primo grado – viene negata in grado d'appello in virtù del richiamo espresso all'esistenza di una norma positiva sovraordinata per la risoluzione della controversia:

«In explaining what constructive desertion may mean say (sic), it is where "one spouse performs acts that would reasonably torture the other spouse either physically or emotionally." It is trite that our common law recognises only two grounds of divorce, namely (1) adultery and (2) malicious desertion. It follows that the court a quo was wrong to grant divorce on a non-existent ground of constructive desertion. It has no power to create a new ground as it purported to do. That function is reserved for the Legislature».

Ancora, in tema di successione ereditaria all'interno della famiglia, la pronuncia *Rasekoai and Another v Rasekoai and Others* (C of A (CIV) 30/2010) [2011] LSCA 18 (20 April 2011), cita W.C.M. MAQUTU, *Contemporary Family Law (The Lesotho Position)*, II ed., p. 288, nella quale la *customary law* come codificata attraverso le *Laws of Lerotholi* viene invocata a supporto della decisione del caso di specie<sup>64</sup>:

«The Laws of Lerotholi I (1959 edition) state in section 11 (1) that the heir is the first male child of the first married wife. It then goes on to provide for the situation where there is another wife i.e. a second house, but in this case there was only one house. The deceased's heir apparent while his eldest son was alive was therefore the latter. The question, then, is what effect the eldest son's having predeceased the deceased has had on the line of succession. [...]

Section 11 (1) of the Laws of Lerotholi make it clear that male primogeniture is fundamental. This already loads the scales in favour of the second appellant's being the deceased's heir. The second appellant is not the deceased's eldest son but as the senior grandson he is in the male primogeniture line and that, as indicated, serves to give him precedence. [...]

In *Contemporary Family Law (The Lesotho Position)*, 2nd edition, Maqutu states at 288 that a widow's offspring take on the rights and status of their father (her husband) even when the latter has long since died. Quite clearly the second appellant is his deceased father's heir. That being so, the first appellant is not. And if she is not her hus-

---

<sup>64</sup> Cfr. J. OMOTOLA, *Primogeniture and Illegitimacy in African Customary Law: The Battle for Survival of Culture*, in *Indian International & Comparative Law Review*, 15, 2004, p. 115 ss.

band's heir still less can she be the heir of her father-in-law. So really the contest narrows down to the rival claims of the second appellant and the first respondent».

Infine, viene in rilievo la decisione *Moneuoa v Moneuoa Allocation Allotment compensation* (C OF A (CIV) 42/2014) [2015] LSCA 6 (7 August 2015), con la citazione di W.C.M. MAQUTU, *Contemporary Family Law of Lesotho*, p. 170, in cui la *customary law* è espressamente indicata tra le fonti giuridiche alle quali il giudice può attingere per decidere la controversia sottoposta al suo esame:

«The pre-occupation of counsel with the question of ownership of the smaller field was not warranted having regard to the applicable law. [...] What the mother did can in no way be construed at law as an allocation of the fields to his sons. She did not have the power at law to do that. She of course had rights over the fields passed on to her by custom, as later codified by s 5(2)(a) of the Land (Amendment) Order 1992. W.C.M. Maqutu in *Contemporary Family Law in Lesotho* at p. 170 states that widows were allowed under indigenous law to occupy their marital home and to use the arable lands allocated to their husbands until their deaths. [...] In terms of the Land (Amendment) Order, the widow is given the same rights as her deceased husband subject to those rights passing to the heir or the person referred to in s 5(2)(c) of that Order. There was nothing in law, whether customary law or common law, prohibiting the widow in this case from making the allotment that she did. It was an allotment designed to ensure that, during her lifetime, her sons exercised her rights in and over the fields. That allotment did not, and could not have, divested the heir of his right of inheritance».

Sulla scorta di quanto evidenziato sinora, appare di tutta evidenza come nel sistema giuridico del Lesotho l'intreccio tra *customary law*, *Roman-Dutch law* e *common law* abbia permeato di sé non soltanto l'ordinamento "coloniale", ma anche il moderno sistema giuridico del Paese<sup>65</sup>.

In particolare, non vi è traccia attuale di alcuna preferenza o disvalore di sorta circa il ruolo informale svolto dalla *customary law*. La Corte, in altre parole, si rifà ad essa nel momento in cui non ravvisi altra fonte normativa – scritta o di *common law* (*Roman-Dutch law* o inglese) che sia – applicabile alla controversia.

Le *Laws of Lerotholi*, dunque, costituiscono un perfetto esempio di regole codificate che, sotto molti profili, hanno perso la loro rilevanza contingente. Purtuttavia, l'autorità è rimasta del tutto inalterata sino ai tempi odierni, dotando l'ordinamento del Lesotho di una peculiarità rispetto agli altri sistemi limitrofi dell'Africa australe, ovvero renderlo, per il tramite del formante dottrinale "interno" così come recepito dalla *Court of Appeal*, un sistema in grado di (tentare di) accreditare nella *global conversation* la propria autonoma identità giuridico-costituzionale<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> V., *ex multis*, Q. LETSIKA, *The Place of Sesotho Customary Law Marriage Within the Modern Lesotho Legal System*, in *University of Botswana Law Journal*, 2005, p. 73 ss.

<sup>66</sup> Per un atteggiamento critico verso la persistenza di tale autorità nel senso dell'ostacolo ad una vera de-



Quanto detto sinora, pertanto, permette di comprendere i motivi grazie ai quali poter accreditare la Corte come un vero e proprio attore del *judicial dialogue* e, in particolare, perché si possa ritenere che l'attività decisoria svolta porti all'esistenza di quella che può essere definita una vera e propria tradizione costituzionale comparata.

La Corte, infatti, si adopera in un (riuscito) tentativo di legittimazione della propria identità giuridico-costituzionale attraverso dei rimandi alla dottrina locale, i quali, lungi dall'essere intesi nel senso di una volontaria esclusione dell'apporto giuridico "esterno", propongono un voluto accreditamento privilegiato delle proprie tradizioni giuridiche, segnatamente della *customary law* come "codificata" nelle *Laws of Lerotoli*. Come dire: più forte viene a costruirsi l'identità costituzionale "domestica", più "spendibile" questa appare nella *global conversation*.

Si viene così a realizzare una narrazione che, partendo dalle tradizioni del *customary law* e con la mediazione dell'eredità del *Roman-Dutch law*, prima, e all'applicazione degli istituti del *common law*, poi, pone in essere, oltre che un pratico esempio di rottura del pregiudizio etnocentrico da parte di un attore del dialogo costituzionale globale, quella che è una vera e propria (auto)legittimazione della propria identità giuridico-costituzionale.

---

mocratizzazione degli istituti dell'ordinamento giuridico del Lesotho, v. L. JUMA, *The Laws of Lerotoli*, cit., pp. 144-145: «codification has led to what can be termed as adverse traditionalism, where rules of customary law are seen as a buffer to democratization and social transformation as well as an official limitation to individual rights and freedoms. Undoubtedly, this bears consonance to the role that official customary law had played in legitimising political authority and governance. The introduction of customary law as a component of the colonial judicial enterprise and the sustenance of it, to a lesser degree, arguably constitutes evidence of its utility as a structure of further economic and political coercion».



---

## LA CIRCOLAZIONE DEL FORMANTE DOTTRINALE NELLA GIURISPRUDENZA TEDESCA

---

ROCCO FAVALE

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza per la dottrina. – 2. La dottrina per la giurisprudenza. – 3. L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza. La vicenda del contratto con effetti protettivi per i terzi. – 3.1. L'emancipazione del contratto con effetti protettivi per i terzi dal contratto a favore di terzi. – 3.2. Ascesa e caduta dei rapporti contrattuali di fatto. – 3.3. Fecondazione eterologa e contratto a favore di terzi. – 4. Il dovere della giurisprudenza di seguire la dottrina: l'esempio svizzero.

1. Il formante dottrinale assolve, accanto alle funzioni di interpretazione e di ricostruzione (del sistema), anche quella di partecipare al processo di creazione del diritto, in particolare della formazione del diritto giurisprudenziale<sup>1</sup>.

Quest'ultima funzione evoca la dimensione applicativa della scienza giuridica concretizzando le prime due funzioni teoriche (ermeneutica e sistematica).

I mutamenti di indirizzo della giurisprudenza, la loro fondatezza trovano base immediata nello studio e nelle proposte della dottrina.

La stessa a valle misura la consistenza e il grado di persuasività della singola sentenza nonché il suo impatto entro le coordinate del sistema.

Una soluzione giurisprudenziale non può ritenersi vincolante se non è fondata sugli apporti della dottrina. Una decisione che ignora il tessuto sistematico annodato dalla dottrina costituisce una risposta instabile e precaria, facile da cancellare fra le regole viventi.

L'intimo legame fra Scuola e giurisprudenza postula una collaborazione fra le stesse che nel corso della storia è stata assente.

Se anteriormente al BGB esisteva una contrapposizione fra teoria e prassi a seguito dell'atteggiamento burocratico assunto dai funzionari prussiani, all'indomani del codice guglielmino la posizione degli studiosi muta nei confronti della giurisprudenza.

Indizio rilevante sta nelle note dei manuali di diritto civile, che contengono gli estremi delle prime sentenze del *Reichsgericht* e nello sviluppo di decisioni commen-

---

<sup>1</sup> Istruttiva, in proposito, l'opera in tre volumi di M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Milano, 2002, soprattutto il secondo volume dedicato al Novecento.

tate dai professori. A ciò si aggiunge la presenza nelle aule universitarie di questioni risolte dalla giurisprudenza.

Il formante giurisprudenziale oggi rappresenta una delle componenti principali di studio e di riflessione da parte della dottrina.

2. Negli ordinamenti di *civil law*, che ignorano sotto il profilo del formante legale il vincolo del precedente giudiziale, il *Richterrecht* non pare distinguersi dallo *Juristenrecht*.

La decisione del giudice è un'opinione che conta quanto quella di un qualsiasi giurista, e che acquisisce consenso soltanto attraverso la sua capacità persuasiva.

La sentenza del giudice costituisce norma individuale astretta al caso al quale lega il suo destino.

Le opinioni dottrinali entrano nel tessuto dell'ordinamento soltanto allorché la giurisprudenza le fa sue.

Helmut Coing avvertiva che «la scienza giuridica non ha null'altro da fare che preparare decisioni giuridiche nella prassi»<sup>2</sup>.

La dogmatica, in quanto studio del diritto in funzione applicativa, «vive nella speranza di poter convincere il giudice, in modo che un'altra serie di giudicati renda effettive le sue opinioni, integrandole nell'ordinamento giuridico»<sup>3</sup>.

La tesi dottrinale, che la giurisprudenza non accoglie o ignora, rappresenta pura ricostruzione intellettuale che confida in un futuro suo accoglimento da parte dei giudici. In caso contrario, l'opinione resta all'esterno del diritto operativo.

In questo senso costituisce un falso problema verificare se il giudice nel caso concreto faccia riferimento alle decisioni precedenti ovvero alle opinioni della dottrina. Non fa molta distinzione l'opinione del giurista scrivente e quella adottata dal giurista decidente.

Diversamente, allorché alle spalle del problema da decidere esista un'opinione consolidata della giurisprudenza. Salvo che il giudice decidente non sia alla ricerca di argomenti persuasivi per giustificare un diversa conclusione.

In sostanza, le opinioni della dottrina hanno un peso per il giudice che deve decidere, ad eccezione di ricostruzioni dottrinali così teoriche da perdersi nel cielo dei concetti (*Begriffshimmel*).

All'opposto, la dottrina continua ad avere il monopolio del compito di ordinare le regole del formante giudiziale entro il sistema delle nozioni componenti l'ordinamento, al quale il giudice successivamente tornerà nel suo lavoro quotidiano.

La giurisprudenza, già del RG, fin dal principio confrontava le proprie decisioni con le opinioni dottorali, e nella parte motiva instaurava un dialogo con la dottrina.

<sup>2</sup> H. COING, *Die juristische Auslegungsmethode und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Köln-Opladen, 1959, p. 23.

<sup>3</sup> Testualmente, M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1976, p. 320, ove ammonisce che mentre la giurisprudenza decide la dottrina può soltanto proporre.

La tradizione tedesca si sviluppa in guisa tale che le *Entscheidungen* delle Supreme Corti, in alcuni luoghi si tramutano in trattazioni scientifiche, ossia in trattazioni dottrinali che addirittura contaminano lo stile del giurista-decidente.

I discorsi raffinati della dottrina entro la trama della decisione giudiziale a volte minano la credibilità e il prestigio della giurisprudenza e della sentenza.

Tuttavia, il metodo dialogico adottato dai giudici, di là da pericoli metodologici conseguenti all'intreccio tra i formanti teorico-dogmatico e pratico, è idoneo a porre un sigillo di scientificità alle decisioni, nel senso di consentire agli studiosi di percorrere le trame, i percorsi normativi per la soluzione del caso.

L'uso delle opinioni dottrinali obbligano il giudice a dichiararle, al fine di consentire un reale controllo dei percorsi motivazionali. Questa è l'unica strada che permette di garantire il controllo e la qualità scientifica del provvedimento giudiziale<sup>4</sup>.

3. Fra i moltissimi esempi che testimoniano l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza si può richiamare la vicenda del contratto con effetti protettivi per i terzi, la quale ha tratto alimento dalla conformazione strutturale che caratterizza il sistema della responsabilità extracontrattuale fondato, com'è noto, sulla scelta tassativa seguita dal legislatore dei beni da tutelare contenuta nel § 823 BGB. La separazione del codice tedesco dalla regola onnicomprensiva perseguita dall'art. 1382 *code civil* si è dimostrata deficitaria<sup>5</sup>, costringendo la dottrina e la giurisprudenza a pensare strumenti che garantissero un'espansione della responsabilità contrattuale oltre le parti.

La figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* si sviluppa grazie all'apporto determinante della dottrina, a partire dal *Capuzolfall* alla fine degli anni Cinquanta<sup>6</sup>, attraverso la sua separazione dall'istituto del contratto a favore di terzi<sup>7</sup>.

Il caso del Capuzol trova la sua preparazione argomentativa nel caso della macchina trebbiatrice (*Dreschmaschinenfall*)<sup>8</sup>, il quale si caratterizza quale leva per la dottrina per fondare la teoria del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. Ciò che accade nel *Capuzolfall*.

---

<sup>4</sup> Al contrario, può esistere un dovere della giurisprudenza di non rivelare la fonte bibliografica (come il nostro diritto) o addirittura di non prendere in considerazione le diverse posizioni dottrinali. Per quest'ultimo caso, in passato vi sono due esempi: il § 6 *Einleitung*, ALR: «Per le decisioni future, il giudice non deve considerare le opinioni della dottrina né le precedenti decisioni»; il § 14 *dell'ABGB für den Kanton Aargau*: «Nessun giudice può interpretare od integrare il codice vigente recependo nella sua sentenza una legge straniera o la concezione di una dottrina a fondamento della decisione». Forse fra le due forme di divieto, quello più dannoso per la naturale *Fortbildung* dell'ordinamento è la prima, già soltanto per la confusione che crea nei rapporti fra dottrina e giurisprudenza. Ma tant'è!

<sup>5</sup> Oggi art. 1240, sulla base della recentissima riforma adottata dalla *Ordonnance*, 10 febbraio 2016, n. 2016-131 (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*) e che entrerà in vigore il 1° ottobre 2016.

<sup>6</sup> BGH, 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

<sup>7</sup> In proposito, utili le considerazioni di C. BADDE, *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte im Lastschriftabkommen der Banken*, Münster, 1979, p. 56.

<sup>8</sup> BGH, 25 aprile 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193.

I casi richiamati riguardano il contratto di vendita di beni di utilizzo professionale – e per questo sistemati nell'alveo della responsabilità del produttore – la cui peculiarità sta nell'allargamento della tutela contrattuale a favore di terzi danneggiati.

Non può essere trascurato che il problema dell'estensione della responsabilità contrattuale a soggetti terzi nasce già nella prima decade di applicazione del BGB nei contratti di trasporto<sup>9</sup>, di trattamento medico<sup>10</sup>, di locazione nonché d'opera. Sullo sfondo della questione v'è la necessità di non agevolare il debitore inadempiente, che avesse eseguito la prestazione mediante ausiliari, con la prova liberatoria prevista dalla disposizione del § 831 BGB. In seno al contratto di locazione, la S. Corte imperiale riconosce a favore del terzo (figlia del conduttore) un risarcimento del danno contrattuale a carico del locatore<sup>11</sup>. Nel *Tuberkulosefall* il RG riconosce in capo alla figlia del conduttore di immobile un risarcimento del danno per aver contratto la tubercolosi sulla base della figura del contratto a favore di terzi. Con la stipula del contratto di locazione viene attribuito al locatario l'intenzione, conoscibile per il locatore, di tutelare anche gli interessi dei familiari conviventi, concedendo loro gli stessi diritti del conduttore alla salubrità dell'appartamento<sup>12</sup>.

Nello stesso solco argomentativo si pone la giurisprudenza in materia di *Werkvertrag*, con il noto arresto del c.d. *Gasubrfall*<sup>13</sup>. La S. Corte tedesca, attraverso le disposizioni dei § 618 e 328 BGB, ha riconosciuto che il contratto d'opera concluso tra il committente e una ditta, finalizzato all'installazione di un contatore del gas in

<sup>9</sup> Per una chiara ed esaustiva ricostruzione giurisprudenziale dei precedenti più risalenti, utile il contributo di G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 54 ss. Fra le sentenze più interessanti, OLG Colmar, 23 dicembre 1913, in *Das Recht*, 1914, Nr. 327, secondo cui il soggetto trasportato che non ha concluso il relativo contratto può agire verso il trasportatore in via contrattuale ai sensi del § 328 BGB e la posizione del conducente che ha cagionato il danno per colpa risponde come ausiliario sulla base della norma del § 278 BGB. La strada della responsabilità contrattuale è imboccata anche dalla S. Corte nel noto *Droschken-Fall* (RG, 7 giugno 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 64 ss.), che trova seguito successivamente – con l'eccezione del *Klosterfall* che richiama la complessa figura della *Drittschadensliquidation* (RG, 18 novembre 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 289) – attraverso una diretta applicazione dell'istituto del *Vertrag zugunsten Dritter* (RG, 14 novembre 1923, in *Das Recht*, 1924, c. 52, Nr. 161; RG, 24 giugno 1930, in *Das Rechts*, 1930, p. 492, Nr. 1702; RG, 6 marzo 1935, in *RGZ*, 149, 1936, p. 6). Quanto al BGH, la Suprema Corte non ha affrontato con chiarezza la questione, tuttavia in motivazione ha richiamato l'idea dell'efficacia protettiva del contratto di trasporto (BGH, 28 maggio 1957, in *BGHZ*, 24, 1957, pp. 325 e 327).

<sup>10</sup> La figura del contratto a favore di terzi è richiamata anche nei contratti di trattamento medico (in un primo momento il RG, 19 giugno 1914, in *RGZ*, 85, 1915, p. 183, adotta la via extracontrattuale nell'ipotesi di figlio, vittima di un errore terapeutico, sulla base di un contratto concluso dal padre), come risulta da RG, 29 settembre 1936, in *RGZ*, 152, 137, p. 175. In argomento, utili indicazioni sono offerte da R.A. HIRTH, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 22 ss.

<sup>11</sup> In un primo momento il RG ha negato il risarcimento derivante da responsabilità contrattuale a favore del terzo danneggiato sulla base soprattutto del principio di relatività del contratto (così, RG, 4 ottobre 1911, in *RGZ*, 77, 1912, p. 99).

<sup>12</sup> Questa decisione ha trovato seguito: RG, 21 febbraio 1921, in *WarnRspr.*, 1921, p. 114; RG, 3 giugno 1921, in *RGZ*, 102, 1921, p. 231.

<sup>13</sup> RG, 10 febbraio 1930, in *RGZ*, 127, 1930, p. 218 ss.

un appartamento, doveva essere interpretato in via integrativa come contratto a favore di terzi (nel caso, della domestica al servizio della signora committente) danneggiati da una errata esecuzione della prestazione principale<sup>14</sup>.

La giurisprudenza del BGH segue l'indirizzo tracciato dal RG, secondo cui il contraente inadempiente risponde in via contrattuale verso i terzi da lui danneggiati<sup>15</sup>.

Tuttavia, il riconoscimento della protezione contrattuale a favore di terzi privi del diritto a chiedere la prestazione principale spinge alla riflessione la dottrina.

Le due sentenze del BGH che segnano la svolta nella figura del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* concernono il caso della puleggia motrice<sup>16</sup> e l'altro di poco successivo del capuzol<sup>17</sup>. Entrambi riguardano un contratto di vendita di prodotti da utilizzare con professionalità, ove i giudici estendono la responsabilità contrattuale a favore del terzo danneggiato.

Nel primo caso era stata venduta una puleggia motrice per la trebbiatrice, il cui uso aveva provocato il ferimento del bracciante. La vittima del danno lavorava come operaio in un deposito carburanti e l'estate era temporaneamente adibito all'attività agricola. Lo stesso operaio non era alle dipendenze del compratore ma di altro imprenditore agricolo nel cui fondo si era verificato l'incidente.

Questa circostanza portava la Corte a negare l'estensione della tutela contrattuale alla vittima, perché non esistevano i termini per un accordo tacito a favore del danneggiato. Nella sentenza i giudici fanno riferimento alla dottrina di Wussow<sup>18</sup>, secondo la quale l'estensione della tutela contrattuale poteva avvolgere soltanto quelle persone per le quali una delle parti ha interesse alla sua protezione e tale interesse è oggettivamente riconoscibile dalla controparte. Lo strumento che supportava l'estensione della tutela contrattuale ai terzi era il contratto a favore di terzi. Il BGH è chiaro sul punto: «come è riconosciuto in giurisprudenza che il contratto di locazione stipulato dal locatore di un'abitazione è concluso contemporaneamente anche a

---

<sup>14</sup> Sulla vicenda, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 157 s., scrive: «a spingere verso questa conclusione opera in primo approccio una considerazione di *Rechtsgefühl*, di intuizione pura e semplice del *quid juris* che fa sentire come iniqua un'eventuale differenza di trattamento, rispettivamente in termini di responsabilità contrattuale e di responsabilità extracontrattuale, tra i danni subiti dalla controparte e quelli sofferti dalla dipendente: il committente non può volere per i propri dipendenti una posizione peggiore rispetto alla sua nei confronti del comportamento dannoso della controparte. L'intuizione abbisogna di convertirsi in dato tecnico e ciò fa emergere allora il consueto parametro della volontà contrattuale: in un contratto d'opera, la cui esecuzione è in sé pericolosa per il committente, l'obbligato non può non avere presente che l'intento di questi è nel senso che siano evitati i possibili danni non solo a se stesso ma anche ai suoi familiari e ai domestici, onde identica sia la posizione giuridica di tutti i membri della comunità familiare nell'ipotesi di responsabilità di chi è tenuto ad eseguire l'opera».

<sup>15</sup> Per alcune: BGH, 11 aprile 1951, in *BGHZ*, 1, 1951, p. 383; BGH, 28 aprile 1952, in *BGHZ*, 5, 1952, p. 378.

<sup>16</sup> BGH, 25 aprile 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193.

<sup>17</sup> BGH, 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

<sup>18</sup> W. WUSSOW, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, Berlin-Köln, 1954, p. 239.

favore dei suoi congiunti, nel senso che ad essi spetta un diritto al risarcimento del danno contrattuale diretto ai sensi del § 328 BGB verso il locatore in caso di uno stato degli ambienti abitativi pericoloso per la salute. Allo stesso modo in un contratto volto alla consegna di una puleggia motrice che funzioni bene può esserci un contratto anche a favore delle persone che il proprietario della trebbiatrice ha adibito al suo impiego, se il committente della puleggia motrice nella conclusione del contratto ha agito con il proposito riconoscibile per l'imprenditore, cioè il fornitore, di tutelare anche gli interessi di queste persone».

Il *Dreschmaschinenfall* rappresenta un caso ordinario in cui trova applicazione la teoria di Larenz del contratto a favore di terzi (§ 328) fondato sulla interpretazione integrativa del contratto<sup>19</sup>.

Tuttavia il siffatto arresto offre lo spunto a Larenz per l'elaborazione della figura del contratto con effetti protettivi per i terzi. Esso offre l'occasione per ripensare l'orientamento consolidato in giurisprudenza. In particolare, l'illustre autore tedesco rifiuta l'idea di ipotizzare un'ipotesi di accordo tacito, qualificata come finzione di volontà, e, allo stesso tempo, pone le basi del contratto con effetti protettivi per i terzi, figura diversa dal contratto a favore di terzi.

La nuova figura si fonda su una interpretazione integrativa del contratto basata sullo scopo dello stesso, sulle esigenze di una immanente giustizia contrattuale, ossia sulla buona fede, e ciò risulta utile per delimitare la cerchia delle persone protette dal contratto. La *Vertragstreue* impone a ciascuna parte di fare affidamento non solo sul fatto di ricevere la prestazione dalla controparte, ma anche che questi la esegua con diligenza al fine di non cagionargli danno. Questo affidamento non riguarda solo la propria posizione, ma anche la posizione di altre persone in contatto con il creditore che potrebbero subire danni durante l'esecuzione della prestazione. La responsabilità contrattuale si estende secondo Larenz a tutti quei terzi per i quali il creditore è obbligato, giuridicamente o anche moralmente, alla loro protezione e salvaguardia, come i parenti o le persone che appartengono alla comunità familiare e domestica nonché i dipendenti.

Siffatta estensione della tutela contrattuale oltre la parte del contratto solleva un proficuo dibattito in seno alla dottrina, nella quale si distingue chi in forma raffinata mette in evidenza la *Sozialwirkung* dei rapporti obbligatori<sup>20</sup>. Il legislatore del BGB e la scienza giuridica non hanno mostrato la dovuta attenzione al fatto che i rapporti obbligatori vanno ben oltre le figure del creditore e del debitore. Siffatta dottrina mette in luce la forza propagativa dell'obbligazione nei confronti di terzi, tale da garantire anche a questi ultimi l'accesso alla responsabilità contrattuale. Ciascun rapporto obbligatorio coinvolge una cerchia di persone che va oltre le parti, ossia quelle persone che subiscono, con un'intensità diversa, l'influenza dell'obbligazione. Que-

---

<sup>19</sup> K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1953, p. 139 ss.

<sup>20</sup> J. GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe. Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte*, in *Festschrift für Arthur Nikisch zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1958, p. 249 ss.



sto grado di intensità varia da rapporto a rapporto, ciò come conseguenza non solo della tipologia del rapporto obbligatorio ma soprattutto in forza delle circostanze del caso concreto.

La dottrina del contratto con effetti protettivi per i terzi coniata da Larenz trova accoglimento nel *Capuzolfall*<sup>21</sup>. Era accaduto che a causa dell'antiruggine Capuzol N. 22 era esploso un contenitore ed uno dei dipendenti aveva riportato gravi ferite. La ditta fornitrice non aveva dato sufficienti informazioni sulla pericolosità del prodotto e l'operaio danneggiato non aveva adottato le cautele necessarie.

La Suprema Corte esclude l'applicazione dell'istituto del contratto a favore di terzi (§ 328), perché il debitore non era obbligato ad adempiere nei confronti del terzo e quest'ultimo non aveva il diritto primario alla prestazione, ma solo quello secondario al risarcimento del danno subito. In conformità al senso e allo scopo del contratto e alla luce del principio di buona fede il debitore è tenuto ad un comportamento diretto a proteggere la persona che può essere coinvolta dall'adempimento inesatto o da carenti misure di salvaguardia<sup>22</sup>.

I giudici, sulla base della dottrina di Larenz, inseriscono il terzo danneggiato nella sfera di protezione del contratto e gli riconoscono il diritto al risarcimento del danno sulla base della responsabilità contrattuale<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> BGH, 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

<sup>22</sup> I giudici sottolineano che «Es handelt sich hier um einen der Fälle, in denen dritte Personen in den Schutz des Vertrages einzubeziehen sind, weil die vertragliche Sorgfalts- und Schutzpflicht nach Treu und Glauben und dem Zweck des Vertrages nicht nur dem Vertragsgegner, sondern auch bestimmten weiteren Personen gegenüber zu beachten ist» (BGH, 15 maggio 1959, cit., p. 1677).

<sup>23</sup> La S. Corte esprime le coordinate della dottrina che segue ai fini della soluzione del caso: «Wie Larenz (Schuldrecht I. Band 3. Aufl. S. 156–160 und *NJW* 1956, 1193) zutreffend hervorhebt, handelt es sich in diesen und ähnlichen Fällen nicht um einen eigentlichen "Vertrag zugunsten Dritter", denn der Schuldner ist nach dem Verträge nicht verpflichtet, an den Dritten zu leisten, wie § 328 BGB es voraussetzt (die Klägerin hatte keinen Anspruch auf Lieferung des von dem H.werk bestellten Rostschutzmittels). Von dem Schuldner wird aber ein Verhalten gefordert, das dem Schutzbedürfnis der Personen Rechnung trägt, die durch eine mangelhafte Leistung oder durch fehlende Sicherheitsmaßnahmen in Mitleidenschaft gezogen werden können. Gewiß ist es nicht der Sinn derartiger Verträge, daß jeder der aus einer Sorgfaltsverletzung des Schuldners Schaden erleidet, einen Ersatzanspruch aus den Verträge herleiten kann. Nach dem Sinn und Zweck des Vertrages und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben wird die vertragliche Sorgfalts- und Obhutspflicht aber in der Regel gegenüber Personen bestehen, die durch den Gläubiger mit der Leistung des anderen Vertragsteils in Berührung kommen und deren Ergehen den Gläubiger selbst berührt, weil er seinerseits ihnen gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist, wie der Vater gegenüber den Angehörigen der Familie und wie der Unternehmer gegenüber seinen Arbeitnehmern. Da sie für das Wohl und Wehe dieser Personen mitverantwortlich sind, haben sie ein Interesse daran, daß die ihrem Schutz anvertrauten Personen nicht durch Sorgfaltsverletzungen des Vertragsgegners geschädigt werden. Diese Erweiterung der Verantwortlichkeit des Vertragsschuldners ist ihm gegenüber gerechtfertigt, weil er zu erkennen vermag, daß sein Vertragsgegner auf die Sicherheit dieser Personen ebenso vertraut wie auf seine eigene, und weil es sich um einen begrenzten, übersehbaren Personenkreis handelt, dem dieser Schutz des Vertrages zugute kommt (so zutreffend Larenz a.a.O.). Das liegt in der Linie der Rechtsprechung des Senats, wie vor allem das Urteil vom 25. April 1956 (a.a.O.) zeigt. Schon dort ist ausgeführt, es sei davon auszugehen, daß der Vorteil unmittelbarer Ansprüche aus dem Verträge grundsätzlich den Personen zukomme, an deren Schutz der eine Vertragsteil ein für den Vertragsgegner erkennbares objektiv begründetes Interesse habe» (BGH, 15 maggio 1959, cit., p. 1677).

3.1. L'allontanamento sempre più netto della figura del contratto con effetti protettivi per i terzi dal contratto a favore di terzi, si ha allorché il terzo è inserito nella sfera di protezione del contratto anche nell'ipotesi in cui il contratto non sia concluso o nell'ipotesi di contratto nullo.

Alla fine degli anni Sessanta ha il BGH riconosciuto che gli effetti protettivi a favore di terzi possono resistere anche nel caso in cui il contratto fra creditore e debitore sia nullo<sup>24</sup>. Nella specie si trattava di danni subiti da un terzo in materia di locazione, il cui contratto era stato concluso da un soggetto che non aveva il potere rappresentativo.

I giudici sostengono che tra le parti si sono comunque costituiti rapporti giuridici (o meglio: «unmittelbare Rechtsbeziehungen») che, oltre il dato formale, riguardano i dati economici e la posizione degli interessi delle parti. Da una lato, la tolleranza per l'utilizzo della cosa locata, dall'altro l'accettazione del corrispettivo da parte del soggetto locatore supportano l'esistenza di effetti protettivi a favore del terzo danneggiato, analogamente al caso di contratto validamente concluso.

La posizione assunta dalla giurisprudenza sposa una teoria della migliore dottrina tedesca, secondo la quale in mancanza di obblighi di prestazione possono sorgere obblighi di protezione<sup>25</sup>. Si arriva alla così alla costruzione del rapporto obbligatorio di protezione unitario (*einheitliches Schutzverhältnis*) di origine legale, oggi richiamato anche dalla nostra suprema Corte.

3.2. Un ulteriore esempio di diretta influenza della dottrina sulla giurisprudenza è quello riguardante i *faktische Vertragsverhältnisse* che trovano origine nella famosa prolusione di Haupt presso l'università di Lipsia<sup>26</sup>.

Il primo arresto è il caso del parcheggio di Amburgo<sup>27</sup>, nel quale la disputa del valore di appena 25 marchi riguardava il mancato pagamento del parcheggio. I giudici supremi, partendo dalla tesi di Haupt, che intravede rapporti contrattuali, sebbene non fondati su un accordo tra le parti (§ 151 BGB), e richiamando gli argomenti di Tasche<sup>28</sup>, approda alla teoria di Larenz dei rapporti obbligatori da comportamento socialmente tipico (*Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten*)<sup>29</sup>. Se-

<sup>24</sup> BGH, 10 gennaio 1968, in MDR, 1968, p. 402, e in JZ, 1968, p. 304.

<sup>25</sup> C.-W. CANARIS, *Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" bei nichtigen Verträgen. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen*, in JZ, 1965, p. 475 ss., a seguito della convinzione «daß das Schuldverhältnis sich nicht in den Hauptleistungspflichten erschöpft, sondern daneben die Grundlage einer Fülle weiterer Pflichten wie der Nebenleistungs-, der Schutz- und der Abwicklungspflichten bildet» (p. 478).

<sup>26</sup> G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941 (ora in lingua italiana: G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012).

<sup>27</sup> BGH, 14 luglio 1956, in BGHZ, 21, 1956, p. 319 ss.

<sup>28</sup> F. TASCHKE, *Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß?*, in *Jher. Jharb.*, 90, 1942, p. 101 ss., spec. 128, che diventerà Presidente di Sezione del BGH.

<sup>29</sup> Con acutezza, nel saggio introduttivo, G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di*

condo il BGH, «Larenz richiama l'attenzione sul fatto che nel moderno traffico di massa esistono rapporti obbligatori, il cui fondamento non va trovato in un accordo negoziale delle parti, ma nell'offerta pubblica, puramente di fatto, di una prestazione, e nell'utilizzo, puramente di fatto, di questa prestazione ad opera del partecipante al traffico. Siffatto comportamento, privo della relativa consapevolezza di fare la dichiarazione non sarebbe da considerarsi come dichiarazione di volontà bilaterale, ma come un accadimento che, secondo il suo significato socialmente tipico, ha gli stessi effetti di un atto negoziale»<sup>30</sup>. Tenendo conto della realtà delle cose, nel caso di specie la S. Corte arriva alla conclusione secondo la quale «chi, durante il tempo della custodia, utilizza per parcheggiare gli appositi spazi riconoscibili, facendo ciò instaura un rapporto contrattuale che lo obbliga al pagamento di un corrispettivo corrispondente al tariffario del parcheggio»<sup>31</sup>. La conclusione non muta anche in ipotesi in cui l'automobilista espliciti la sua volontà di non costituire nessun rapporto<sup>32</sup>.

In realtà Larenz ridimensiona la tesi di Haupt dei rapporti contrattuali di fatto, in quanto dirige la sua attenzione esclusivamente agli obblighi sociali di prestazione (*soziale Leistungsverpflichtungen*), i quali non hanno a che fare con la conclusione di un contratto bensì con una offerta pubblica di un servizio essenziale<sup>33</sup>. Nella realtà il rapporto di erogazione della prestazione nasce con l'offerta pubblica fattuale di una prestazione da parte dell'impresa e l'utilizzo di fatto della prestazione da parte dell'utente. Questi comportamenti non possono qualificarsi dichiarazioni di volontà, ma costituiscono meri atti non negoziali in quanto privi dell'*Erklärungsbewußtsein*, ossia della coscienza di fare la dichiarazione da parte dell'autore dell'atto. Pur in assenza di contratto, esiste nell'ipotesi un comportamento che per il suo significato socialmente tipico produce gli stessi effetti di un atto negoziale. Così, nel caso del tram, chi lo utilizza non accetta un'offerta contrattuale dell'impresa di trasporti, bensì il solo fatto di usufruire la prestazione equivale all'esistenza del contratto di trasporto. L'illustre studioso tedesco precisa che in capo all'utente «l'effetto obbligatorio non nasce dalla sua volontà di obbligarsi ma dal fatto che il suo comportamento sarà valutato dagli usi del traffico quale fondamento di un'obbligazione senza considerare la volontà dell'agente. È la risposta o reazione sociale tipica all'offerta della prestazione e perciò dal punto di vista socialmente tipico ha il significato di fondamento dell'obbligazione. Nessuno può evitare le conseguenze giuridiche di un proprio atto»<sup>34</sup>.

---

fatto, all'opera di G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 35, mette in evidenza come la recezione della dottrina di Haupt in giurisprudenza si deve al ruolo positivo assunto da Larenz.

<sup>30</sup> BGH, 14 luglio 1956, cit., p. 334.

<sup>31</sup> BGH, 14 luglio 1956, cit., p. 334 s.

<sup>32</sup> Dai rapporti contrattuali di fatto derivanti da un obbligo sociale di prestazione deriva la teoria di Larenz del comportamento socialmente tipico (così, G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 35 s.).

<sup>33</sup> Così, K. LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, in NJW, 1956, p. 1898; ID., *Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund*, in DRiZ, 1958, p. 245.

<sup>34</sup> In questi termini, K. LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*,

A questa sentenza fondamentale seguirono altre due l'anno successivo concernenti fattispecie molto controverse.

Nel caso del furto di corrente<sup>35</sup>, la natura contrattuale della pretesa della società fornitrice verso l'utente viene fondata richiamando il precedente del caso di Amburgo dell'anno prima oltre che gli argomenti di Haupt e Larenz.

Va in proposito notato, tuttavia, che proprio Haupt porta come esempio negativo di costituzione di rapporto contrattuale di fatto la fattispecie di furto di energia elettrica: «è opportuno osservare che evidentemente il riconoscimento di ciascun rapporto contrattuale di fatto presuppone la sua conformità all'ordinamento giuridico nel suo complesso. Se è in contrasto con la legge o con il *buon costume*, allora le relazioni che si sono create non meritano la tutela giuridica che consiste nel loro inquadramento nella disciplina del contratto. Ciò vale soprattutto per il conseguimento fraudolento di prestazioni, come nel caso del "passeggero abusivo" o del consumo illecito di energia elettrica. In questo genere di casi non si realizza legittimamente un fatto tipico della vita quotidiana, ma si è verificata un'ingerenza unilaterale nella sfera giuridicamente tutelata di un altro soggetto. Non si può costituire un vincolo contrattuale in questo modo»<sup>36</sup>.

Come detto, la Suprema Corte è persuasa che ormai è stato «riconosciuto che le reciproche relazioni giuridiche tra le parti, per come scaturiscono nell'odierno traffico di massa, date le circostanze possono anche essere considerate nei termini di un rapporto contrattuale (in senso ampio), pur in mancanza di dichiarazioni di volontà concordanti»<sup>37</sup>.

Un certo clamore ha destato poi il caso di appena qualche giorno dopo del podere ereditario<sup>38</sup>. Il proprietario di un podere concedeva in affitto il bene al proprio nipote impegnandosi anche alle riparazioni dei danni cagionati dalla guerra. Fra le clausole del contratto era stabilito che «l'affitto termina con la morte del concedente e la proprietà del podere passa all'affittuario. Fino a quel momento è escluso il recesso del contratto per entrambe le parti»<sup>39</sup>. Successivamente, a causa di rancori tra i parenti, il proprietario tentava invano in tutti i modi di invalidare il contratto di affitto

---

cit., p. 1899. Come messo efficacemente in evidenza, «anche se può sembrare paradossale, questa sentenza ebbe il merito principale di mostrare un punto nodale della teoria dei rapporti contrattuali di fatto anche nei rapporti sociali da prestazione. Il fatto, cioè, che non coglieva la dimensione valutativa del comportamento. Questo non veniva espresso in una dichiarazione espressa, ma aveva il valore di una dichiarazione di volontà. Così nel caso del parcheggio, senza rischiare pericolosi sconfinamenti nella sfera sociologica, bastava l'antica massima *protestatio contra factum nihil relevat* per dimostrare che un vero contratto era stato concluso e dare una soluzione soddisfacente alla questione» (G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 40).

<sup>35</sup> BGH, 29 gennaio 1957, in *BGHZ*, 23, 1957, p. 175 ss.

<sup>36</sup> G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 73.

<sup>37</sup> BGH, 29 gennaio 1957, cit., p. 177.

<sup>38</sup> BGH, 5 febbraio 1957, in *BGHZ*, 23, 1957, p. 249 ss.

<sup>39</sup> BGH, 5 febbraio 1957, cit., p. 247.

e per di più aveva adottato la figlia del suo amministratore. Invece il nipote concessionario, si era trasferito con la propria famiglia nel podere dello zio e nel corso del tempo aveva realizzato miglioramenti notevoli. La successiva adozione da parte dello zio aveva allarmato il nipote, il quale con questa presenza sopravvenuta della figlia adottiva avvertiva il timore di perdere la titolarità del fondo. Così, cita in giudizio lo zio concedente per far valere il suo diritto al trasferimento della proprietà del fondo, in forza della qualificazione del contratto originario quale contratto successorio, sulla base del quale fondare un vincolo fra le parti ad un contratto traslativo o ad un contratto preliminare di un *Übergabevertrag*. Difficoltà ulteriori derivavano dal fatto che il contratto non aveva la veste pubblica necessaria per la validità dell'*Erbvertrag* (§ 2276 BGB).

La decisione del BGH a favore del nipote concessionario del fondo viene fondata sulla teoria di Larenz del comportamento socialmente tipico e sulla tesi di Tasche in tema di responsabilità precontrattuale che supporta un diritto all'adempimento del contratto nullo per difetto di forma, come se fosse valido<sup>40</sup>.

La fattispecie dell'efficacia del contratto nullo per difetto di forma mediante il comportamento esecutivo delle parti contraenti ha costituito una pagina significativa per la soluzione di un problema attinente soprattutto al profilo della struttura dell'atto negoziale. La Suprema Corte tedesca nel caso richiamato ha risolto la questione di forma mediante il richiamo al principio di buona fede, principio da sempre declamato per fondare soluzioni che mitigano la forza di regole rigide e si poco adatte a soddisfare interessi, nei casi di specie meritevoli di protezione.

3.3. Una recente decisione si mostra interessante quale documento corredato da utili riferimenti dottrinali.

Nell'ipotesi di fecondazione eterologa, il BGH ricostruisce la relativa convenzione che i conviventi concludono quale contratto a favore di terzi, di cui al § 328 BGB, e quindi del diritto agli alimenti che il bambino nato può pretendere dal padre che successivamente si comporta in maniera tale da non onorare i suoi impegni<sup>41</sup>.

In seno alla sentenza si trovano riferimenti alle figure della paternità apparente e dell'adozione richiamando i più importanti contributi della dottrina<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Così, BGH, 5 febbraio 1957, cit., p. 252, precisa che sia il contratto successorio (§ 2276 BGB), sia il contratto di trasferimento (§ 313 BGB) sono soggetti a forma *ad substantiam*. Lo stesso rigore formale vale per il contratto preliminare all'*Übergabevertrag*. Contratti che integrano contratti successori, contratti di disposizione e contratti preliminari di contratti di disposizione possono essere anche conclusi in via verbale o a seguito di comportamenti concludenti, ma questi accordi di regola risultano inefficaci perché la disposizione del § 125, frase 1, BGB prescrive la nullità dei negozi cui fa difetto la forma legale. A questo proposito – prosegue la S. Corte – bisogna discutere se la mancanza di forma per il contratto di concessione del fondo, oggetto del caso, possa qualificarsi ad ogni modo nullo o se esistano ipotesi nelle quali siffatti contratti eccezionalmente siano da considerare come se fossero validi.

<sup>41</sup> BGH, 23 settembre 2015 – XII ZR 99/14.

<sup>42</sup> D. COESTER-WALTJEN, *Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind*, in NJW, 1983, p. 2059.

I giudici supremi sostengono che «con il consenso dell'uomo all'inseminazione eterologa si realizza un'assunzione di paternità mediante atto di volontà (*Willensakt*)». Il consenso integra una dichiarazione di volontà diretta ad assumere la responsabilità di padre<sup>43</sup>. In proposito la decisione non risparmia ampie citazioni giurisprudenziali e soprattutto dottrinali<sup>44</sup>.

Interessanti riflessioni sono poi quelle dedicate al *vestmentum* dell'assenso del partner, che non subisce nessun limite, richiamando ora la normativa sulla rendita vitalizia (§ 761 BGB) ora la funzione generale di tutelare l'agente dalla precipitazione, dalla mancata riflessione.

4. L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza può essere anche sancita dal legislatore, come accade nella famosa disposizione dell'art. 1 del codice civile svizzero (ZGB)<sup>45</sup>.

Il dettato codicistico, in guisa quasi mentitoria, dall'intitolazione dedicata all'applicazione del diritto sancisce dove il giudice può trovare le regole che devono governare il caso concreto. Nell'ordine il giudice è obbligato ad applicare la legge e, in mancanza, la consuetudine; in ulteriore difetto, al giudice spetta colmare la lacuna secondo la «freie Rechtsfindung»<sup>46</sup>. Il legislatore svizzero riconosce l'ingenuità dell'idea della *Gesetzesallmacht*, e per questo concede al giudice le misure dirette a colmare le mancanze della legge.

Nel Progetto del 1900 la regola era diversamente articolata: il giudice, in caso di lacuna, interrogava il diritto consuetudinario, in mancanza di risposta decideva secondo la dottrina e la giurisprudenza autorevoli. In caso di insufficienza, il giudice decideva nella veste di legislatore<sup>47</sup>.

Poi a sorpresa la Commissione nel settembre 1907 declassa la dottrina e la giurisprudenza da fonti sussidiarie del diritto a strumenti di ausilio nell'interpretazione della legge, nell'applicazione del diritto consuetudinario e nell'attività giudiziale diretta a colmare una lacuna dell'ordinamento<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Qui i giudici mettono in evidenza che sul punto si pone il problema delle norme della parte generale che devono trovare applicazione.

<sup>44</sup> A. ROTH, *Der Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung nach Einwilligung in die heterologe Insemination* (§ 1600 Abs. 2 BGB), in *DNotZ*, 2003, pp. 805, 809 s.; T. HELMS, J. KIENINGER e C. RITTNER, *Abstammungsrecht in der Praxis*, Bielefeld, 2010, Rn. 63; U. WANITZEK, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld, 2002, pp. 285 ss., 327 ss.; U. WANITZEK, *Ergänzungen des Abstammungsrechts durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz*, in *FamRZ*, 2003, pp. 730, 733 s.

<sup>45</sup> Art. 1. (*Applicazione del diritto*). – 1. La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione. 2. Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. 3. Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli.

<sup>46</sup> Così, A. MEIER-HAYOZ, in *Berner Kommentar, Einleitungsband, Artikel 1-10 ZGB*, Bern, 1962, p. 97.

<sup>47</sup> Il testo quasi invariato è stato inserito nel Progetto del 1904.

<sup>48</sup> Se poniamo questa regola in controluce vediamo gli apporti di Aristotele (*Etica nicomachea*, Libro V), di un pandettista Vangerow (che nel suo *Manuale delle Pandette* richiama un testo romano), del grande Geny

L'attuazione dell'ultimo comma dell'art. 1 ZGB ha portato ad una grossa influenza della dottrina nella prassi di diritto civile, risultando determinante per l'interpretazione, lo sviluppo (*Fortbildung*) e l'integrazione del diritto civile.

L'apporto significativo della dottrina sulla giurisprudenza si esprime in diverse direzioni. Innanzitutto contribuisce alla soluzione di singole questioni, in cui nella maggior parte delle volte la critica della dottrina alla giurisprudenza prepara il terreno al mutamento di opinione dei giudici (*overruling*)<sup>49</sup>.

L'influenza della dottrina avviene anche indirettamente allorché essa adempie ai suoi propri compiti di carattere sistematico-metodologico. Innanzitutto di elaborazione del sistema, dove il *Richterrecht* si caratterizza per un'attività del giudice non avvezzo né alla metodologia dell'astrazione, né capace di inserire la soluzione entro le trame del sistema giuridico<sup>50</sup>.

Non meno importante e delicato è il compito della dottrina per l'estrazione e lo sviluppo e dei valori generali che sono alla base della legge e dell'ordinamento. Soltanto di recente si è riconosciuto il valore dell'influenza del sistema e dei principi nello sviluppo del diritto privato, entro il quale rientra l'influenza sugli orientamenti giurisprudenziali<sup>51</sup>.

Infine le correnti metodologiche operanti entro la scienza giuridica trovano attuazione e realizzazione nelle motivazioni giudiziali, le quali rispecchiano le proposte metodologiche e assiologiche del tempo<sup>52</sup>.

---

(che nella sua *Méthode* del 1899 pone questa regola) e, infine, della giurisprudenza degli interessi (attraverso le figure di Stammler e Rümelin).

<sup>49</sup> Molti esempi sono offerti da A. MEIER-HAYOZ, in *Berner Kommentar, Einleitungsband, Artikel 1-10 ZGB*, cit., p. 192 s.

<sup>50</sup> A. MEIER-HAYOZ, *Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung*, in ZRS, 78, 1959, p. 98 ss.

<sup>51</sup> In proposito, utili indicazioni da A. MEIER-HAYOZ, *Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung*, cit., p. 93 ss.

<sup>52</sup> Solo per fare un esempio si richiama la decisione del BG, 11 marzo 2014, 4A 413/2013, in *www.bger.ch*, in cui tratta il problema del vizio di forma del contratto alla luce della figura dell'abuso del diritto.





---

## CORTE COSTITUZIONALE E DOTTRINA NEL PROCESSO DI CONSOLIDAMENTO DEMOCRATICO DELLA REPUBBLICA SUDAFRICANA

---

VERONICA FEDERICO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Corte costituzionale «ponte tra una cultura dell'autorità e la cultura della giustificazione»<sup>1</sup>. – 3. La Corte sudafricana ed i formanti extra-sistemici. – 4. Giudici e dottrina dal 1995 al 2013. – 5. Quale dottrina? – 6. Considerazioni conclusive.

1. La Corte costituzionale sudafricana sorge su un'altura, *Constitution Hill*, in uno dei quartieri centrali di Johannesburg, all'interno dell'*Old Fort*, il complesso penitenziario costruito alla fine del 1800, con la *Natives' section* in cui furono reclusi, oltre a criminali comuni, molti oppositori del regime di apartheid, dal Mahatma Gandhi nel 1908 a Nelson Mandela, Albert Luthuli, Joe Slovo, Walter Sisulu, Oliver Tambo a seguito del *Treason Trial* nel 1956, dai *freedom fighters* arrestati in seguito al massacro di Sharpeville nel 1961 agli studenti del *Soweto uprising* del 1976; la *Women prison*, in cui furono rinchiusi tra le altre Albertina Sisulu, Winnie Madikizela-Mandela e Ruth First; le celle di isolamento, *Sections Four and Five*; il *Fort*, riservato ai detenuti bianchi; e la sezione per i detenuti in attesa di giudizio, l'*Awaiting trial building*.

Quando Paul Kruger, presidente della Zuid-Afrikaansche Republiek, fece costruire la *Old Fort Prison* nel 1893, la struttura della prigione e la sua posizione furono studiate appositamente per «intimidire e controllare gli *uitlanders*, ovvero gli stranieri del distretto minerario di Johannesburg»<sup>2</sup>. Ed intimidire e controllare sono state le funzioni principali di questa costruzione fino alla sua chiusura, nel 1983. «La decisione di fare dell'*Old Fort* la sede della Corte costituzionale è stata coraggiosa, altamente simbolica della portata della speranza su cui si fonda il nuovo Sudafrica e,

---

<sup>1</sup> E. MUREINIK, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, in *South African Journal of Human Rights*, vol. 10, 1994, pp. 31-48.

<sup>2</sup> C. MADIKIDA, L. SEGAL, C. VAN DEN BERG, *The Reconstruction of Memory at Constitution Hill*, in *The Public Historian*, vol. 30, n. 1, p. 17-25, 2008, p. 17.

allo stesso tempo, intesa a rendere onore alle sofferenze del passato»<sup>3</sup>.

Più di ogni altro organo costituzionale la Corte costituzionale ha caratterizzato l'ordinamento democratico sudafricano sia per il ruolo fondamentale svolto nei primi due decenni di vita del "nuovo Sudafrica" sia per la sua presenza come luogo al tempo stesso simbolico e reale della costituzionalizzazione in senso formale e sostanziale dell'intero ordinamento.

La Corte è stata oggetto di un'ampia letteratura scientifica e la giurisprudenza è stata studiata sotto una molteplicità di prospettive analitiche, anche in chiave comparata<sup>4</sup>.

Nel corso degli ultimi due decenni il tema di come le Corti di vertice si mettono in dialogo con altre corti, secondo il paradigma della «transjudicial communication»<sup>5</sup> che vede i giudici impegnati in un «vivace traffico internazionale di idee riguardo ai diritti»<sup>6</sup>, e con il diritto straniero, seguendo una sorta di «transnationalization of constitutional argument»<sup>7</sup>, ha ricevuto una grande attenzione<sup>8</sup>. Molto minore, invece, è stata l'attenzione verso il fenomeno del dialogo tra dottrina nazionale ed internazionale e corti di vertice. Corder e Brickhill scrivono, infatti: «we are not aware of any statistical analysis of [...] the extent of engagement with academic au-

<sup>3</sup> C. MADIKIDA, L. SEGAL, C. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 18.

<sup>4</sup> Tra i molti studi, si ricorda: H. CORDER, J. BRICKHILL, *The Constitutional Court*, in *The Judiciary in South Africa*, a cura di C. Hoexter, M. Olivier, Cape Town, 2014; M.S. KENDE, *The Fifth Anniversary of the South African Constitutional Court: In Defense of Judicial Pragmatism*, in *Vermont Law Review*, vol. 26, 2002; J. DUGARD, *Court of First Instance? Towards a Pro-poor Jurisdiction for the South African Constitutional Court*, in *South African Journal on Human Rights*, n. 22, 2006; T. ROUX, *Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa*, in *I-CON*, vol. 7, n. 1, 2009; J.L. GIBSON, G.A. CALDEIRA, *Defenders of Democracy? Legitimacy, Popular Acceptance, and the South African Constitutional Court*, in *The Journal of Politics*, vol. 65, n. 1, 2003.

<sup>5</sup> A.M. SLAUGHTER, *Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994.

<sup>6</sup> M.A. GLENDON, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, 2008.

<sup>7</sup> B. FLANAGAN, S. AHERN, *Judicial Decision-Making and Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges*, in *International and Comparative Law Quarterly*, n. 60, 2011, p. 2.

<sup>8</sup> Gli studi e le ricerche abbondano. Si segnalano, *inter alia*: G. CANIVET, *The Practice of Comparative Law by the Supreme Courts: Brief Reflexions on the Dialogue Between the Judges in French and European Experience*, in *Tulane Law Review*, n. 80, 2006; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; C. DUPRÉ, *Importing law in post-communist transitions*, Oxford, 2003; J. FEDTKE, B. MATKESINIS, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, New York-London, 2006; J.D. GOLDSWORTHY, *Interpreting constitutions: a comparative study*, New York, 2006; T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013; P.W. HOGG, *Canadian Law in the Constitutional Court of South Africa*, in *South African Public Law*, n. 16, 1998; A. LOLLINI, *Legal Argumentation Based on Foreign Law. An Example from Case Law of the South African Constitutional Court*, in *Utrecht Law Review*, Vol. III, Issue I, 2007; A.M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 44, 2003; A.K. THUVENGADAM, *Legal Transplants through Judiciaries: Cross-judicial Influences on Constitutional Adjudication in the Post World War II Era. A Study in Comparative Constitutional Law Focusing on Theoretical and Empirical Issues*, in *Issue of Transjudicial Borrowings*, 2001.

thority»<sup>9</sup>. Ed è proprio su questo fenomeno che si è concentrata la ricerca di cui si discutono, in questo studio, i dati relativi al caso sudafricano, seguendo un approccio comparato diacronico.

Quanto la *Constitutional Court of the Republic of South Africa* cita la dottrina? Che tipo di dottrina, in che contesto? Si può parlare di dialogo tra giuristi e giudici costituzionali? In che misura la dottrina diventa fonte del diritto attraverso la giurisprudenza costituzionale? Il rapporto tra giudici costituzionali e dottrina varia nel tempo? È possibile formulare ipotesi che mettano in relazione “l’anzianità” della Corte con la propensione alla citazione dottrinarie? Quali possibili variabili indipendenti influiscono sulla volontà di citare espressamente dottrina, sulla scelta della dottrina, ovvero sull’utilizzo della dottrina nella tecnica argomentativa della corte?

Per rispondere a questi interrogativi sono stati messi a confronto i dati elaborati a partire dall’analisi dei primi tre anni di giurisprudenza della Corte (1995-1997), con gli ultimi tre anni disponibili al momento della ricerca (2011-2013). Sono state analizzate, così, 155 decisioni, per un totale di 679 citazioni dottrinarie esplicite, in cui è menzionato il nome dell’autore o il titolo dell’opera che si richiama<sup>10</sup>. Tutte le decisioni della Corte nei sei anni oggetto di indagine sono state catalogate e le citazioni raccolte con l’ausilio di un database appositamente studiato e sviluppato per la ricerca “Corti, dottrina e società inclusiva: l’impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice”<sup>11</sup>. Una volta ordinati e sistematizzati i dati, il sistema ha permesso di aggregarli, filtrarli e compararli secondo profili quantitativi e qualitativi inusuali, capaci di aprire nuove prospettive all’analisi del fenomeno giuridico<sup>12</sup>.

2. Fino al 1994 l’ordinamento sudafricano era fondato sul principio della supremazia del Parlamento<sup>13</sup>, che non ammetteva alcun *judicial review* sugli atti del Parla-

---

<sup>9</sup> H. CORDER, J. BRICKHILL, *op. cit.*, p. 399.

<sup>10</sup> Non sono state prese in considerazione, invece, le citazioni implicite, quando cioè i giudici si rifanno ad una specifica corrente di pensiero, ad una teoria dottrinarie o seguono, senza menzionarlo, un determinato ragionamento. Si tratta senza dubbio di fenomeni che esistono, e che esercitano una grande influenza sulla giurisprudenza, ma in presenza di citazioni esplicite l’attenzione si è concentrata su di esse, sia perché più facili e meno equivocate da rinvenire, sia perché tali citazioni esplicite sono chiara espressione di scelte ragionate della Corte, che attraverso l’utilizzo di una determinata dottrina si posiziona anche all’interno del dibattito scientifico.

<sup>11</sup> Progetto PRIN 2010-2011.

<sup>12</sup> Per un approfondimento sulla capacità innovativa metodologica di questo approccio si rinvia all’articolo di U. PAGALLO, P.C. ROSSI e M.T. SAGRI, *I profili metodologici della ricerca e la costruzione di una banca dati*, in *Annuario di Diritto Comparato e Studi Legislativi*, 2015. Per il sistema di raccolta ed analisi dei dati sviluppato dall’Istituto di Teoria e Tecniche dell’Informazione Giuridica (ITTIG) in collaborazione con l’Unità di ricerca dell’Università di Firenze, si veda: <http://godel.ittig.cnr.it/corti/index.php?login>.

<sup>13</sup> In maniera assai curiosa, il principio della supremazia del Parlamento, nato nell’ordinamento britannico come strumento di contenimento delle prerogative della Corona a seguito della Gloriosa Rivoluzione del 1688, una volta trasposto nell’ordinamento sudafricano è diventato uno degli elementi cardine del regime autoritario di apartheid.

mento. In senso uguale e contrario, il movimento di lotta contro l'apartheid aveva come obiettivo libertà, democrazia e redistribuzione delle risorse piuttosto che *rule of law*, costituzionalismo e *judicial review*<sup>14</sup>.

Tutt'altro che scontata, dunque, la volontà politica di inserire nel nuovo ordinamento giuridico un organo a carattere giurisdizionale con vasti poteri quale appunto la Corte costituzionale. E invece, nel lungo ed articolato processo di transizione costituzionale, la Corte è diventata organo fondamentale, perno della transizione e del consolidamento democratico. Se è vero infatti che, dopo vent'anni di governo democratico<sup>15</sup>, emergono con chiarezza la difficoltà di superare strutture e modelli del passato, la fragilità di un ordinamento chiamato a governare la complessità di un Paese sospeso tra pre e post modernità, l'inadeguatezza della classe dirigente, ed anche una sorta di resistenza sociale alla trasformazione<sup>16</sup>, è altrettanto vero che «vi sono organi che hanno avuto una capacità assai maggiore rispetto a quanto si potesse prevedere di svolgere il loro ruolo nel nuovo ordinamento costituzionale democratico, tra questi senza dubbio la Corte costituzionale»<sup>17</sup>.

Dal suo insediamento nel 1994 la Corte costituzionale ha progressivamente assunto un ruolo cruciale nel definire l'assetto politico-istituzionale sudafricano e nell'interpretare e raffinare la necessaria indeterminazione di una Costituzione nata da un processo negoziale che ha fatto convergere istanze, visioni politiche, concetti di diritto assai distanti. Nei due decenni di attività la Corte ha abolito la pena di morte<sup>18</sup>; si è pronunciata più volte sul principio di eguaglianza, esplicitando i *grounds* a partire dai quali qualunque discriminazione si configura come ingiusta ai sensi dell'articolo 9 della Costituzione<sup>19</sup>; si è espressa a favore della giustiziabilità dei diritti

<sup>14</sup> H. KLUG, *Constituting Democracy. Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*, Cambridge, 2000, p. 81.

<sup>15</sup> Per un bilancio dei primi due decenni di "costituzionalismo democratico" sudafricano, si veda: H. CORDER, V. FEDERICO, R. ORRÙ (eds.), *The Quest for Constitutionalism. South Africa since 1994*, Farnham, 2014.

<sup>16</sup> Si pensi, ad esempio, al riconoscimento dei diritti delle persone LGBTI che, pur avendo trovato piena realizzazione sotto il profilo normativo e piena tutela in via giurisdizionale, stenta ad affermarsi a livello sociale. Lo stigma contro comportamenti sessuali ritenuti "devianti" e contrari ad una presunta tradizione africana eterosessuale resta pervasivo e spesso sfocia in fenomeni di intolleranza violenta. In proposito si rinvia a: V. Federico, *The hard life of LGBTI people in Africa. The cases of Uganda and South Africa in context*, in *Federalismi.it Focus Africa*, n. 1, 2015.

<sup>17</sup> H. CORDER, J. BRICKHILL, *op. cit.*, p. 356. Giova ricordare che la Corte costituzionale è composta da *Chief Justice* (la legge di riforma costituzionale n. 34 del 2001 ha riunito le due più alte cariche del sistema giudiziario sudafricano, ovvero il Presidente della Corte costituzionale ed il *Chief Justice*, nella medesima figura e ha reso il *Chief Justice*, che prima del 2001 presiedeva la *Supreme Court of Appeal* – la corte apicale del sistema giudiziario – presidente della Corte costituzionale), *Deputy Chief Justice* e nove giudici costituzionali, con un mandato della durata di 12 anni (il più lungo mandato previsto dalla Costituzione *ex art.* 176(1)) non rinnovabile, con obbligo di pensionamento al compimento dei 70 anni (limite estendibile in casi particolari, come previsto dalla legge di revisione costituzionale n. 34 del 2001).

<sup>18</sup> *State v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC).

<sup>19</sup> La giurisprudenza in proposito è davvero ampia. Per il rilievo delle discriminazioni indirette: *President*

socio-economici, dando attuazione diretta al diritto all'abitazione e al diritto alla salute<sup>20</sup>; ha ridefinito la nozione giuridica di matrimonio, includendo il riconoscimento di alcune forme di matrimonio tradizionale<sup>21</sup> e dei *same-sex marriages*<sup>22</sup>; ha bandito il reato di sodomia<sup>23</sup>; si è espressa su di una serie di interessanti questioni di natura procedurale che molto hanno a che fare, in via diretta quanto indiretta, con la tutela dei diritti fondamentali e dei principi cardine dell'ordinamento (quali, ad esempio, la tutela del principio del *ne bis in idem*)<sup>24</sup>; ha ridefinito le competenze tra stato centrale e province<sup>25</sup>; ha fornito un'ampia giurisprudenza sulla nozione di «open justice» dando attuazione all'art. 34 della Costituzione<sup>26</sup>; si è più volte pronunciata sul principio di separazione dei poteri e non ha esitato a censurare l'operato dell'esecutivo, anche durante la presidenza Mandela<sup>27</sup>; ha interpretato in maniera estensiva l'art. 172(1)(b) della Costituzione che autorizza la Corte ad emettere decisioni «just and equitable»<sup>28</sup>; ha riconosciuto l'importanza del diritto tradizionale ed ha fortemente contribuito a definirne una interpretazione compatibile con i dettami dell'ordinamento costituzionale<sup>29</sup>.

Ma, come ben osservato da T. Roux, il compito più arduo della Corte è stato quello di «convincere i Sudafricani che i valori morali della Costituzione post-apartheid erano anche i loro valori: non un'imposizione straniera, neo-coloniale, il prezzo necessario per la transizione, ma piuttosto valori che i Sudafricani medesimi avevano scelto liberamente»<sup>30</sup>.

---

*of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC); per il concetto di «remedial or restitutionary equality»: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice & Others* 1999 (1) SA 6 (CC); per la valutazione della discriminazione: *Harksen v Lane* NO 1998 (1) SA 300 (CC).

<sup>20</sup> Celebri le sentenze *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) e *Minister of Health v Treatment Action Campaign n.2* 2002 (5) SA721 (CC).

<sup>21</sup> *Daniels v Campbell* NO 2004 (5) SSA 331 (CC).

<sup>22</sup> *Minister of Home Affairs v Fourie* 2006 (1) SA 524 (CC).

<sup>23</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 (1) SA 6 (CC).

<sup>24</sup> *The State v W. Basson*, 2005 (1) SA 171 (CC).

<sup>25</sup> La sentenza *Executive Council Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa* 1995 (4) SA 877 (CC) è stata la prima di una lunga serie di sentenze in cui la Corte ha discusso del riparto di competenze tra governo centrale e governi delle province.

<sup>26</sup> *Independent Newspapers (Pty) Ltd v Minister for Intelligence Services: in re Masetbla v President of the Republic of South Africa* 2008 (5) SA 31 (CC).

<sup>27</sup> A partire dalla celebre sentenza *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In re Ex parte President of the Republic of South Africa* 2000 (2) SA 674 (CC).

<sup>28</sup> Adottando, ad esempio, un approccio «creativo» che ha portato la Corte ad ordinare alle autorità locali di pagare una sorta di affitto ai proprietari di un terreno su cui era stata costruita una baraccopoli impossibile da sgomberare nel breve periodo (sentenza *President of the Republic of South Africa v Modderklip Boerdery (Pty) Ltd* 2005 (5) SA (CC)).

<sup>29</sup> Sono diverse le sentenze in cui la Corte si confronta con questo tema. Le più significative: *Alexkor Ltd v The Richtersveld Community* 2004 (4) SA 460 (CC); *Bhe v Magistrate, Kabayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC), *Sibilubaba v Nwamitwa* 2009 (2) SA 66 (CC).

<sup>30</sup> T. ROUX, *The Politics of Principle*, Cambridge, 2013, p. 236.

Le aspettative sulle capacità della Costituzione e del suo interprete e guardiano di incidere sulla struttura economica e culturale del Paese, nonché sul suo tessuto sociale, erano senza dubbio estremamente elevate. La distanza tra dettato costituzionale e realtà era, e resta, altrettanto elevata. E così Irene Grootboom<sup>31</sup> è morta sempre da *homeless*, otto anni dopo la sentenza della Corte<sup>32</sup>, così come, malgrado le varie pronunce della Corte sul diritto all'accesso all'educazione<sup>33</sup>, nel biennio 2013-2014 il governo ha stanziato solo la metà dei fondi necessari a garantire i libri di testo nella scuola dell'obbligo<sup>34</sup>. Tutto ciò ovviamente non può che incidere sulla percezione dell'efficacia dell'ordinamento costituzionale e della capacità di organi ed istituzioni ad essere reali agenti di quel «transformative constitutionalism»<sup>35</sup> di cui molto si era trattato nei primi anni di entusiasmo nei confronti del “miracolo sudafricano”<sup>36</sup>.

3. «The one who invents last has always the better product, because when you come late to something you capitalise other peoples' experiences. But what we did was to contextualise the models. We borrowed the articulation of principles, rights and structures, and then reconceptualised them to fit into the African reality»<sup>37</sup>. L'apertura e l'interesse verso modelli ed esperienze stranieri resta un carattere peculiare

---

<sup>31</sup> La Signora Grootboom è stata la prima ricorrente nel caso a partire dal quale la Corte ha chiarito l'esistenza di un onere da parte dello Stato a dotarsi di politiche pubbliche atte a garantire i bisogni abitativi della popolazione per rispondere al diritto costituzionalmente garantito all'abitazione.

<sup>32</sup> <http://mg.co.za/article/2008-08-08-grootboom-dies-homeless-and-penniless>.

<sup>33</sup> *Head of Department, Mpumalanga Department of Education v Hoerskool Ermelo* 2000 (2) SA 415 (CC); *Head of Department, Department of Education, Free State Province v Welkom High School and another* 2014 (2) SA 228 (CC).

<sup>34</sup> <http://mg.co.za/article/2013-08-23-00-south-africas-hidden-textbook-crisis>.

<sup>35</sup> Coniata da K.E. Clare nel 1998 per descrivere «a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation of course, but in a historical context of constructive political development) to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction» (*Legal, Cultural, and Transformative Constitutionalism*, in *SAJHR*, n. 14, 1998, p. 150), la nozione di *transformative constitutionalism* è stata ripresa, sviluppata ed applicata al ruolo della Corte costituzionale dal Presidente della Corte costituzionale Pius Langa, in un celebre discorso tenuto nel 2006 all'Università di Stellenbosch: «It is no longer sufficient for judges to rely on the say-so of Parliament or technical readings of legislation as providing justifications for their decisions. Under a transformative constitution judges bear the ultimate responsibility to justify their decisions not only by reference to authority, but by reference to ideas and values» (l'intero discorso è accessibile al sito: [www.msu.ac.zw](http://www.msu.ac.zw)).

<sup>36</sup> Questo discorso ci porterebbe, però, troppo lontano rispetto agli obiettivi del nostro studio e si rimanda la discussione ad altra sede. Interessanti in proposito: L. GIBSON, *Reassessing the Institutional Legitimacy of the South African Constitutional Court: New Evidence, Revised Theory Paper* presented at the Conference on “Twenty Years of South African Constitutionalism: Constitutional Rights, Judicial Independence, and the Transition to Democracy”, New York Law School, November 13-16, 2014; M. DU PLESSIS, *Between Apology and Utopia – the Constitutional Court and Public Opinion*, in *South African Journal on Human Rights*, vol. 18, n. 1, 2002.

<sup>37</sup> Intervista realizzata dall'autrice ad Albie Sachs, giudice costituzionale dal 1995 al 2009, Johannesburg, 25 febbraio 2005.

dell'ordinamento sudafricano, anche dopo la fase della transizione<sup>38</sup>. Tale apertura è formalmente sancita dall'art. 39 della Costituzione, che stabilisce che: «When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law». Il formante extra-sistemico entra dunque di pieno diritto nell'interpretazione della norma costituzionale sudafricana.

Sin dalle primissime sentenze, la Corte costituzionale ha fatto ampio uso di questa facoltà attribuita dalla Costituzione, così che le sentenze della Corte sono una sorta di «showcase for comparative law in action»<sup>39</sup>. La letteratura in materia è ampia, *sufficit* ricordare come la Corte stessa, nelle parole dell'opinione di maggioranza redatta dal giudice Pius Langa nel caso *State v Williams* del 1995<sup>40</sup>, sostenga il valore fondamentale dell'utilizzo della comparazione: «while our ultimate definition of these concepts [cruel and unusual punishment] must necessarily reflect our own experience and contemporary circumstances as the South African Community, there is no disputing that valuable insights may be gained from the manner in which the concepts are dealt with in public international law as well as in foreign case law»<sup>41</sup>.

In effetti, la Corte sudafricana è particolarmente incline, specialmente nei primi anni di attività, come vedremo, ad aprirsi ai formanti extra-sistemici, sia che si tratti del riferimento al diritto straniero, sia che si tratti di riferimenti alla giurisprudenza straniera. I dati quantitativi raccolti in uno studio sull'utilizzo del diritto straniero relativi al periodo 1995-2009 mostrano come la Corte citi diritto straniero in oltre la metà delle proprie decisioni (in 168 su 334), con una particolare propensione a guardare all'ordinamento canadese, statunitense, tedesco, e talvolta a quello indiano, australiano, e neozelandese. Molto rari i riferimenti al diritto dei Paesi dell'Africa australe, tra i quali un'attenzione relativamente maggiore è data a Zimbabwe e Zambia<sup>42</sup>.

Due ragioni di carattere storico-ordinamentale ed una più pragmatica giustificano tale apertura (al di là della già citata legittimazione costituzionale). La prima sta nella

---

<sup>38</sup> Invero, già alla fine degli anni ottanta la *South African Law Reform Commission* aveva estensivamente analizzato in chiave comparata forme di stato, forme di governo, l'organizzazione generale dei poteri, e nel dettaglio organi, istituti, consuetudini attingendo all'esperienza costituzionale europea, nordamericana, australiana e indiana. Per una trattazione più approfondita del fenomeno della circolazione dei modelli in Sudafrica si rinvia a V. FEDERICO, *Legal Transplants in Africa. I trapianti giuridici nel continente africano: dall'avvio di un dialogo sulla circolazione dei modelli costituzionali alla ricerca di modalità nuove di law-drafting e law-making*, in L. Scaffardi (ed.), *Parlamenti in dialogo*, Napoli, 2011.

<sup>39</sup> B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *The Judge as Comparatist*, in *Tul. L. Rev.*, n. 80, 2005, p. 48.

<sup>40</sup> *State v Williams*, 1995 (7) BCLR 861 (CC), in cui la Corte stabilì che l'uso di punizioni corporali nei confronti dei giovani – nel caso specifico si trattava di frustate – costituiva un trattamento inumano e degradante, contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento.

<sup>41</sup> Para. 23.

<sup>42</sup> Per una presentazione più accurata dei dati e per una discussione approfondita, cfr. J. FOSTER, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Lessons from South Africa*, in *University of San Francisco Law Review*, vol. 45, 2010, pp. 79-140.

struttura stessa del *legal system* sudafricano. Senza ripercorrere la storia costituzionale del Paese, ci limitiamo a ricordare che l'attuale sistema giuridico è il prodotto della stratificazione di tre sistemi giuridici differenti: quello tradizionale africano, basato sull'oralità e sulla consuetudine, il *Roman Dutch Law*, sistema di *civil law* portato dai coloni olandesi, che unisce fonti romane giustinianee a consuetudini germaniche fuse dai glossatori e dai giuristi rinascimentali olandesi; e il *common law* britannico. Ciò ha da sempre costretto i giuristi sudafricani a confrontarsi con un sistema di fonti complesso, allenandoli e forzandoli ad una costante comparazione intra-sistemica<sup>43</sup>. La seconda ragione risiede negli stretti legami accademici e culturali con diversi altri Paesi del Commonwealth e non solo. Molti dei più prominenti giuristi sudafricani si sono formati o hanno avuto importanti esperienze all'estero, spesso in esilio volontario o forzato. È logico e naturale, dunque, che, una volta rientrati in Sudafrica, attingano a quel bagaglio culturale per dare forma ed interpretare istituzioni e norme di un ordinamento che si pone in netta discontinuità con quello precedente e che quindi non dispone di "un'attrezzatura normativa" interna sufficiente per rispondere ai bisogni di rinnovamento imposti dalla transizione.

Ed infine, vi è la terza ragione, che si risolve in una sorta di "teoria utilitarista"<sup>44</sup>. Ovvero: «why not look to wherever wisdom may be found regarding a difficult issue of constitutional law?»<sup>45</sup>. In altre parole, le fonti straniere sono utilizzate semplicemente perché utili per risolvere questioni contingenti. Come scrive la Corte stessa: «there can be no doubt that it will often be helpful for our courts to consider the approach of other jurisdictions to problems that may be similar to our own»<sup>46</sup>.

L'«appetito comparativo»<sup>47</sup> della Corte non si limita al diritto straniero ma, come ampiamente testimoniato ed analizzato da vari studi e ricerche<sup>48</sup>, i giudici costituzionali fanno ampio riferimento alla giurisprudenza straniera. Di nuovo citando le parole del *Chief Justice Chaskalson*: «Each case that is decided adds to the body of South African constitutional law, and establishes principles relevant to the decision of cases which may arise in the future. Particularly where principles have not yet

<sup>43</sup> Per una discussione più approfondita si rinvia a: L. ACKERMANN, *Constitutional Comparativism in South Africa*, in *Tul. L. Rev.*, n. 80, 2005, p. 169 ss.

<sup>44</sup> Altri studi fanno riferimento anche ad ulteriori ragioni di apertura, tra cui, ad esempio, il desiderio, documentato da U. Bentele, dei giudici costituzionali di reinserire il Paese a pieno titolo nella comunità internazionale, e dunque il riferimento costante alle esperienze straniere risponde anche a tale esigenza. Cfr. U. BENTELE, *Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa's Experience with Comparative Constitutional Law*, in *Ga.J. Int. & Comp. L.*, n. 37, 2009, p. 229.

<sup>45</sup> U. BENTELE, *op. cit.*, p. 231.

<sup>46</sup> *K v Minister of Safety and Security*, 2005 (9) BCLR 835 (CC), para 34. È interessante notare, tuttavia, che il ricorso al formante extra-sistemico non è fatto per il semplice gusto del comparativismo. Come scrive il giudice O'Regan: «as in all exercise, in legal comparativism it is important to be astute not to equate legal institutions that are not, in truth, comparable» e continua, «all the dangers of shallow comparativism must be avoided». *Fose v Minister of Safety and Security* 1977, (3) SA 786 (CC), paras 34 e 35.

<sup>47</sup> B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *op. cit.*, p. 54.

<sup>48</sup> Si vedano a titolo esemplificativo gli studi citati alla nota 8.



been established, courts may draw on the burgeoning international jurisprudence on constitutional rights»<sup>49</sup>. Utilizzando i dati quantitativi presentati da C. Rautenbach, in 209 delle 403 decisioni della Corte dal 1995 al 2010, i giudici costituzionali fanno esplicitamente riferimento a giurisprudenza straniera<sup>50</sup>. Si tratta di dati che confermano senza dubbio la forte propensione all'apertura. Senza addentrarci nel complesso discorso della circolazione dei formanti giurisprudenziali o del "dialogo tra le corti" a cui si è già fatto riferimento, è interessante notare come la giurisprudenza da cui maggiormente attingono i giudici sudafricani sia quella canadese (860 citazioni su un totale di 2.742)<sup>51</sup>, seguita da quella statunitense (726 citazioni), quella britannica (482), quindi quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (142 citazioni), quella tedesca (11 citazioni), quella australiana (85 citazioni), quella dello Zimbabwe (79 citazioni) e quella indiana (57 citazioni). Si tratta di dati che non sorprendono.

La forte influenza della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* sui costituenti sudafricani e le comuni radici costituzionali<sup>52</sup>, così come il riferimento all'ordinamento tedesco per quanto riguarda l'assetto della forma di stato ed una relativa vicinanza tra l'impostazione dello studio del diritto tra i due Paesi<sup>53</sup> contribuiscono a spiegare la propensione dei giudici sudafricani a guardare verso quelle esperienze<sup>54</sup>. Ugualmente il riferimento ai più importanti Paesi del Commonwealth ha chiare radici storiche e culturali. Il riferimento alla giurisprudenza statunitense trova giustificazione innanzi tutto nel rilievo geopolitico del Paese<sup>55</sup> e nell'amplissima giurisprudenza prodotta dalla Corte suprema, che presenta l'ulteriore vantaggio di un facile accesso. Interessante, poi, è il rilievo e l'importanza che i giudici sudafricani attribuiscono alla Corte di Strasburgo come fonte autorevole di giurisprudenza.

---

<sup>49</sup> *Ministry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa*, 1998, (4) SA 1127 (CC), para 3.

<sup>50</sup> C. RAUTENBACH, *South Africa: Teaching an "Old Dog" New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010)*, in T. GROPPPI, M-C PONTTHOREAU (eds.), *op. cit.*

<sup>51</sup> I dati sono sempre quelli di C. Rautenbach.

<sup>52</sup> Nella decisione *S v Zuma* 1995 (4) BCLR 401 (CC) si legge infatti: «in both Canada and South Africa the presumption of innocence is derived from the centuries-old principle of English law», para 3.

<sup>53</sup> Per l'analisi della "presenza tedesca" nell'ordinamento sudafricano, Cfr: L. DU PLESSIS, *Learned Staatsrecht from the Heartland of the Reichsstaat: Observations on the Significance of South African-German Interaction in Constitutional Scholarship*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, n. 76, 2005. Ugualmente, la Corte giustifica il citare diritto tedesco sostenendo in maniera esplicita: «the NCOP (la camera alta) shares many of its structural characteristics with the German provincial body known as the Bundesrat, upon which the NCOP was modelled» *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly* 2006 (12) BCLR 1399 (CC), para 80.

<sup>54</sup> È quasi lapalissiana l'osservazione del giudice Kriegler: «where a provision of our Constitution is manifestly modelled on a particular provision in another country's constitution, it would be folly not to ascertain how the jurists of that country have interpreted their precedential provision». *Bernstein v Bester* NO 1996 (4) BCLR 449 (CC), para 133.

<sup>55</sup> Esplicita è la considerazione del giudice Ackermann nella sentenza *Ferreira v Levin; Vryenhoek v Powell* 1996 (1) SA 984 (CC), para 72: «USA is an open and democratic society based on freedom and equality».

C. Rautenbach conclude il suo studio sostenendo che, tenendo conto di alcuni importanti *caveat*, i dati rivelano una marcata volontà da parte dei giudici della Corte di partecipare al “dialogo costituzionale che avviene a livello mondiale”<sup>56</sup>.

Resta ora da verificare se ciò avviene anche *vis-à-vis* la dottrina.

4. La Corte del 2013 non è più quella del 1995. Non è solo diventata la corte di vertice del sistema giudiziario<sup>57</sup>, ma ne è cambiata composizione e leadership, ne sono cambiate alcune norme del regolamento interno con il proposito di rendere più snello il procedimento<sup>58</sup>, è mutato il ricorso ai formanti giurisprudenziali extra-sistemici sotto un profilo quantitativo, qualitativo ed anche di tecnica argomentativa, è altresì mutato il modo in cui la Corte utilizza il diritto straniero e, come vedremo, nel corso degli ultimi due decenni è mutato anche il rapporto tra giudici e dottrina.

«Le sentenze dei primi anni di attività della Corte, unite ai forti legami personali esistenti tra l'allora Presidente Mandela, gli altri leader politici ed i giudici costituzionali hanno fortemente contribuito a legittimare la Corte stessa e a garantirne il funzionamento»<sup>59</sup>. La Corte del 2013 convive, invece, con un ambiente politico e accademico più critico, la nomina di alcuni dei suoi giudici, ed in modo particolare del *Chief Justice* attualmente in carica<sup>60</sup>, è stata oggetto di aspre polemiche e la sua giurisprudenza a partire dal 2008 è stata giudicata da un lato troppo «cauta»<sup>61</sup> e dall'altro troppo poco incline ad assecondare la linea politica dell'esecutivo<sup>62</sup>. Nel 2009 hanno lasciato la Corte per sopravvenuti limiti di età o perché terminato il mandato anche gli ultimi giudici nominati dal Presidente Mandela (il *Chief Justice* Pius Langa ed i giudici Yvonne Mokgoro, Kate O'Regan e Albie Sachs). Tra il 1994 ed il 2013 si sono avvicendati quattro *Chief Justice* (Arthur Chaskalson, Pius Langa, Sandile Ncogo

<sup>56</sup> C. RAUTENBACH, *op. cit.*, p. 208.

<sup>57</sup> Il *Seventeen Amendment Bill*, firmato a febbraio 2013 dal Presidente J. Zuma fa della Corte costituzionale «The highest Court in all matters».

<sup>58</sup> Il 18 maggio 2010, il *Chief Justice*, in ottemperanza all'art. 32(2) del regolamento della Corte ha decretato che limite massimo delle memorie scritte non possa eccedere le 50 pagine, ed anche le audizioni orali sono state abbreviate, passando da una durata standard di un'intera giornata a quella di mezza giornata. Per ulteriori dettagli si rinvia a: <http://constitutionallyspeaking.co.za/practice-directions-from-the-chief-justice/>.

<sup>59</sup> H. CORDER, J. BRICKHILL, *op. cit.*, p. 367.

<sup>60</sup> La vicenda della nomina del *Chief Justice* Mogoeng Mogoeng da parte del Presidente Zuma nel 2011 ha scatenato grandi polemiche non solo perché manifestamente meno qualificato rispetto a diversi colleghi, ma anche per un forte conservatorismo sociale e politico espresso in diverse, controverse, decisioni e *concurring* e *dissenting opinion*. Per una ricostruzione si rinvia ai numerosi articoli pubblicati dal *Mail&Guardian*, il più autorevole settimanale di attualità politica del Paese: <http://mg.co.za/>.

<sup>61</sup> Si veda, ad esempio, il vol. n. 24 del *South African Journal on Human Rights* del 2008, interamente dedicato al dibattito sulla giurisprudenza costituzionale.

<sup>62</sup> Il rapporto tra il Presidente J. Zuma e la Corte non è mai stato lineare. Ancor prima della nomina a Presidente della Repubblica, nel 2009 J. Zuma lamentava l'eccessiva indipendenza dei giudici costituzionali che, nelle parole dell'allora Presidente dell'*African National Congress*, «are not necessarily close to God». Per l'intero discorso si rinvia a: <http://www.iol.co.za/news/politics/zuma-takes-aim-at-top-judges-439557>.

e Mogoeng Mogoeng), con personalità e stili molto differenti<sup>63</sup>, così come i giudici che si sono avvicinati sugli scranni di *Constitution Hill* rappresentano molto bene il pluralismo della società sudafricana.

Come è ovvio, la vita di ogni ordinamento determina continue trasformazioni nelle prassi degli organi, dovute a ragioni di carattere strutturale (diversi equilibri politici ed istituzionali, variate condizioni socio-economiche, mutati assetti geopolitici, etc.) e ad altre di carattere soggettivo, ovvero ad un mutare degli individui che compongono gli organi medesimi e ad eventuali sviluppi del pensiero e delle convinzioni personali dei singoli componenti.

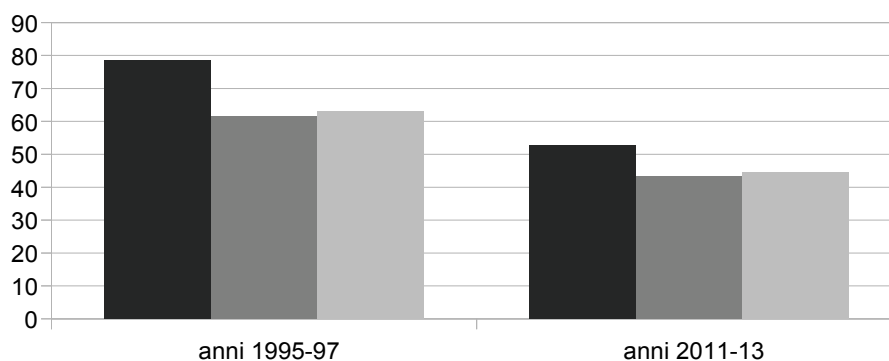
È verosimile ipotizzare dunque che il modo di citare la dottrina nella giurisprudenza costituzionale vari nel tempo e non è una sorpresa verificare che i dati empirici avvalorano tale ipotesi. L'interesse sta piuttosto nell'analisi di queste variazioni, nel cercare di comprenderne ragioni ed implicazioni, e nel confrontare i dati relativi alle citazioni dottrinarie con quelli delle citazioni giurisprudenziali e di diritto straniero, per avere una visione a tutto tondo dell'utilizzo dei formanti extra-sistemici da parte della Corte sudafricana.

Partiamo dunque dai dati.

Sono state analizzate tutte le sentenze della Corte costituzionale nei due trienni 1995-1997 e 2011-2013, ovvero 155 decisioni<sup>64</sup>, in cui sono state trovate 679 citazioni dottrinarie.

La percentuale di decisioni con citazioni varia negli anni, da un massimo di più del 78% di decisioni con citazioni dottrinarie nel 1995 ad un minimo di poco più del 43% nel 2012. Dunque se nel 1995 in più di due terzi delle decisioni compare uno o più riferimenti alla dottrina, nel 2012 (ma anche nel 2013) meno della metà delle decisioni presenta citazioni dottrinarie.

Figura 1. – Percentuale di decisioni con citazioni



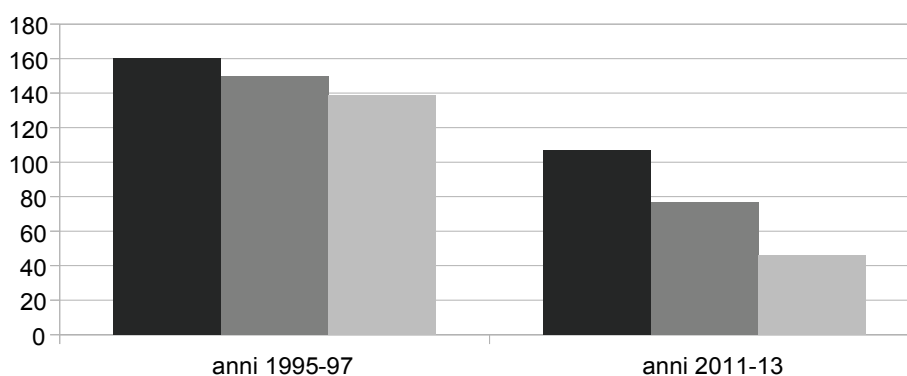
<sup>63</sup> Per una discussione sul rilievo della personalità del *Chief Justice* nella vita e nella giurisprudenza della Corte, cfr. H. CORDER, J. BRICKHILL, *op. cit.*

<sup>64</sup> 14 nel 1995, 26 nel 1996 e 19 nel 1997 per il primo triennio; 36 nel 2011, 30 nel 2012 e 27 nel 2013.

È evidente dalla grafica come nel primo triennio di attività la percentuale di sentenze in cui i giudici citano dottrina sia sensibilmente più elevata rispetto a quella dell'ultimo triennio. Ciò testimonia come, nel tempo, la propensione o il bisogno di far ricorso al formante dottrinario sia costantemente diminuito.

I numeri assoluti di citazioni per anno confermano questo trend e lo rendono ancora più evidente.

Figura 2. – Citazioni per anno (numeri assoluti)



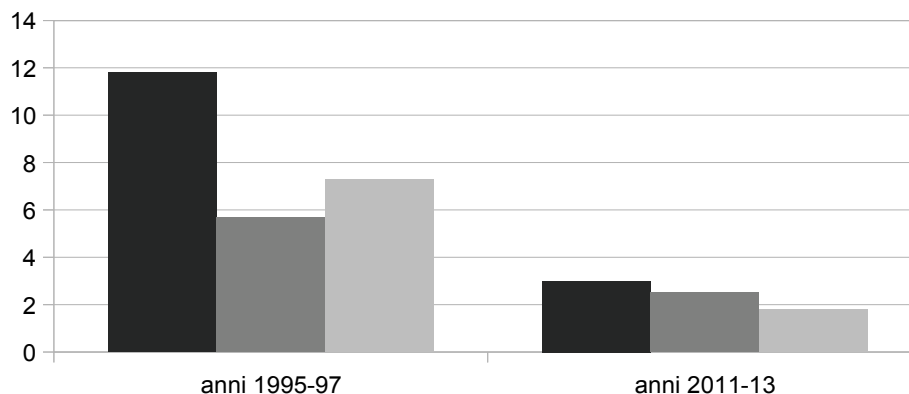
Ugualmente interessante è constatare come nel primo triennio la “densità” di citazioni per decisione è assai superiore rispetto a quella del secondo triennio. Nel 1995, infatti, in media vi sono state quasi 12 citazioni per decisione<sup>65</sup>, nel 1996 quasi 6 citazioni per decisione<sup>66</sup> e nel 1997 più di 7<sup>67</sup>, mentre nel triennio 2011-13 si parte da 3 citazioni per decisione per arrivare a meno di 2 nel 2013.

<sup>65</sup> Con alcune decisioni particolarmente delicate, come la già citata *S v Makwanyane and Another* 1995 (6) BCLR 665, in cui viene abolita la pena di morte, in cui i giudici fanno ben 59 citazioni dottrinarie, facendo ricorso a fonti sudafricane, statunitensi, tedesche, indiane, britanniche, olandesi, svedesi, australiane, nonché a diversi rapporti delle Nazioni Unite e di Amnesty International.

<sup>66</sup> Alcune decisioni di particolare rilievo sono particolarmente dense di citazioni, come la *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 (3) SA 850 (CC), sul diritto di cronaca, che presenta 33 citazioni, o la *Case and Another v Minister of Safety and Security and Others, Curtis v Minister of Safety and Security and Others* 1996 (3) SA 617, in cui la Corte si confronta per la prima volta con il diritto alla privacy, con 28 citazioni, mentre, curiosamente, la sentenza di certificazione della Costituzione finale del 1996, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (4) SA 744 (CC), presenta “solo” 12 citazioni.

<sup>67</sup> In alcune decisioni il numero di citazioni è particolarmente elevato, come nel caso della sentenza *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 (3) SA 786 (CC) sul risarcimento derivante da gravi violazioni dei diritti fondamentali, in cui i giudici ricorrono a 40 citazioni (dottrina sudafricana, canadese, statunitense, britannica, tedesca, olandese, indiana, brasiliana).

Figura 3. – Numero medio di citazioni per decisione



Sotto un profilo quantitativo i dati riguardanti l'utilizzo del formante dottrinario confermano la tendenza registrata sia dagli studi sul ricorso al diritto straniero sia, in misura meno netta, dagli studi sulle citazioni di giurisprudenza straniera, ovvero che negli anni vi sia una costante diminuzione di citazioni. Gli studi dell'utilizzo del diritto straniero da parte della Corte dimostrano che nei primi tre anni di attività fonti di diritto straniero sono citate in più del 73% delle decisioni, mentre tale percentuale crolla al 47% nel triennio 2005-2009<sup>68</sup>. Ugualmente l'analisi quantitativa delle citazioni di giurisprudenza straniera mostra che nel 1995 l'86% delle decisioni presenta richiami a giurisprudenza straniera, mentre nel 2010 solo il 32% lo fa<sup>69</sup>.

Nei primissimi anni la Corte fa ricorso a tutte le possibili fonti a disposizione: diritto straniero, giurisprudenza straniera, dottrina (vedremo a breve che tipo di dottrina), quindi, con il passare degli anni ed il consolidarsi di una giurisprudenza autoctona, diminuiscono le citazioni a diritto straniero e a dottrina e anche a giurisprudenza straniera.

Seguendo una chiave di lettura "utilitaristica", potremmo argomentare che lo sviluppo di una solida giurisprudenza costituzionale sudafricana, riconosciuta anche a livello internazionale come fonte autorevole di giurisprudenza, abbia reso, negli anni, meno necessario l'utilizzo di fonti straniere (normative e giurisprudenziali) o di dottrina (nazionale o straniera)<sup>70</sup>. Inoltre, alcuni autori sottolineano l'importanza an-

<sup>68</sup> J. FOSTER, *op. cit.*, pp. 89-91.

<sup>69</sup> Interessante sottolineare, invero, come nel caso delle citazioni di giurisprudenza straniera l'andamento, malgrado una tendenziale costante diminuzione, sia altalenante con "picchi" di citazioni nel 2004 e nel 2009. Cfr. C. RAUTENBACH, *op. cit.*, pp. 194-195.

<sup>70</sup> In tal senso si veda anche D. DAVIS, *Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstruction of Comparative Influence. The South African Experience*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 1, 2003.

che di un elemento di carattere psicologico. La tendenza ad una diminuzione nelle citazioni di giurisprudenza e normativa straniera e di dottrina coinciderebbe, infatti, con un progressivo aumento della sicurezza dei giudici nella solidità e nell'autorevolezza della propria giurisprudenza<sup>71</sup>. È pur vero, però, che una semplice lettura utilitaristica non è sufficiente a spiegare perché la Corte continui comunque negli anni a fare riferimento a fonti dottrinarie e ai formanti normativi e giurisprudenziali stranieri. Se infatti fosse vero che la Corte ricorre a «foreign authority primarily for bare necessity»<sup>72</sup>, risulterebbe inspiegabile come, dopo quasi due decenni di attività, si continui a mostrare una notevole propensione per le citazioni. Piuttosto, nel quadro di apertura del nuovo ordinamento, in assenza di una giurisprudenza autoctona i giudici costituzionali hanno ovviamente cercato strumenti interpretativi e argomentazioni a sostegno del delicato processo di bilanciamento degli interessi laddove potevano trovarli, vagliando la giurisprudenza straniera, la legislazione straniera e le fonti dottrinarie nazionali ed estere. Ma la propensione ad inserire la propria giurisprudenza all'interno del dibattito globale, e quindi a servirsi di tutti gli strumenti ermeneutici a disposizione nel flusso internazionale di circolazione del sapere e del diritto resta un carattere distintivo della Corte sudafricana. E dunque i giudici citano dottrina non solo perché ne sono costretti per sostenere una particolare impostazione interpretativa, ma perché vi è una precisa volontà di inquadrare il costituzionalismo sudafricano nella più ampia cornice del *transnational constitutionalism* e di instaurare e coltivare un flusso costante di scambio tra «giuristi» in senso lato.

5. Nel triennio 1995-97 poco più del 37% degli autori citati è sudafricano, il 19,5% statunitense, l'11,6% canadese, quasi il 10% tedesco, poco più del 9% britannico e il 3,4 % indiano. A seguire autori olandesi, israeliani, irlandesi, australiani ed austriaci citati più di una volta, ed una serie di altri citati solo una volta<sup>73</sup>.

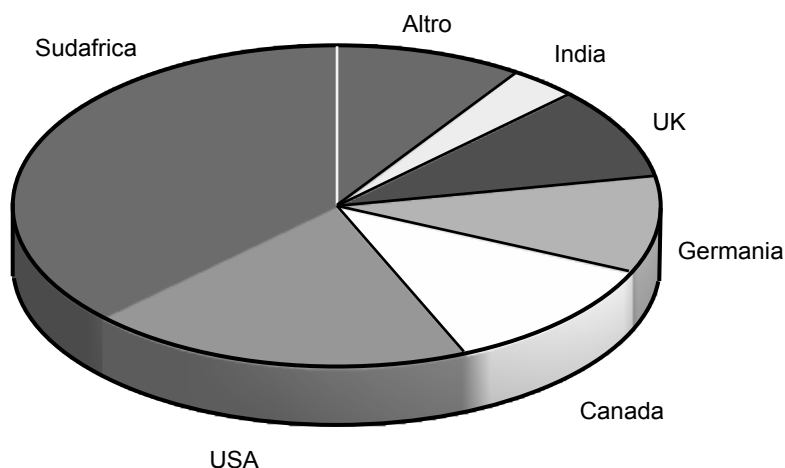
---

<sup>71</sup> U. BENTELE, *op. cit.*, p. 299.

<sup>72</sup> F. DU BOIS, D. VISSER, *Export of the Rule of Law: The Influence of Foreign Law in South Africa*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, n. 13, 2003, p. 646.

<sup>73</sup> Citati una sola volta sono autori cileni, salvadoregni, estoni, brasiliani, neozelandesi, svizzeri, svedesi, ed anche un italiano, F. Capotorti, citato in merito ai diritti delle minoranze, richiamando esplicitamente il volume *Minorities* del 1985.

Figura 4. – Nazionalità degli autori citati (1995-97)



Interessante notare come oltre l'86% delle opere citate sia in lingua inglese, ma ben 39 citazioni sono in Tedesco (quasi l'8% delle citazioni), 14 (ovvero poco più del 3%) in Afrikaans e una in Olandese. Le citazioni in tedesco si concentrano in 8 decisioni. In particolare, più della metà delle citazioni in tedesco è nella già citata sentenza *S v Makwanyane and Another* del 1995. Qui è il giudice Ackermann che nomina a sostegno della propria *concurring opinion* l'art. 19(2) della *Grundgesetz* e richiama in nota un'ampia bibliografia in lingua tedesca in proposito. Ed è sempre il giudice Ackermann, sia nel ruolo di relatore dell'opinione di maggioranza sia in quello di estensore di una *concurring opinion*, a menzionare dottrina in lingua tedesca *verbatim* nel testo e in note bibliografiche nella altre sette decisioni, anche se in due di esse anche il *Chief Justice* Chaskalson ed il giudice O' Reagan si misurano con dottrina tedesca in lingua<sup>74</sup>. È ragionevole ipotizzare che sia la familiarità del giudice Ackermann con l'ordinamento e la lingua tedesca a permettergli di attingere alla dottrina tedesca non tradotta in inglese. Giova sottolineare che questo è l'unico aspetto in cui le competenze specifiche di un giudice giocano un ruolo misurabile in via empirica nelle scelte di dottrina da citare. Come vedremo, infatti, per tutti gli altri aspetti analizzati non è possibile stabilire rapporti di causalità diretta tra formazione, competenze, personalità del giudice e scelte dottrinarie.

Meno legate alle competenze linguistiche specifiche dei singoli giudici sono le citazioni in Afrikaans (che è una delle 11 lingue ufficiali del Paese dal 1994 ed è stata la sola lingua ufficiale insieme all'Inglese fino al 1994, nonché la lingua veicolare per l'istruzione pubblica della popolazione Bantù – utilizzando le categorie dell'apartheid – a partire dal 1976), che si trovano in 8 decisioni. Di nuovo è il giudice Ackermann il

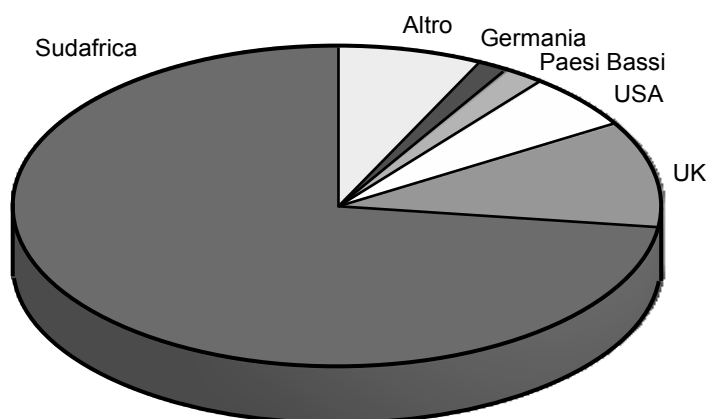
<sup>74</sup> Ad essere citata è l'opera di C. SCHMIDT, *Bewysreg*, 1992.

più propenso a citare dottrina in Afrikaans, ma anche i giudici Kentrige, Sachs, Chaskalson e Mahomed ricorrono più volte a dottrina afrikaans.

La stragrande maggioranza delle citazioni (oltre l'88%) è di natura giuridica. Delle 50 citazioni di natura non giuridica, dieci sono citazioni di dizionari, a cui i giudici sudafricani ricorrono con una relativa frequenza per chiarire il significato di espressioni tendenzialmente generiche<sup>75</sup>, mentre le altre afferiscono a tre grandi categorie: reports di organizzazioni internazionali e nazionali su temi specifici<sup>76</sup>, opere di carattere scientifico di materie non giuridiche<sup>77</sup>, opere di rilievo politico e culturale<sup>78</sup>. È interessante notare come la più elevata concentrazione di citazioni non giuridiche si trovi nella *concurring opinion* del giudice Sachs nella decisione *S v Makwanyane and Another* del 1995, in cui il giudice cita un numero assai importante di opere di carattere storico ed antropologico per dimostrare come la pena di morte sia estranea alla cultura autoctona dei popoli africani.

Nel triennio 2011-13, la dottrina sudafricana sostanzialmente sostituisce la dottrina straniera: oltre il 70% degli autori citati, infatti, è sudafricano. Poco più dell'11% è britannico, il 6% statunitense, poco più del 2% olandese e poco meno del 2% tedesco, quindi solo due citazioni di autori canadesi ed australiani e una citazione di autori italiani<sup>79</sup>, indiani, neozelandesi, svedesi, cingalesi.

Figura 5. – Nazionalità degli autori citati (2011-13)



<sup>75</sup> Come nel caso del significato del verbo «to deal» (*S v Mblungu and Others*, 1995 (3) SA 867) o dell'aggettivo «cruel» (*S v H. Williams and others*, 1995 (7) BCLR 861 (CC)).

<sup>76</sup> *Amnesty International* sulla pena di morte; la Commissione verità e riconciliazione del Cile e la Commissione per la verità nel Salvador, Rapporti della Commissione Europea e gli atti della Conferenza di Pechino del 1995.

<sup>77</sup> Manuali di storia, saggi di sociologia, antropologia o medicina.

<sup>78</sup> I Discorsi di W. Churchill, le opere di Kant, i romanzi di Dostoevskij, i Discorsi del Mahatma Gandhi.

<sup>79</sup> Si tratta di F. Giglio, che insegna alla *School of Law della University of Manchester* (UK) ed è citato per un articolo pubblicato sull'*Oxford Journal of Legal Studies*.



Il quadro d'insieme è radicalmente cambiato. La dottrina canadese, indiana e tedesca ha notevolmente ridotto la propria influenza sui giudici sudafricani, così come la dottrina statunitense. La dottrina britannica mantiene un discreto interesse, anche se questo dato è gonfiato dalla perdurante propensione a citare i dizionari britannici. Il dato sicuramente più interessante è che in meno di due decenni la dottrina sudafricana si è affermata come riferimento dominante per i giudici.

Sono scomparse le citazioni in lingua tedesca, e gli unici riferimenti ad opere non anglofone sono tre articoli in Afrikaans, l'opera del filosofo del diritto Ulrik Huber del XVII secolo in olandese arcaico, e due opere in latino, rispettivamente di J. Voet e di D. Van der Keessel. Il che significa che oltre il 97% della dottrina citata nella giurisprudenza costituzionale sudafricana nel triennio 2011-2013 è in lingua inglese. A citare dottrina in Afrikaans sono i giudici Froneman e Cameron in due *concurring opinions*, ed il giudice Nkabinde in un'opinione di maggioranza, mentre sono del giudice Brand le citazioni in latino ed in olandese arcaico, contenute in due opinioni di maggioranza del medesimo anno.

In maniera non dissimile dal triennio 1995-1997, anche negli anni 2011-2013 oltre 89% delle citazioni è di natura giuridica e tra quelle non giuridiche cinque sono citazioni di dizionari. Si ritrovano citazioni di reports<sup>80</sup>, e, seppur in misura minore, citazioni in campo medico e storico, in particolare in due sentenze sulla tutela del diritto alla salute dei minatori e dei carcerati<sup>81</sup>. L'unica citazione di carattere intellettuale è il riferimento alla poesia di T.S. Eliott ad opera del giudice Kampepe a proposito del "dinamismo delle parole"<sup>82</sup> che però non può modificare radicalmente il significato intrinseco della parola "lavoratore".

Questa profonda trasformazione della dottrina citata si collega, in parte, con la diminuzione delle citazioni di diritto e di giurisprudenza stranieri. Di frequente, infatti, nel triennio 1995-1997 la dottrina straniera era citata per mettere in contesto ed interpretare norme, principi, valori ed istituzioni stranieri. La forte diminuzione dei riferimenti ai formanti extra-sistemici comporta una eguale flessione nelle citazioni dottrinarie. Ma il giudice costituzionale non rinuncia a rivolgersi alla dottrina, piuttosto sposta l'attenzione su quella sudafricana, atta a meglio sostenere una giurisprudenza che si fonda sempre di più su formanti autoctoni.

Se si sposta l'attenzione sugli autori più citati, di nuovo emergono interessanti differenze nella relazione tra giudici costituzionali e dottrina tra il 1995-1997 ed il

---

<sup>80</sup> Come il *final report* della *Truth and Reconciliation Commission (The Citizen 1978 (Pty) Ltd and Others v McBride*, 2011 (8) BCLR 816 (CC)) o diversi lavori dell'organizzazione internazionale U4 – *Anti-corruption Resource Center* (citati nella decisione *Glenister v President of the Republic of South Africa and Others*; 2011 (7) BCLR 651 (CC), in materia di corruzione).

<sup>81</sup> *Mankayi v AngloGold Ashanti Ltd*; 2011 (3) SA 237 (CC) e *Lee v Minister of Correctional Services*, 2013 (2) SA 144 (CC).

<sup>82</sup> «... Words strain, Crack and sometimes break, under the burden, Under the tension, slip, slide, perish, Decay with imprecision, will not stay in place, Will not stay still ...» (*Mankayi v AngloGold Ashanti Ltd*; 2011, para 71).

2011-2013. Nel primo triennio l'autore più citato in assoluto è il canadese P.W. Hogg, richiamato 21 volte in 16 diverse decisioni. Come già sottolineato, nei primi anni di attività della Corte i giudici costituzionali guardano all'esperienza canadese con grande interesse e l'autore di riferimento è senza dubbio P.W. Hogg. Il medesimo paradigma (l'identificazione di autori chiave rappresentativi di una determinata esperienza costituzionale) si ritrova nel caso dell'India<sup>83</sup>, dell'Irlanda<sup>84</sup>, degli Stati Uniti<sup>85</sup>. Curioso notare come, nel caso tedesco, tre siano i manuali di riferimento per citazioni che afferiscono all'ordinamento in quanto tale<sup>86</sup>.

Malgrado l'alta densità di citazioni di autori britannici, non vi è nel caso del Regno Unito un autore di riferimento per l'ordinamento in quanto tale. Certo, in materia di diritti umani ad essere citato è P. Sieghart per l'opera *The International Law of Human Rights* del 1983 (citato in 8 decisioni), ma si tratta di autori citati per l'importanza dell'opera, come è il caso di R. Dworkin, menzionato otto volte, ovvero degli olandesi Van Dijk e Van Hoof, richiamati in sette diverse decisioni per l'opera *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* del 1990.

Gli autori sudafricani citati dalla Corte sono numerosissimi. Pochi gli autori nominati più di una volta, e in ogni caso gli autori più citati lo sono solo cinque volte, una frequenza davvero bassa, soprattutto se confrontata con quella dei colleghi stranieri. Gli autori sudafricani più citati sono E. Mureinik, per l'articolo *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*<sup>87</sup>, invero uno degli scritti sul Bill of rights della costituzione transitoria più conosciuti anche al di fuori dei confini sudafricani; L. Baxter per il manuale di diritto amministrativo *Administrative Law* del 1984; e J. Dugard per il volume *Human Rights and the South African Legal Order* del 1973, che aveva rappresentato una delle opere più importanti di critica accademica al sistema dell'apartheid. Ugualmente citato cinque volte è il volume curato da M. Chaskalson *Constitutional law of South Africa* del 1996 (richiamato già nelle prime decisioni del 1996, ancora fresco di stampa).

L'opera sudafricana più nominata è il volume *Rights and Constitutionalism. The New South African Legal Order* curata da D. van Wyk, J. Dugard, B. de Villiers, e D. Davis del 1994, che è richiamata 7 volte dai giudici sudafricani.

Ma il dato più interessante è in realtà un altro, ovvero la grande varietà di autori e di opere citate. L'attenzione dei giudici costituzionali nei confronti della dottrina, giuridica e non, è assai elevata, come lo è la capacità di cercare e utilizzare in maniera appropriata e creativa fonti dottrinarie diverse. I giudici, cioè, non richiamano

---

<sup>83</sup> Con il giudice H. Seervai citato sei volte e D. Basu tre volte.

<sup>84</sup> Ad essere citata in questo caso è l'opera di J. CASEY, *Constitutional Law in Ireland* del 1992.

<sup>85</sup> L'identificazione Paese-autore opera in questo caso a favore dell'opera di L. TRIBE, *American Constitutional Law*, del 1988 citata undici volte.

<sup>86</sup> VON MÜNCH, KUNIG, *Grundgesetz Kommentar* del 1992; MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, *Grundgesetz Kommentar* del 1991, e MANGOLDT, KLEIN, STARCK, *Das Bonner Grundgesetz* del 1985.

<sup>87</sup> SAJHR, n. 10, 1994.

sempre i medesimi autori, tutt'altro. Su un totale di 447 citazioni, sono 241 gli autori citati una o due volte. La ricerca delle fonti per l'argomentazione delle decisioni non è dunque banale e denota da un lato la capacità in termini scientifici della Corte e, da un altro lato, porta ad ipotizzare che l'utilizzo della dottrina non sia un fenomeno "estetico" o frutto della volontà di far sfoggio di erudizione citando i "soliti noti" che non si possono ignorare, ma piuttosto prodotto dalla necessità reale di integrare il formante normativo e quello giurisprudenziale con quello dottrinario ai fini di una più adeguata interpretazione dei dettami costituzionali. I giudici mostrano fin da subito, dunque, non solo una spiccata propensione per l'utilizzo del formante dottrinale, ma anche la capacità e la volontà di fare un utilizzo sofisticato della dottrina.

Nel triennio 2011-13 scompaiono gli autori-riferimento dei diversi ordinamenti esteri presi a modello nelle argomentazioni della corte. Hogg, Seervai, Casey, Tribe, Von Münch e Kunig, Maunz, Dürig e Herzog, Mangoldt, Klein e Starck non sono più citati. Non solo perché le citazioni straniere sono assai ridotte, ma perché è profondamente mutato il tipo di citazione e l'utilizzo della dottrina nella tecnica decisoria della Corte. Le sentenze non presentano più ampie sezioni di diritto comparato, con la discussione delle esperienze straniere a confronto quasi si trattasse di compendi di diritto comparato. Piuttosto, i giudici dedicano la loro attenzione alla giurisprudenza sudafricana, soprattutto costituzionale, e la dottrina diventa accessoria all'esercizio di analisi esegetica della norma alla luce del corpus normativo e giurisprudenziale sudafricano. Tutti gli autori citati più di tre volte (invero pochi autori, come vedremo in quanto si ripete anche nel triennio 2011-2013 la grande specificità e varietà delle citazioni dottrinarie) sono sudafricani. L'autore più nominato, sei volte, è J. Neethling, di cui i giudici richiamano in modo particolare il manuale di diritto penale *The Law of Delict*. A seguire, citati cinque volte sono C. Hoexter, l'unica donna a guadagnarsi il primato dell'attenzione della Corte, con rimando al suo manuale di diritto amministrativo *Administrative Law in South Africa*, che sostituisce l'opera di Baxter come riferimento in campo amministrativo, e A.J. Van der Walt.

Unico autore citato più volte sia dalla Corte del 1995-97 sia da quella del 2011-2013 è J. Dugard<sup>88</sup>, ma cambiano le opere menzionate. Se nel primo triennio l'attenzione dei giudici si rivolgeva principalmente al volume del 1973, nel secondo triennio quell'opera non è più citata, ed i giudici utilizzano le opere dell'autore in materia di diritto internazionale.

Il dato principale resta, anche negli anni 2011-2013, l'estrema varietà degli autori e delle opere. Infatti, malgrado la concentrazione sulla dottrina sudafricana, più dell'86% degli autori non è citato più di tre volte. Si conferma dunque quanto osservato in precedenza per gli anni 1995-1997.

---

<sup>88</sup> Il professor Dugard è fra i più stimati giuristi sudafricani. Tenace oppositore del regime di apartheid, è stato Rettore dell'Università di Witwatersrand e direttore del *Centre for Applied Legal Studies* della medesima università. Dal 1997 è membro della *International Law Commission of the United Nations* e nel 2000 è stato nominato *Special Rapporteur on Diplomatic Protection*. Si tratta di una figura di grande rilievo nel panorama accademico sudafricano, sia per lo spessore scientifico sia per il profilo politico-istituzionale della persona.

Infine, è interessante sottolineare che l'80% della dottrina citata nel triennio 2011-2013 è pubblicata a partire dal 1990, mentre addirittura l'86% della dottrina citata negli anni 1995-1997 è stata pubblicata a partire dal 1975. Se poi si concentra l'attenzione solo sulla dottrina pubblicata nell'ultimo decennio, essa rappresenta il 62,6% nel triennio 1995-1997 ed il 55% nel triennio 2011-2013. Il dato generale, dunque, è una netta preferenza per dottrina recente, con una maggiore concentrazione sulle opere pubblicate nell'ultimo decennio da parte dei giudici dei primi anni di attività della Corte. Ciò indica senza dubbio la propensione dei giudici ad un aggiornamento costante piuttosto che a far riferimento alla dottrina che aveva caratterizzato la loro formazione (necessariamente antecedente la transizione democratica). Ma riflette anche la cesura che la transizione democratica ha operato pure nei confronti della dottrina. La dottrina sudafricana e straniera<sup>89</sup> è concorde nell'indicare la transizione come esempio tipico di «clean break with the past»<sup>90</sup> così che «sebbene alcuni specifici istituti interni [...] si mantengano pressoché inalterati dall'epoca coloniale a quella del post-apartheid, il cambiamento di prospettiva in termini di principi fondanti è così netto da non permettere di attribuire altro che valore indicativo a buona parte delle precedenti consuetudini e convenzioni costituzionali»<sup>91</sup>, ed evidentemente anche così da non permettere di attribuire più che valore meramente indicativo a gran parte della precedente dottrina. È comprensibile, allora, che i giudici costituzionali non possano far riferimento in maniera consistente alla dottrina antecedente la transizione costituzionale in quanto avente ad oggetto lo studio di un ordinamento radicalmente differente da quello successivo.

Come si inserisce il formante dottrinale nella decisione e che funzione svolge? Nelle 155 decisioni prese in esame i giudici fanno un uso assai vario delle citazioni dottrinarie, così come varie sono le modalità di innesto della dottrina all'interno delle decisioni. La dottrina può entrare nella decisione attraverso citazioni *verbatim* nel corpo del testo, altre volte i giudici fanno un riferimento più generico al pensiero o alle opere di autori, altre volte ancora le citazioni dottrinarie si trovano in nota, sia nella forma della classica nota bibliografica "colta" (quasi uno sfoggio di sapere o la volontà di rafforzare le proprie tesi) sia in note più articolate, in cui spesso vengono messi a confronto approcci ed interpretazioni differenti per suffragare le scelte dei giudici. Sotto un profilo quantitativo, sono ovviamente le note bibliografiche a portare il numero maggiore di citazioni, anche perché spesso risultano in un vero e proprio elenco di dottrina, in maniera non dissimile rispetto all'uso accademico delle medesime.

---

<sup>89</sup> Molto è stato scritto in proposito. Si ricordano in particolare: R. ORRÙ, *La costituzione di tutti*, Torino, 1998; A. RINELLA, *Il Constitution of the Republic of South Africa Act 1993: una costituzione in itinere*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, anno XV, 1995; A. BULLIER, *La Constitution Intèrimaire de l'Afrique du Sud*, in *Afrique Contemporaine*, n. 170, 1994; H. CORDER, *Towards a South African Constitution*, in *The Modern Law Review*, vol. 57, 1994; B. DE VILLIERS, *Birth of a Constitution*, Cape Town, 1994; R. SPITZ, M. CHASKALSON, *The politics of transformation*, Johannesburg, 2000.

<sup>90</sup> H. KLUG, *op. cit.*, p. 15.

<sup>91</sup> R. ORRÙ, *op. cit.*, p. 9.

6. Per concludere dobbiamo cercare di rispondere ad un'ultima questione: a cosa serve la dottrina? Nel triennio 1995-1997 più dell'88% delle citazioni sono utilizzate per argomentare a favore della tesi del giudice estensore, circa l'11% è utilizzato in maniera neutra (è questo il caso principalmente delle citazioni dei dizionari e dei *reference books*, citazioni che servono ad esplicitare il significato di un'espressione o a collocare una norma, un uso, un principio all'interno di un determinato contesto), mentre le citazioni "a contrario" sono davvero residuali. Il medesimo trend si ritrova nel triennio 2011-2013, anche se leggermente maggiore è il numero di citazioni di tesi contrarie all'argomentazione sostenuta dal giudice (circa l'8%). Il dato di fondo però non cambia: i giudici ricorrono al formante dottrinale principalmente per costruire in maniera positiva la propria argomentazione.

Dalle fonti dottrinarie si estraggono nozioni sostanziali (cosa significhi trattamento crudele e inaccettabile)<sup>92</sup>, principi di diritto in base ai quali giudicare il caso in questione (per esempio quali siano condizioni e termini dell'applicazione dell'amnistia)<sup>93</sup>, regole procedurali (l'inversione dell'onere della prova)<sup>94</sup> ovvero contribuisce a definire la *ratio decidendi*<sup>95</sup>.

Molto interessante, poi, è sottolineare come spesso le citazioni dottrinarie si intreccino con riferimenti a norme e giurisprudenza straniera, come già richiamato. Soprattutto negli anni 1995-1997, quando più frequenti sono l'utilizzo di normativa e giurisprudenza straniera, la dottrina, spesso anch'essa straniera, serve per chiarire contesto e portata dei primi due formanti, ovvero per suggerirne una possibile applicazione all'interno della realtà sudafricana e nello specifico caso in questione. Il formante dottrinale, dunque, diventa una sorta di interfaccia, l'adattatore del formante extra-sistemico perché esso possa entrare nell'ordinamento sudafricano e, mediato dall'opera interpretativa ulteriore della Corte, diventare fonte di diritto interna.

Dall'analisi dei dati non emergono differenze significative nel confronto tra i due trienni, né per oggetto delle decisioni (non vi sono, cioè, modalità specifiche di citazione della dottrina nelle decisioni che hanno ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali rispetto a quelle che trattano di diritto penale o di rapporti tra gli organi costituzionali), né tantomeno per giudice estensore. Chiaramente ogni giudice ha il proprio stile redazionale<sup>96</sup>, sia che si tratti di redigere opinioni di maggioranza sia

---

<sup>92</sup> *S v Williams* 1995 (7) BCLR 861 (CC) in cui si indaga della costituzionalità delle pene corporali per i fanciulli, come già richiamato.

<sup>93</sup> È questo il caso, ad esempio, della dottrina citata nella sentenza *Azanian People Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, 1996 (4) SA 672 (CC), che discuteva della costituzionalità delle norme per garantire l'amnistia per i reati politici commessi durante l'apartheid.

<sup>94</sup> *S v Zuma*, 1995 (4) BCLR 401 (CC).

<sup>95</sup> Si veda in proposito la più volte richiamata *S v Makwanyane* del 1995.

<sup>96</sup> Che può anche essere influenzato dai *law clerks*, figure importanti della Corte, che vengono reclutati con un bando internazionale e dunque portano all'interno della Corte stessa la propria cultura giuridica e possono contribuire ad orientare le scelte dei giudici.

nel caso di *concurring e dissenting opinions*<sup>97</sup>, ma non emergono differenze marcate né nel modo di richiamare la dottrina all'interno della decisione né nella funzione che il formante dottrinale svolge all'interno della medesima. Il dato interessante è, invece, che, malgrado il profilo diverso dei giudici costituzionali per formazione, per appartenenza etnico-linguistica e credo religioso<sup>98</sup>, per percorso professionale, per genere e per età, quasi tutti mostrano una elevata propensione alla citazione dottrinale e la capacità di utilizzare il formante dottrinale nelle sue molteplici modalità e funzioni. Pur nella grande varietà dei modi di citare e delle funzioni della citazione dottrinale, emerge dunque una sorta di stile specifico della Corte costituzionale sudafricana, che si mantiene negli anni, pur al variare della composizione della Corte ed al variare della dottrina utilizzata.

Ritornando, infine, al profilo metodologico, la scelta di far uso della scienza informatica per l'elaborazione e lo sviluppo di un database di facile accesso, ma capace di raccogliere ed ordinare un numero considerevole di dati e, quindi, di un sistema relativamente sofisticato di analisi attraverso il filtraggio e l'incrocio dei dati si è rivelata una scelta promettente. Le analisi effettuate sono interessanti e permettono di provare, attraverso un approccio empirico quantitativo, le diverse ipotesi di ricerca e di avanzarne di nuove. La schematicità dell'impianto metodologico informatico, inoltre, costringe il giurista ad uno sforzo di semplificazione e di organizzazione sistematica dei dati che favorisce la comparabilità, ovviamente con la dovuta cautela, anche di dati provenienti da orizzonti giuridici molto distanti.

Questo studio sulle citazioni dottrinarie permettere di chiudere il cerchio dell'analisi quantitativa dell'influenza di diritto e giurisprudenza stranieri sulla giurisprudenza costituzionale sudafricana, così come auspicato dai già citati Corder e Brickhill, inserendolo in un dialogo tra giuristi che permette di consolidare ipotesi avanzate dalle analisi sui formanti extra-sistemici giurisprudenziali e normativi, di integrarle e di aggiungere nuove prospettive critiche di ricerca.

---

<sup>97</sup> In merito a *concurring e dissenting opinions*, giova sottolineare che la grande maggioranza delle citazioni viene fatta nell'opinione di maggioranza sia negli anni 1995-97 sia negli anni 2011-13 (oltre il 64% in entrambi i periodi), e a decrescere nelle *concurring opinions* (31 % nel 1995-97 e quasi 24 % nel 2011-2013) e in maniera residuale nelle *dissenting opinions* negli anni 1995-97 (4%) e in maniera minore in quelle negli anni 2011-2013 (12%).

<sup>98</sup> Ricordiamo che il Sudafrica si definisce "nazione arcobaleno" per lo spiccato pluralismo che ne caratterizza la popolazione.

---

## FORMANTE DOTTORALE E COSTRUZIONE DI QUELLO GIURISPRUDENZIALE NEI SISTEMI GIURIDICI A BASE DOTTRINALE: IL CASO DELL'AFRICA AUSTRALE

---

MATTEO NICOLINI

SOMMARIO: 1. Un modello citazionale “a guisa di libro”: i rapporti tra formante e sostrato dottrinali negli ordinamenti africani australi. – 2. Le coordinate d’indagine: l’attualità degli esiti della ricerca e i *rankings* generati dall’egemonia giuridica sudafricana. – 3. *Segue*. La rimozione di un pregiudizio: *perifericità* delle Corti d’area o sostrato dottrinale al servizio della *global financial dominance*? – 4. Le potenzialità della ricerca: citazioni “miste” e “validazione” del formante dottrinale richiamato negli atti di parte e nelle decisioni in sede di gravame. – 5. *Segue*. Citazioni dottorali e *constitutional implication* delle famiglie giuridiche nella giurisprudenza delle Corti di vertice australi. – 6. Il sostrato dottrinale per la costruzione del formante giurisprudenziale: la mediazione delle *auctoritates* romano-olandesi, della dottrina e delle Corti. – 7. Dalla mediazione delle Corti ai sistemi giuridici: il *Cape colonial law* come autonoma famiglia giuridica in seno alla *Western legal tradition*. – 8. I tratti costitutivi della famiglia giuridica “mista” dell’Africa australe. – 9. La costruzione della famiglia giuridica “mista”: ruolo della comparazione nel diritto pubblico, narrazione *à l’européenne* ed edificazione delle tradizioni costituzionali dell’Africa australe.

1. Un’indagine che si proponga di approfondire *forme e caratteri* dell’innesto del formante dottrinale in seno a quello a giurisprudenziale presso le Corti di vertice dell’Africa australe muove dagli esiti di precedenti ricerche, in cui s’è documentata la presenza di “richiami”, “riferimenti” e “citazioni” dottorali nel tessuto argomentativo delle decisioni delle Corti indicate<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si tratta degli esiti di ricerche condotte sugli ordinamenti d’area, in generale, e sulla giurisprudenza delle Corti di vertice di Namibia, Botswana, Lesotho e Swaziland, in particolare. Cfr. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe. L’eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, Bologna, 2015; ID., *Sovversione del paradigma eurocentrico e formante dottrinale nella giurisprudenza dell’Africa australe*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, Napoli, 2015, p. 209 ss. Per il Lesotho v. il contributo di E. ANDREOLI, *Formante dottrinale e tradizioni costituzionali comparate. Il modello citazionale come forma di Southern African Judicial Dialogue*, in questo *Volume*. La ricerca ha altresì riguardato la circolazione del formante giurisprudenziale nella costruzione del tessuto argomentativo delle decisioni: cfr. M. NICOLINI, «*When Southern African Courts Join Judicial Conversation*»: *considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*, in E. CUKANI, M. DICOSOLA, M. NICOLINI, G. POGGESCHI (eds.), *Rischi e potenzialità del dialogo co-*

Non si ripete, pertanto, quanto già emerso in sede di esame della giurisprudenza delle Corti dell'area esaminata. Non solo (e non tanto) perché si è già accertato l'ampio ricorso alla dottrina nei testi delle decisioni delle Corti; quanto (e soprattutto) perché è dimostrata l'idoneità degli ordinamenti africani australi a operare come laboratorio per esaminare presenza e funzioni del formante dottrinale nel corpo delle decisioni giudiziali<sup>2</sup>.

Ancora, le ricerche hanno restituito una varietà di *forme tipologiche* di citazioni dottrinali. Alla distinzione tra richiami di carattere "giuridico" e "non giuridico" è seguita la suddivisione delle prime in ragione dei generi letterari: dizionari, monografie, trattati-manuali-opere pratiche, articoli su rivista, fonti del diritto romano-olandese<sup>3</sup>. Non solo: si è evidenziato come dal formante "colto" si estraggano anche regole (processuali e/o sostanziali) e tecniche di giudizio funzionali alla definizione della controversia sottoposta alla cognizione del giudice<sup>4</sup>.

Di tali citazioni sono state poi esaminate le *modalità* d'innesto nel corpo delle pronunce. Mentre nelle decisioni della *Court of Appeal* del Botswana le citazioni dottrinali sono *sempre* riportate nel testo, più articolata è la topografia dei riferimenti dottrinali in Namibia: in talune decisioni essi sono solo nel testo, in altre solo in nota; in altre ancora ripartiti tra testo e nota. Il modello citazionale della *Supreme Court* della Namibia genera poi una distinzione tra citazioni "di corredo" e citazioni che entrano a comporre la *ratio decidendi* del tutto coerente con esigenze "deflative" (di alleggerimento) del testo della pronuncia. Il richiamo del formante dottrinale è cioè "a guisa di libro", poiché riproduce i criteri di citazione adottati nei generi letterari (giuridici, in particolare)<sup>5</sup>.

---

*stituzionale globale. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, 2015, p. 81 ss.

<sup>2</sup> Sul ruolo del dialogo inter-formanti nella legittimazione degli organi di giustizia costituzionale v. M. NICOLINI, «*When Southern African Courts Join Judicial Conversation*», cit., p. 81 ss.

<sup>3</sup> Un esame (anche quantitativo) delle citazioni nella giurisprudenza della *Court of Appeal* del Botswana e della *Supreme Court* della Namibia è in M. NICOLINI, *Sovversione*, cit., pp. 211-213. Per la Namibia, ulteriori ipotesi di citazioni "giuridiche" si danno, ad es., in *Black Range Mining (Pty) Ltd v Minister of Mines And Energy N.O and Others* (SA 09/2011) [2014] NASC 4 (26 March 2014): al paragrafo 21 si richiamano i dizionari giuridici *The Collins English Dictionary Complete and Unabridged*, 8 ed., e *The Concise Oxford English Dictionary*, 10 ed. (per precisare il significato di "coercion"). I dizionari sono richiamati in *Witvlei Meat (Pty) Limited v Agricultural Bank of Namibia* (SA 27/2013) [2014] NASC 8 (27 May 2014): al paragrafo 47 si cita il *Concise Oxford Dictionary*, 11<sup>th</sup> Edition revised, by Soanes and Stevenson; HIEMSTRA AND GONIN, *Trilingual Legal Dictionary* (per il significato di "deed"); e in *Hugo v Council of Municipality of Grootfontein* (SA 68/2012) [2014] NASC 15 (27 October 2014): al paragrafo 20 è richiamato il *Concise Oxford English Dictionary*, 10 ed, Oxford University Press, p. 982 e MOZLEY & WHITELEY's *Law Dictionary* 10 ed, p 316 (per "obligation").

<sup>4</sup> Oltre alle decisioni esaminate nei contributi indicati a nota 1 v. le seguenti sentenze della *Supreme Court* della Namibia: *Van wyk and Another v S* (SA 10/2003) [2015] NASC 20 (9 September 2015), ove, al paragrafo 66, si cita HIEMSTRA's *Criminal Procedure* (2008: LexisNexis) pp. 30-45 per la valutazione in sede di gravame degli elementi di prova già acquisiti dal giudice di prime cure; *Locke v Van Der Merwe and Others* (SA 72/2012) [2015] NASC 21 (11 September 2015), dove, al paragrafo 5, si richiama il manuale di C.B. PREST, *The Law and practice of Interdicts*.

<sup>5</sup> Lo dimostra la recente sentenza della *Supreme Court* della Namibia *Standard Bank of South Africa Ltd v*



Non è peraltro un caso che le decisioni delle Corti dell’Africa australe ripetano, nel richiamare la dottrina, topografia e criteri di citazione propri del formante dotto-rale. Congiuntamente alla ricchezza dei richiami, la citazione “a guisa di libro” conferma il ricorso a un modello di *legal borrowing* che attinge dal formante dotto-rale per la costruzione del formante giurisprudenziale «dinamico»<sup>6</sup>. Ciò induce a ulteriormente riflettere sul rapporto tra citazioni di dottrina, «giusta collocazione» da riservare alle Corti d’area nei relativi sistemi costituzionali<sup>7</sup> e interazione tra citazioni, *reasoning* delle Corti e caratteri del relativo sistema giuridico.

È, quella dell’Africa australe, un’area geo-giuridica particolarmente feconda per le ricerche comparatistiche: i sistemi che vi appartengono sono qualificati come “misti” per l’ibridazione del *Roman-Dutch Law* e del *Common Law* conseguente al definitivo *transfer* della Colonia del Capo dai Paesi Bassi al Regno Unito nel 1806 – anche se, in realtà, si è al cospetto di tanti sistemi misti quanti sono gli ordinamenti costituzionali dell’area<sup>8</sup>. In detti sistemi le citazioni dottorali vengono a saldarsi su di un sostrato normativo particolarmente reattivo a processi di costruzione del formante giurisprudenziale mediante innesto di richiami dottrinali.

In ciò è complice, forse, la circostanza per cui il diritto romano-olandese è un diritto “scientifico”, ove la tradizione romanistica (che procede, ma non solo, dalla codificazione giustiniana) si coniuga alla *Teutonic Customary Law*<sup>9</sup>; ma compattezza,

---

*Council of the Municipality of Windhoek* (SA 11/2006) [2015] NASC 24 (26 October 2015). Al paragrafo 13 si richiama Clive M. SCHMITTHOFF, *Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, (9 ed), 1990 p 449, poi riferito con le usuali abbreviazioni (“*ibid.*”, “*op. cit.*”, “*cit.*”) alle note 6 e 13; al punto 14 nota 2 si cita DIXON, *As good as cash? The diminution of the autonomy principle* (2004) *Australian Business Law Review* 32(6), pp. 391-406 paragrafo 2.2, successivamente indicato alle note 4 e 5 con “*cit.*” e “*op. cit.*”, e ancora alle note 14, 37 e 38. Ragionamento analogo può farsi per ANDREWS and MILLETT, *Law of Guarantees*, 3 ed, (2000 Sweet & Maxwell), citato alle note 15, 19, 20, 21 e 22. Sulla topografia delle decisioni cfr. nuovamente M. NICOLINI, *Sovversione*, cit., p. 214.

<sup>6</sup> Cfr. L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, p. 24, anche per la nozione “in senso largo” di diritto che qui si assume, sul quale «incide sia il formante, sia il crittotipo».

<sup>7</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, p. 118.

<sup>8</sup> Sul carattere “misto” dei sistemi dell’area in esame v., fra i molti, F. MACKARNES, *Roman-Dutch Law*, in *The Journal of the Society of Comparative Legislation*, 7(1), 1906, p. 34 ss.; R.W. LEE, *The Civil Law and the Common Law: A World Survey*, in *Michigan Law Rev.*, 14(2), 1915, p. 93; L.G. BAXTER, *Pure comparative law and legal science in a mixed legal system*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 16(1), 1983, p. 92 ss.; V.V. PALMER, *Mixed legal systems*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, p. 368 ss.; ID., *A Descriptive and Comparative Overview*, in V.V. PALMER (ed.), *Mixed Jurisdictions. The Third Legal Family*, Cambridge, II ed., 2012, p. 25, cui si rinvia anche per la nozione di *colonial transfer*. Sulle modalità di penetrazione del *Roman-Dutch Law* in Africa australe e sull’ibridazione dello stesso con il *common law* cfr. W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford, 1915, p. 8 ss., nonché *infra*, nota 25.

<sup>9</sup> Sul punto cfr., fra i molti, M. NATHAN, *The Common Law of South Africa. A treatise based on Voet’s Commentaries on the Pandects, with references to the leading Roman-Dutch authorities, South African decisions, and statutory enactments in South Africa*, vol. I, Grahamstown, Cape Colony, 1902, p. 2; W. LEE, *An*

organicità e sistematicità si devono ai «numerous works of the Dutch jurists, written in Dutch and Latin at various dates from the sixteenth to the nineteenth centuries»: Grozio, Voet, van Leeuwen, van Bijkershoek, van der Linden, ecc.<sup>10</sup>. Se poi si rammenta che tali testi sono tradizionalmente reputati «authentic statements of the law itself, and, as such, hold their ground until shown to be wrong»<sup>11</sup>— di più: che l'autorità di taluni di essi è stata *constitutionally entrenched* già nel *Grondwet* del Transvaal del 1858<sup>12</sup>—, non sembra improprio concludere affermando che lo stesso formante dottrinale è qui esaminato in una duplice veste: perché funzionale alla “costruzione” sia del sostrato giuridico comune all’Africa australe, sia del formante attivo (giurisprudenziale) che di tali ordinamenti costituisce fonte del diritto oggettivo.

2. Le riflessioni che si propongono sono generate dall’innesto del formante dottrinale in quello giurisprudenziale. Tuttavia, poiché il primo formante è materiale normativo cui le Corti di vertice attingono per “costruire” quello giurisprudenziale — e la dottrina concorre così a generare regole normative che innovano gli ordinamenti africani australi —, appare necessario stabilire le coordinate attorno alle quali articolare tali riflessioni. Le coordinate saranno l’*attualità* di una ricerca sul richiamo del formante dottrinale in quello giurisprudenziale e le *potenzialità* che questa può offrire per il progredire di future ricerche.

---

*Introduction to Roman-Dutch Law*, cit., p. 2. Cfr. altresì il monumentale contributo di J.W. WESSELS, *History of Roman-Dutch Law*, Grahamstown, Cape Colony, 1908, p. 95 ss., oggetto di una ricca e articolata *book review* pubblicata nella *South African Law Rev.*: cfr. J. G. KOTZÉ, *History of Roman-Dutch Law – A Review*, *ivi*, 25, 1908, p. 353 ss.; *ivi*, 24(4), 1908, p. 434 ss.; *ivi*, 26(1), 1909, p. 53 ss.; *ivi*, 26(3), 1909, p. 387 ss.; *ivi*, 26(4), 1909, p. 491 ss.; *ivi*, 27(1), 1910, p. 28 ss.; *ivi*, 27(2), 1910, p. 191 ss.

<sup>10</sup> È Simon van Leeuwen, peraltro, ad aver coniato l’espressione *Roman-Dutch Law*: v. S. VAN LEEUWEN, *Paratitula juris novissimi, dat is een Kort Begrip van het Rooms Hollands Regt*, Leiden, 1652. Sulle *auctoritates* del diritto-romano-olandese v. M. NATHAN, *The Common Law of South Africa*, cit., p. 8 ss.; R.W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, cit., p. 13 ss.; J. W. WESSELS, *History of Roman-Dutch Law*, cit., p. 249 ss. Non a caso J. WILLIAMS, *Roman-Dutch Law*, cit., p. 156, evidenzia come, anche a seguito della codificazione del diritto privato negli stessi Paesi Bassi, avvenuta nel corso del diciannovesimo secolo, «There is probably no other system in which the text books are as antiquated and in which such rusty weapons come to the hand of the practitioner».

<sup>11</sup> R.W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, cit., p. 13 ss.

<sup>12</sup> Cfr. gli artt. 1-3 dell’*Addendum* alla Costituzione del 1858, che costituzionalizza Johannes van der Linden *Koopmans handboek*, mentre Leeuwen *Het Rooms-Hollandsch recht*, Grozio *Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheids* hanno valore sussidiario. L’art. 1 Cost. statuiva: «Het Wetboek van Van der Linden blijft (voor zoover zulks niet strijdt met de grondwet, andere Wetten of Volksraadsbesluiten), het Wetboek in dezen Staat». Ai sensi dell’art. 2, «[w]anneer in genoemd boek over eenige zaak niet genoegzaam duidelijk of in geheel niet wordt gehandeld, zal het wetboek van Simon Van Leeuwen en de Inleiding van Hugo De Groot verbindend zijn». Infine, l’art. 3 stabiliva «[b]ij gebruik dezer drie wetboeken [Van der Linden, Leeuwen, Grotius] zal altijd gehandeld worden op de wijze bij art. 31 der Drie en Dertig Artikelen bepaald», che recita: «in alle gevallen waarin deze wetten te kort mocht komen, zal de Hollandsche wet tot basis verstrekken, doch op eene gemagtigde stijlvorm en *overeenkomstig het costuum van Zuid-Afrika* en tot nut en welvaart van de maatschappij». Si ringrazia Gardiol van Niekerk (University of South Africa) per le preziose indicazioni sul punto.

Con *attualità* non si designa tanto la circostanza contingente per cui sono numerose le indagini della comparatistica italiana e straniera *in subiecta materia*<sup>13</sup>. Essa si riferisce, piuttosto, agli esiti cui le ricerche sull’impatto della dottrina sulle Corti di vertice australi sono pervenute. Si tratta di richiamare brevemente tali risultati, al fine di formulare nuove ipotesi di lavoro sulla funzione delle citazioni dottrinali e riportare i formanti attivi indagati (quello dottrinale e quello giurisprudenziale) fra loro e con il sostrato dottrinale costitutivo dei sistemi giuridici dell’area africana australe.

In primo luogo, di rilievo è la *colonial legacy* della Madrepatria: si è al cospetto di sistema giuridico a sostrato romano-germanico, ma la cui «integrity has been largely Anglicised»<sup>14</sup>. Lo confermano le citazioni delle *auctoritates* del diritto inglese<sup>15</sup>, l’incidenza della tradizione giuridica di *common law*, il modello politico-costituzionale del Regno Unito<sup>16</sup>, il ricorso a tecniche di giudizio che confermano la *dimestichezza* della famiglia di *common law*, nel citare, applicare e interpretare dottrina e precedenti di altre Corti della medesima famiglia giuridica<sup>17</sup>. Non va poi dimenticato come l’applicazione di *stare decisis* e il ricorso alla *doctrine of judicial precedent (both persuasive and binding)*, per quanto innestati su di un sostrato di *Roman-Dutch Law*, ne implicano un’applicazione del tutto aderente ai canoni “classici” elaborati dalla letteratura anglosassone<sup>18</sup>. Ne viene, come è stato lucidamente evidenziato, che

<sup>13</sup> Come testimonia la ricerca Prin “Corti, dottrina e società inclusiva: l’impatto dei formanti dottrinali sulle corti di vertice”, ad esito della quale si pubblicano i contributi raccolti in questo *Volume* e in *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*. I risultati intermedi sono già stati presentati nell’anno 2015 nell’*Ann. dir. comp. st. leg. 2015*, Napoli, 2015 e in altre opere collettive, fra le quali v. P. PASSAGLIA, *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*. Atti delle Giornate italo-franco-belghe di diritto comparato, Pisa, 6 e 7 marzo 2016, Napoli, 2015.

<sup>14</sup> J. WILLIAMS, *Roman-Dutch Law*, cit., p. 156: ciò è vero «especially in Natal, by the abolition of the *lex hoc edictali, legitima portio*, and many other characteristic features of the older law». Per l’a., il rischio di assimilazione è particolarmente evidente nel diritto commerciale, ampiamente anglicizzato. Ciò aveva portato a ritenere una rapida obsolescenza del diritto romano-olandese, mediante suo *repeal*, con cui si rispose affermando la *futility* di una tale abolizione: cfr. VINDEK, *The suggested repeal of Roman-Dutch Law in South Africa*, in *South African Law Journal*, 18(1), 1901, p. 153 ss., G. KOTZÉ, *History of Roman-Dutch Law – A Review*, in *South African Law Journal*, 25(1), 1908, p. 353.

<sup>15</sup> Oltre alle *auctoritates* già indicate in M. NICOLINI, *Sovversione*, cit., p. 221, cfr., per la Namibia, *Witvlei Meat (Pty) Limited v Agricultural Bank of Namibia* (SA 27/2013) [2014] NASC 8 (27 May 2014): al paragrafo 38 è citato HALSBURY (2 ed.) *Laws of England*, (Vol 20, para 69), voce *Landlord and Tenant*. Cfr. altresì *Black Range Mining (Pty) Ltd v Minister of Mines And Energy N.O and Others* (SA 09/2011) [2014] NASC 4 (26 March 2014), ove a essere citati sono WADE and FORSYTH in *Administrative Law*, 9 ed., at p. 281.

<sup>16</sup> Sul punto si v. J. HATCHARD, M. NDULO, P. SLINN, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth. An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge, 2010, p. 12 ss.

<sup>17</sup> M. NICOLINI, *Sovversione*, cit., p. 218; ID., «When Southern African Courts Join Judicial Conversation», cit., p. 89; Th. ALLEN, B. ANDERSON, *The Use of Comparative Law by Common Law Judges*, in *Anglo-American Law Review*, n. 23, 1994, p. 435 ss.; C. SAUNDERS, *Judicial Dialogue in Common Law Countries*, in AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, 2007, p. 416 ss.; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2014, p. 249 ss.

<sup>18</sup> Sul precedente vincolante e sulla sua applicazione negli ordinamenti dell’area v., per il Sudafrica, C.G.

it is not an uncommon occurrence for counsel, or the Court, in one and the same case to refer to the Corpus Juris, the Roman-Dutch Jurists, and English authorities. We have in fact [...] been gradually building up a unique system of jurisprudence, as exemplified in the reports of decisions of the various South African Courts of superior jurisdiction<sup>19</sup>.

In secondo luogo, dalle decisioni traspare quella che si è definita altrove come l'«egemonia giuridica» sudafricana: della relative *auctoritates*, delle sue corti – di tutti i formanti del relativo ordinamento, verrebbe da dire –, delle citazioni di dottrina in lingua *afrikaans*<sup>20</sup>. Ciò conferma la possibilità di costruire un *ranking* citazionale del tutto interno agli ordinamenti dell'Africa australe – un *ranking*, peraltro, al cui vertice si colloca proprio il sostrato romano-olandese dell'ordinamento giuridico sudafricano, che è quello di riferimento dell'area, dal quale storicamente promanano tutti gli altri ordinamenti e al quale questi guardano nella «costruzione» dei relativi sistemi giuridici. Ne rimane in tal modo evidenziata un'area geo-giuridica: si tratta dell'insieme degli ordinamenti (e dei Paesi) che hanno in comune la «Common Law of South Africa», o «Cape colonial law» o «South African common law» altresì qualificata «South African Law Association»<sup>21</sup>.

A venire in rilievo è, infatti, il diritto romano-olandese nella variante ricevuta dal-

---

VAN DER MERWE, J. DU PLESSIS, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, P. FARLAM, *The Republic of South Africa*, in V. V. PALMER (ed.), *Mixed Jurisdictions*, cit., p. 132 ss.; S. RYAN, *Balance between Certainty and Flexibility in Horizontal and Vertical Stare Decisis: Bosch v Commissioner for the South African Revenue Service*, in *South African Law Journal*, 132(1), 2015, p. 230 ss. Per il Botswana v. CH. FOMBAD, *Botswana*, in V.V. PALMER (ed.), *Mixed Jurisdictions*, cit., p., 461 ss.; Ch. M. FOMBAD, E. K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, Durban, 2006, p. 72. Per la Namibia v. O. C. RUPPEL, K. RUPPEL-SCLICHTING, *Legal and Judicial Pluralism in Namibia and Beyond: A Modern Approach to African Legal Architecture?* in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 43, 2011, p. 34 ss. L'applicazione del diritto inglese, delle relative tecniche di giudizio è attestata già nel corso del XIX secolo non solo nelle colonie inglesi, ma pure nelle Repubbliche Boere del Transvaal e dell'*Orange Free State*: cfr. J. W. WESSELS, *History of Roman-Dutch Law*, cit., p. 386 ss.

<sup>19</sup> VINDEK, *The suggested repeal*, cit., p. 157.

<sup>20</sup> CHRISTIE'S *The Law of Contract in South Africa*, 6 ed., pp. 41 e 43 è citato in *Hugo v Council of Municipality of Grootfontein* (SA 68/2012) [2014] NASC 15 (27 October 2014); C. HOEXTER, *Administrative Law in South Africa*, 2<sup>nd</sup> Edition, Cape Town, 2012 è richiamato in *Disciplinary Committee for Legal Practitioners v Murorua and Another* (SA 43/2012) [2015] NASC 30 (20 November 2015) punto 29 nota 7. Fra le altre *auctoritates* non richiamate in ricerche precedenti v. P.J. SCHWIKKARD AND S.E VAN DER MERWE, *Principles of Evidence*, 2 ed. (2002) citato in *Eiseb v S* (SA 33/2012) [2014] NASC 12 (21 July 2014) e *Ugab Terrace Lodge CC v Damaraland Builders CC* (SA 51/2011) [2014] NASC 13 (25 July 2014); HIEMSTRA, *Criminal Procedure* (Durban, LexisNexis, 2008) in *Van wyk and Another v S* (SA 10/2003) [2015] NASC 20 (9 September 2015), cit., punto 66.

Per le citazioni in *afrikaans* v., quanto alla Namibia, *S v LK* (P 1/2014) [2015] NASC 27 (13 November 2015) KRIEGLER in HIEMSTRA *Suid-Afrikaanse Strafproses* 5 ed. at 654-655.

<sup>21</sup> «Common Law of South Africa» è in M. NATHAN, *The Common Law of South Africa*, cit.; «Cape colonial law» è in I.G. BREWER, *Sources of Criminal Law in Botswana*, in *Journal of African Law*, 18(1), 1974, p. 26; «South African common law» è in S. POULTER, *The Common Law in Lesotho*, in *Journal of African Law*, 13(3), 1969, p. 132-133, e nell'*opinion* di Classen JP in *R v Goseb* 1956 (2) SA 696 (SWA), p. 697; «South African Law Association» fu utilizzata dal *Justice Schreiner*: cfr. 1970-1976 *Swaziland Law Reports*, p. 29.

la colonia del Capo<sup>22</sup> – mediata, nel caso dello Swaziland, dalla *Roman-Dutch Law* come *Common Law* della Repubblica boera del Transvaal<sup>23</sup>. Il lascito è tuttavia particolarmente corposo, poiché genera un vero e proprio (*other*) *common law of the land*, che, come il *Common Law* inglese, anch'esso è «unwritten» e «not been enacted by Parliament or any authority to which power has been delegated to make laws»<sup>24</sup>. Sono quelle che abbiamo già definito come *mixed jurisdictions*, corrispondenti al sistema di *Roman-Dutch law* importato dagli olandesi nel 1652, sulla quale si sono saldati elementi del *Common Law* inglese, generando un sistema giuridico misto, comune a gran parte dell'Africa australe<sup>25</sup>.

3. In terzo luogo, può dirsi acquisita la sovversione di quell'atteggiamento etnocentrico diffuso nella scienza giuridica occidentale in materia di sistemi “misti” e “africani” – nei quali il contatto fra l'uno e l'altro origina il c.d. *legal pluralism*<sup>26</sup>. La rimozione del pregiudizio – crittotipo nella mentalità della comparatistica euroatlantica – della perifericità delle Corti in oggetto è conseguita inserendo citazioni nella trama argomentativa che, per la provenienza del materiale richiamato, non è limitata alla sola dottrina d'area o a quella anglosassone, ma è dichiaratamente “globale”, come

---

<sup>22</sup> Sull'estensione del *Roman-Dutch Law* nella variante del *Cape Colonial Law* cfr., fra i molti, R. W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, cit., p. 8 ss. e A. J. KERR, *The Reception and Codification of Systems of Law in Southern Africa*, in *Journal of African Law*, 2(2), 1958, p. 82 ss. Per specifiche recezioni cfr. J. H. PAIN, *The reception of English and Roman-Dutch law in Africa with reference to Botswana, Lesotho and Swaziland*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 11(2), 1978, p. 137 ss.; W. C. M. MAQUTU, *Reception of Roman-Dutch and the Common Law in Southern Africa and Lesotho*, in M. DOUCET, J. VANDERLINDEN (eds.), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 460; Cfr. CH. M. FOMBAD, E. K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, cit., p. 54 ss.; CH. FOMBAD, *Botswana*, cit., p. 481 ss.; K. RUPPEL-SCHICHTING, O. C. RUPPEL, *Applicable Law and jurisdiction on the local, national and regional level: Facets of Legal and Judicial Pluralism in Namibia*, in *Recht von innen: Rechtspluralismus in Afrika und anderswo – Justice from within: Legal pluralism in Africa and beyond*. Festschrift Manfred O. Hinz. Anlässlich seines 75. Geburtstages, Herausgegeben von O. C. Ruppel und G. Winter, Hamburg, 2011, pp. 287-314; S. K. AMOO, *The structure of the Namibian judicial system and its relevance for an independent judiciary*, in N. HORN, A. BÖSL (eds.), *The Independence of the Judiciary in Namibia*, Windhoek, 2008, p. 69 s.

<sup>23</sup> «Swaziland was a dependency of the Transvaal until 1903 when its administration was taken over by Britain following the annexation of the Transvaal after the South African War»: J. H. PAIN, *The reception*, cit., p. 167. Cfr. lo *Swaziland Administration Proclamation 3 of 1904*, che rese il *common law* del Transvaal il sostrato dello Swaziland: cfr. G. VAN NIEKERK, *Constitutional Protection of Common Law: the Endurance of the Civilian Tradition in Southern Africa*, in *Fundamina*, 18(1), 2012, p. 122.

<sup>24</sup> Cfr. CH. M. FOMBAD, E. K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, cit., p. 70.

<sup>25</sup> Oltre agli scritti indicati *supra*, nota 8, cfr. AA.VV., *Comparative Law and Hybrid Legal Traditions*, Herausgegeben von E. Cashin Ritaine, S. P. Donlan, N. Sychold, Zürich, 2010; G. VAN NIEKERK, *A Common Law for Southern Africa: Roman Law or Indigenous African Law?*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 31(2), 1998, p. 158 ss.; ID., *The Convergence of legal systems in Southern Africa*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 35(3), 2002, p. 308 ss.

<sup>26</sup> Sul punto v. C. RAUTENBACH, J. C. BEKKER, *Introduction to Legal Pluralism*, Durban, IV ed., 2014, p. 3 ss. e p. 257 ss. per un'estensione del concetto oltre lo *state-law pluralism* (od *official customary law*) per ricomprendervi anche il *living customary law* e i diritti religiosi *unofficially observed* dalle varie comunità africane.

confermato dalla tipologia degli innesti e dai settori di disciplina interessati al processo di richiamo dei formanti dottorali. Fra questi, spiccano le decisioni della Corte Suprema della Namibia, condizionate dalla *global financial dominance*, del mercato del lavoro che evoca una concezione dell'impresa per la massimizzazione dei profitti in favore degli azionisti e la riduzione delle relazioni industriali a relazioni di mercato, «tendenzialmente flessibili e precarie»<sup>27</sup>, il regime delle transazioni finanziarie e dei modelli di garanzie delle obbligazioni bancarie, il *factum principis* derivabile dall'art. 16 Cost. Namibia come limite all'alienabilità dei suoli a *corporations*, *closed corporations* e altri soggetti per lo sfruttamento delle risorse agricole<sup>28</sup>.

Qui l'analisi non ha solo contribuito a rovesciare i paradigmi tradizionalmente praticati dalla scienza giuridica europea, che è solita classificare Corti e sistemi secondo fasce di gerarchia e a relegare le Corti africane australi al di fuori del cono d'ombra del dialogo costituzionale globale, come se il diritto fosse pratica squisitamente euro-atlantica<sup>29</sup>. Essa contribuisce altresì a sovvertire l'impostazione per cui solo il *common law* sia in grado di assicurare *performances economiche* elevate in ragione delle sue *legal origins*. È un meccanismo che fa sì che pure la *Cape colonial law* diventi «legge [...] classificabile, proprio nel senso delle classifiche di *ranking*, e quindi giustificabile sulla base dei soli parametri dell'efficienza del governo efficiente»<sup>30</sup>. Si pratica, cioè, una «comparative law by numbers»<sup>31</sup> perché

“law matters”: legal institutions have an impact on economic growth. This is in tune with neoclassical law and economics, which is based essentially on the idea that law should be measured by the incentives it sets for welfare-maximizing conduct<sup>32</sup>.

Ancora, i *Doing Business reports* della *World Bank* – vale a dire, «cross-country comparisons including rankings of the attractiveness of different legal systems for doing business»<sup>33</sup> – hanno reso misurabili dette *performances* sulla base di indicatori numerici quantitativi:

<sup>27</sup> A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, p. 88.

<sup>28</sup> *Standard Bank of South Africa Ltd v Council of the Municipality of Windhoek* (SA 11/2006) [2015] NASC 24 (26 October 2015).

<sup>29</sup> Così, esemplarmente, M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, p. xii, che ragiona di «Occidente giuridico» e di «cura per le modalità e gli argomenti con cui l'Occidente, artefice massimo [del] diritto globale, si confronta con le altre esperienze e tradizioni giuridiche. Sono modalità e argomenti che partono spesso dal presupposto che il diritto ce l'abbiamo solo noi, mentre gli altri si arrabattano cercando di imitarci o, scioccamente, di resisterci».

<sup>30</sup> P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2014, p. 165.

<sup>31</sup> Cfr. R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law* 57(4), 2009, pp. 765-795; A. GAMBARO, *Misurare il diritto?*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2012, Napoli, 2012, p. 33 ss.

<sup>32</sup> R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers?*, cit., p. 768.

<sup>33</sup> R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers?*, cit., p. 766.

The promise of evidence-based policy-making is that it is not only more objective and less prone to misuse, but also more transparent, more democratic, and more open to public debate than decisions taken by politicians and business leaders with references to qualitative forms of knowing<sup>34</sup>.

Il che genera due paradossi: la misurazione del sistema (democratico) è parametrato a *standards* oggettivi – «yet, the creation of these systems is rarely transparent of public»<sup>35</sup>; gli ordinamenti, in quanto efficienti, saranno affidabili e possibilmente democratici. Una sorta di «ritaglio» nel sistema, degli *assets* – la *good company* «ordinamentale» – fondata sulle *best practices* e su di una «situazione economica» in grado di ottenere la fiducia del *sovereign financial market*, dove il «distressed sovereign debt can be sold on private equity markets and the debtor [is] subjected to the harsh economics of private law»<sup>36</sup>.

Nel *ranking* dei sistemi ordinati secondo fasce di gerarchia, infatti, il ricorso a materiali dottorali che riecheggiano una *financial global dominance* sembra accreditare l'attitudine dei sistemi giuridici a sostrato dottrinale a corrispondere pienamente alle finalità dell'economia finanziaria e del modello neoliberale propugnato dai *Doing Business Reports* della *World Bank*<sup>37</sup> e dall'*International Monetary Fund*<sup>38</sup>.

Il *Roman-Dutch Law* si denota per «rezezioni di modelli caratterizzate da vistose reazioni di substrato»<sup>39</sup>: il sostrato romanistico non è stato invero contaminato dal *droit social* continentale ed esibisce così quanto richiesto dagli investitori internazionali, vale a dire la capacità di praticare un modello di capitalismo capace di corri-

<sup>34</sup> R. ROTTENBURG, S.E. MERRY, *A World of Indicators: the Making of Governmental Knowledge through Quantification*, in R. ROTTENBURG, S.E. MERRY, S.J. PARK, J. MUGLER (eds.), *The World of Indicators. The Making of Governmental Knowledge through Quantification*, Cambridge, 2015, p. 1.

<sup>35</sup> R. ROTTENBURG, S.E. MERRY, *A World of Indicators*, cit., pp. 1-2.

<sup>36</sup> G.H. MUIR WATT, *Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide*, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton 2012, p. 286.

<sup>37</sup> Tale impostazione, sostenuta anche dalla Banca Mondiale Europea nei *Doing Business Reports*, è stata sottoposta a penetranti critiche: cfr. N. GAROUPA, T. GINSBURG, *Economic analysis of law and comparative law*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, cit., p. 67 s.; A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 93 ss.; P.G. MONATERI, *Geopolitica*, cit., p. 25 ss. e p. 156 ss.; P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, Torino, 2016, p. 203 ss. Sui modelli capitalistici implicati da tale «scontro» interno alla *Western legal tradition* cfr. D. KENNEDY, *Political ideology and comparative law*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion*, cit., p. 47 ss.

<sup>38</sup> Viene considerato «remarkable» il fatto che le istituzioni del *World Bank Group* «have reached their present status as the premier source of both development finance and economic research and information without introducing any major change in their constituent charters»: I.F.I. SHIHATA, F. TSCHOFEN, A.R. PARRA (eds.), *The World Bank in a Changing World. Selected Essays*, Dordrecht, 1991, p. 15.

<sup>39</sup> R. SACCO, *Il diritto africano*, con la collaborazione di M. GUADAGNI, R. ALUFFI BECK-PECCOZ, L. CASTELLANI, Torino, 2006, p. 56.

spondere alle *performances* richieste dalla *global financial dominance*.

Tale attitudine a corrispondere alle esigenze dei *private-sector investors*<sup>40</sup> è particolarmente evidente nella decisione *Africa Personnel Services (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others*, ove il rovesciamento dell'etnocentrismo come manifestazione dell'attitudine al dialogo globale della *Supreme Court* of Namibia è funzionale alla rilettura di taluni istituti espressivi della stessa identità dell'ordinamento costituzionale. Il divieto, penalmente sanzionato dalla sez. 128 del *Labour Act 2007*, d'interposizione di manodopera (*labour hire*) – la fattispecie criminosa ha radice nelle odiose pratiche del caporalato consentite sotto il regime dell'*apartheid* – è riletto alla luce della libertà costituzionale di iniziativa economica privata [sez. 21(1)(j) Cost.]. Di più: la Corte si spinge fino a riesumare la *locatio operis* (che non conosce le specialità che il “moderno” contratto di lavoro stabilisce a favore del contrente debole, il lavoratore) come modello di eguaglianza tra le parti pattuenti. Si prospetta così una interpretazione adeguatrice della identità costituzionale che si spinge fino a dichiarare costituzionalmente illegittima la disposizione incriminatrice del *labour hire* in ragione delle evoluzioni intervenute a livello globale nella disciplina del mercato del lavoro in base a formanti dottrinali degli Stati del *Commonwealth* e dell'Unione europea<sup>41</sup>.

In realtà, non solo si sovverte il paradigma eurocentrico, ma è la stessa eredità europea a essere funzionale a detto sovvertimento. Le Corti di vertice dell'Africa australe partecipano al *global judicial dialogue*, selezionano i materiali normativi da immettere nel sistema giuridico, ne “piegano” i contenuti a fini di auto-conservazione del sistema costituzionale. Infine, utilizzano in modo elegante e raffinato le tecniche di giudizio ereditate dal *common law*. Il che trasforma i riferimenti dottrinali in uno strumento particolarmente fecondo, capace di assicurare una costante *accommodation* tra un sistema giuridico che ancor oggi si alimenta di una delle più raffinate declinazioni dello *jus commune* e le esigenze determinate dalla globalizzazione in ambito giuridico.

Prova ne sia la decisione *Standard Bank of South Africa*, dove (a nota 1) ci si inter-

<sup>40</sup> Cfr. T.C. CHENG, *Power, Authority and International Investment Law*, in *American University International Law Review*, 20(3), p. 465 ss.

<sup>41</sup> Cfr. il report *Labour Hire in Namibia: Current Practices and Effects* (May 2006) del *Labour Resource and Research Institute* («labour hire in Namibia “forms part of a global trend towards more ‘flexible’ forms of employment ...” (p. 5) and ... it “can be observed in the emergence of new forms of employment ... and new employment relationships”»); THERON: *The Shift to Services and Triangular Employment: Implications for Labour Market Reform* (2008) 29 ILJ 1; O'NEILL, *Labour Hire: Issues and Responses*, Research Paper No. 9 2003-04, p.3, published by Information and Research Services, Parliamentary Library, Commonwealth of Australia; HALL, *Labour Hire in Australia: Motivation, Dynamics and Prospects*, p.3, Working Paper 76 dated April 2002, University of Sydney; THERON, *Intermediary or Employer? Labour Brokers and the Triangular Employment Relationship*, (2005) 26 ILJ 618C; POWER, *Labour Hire: The New Industrial Law Frontier*, (2002) 76 *Law Institute Journal*, p. 64 (Australia); CONTOURIS, *The Changing Law of the Employment Relationship: Comparative Analysis in the European Context*, (2007) Ashgate Publishing Ltd.; C.f. SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 19; il report della European Commission for Human Rights in *Handyside v United Kingdom*, (5393/1972) Report: 30 settembre 1975.



roga sul regime giuridico delle «stock guarantees» costitutive delle «demand guarantees» proprie del commercio internazionale. Nella decisione la *ratio decidendi* è costruita integrando le varie “anime” del formante dottrinale: sia quello che fa riferimento alla letteratura sul commercio internazionale<sup>42</sup>; sia quello dottrinale espressivo dell’“egemonia” sudafricana in materia di interpretazione di atti unilaterali *mortis causa* e contratti<sup>43</sup>; sia, infine, il sostrato dottrinale dell’ordinamento: sullo sfondo v’è sempre il *Commentarius ad Pandectas* di Voet<sup>44</sup>, la «principal authority. He is the Papinian, the Coke, the Story, the Savigny of the System»<sup>45</sup>.

4. Illustrando l’attitudine del sostrato dottrinale del *Cape colonial law* a sovvertire l’etnocentrismo negli studi comparatistici – operazione che è funzionale ad accreditare, presso gli attori della *global financial dominance*, i sistemi a diritto romano-olandese –, si è già introdotta la seconda coordinata metodologica della ricerca. Si tratta della *potenzialità* che un’indagine sul ruolo del formante dottrinale in sede di costruzione di quello giurisprudenziale è in grado di dischiudere nella predisposizione di future ricerche.

La ricerca anteriore si era concentrata su modelli citazionali contenuti in decisioni raccolte in un ambito temporale limitato<sup>46</sup>. Ora è sollecitata una dilatazione dell’indagine verso altre fasce e periodi temporali: più recenti – come, almeno in parte, s’è fatto richiamando qui decisioni degli anni 2014-2015 – o più risalenti. In favore di detta dilatazione temporale milita la circostanza per cui la *Court of Appeal* del Botswana opera un (sempre più) limitato richiamo alla dottrina da parte della *Court of Appeal*. Il che – si è evidenziato – significa certamente che essa può ormai fare affidamento su di un cospicuo “deposito” di soluzioni attingibili dai propri precedenti – e, dunque, al formante dottrinale mediante il quale questi sono stati a loro volta costruiti<sup>47</sup>.

Ciò è particolarmente evidente sia nelle ipotesi di costruzione pretoria del sindacato di costituzionalità in Botswana – citare *Petrus v The State* o *Attorney-General of Botswana v Unity Dow* significa in realtà richiamare implicitamente il cospicuo materiale dottrinale ivi richiamato<sup>48</sup> –, sia in materia di *statutory interpretation*: è l’ipotesi

<sup>42</sup> C. M. SCHMITTHOFF, *Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, (9 ed.), 1990 p 449; DIXON, *As good as cash? The diminution of the autonomy principle*, (2004) *Australian Business Law Review* 32(6), pp 391-406 paragrafo 2.2.; ANDREWS AND MILLETT, *Law of Guarantees*, 3 ed., (2000 Sweet & Maxwell) on performance guarantees (or bonds) at p. 481.

<sup>43</sup> Cfr. CORBETT ET AL, *The Law of Succession in South Africa*, 2 ed., (Juta 2001) at p. 448.

<sup>44</sup> Voet 35.1.3.

<sup>45</sup> J. WILLIAMS, *Roman-Dutch Law*, cit., p. 156.

<sup>46</sup> In M. NICOLINI, *Sovversione*, cit., p. 221, tale arco temporale comprendeva le decisioni pronunciate tra il 2009 e il 2013.

<sup>47</sup> Cfr. M. NICOLINI, *Sovversione*, cit., p. 235.

<sup>48</sup> [1984] 1 BLR 14 e [1992] BLR 119 rispettivamente. Si tratta, del *leading case* in materia: cfr O.K. DINGAKE, *An Introduction to the Constitutional Law of Botswana*, Gaborone, 2000, p. 143. Un’analisi della co-

della nozione, contenuta nella sez. 2 del *Common Law and Customary Law Act*, 1969 del Botswana, ove sono proposte le definizioni di *common law* (coincidente, qui, con la *Roman-Dutch law*) e *customary law*<sup>49</sup>. Il regime della proprietà fondiaria tradizionale (sez. 10 del *Tribal Land Act*) è ricostruito nel formante giurisprudenziale per accumulo di precedenti giurisprudenziali e dottorali: monografie, studi e documenti ufficiali utili a “fotografare” lo stato del diritto tradizionale della tribù dei Bakwena<sup>50</sup>. Infine, in *Kanane v the State* si rigetta la questione di legittimità costituzionale del reato di sodomia – e il rigetto è giustificato anche confutando la letteratura antropologica<sup>51</sup>.

Ma gli esiti cui è pervenuta la ricerca esibiscono potenzialità ulteriori, che vanno ben oltre una ragionata rassegna diacronica del materiale dottorale richiamato. Le finalità che tali esiti possono soddisfare sono invero molteplici, come numerose appaiono le prospettive dalle quali esaminare le ricadute sistemiche della ricerca medesima.

Ci si propone pertanto di indicare, fra quelli praticabili, due percorsi di indagine. Il primo guarda alla costruzione del formante giurisprudenziale mediante il ricorso a quello dottorale dalla prospettiva del formante dottrinale. Si tratta, in buona sostanza, di una ricerca che pone in collegamento dottrina e giurisprudenza e ne apprezza la reciproca composizione entro le decisioni delle Corti di vertice. Di rilievo, peraltro, appare l'intreccio tra i due formanti nel tessuto argomentativo delle Corti: da una parte, infatti, il rapporto tra dottrina e giurisprudenza è talmente saldo da com-

---

struzione “ad accumulo” del formante (anche giurisprudenziale) ivi poderosamente utilizzato può leggersi in M. NICOLINI, «*When Southern African Courts Join Judicial Conversation*», cit., p. 103 ss.

<sup>49</sup> Cfr. C.M.G. HIMSWORTH, *The Botswana Customary Law Act*, 1969, in *Journal of African Law*, 16(1), 1972, pp. 4-18.

<sup>50</sup> Sono citati: I. SCHAPER, *A Handbook of Tswana Law and Custom*, second edition, London, 1955; Government Paper No. 1 of 1992, on *Land Problems in B Mogoditsbane and other Peri-Urban Villages*; Z.K. MATTHEWS, *A Short History of the Tshidi Barolong*, in *Fort Hare Papers* (1945); F.D. HOMAN, *Some Aspect of Land Tenure Reform in the Tribal Territories of Bechuanaland* (7 Aprile 1966) e inviato a Sir Norman-Walker allora Governatore del *Bechuanaland Protectorate*.

<sup>51</sup> Nella decisione si legge: «They had, he said, their origin in, and were predominant among, the white societies, particularly in the West and those who had migrated from there. They were therefore more pronounced in countries like South Africa and Zimbabwe than in a country like Botswana. For this startling proposition he quoted as authority a work *The Sexual Life of Savages in North-Western Melanesia* by MALINOWSKI published in 1932, where the author said “The white man’s influence and his morality stupidly misapplied where there is no place for it, creates a setting favourable to homosexuality. The natives are perfectly aware that venereal disease and homosexuality are among the benefits bestowed on them by Western culture”. No evidence or authority is cited by the author for his views, and no evidence was placed before Mwaikasu J to support his statement. He also quoted from a book by one DR JAMES F. DOBSON citing statistics for those infected by AIDS and other sexually transmittable diseases, abortions and the divorce rate in America for the view that “sexual liberation has been a social, spiritual and physiological disaster”. This, said Mwaikasu J demonstrated “the likely harmful effect both to the individual and society as a whole when liberal sexuality is allowed to erode moral values in a given society”. I wish it to be known that this court dissociates itself completely from the above views of Mwaikasu». Cfr. J. M. NICOLINI, «*When Southern African Courts Join Judicial Conversation*», cit., p. 105 ss.

portare il richiamo, nella decisione, di un formante nel quale sono contenute citazioni (di giurisprudenza e di dottrina) di secondo grado<sup>52</sup>.

Qui il grado di compenetrazione tra l'uno e l'altro formante è tale che la citazione richiamata è, per così dire, "mista" – e tale da non potersi distinguere entro detta citazione tra parte dottorale e/o giurisprudenziale. Così, a titolo di esempio, in *Fact-crown Limited v Namibia Broadcasting Corporation* (SA 35/2011) [2014] NASC 1 (17 March 2014), al punto 72, è richiamata una decisione – la *Associates v Rivera and Another*, 2001 (1) SA 88 (SCA) at 92H – costruita componendo fra loro il formante giurisprudenziale e quello dottrinale:

This implies that a plaintiff has to make out a *prima facie* case – in the sense that there is evidence relating to all the elements of the claim – to survive absolute non-suit because without such evidence no court could find for the plaintiff (*Marine & Trade Insurance Co Ltd v Van der Schyff*, 1972 (1) SA 26 (A) at 37G-38A; Schmidt *Bewysreg* 4<sup>th</sup> ed at 91-2).

Sembra potersi affermare che anche le citazioni di secondo e terzo grado siano assimilabili a veri e propri processi di validazione da parte delle Corti di Vertice dell'Africa australe: il richiamo salda i formanti fra loro e li rende idonei alla costruzione del formante giurisprudenziale; e la compattezza della struttura argomentativa, costruita per "accumulo" di precedenti "dottrinali" e giurisprudenziali, viene a presentarsi, nel testo della decisione, come *jus receptum* e come tale costitutivo del relativo sistema giuridico.

Non meno rilevante appare, poi, la considerazione che, in sede di gravame o di udienza pubblica, la *Court of Appeal* del Botswana e la *Supreme Court* della Namibia riservano al formante dottrinale utilizzato dalle corti di grado inferiore o dalle parti nel costruire (o nel suggerire) il "loro" formante giurisprudenziale. A ben vedere, nel pronunciarsi su *appeal* avverso le decisioni dei giudici inferiori o sulle deduzioni di parte, le due Corti esse operano una vera e propria "validazione" delle citazioni dottrinali, sindacando sia l'uso delle tecniche citazionali, sia la pertinenza del richiamo operato. Lo dimostra la sentenza *Standard Bank of South Africa Ltd v Council of the*

<sup>52</sup> Non mancano esempi di citazioni di terzo grado: v., fra le altre, *Supreme Court* della Namibia, *Erongo Regional Council and Others v Wlotzkasbaken Home Owners Association and Another* (SA 6/2008) [2009] NASC 2 (17 March 2009), che richiama la decisione *Cardoso v Tuckers Land and Development Corporation*, 1981 (3) SA 54 (WLD), che a sua volta poggia su *Van Rooyen v Minister van Openbare Werke en Gemeenskapsbou*, 1978 (2) SA 835(A) at 845 *in fine*-846, nella quale è citato il libro di J.C. KYK DE WET, J.P. YEATS, *Kontraktereg en Handelsreg*, Durban, 1947, 3<sup>de</sup> uitgawe, p. 117. In *Standard Bank of Namibia Ltd v Atlantic Meat Market (Pty) Ltd* (SA8/2005) [2014] NASC 14 (17 October 2014) viene citata la decisione *National Director of Public Prosecutions and Another v Mohamed NO and Others* e, nella quale, è richiamato VAN ZYL, *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg*. In *Government of the Republic of Namibia and Others v Katjizeu and Others* (SA 7/2013) [2014] NASC 17 (29 October 2014) si cita *Cachalia v Herberer & Co.*, 1905 T.S. 457 at p. 462, per SOLOMON, J., che costruisce la propria *opinion* citando Grozio, *Introduction*, 3.4.2. Tale citazione si fonde con quelle del Voet (2.15.1. e 2.15.10.) nella *Gane's translation*, vol. 1, p. 452. Ma compare pure DOMAT, *Civil Law*, vol. 1, para 1078, citato nella sent. *Estate Erasmus v Church*, 1927 T.P.D. 20 at p. 24.

*Municipality of Windhoek* (SA 11/2006) [2015] NASC 24 (26 October 2015): all'esposizione delle citazioni dottorali dell'avvocato ricorrente sono contrapposte altrettante citazioni, che precisano, superandole, le difese processuali spiegate dalle parti<sup>53</sup>.

Si è, certamente, al cospetto di un sindacato di "impugnazione" sull'uso delle tecniche di giudizio da parte dei giudici inferiori, ma la prospettiva appare oltremodo peculiare. Da un lato, la valutazione è tutta interna al formante giurisprudenziale; dall'altro, si vengono a delineare delle tecniche e delle modalità di utilizzo dei richiami dottorali che disegnano una raffinata contiguità con la produzione di altri formanti – in particolare, quello normativo. La decisione d'appello circa l'uso dei formanti implicati per la costruzione di quello giurisprudenziale altro non è che un'attività, sul piano della politica del diritto, "discrezionale", che saggia la bontà e l'utilità di soluzioni formulate in sede scientifica per la costruzione del sistema giuridico – non diversamente, ad esempio, dal giudizio effettuato dal legislatore sulle soluzioni dottorali ove queste siano invocate e/o utilizzate per suggerire l'adozione di misure legislative da parte dei soggetti della produzione normativa.

5. Il meccanismo di validazione delle citazioni da parte delle Corti di vertice introduce un secondo percorso di indagine, le potenzialità del quale sono peraltro già insite negli esiti della ricerca che si sono più volte richiamati. Tale percorso guarda sì al richiamo del sostrato dottrinale per la costruzione di quello giurisprudenziale; ma si concentra su di un fenomeno peculiare dell'area geo-giuridica indicata: la circostanza per cui il richiamo può altresì riguardare lo stesso sostrato dottrinale olandese.

In tali ipotesi, sostrato dottrinale e richiamo dottrinale vengono a coincidere<sup>54</sup>, e le numerose citazioni della giurisprudenza elegante olandese si intersecano fra loro e con il ruolo pretorio delle Corti di vertice.

---

<sup>53</sup> Al paragrafo 31 si afferma, infatti, che «Dr Henning [avvocato ricorrente] submits on the authority of Voet 35.1.4. In Title 1 of Book 35, Voet deals with the conditions, descriptions, causes and purposes "of those things which are written in a last will". In s 4 thereof he deals with, qualifies and illustrates the application of the *falsa demonstratio non nocet*-rule to testamentary bequests». Al paragrafo 32, la Corte afferma che, «Whatever weight may be accorded to Voet's comments [...] they fall to be distinguished from the case at bar both on principle and in substance», aggiungendo (paragrafo 33) che «As Corbett noted, in dealing with the principles applicable to the interpretation of wills, there are important differences between wills and contracts that "affect the process of interpretation"». Ancora (paragrafo 34): «This "benevolent approach" [...] which is inherently part of the principles applicable to the interpretation of wills is so self-evidently distinguishable from the principle of strict compliance as applied to demand guarantees that it does not justify further elaboration. The distinction applies with equal force to the support counsel sought to glean from two other comparisons applicable to the interpretation of testamentary dispositions in the law of succession, ie from instances where the testator made a mistake in the description of the beneficiary but no uncertainty exists as to whom he intended and the application of the *falsa demonstratio non nocet*-rule in that area of the law».

<sup>54</sup> Ad es., in *Locke v Van Der Merwe and Others* (SA 72/2012) [2015] NASC 21 (11 September 2015) si cita la sent. *Peters, Flamman & Co. v Kokstad Municipality* 1919 AD 427 e per la nullità dei contratti *ab initio* D. 50.15.185 e D. 45.1.140.2.

La coordinata metodologica della *potenzialità* consente, cioè, di utilizzare i richiami dottorali – in particolare, quelli che sono tratti dal sostrato su cui poggia il sistema giuridico – per formulare talune considerazioni di carattere generale sulla natura dei sistemi dell’area geo-giuridica esaminata e, quindi, sulla portata del *Cape colonial law*.

Si tratta di considerazioni che si collocano entro una più ampia riflessione sulla configurabilità della *Cape colonial law* come autonoma famiglia giuridica nell’ambito della *Western legal tradition*, sul ruolo del diritto pubblico comparato nello studio delle famiglie giuridiche, sulla funzione cui i principi del costituzionalismo (l’eredità europea) possono assolvere nell’interazione con gli istituti del diritto tradizionale.

La proposta d’indagine che qui si formula ben potrebbe definirsi come la *constitutional implication* delle famiglie giuridiche: nell’indagare le mutue interazioni tra sostrato dottrinale e citazioni dottorali, il carattere unificante riconosciuto alle Corti di vertice può contribuire a illustrare il contributo della comparazione giuridica nel diritto pubblico negli studi sistemologici.

Nel determinare tale rovesciamento di prospettiva contribuiscono caratteri e attribuzioni delle Corti di vertice degli ordinamenti in esame. Da una parte, il dialogo appare favorito dalla circostanza, rinvenibile in Botswana, per cui, a fronte dell’assenza di «trained local personnel [...] most judges are expatriates appointed on temporary contracts for two- or three-year terms» – ed *expatriate judges* sono nominati anche in Namibia, Zimbabwe e in Lesotho<sup>55</sup>. Non è un caso che molti *justices* abbiano ricoperto funzioni giudicanti presso le più alte giurisdizioni del Sudafrica, della Scozia o di altri Stati dell’area<sup>56</sup> – e che la “dotazione dottorale” accumulata si traduca in una sua “sapiente amministrazione” nel corpo delle decisioni.

Dall’altra parte, vi concorre la struttura delle Corti. Solo in Sudafrica e Zimbabwe, v’è una Corte costituzionale, interprete qualificata e di ultima istanza della Costituzione, titolare della *adjudication* rispetto ad atti a quella subordinati<sup>57</sup>. Negli altri Paesi dell’Africa australe le Corti di vertice cumulano le funzioni di magistratura su-

---

<sup>55</sup> V. l’art. 100 Cost. Botswana e l’art. 9 del *Supreme Court Act 15 of 1990* della Namibia. Cfr. Ch. M. FOMBAD, *The Separation of Powers and Constitutionalism in Africa: The Case of Botswana*, in *Boston College Third World Law Journal*, XXV(2), 2005, p. 328 nota 163. Per lo Zimbabwe v. le sezz. 177.b.ii, 178.b.ii, 179.b.ii Cost. 2013.

<sup>56</sup> Per il Botswana, si pensi a John Alastair Cameron, Lord Abernethy, chiamato all’*Inner Temple* nel 1963 e giudice presso le giurisdizioni scozzese e inglese fino al 2007; o, per la Namibia, Simpson Mutambanengwe, giudice dello Zimbabwe. Sulla pratica degli *expatriate judges* v. J. HATCHARD, M. NDULO, P. SLINN, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth*, cit., p. 159 s.

<sup>57</sup> Cfr. le sezz. 167 e 169 Cost. sudafricana modificata dalla sez. 2 del *Constitution Seventeenth Amendment Act of 2013*. Cfr. P. DE VOS, W. FREEDMAN (eds.), *South African Constitutional Law in Context*, Oxford-Cape Town, 2014, p. 209 ss. V. poi le sezz. 166-167 della recente Costituzione del 2013, allegata a *The Constitution of Zimbabwe Amendment (No. 20) Act, 2013*, entrato in vigore il 22 maggio 2013 e abrogativo della *Constitution of Zimbabwe 1979*. Cfr. L. CHIZUDA, *Towards the protection of human rights: do the new Zimbabwean constitutional provisions on judicial independence suffice?*, in *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 17(1), 2014, p. 367 ss.

periore (ordinaria e amministrativa) e di *judicial review of legislation*: le Corti, pertanto, hanno *unlimited appellate jurisdiction*, il che conferma la presenza di un *final adjudicator* secondo lo stilema dei modelli di tipo diffuso<sup>58</sup>.

L'attenzione si concentra, pertanto, sulle modalità di accesso alla giurisdizione e, più precisamente, sull'opportunità di distinguere le citazioni contenute in decisioni dalle Corti come vertice della giurisdizione ordinaria e i richiami dottrinali presenti in sentenze rese su *appeal* in qualità di *final adjudicator in constitutional issues*.

Ma tale *final adjudicator* può essere adito *in constitutional issues* sulla base di una pluralità di sistemi di accesso: ciò assicura sia la piena normatività del testo costituzionale (evitando le "zone d'ombra" nel sindacato di costituzionalità delle leggi), sia un ruolo centrale delle Corti di vertice anche ai fini della scelta del materiale normativo richiamabile. Non tanto (e non solo) perché l'*appeal* è forma tipica di attivazione della *judicial review on constitutional grounds* nei modelli diffusi; quanto (e soprattutto) perché pare necessario trovare un sicuro criterio discrezionale per conservare un significato alla distinzione tra citazioni "ordinarie" e "costituzionali".

Il problema si pone sia in Botswana sia in Namibia. Infatti, agli ordinari mezzi di impugnazione si affiancano, tanto per la *Court of Appeal*, quanto per la *Supreme Court* rimedi e accessi specifici per questioni a rilievo costituzionale. Il che potrebbe indurre a separare i sistemi di citazione in ragione della caratura – "ordinaria" o "costituzionale", appunto – della controversia. Così, una distinzione *ratione materiae* potrebbe poggiare in Botswana sulle disposizioni che regolano il sistema delle impugnazioni costituzionalmente rilevanti (sez. 106 Cost. e e sezz. 9(2) e 10 del *Court of Appeal Act*)<sup>59</sup>; mentre un'ipotesi di *referral* è previsto dalla sez. 79(1) e 87(c) Cost. Namibia e dall'art. 15 del *Supreme Court Act No 15 of 1990*<sup>60</sup> la quale consente di porre una vera *constitutional question* che poggia su di un *thema decidendum* separato e autonomo dalla risoluzione di un caso concreto<sup>61</sup>.

Ciò, tuttavia, non inficia il carattere "diffuso" del controllo di legittimità costituzionale praticato. A conferma di tale impostazione possono addursi numerosi argomenti. In primo luogo, la gran parte delle decisioni pronunciate dalle Corti nel periodo in esame assume "tono costituzionale" per i numerosi richiami alle disposizio-

<sup>58</sup> V. almeno la struttura della *Court of Appeal* del Botswana in Ch. M. FOMBAD, E.K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, cit., p. 97 ss. La *Court of Appeal* giustifica anche la "circolazione" giuridica tra Botswana, Lesotho e Swaziland: non a caso, essa succedette nel 1969 alla *Basutoland, Bechuanaland Protectorate and Swaziland Court of Appeal* istituita con *Order in Council* n. 1369/1954. Per la Namibia v. O. C. RUPPEL, K. RUPPEL-SCLICHTING, *Legal and Judicial Pluralism*, cit., p. 42 ss. e, per la *judicial review of legislation*, S. K. AMOO, *The Structure*, cit., p. 72.

<sup>59</sup> Ch. M. FOMBAD, E.K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, cit., pp. 98-99.

<sup>60</sup> Cfr. S.K. AMOO, *The structure*, cit., p. 73: «The Supreme Court has original jurisdiction over matters referred to it for decision by the Attorney General under the Constitution, and which such other matters may be authorized by Act of Parliament».

<sup>61</sup> La sez. 15 del *Supreme Court Act 15 of 1990* qualifica il *referral* come azione di costituzionalità nell'interesse della *fundamental law*. Sulla sez. 79 cfr. nuovamente S.K. AMOO, *The Structure*, cit., p. 73; M. NICOLINI, «When Southern African Courts Join Judicial Conversation», cit., p. 112 ss.

ni delle leggi fondamentali dei due ordinamenti. Il riferimento non è puramente esornativo, ma dimostra come il testo costituzionale sia a tal punto penetrato nel sistema giuridico da renderne sempre rilevante l'applicazione in sede di risoluzione delle controversie sottoposte alla cognizione dei giudici.

In secondo luogo, la sistematica applicazione delle disposizioni costituzionali va riportata all'impostazione per cui, in una democrazia costituzionale, si assume il potere (anche quello legislativo) limitato e assoggettato ai principi costituzionali. Le radici di tale concezione sono esplicitate in Namibia nella sentenza *Rally for Democracy and Progress and Others v Electoral Commission of Namibia and Others* (SA 6/2010) [2010] NASC 8 (6 September 2010). Qui, la contestazione sia delle elezioni presidenziali, sia di quelle generali sono ammissibili, in un ordinamento costituzionale democratico, al fine di conseguire la genuinità della corrispondenza tra rappresentanti e rappresentati: è il «government of the people, by the people, for the people» (To borrow the historic words of U.S. President Abraham Lincoln in his Gettysburg Address on 19 November 1863 (Bliss copy)), come si afferma a nota 3. O, ancora, è declinazione della *rule of law* come «one of the foundational principles», per cui «the exercise of any public power should be authorised by law – either by the Constitution itself or by any other law recognized by or made under the Constitution»<sup>62</sup>.

Ancora, in un ordinamento “misto”, non è solo il sistema costituzionale a opporsi alla distinzione fra citazioni in ragione del loro tono – “ordinario” o “costituzionale” –; vi concorre la circostanza per cui unitaria è la *jurisdiction* delle Corti; non vi sono magistrature speciali – e ciò si riflette pure sul contenzioso elettorale “costituzionale”, che, in Namibia, ha esito nella già richiamata decisione *Rally for Democracy and Progress*. A nota 90 della decisione è citato l'*authoritative work* di CILLIERS ET AL., *Herbstein & Van Winsen: The Civil Practice of the High Courts of South Africa*, Vol 1, 5<sup>th</sup> ed., pp. 434-435 – il volume è invero applicabile tanto nel processo costituzionale, quanto in quello amministrativo o civile –; quanto sul rapporto tra compromesso in arbitri e processo nel quale è sollevata questione di legittimità costituzionale della norma che disciplina l'arbitrato amministrativo obbligatorio<sup>63</sup>.

Venendo al merito delle questioni, la *constitutional significance* può riguardare *incidentally* il merito della causa. In *Motswaledi v Botswana Democratic Party and Others* (CACLB-053-2009) [2009] BWCA 111 (2 October 2009), ad esempio, l'ampiezza delle immunità presidenziali e la citazione dottorale vengono in rilievo solo indiretta-

<sup>62</sup> *Ivi*, par 23. La citazione dottorale riguarda G. E. DEVENISH et al., *Administrative Law and Justice in South Africa*, Durban, 2001, p. 228.

<sup>63</sup> Cfr. per il Botswana la sent. *National Amalgamated Local & Central Government Workers Union v Botswana Power Corporation and Another* (CACLB-80-09) [2010] BWCA 48 (29 January 2010), dove (paragrafo 19) dove a sostegno della inappellabilità del lodo è richiamato il testo WADE & FORSYTH, *Administrative Law*, 9<sup>th</sup> Edition. In Namibia, invece, la decisione *Do Rego v JC Beerwinkel t/a JC Builders* (SA36/2010) [2012] NASC 17 (22 August 2012) richiama alla nota 12 BUTLER AND FINSEN, *Arbitration in South Africa* e RAMSDEN, *The Law of Arbitration: South African and International Arbitration*, Cape Town, 2009, p. 189.

mente, nell'ambito del procedimento per l'impugnativa delle deliberazioni degli organi del partito politico cui appartiene il presidente della Repubblica<sup>64</sup>.

Infine, il criterio discretivo fondato sulla distinzione delle tipologie – costituzionale e ordinaria – delle controversie appare contraddetto dalla circostanza per cui, il più delle volte, non è possibile distinguere tra le citazioni sulla base della materia del contendere, essendo il richiamo dottorale funzionale a uno snodo argomentativo o alla formulazione di una *ratio decidendi* a prescindere dalla materia oggetto del contendere e dalle modalità di accesso alle Corti di vertice. In conseguenza di ciò, è possibile ritrovare citazioni di diritto civile, commerciale in una controversia “costituzionale” in ragione della sovrapposizione che si viene a creare tra carattere ‘diffuso’ del controllo di legittimità costituzionale ed esercizio di poteri di gravame.

Senonché, non è la giurisdizione ordinaria ad attrarre in sé quella costituzionale. Se si rammenta quanto s'è detto sulla normatività della Costituzione e sulla sua immediata precettività; quanto sia radicata la supremazia della legge fondamentale e la subordinazione ai principi della democrazia costituzionale di ogni potere pubblico e dei processi di produzione normativa (e, dunque, di ogni ambito del sistema giuridico che da questi è può essere plasmato); ne viene che ogni controversia è suscettibile di assumere carattere “costituzionale”. Il che, nuovamente, conferma l'impostazione adottata: l'esame delle citazioni dottorali non avviene per settori di disciplina o in ragione della “veste” – nomofilattica o di *constitutional adjudicator* – variamente indossata dalle Corti di vertice del Botswana e della Namibia.

6. La citazione del sostrato dottorale nel testo delle decisioni assume, nella giurisprudenza delle Corti dell'area geo-giuridica australe, un duplice rilievo. Da un lato, la circostanza per cui le *auctoritates* del diritto romano-olandese siano richiamate dalle dette Corti fa sì che, come già s'è più volte evidenziato, sostrato dottorale e formante dottrinale vengano a coincidere. Il che testimonia la vitalità non solo del sistema giuridico, ma anche del sostrato medesimo, così come l'attitudine di quest'ultimo a offrire alla giurisprudenza principi e regole di diritto desumibili da un (ormai) risalente patrimonio sapienziale, ma ancora in grado di corrispondere alle esigenze di regolazione di fattispecie “moderne” portate alla cognizione del giudice.

Dall'altro lato, la citazione di *auctoritates* romano-olandesi segna altresì i più recenti periodi temporali esaminati<sup>65</sup>. Nell'attuale epoca storica non è ancora scemato l'interesse di pratici e accademici verso l'attitudine ordinante del diritto romano-olandese.

Potrebbe obiettarsi che la citazione del sostrato dottrinale rivesta oggi carattere,

<sup>64</sup> Al paragrafo 27 è citato D.D.N. NSEREKO, *Constitutional Law in Botswana*, Gaborone, 2002, p. 82.

<sup>65</sup> Si fa qui riferimento agli anni 2014-2015, ai quali è stata estesa l'analisi per quanto riguarda le sentenze della *Supreme Court* della Namibia. Fra le molte, cfr. le sent. *Standard Bank*, cit., parr. 31-32, per citazioni di Voet 35.1.144 35.1.3 dal *Commentarius ad Pandectas*, Gane's translation (Vol V), Butterworth & Co (Africa) Ltd, 1956; *Fish Orange Mining Consortium (Pty) Ltd v Goaseb and Others* (SA 08/2012) [2014] NASC 6 (28 March 2014), paragrafo 37.



per così dire, “ornamentale” e, nel contempo “fisiologico”: “ornamentale” perché si tratterebbe di richiami *ad pompam*; “fisiologico” perché detti richiami sarebbero legittimati dal fatto che, congiuntamente alle norme di rango costituzionale, il sostrato romano-germanico rappresenta il primo e fondamentale formante dinamico dell’ordinamento, dal quale attingere norme che, rinnovandolo, generano l’ordine giuridico dei Paesi dell’area geo-giuridica. Si sarebbe al cospetto, cioè, di un fenomeno non dissimile da quanto accade negli ordinamenti a sostrato “giurisprudenziale” e “normativo” – assumendo qui una nozione più lata possibile di sostrato –: non è vero che anche nei sistemi di *Common Law* e di *Civil Law rationes decidendi* e principi diritto sono estratti dai due formanti (giurisprudenziale e normativo, rispettivamente) poiché costitutivi dei relativi sistemi giuridici?

La contiguità sarebbe particolarmente evidente nel caso del *Common Law*: non solo perché entrambe sono *common laws of the land* – a carattere non codificato e *unenacted* –; quanto perché le contiguità fra *Roman-Dutch Law* “australe” e sistemi anglosassoni sono accentuate dalle *legacies* della Madrepatria più volte indicate: le tecniche di giudizio, il ruolo che, nella produzione normativa, riveste il precedente vincolate conseguente all’applicazione di *stare decisis* e alla *doctrine of judicial precedent*. Infine, non può sottacersi la circostanza della rapida anglicizzazione degli Stati d’area con progressiva «inaccessibility of Roman-Law sources», ormai richiamate per lo più in traduzione<sup>66</sup>.

Un’ulteriore ipotesi di contiguità fra *Roman-Dutch Law* “australe” e sistemi anglosassoni sembra, infine, potersi ricavare dalla valutazione per cui «it is through custom that the Roman Law found its way into Holland, and it is as custom that it continue to exist in the Roman-Dutch Colonies»<sup>67</sup>.

In tal senso, la recezione del diritto romano nei Paesi Bassi per opera de *De Groote Raad* di Mechelen nel 1473 e delle *proclamations* estensive della *Cape colonial law* in Africa australe non avrebbero un significato differente rispetto alla conferma del diritto consuetudinario come base della *common law* effettuata dalle *Laws of William the Conqueror* (ch. 7) del 1066<sup>68</sup>.

Il che, in primo luogo, sembra dimenticare il diverso *ranking* che, in *Roman-Dutch Law* e *Common Law*, hanno rispettivamente i *books of authority*: fonti primarie del diritto, nel primo caso, mentre incerta è l’identificazione dei requisiti per acquisire la qualifica di *authority*, nel secondo<sup>69</sup>. In secondo luogo, anche a voler con-

<sup>66</sup> Cfr. *supra*, paragrafo 2. Sulla progressiva anglicizzazione anche dei richiami alle *auctoritates* romani-olandesi v. Ch. M. FOMBAD, *Botswana*, cit., p. 485.

<sup>67</sup> R.W. LEE, *An Introduction*, cit., p. 19.

<sup>68</sup> Sulla recezione del diritto romano nei Paesi bassi v. R.W. LEE, *An Introduction*, cit., p. 3; J.J. WESSELS, *History*, cit., p. 126. Sul ruolo delle *Laws of William the Conqueror* cfr. F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. I, Indianapolis, [1898], p. 95. Per il testo v. <http://legacy.fordham.edu/Halsall/source/will1-lawsb.asp>.

<sup>69</sup> Sulle *auctoritates* romano-olandesi v. *supra*, paragrafo 1. Per gli ordinamenti anglosassoni, cfr. la compiuta analisi di B.M. KOMAR, *Text-Books as Authority in Anglo-American Law*, *Cal. L. Rev.*, 11, 1923, p. 397 ss.

siderare riconducibile la vigenza delle *auctoritates* romano-olandesi a una *custom* venutasi a formare (evidentemente) dopo lo approdo di van Riebeeck nel 1652 al Capo, è evidente che, in tali ipotesi, ciò che si radica in un diritto assistito dall'*immemorial antiquity* è pur sempre un diritto “scientifico” – un diritto dottorale, si badi, che presuppone a sua volta un sostrato giuridico. Il che produce un “assorbimento” della mediazione scientifica nella stessa consuetudine, e quella avrà vigenza in quanto consuetudine interpretativa del sostrato romano-germanico, tale da rimanere assorbita nella norma interpretata anche quando le *auctoritates* siano utilizzate dalle Corti in sede di costruzione del formante giurisprudenziale.

Va da sé che il ruolo delle *auctoritates* esaurisce la prima forma di mediazione rilevante nella costruzione del formante giurisprudenziale. Non meno centrale è la seconda forma di “mediazione” necessaria alla progressiva costruzione per richiamo dottorale delle decisioni delle Corti di vertice. È il dialogo – proficuo – che si è venuto a instaurare tra sostrato dottrinale “scientifico” e dottrina, in generale, e un nutrito gruppo di accademici e pratici, in particolare, a cavaliere del XIX e del XX secolo nella Colonia del Capo.

Tale dialogo, per un verso, mirava a consolidare, dandovi forma di teoria e dotandolo della sistematicità propria di un sistema normativo, il sostrato romano-olandese – e, parententicamente, ne rendeva impraticabile il *repeal* ad opera dell'autorità imperiale britannica<sup>70</sup>. Per altro verso, tali autori si proponevano di dialogare con il sostrato dottrinale per la creazione del formante giurisprudenziale, consegnando a giudici, magistrati e avvocati l'eredità giuridica romano-olandese. Si tratta di autori che ruotano attorno alla *South African law Journal* e dibattono sull'attualità e vitalità del sistema nell'ambito dell'Impero britannico: Manfred NATHAN, *The common law of South Africa. A treatise based on Voet's Commentaries on the Pandects, with references to the leading Roman-Dutch authorities, South African decisions, and statutory enactments in South Africa*, Grahamstown, Cape Colony, African Book Co. Ltd, 1904-1907; Johannes Wilhelmus WESSELS J, *History of the Roman-Dutch Law*, Grahamstown, Cape Colony: African Book Co., 1908; Robert Ward LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford: Clarendon Press, 1915; Andries Ferdinand Stockenström MAASDORP, *The institutes of Cape law : being a compendium of the common law, decided cases, and statute law of the Colony of the Cape of Good Hope*, IV Vols, Capetown : J.C. Juta & Co., 1907-1917.

In questa seconda forma di mediazione, la dottrina non solo dimostra l'utilità del dialogo con il sostrato dottorale “scientifico”, ma ne valida l'applicabilità in sede processuale: attingendo dalle *auctoritates* “suggerite” dalla dottrina, *la dottrina stessa si fa giurisprudenza* e il sostrato dottorale diviene materiale per la costruzione del formante giurisprudenziale.

---

<sup>70</sup> Cfr. *supra*, nota 13. Non a caso, nei primi anni del XX secolo, fu istituito un Comitato per valutarne l'abolizione nella Guyana britannica: v. J.C. LEDLIE, *Roman-Dutch Law in British Guiana and a West Indian Court of Appeal*, in *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 17(1/2), 1917, p. 210 ss.; R.W. LEE, *An Introduction*, cit., p. VIII.

Lo si apprezza nelle pagine introduttive del volume del Wessels:

Ancient law books are often quoted in the courts with little or no conception of who the authors were or what place they occupy in the development of the law ... It is surely high time that the legal profession as a body should become acquainted with the whole course of the history of the system of law they are called upon to practice<sup>71</sup>.

Ma, forse, la mediazione appare ancora più rilevante quando la dottrina valida l'*utilità pratica* delle opere dottrinali relative al diritto romano-olandese. Così, Justice Kotzé può ritenere, in relazione al volume di Wessels sulla storia del diritto-romano olandese, che

We are confident that the profession will cordially welcome this interesting and useful volume<sup>72</sup>.

Ancor più rilevante è il giudizio di utilità effettuato, in sede di *book review*, sul volume di I. G. HORAK, *Notes on Important Controverted Points of Roman-Dutch Law, extracted from Grotius, Schorer, Van Leeuwen and Van der Keessel. Specially intended for the use of candidates for the Cape University LL.B. Examination, and to serve as a Convenient Book of Reference for Practitioners and Others. With a List of Decided Cases bearing on the Points*, African Book Co., Ltd., Grahamstown, 1908. La recensione è pubblicata sul n. 25 de *The Journal of South African Law*, 1908, p. 375 ss. Non solo il libro è criticato per la scelta di talune *auctoritates* in luogo di altre<sup>73</sup>, ma perché non è pienamente in grado di supportare i candidati per il *Cape University LL.B. Examination*:

While there may be some practitioners to whom Mr. Horak's work may prove of some use, we fear that students will find that, although certainly guiding them to some of the authorities where expressions of opinion on the points raised may be found, it will not materially assist them towards a solution of the difficulties with which they are apt to find themselves confronted<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> J.W. WESSELS, *History*, cit., p. 3.

<sup>72</sup> J.G. KOTZÉ, *History of Roman-Dutch Law – A Review*, in *The Journal of South African law*, 25, 1908, p. 353 ss.

<sup>73</sup> «There are one or two points that have struck us in reading this book [...] If we are to proceed to discuss a controverted point of Roman-Dutch law, surely the first thing we should do is to discover the opinion of Voet on the question! Neither Voet nor any one of the older authorities [...] is quoted; even apart from the older authorities we should have expected some reference to such works as Melius de Villiers on [...] and again to Sir Andries Maasdorp's *Institutes of Cape Law* [...] Our author, however, has confined himself purely to the four text-books set for the Cape LL.B. examinations and to some of the cases decided in the various South African courts»: *Book review*, cit., p. 376.

<sup>74</sup> *Book review*, cit., p. 377.

Infine, la seconda mediazione può non essere in grado di ricondurre a unità (a sistema) le differenti *opiniones* degli autori romano-olandesi:

Upon the question whether the obligation of a father to support his childer passes to his heirs, the authorities are no by means agreed<sup>75</sup>.

Ciò, ovviamente, apre a una terza mediazione: quella delle Corti, la cui discrezionalità nella scelta delle *opiniones* attingibili dal sostrato dottrinale genera una ulteriore interpretazione, che si affianca a quella delle *auctoritates* e a quella della dottrina. E il formante giurisprudenziale dinamico verrà a sostituirsi al sostrato “scientifico”, e avvierà la creazione di una nuova consuetudine interpretativa che, non diversamente dalle mediazioni dottrinali, verrà ad aderire alla norma di diritto romano-olandese interpretata (*rectius*, creata in via pretoria).

7. Alla luce delle considerazioni che precedono, può affermarsi che il formante giurisprudenziale è venuto progressivamente a sostituirsi a quello dottrinale nell'intento di offrire una sistemazione organica ai materiali normativi che integrano il sostrato di diritto romano-olandese. Pertanto, non sarà più la sola letteratura a proporre interpretazioni e/o ricostruzioni degli istituti della tradizione giuridica romano-olandese funzionali alla successiva applicazione in sede giudiziale; sarà principalmente il formante dottrinale, costruito ricorrendo a quello dottrinale, a inglobare in sé i “frammenti” della produzione dottrinale offrendone una rinnovata collocazione sistematica entro il sistema normativo degli ordinamenti dell'Africa australe.

Ciò consente di precisare la portata e l'applicazione degli istituti giuridici ricavabili dalla base dottrinale, di offrire sia una lettura del sostrato dottrinale *costituzionalmente orientata*<sup>76</sup>, di conseguire l'“apertura” degli ordinamenti dell'area a

<sup>75</sup> *Carelse v estate De Vries* (1906) 23 S.C. at p. 536 per Sir Henry de Villiers.

<sup>76</sup> Non a caso, la supremazia costituzionale è inscritta (o è implicitamente ricavabile) dalle Costituzioni dei Paesi dell'Africa australe: la Costituzione è la *supreme law of the land*, ad esempio, nei testi delle costituzioni di Sudafrica (sez. 2), Namibia [sez. 1(6)], Lesotho (sez. 2), Swaziland [sez. 2(1)], Zimbabwe (sez. 2). L'assenza di una *supremacy clause* nella Costituzione del Botswana è stata compensata dalla giurisprudenza della *Court of Appeal*: cfr. M. NICOLINI, «*When Southern African Courts Join Judicial Conversation*», cit., p. 101 ss. Cfr. altresì D. VAN DER MERWE, *The Roman-Dutch law: from virtual reality to constitutional resource*, in *The Journal of South African Law*, 1, 1998, p. 1 ss.

Non a caso, poi, la *Roman-Dutch law* è variamente *entrenched* nei testi delle costituzioni d'area: v. la sez. 252(1) della Cost. dello Swaziland, per la quale « Subject to the provisions of this Constitution or any other written law, the principles and rules that formed, immediately before the 6<sup>th</sup> September, 1968 (Independence Day), the principles and rules of the Roman Dutch Common Law as applicable to Swaziland since 22<sup>nd</sup> February 1907 are confirmed and shall be applied and enforced as the common law of Swaziland except where and to the extent that those principles or rules are inconsistent with this Constitution or a statute». Cfr. G. VAN NIEKERK, *Constitutional Protection of Common Law: the Endurance of the Civilian Tradition*, cit., p. 119. Analogamente statuiva la sez. 89 Cost. Zimbabwe del 1980. Ora il riferimento alla *Roman-Dutch Law* si ricava dalle disposizioni sulla *qualification of judges* che, ove *expatriate*, devono provenire da un ordinamento nel quale il diritto-romano olandese è *common law of the land* (sezz. 177.b.ii, 178.b.ii, 179.b.ii Cost).

formanti dottrinali di altre aree geo-giuridiche del pianeta.

V'è poi un'ulteriore finalità cui le Corti tendono nel tentativo di "ricollocare" il sostrato dottrinale nell'ordinamento costituzionale. Non può negarsi che il richiamo della letteratura giuridica d'area poggiante sul *Roman-Dutch Law* implichi anche il riferimento, per quanto implicito, allo stesso sostrato dottrinale, che rimane infatti presupposto in letteratura delle varie discipline giuridiche suscettibili di acquisire "tono costituzionale" innanzi alle Corti di vertice.

Il che è evidente in Namibia, dove l'elevata presenza di citazioni dottorali nel corpo e nelle note delle decisioni è funzionale ad accreditare la *Supreme Court* e il relativo sistema giuridico-costituzionale come *attore e modello citazionale* nell'ambito del dialogo planetario tra Corti e dottrina. Ciò, peraltro, non sembra esaurire le ragioni del ricorso al formante dottrinale. La notevole presenza di citazioni – soprattutto della dottrina sudafricana – chiama in causa la continuità dell'ordinamento giuridico e la validità degli atti emanati durante l'amministrazione sudafricana. Lo ribadisce l'art. 140 della Costituzione, con lo stabilire la continuità ordinamentale e istituzionale – la *fictio juris* per cui gli atti del precedente governo «were deemed to be done by the Government of Namibia or a corresponding minister or official of the Republic of Namibia» – ben potendosi però «reverse such deeming by an Act of Parliament»<sup>77</sup>.

In definitiva, proprio perché costruito sulla dottrina d'area e favorito dal sostrato dottrinale, anche il dialogo tra le Corti è funzionale al conseguimento delle finalità sistematiche e di evoluzione del sostrato di cui si compongono gli ordinamenti dell'area. Una riprova ulteriore, dunque, della particolare reattività del sostrato alle sollecitazioni provenienti da altre dimensioni – quella costituzionale e globale, in primo luogo –; e, forse, uno dei tratti costitutivi e caratterizzanti il diritto romano-olandese applicato in Africa australe. Tale carattere, unitamente alla non indifferente convergenza tra geografia e diritto e alla egemonia giuridica sudafricana, sembra in grado di delineare, entro il sistema di dialogo tra le Corti di vertice australi, una "nuova" famiglia giuridica, compatta e omogenea, e autonoma rispetto alle famiglie della tradizione giuridica occidentali (*Civil Law* e *Common Law*, sistemi nordici, sistemi misti che si contengono nella *ibridazione* tra *civil law-common law*).

8. La possibilità di considerare il *Cape colonial law* come un'autonoma famiglia giuridica entro la tradizione giuridica occidentale impone di superare preliminarmente una *communis opinio* relativa alla collocazione sistemologica degli ordinamenti che concorrono a costituirlo.

Si tratta di accertare i tratti di detti ordinamenti destinati a delineare una nuova famiglia giuridica australe. A detti tratti se ne devono aggiungere due, ampiamente esaminati in ricerche precedenti: la "perifericità" delle Corti e dei sistemi (ciò, ovviamente, se assumiamo che il centro d'irradiazione prospettico sia quello euro-

<sup>77</sup> Cfr. la decisione *Government of the Republic of Namibia and Another v Cultura 2000 and Another* (SA 2/92) [1993] NASC 1; 1994 (1) SA 407 (NASC) (15 October 1993) come citata e discussa in M. NICOLINI, «When Southern African Courts Join Judicial Conversation», cit., pp. 91-92.

atlantico) e la “contiguità” con i sistemi a diritto tradizionale africano<sup>78</sup>. Detti caratteri si coniugano con quella che è la qualificazione tradizionalmente riservata a detti ordinamenti: è una classificazione che li annovera fra i sistemi giuridici misti<sup>79</sup> e derivati da quello sudafricano, del quale subiscono l’“egemonia”, ma che non disdegna di operare come *recipient* rispetto a soluzioni giuridiche e elaborate negli ordinamenti d’area da quello derivati<sup>80</sup>.

Il fenomeno sul quale ci si sofferma è quello che va sotto l’etichetta di ibridazione: non s’intende tanto indagare la portata di detta ibridazione in relazione agli istituti di diritto sostanziale – dei quali ancora predominante è la matrice romano-olandese<sup>81</sup> –, quanto l’incidenza che detta ibridazione ha dal punto di vista del diritto processuale.

In definitiva, si tratta di accertare se l’innesto delle tecniche di giudizio di *common law* e l’applicazione della teoria precedente giudiziale consentano di variamente apprezzare il carattere della «civil law/common law mixture»<sup>82</sup> ivi praticata. In tale *mixture* il *common law* assume particolare rilievo non solo perché ha ormai soppiantato taluni istituti e branche del diritto già oggetto di disciplina nel sostrato di *Roman-Dutch Law* – cosicché «this mixture reached sufficient proportions as to strike a neutral observer as obvious»<sup>83</sup> –, ma perché il trapianto del sistema processuale è anch’esso funzionale ad assicurare una costante *accommodation* dei sistemi giuridici basati sulla *Law of Holland*.

A deporre per una differente concezione di sistema giuridico misto può richiamarsi sia l’impostazione per cui lo «schema di rappresentazione» tradizionale è a tal punto metaforico «che si parla di famiglie, parentele, genealogie e di *tratti*, come se [...] veramente nascesse e morisse e lasciasse eredi» – e «questa metafora è così forte

<sup>78</sup> Cfr. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 23 ss.; ID., *Sovversione*, cit., p. 215, 226; M. NICOLINI, «When Southern African Courts Join Judicial Conversation», cit., p. 93 ss. Cfr. già J. CHURCH, *The Place of Indigenous Law in a Mixed Legal System and a Society in Transformation: A South African Experience*, in *Australia and New Zealand Law and History E-Journal*, 2005, p. 94 ss.

<sup>79</sup> Oltre agli scritti citati *supra* nota 8 v. AA.VV., *Comparative Law and Hybrid Legal Traditions*, Herausgegeben von E. Cashin Ritaine, S. P. Donlan, Zürich, 2010.

<sup>80</sup> Si pensi agli effetti sistemici generati sul sistema delle relazioni industriali dalla decisione, più volte richiamata, *Africa Personnel Services (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others* (*supra*, paragrafo 3). Per un esame comparativo della decisione in relazione all’ordinamento sudafricano v. A. Botes, *A Comparative Study on the Regulation of Labour Brokers in South Africa and Namibia in Light of Recent Legislative Developments*, in *The South African Law Journal*, 132(1), 2015, p. 100 ss.

<sup>81</sup> Non a caso, ancora predominante è la matrice romano-germanica del diritto delle persone, dei diritti reali, dei contratti, della compravendita, dei delitti e della responsabilità civile: cfr. C.G. VAN DER MERWE, J. DU PLESSIS, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, P. FARLAM, *The Republic of South Africa*, cit., p. 104 ss. ss.; CH. FOMBAD, *Botswana*, cit., p. 485 ss. Più complessa appare la situazione del Lesotho, ove la codificazione (già avvenuta nel secolo XIX) del diritto tradizionale ha rafforzato la componente ctonia affiancandola così all’eredità europea. Cfr. E. ANDREOLI, *Formante dottrinale*, cit.

<sup>82</sup> V.V. PALMER, *A Descriptive and Comparative Overview*, cit., p. 25.

<sup>83</sup> V.V. PALMER, *A Descriptive and Comparative Overview*, cit., p. 24.

che infatti si parla di “giurisdizioni miste”»<sup>84</sup>. Certo, la genealogia è di tutta evidenza nei rapporti tra gli ordinamenti dell’area, il *Roman-Dutch Law* e il *Common Law*. Ma se il diritto-romano olandese ha fornito il sostrato per il *Cape colonial law*, la conquista inglese del Capo ha prodotto l’ibridazione del sistema giuridico, senza che l’introduzione della *Supreme Court of the Colony of the Cape of Good Hope* per opera della *First Charter of Justice of 1827* eliminasse il sostrato romanistico:

Under the provisions of the Charter, the advocates and judges operated within an environment in which a common-law judicial and procedural framework was imposed upon the Roman-Dutch law that had been brought to the Cape by the Dutch settlers and confirmed by the Charter as part of the law of the Colony. The continued survival (to this day) of the Roman-Dutch law in that environment has on occasion been described as “remarkable”<sup>85</sup>.

Lo conferma, ad esempio, la *Court of Appeal* del Botswana: in *Silverstone (Pty) Ltd and Another v Lobatse Clay Works (Pty) Ltd* il ricorso ai precedenti stranieri evidenzia che

the common law of Botswana is the Roman-Dutch law. Although this was laid down as long ago as 1909 (by Proclamation No. 36 of 1909) when Botswana was still the Bechuanaland Protectorate, the Roman-Dutch law had continued to this day to be applied and is still so applied in Botswana. In the classic passage in the Privy Council judgment in *Pearl Assurance Co. v. Union Government* 1934 A.C. 570 (P.C.) at 579, Lord Tomlin said: “Roman-Dutch law is a virile living system of law, ever seeking, as every such system must, to adapt itself consistently with its inherent basic principles to deal effectively with the increasing complexities of modern organized society”. In applying the principles of Roman-Dutch law, the courts of Botswana have constantly adapted them to the “complexities of modern organised society”<sup>86</sup>.

Si tratta di tratti particolarmente rilevanti, che supportano una differente accezione del carattere “misto” di detti sistemi. In primo luogo, l’adozione di un sistema processuale di *common law* non ha escluso la conservazione del diritto romano-olandese. In secondo luogo, la recezione delle relative tecniche di giudizio non necessariamente comporta un mutamento dell’intero diritto sostanziale; al contrario, proprio il precedente vincolante può contribuire a irrigidire soluzioni tratte dal sostrato dottorale, rendendole in tal modo *binding* per i tutti giudici. È l’ipotesi della Namibia, dove l’art. 81 Cost. enuncia la «Binding Nature of Decisions of the Supreme Court» («A decision of the Supreme Court shall be binding on all other

<sup>84</sup> P.G. MONATERI, *Geopolitica*, cit., p. 9.

<sup>85</sup> H.J. ERASMUS, *The beginnings of a mixed system or, advocates at the Cape during the early nineteenth century, 1828-1850*, in *Fundamina*, 21(2), 2015, pp. 219-220. La citazione ivi contenuta è in R. VAN DEN BERGH, *The remarkable survival of Roman-Dutch law in nineteenth-century South Africa*, 18(1), 2012, p. 71 ss.

<sup>86</sup> [1996] BLR 190 (CA), 194-195.

Courts of Namibia and all persons in Namibia unless it is reversed by the Supreme Court itself, or is contradicted by an Act of Parliament lawfully enacted»). Non a caso, in *Government of the Republic of Namibia and Others v Katjizeu and Others* (SA 07/2013) [2014] NASC 17 (29 October 2014) vi è un richiamo “di terzo grado” funzionale a rendere *binding* le *auctoritates* romano-olandesi: la decisione *Gollach Gomperts (1967) (Pty) Ltd v Universal Mills & Produce Co (Pty) Ltd* 1971 (1) SA 914 (A) at 921, Miller JA, richiama *Cachalia v Herberer & Co.*, 1905 T.S. 457 at p. 462, Solomon J., che ripete la definizione di *transactio* di GROZIO, *Introduction*, 3.4.2., VOET, 2.15.1 e 2.15.10. tratta dalla *Gane's trans.*, vol. 1, p. 452. In terzo luogo, nell’Africa australe il tasso di ibridazione del diritto sostanziale romano-olandese è stato minore di quanto non sia accaduto in altre aree poggianti sul medesimo sostrato normativo, come Ceylon o la Guyana britannica. Qui, a testimoniare la maggior penetrazione del diritto sostanziale inglese stanno, per la Guyana il tentativo, non portato a compimento, di sostituire il diritto romano-olandese con quello inglese e l’assenza di dialogo tra testi e/o manuali di dottrina e sostrato dottorale; per Ceylon, l’adozione di ampi settori del diritto inglese, come testimoniano le *Institutes of the Laws of Ceylon* di Pereira<sup>87</sup>.

Infine, volendo muovere lungo la direttrice diacronica, la *constitutional implication* di tale diritto – vale a dire, l’interpretazione di questo che sia compatibile con la costituzione – si apprezza anche in sede di sindacato di legittimità costituzionale degli istituti di diritto non scritto la cui efficacia normativa si radica in testi che hanno l’*authority of law*. Il diritto dottorale e “scientifico” che rappresenta la consuetudine interpretativa del sostrato ordinamentale non solo aderisce a questo, ma vede estendersi il sindacato di costituzionalità anche al *Cape colonial law* – come, peraltro, sono assoggettabili alla *judicial review of legislation* gli istituti del diritto tradizionale. In *Attorney-General of Botswana v Unity Dow*<sup>88</sup> è dichiarata illegittima una disposizione che esclude l’acquisto *iure sanguinis* della cittadinanza in via matrilineare sulla base del principio tradizionale per cui «children, under customary law, belong to their father, and he is their sole guardian»<sup>89</sup>. La disposizione era in espreso contrasto con il divieto di discriminazione per sesso ricavato dalla Corte dal combinato disposto dalle sezz. 3 (*equal treatment under the law*) e 15 (*protection against discrimination*) della Costituzione del Botswana. In *Unity Dow*, infatti, il Aguda J.A, afferma che

if any rule of customary law or of the common law is inconsistent with any of the provisions of the Constitution, but especially of the entrenched provisions, such rule of

<sup>87</sup> Cfr. *supra*, nota 70 e R.W. LEE, *An Introduction*, cit., pp. 24-25. Per Ceylon v. J.C.W. PEREIRA, *Institutes of the laws of Ceylon, founded on, and following the arrangement of, the late Mr. Justice Thomson's work bearing the same title*, volume I, H.C. Cottle, Acting Government Printer, Colombo, 1901.

<sup>88</sup> [1992] BLR 119.

<sup>89</sup> Si trattava della sez. 4(1) del *Citizenship Act* che consentono la sola trasmissione in via patrilineare della cittadinanza. Cfr. Ch. M. FOMBAD, *The Constitutional Protection against Discrimination in Botswana*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 53(1), 2004, pp. 143, 157.



customary law or of the common law must be held to have been abrogated by the provisions of the Constitution to the extent of such inconsistency.

D'altra parte, più che l'ibridazione di istituti di diritto sostanziale, è dunque l'applicazione delle tecniche giudizio a influire sul carattere "misto" dei sistemi dell'Africa australe. Il che, per un verso, conferma il ruolo della giurisprudenza nell'opera di consolidamento dello stesso sostrato dottorale – che diviene così particolarmente impenetrabile al diritto inglese –; per altro verso, l'ibridazione tra diritto processuale (inglese) e diritto sostanziale (romano-olandese) individua uno dei tratti qualificanti la famiglia giuridica in questione.

9. È dunque l'innesto del sistema processuale di *common law* su di un sostrato di tradizione romano-germanica a generare la nozione di *mixed jurisdiction* giuridicamente rilevante per l'Africa australe. L'innesto costituisce, invero, una tecnica di giudizio funzionale alla conservazione del sostrato dottrinale, ed è particolarmente evidente ove si consideri il ruolo giocato dal formante giurisprudenziale nella conservazione del medesimo sostrato dottorale.

È noto, infatti, come il "riconoscimento" (più precisamente, la conferma) del diritto previgente presso colonie variamente oggetto di ammissione nell'Impero britannico siano disciplinate da un principio, tipico del *Common Law* e affidato allo stesso formante giurisprudenziale. Nelle parole di Lord Mansfield, «The laws of a conquered country continue in force, until they are altered by the conqueror»<sup>90</sup>.

Si tratta di un meccanismo, peraltro, che non è esclusivo della sola Africa australe: lo conferma la sua applicazione anche nelle altre aree in cui la *Law of Holland* e l'interpretazione qualificata di questa affidata alla giurisprudenza elegante olandese operano come sostrato dottorale del sistema, seppur in forme meno accentuate. Come a Ceylon<sup>91</sup> o a Malta. Ma ragionamento analogo vale per le aree annesse agli Stati Uniti d'America (Louisiana) o attratte nella sfera di dominio coloniale, come le Filippine: nelle parole di Justice George Arthur, «This retention of the local private law was merely in accordance with the principles of International Law in that regard»<sup>92</sup>.

È pertanto evidente che il ricorso al formante giurisprudenziale nella costruzione dei sistemi giuridici affida alla dottrina del precedente vincolante la possibilità di irrigidire e conservare soluzioni tratte dal sostrato dottorale e da imporre ai giudici che dovranno in futuro applicare la medesima *ratio decidendi*. La "dichiarazione" mediante la quale si conserva il diritto preesistente, proprio perché si tratta di un meccanismo ripetibile in ogni area geo-giuridica dell'Impero, poggia certamente su

---

<sup>90</sup> *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204 at 209, 98 ER 1045 at 1047. Cfr. R.W. LEE, *An Introduction*, cit., pp. 8-9; H.R. HAHLO, E. KAHN, *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution*, London, Stevens, 1960, p. 17.

<sup>91</sup> J.C.W. PEREIRA, *Institutes of the laws of Ceylon*, cit., p. 1.

<sup>92</sup> *In re Shoop*, 43 Phil. 213 (1920).

criteri giuridici, ma questi fanno velo a ragioni politiche, se non addirittura le legittimano.

Le ragioni politiche sono quelle, ovviamente, che in termini moderni indichiamo come meccanismi di *preservazione* del consenso presso le popolazioni entrate a far parte dell'Impero e di *opportunità* nella conservazione della disciplina previgente – vuoi, più pragmaticamente, per ragioni di continuità ordinamentale, vuoi per rafforzare la legittimazione del nuovo potere politico. A ragione, dunque, Palmer può concludere affermando che i due ordinamenti egemoni di *Common Law* (Regno Unito e Stati Uniti) «basically exercised discretion and weighed demographic, political, and social factors in the balance, and perhaps above all the possible unfairness of introducing foreign law in a foreign language to an uncomprehending population. The feared effect of an abrupt change to an English-language legal system was clearly articulated in this context as both an administrative and a moral problem»<sup>93</sup>.

In altri termini, è questione di *policy* nella *governance* coloniale. La decisione è dunque politica, quand'anche essa venga espressa in forma giuridica (sia in forma di *proclamation*, di *letter patents*, ecc.; per quel che qui interessa, mediante formante giurisprudenziale). Il fatto è che la *doctrine* altro non è che l'espressione di una *royal will* politicamente qualificata. Lo prova la circostanza – già richiamata – per cui «the laws remain until they are altered by the conqueror»<sup>94</sup>, ma che nulla vieta al potere politico imperiale – nella forma della legge del Parlamento sovrano dell'Impero – di revocarla o modificarla.

Non è infatti il Parlamento il potere supremo? E non è forse detta supremazia a impedire al *King in Parliament* di trasformarsi in un potere politico arbitrario? Il Parlamento, infatti, è tale perché è un *potere supremo consentito*: «the *Liberty of Man, in Society*, is to be under no other Legislative Power, but that established, by consent, in the Commonwealth, nor under the Dominion of any will, or Restraint of any Law, but what the legislative shall enact, according to the Trust put in it»<sup>95</sup>. Il Parlamento è il *garante politico* delle libertà dei sudditi dell'Impero, quanto legittimato, ove se ne diano le circostanze o l'opportunità, per consenso a modificare le leggi delle aree geo-giuridiche soggette alla relativa potestà d'imperio.

Qui, dunque, la giurisprudenza opera – come è stato felicemente affermato – come un «meccanismo letterario [...] che, negando il carattere forte della decisione [politica], rinvia a una metafisica della legge che richiede necessariamente uno sganciamento della legge stessa dal linguaggio che la esprime»<sup>96</sup>. Il *device* crea, «attraverso la rappresentazione, un doppio piano in cui la stessa cosa è insieme due cose diverse, e, a seconda del contesto, si può passare da una all'altra salvando sempre la si-

<sup>93</sup> V.V. PALMER, *A Descriptive and Comparative Overview*, cit., p. 28.

<sup>94</sup> J.C.W. PEREIRA, *Institutes of the laws of Ceylon*, cit., p. 1.

<sup>95</sup> J. LOCKE, *The Second Treatise on Government*, in *Two Treatises on Government*, (ed) P. Laslett, Cambridge, 1988, Cap. IV, 22, p. 283.

<sup>96</sup> P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 87.

tuazione. La decisione del giudice è una decisione, ma è *anche* la dichiarazione di contenuto di una legge preesistente, alla quale però abbiamo accesso solo attraverso l'imperfetta decisione del giudice»<sup>97</sup>.

Il *device* si sdoppia: per un verso, esso consegue la "verbalizzazione" della *policy* nella *governance* dei sistemi giuridici dell'Impero; in quanto *law paramount*, la *doctrine* viene non solo riaffermata ma pure codificata ed enunciabile in forma di principio dal giudice. Per altro verso, esso consegue la scrittura del principio orale, che ora viene pienamente dichiarato dalla Corte e fissato nella scrittura della decisione.

È, questo, l'unico modo per negare la *natura politica* della scelta di conservare la vigenza del diritto romano-olandese in Africa "australe": il ricorso alla costruzione di un formante giurisprudenziale mediante un formante dottrinale (la *doctrine* che disciplina le modalità di recepimento del sostrato normativo nelle *conquered colonies*<sup>98</sup> per la costruzione, in via pretoria, di un sistema giuridico a base dottorale.

Qui, peraltro, la comparazione privatistica si accosta, fino a sovrapporsi, agli ambiti di disciplina tradizionalmente riservati ai pubblicisti, nei quali il ruolo del potere pubblico appare particolarmente penetrante nell'attività di configurazione degli ordinamenti giuridici, in generale, e di quelli della famiglia giuridica "mista" (se si intende conservare la qualificazione tradizionale) dell'Africa australe, in particolare.

E qui, forse, si colloca il maggior contributo che la comparazione nel diritto pubblico offre allo studio delle famiglie giuridiche e – quindi – anche alla riflessione, che si è in questa sede solo avviata, circa la configurabilità della *Cape colonial law* come autonoma famiglia giuridica nell'ambito della *Western legal tradition*. Un ruolo, quello del diritto pubblico comparato, che è rimasto sempre sullo sfondo nella manualistica e nella riflessione scientifica dedicata ai sistemi giuridici comparati – un ruolo, forse, che è stato semplicemente dato per scontato: vuoi perché implicitamente richiamato nello studio della genesi dei sistemi giuridici, vuoi perché spesso spinto ai margini delle ricerche anche sull'*enforcement* e sull'applicazione degli istituti di diritto privato sostanziale. Non è un caso, tuttavia, che la *law in action* che anima tali istituti sia stata, nel fluire dell'ordinamento, tradizionalmente modellata dal potere giudiziario – e, suo tramite, rimandi alla giurisdizione come luogo che tipicamente delinea uno dei luoghi di più intensa rappresentazione del potere sovrano.

Lo si è visto in sede di analisi delle modalità di evoluzione del diritto-romano olandese come sostrato dottrinale della famiglia giuridica dell'Africa australe. Il formante giurisprudenziale – forse, più correttamente, il *device* che realizza l'*enforcement* delle tutela delle situazioni giuridiche soggettive garantite dall'ordinamento giuridico – non solo si è sostituito al formante dottrinale nell'assicurare continuità e organicità alla famiglia giuridica dell'Africa australe, ma consegue altresì l'*accommodation* ai principi costituzionali che, nel "reagire" al contatto con la base dottorale dell'ordinamento, ne propone un'interpretazione costituzionalmente adeguata.

---

<sup>97</sup> P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 89.

<sup>98</sup> Cfr. R.W. LEE, *An Introduction*, cit., p. 9, nota 1.

Il formante dottorale nella costruzione del formante giurisprudenziale realizza in tal modo la formazione di una “tradizione giuridica” africana australe ed esalta, in sistemi a controllo di costituzionalità diffuso, il ruolo politico delle Corti di vertice – che è di conservazione e adattamento costante del sostrato dottrinale. Complice poi la reattività del sostrato e la dimestichezza nell’uso dei formanti attivi, il sistema appare corrispondere alle esigenze di un sistema economico globale caratterizzato dalla *financial dominance*.

Nella parabola percorsa dal diritto pubblico comparato nello studio dell’area geo-giuridica dell’Africa australe, un ruolo centrale è giocato dal *reasoning* occidentale, che vertebrata interamente di sé i sistemi costituzionali esaminati. Si tratta di un ultimo – ma decisivo – argomento in favore dell’equilibrio tra sostrato dottorale, *global judicial dialogue* e *constitutional implication* derivante dall’attitudine delle Corti di vertice a costruire autonome “narrative (e tradizioni) costituzionali”.

In altre parole: la “narrazione costituzionale” *à l’européenne* consente alle Corti di vertice dell’area – che sono pure *final adjudicators in constitutional disputes* – di stabilire momenti di continuità, rottura e innovazione nell’evoluzione del sistema giuridico di diritto romano-olandese. Ciò attiva un processo di conservazione, selezione e creazione degli istituti della rispettiva tradizione giuridica, sorretta da una particolare lettura del sostrato giuridico che si proietta sull’intero ordinamento costituzionale. Un processo che viene a generare le “tradizioni costituzionali comparate” dell’area, destinate a circolare, proprio per la comunanza di sostrato giuridico e l’intenso dialogo fra le corti, fra i Paesi appartenenti alla famiglia giuridica “mista” dell’Africa australe.

---

*JE T'AIME ... MOI NON PLUS:*  
QUALCHE CONSIDERAZIONE (ED UNA SENSAZIONE) SUI  
RAPPORTI TRA GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE  
E DOTTRINA IN ITALIA, FRANCIA E BELGIO

---

PAOLO PASSAGLIA

SOMMARIO: 1. Le difficoltà della ricerca. – 2. Le fonti semi-dirette. – 3. Le fonti indirette. – 3.1. La dottrina nel collegio giudicante. – 3.2. La dottrina nel processo costituzionale. – 4. Le fonti implicite. – 5. Motivazioni (e prospettive) dell'assenza di fonti dirette. – 6. Una sensazione, più che una conclusione.

1. L'analisi dei rapporti tra la giurisprudenza costituzionale e la dottrina, nelle esperienze italiana, francese e belga, propone una vera e propria sfida a chi intenda svolgerla: lungi dal potersi fondare su riscontri oggettivi<sup>1</sup>, il ricercatore è chiamato principalmente e primariamente ad operare una selezione di linee direttrici e di indicatori sulla cui base sviluppare un esame che miri ad essere *quanto più possibile* solido da un punto di vista scientifico. Si tratta, quindi, di una ricerca che appare sin da subito tanto stimolante quanto complessa e, soprattutto, tutt'altro che priva del rischio di concludersi senza risultati apprezzabili.

Questa cautela orienta il presente contributo nel senso di non aspirare neppure a fornire un quadro compiuto della tematica, per limitarsi ad un – assai più modesto – inquadramento indicativo dell'impatto che la dottrina *presumibilmente* ha sull'attività della giurisdizione costituzionale.

Anche così circoscritto, l'obiettivo è comunque lungi dall'essere agevolmente raggiungibile, proprio per l'assenza di fonti che possano dirsi *dirette*. Le basi su cui im-

---

<sup>1</sup> Finanche la nozione di «dottrina» appare tutt'altro che nitida, potendo essa conoscere molteplici divergenti definizioni. Ai fini del presente studio, esigenze espositive consigliano di limitare il campo alla sola dottrina giuridica, tra l'altro identificata unicamente con l'insieme dei soggetti inquadrati nei ruoli accademici. Per la giustificazione dell'adozione di una tale prospettiva, invero piuttosto restrittiva, sia consentito rinviare a P. PASSAGLIA, *La presenza della dottrina all'interno della Corte costituzionale italiana*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina/Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Atti delle Giornate italo-franco-belghe di diritto comparato – Pisa, 6 e 7 marzo 2015, Napoli, 2015, p. 29 ss.

postare la ricerca sono, in effetti, assai più sfuggenti, classificabili come sono in tre categorie di fonti per così dire sussidiarie, corrispondenti a quelle che potrebbero definirsi *semi-dirette*, *indirette* ed *implicite*. Di esse si darà di seguito sommariamente conto, esponendo, per l'essenziale, gli esiti di una ricerca che si è avvalsa, come base di partenza, dei contributi presentati in occasione della XXX<sup>e</sup> *Table Ronde Internationale sur la Justice Constitutionnelle*, dedicata a «Juges constitutionnels et doctrines», tenutasi ad Aix-en-Provence nei giorni 5 e 6 settembre 2014<sup>2</sup>, e che si è poi sviluppata attraverso l'approfondimento di una comparazione trilaterale, la quale ha visto, come momento fondamentale, le Giornate italo-franco-belghe di diritto comparato, svoltesi a Pisa nei giorni 6 e 7 marzo 2015, sul tema «I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina»<sup>3</sup>.

2. Le fonti disponibili che appaiono di più immediato rilievo sono quelle che si è ritenuto di poter definire *semi-dirette*, nella misura in cui da esse possono cogliersi indizi concreti – ma pur sempre solo *indizi* – circa l'utilizzo che si sia fatto della dottrina al fine di addivenire alla decisione di un caso.

Si tratta di fonti eterogenee, dotate di un grado di affidabilità assai variabile, di cui tre sono, però, quelle principali: i fascicoli istruttori, i verbali delle camere di consiglio e le bozze di decisione.

La prima categoria di fonti riveste minore interesse, almeno in un'ottica comparatistica. Ciò non certo per il rilievo che la fonte può avere: la presenza di contributi dottrinali nei fascicoli istruttori è, anzi, attestata in maniera pressoché costante. Il fatto è che in nessuna delle tre esperienze esaminate i fascicoli istruttori sono divulgati all'esterno. O, meglio, anche là dove la divulgazione avviene, come nel caso del *Conseil constitutionnel*, si ha cura di eliminare dai *dossiers documentaires* pubblicati sul sito *web* dell'istituzione proprio la parte corrispondente ai contributi dottrinali presi in considerazione.

In sostanza, l'impossibilità di analizzare *come* la dottrina venga inserita nei fascicoli e di riscontrare quali siano le *scelte* operate al riguardo rende questa fonte semi-diretta scarsamente significativa, perché tutto ciò che dalle sue attestazioni si ricava è un elemento di comunanza tra Italia, Francia e Belgio, apprezzabile, tuttavia, solo in merito all'*an* della presenza della dottrina nell'attività delle giurisdizioni costituzionali.

Di contro, differenze emergono – ed in maniera nitida – combinando la seconda e la terza categoria di fonti semi-dirette. L'esperienza della Corte italiana è, sotto questo profilo, quella che offre minori riscontri, giacché, da un lato, per prassi non è redatto alcun verbale delle camere di consiglio, e quindi i riferimenti eventualmente

---

<sup>2</sup> Gli atti della tavola rotonda sono stati poi pubblicati nell'*Annuaire international de Justice constitutionnelle*, 2014, vol. XXX, p. 199 ss.

<sup>3</sup> Gli atti di queste giornate, organizzate nell'ambito del Prin 2010-2011 su «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle corti di vertice», sono poi stati oggetto di pubblicazione in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit.

operati ad autori o a scritti scientifici si perdono nell'oralità; dall'altro lato, le bozze di decisioni che sono redatte non presentano (*recte*, si attesta che non presentino), in linea di principio, richiami dottrinali, donde la loro irrilevanza ai presenti fini. La dottrina è dunque un formante, che, per quanto (presumibilmente) presente, rimane – in una duplice prospettiva – *inespresso*: verso l'esterno, perché mancano riscontri documentali che lo testimonino; verso l'interno, perché anche nelle bozze di decisioni i riferimenti restano nella penna del giudice estensore e non sono quindi messi a disposizione – se non oralmente – dei suoi colleghi.

Più interessante è il caso della giurisdizione costituzionale belga. Nei lavori della *Cour constitutionnelle* (già *Cour d'arbitrage*, sino al 7 maggio 2007), esistono, infatti, tracce scritte della presenza della dottrina nell'*iter* deliberativo, segnatamente nei *projets d'arrêts*, che recano anche note a piè di pagina in cui figurano – a quanto consta – anche rinvii alla dottrina. Il punto è che questi testi, che certo sarebbero decisivi ai fini della ricerca, sono coperti dalla rigida riservatezza che avvolge gli *interna corporis* dell'istituzione<sup>4</sup>, e quindi, di nuovo, la dottrina assume i caratteri del formante *inespresso*, anche se – stavolta – solo *ab externo*. Per dirla in termini metaforici, la dottrina, nei lavori della Corte belga, più che come un formante propriamente *inespresso*, si configura come un formante *sotterraneo*, in quanto *sepolto* sotto uno strato inesplorabile di riservatezza.

Per il *Conseil constitutionnel* francese, sarebbe improprio parlare di un formante dottrinale *sotterraneo*, giacché esso non viene sotterrato, ma viene, piuttosto, *messo in naftalina*, salvo comunque affiorare, anche da «dentro l'armadio», nella forma del formante *suggerito*.

Dal primo punto di vista, è da sottolineare la modifica operata dalla legge organica n. 2008-695, del 15 luglio 2008, dell'art. 58 dell'*ordonnance* n. 58-1067. Quest'ultima, nell'operare un rinvio al *Code du Patrimoine*, ha reso accessibili gli atti interni all'istituzione, ivi inclusi i verbali delle sedute del *Conseil*, dopo venticinque anni «à compter de la date du document ou du document le plus récent inclus dans le dossier». È dunque possibile, adesso, avere una compiuta contezza dei dibattiti, sebbene il decorso di un tempo affatto rilevante faccia inevitabilmente venir meno una parte dell'interesse per una ricerca che non può non assumere connotati storici, con ricadute non sempre ben identificabili sull'attualità, quanto meno avendo riguardo alle decisioni di minor spessore.

Concentrandosi, però, sulle statuizioni che hanno avuto un impatto più marcato sulla vita dell'istituzione, è indubbio che, una volta «tirati fuori dall'armadio», i verbali diano indicazioni piuttosto significative<sup>5</sup>. Due esempi, tra i molti che potrebbe-

---

<sup>4</sup> Nei testi definitivi degli *arrêts* le note a piè di pagina ed i relativi contenuti sono, infatti, completamente espunti. Sul tema, v. A. ALEN, J. DELRUELLE e P. MARTENS, *Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel*, in *Revue belge de droit constitutionnel*, 2004, p. 342.

<sup>5</sup> Le ricerche condotte sui verbali resi disponibili sono state raccolte in B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2014.

ro evocarsi, valgono più di altri a confortare questa assunzione.

Il primo riguarda la discussione che ha preceduto la decisione sulla libertà di associazione del 1971, che ha segnato la svolta del *Conseil* dalla sua originale funzione di «canon braqué contre le Parlement»<sup>6</sup> a quella di «garante dei diritti». Onde sostenere la posizione favorevole alla declaratoria di incostituzionalità della legge «liberticida», François Luchaire rilevava che gli organi di giustizia costituzionale stranieri si connotavano per essere «les défenseurs des libertés», e che, al loro confronto, il *Conseil* finiva per essere considerato (nulla più che) un «organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics»<sup>7</sup>. La definizione era testualmente ripresa da una precedente decisione<sup>8</sup>, tuttavia, nel contesto dell'argomentazione, non poteva non qualificarsi (anche) come un implicito, ma inequivocabile richiamo ad un fondamentale saggio scritto da Louis Favoreu qualche anno prima<sup>9</sup>.

Ancor più marcata è stata l'influenza dottrinale su uno dei più noti *considérants* della giurisprudenza costituzionale francese, vale a dire quello in cui la penna di Georges Vedel, relatore della causa<sup>10</sup>, ha tentato di armonizzare la supremazia della Costituzione con la definizione della legge come «expression de la volonté générale», sancita anche dall'art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789: «la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution»<sup>11</sup>.

Per quanto attiene alla configurazione della dottrina alla stregua di un formante «suggerito», si deve sottolineare come, nell'attività di comunicazione istituzionale posta in essere dal *Conseil*, abbiano ormai assunto un rilievo di prim'ordine i *commentaires* alle singole decisioni redatti a cura della Segreteria generale, consultabili, oltre che sul sito *Internet* dell'istituzione, sulla sua rivista ufficiale, i *Cahiers du Conseil constitutionnel*, dall'ottobre 2010 divenuti i *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. In tali *commentaires*, la cui funzione esplicativa appare fondamentale (anche per ovviare all'ermetismo che connota le argomentazioni che si dipanano nei *considérants*), le citazioni espresse di contributi scientifici sono comparse sin dal 2002 e, specie negli ultimi anni, hanno progressivamente acquisito una portata non trascurabile, ben testimoniata dal numero di citazioni, cresciuto in maniera sensibile soprattutto a partire dal 2011<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> L'espressione è di F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel. Tome I – Organisation et Attributions*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1997, 36.

<sup>7</sup> Cfr. *Séance du vendredi 16 juillet 1971. Décision n° 71-44 DC, Liberté d'association. Valeur juridique du Préambule de la Constitution*, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, cit., 215.

<sup>8</sup> La *décision* n. 62-20 DC, del 6 novembre 1962, con cui il *Conseil constitutionnel* aveva escluso la sindacabilità delle *lois référendaires*.

<sup>9</sup> Cfr. L. FAVOREU, *Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1967, p. 5 ss.

<sup>10</sup> V. *Séance du vendredi 23 août 1985. Décision n° 85-197 DC, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, cit., p. 563 ss.

<sup>11</sup> Il brano è tratto dal *considérant* 27 della *décision* n. 85-197 DC, del 23 agosto 1985.

<sup>12</sup> Cfr. G. SPANÒ, *Il Conseil constitutionnel e la dottrina: spunti di riflessione offerti dalle citazioni biblio-*



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 citazioni dottrinali non può trarsi alcuna compiuta indicazione circa l'effettivo loro utilizzo in sede di elaborazione della decisione<sup>13</sup>. Ciò posto, quel che non vale da un punto di vista formale, difficilmente potrebbe essere negato nella sostanza: è, infatti, assai probabile che i riferimenti dottrinali contenuti nei *commentaires* siano stati quanto meno presi in considerazione nelle *décisions*, donde il loro valore di dimostrazione del ruolo effettivamente svolto dal formante dottrinale nell'assunzione delle determinazioni da parte del *Conseil*.

3. Con le fonti che potrebbero definirsi *indirecte*, si fa riferimento alla presenza di giuristi accademici all'interno del collegio giudicante e nel processo costituzionale, sul duplice assunto che una tale presenza non possa non rafforzare, in generale, l'impatto della dottrina sulla decisione e che, relativamente alle scelte da operare, essa possa incidere in maniera significativa sull'individuazione dei riferimenti dottrinali da utilizzare.

In proposito, conviene comunque tenere chiaramente distinti i due profili della «penetrazione» dell'accademia in seno al collegio e della sua (mera) partecipazione al processo costituzionale.

3.1. Con riferimento ai giuristi accademici in seno al collegio, un raffronto fra le tre esperienze prese in esame mostra divaricazioni assai rilevanti.

Sotto questo angolo visuale, la Corte italiana si connota senza dubbio per la maggiore compenetrazione tra dottrina e giurisdizione costituzionale.

La struttura del collegio giudicante è, come noto, doppiamente mista, nel senso che i giudici sono designati da diversi soggetti e possono essere scelti nell'ambito di diverse categorie. La Corte è composta «di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative» (art. 135, comma 1, Cost.). I giudici della Corte «sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle

---

*grafiche presenti nei commentaires delle decisioni sui* (Nouveaux) Cahiers du Conseil constitutionnel, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit., p. 373 ss. Il contributo è frutto di una ricerca empirica condotta per il periodo 2000-2014, i cui esiti sono condensati nella tavola sinottica riportata in calce al contributo (p. 380 ss.). Dai riscontri ottenuti, è emerso che le materie interessate dalle citazioni sono estremamente eterogenee; ed anche sugli autori non è dato individuare regole generali, oscillando le citazioni tra i grandi classici ed i più autorevoli tra i giuristi contemporanei.

<sup>13</sup> Lo stesso segretario generale del *Conseil*, Marc Guillaume, nel 2014, non ha mancato di relativizzare l'interesse delle citazioni, evidenziando la preparazione del commento in un momento anteriore alla decisione ed ammettendo che il numero delle citazioni dipende in buona misura dal tempo di cui si dispone per l'istruzione: in conseguenza degli stretti limiti temporali per decidere (un mese nel controllo in via preventiva e tre mesi nel giudizio sulle *questions prioritaires de constitutionnalité*), «plus la saisine est certaine, plus les références seront nombreuses si matière il y a» (cfr. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Juges constitutionnels et doctrine – France*, in *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, 2014, p. 345 ss.).

giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni d'esercizio» (art. 135, comma 2).

Nella prassi applicativa di tali disposizioni, è emerso un chiaro *favor* per i professori universitari, che, infatti, rappresentano la componente numericamente più forte nella storia della Corte, andando a coprire circa la metà del totale dei designati a partire dal 1956<sup>14</sup>.

Nell'individuazione in concreto delle personalità selezionate, l'autorevolezza ha senz'altro giocato, ma non come condizione dirimente, bensì, semmai, come requisito per la designazione. Altrimenti detto, la tendenza è stata (ed è) quella a designare alla Corte giuristi autorevoli, selezionando all'interno di un ambito considerevolmente più ampio di quello tracciato dalle personalità poi in effetti nominate o elette. Pare di potersi dire che alle dinamiche che hanno mosso questa selezione non siano state estranee considerazioni di ordine politico: sebbene rappresentino eccezioni i casi nei quali alla Corte siano giunti professori organici, per così dire, a singoli partiti, è indubbio che, specie nel caso delle elezioni parlamentari, i nominativi siano stati indicati da partiti. L'essere almeno simpatizzanti di uno dei partiti chiamati a fare proposte di designazione è, dunque, un requisito di fatto fondamentale per poter accedere al Palazzo della Consulta<sup>15</sup>.

Nonostante una siffatta «contaminazione» politica, resta comunque il fatto che la forte presenza di giudici-professori ha certamente favorito una certa osmosi tra accademia e Corte costituzionale. A rafforzare questa osmosi, in riferimento alle singole decisioni, deve poi rilevarsi che uno dei criteri solitamente individuati per descrivere la scelta presidenziale dei relatori delle singole cause è dato dalla specializzazione nella materia trattata, il che rende evidente che le pregresse ricerche scientifiche dei giudici non possano non influire, dapprima, sulla loro designazione a relatori e, poi, nell'impostazione dell'istruttoria e della decisione, ferma restando – ovviamente – la natura collegiale dell'attività e delle deliberazioni della Corte.

In Belgio, la *Cour constitutionnelle*, ai termini dell'art. 34 della legge speciale del 6 gennaio 1989, è composta da due categorie di giudici: sei sono *ex-parlamentari*, gli altri sei sono invece giuristi di professione. Per poter rientrare in questa seconda categoria, è necessario che, per almeno cinque anni, sia stata esercitata una funzione inerente all'esercizio della giurisdizione presso un organo di ultima istanza, oppure si sia svolto professionalmente l'insegnamento universitario, oppure ancora si sia rive-

---

<sup>14</sup> Per una analisi dei dati emergenti sino alla metà del 2015, v. P. PASSAGLIA, *La presenza della dottrina all'interno della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 44 ss. Si noti che, con le tre designazioni parlamentari intervenute nel mese di dicembre 2015, il numero dei giudici-professori nella storia della Corte ha raggiunto esattamente la metà del totale (55 su 110).

<sup>15</sup> Una eccezione espressa a questa «regola» può essere individuata nel Prof. Franco Modugno, eletto, lo scorso dicembre, dal Parlamento in seduta comune su indicazione del Movimento 5 Stelle. Ciò in quanto l'indicazione era conseguita ad una votazione in seno agli aderenti al Movimento, che avevano potuto scegliere nell'ambito di un elenco di personalità redatto sulla base dell'attestazione delle competenze dei «candidati», senza che il loro orientamento politico fosse preso in considerazione.

stata la qualità di assistenti (*référéndaires*) presso la Corte costituzionale. Le tre funzioni debbono essere sempre rappresentate all'interno della Corte da almeno un giudice. Combinando i criteri di designazione, emerge una certa marginalità statistica della figura del giudice costituzionale che abbia, nel passato, svolto esclusivamente funzioni universitarie. Sono, di contro, frequenti, stante soprattutto la mobilità delle carriere che caratterizza le professioni giuridiche in Belgio, i casi di giudici che siano stati *anche* professori universitari, per un periodo più o meno lungo e con un impegno a tempo parziale o a tempo pieno. Come dire che la qualifica formale, di per sé, non risulta particolarmente significativa; più proficua è, semmai, l'adozione di un punto di vista sostanziale, dal quale si è avuto modo di constatare che, quanto meno tra i giudici individuati tra i giuristi di professione, la maggior parte ha al proprio attivo «un nombre estimable de publications», salvo comunque il dover constatare che nessuno di essi sia stato scelto «en fonction de la qualité ou de la quantité de sa production doctrinale»<sup>16</sup>.

In buona sostanza, dall'esperienza belga emerge chiara la sensazione che il flusso dottrinale all'interno della Corte sia, alla fin fine, piuttosto tenue, se è vero, ad esempio, che nessuno degli attuali componenti della *Cour constitutionnelle* è definibile come un accademico «puro»: in effetti, i quattro giudici costituzionali che possono ritenersi esponenti della dottrina, al momento della nomina, svolgevano tutti l'attività universitaria a tempo parziale, in contemporanea con quella giurisdizionale<sup>17</sup>.

Più complessa, specie se si adotta una chiave di lettura diacronica, è l'analisi della composizione del *Conseil constitutionnel* francese. Ragionare sull'influenza della presenza dei giuristi teorici in un organo che non è necessariamente composto di giuristi può apparire, in effetti, un po' forzato, se non fosse che, nel corso della sua storia, una dozzina dei membri è stata nominata tra i professori ordinari in materie giuridiche. E, tra questi, figurano nomi tra i più autorevoli della scienza giuridica francese del secondo Novecento: solo per limitarsi ad alcuni esempi, possono citarsi, oltre all'eccellente René Cassin (1960-1971), i pubblicisti Marcel Waline (1962-1971), François Luchaire (1965-1974), Georges Vedel (1980-1989) ed il penalista Robert Badinter (1986-1995). Come è intuibile, il peso di questi nomi non può non avere avuto un impatto sulla giurisprudenza, sebbene l'analisi delle discussioni che hanno preceduto le decisioni dei primi lustri di attività del *Conseil*<sup>18</sup> abbia condotto ad una relativizzazione dell'importanza del ruolo dei professori, certo ascoltati in seno al collegio, ma sovente messi in minoranza al momento del voto<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Così A. RASSON-ROLAND, M. VERDUSSEN, *Juges constitutionnels et doctrine – Belgique*, in *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, 2014, p. 229 ss.

<sup>17</sup> Sul tema, v. M. VERDUSSEN, *La qualification juridique des acteurs du procès constitutionnel en Belgique*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit., p. 3 ss.

<sup>18</sup> V. *supra*, par. 2, nota 5.

<sup>19</sup> Cfr. B. MATHIEU, *Présentation générale*, in *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, cit., p. 9.

Se queste considerazioni valgono per l'andamento dei lavori del *Conseil* fino alla metà degli Anni ottanta, non pare che il periodo successivo possa prestarsi ad interpretazioni più benevole nei confronti del ruolo della dottrina. Anzi, già sul piano statistico verrebbe da prospettare una progressiva riduzione del ruolo dei giuristi accademici, in parallelo con la rarefazione delle loro nomine: dopo il 1995, infatti, non si è mai avuto più di un membro su nove che fosse un docente universitario e addirittura, tra il 2007 ed il 2013, per la prima volta dal 1960, la quota è scesa a zero<sup>20</sup>.

Ne emerge l'idea che la dottrina, almeno dall'interno, abbia avuto una influenza complessivamente piuttosto modesta sulla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*. Per meglio dire, il peso degli studiosi, anche dei più grandi, si è globalmente rivelato non dirimente nell'individuare le soluzioni giurisprudenziali; la loro influenza è stata però più distintamente avvertibile allorché si è trattato di enucleare i caratteri salienti della natura e del ruolo dell'istituzione. I due esempi che sono stati menzionati in precedenza<sup>21</sup> appaiono, sul punto, piuttosto eloquenti.

3.2. Significative sono le differenze fra le tre istituzioni prese in esame in queste pagine anche con riferimento agli altri soggetti del processo costituzionale.

Per quanto attiene alla Corte costituzionale italiana, un ruolo di rilievo è da riconoscere agli assistenti di studio dei giudici, che, dagli Anni ottanta, possono essere selezionati (non solo tra i magistrati, ma anche) dai ruoli universitari.

Gli assistenti di studio sono stati, negli ultimi due-tre decenni, un rilevante veicolo di comunicazione tra la Corte e le università. L'incarico di assistente è, infatti, affidato «a magistrati ordinari o delle giurisdizioni amministrative, a professori associati, a ricercatori e ad assistenti universitari» (art. 3, comma 1, del Regolamento dei servizi e del personale).

Questo canale di comunicazione, peraltro, pare attualmente conoscere una fase di riflusso. Deve, infatti, rilevarsi che la tendenza a chiamare come assistenti di studio personale strutturato nelle università, che soprattutto negli Anni novanta era molto forte, è andata progressivamente affievolendosi a partire dall'inizio di questo secolo, sino a rendere, non solo nettamente preponderante, ma addirittura sovrachiantante la presenza di assistenti-magistrati<sup>22</sup>.

L'inaridirsi del canale rappresentato dagli assistenti di studio non può ritenersi bilanciato dalla presenza di giuristi teorici all'interno degli uffici della Corte: all'interno degli uffici e dei servizi della Corte, deve infatti constatarsi che la penetrazione della dottrina è, tendenzialmente, assai limitata. La presenza della dottrina è veicolata principalmente da contratti di collaborazione, segnatamente con il Servizio Studi e Massimario. In particolare, dal 2004 e per un certo lasso di tempo, si è fatto ricorso

<sup>20</sup> Cfr. J.J. PARDINI, *La qualification juridique des acteurs du procès constitutionnel en France*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit., p. 13 ss.

<sup>21</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

<sup>22</sup> Al riguardo, v., *amplius*, P. PASSAGLIA, *La presenza della dottrina all'interno della Corte costituzionale italiana*, cit., p. 53 ss.

a contratti di collaborazione annuale, che hanno permesso al Servizio Studi di avvalersi di un buon numero di (relativamente giovani) studiosi, provenienti in parte dalla magistratura, ma soprattutto dalle università. Tali contratti, infatti, sono stati sovente rinnovati, anche per diversi anni, dando luogo ad una certa quale stabilità dei collaboratori. Nell'ultimo biennio, però, si è assistito ad un cambiamento di rotta, consistente nel ridurre drasticamente le collaborazioni esterne. L'obiettivo perseguito è stato (ed è) quello di rafforzare quanto più possibile le professionalità interne, con il che i contratti di collaborazione sono quindi rimasti essenzialmente per lo svolgimento di attività e ricerche specifiche (tra cui, ad esempio, quelle di ambito comparatistico ed internazionalistico).

Con riferimento alla *Cour constitutionnelle* belga, l'equivalente degli assistenti di studio è rappresentato dai *référéndaires*, cioè da figure professionali di assistenti reclutati, però, non per designazione diretta dei giudici, ma per concorso. Tra i vincitori, si annoverano vari studiosi (specialmente) di diritto costituzionale, con qualche anno di esperienza accademica; non mancano, poi, casi di *référéndaires* che svolgono, a tempo parziale, attività di insegnamento universitario: è evidente che, anche grazie a questi collaboratori, ed in particolare a coloro che più hanno o hanno avuto legami con le istituzioni universitarie, la dottrina possa agevolmente figurare tra gli elementi su cui la decisione si fonda<sup>23</sup>.

Una dimostrazione dell'importanza che agli scritti giuridici si riconosce nell'attività della *Cour constitutionnelle* viene anche dall'attenzione che è prestata al servizio di documentazione bibliografica, curato da un apposito ufficio, che si occupa sia dell'aggiornamento in generale che dell'approfondimento relativo alle tematiche oggetto di trattazione da parte della Corte.

La comunicazione tra dottrina ed apparato della giurisdizione costituzionale è, di contro, assai difficile da rintracciare con riferimento al *Conseil constitutionnel* francese, giacché al suo interno, per un verso, mancano figure assimilabili agli assistenti di studio o ai *référéndaires* e, per l'altro, le attività istruttorie sono accentrate in capo alla Segreteria generale, al Servizio giuridico ed al Servizio di documentazione, tutte strutture nelle quali la componente dottrinale è tendenzialmente assente<sup>24</sup>. Fondamentale è, segnatamente, il ruolo rivestito dal segretario generale, che dirige l'istituzione, non solo da un punto di vista amministrativo, ma anche nella preparazione delle decisioni. La scelta delle persone preposte a questa delicata funzione è quanto mai indicativa della distanza che è venuta a prodursi tra la dottrina e la struttura del *Conseil*: nonostante il *décret* n. 59-1293 del 13 novembre 1959, relativo all'organizzazione della Segreteria generale del *Conseil constitutionnel*, non specifichi le categorie di soggetti tra i quali il segretario generale può essere designato, la prassi è chiaramente nel senso di un collegamento con il *Conseil d'État*, visto che solo uno degli ot-

<sup>23</sup> V. A. RASSON-ROLAND, M. VERDUSSEN, *Juges constitutionnels et doctrine – Belgique*, cit., p. 229 ss.

<sup>24</sup> Per una analitica descrizione delle strutture interne del *Conseil constitutionnel*, v. F. JACQUELOT, *La place de la doctrine dans l'instruction devant le Conseil constitutionnel*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit., p. 69 ss.

to segretari che si sono succeduti nel corso di cinquantasette anni non era espresso da questa istituzione; l'eccezione, poi, è rappresentata da un magistrato ordinario.

Al di sotto del segretario generale, i funzionari del *Conseil constitutionnel* sono individuati al di fuori del circuito accademico, per quanto attiene sia al Servizio giuridico che al Servizio documentazione. La sola parziale eccezione è quella dei c.d. *juniors*, cioè i tre *maîtres de conférences*, due di diritto pubblico ed uno di diritto privato, reclutati per un periodo di due o tre anni, ed incaricati di fornire ausilio al Servizio giuridico nell'istruzione delle *questions prioritaires de constitutionnalité*: la stessa denominazione riservata a questi collaboratori è indicativa del ruolo subalterno da essi svolto rispetto ai tre funzionari del Servizio giuridico, tutti di estrazione extra-universitaria.

Se, dunque, di osmosi personale tra *Conseil constitutionnel* e dottrina sarebbe quanto meno improprio parlare, ciò non implica che collegamenti di altro tipo non siano identificabili. È noto che il *Conseil*, nel corso degli anni, ha sovente svolto audizioni informali, in cui ha sollecitato pareri ad esperti (anche e soprattutto accademici) su questioni giuridiche o, talvolta, di altro genere (ad esempio, relativamente a possibili ricadute economiche delle decisioni da adottare). A quanto consta, le audizioni sono però andate rarefacendosi dopo l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*, presumibilmente per l'intensificarsi del lavoro in seno all'istituzione, che ha reso più problematica l'organizzazione di sedute con esperti esterni.

Pur essendo assenti, nel contenzioso costituzionale francese, figure assimilabili agli *amici curiae*, il «pubblico» non può dirsi escluso dall'attività del *Conseil*. Ben prima che, nel quadro della *question prioritaire de constitutionnalité*, venisse formalmente riconosciuta la possibilità di inviare osservazioni per qualunque soggetto «justifiant un intérêt spécial»<sup>25</sup>, sin dal 1975 è invalsa la prassi di inviare al *Conseil* osservazioni su tematiche di interesse, facendo così pervenire punti di vista esterni per il tramite di quelle che Georges Vedel ha definito le «portes étroites»<sup>26</sup>. Il contributo della dottrina, soprattutto costituzionalistica, è stato veicolato essenzialmente attraverso questo canale comunicativo, battuto, sì, nell'interesse di determinati gruppi o soggetti della società civile che i giuristi rappresentano, ma talvolta utilizzato dai giuristi per veicolare proprie posizioni, anche eminentemente dottrinali. Tra tutti questi interventi, merita ricordare almeno la «porte étroite» percorsa da alcuni membri dell'*Association française de droit constitutionnel* in relazione alla *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*<sup>27</sup>: per quanto qui specificamente interessa, giova sottolineare come, a testimonianza del rilievo che l'intervento aveva assunto, la spendita del nome dell'Associazione sia stata oggetto di un acceso dibattito in seno al suo Consiglio d'amministrazione nella seduta del 13 giugno 2012.

<sup>25</sup> Art. 6 del regolamento interno del 4 febbraio 2010, come risultante dalla novella del 21 giugno 2011.

<sup>26</sup> Cfr. G. VEDEL, *L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite*, in *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991, p. 1.

<sup>27</sup> Cfr. X. PHILIPPE, *Amicus curiae dans l'affaire de la pénalisation de la négation du génocide arménien*, in *Constitutions*, 2012, p. 389 ss.

In generale, e non solo per il caso francese, è chiaro che la dottrina può avere uno spazio all'interno del processo costituzionale per il tramite di soggetti esterni che, professionalmente, siano nelle condizioni di partecipare come difensori di una parte o di terzi. Gli avvocati-professori possono, quindi, contribuire a dar voce alla dottrina nel momento in cui si forma il convincimento del collegio. Ciò vale, soprattutto, quando l'avvocato possa far valere direttamente i propri studi per corroborare le argomentazioni presentate, nelle quali quindi ricerca e pratica forense andranno a fondersi<sup>28</sup>.

4. La non conclusività dei riscontri forniti dalle fonti indirette e semi-dirette e, in ogni caso, l'impossibilità di cogliere dati specifici o anche solo orientamenti riferiti a singoli aspetti della giurisprudenza costituzionale rendono necessitato il rifarsi a fonti ulteriori, che agiscono a livello più specifico, senza però che possano per questo contare su un grado di verificabilità più significativo delle altre. Trattasi dei riferimenti *impliciti* a contributi dottrinali o ad autori rinvenibili nel testo delle decisioni: elementi, questi, che in astratto potrebbero davvero corroborare, qualora assistiti da risultanze empiriche, ogni discorso sui rapporti tra dottrina e giurisprudenza costituzionale. L'utilizzo del condizionale, tuttavia, è d'obbligo, giacché la ricerca di riferimenti impliciti richiede una tale conoscenza della giurisprudenza costituzionale, una lettura talmente attenta dei singoli passaggi delle decisioni ed una tale padronanza della produzione dottrinale che appare difficile individuare studiosi in grado di rintracciare riferimenti impliciti. A tutto concedere, il concorrere di queste condizioni è ipotizzabile in riferimento a piccoli frammenti dell'ordinamento giuridico. Ed infatti, esempi che possano eventualmente essere proposti non sono altro – appunto – che esempi, come tali inidonei, di per sé, a porsi come indicativi di tendenze generali.

Le ricerche che sono state condotte, anche di recente, hanno offerto alcuni risultati di notevole interesse scientifico, ma sempre nell'ottica di tratteggiare un quadro che, al di là di alcuni tratti evocativi di tendenze generali e di qualche approfondimento su specifici frammenti ordinamentali, rimane, nella sua globalità, per l'essenziale refrattario a qualunque analisi empirica compiuta<sup>29</sup>. Da queste indagini, del re-

---

<sup>28</sup> Sul ruolo degli avvocati-professori e, in generale, sul contributo degli avvocati alla penetrazione della dottrina nel processo costituzionale, in riferimento ai tre sistemi di giustizia costituzionale presi in considerazione, v. B. BRANCATI, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale per il tramite degli avvocati-professori*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit., p. 223 ss., con – in appendice – le interviste a vari esponenti della dottrina impegnati in processi di fronte alla Corte (241 ss.); L. MANISCALCO, *Les avocats dans l'expérience de la Cour constitutionnelle belge*, *ibidem*, p. 199 ss.; T. SANTOLINI, *L'utilisation de la doctrine par les avocats plaidant devant le Conseil constitutionnel*, *ibidem*, p. 215 ss.

<sup>29</sup> Sui riferimenti impliciti alla dottrina, v. A. CARDONE, *I riferimenti impliciti alla dottrina nelle decisioni della Corte costituzionale italiana: una proposta di metodo e alcuni esempi di merito*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit., p. 313 ss.; P. NIHOUL, *Les références implicites à la doctrine dans les décisions constitutionnelles: l'expérience belge*, *ibidem*, p. 277 ss.; C. SEVERINO, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *ibidem*, p. 289 ss.

sto, emerge, incontestabilmente, che, in Italia, come in Francia ed in Belgio, la dottrina è certamente una componente non trascurabile del bagaglio culturale che sorregge una qualunque decisione della giurisdizione costituzionale. E non è arduo dedurre che la sua rilevanza cresca, con ogni probabilità, al crescere della complessità della decisione da adottare e della pluralità delle opzioni tra cui scegliere. Al fondo, però, dalla prassi non emerge alcuna regola che possa descrivere in termini effettivi l'impatto della dottrina sul lavoro delle Corti (o del Consiglio). Emerge, anzi, proprio dagli studi compiuti, che i rapporti tra giurisdizione costituzionale e dottrina, specie avendo riguardo ai riferimenti impliciti, sono affidati alla soggettività degli attori interni all'istituzione ed alle dinamiche che si instaurano tra essi e nei rapporti con l'esterno. Tutti elementi, questi, che per l'osservatore esterno rendono il «non-detto» in larga misura imperscrutabile, e quindi non sottoponibile ad una analisi generale che possa ambire ad essere autenticamente scientifica.

Non essendo questa la sede per soffermarsi su questo o su quell'aspetto della giurisprudenza degli organi in esame, conviene forse trarre spunto proprio dalla necessità di far ricorso ad un elemento sdruciolevole come i riferimenti impliciti, per chiedersi quali siano i motivi che fondino (e che, eventualmente, giustifichino) l'assenza di fonti *dirette*, cioè di riferimenti espliciti alla dottrina nella giurisprudenza dei tre organi presi in considerazione.

5. Per spiegare la reticenza assoluta che si è constatata nel richiamare in maniera espressa autori e/o contributi dottrinali, la risposta più semplice, là dove possibile, è quella di addurre l'esistenza di un esplicito divieto di operare citazioni. In proposito, emblematica potrebbe apparire la disposizione dell'art. 118, comma 3, delle Disposizioni di attuazione del Codice di procedura civile, ai termini della quale «[i]n ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici».

Ad una argomentazione tanto lineare, potrebbe opporsi il fatto che è tutt'altro che scontato che la Corte costituzionale sia vincolata al disposto codicistico, giacché le previsioni di cui all'art. 22 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nell'individuare fonti ulteriori di regolamentazione del processo costituzionale, se al primo comma rinviano alla regolamentazione del processo amministrativo (che a sua volta richiama, ancora oggi, il precitato art. 118: art. 88, comma 3, del Codice del processo amministrativo), al secondo non mancano di aprire alla auto-regolamentazione da parte della Corte in via integrativa: nulla vieterebbe, dunque, stando almeno all'uso piuttosto estensivo che di tale potere la Corte ha fatto, che si sostituisse il divieto con una disposizione facoltizzante<sup>30</sup> o, addirittura, che si ritenesse puramente e semplicemente non applicabile alla giurisdizione costituzionale questo aspetto del processo civile.

Anche a prescindere da questo, certo non secondario, elemento, la vera svalutazione, ai presenti fini, dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. deriva dal suo essere, non

---

<sup>30</sup> Critico nei confronti di una tale eventualità è M. NISTICÒ, *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina giuridica in Italia. Il ruolo dei giudici-professori*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit., p. 176.



tanto la causa (della mancata citazione), quanto piuttosto un *effetto*: un effetto del rifiuto che affonda le sue radici assai più in profondità rispetto alla positivizzazione contenuta nel codice di rito.

Ben più che ad una singola disposizione, in effetti, sembra che l'esclusione di citazioni dottrinali dalle decisioni possa essere ricondotta ad una certa concezione della giurisdizione. Una concezione che, per quanto ormai inattuale, ha avuto un innegabile radicamento nei sistemi europei continentali, e segnatamente in quelli in cui l'influenza del prototipo francese è stata più forte. Il riferimento va, ovviamente, al ridimensionamento del ruolo del giudice entro i confini disegnati da una funzione meramente ripetitiva del dettato legislativo: «les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur»<sup>31</sup>.

Una siffatta impostazione implica un «automatismo» interpretativo ed applicativo che si associa ad una spersonalizzazione dei soggetti chiamati a concretizzare, nelle singole fattispecie, quei precetti che, ai termini dell'art. 6 della *Déclaration* del 1789, esprimono la «volonté générale». La spersonalizzazione in discorso ha vari riflessi, tra i quali non pare improprio annoverare un soffocamento di quelle manifestazioni dalle quali potrebbe emergere il «bagaglio culturale» del soggetto che redige la decisione: se quest'ultima deve essere il frutto del più lineare dei sillogismi, si deve ritenere che la conclusione sarebbe la stessa quale che fosse la persona chiamata ad elaborarla. Su questo presupposto, ammettere che la persona esprimesse la propria cultura individuale implicherebbe, di per sé, un rischio di soggettivizzazione della decisione, giacché si potrebbe ritenere che la soluzione finale fosse, sì, il frutto di un sillogismo, ma di un sillogismo non «necessitato», in quanto condizionato dalle personali conoscenze ed inclinazioni del giudice, e non predeterminato nel suo sviluppo da un «meccanicismo ermeneutico» innescato da determinati dati di partenza oggettivi<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. Ch.-L. DE SECONDAT MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix* (1748), Livre XI, Chapitre VI.

<sup>32</sup> Una manifestazione di tale configurazione della funzione giurisdizionale era rintracciabile, fino al maggio 2016 (quando si è avuta una riforma che ha parzialmente semplificato la struttura delle decisioni, rendendole più prossime allo schema della dissertazione) finanche in relazione alla struttura ed alla tecnica redazionale delle decisioni, funzionalizzate all'esteriorizzazione di un rigoroso ossequio alla tecnica del sillogismo giudiziale: il riferimento va, in particolar modo, allo schema che il *Conseil constitutionnel* ha mutuato, per le sue *décisions*, da quello degli *arrêts* del *Conseil d'État*, definito «vis-con-dis», contraendo i termini che connotano le tre parti della decisione (*visas*, *considérants* e *dispositif*). Nei *visas* si enunciavano le premesse fattuali e le norme giuridiche di riferimento; i *considérants* erano i paragrafi (di solito numerati) in cui la motivazione si articola e che avevano tutti il medesimo *incipit* («*Considérant que ...*») e la medesima chiusura (il punto e virgola); il *dispositif*, infine, conteneva il *decisum*. Le tre parti erano tutte composte da subordinate della proposizione principale composta dai termini «*Le Conseil constitutionnel*», che aprivano la decisione, e «*décide*», interposto tra i *considérants* ed il *dispositif*. Una struttura così rigida si presta ben poco a digressioni, anche nella forma di citazioni: la leggibilità della decisione è, infatti, fortemente dipendente dall'asciuttezza dell'argomentazione.

Alla luce del quadro teorico tratteggiato, è però evidente che, anche là dove, come nei casi della *Cour constitutionnelle* belga e della Corte italiana (a proposito della quale, peraltro, non pare irrilevante che le ordinanze seguano, in certa misura, il prototipo francese), lo stile argomentativo risulta più arioso, la citazione espressa di fonti dottrinali non abbia margini per fare il suo ingresso nella motivazione, se non a prezzo di rompere con una tradizione (formale, certo, ma pur sempre) fortemente consolidata.

In quest'ottica, non pare affatto casuale che, negli stessi ordinamenti in cui non si operano riferimenti espliciti alla dottrina, non si ammetta neppure la possibilità per singoli giudici di esprimere opinioni dissenzienti o concorrenti rispetto alla decisione del collegio. Al riguardo, la sorta di «meccanicismo ermeneutico» cui si è accennato è, ad un tempo, causa ed effetto della necessaria unicità della decisione: è causa, dal momento che l'automatismo dell'interpretazione dovrebbe condurre tutti i giudici ad identiche conclusioni, di talché una decisione che si articolasse nei singoli apporti dei membri del collegio giudicante si tradurrebbe nella iterazione dell'identico sillogismo da parte di tutti; ma il meccanicismo ermeneutico è anche, per certi versi, conseguenza della monoliticità della decisione, che accredita, di per sé, l'idea che per la soluzione di un determinato caso non esista che una possibilità (*scil.*, quella imposta dalla pronuncia delle parole della legge).

È ormai incontrovertibile (ed incontroverso) che questa visione del ruolo del giudice non sia più proponibile. E ciò vale *a fortiori* quando si faccia riferimento alla giurisdizione costituzionale: anche senza voler aderire alla posizione radicale di chi ha sostenuto che «[w]e are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is»<sup>33</sup>, la constatazione è tanto ovvia da rendere sostanzialmente superflua ogni argomentazione al riguardo.

La questione che si pone è, dunque, se, nel panorama attuale, abbia ancora un senso far derivare dal preteso (e sconfessato) meccanicismo dell'attività giurisdizionale il divieto di inserire nell'*iter* argomentativo delle decisioni i richiami a quelle opinioni ed a quegli scritti che abbiano contribuito a forgiare la cultura giuridica del decidente, a quelli sui quali egli abbia fatto leva al fine di individuare la soluzione concreta ed a quelli che, viceversa, siano stati ritenuti non appropriati e dunque siano stati superati o contestati.

Così posta la questione, argomenti in favore delle citazioni espresse non sarebbero difficili da rintracciare, ad esempio, nell'opportunità di garantire esigenze di chiarezza e di trasparenza della motivazione e dei presupposti delle decisioni, con quanto da ciò potrebbe ricavarsi – almeno potenzialmente – in termini di comunicazione tra l'istituzione e l'opinione pubblica (nella specie, soprattutto la comunità dei giuristi) e quindi, in ultima analisi, anche in termini di legittimazione dell'istituzione stessa.

È indubbio, però, che ai benefici farebbero da contrappunto talune difficoltà che sarebbe improprio trascurare. Sempre a titolo meramente esemplificativo, potrebbe addursi il rischio di vedere strumentalizzate determinate citazioni, per tacere di un possibile indebolimento dell'*auctoritas* di una decisione che potrebbe conseguire dalla citazione di certi contributi e/o dall'omissione di certi altri. Anche volendo mantenere il discorso sul piano puramente concreto, è evidente che il rendere possibili le citazioni comporterebbe il rischio di percepire la carenza di richiami alla stregua di espressioni di incompiutezza delle fonti utilizzate per il formarsi del convin-

---

<sup>33</sup> L'espressione è mutuata da Charles Evans Hughes, uomo politico destinato a diventare *Chief Justice* statunitense, che la pronunciò in un discorso presso la *Chamber of Commerce* di Elmira (New York) del 3 maggio 1907 (in *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908, 1908, 139*).

cimento del collegio. Per tal via, si produrrebbe, allora, un inevitabile aggravio nel lavoro dei giudici (con correlate ripercussioni sui tempi di giudizio), ai quali verrebbe chiesto di scandagliare una produzione dottrinale che, specie in taluni campi, è estremamente vasta e che mal di presta a selezioni, nella misura in cui è reale il pericolo che queste siano percepite come arbitrarie: l'esistenza di un apparato servente, in taluni casi anche piuttosto corposo (si pensi alla Corte italiana), composto in buona misura da giuristi qualificati, potrebbe attenuare questi inconvenienti pratici, ma non potrebbe, presumibilmente, annichilirli.

Deve peraltro ammettersi che l'enucleare i *pro* ed i *contra* di un eventuale passaggio ad un sistema di citazioni dottrinali esplicite, per quanto indubbiamente interessante, rischia di rivelarsi un esercizio piuttosto sterile: anche superando il divieto – legislativo o consuetudinario che sia – di citazione, è, infatti, tutt'altro che scontato che, *nei fatti*, le giurisdizioni costituzionali procederebbero a richiamare espressamente le fonti dottrinali utilizzate.

L'asserzione traduce nulla più che una sensazione, la quale, però, sembra che non sia del tutto scevra di argomenti a sostegno tratti da esperienze concrete. Un riferimento in tal senso particolarmente probante è quello al caso spagnolo. Pur rientrando, senza dubbio, nella famiglia dei sistemi di *civil law*, la Spagna presenta alcune peculiarità non trascurabili relativamente alle forme attraverso cui si estrinseca la funzione giurisdizionale. Storicamente, infatti, finanche la regola dell'unicità della decisione non trova riscontri in quell'ordinamento, nel quale si è invece radicata, a seguito di quanto disposto con l'Ordinanza di Medina del 1489, la prassi dei c.d. «votos reservados», cioè di decisioni recanti l'esposizione degli orientamenti individuali, che erano però destinati a restare «riservati», a meno che la decisione non fosse oggetto di impugnazione, nel qual caso i «voti» perdevano la loro riservatezza per essere comunicati a giudici e parti. A questo sistema si era derogato, negli Anni trenta del Novecento, in occasione dell'istituzione del *Tribunal de Garantías Constitucionales*, per il quale si era prevista l'introduzione dell'opinione dissenziente. Riprendendo questo precedente, l'art. 164 della Costituzione del 1978 ha stabilito che «le sentenze del Tribunale costituzionale saranno pubblicate sul Bollettino ufficiale dello Stato, unitamente ai voti particolari, ove espressi».

Ora, il riconoscimento dei *votos particulares* (ma anche dei *votos reservados*) è un indice chiaro del rifiuto della spersonalizzazione che connota le tre esperienze che sono state qui prese specificamente in considerazione. Ed in quest'ottica non stupisce che nulla faccia divieto al *Tribunal Constitucional* di operare richiami espressi alla dottrina. L'aspetto più interessante è, però, quello della prassi, che vede un utilizzo estremamente parco della facoltà di citare, al punto che si è potuta prospettare una tendenziale assimilazione, nell'uso della dottrina, tra il giudice costituzionale spagnolo e quelli di Francia e Belgio<sup>34</sup>. Tanto basta, probabilmente, per relativizzare

---

<sup>34</sup> Cfr. P. PASSAGLIA, S. RAGONE, *Un attore lontano dalle luci della ribalta: la dottrina nella giurisprudenza costituzionale di Belgio, Francia e Spagna*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. VI, Napoli, 2015, p. 63 ss.

in misura significativa l'impatto del diritto o della tradizione contrari alla citazione sull'approccio che le giurisdizioni costituzionali adottano nei confronti dei contributi dottrinali: se l'elemento dirimente non è il divieto di citazione, per spiegare l'assenza di riferimenti espressi – un'assenza che è attuale, ma che, presumibilmente, sarebbe anche potenziale, qualora i divieti venissero meno – è dunque necessario rivolgere altrove la ricerca.

6. Giunti a questo punto, è d'uopo ammettere che gli esiti della ricerca condotta sono lungi dal potersi dire appaganti, non foss'altro per l'assenza del connotato di scientificità dei riscontri ottenuti.

In buona sostanza, sembra che ci si debba rassegnare a confermare un esito «già scritto» – l'assenza di riscontri *certi* in merito all'impatto della dottrina sull'attività della giurisdizione costituzionale – senza poter addurre elementi ulteriori, dotati di un grado di affidabilità oggettiva almeno accettabile, che permettano di far luce sui rapporti tra accademia e giudici.

Il carattere non conclusivo delle risultanze ottenute è emerso pienamente proprio nel momento in cui nessuna indicazione probante si è potuta proporre per orientarsi in riferimento alle reali motivazioni che sostengano l'opinione contraria alla citazione di contributi dottrinali.

Il sostanziale scacco con cui la ricerca termina può forse giustificare, quasi in guisa di appendice, qualche breve osservazione che prescindendo dal rigoroso ossequio ai canoni di verificabilità empirica che hanno animato gli intendimenti iniziali e che hanno alimentato le fasi operative. A chiusura di questo contributo, si propone, dunque, non una conclusione, ma piuttosto una *sensazione*.

Nel cercare di tratteggiare i rapporti tra dottrina e giurisdizione costituzionale, è emersa in modo sempre più definito l'esistenza di una duplicità di piani sui quali l'indagine poteva muoversi: un piano per così dire «ufficiale» ed un piano «informale», in cui a pesare è soprattutto ciò che non è esplicitato, ma solo sottinteso (e, magari, suggerito).

È sul piano «ufficiale» che ci si è sforzati di operare fin qui: non si dava, del resto, una scelta alternativa, se non a prezzo di rinunciare *ab initio* ad addivenire a risultati che potessero ambire ad essere dimostrabili. Ma proprio questa scelta ha condotto alla situazione di difficoltà (per usare un eufemismo) di coniugare, per un verso, l'attenzione a tener viva la comunicazione tra la giurisdizione costituzionale e la comunità scientifica, sul presupposto dell'importanza di quest'ultima per lo sviluppo della giurisprudenza della Corte (o del Consiglio), e, per l'altro, il completo rifiuto di dar conto di questa importanza attraverso una sua esplicitazione. Un rifiuto tanto netto da valere, non solo per spiegare il presente, ma finanche per disegnare, con buona approssimazione, scenari ipotetici per il futuro.

Ora, è incontestabile che la dottrina giuridica svolga un ruolo non secondario nella vita della giurisdizione costituzionale. Le basi teoriche, fornite evidentemente dalla dottrina, sono irrinunciabili in sede di istruzione delle cause e di impostazione delle decisioni: il riconoscimento di questo ruolo è diffuso e viene dichiarato anche

dall'interno delle giurisdizioni costituzionali<sup>35</sup>. Parimenti rilevanti, «a valle» dell'*iter* decisorio, sono i commenti alle decisioni, che sono sempre più esplicitamente individuati come una componente essenziale nella formazione dell'opinione giuridica in riferimento alle singole questioni trattate in sede giurisdizionale<sup>36</sup>.

Queste attestazioni del ruolo della dottrina non debbono far velo rispetto all'avvertita chiara demarcazione sussistente tra teoria e *jurisdictio*, una demarcazione che si traduce nel costante rimarcare, da parte dei giudici costituzionali, l'impossibilità di applicare *sic et simpliciter* gli schemi concettuali dei giuristi teorici: il confrontarsi con casi della vita (in sede di sindacato concreto) o, comunque, con l'imprescindibilità di una valutazione dell'impatto delle proprie decisioni impone scelte che non sempre possono rappresentare concretizzazioni coerenti di elaborazioni astratte. In questo iato si annida una certa «diffidenza» nei confronti della dottrina, soprattutto in relazione a come le decisioni verranno accolte. Una diffidenza nella quale confluiscono un qualche «timore» (di non essere compresi) ed un certo «fastidio» (quando non si avverte l'avvenuto esperimento, da parte dei commentatori, di un effettivo tentativo di comprendere).

Siffatte barriere alla comunicazione tra giurisdizione costituzionale ed accademia restano, generalmente, inesprese o, al più, semplicemente evocate; non per questo, però, il loro impatto è da trascurare. L'assenza di esempi recenti di contrapposizione manifesta<sup>37</sup> non sembra che possa essere interpretata come il segno del venir meno delle distanze<sup>38</sup>, perché queste distanze sono strutturali: la tendenza ad enfatizzare il dialogo tra le componenti agevola la reciproca comprensione, ma non annichisce una divaricazione che si misura nei termini delle diversità di approccio alle questioni, di percezione della drammaticità di certe scelte e di ineluttabilità di determinati

---

<sup>35</sup> Al riguardo, può rinviarsi, per l'esperienza belga, a P. NIHOUL, *Les références implicites à la doctrine dans les décisions constitutionnelles*, cit., p. 277 ss., mentre, per il caso italiano, v. M. NISTICÒ, *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina giuridica in Italia*, cit., p. 157 ss., e le interviste a giudici costituzionali, in carica o emeriti, riportate in calce al contributo (p. 179 ss.).

<sup>36</sup> In proposito, emblematica è la predisposizione, sul sito *web* del *Conseil constitutionnel*, di una documentazione riguardante le «[r]éférences doctrinales» collegate alle singole decisioni rese (*recte*, alle decisioni per le quali commenti siano effettivamente rintracciati). Merita segnalare, nella stessa logica, il recente inserimento sul sito della Corte costituzionale italiana di una sezione dedicata alla «[d]ottrina a commento», in cui viene trasfuso un *database* contenente i contributi comparsi su riviste giuridiche che trattino specificamente decisioni della Corte; su questo *database* è anche possibile svolgere ricerche, per numero ed anno della decisione, per autore, per titolo del contributo o per rivista: v. [www.cortecostituzionale.it/actionNoteSentenza.do](http://www.cortecostituzionale.it/actionNoteSentenza.do).

<sup>37</sup> Il riferimento forse più emblematico è quello alle critiche mosse dall'allora presidente della Corte costituzionale, Giuseppe Branca, nei confronti della dottrina: cfr. G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in *Foro it.*, 1970, V, c. 17 ss., e ID., *Chiosa a chiusa, ibidem*, V, c. 145 ss.

<sup>38</sup> Una valutazione non del tutto congruente è espressa da D. TEGA, *La dottrina come amica curiae. L'esperienza della Corte costituzionale italiana*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit., p. 105, la quale rileva che «l'atteggiamento mentale della Corte costituzionale [...] è di apertura nei confronti della dottrina di cui è ben consapevole di avere bisogno: sono infatti lontani i tempi delle repliche stizzite del Presidente Branca alle critiche avanzate da alcuni studiosi»; se sulla prima parte del brano citato non può non concordarsi, qualche riserva sulla seconda verrà espressa di seguito, nel testo.

compromessi. Come dire che la comunicazione tra giurisdizione costituzionale e dottrina viene ricercata, in quanto avvertita come necessaria, ma viene al contempo schermata dalle differenze di angoli visuali e di prospettive da cui si osservano le questioni.

Si instaura, allora, un rapporto non scevro di ambiguità, in cui alle evidenti manifestazioni di vicinanza si associano costantemente riserve e rivendicazioni di alterità da parte delle giurisdizioni costituzionali. Ne discendono oscillazioni e, talvolta, finanche incomprensioni, spiegabili principalmente proprio con la diversità dei piani in cui i due protagonisti si pongono e con i fraintendimenti che le difficoltà di comunicazione ingenerano. E così, anche di fronte alle attestazioni dell'importanza della dottrina per il lavoro dei giudici costituzionali, la sensazione è che un'ambivalenza di fondo sussista. Un'ambivalenza che, in una sinestesia iperbolica, evoca, in qualche modo, il titolo di una famosa canzone di Serge Gainsbourg: *Je t'aime ... moi non plus*.

---

## GIUDICI “PROFESSORI” NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE DELL’AREA DI LINGUA TEDESCA: I CASI DI GERMANIA E AUSTRIA

---

MARTINA TRETTEL

SOMMARIO: 1. Introduzione: oggetto e struttura dell’indagine. – 2. Metodo di utilizzo della dottrina nella giurisprudenza costituzionale di Austria e Germania: una chiave di lettura. – 3. Elaborazione e valutazione dei dati raccolti. – 3.1. Il caso austriaco. – 3.2. Il caso tedesco. – 4. I modelli di giustizia costituzionale di Austria e Germania: quale influenza sulle evidenze raccolte? – 4.1. Modalità di selezione dei membri e composizione delle Corti costituzionali. – 4.2. Caratteristiche e modalità operative del mandato di giudice costituzionale. – 5. Proposte di lettura ed interpretazione. – 6. Brevi riflessioni conclusive.

1. Uno degli obiettivi centrali della scienza costituzional-comparatistica consiste nel declinare la teoria dei formanti nel contesto delle dinamiche degli ordinamenti costituzionali, indagandone le implicazioni e le ricadute pratiche, con il fine ultimo di comprendere quali relazioni intercorrano tra la componente legislativa, giurisprudenziale e dottrinale del sistema<sup>1</sup>. A tal fine la ricerca Prin “Corti, dottrina e società inclusiva: l’impatto dei formanti dottrinali sulle corti di vertice”, i cui risultati intermedi sono già stati presentati nell’anno 2015 nell’Annuario di Diritto Comparato e Studi Legislativi<sup>2</sup>, ha inteso verificare e ricostruire il rapporto che lega il formante dottrinale a quello giurisprudenziale, con particolare riferimento all’operare delle

---

<sup>1</sup> Sulla teoria dei formanti, così come declinata in termini costituzionali, si invita a consultare P. LUCIO, A. RINELLA, *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, 2013, pp. 38-48 e R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2006, p. 56 ss. Come noto, la teoria dei formanti viene elaborata da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1997, p. 43 ss., al fine di «indicare i diversi insiemi di regole e proposizioni che, nell’ambito dell’ordinamento, contribuiscono a generare l’ordine giuridico del gruppo. Negli ordinamenti contemporanei, i formanti principali sono la legge, la dottrina e la giurisprudenza; vale a dire l’insieme delle disposizioni adottate dal legislativo; l’insieme delle opinioni espresse dai dottori della legge; l’insieme delle decisioni dei giudici». Cfr. anche L. PEGORARO, *Esiste un “diritto” a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull’(ab)uso della parola “diritto”)*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, vol. 5/6, 2010, n. 14.

<sup>2</sup> Si tratta dell’approfondimento monografico dedicato alla ricerca dall’*Ann. Dir. Comp. St. Leg.*, Napoli, 2015.

giurisdizioni costituzionali, rispetto a tutti (o quasi) gli ordinamenti giuridici mondiali. Per quanto questa analisi rappresenti un *unicum* nel panorama scientifico, in dottrina già si era rilevata la centralità dell'interazione tra i due formanti di cui qui si scrive<sup>3</sup>. A questo proposito, le parole di Bognetti sono rivelatorie, pur limitandosi a una lettura monodirezionale del rapporto che lega le due componenti dell'ordinamento costituzionale:

Un discorso a parte merita l'attività di quello speciale "formante" degli ordinamenti giuridici che è la dottrina, la quale interpreta le norme costituzionali del sistema nazionale al fine di suggerire le soluzioni migliori che le Corti dell'ordinamento (e in particolare quella costituzionale) dovrebbero adottare nella decisione dei casi concreti a loro sottoposti (e anche al fine di influire eventualmente sulle prassi degli organi costituzionali politici)<sup>4</sup>.

Evidenziatosi il valore scientifico della ricerca nel panorama del diritto comparato, e venendo ai contenuti specifici del contributo, ci si focalizzerà in questa sede – come si può evincere già dal titolo – sugli ordinamenti tedesco ed austriaco. Con riferimento ai rispettivi sistemi di giustizia costituzionale, è importante rilevare la funzione di "modello" che i due tribunali costituzionali esercitano, per origini storiche, composizione, autorevolezza sulle Corti costituzionali, sulla dottrina e sull'elaborazione di soluzioni istituzionali adottate in altri ordinamenti<sup>5</sup>. Emblematiche a tal riguardo sono, ad esempio, le problematiche che attengono alla relativa realtà ordinamentale, ma che sono comuni anche ad altri Stati e che si sono variamente imposte per circolazione: l'articolazione federale del potere politico, la tutela dei diritti fondamentali, nonché, più di recente, i rapporti tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea.

Dati i propositi della ricerca e la funzione di "modello" dei tribunali costituzionali degli ordinamenti in esame, l'obiettivo generale dello studio è consistito nel valutare quale uso della dottrina abbiano fatto i giudici costituzionali tedeschi e austriaci nelle pronunce adottate tra il 2009 e il 2013. Un'analisi quantitativa (e qualitativa) di

---

<sup>3</sup> Cfr. C. BASSU, *Comparazione giuridica e diritto giurisprudenziale. L'esperienza delle Corti di vertice di Australia e Nuova Zelanda*, Roma, 2013, pp. 10-11 che rileva a questo proposito: «Fino a ora, i numerosi studi in materia di sono soffermati prevalentemente sulla circolazione della giurisprudenza tra le diverse Corti, ma prende piede anche l'interesse sul ruolo della dottrina e del formante normativo che – a monte – influiscono sulla formazione degli interpreti del diritto [...], risultando altresì in rimandi espliciti o impliciti contenuti nelle sentenze». Si rinvia anche a G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, p. 140, quando sostiene che «si può riconoscere che quando una Corte si apre verso l'esterno non solo si rivolge alla giurisprudenza di altra o di altre corti costituzionali ma, in genere, coinvolge nella sua ricostruzione disposizioni costituzionali, diritto internazionale convenzionale, giurisprudenza statale e internazionale. In certi casi si aggiunge il ricorso alla dottrina».

<sup>4</sup> Così nelle parole di G. BOGNETTI, *L'oggetto e il metodo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (eds.), *Diritto Costituzionale Comparato*, Bari, 2009, p. 19.

<sup>5</sup> Cfr. per tutti A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, pp. 28 ss. e G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, 1994, p. 74.



questo specifico fenomeno è già contenuta in un precedente contributo, e – in questa sede – se ne fornirà un breve sunto (par. 2)<sup>6</sup>.

Per questa ragione, e per le evidenze emerse dai dati raccolti si intende qui seguire un percorso di analisi differente, non focalizzato sulle modalità che generalmente interessano le citazioni dottrinarie dei giudici costituzionali, ma in cui si volge lo sguardo ad uno specifico aspetto, che attiene ai riferimenti che i giudici costituzionali effettuano – nel contesto delle pronunce – ad opere i cui autori sono (o sono stati) a loro volta anche membri delle stesse Corti costituzionali.

Innanzitutto ci si chiede se questo sia un fenomeno rilevabile e, qualora le evidenze raccolte permettano di fornire una risposta affermativa, in che misura influisca sul totale delle citazioni dottrinarie contenute nelle sentenze analizzate.

I giudici costituzionali, infatti, sono spesso al medesimo tempo illustri accademici, autori di opere di dottrina di valore scientifico, suscettibili di essere citati nelle decisioni delle Corti di cui essi stessi sono membri. È da siffatta considerazione che affiora l'idea di intraprendere questo specifico percorso di ricerca, dandosi conto in questa sede dei risultati emersi (par. 3). In altre parole, interessa rilevare se la qualifica di “accademico”, che accompagna diversi giudici che compongono gli organici delle corti costituzionali, abbia un qualche impatto – misurabile in termini quantitativi – sullo sviluppo della relativa giurisprudenza. Per valutare tale elemento, si andranno ad analizzare tutti i riferimenti dottrinari raccolti tra quelli esplicitamente espressi nel *corpus* delle pronunce, cercando di individuare se, e in quale misura, i giudici facciano riferimento ad opere i cui autori sono stati in passato membri della Corte costituzionale o di cui siano autori gli stessi giudici costituzionali “reggenti”

Con riferimento alle modalità di raccolta dei dati e alla metodologia analitica adottata, si tiene a sottolineare come ricerche di tale foggia siano enormemente agevolate dal ricorso dei giudici a riferimenti espliciti nel testo delle sentenze – come accade per l'appunto in Austria e in Germania – laddove, mettendo in parte “a nudo” il proprio *reasoning* giuridico, facilitano l'emersione di quei fattori che hanno portato ad una determinata pronuncia. Detto ciò, si tenga comunque presente che anche nei sistemi di giustizia costituzionale dove per prassi o divieto espresso non sono ammessi riferimenti espliciti nelle pronunce, si deve comunque considerare che «dietro ogni parola di un giudice ci sono letture e c'è una cultura»<sup>7</sup>. Di conseguenza, sarebbe “teoricamente” possibile replicare lo stesso percorso di analisi anche rispetto a sistemi che presentino questa peculiarità, per quanto non si nega come tale operazione diverrebbe “tecnicamente” oltremodo più complessa quanto alla sua trasposizione pratica<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> F. PALERMO, M. TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo “vivente” in Germania e Austria*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, Napoli, pp. 285-311.

<sup>7</sup> Queste le parole di L. PEGORARO, *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, cit., p. 7.

<sup>8</sup> Per approfondire gli ordinamenti in cui non si cita si vedano M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della*

Si potrebbe a questo punto obiettare, rispetto all'impronta metodologica che si intende conferire alla ricerca, come quest'ultima risulti profondamente influenzata – e forse nei suoi esiti addirittura pre-determinata – dalla struttura istituzionale dei sistemi di giustizia costituzionale. Ciò in particolare per quanto concerne le modalità di selezione dei giudici, la composizione degli organi, la tipologia e la durata del mandato ed, infine, i meccanismi di adozione delle decisioni. Si condivide tale obiezione, e anzi si accetta senza riserve il fatto per cui i riferimenti ad opere di paternità dei giudici costituzionali possa senz'altro ricondursi alla formazione dei giudici e alla professione che esercitano al momento della nomina, e dunque a quali soggetti possano *ex lege* assurgere alla carica di membro della Corte costituzionale. Sulla stessa scia, è anche ragionevolmente fondata l'ipotesi per cui le caratteristiche tecniche impresse al mandato di giudice costituzionale – sia esso considerato come “primario” o “secondario”, ovvero assuma carattere “permanente” o “periodico”, incidano sensibilmente sul ricorso a citazioni di dottrina ad opera dei giudici costituzionali.

Al fine di dare la giusta rilevanza all'impatto di tali elementi sugli esiti della ricerca, si incroceranno (par. 5) i risultati quantitativi emersi dalla raccolta dei dati con la cornice giuridica e istituzionale che configura il modello e le modalità di funzionamento dei due tribunali costituzionali (esposta nel par. 4), suggerendo altresì percorsi di lettura ed interpretazione del suddetto fenomeno.

Si chiude questa introduzione rilevando come la ricerca costituisca altresì una sotto-categoria della più ampia questione riferita alla provenienza – nazionale o straniera – della dottrina citata dai giudici costituzionali<sup>9</sup>. Su questo aspetto già si è accertato che nei casi austriaco e tedesco i riferimenti dottrinali coincidono, per la maggior parte, con opere di dottrina interna. Infatti, in termini generali, e a differenza di quanto accade nella maggior parte degli ordinamenti studiati nella ricerca Prin, gli organi di giustizia costituzionale, non ritengono necessario guardare al di fuori dei propri confini per individuare valide risposte a problemi di compatibilità costituzionale. Si servono infatti di quei «lavori scientifici di taglio dogmatico/interno» per supportare le proprie risoluzioni, contrastando, per l'appunto, con la

---

*giurisprudenza inglese* e P. PASSAGLIA, S. RAGONE, *Un attore lontano dalle luci della ribalta: la dottrina nella giurisprudenza costituzionale di Belgio, Francia e Spagna*, entrambi in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, rispettivamente pp. 25-42 e pp. 63-88. Inoltre, l'idea per cui la “non citazione” nasconda comunque numerosi riferimenti incrociati bene viene riassunta da V.C. JACKSON, *Comparative Constitutional Law: methodologies*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 59, quando rileva come: «Quantitative studies have sought to focus on the behavior of particular national constitutional courts in referring to transnational sources of law, how often the court refers to foreign law as compared to international law, or on the influence of particular courts in the jurisprudence of other countries. As its most sophisticated practitioners recognize, such studies provide only a partial and potentially misleading guide to influence; courts may be influenced by ideas from foreign or international legal systems without acknowledging the debt by citation. Both silent dialogues and prudential silences may result in non-citation of foreign material of which judges were aware and which influenced decision».

<sup>9</sup> L. PEGORARO, *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza*, cit., p. 13, che evidenzia quale uno degli elementi di interesse della ricerca l'apertura dei giudici anche alla dottrina straniera.

generale tendenza di ricorrere a pensieri dottrinari generali e astratti, anche stranieri, per dare soluzioni a problemi comuni<sup>10</sup>. Appurato che le corti in questione operano per lo più riferimenti a dottrina nazionale, interessa comprendere se quella che potremmo definire come una “chiusura verso l’interno”, sia acuita da un – più o meno frequente – richiamo ad opere dottrinarie a firma dei giudici costituzionali stessi.

2. Ripercorrendo il percorso di raccolta ed elaborazione dei dati generali secondo il descritto approccio metodologico-comparativo, l’analisi delle sentenze ha preso in considerazione un quinquennio (2009-2013) di attività dei due tribunali costituzionali qui in esame, procedendo alla disamina di tutte le decisioni, ad esclusione di quelle emesse a seguito di ricorsi diretti individuali<sup>11</sup>. Il campione delle sentenze analizzate è funzionale a vagliare la presenza di richiami dottrinari in ogni decisione senza escludere o distinguere tra pronunce di rito o di merito, tra sentenze o ordinanze. Per ogni sentenza sono stati registrati i seguenti dati: anno, numero di ruolo della sentenza, composizione del collegio che ha adottato la sentenza, modalità di accesso alla Corte, eventuale citazione e natura implicita o esplicita della medesima, autore e opera (titolo, anno e numero di pagina) oggetto della citazione, tipologia di opera citata, materia della causa, eventuale opinione dissenziente, autore e opera oggetto della citazione nell’opinione dissenziente, tipologia di opera oggetto della citazione nell’opinione dissenziente.

Per quanto riguarda la Germania, e dunque la tendenza del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) a effettuare riferimenti espressi a dottrina<sup>12</sup>, è interessante notare come il rapporto tra le sentenze analizzate per ciascun anno e il numero di sentenze con citazioni non configuri un trend costante nel corso del quinquennio preso in esame (fig. 1). Se, infatti, nel 2010 e nel 2012 le pronunce che contengono citazioni sono circa il 50% del totale, nel 2013 si riducono al 10 %. Anche i valori assoluti incuriosiscono, se si nota che il numero di pronunce con citazioni cala bruscamente da 22 (nel 2012) a 4 (nel 2013).

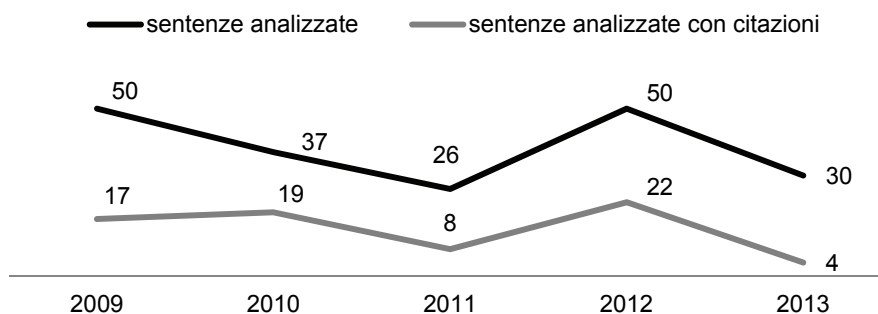
---

<sup>10</sup> L. PEGORARO, *op. ult. cit.*, p. 23.

<sup>11</sup> Si rammenta nuovamente che il paragrafo costituisce un sunto del contributo: F. PALERMO, M. TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo “vivente”*, cit., in cui si fornisce un’analisi esaustiva dei dati raccolti.

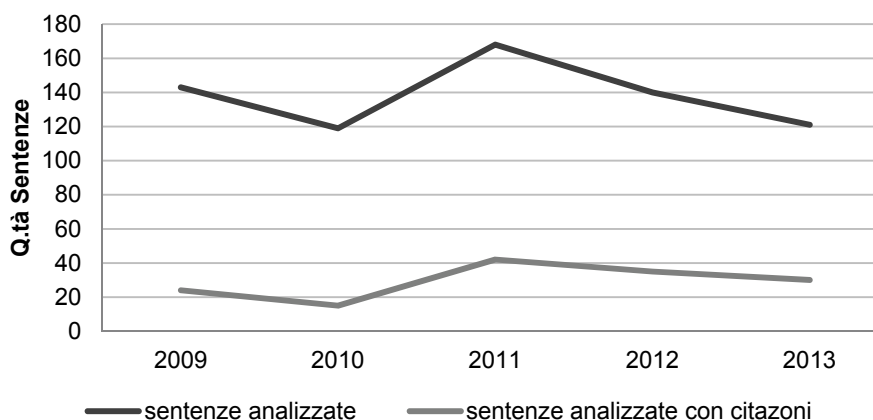
<sup>12</sup> Si noti come gli espliciti riferimenti alla dottrina, siano effettuati direttamente nel corpo delle decisioni adottate e non in note a piè di pagina. Inoltre, i riferimenti non consistono in puntuali citazioni dirette della dottrina, bensì includono dei riferimenti alle fonti che lo contengono, posti a conclusione dei paragrafi delle pronunce – collocati graficamente tra parentesi.

Figura 1. – Germania: Andamento sentenze e citazioni 2009-2013, elaborazione propria



Analizzando lo stesso dato, rispetto al caso del *Verfassungsgerichtshof* austriaco (VfGH), risulta come tra il totale delle sentenze analizzate nel corso della ricerca e quelle in cui intervengono riferimenti dottrinari intercorre un rapporto costante. Come si evince dalla Figura 2, infatti, le sentenze che contengono citazioni si riducono al diminuire del totale delle pronunce e, all'opposto, aumentano al loro aumentare. Valutando l'andamento del grafico, si può altresì osservare che le sentenze con citazioni sono circa il 25% delle sentenze totali; ciò è valido ad eccezione del 2010, in cui le pronunce con riferimenti alla dottrina si riducono a rappresentare il 10% del totale.

Figura 2. – Austria: Andamento sentenze e citazioni 2009-2013, elaborazione propria



Da un primo raffronto comparato tra questi dati, emerge come il BVerfG effettui con molta più frequenza del VfGH riferimenti dottrinari espressi nel *corpus* delle pronunce, per quanto – in entrambi i casi – le citazioni dottrinarie tratte da opere di commento siano preponderanti sulle citazioni ricavate da opere appartenenti a tutti

gli altri “stili dottrinari” cui nel complesso si fa riferimento (manuali, monografie, articoli, saggi ed altro; cfr. Figure 3 e 4).

Figura 3. – *Germania: Analisi delle citazioni per tipologia di opera, elaborazione propria*

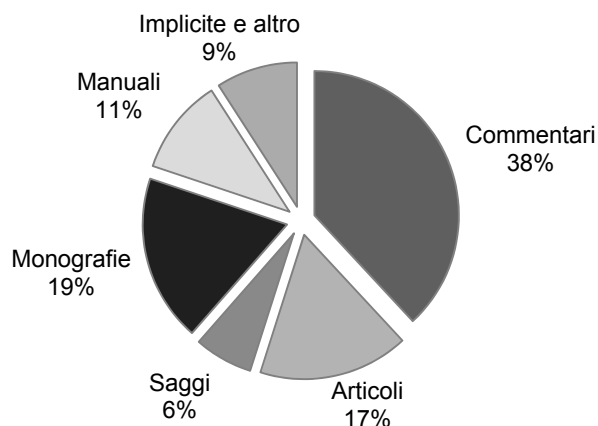
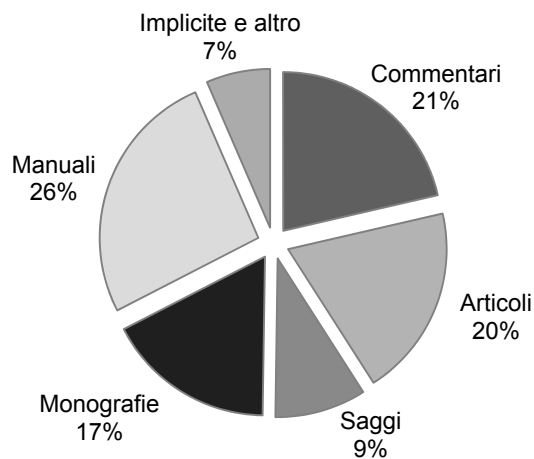


Figura 4. – *Austria: Analisi delle citazioni per tipologia di opera, elaborazione propria*



Da questa breve disamina, è possibile affermare come, in questi due ordinamenti la compenetrazione tra il formante dottrinario e quello giurisprudenziale sia un fenomeno verificabile e, soprattutto, misurabile consentendo altresì di concludere come i giudici costituzionali di questi due paesi nutrano una forte considerazione verso la dottrina giuridica.

Molte possono essere le ragioni che portano i giudici a fare ricorso a riferimenti dottrinari espliciti, ma il solo esistere del fenomeno consente di dedurre che i tribunali costituzionali – custodi del potere di garantire il rispetto della costituzione e dell’ordine costituzionale – ricorrono, in particolare nelle decisioni che presentano aspetti di rottura e di innovazione rispetto allo sviluppo del ordinamento giuridico, allo strumento della citazione dottrinaria per non limitarsi a dare un’interpretazione della costituzione in senso puramente testuale (interpretazione letterale del testo della costituzione) o “intenzionalistico” (il testo costituzionale secondo le intenzioni dei costituenti). Di conseguenza, i giudici, attraverso i riferimenti dottrinari, mirano a dare maggiore legittimazione alle proprie decisioni, soprattutto nei casi in cui la discrezionalità del giudice arbitro si estende a tal punto da divenire la discrezionalità del giudice “politico”<sup>13</sup>.

Ciò è in gran parte ascrivibile al ruolo assai peculiare che il “genere letterario” del commentario rappresenta in questi ordinamenti e che lo rende, di conseguenza, il “tipo dottrinario” più diffusamente citato.

Infatti la preponderanza di riferimenti ad opere di commento, consente – forse – di svelare la presenza di un crittotipo<sup>14</sup>, ovvero di una regola implicita relativa all’utilizzo della dottrina, che l’operatore applica ma non formula, e della cui consapevolezza da parte dell’operatore non si può essere del tutto certi<sup>15</sup>. Il crittotipo di cui qui si tratta riguarderebbe il nesso, apparentemente paradossale, tra la tradizione positivista degli ordinamenti in esame<sup>16</sup> e il complessivamente frequente ricorso alla citazione dottrinaria nelle pronunce degli organi di giustizia costituzionale. In realtà tale nesso è tutt’altro che incoerente, solo se si rammenta l’origine pandettistica della dottrina (anche pubblicistica) di area germanica<sup>17</sup>. Di particolare interesse per questa scuola giuridica era infatti l’idea per cui il metodo concettuale dischiudeva verso una giurisprudenza costruttiva, tesa a generare nuovi concetti, e quindi nuove regole, da concetti precedentemente inseriti nel sistema (la cosiddetta piramide sistematica)<sup>18</sup>. L’influenza della pan-

---

<sup>13</sup> Sul ruolo dei giudici e delle Corti costituzionali oggi si veda: *Ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*, Pubblicazioni della Corte costituzionale, 2003, disponibile al link: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi\\_presidente/Chieppa\\_confstampa30052003.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Chieppa_confstampa30052003.pdf) (29 marzo 2016).

<sup>14</sup> Nel senso inteso da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., *passim*.

<sup>15</sup> *Ex plurimis*, P. LUCIO, A. RINELLA, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 43 ss.

<sup>16</sup> Fino al punto di diventare parte del dettato costituzionale, come nel caso dell’art. 19 c. 1 GG, che prevede che limitazioni dei diritti fondamentali possano avvenire solo attraverso una legge che “richiami l’articolo”, il che indica come non esistano diritti che non siano positivizzati nell’articolato della costituzione. Va ricordato che in Germania non esiste la categoria delle leggi costituzionali, perché non esiste diritto costituzionale al di fuori della Legge fondamentale. In Austria la situazione è assai diversa, essendo invece le leggi costituzionali (e le singole disposizioni di rango costituzionale all’interno delle leggi ordinarie) estremamente diffuse, anche se la tradizione positivista è estremamente radicata, a partire dalla dottrina kelseniana.

<sup>17</sup> A. GUARNIERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, 2012, pp. 163-193.

<sup>18</sup> Cfr. su questi aspetti in particolare N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, vol. 3, 2004, p. 646 ss. e K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1970, *passim*.

dettistica, laddove pone la priorità della dottrina sulla pratica, e del professore sul giudice, si riflette soprattutto sull'uso dei commentari, che rappresentano il principale genere letterario attraverso il quale la dottrina colma le lacune del sistema legislativo e integra la completezza dell'ordinamento attraverso il metodo formalistico.

Allo stesso modo, nonostante in questi ordinamenti il diritto sia stato codificato come nel resto d'Europa e del mondo, i giudici costituzionali di Germania e Austria utilizzano i commentari quale fonte di integrazione delle innumerevoli regole giuridiche, nel caso in cui i concetti generali non siano esaustivamente definiti dal legislatore, riservando così alla dottrina notevoli spazi di manovra e di impatto sull'ordinamento giuridico.

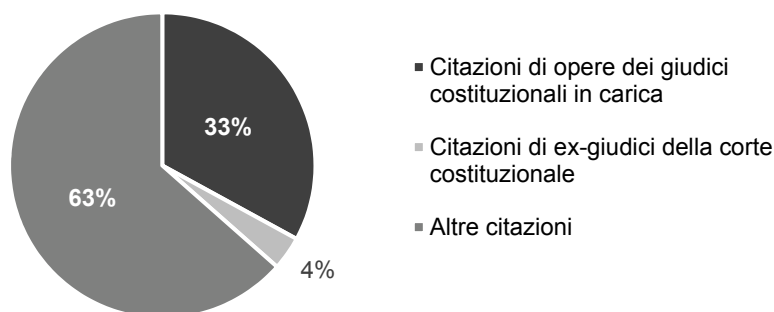
3. Venendo ora al cuore del percorso di ricerca che qui si intende seguire, e per comprenderne i passaggi fondamentali, si andranno di seguito ad esporre i risultati cui si è pervenuti, rappresentandoli in termini grafico-quantitativi. La presentazione delle evidenze empiriche prenderà in considerazione entrambi i casi di studio tentando di elaborare in modo simmetrico ciò che si è scoperto, per quanto alcuni risultati di ricerca necessiteranno di maggior approfondimento rispetto ad un ordinamento giuridico piuttosto che all'altro.

3.1. Si noti come, per quanto riguarda il caso austriaco, i giudici della Corte costituzionale in carica nel periodo analizzato<sup>19</sup>, effettuino numerosi riferimenti a opere di cui essi stessi sono autori. Lo stesso non si può dire con riguardo alle citazioni di opere di giudici costituzionali non più in carica. Da un'analisi dei riferimenti dottrinari presi nella loro complessità infatti emerge come, in termini assoluti, sul totale delle citazioni rilevate (367), 121 siano riconducibili a opere di autori che a loro volta sono anche membri in carica della corte, mentre solamente 13 citazioni si riferiscono a dottrina riconducibile “alla penna” di ex membri della stessa corte (v. Figura 5 per i valori in prospettiva percentuale).

---

<sup>19</sup> Nel corso dei cinque anni presi in considerazione in questa analisi, i membri effettivi che hanno composto la Corte costituzionale sono stati: Holzinger G., Bierlein B., Berchtold-Ostermann E., Müller R., Kahr C., Grabenwarter C., Hörtenhuber H., Spielbüchler K., Lass L., Haller H., Liehr W., Oberndorfer P., Ruppe H.G., Gahleitner S., Schnizer J., Herbst C., Lienbacher G., Siess-Scherz I., Holoubek M., Korinek K., Achatz M.

Figura 5. – Austria: citazioni dottrinarie di cui sono autori i giudici della Corte costituzionale, elaborazione propria



Si tenga presente come non sia possibile riferire le sentenze a uno specifico giudice in quanto, nel testo delle pronunce così come pubblicate sulla raccolta ufficiale, non viene indicato colui che ha svolto le funzioni di relatore per una specifica decisione<sup>20</sup>. Questo elemento è inoltre da leggere in combinazione con l'opera *ad adiuvandum* che viene fornita, per la redazione delle sentenze, da «un certo numero di giuristi qualificati, che lavorano come cancellieri e sovrintendono alla stesura delle motivazioni delle sentenze»<sup>21</sup> di cui i giudici si possono liberamente avvalere senza che ciò, come è ovvio, venga indicato nel testo della pronuncia contenuta nella raccolta ufficiale. È dunque azzardato riferire “completamente” all'operare dei giudici costituzionali i frequenti richiami ad opere di cui essi stessi sono autori, seppur questi ultimi siano senz'altro da considerare come i principali responsabili di tale tendenza.

Rispetto ai 121 riferimenti espliciti a scritti dottrinari di membri reggenti della corte, si rileva, quale ulteriore dato di interesse, un forte squilibrio rispetto ai giudici che vengono citati. Se in via teorica si potrebbe essere indotti a pensare che questi riferimenti siano equamente distribuiti tra quei membri della corte che rivestono anche il ruolo di accademico, il dato empirico smentisce in parte tale ipotesi. Infatti, la quasi totalità delle citazioni è riconducibile all'operato di due dei giudici reggenti nel periodo analizzato, ovvero il Professor Karl Korinek<sup>22</sup> ed il Professor Michael Holoubek<sup>23</sup>. Le loro opere – prese complessivamente – vengono men-

<sup>20</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/Vfgeb/>; nel sistema della giustizia costituzionale austriaca «una posizione peculiare è detenuta dai relatori permanenti, eletti dalla Corte tra i propri membri effettivi per un periodo di tre anni e rieleggibili. Essi hanno il compito di preparare le decisioni, istruendo le cause a loro assegnate»; cfr. E. D'ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. MEZZETTI (ed.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, p. 112.

<sup>21</sup> E. D'ORLANDO, *op. ult. cit.*, p. 112. Per un approfondimento del relativo sistema di giustizia costituzionale, cfr. H. SCHAMBECK, *Das oesterreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, Berlin, 1980.

<sup>22</sup> Il quale, si noti, smette di essere giudice costituzionale al principio del periodo di analisi qui preso in esame.

<sup>23</sup> Ancora in carica nella veste di giudice costituzionale.

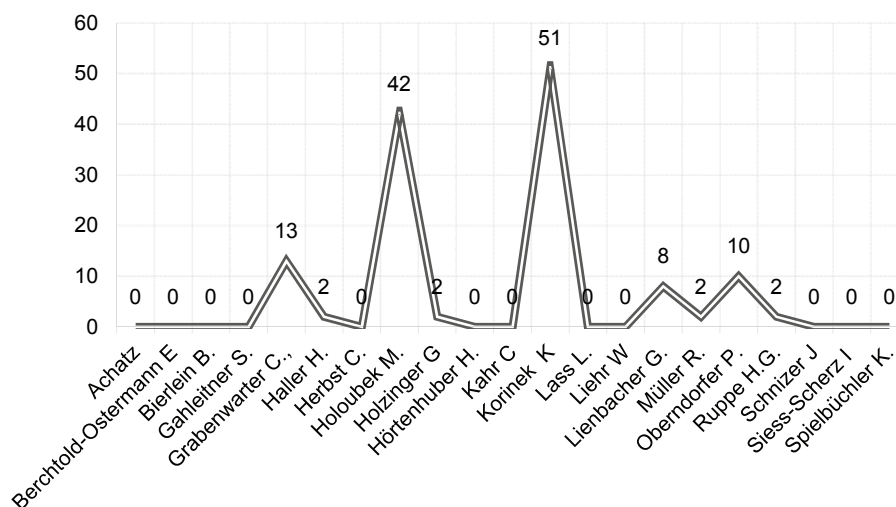


zionate nel *corpus* delle pronunce per un totale di 93 volte, rappresentando così poco meno di un terzo dei riferimenti considerati nella loro interezza, e più dei tre quarti delle citazioni di giudici (presenti o passati) della Corte costituzionale (cfr. Figura 6).

Anche i restanti 39 riferimenti dottrinari non sono equamente distribuiti tra i membri effettivi<sup>24</sup> del consesso costituzionale come si evince dalla rappresentazione grafica: sono infatti solo sette – oltre ai due già menzionati – i giudici “citati”<sup>25</sup>. Di questi sette però, tre vengono citati con una frequenza degna di nota. Si tratta dei professori Grabenwarter, Lienbacher ed Oberndorfer rispettivamente con 13, 8 e 10 citazioni esplicite.

Per tali ragioni, è sui cinque giudici “più citati” che si concentrerà l’analisi nelle prossime righe, cercando di ricostruire due aspetti potenzialmente rilevanti per gli esiti che l’intera ricerca si propone di perseguire: da un lato, quale formazione abbiano ricevuto e presso quali atenei e, dall’altro, quale sia la principale attività lavorativa svolta, al di fuori dell’operato come giudici costituzionali<sup>26</sup>. Inoltre a fini statistici, ma non solo, si andrà a verificare se le citazioni dottrinarie si riferiscano a una o a più opere degli autori così individuati.

Figura 6. – Austria: numero di riferimenti per giudice costituzionale, elaborazione propria



<sup>24</sup> La Corte costituzionale infatti si compone di «quattordici componenti effettivi, fra i quali un Presidente e un Vicepresidente, e di sei membri supplenti (art. 147.1 Cost.)», cfr. M. OLIVETTI, *La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)*, in M. OLIVETTI, T. GROPPi (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, p. 51.

<sup>25</sup> Si tenga comunque in considerazione come i nove giudici menzionati quali autori di opere di dottrina nel *corpus* delle pronunce rappresentino la quota ‘accademica’ rispetto al collegio dei giudici. Si approfondirà maggiormente l’aspetto della struttura e del metodo di selezione dei giudici nel par. 4, cui si rinvia.

<sup>26</sup> Tutte le informazioni riportate sono consultabili sul sito ufficiale della Corte costituzionale austriaca: <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/richter.html> (1 aprile 2016).

Quanto alla formazione, Korinek, Holoubek, Grabenwarter e Oberndorfer hanno ottenuto la laurea presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Vienna, in un periodo che va dal 1963 (Korinek) al 1988 (Grabenwarter). Per quanto riguarda invece Lienbacher, dalla biografia emerge come la sua formazione di giurista sia riconducibile a un altro ateneo, quello salisburghese, dove ottiene la laurea nel 1985. A tale proposito è comunque necessario evidenziare come le ridotte dimensioni dello Stato austriaco facilitino la confluenza, attorno allo stesso ateneo, della formazione dei giudici costituzionali. Infatti, estendendo l'analisi a tutti i giudici che hanno composto la Corte nel corso degli anni analizzati, emerge che più della metà di questi abbiano conseguito la laurea proprio a Vienna. Interessa inoltre evidenziare che la schiera di giudici costituzionali di estrazione accademica sia infoltita proprio da giuristi formati, per la maggior parte, presso l'ateneo viennese. Per quanto riguarda l'attività professionale svolta dai cinque giudici "più citati", si rileva come tutti rivestano – in via principale – la funzione di professore in materie gius-pubblicistiche nei principali atenei austriaci. Sono infatti tutti professori di diritto pubblico: Oberndorfer presso l'Università di Linz; Korinek presso l'Università di Vienna; Grabenwarter, Holoubek e Lienbacher presso la *Wirtschaftsuniversität* di Vienna.

Per quanto attiene nello specifico alle opere menzionate nelle pronunce i due autori più citati, Korinek e Holoubek, la gran parte delle volte sono richiamati con riferimento ad un volume a cura di entrambi, ossia l'enciclopedico "*Österreichisches Bundesverfassungsrecht*"<sup>27</sup>, allo stesso tempo manuale e commentario di diritto costituzionale austriaco<sup>28</sup>. Sono infatti 40 i riferimenti espliciti a questo volume<sup>29</sup>. Si aggiunga che anche per gli altri autori "più citati", i riferimenti sono in gran parte da ricondurre ad opere manualistiche e di commento. Esemplificando, per quanto riguarda Oberndorfer si fa spesso riferimento al suo "*Das österreichische Gemeinderecht*"<sup>30</sup>, mentre di Grabenwarter viene più volte richiamato il manuale "*Europäische Menschenrechtskonvention*"<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> K. KORINEK, M. HOLOUBEK (eds.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar*, Vienna, 2013.

<sup>28</sup> Si conferma così la tendenza già rilevata in F. PALERMO, M. TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo "vivente"*, cit., p. 302, secondo cui «i tribunali fanno uso di letteratura giuridica principalmente a fini esegetici per chiarire il significato delle norme in senso funzionale alla risoluzione dei casi».

<sup>29</sup> Si aggiunga inoltre come altre 4 citazioni sono riferibili ad un'ulteriore opera a firma di entrambi i giudici: K. KORINEK, M. HOLOUBEK (eds.), *Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung: verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Rahmenbedingungen nicht hobeitlicher Verwaltung*, Neudörfel, 1993. La stretta collaborazione tra i due professori è imputabile al rapporto di maestro/allievo instauratosi tra i due verso la fine degli anni '80 presso la *Wirtschaftsuniversität* di Vienna come è possibile evincere dalla biografia del prof. M. Holoubek. Cfr: <https://www.vfgb.gv.at/cms/vfgb-site/richter/holoubek.html> (1 aprile 2016).

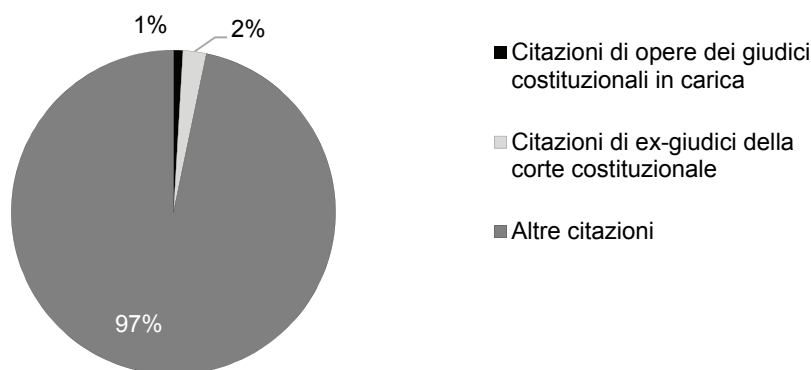
<sup>30</sup> C. GRABENWARTER, K. PABEL (eds.), *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, München, ult. ed., 2016.

<sup>31</sup> F. KLUG, P. OBERNDORFER, WOLNY ERICH (eds.), *Das österreichische Gemeinderecht: Handbuch*, Vienna, ult. ed., 2007.

3.2. Come annunciato in apertura del paragrafo per quanto il punto di partenza dell’analisi sia lo stesso, non sarà possibile replicare pedissequamente l’analisi effettuata per il caso austriaco, rispetto al modello tedesco. Infatti le evidenze empiriche raccolte per la Germania non destano lo stesso interesse che ha spinto ad approfondire alcuni aspetti emersi nel contesto austriaco.

La tendenza evidenziata in Austria come si vedrà più nel dettaglio, non ripete lo stesso schema in Germania. Seppur i giudici del *Bundesverfassungsgericht* citino complessivamente più dei loro colleghi austriaci (428 citazioni rilevate), i riferimenti a opere di cui loro stessi sono autori interviene con una frequenza molto inferiore. Infatti, come emerge dalla Figura 7, solo il 3% delle citazioni contiene riferimenti ad opere di giudici costituzionali, e di questa minima percentuale, solo l’1% consiste in citazioni riferite ad opere di giudici reggenti. Si rileva così una ulteriore differenza rispetto al panorama austriaco, per cui risulta maggiore – anche se sempre in misura impercettibile rispetto al totale (2%) – l’impatto delle citazioni di dottrina riconducibile a giudici che hanno fatto parte del Tribunale costituzionale in passato.

Figura 7. – *Germania: citazioni dottrinarie di cui sono autori i giudici del Tribunale Costituzionale, elaborazione propria*



Si sottolinea in prima battuta che, accertata l’irrisorietà del dato quantitativo, non si potrà trattare alla stregua di un fenomeno statisticamente rilevante e di conseguenza non sarà possibile dedurre una concreta influenza delle opere dei giudici-reggenti e non – sullo sviluppo della giurisprudenza costituzionale nel suo complesso. Nonostante ciò interessa, questa volta proprio per la rarità che le connota, portare alla luce quali siano alcune di quelle poche opere (14) di paternità di giudici costituzionali, oggetto di menzione espresa nell’ambito delle pronunce del BVerfG.

Per quanto riguarda i giudici “reggenti”, nel periodo preso in considerazione le opere citate sono riconducibili principalmente al genere del commentario, confermando la tendenza generale ad effettuare riferimenti ad opere di commento. Si tratta del contributo della giudice Osterloh al commentario alla Legge Fondamentale di

Sachs<sup>32</sup>, del commento alla legge sull'imposta sul reddito a cura – tra gli altri – del giudice Mellinghoff<sup>33</sup> e del commentario al codice civile redatto (anche) dalla giudice Kessal-Wulf<sup>34</sup>. L'unica opera di diverso tenore stilistico è la monografia “*Wahlkreiseinteilung und kommunale Gebietsgrenzen*” a firma del prof. Masing<sup>35</sup>.

Per quanto riguarda le opere di ex membri del Tribunale, si evidenziano tra quelle maggiormente degne di nota: da un lato, l'opera di commento di Ernst Benda – giudice del BVerfG dal 1971 al 1983 – “*Verfassungsprozeßrecht*”<sup>36</sup> e, dall'altro, il più risalente contributo del giudice Geiger (in carica dal 1951 al 1977)<sup>37</sup> “*Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht*”<sup>38</sup>, cui si fa riferimento per dare fondamento e concretezza ad un principio (il cd. *Alimentationsprinzip*) che il tribunale va via via definendo nella pronuncia<sup>39</sup>. Inoltre si rileva che l'ex giudice maggiormente citato è il prof. Paul Kirchhof, in carica dal 1987 al 1999, del quale vengono menzionate tre diverse opere: il saggio “*Das Parlament als Mitte der Demokratie*”<sup>40</sup>, il manuale “*Handbuch des Staatsrechts*”<sup>41</sup> ed il già richiamato commentario “*Einkommensteuergesetz*”, curato insieme al giudice Masing<sup>42</sup>.

Ci si chiede se la tendenza evidenziata in Austria, rispetto a quanto emerso nel caso tedesco, sia ricollegabile alle modalità di composizione del tribunale e al numero di accademici che ne fanno parte. A tale quesito si cercherà di trovare risposta nel

<sup>32</sup> L. OSTERLOH, Art. 6, in M. SACHS (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, Heideberg, ult. ed., 2014.

<sup>33</sup> P. KIRCHHOF, H. SÖHN, R. MELLINGHOFF (eds), *Einkommensteuergesetz. Kommentar*, Heidelberg, ult. ed., 2016.

<sup>34</sup> D. REUTER, S. KESSAL-WULF (eds), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse*, Monaco, ult. ed., 2012.

<sup>35</sup> J. MASING, *Wahlkreiseinteilung und kommunale Gebietsgrenzen*, Baden-Baden, 2001.

<sup>36</sup> Cfr. E. BENDA, E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, Heidelberg, 2011.

<sup>37</sup> Ciò fa del suo mandato il più lungo sino ad oggi. La durata prescritta per il mandato dei giudici costituzionali in Germania è infatti di 12 anni (o inferiore se prima di tale scadenza interviene il compimento del 68esimo anno di età). La lunghezza del mandato di Geiger è da attribuire ad una speciale regolamentazione vigente in passato secondo cui i giudici federali nominati alla carica di giudice costituzionale potevano svolgere le relative mansioni fino alla data di pensionamento prevista per la funzione giudiziaria ordinaria. Così: A. TSCHENTSCHER, *Rechtsrahmen und Rechtspraxis der Bestellung von Richterinnen und Richtern zum Bundesverfassungsgericht*, in J. STIECKMANN (ed.), *Verfassung und Argumentation*, Baden-Baden, 2005, p. 95, rn. 43.

<sup>38</sup> W. GEIGER, *Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht*, in AA.VV., *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht: Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht*, Stuttgart, 1979.

<sup>39</sup> BVerfG, 2 BvL 4/10. Cfr. Y. BECKER, F. LANGE, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*, vol. 3, Berlino, 2014, p. 274.

<sup>40</sup> P. KIRCHHOF, *Das Parlament als Mitte der Demokratie*, in AA.VV, *Festschrift für Badura. Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Tübingen, pp. 237-261.

<sup>41</sup> P. KIRCHHOF, J. ISENSEE (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 2007.

<sup>42</sup> Cfr. nota 32.

prossimo paragrafo, in cui si fornirà una panoramica su alcune caratteristiche tecnico-istituzionali relative ai soggetti passibili di divenire giudici costituzionali e, più in generale, alle modalità con cui questi vengono selezionati.

4. È ora necessario fornire alcune informazioni riguardanti la struttura e l'organizzazione dei due tribunali costituzionali. La portata degli aspetti organizzativi influenza distintamente la diversa estensione assunta dal fenomeno nei due ordinamenti indagati. Infatti, se analoghe e quasi pienamente sovrapponibili sono le funzioni svolte dai due organi<sup>43</sup>, diverse sono alcune caratteristiche relative alla composizione e alle modalità di funzionamento.

In particolare due sono i caratteri che sarà essenziale approfondire per cogliere le ragioni alla base di quanto sin qui descritto: da un lato, le modalità di selezione dei membri delle corti (con riferimento sia all'“elettorato attivo” che a quello “passivo”) e la composizione dei tribunali costituzionali, dall'altro, le caratteristiche conferite al mandato di giudice costituzionale. Così facendo si proverà a fornire una risposta ai quesiti che sono sorti nel paragrafo precedente, tutti inerenti alle ragioni che portano i giudici austriaci a “citarsi” in misura molto maggiore di quanto facciano i loro colleghi tedeschi.

4.1. Per quanto riguarda la composizione del BVerfG si rammenta che ne fanno parte sedici giudici, eletti per metà dal *Bundestag* e per metà dal *Bundesrat* (ex art. 94 GG). Per essere giudici del Tribunale costituzionale, è necessario aver compiuto quaranta anni, possedere i requisiti per divenire membri del Bundestag e, semplificando, avere la debita preparazione tecnico-legale che consenta lo svolgimento di professioni giuridiche<sup>44</sup>. La legge sul Tribunale costituzionale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – BVerfGG<sup>45</sup> non stabilisce il rapporto numerico tra magistrati di carriera e membri laici, prevedendo solamente la necessaria presenza di entrambe le categorie e un numero minimo di tre componenti su otto per ciascun senato provenienti dalla categoria dei giudici federali. Dunque: in totale i giudici di professione devono essere almeno sei su sedici. La stessa legge prevede che anche i membri laici debbano essere abilitati alla carriera giudiziaria, in questo modo incrementando la natura giurisdizionale del Tribunale costituzionale<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Sulle funzioni dei due organi di giustizia costituzionale cfr. per l'Austria: H. REINHILD, *La giustizia costituzionale in Austria*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (eds.), *Esperienze di giustizia costituzionale. Tomo I*, Torino, 2000, p. 143 ss.

<sup>44</sup> F. RESCIGNO, *La giustizia costituzionale in Germania*, in M. OLIVETTI, T. GROPPI (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, cit., p. 99.

<sup>45</sup> Cfr. BGBl. I S. 1473.

<sup>46</sup> A causa della c.d. “formazione unitaria” del giurista in Germania, l'abilitazione alla magistratura si ottiene col superamento del secondo esame di stato, che è quello che completa la formazione del giurista. Pertanto, tutti i professori universitari sono abilitati alla magistratura. F. PALERMO, *La giustizia costituzionale in Germania*, in L. MEZZETTI (ed.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, cit., p. 149; per approfondire il rapporto che inter-

D'altro lato, l'art. 147 co. 1 e co. 2 della Costituzione federale austriaca (*B-VG*) così come il §1 della legge sulla Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshofgesetz – VfGG*)<sup>47</sup> stabiliscono che la Corte è composta da un presidente, un vicepresidente, da dodici membri effettivi e sei supplenti. Il presidente, il vice, sei membri effettivi e tre supplenti sono nominati dal presidente federale (*Bundespräsident*) su proposta del governo federale e devono provenire dalla cerchia dei giudici, degli alti funzionari amministrativi e dei professori universitari in materie giuridiche<sup>48</sup>. Gli altri sei membri effettivi e i tre supplenti sono invece nominati dal presidente federale tra i candidati proposti per tre membri effettivi e due supplenti dal *Nationalrat* e per tre membri effettivi e un supplente dal *Bundesrat*. Per quello che invece riguarda i requisiti soggettivi di questi sei, tutti devono aver effettuato studi giuridici e aver svolto per almeno dieci anni una professione per cui sia prescritto lo svolgimento di questi studi (art 147 co. 3 *B-VG*), tra cui quella di avvocato, categoria non contemplata per la nomina nella quota di appartenenza governativa<sup>49</sup>.

4.2. I giudici federali del *Bundesverfassungsgericht* rimangono in carica per dodici anni e non sono rieleggibili. Decadono comunque dalla carica al compimento del sessantottesimo anno d'età. In ogni caso, intervenendo l'istituto della *prorogatio*, alla scadenza del loro mandato continuano a svolgere le funzioni fino all'elezione del loro successore<sup>50</sup>.

Per quanto riguarda la durata del mandato in Austria è previsto solamente che questo scada il 31 dicembre dell'anno in cui interviene il compimento del settantesimo anno di età. Considerato che la costituzione non stabilisce un limite minimo di età per l'elettorato passivo, è possibile che la carica venga ricoperta dalla stessa persona per un periodo di tempo piuttosto lungo, correndo così il rischio di limitare la flessibilità dell'organo di giustizia costituzionale rispetto alla continua evoluzione della società. Per contro, si può comunque sostenere come il carattere quasi vitalizio del mandato comporti un netto rafforzamento dell'indipendenza dello stesso<sup>51</sup>. All'interno della Corte austriaca una peculiare posizione è assunta dai relatori permanenti, eletti dalla corte tra i propri membri effettivi per un periodo di tre anni e rieleggibili. Questi hanno il compito di preparare le decisioni, istruendo le cause loro assegnate<sup>52</sup>. I giudici austriaci, inoltre, nel corso del lungo mandato continuano a svolgere le loro attività (di giudice, avvocato, professore), tant'è che il loro ufficio viene considerato "secondario".

---

corre tra autonomie territoriali e composizione del BVerfG si rimanda a: J. LUTHER, *La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (eds.), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, 2004, p. 79 ss.

<sup>47</sup> BGBl. Nr. 85/1953 e successive modifiche.

<sup>48</sup> Così E. D'ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, cit., pp. 108-111.

<sup>49</sup> Cfr. H. REINHILD, *Giustizia costituzionale in Austria*, cit., p. 156 ss.

<sup>50</sup> F. PALERMO, *La giustizia costituzionale in Germania*, cit., p. 151.

<sup>51</sup> E. D'ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, cit., p. 111.

<sup>52</sup> Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 55.

La disciplina è oggetto di svariate critiche dal momento che espone la corte al pericolo di veder pregiudicata la sua imparzialità e, ancor più, la sua efficienza<sup>53</sup>. Si aggiunga che la corte non opera permanentemente ma durante quattro sessioni all'anno: marzo, giugno, ottobre, dicembre, della durata di tre settimane ciascuna. Le sessioni costituiscono le occasioni per emanare le decisioni, mentre l'attività istruttoria, di raccolta dati, di elaborazione delle argomentazioni avviene nelle more delle sedute ufficiali, seppur affianco dell'attività lavorativa svolta dai giudici. Per ovviare ai rischi che tali caratteri potrebbero apportare alla sua funzionalità, la corte si avvale di numerose strutture di supporto sia amministrative che scientifiche, tra cui in particolare l'ufficio del massimario che riporta le pronunce della corte, quelle di altri corti supreme ed il relativo corredo dottrinario<sup>54</sup>.

Per quanto riguarda il sistema di assegnazione dei casi nel sistema tedesco di giustizia costituzionale, ogni senato<sup>55</sup> stabilisce le regole di base relative alla loro spartizione. In base ad accordi presi con il presidente del proprio senato infatti ciascun giudice diventa relatore dei casi relativi alle materie di proprio interesse o di specializzazione<sup>56</sup>. Il compito del relatore (che non viene però indicato nel *corpus* della sentenza) è quello di preparare il c.d. *Votum* che consiste in un rapporto di ricerca, talvolta anche molto consistente. Questo passaggio è centrale per il procedimento decisionale. Nel *Votum* il relatore descrive il background della questione, il caso concreto, presenta gli argomenti in modo documentato e da diverse prospettive, riassume i precedenti della corte e della dottrina, e conclude con la propria visione della questione e di come andrebbe decisa. Il *Votum* che può richiedere mesi di preparazione, spesso costituisce la base del primo *draft* della sentenza finale della corte<sup>57</sup>.

5. Ci si è chiesti, in apertura del presente contributo, se alcuni caratteri relativi alla composizione, alla selezione e al mandato dei giudici costituzionali possano aver influito sull'emersione e sull'estensione di questo fenomeno.

La risposta non può che essere affermativa. Perché tale asserzione possa poggiare su basi solide, è necessario addurre quei motivi e quegli argomenti che hanno con-

---

<sup>53</sup> Una eccezione è prevista per gli alti funzionari amministrativi che per il periodo del loro mandato da giudice costituzionale vengono congedati dalla loro funzione, dovendosi sciogliere il rapporto di subordinazione gerarchica. Si veda: H. REINHILD, *Giustizia costituzionale in Austria*, cit., p. 157.

<sup>54</sup> E. D'ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, cit., p. 112.

<sup>55</sup> La scelta organizzativa del legislatore è stata quella di strutturare il tribunale costituzionale secondo il c.d. Sistema gemellare (*Zwillingsgericht*), per cui il tribunale si articola in due senati di 8 giudici ciascuno. I senati lavorano in modo indipendente tra loro e il *plenum* opera solo nei casi in cui sia necessaria una uniformità di interpretazione— quando cioè un senato intenda discostarsi dalla giurisprudenza dell'altro su uno specifico tema. Diffusamente su questo punto: F. RESCIGNO, *La giustizia costituzionale in Germania*, cit., p. 97.

<sup>56</sup> Come ricorda J. LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, in A. ANZON (ed.), *L'opinione dissenziente*, Milano, 1995, p. 261: «Il relatore tedesco viene scelto in base ad un'apposita delibera collegiale sulla ripartizione annuale degli affari».

<sup>57</sup> Cfr. J. LUTHER, *La giustizia costituzionale nella repubblica federale di Germania*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (eds.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, cit., p. 164.

dotto alla sua formulazione. Si tenga comunque presente che quelle che qui si avvanzeranno sono solo delle ipotesi, che si auspica però possano divenire a loro volta spunti per una più approfondita riflessione, potenzialmente replicabile anche rispetto ad ordinamenti diversi da quelli sin qui esaminati.

Innanzitutto, il dato rilevato si dimostra interessante, se non addirittura paradossale, tenendo in considerazione che nel corso degli anni in Germania, avendo il mandato durata più breve, i giudici costituzionali che si sono avvicendati sono stati molto più numerosi che in Austria, dove il mandato non ha di fatto una durata definita *ex lege*. Ciò potrebbe indicare che la probabilità di riferirsi ad opere di individui che fanno o hanno fatto parte della corte dovrebbe essere maggiore in Germania, in quanto, in questo sistema, sono complessivamente più numerosi i soggetti che si sono avvicendati alla carica di giudice costituzionale.

Al contrario, ed è la tesi che qui si appoggia, potrebbe verificarsi che i giudici austriaci, rimanendo in carica per un lasso di tempo molto esteso, sfruttino ripetutamente il patrimonio culturale d'appartenenza, adducendo quale elemento fondante il proprio *reasoning* giuridico, le opere dottrinali con cui hanno maggiore dimestichezza concettuale. Ciò può essere ad esempio testimoniato dal fatto che un'opera largamente diffusa nei percorsi di studi giuridici (il manuale *Österreichisches Bundesverfassungsrecht* di Korinek e Holoubek) venga citata ben quaranta volte nel periodo di riferimento. L'ulteriore elemento che vuole gli autori di tale opera essere anche due dei membri della Corte costituzionale, non attiene all'argomento qui in esame. Ma, come si vedrà più avanti, quest'ultimo rilievo può essere invece la conseguenza di altre specificità procedurali caratterizzanti il mandato dei giudici austriaci.

D'altro canto, anche i criteri di nomina a membro della Corte costituzionale influiscono senz'altro sul fenomeno in esame. Per quanto in entrambi i sistemi gli accademici possano assurgere alla carica di giudice costituzionale, le evidenze dimostrano come in Austria la tendenza della corte a comporsi di professori è più accentuata che in Germania. Ciò è forse da attribuirsi al fatto che in Germania sia previsto un minimo di giudici federali che devono entrare a far parte della corte, riducendo così la probabilità di selezione di accademici a rivestire la carica di giudice costituzionale. Dunque, il fatto che in Austria si citino più opere di membri della Corte, può essere anche ricondotto alla più alta presenza di accademici, autori di opere dottrinali, impiegabili quali base su cui fondare la motivazione di una decisione.

Il fenomeno si può spiegare anche alla luce di un altro elemento, coincidente con il carattere secondario del mandato dei giudici austriaci che, come visto, continuano a svolgere la propria professione di là dell'esercizio delle funzioni proprie della giurisdizione costituzionale. Ciò potrebbe stare a significare due cose: 1. Che i giudici si appoggino maggiormente agli assistenti<sup>58</sup> della corte e che questi pre-redigano le sentenze ricorrendo alle opere dei magistrati per cui collaborano, al fine di dare

---

<sup>58</sup> Funzione che in passato è stata svolta da coloro che oggi sono membri effettivi della Corte tra cui ad esempio il giudice Michael Holoubek.



maggior legittimazione e fondamento ai *draft* presentati; 2. Nel caso in cui siano i giudici a redigere le pronunce, è plausibile che utilizzino con frequenza la dottrina di cui meglio sono a conoscenza, tra cui certamente quella di cui sono autori.

Con alta probabilità entrambe le ipotesi possono dirsi vere, anche alla luce della “saltuarietà” con cui si riunisce la Corte, ovvero sia quattro volte all’anno. A sostegno di questi argomenti, secondo quanto emerso rispetto alle modalità decisionali ed operative del BVerfG, è plausibile che in Germania dove, diversamente che in Austria, i membri del Tribunale possono dedicarsi a tempo pieno all’attività di giudice costituzionale, a questi si offrano maggiori *chance* di approfondimento, anche dottrinale, del materiale da porre a fondamento delle sentenze e delle ordinanze. Queste riflessioni potrebbero, quantomeno in parte, spiegare il perché del fenomeno rilevato in questo capitolo.

In chiusura, è comunque importante rilevare come quanto esaminato sia senz’altro influenzato anche dalla diversa estensione “geografica” e “demografica” dei due Stati presi in esame. Per quanto possa apparire banale, equivalendosi più o meno il numero di membri degli organi di giustizia costituzionale<sup>59</sup>, il minor numero di giuristi in Austria – attribuibile al più generale minor numero di cittadini – porta conseguentemente ad un panorama dottrinario certamente meno variegato di quello tedesco. Di conseguenza, risulta più semplice individuare, in quest’ultimo, fonti dottrinali più diversificate ed eterogenee da poter addurre a fondamento delle sentenze costituzionali.

6. I possibili percorsi di analisi riferibili alla relazione tra formante dottrinario e giurisprudenziale, in particolare nel contesto costituzionale, sono infiniti. In questa sede, e con riferimento allo specifico caso di Austria e Germania, se ne è proposto uno dei tanti, cercando di mettere in luce un particolare atteggiamento – si consenta l’espressione – di “vanità” dottrinale. Così facendo si è scoperto come in due ordinamenti in cui analoghe sono la *ratio* e le modalità di citazione della dottrina nel *corpus* delle sentenze, si manifesti una eterogeneità rispetto ad un fenomeno ben preciso, quello della auto-citazione o della citazione di ex giudici costituzionali.

Riassumendo, si è così rilevato come in Germania i giudici citino poco, se non per nulla, se stessi, mentre più frequenti – seppur in misura sempre molto limitata – sono i riferimenti ad opere (di commento e non) di illustri giuristi, in passato membri del Tribunale costituzionale. Questi ultimi sono infatti spesso autori di opere prestigiose che ben si prestano ad essere richiamate quale fondamento delle tesi sostenute nelle pronunce costituzionali. In Austria si registra una tendenza opposta, in quanto i giudici ricorrono con grande frequenza a riferimenti dottrinali ad opere di cui essi stessi sono autori.

In conclusione, al fine di motivare la scelta del percorso di ricerca intrapreso ed

---

<sup>59</sup> Come già evidenziato nel paragrafo 4.1., in Germania i membri sono 16 mentre in Austria i membri effettivi sono 14 (sono 6 membri supplenti). Cfr. M. STELZER, *The Constitution of the Republic of Austria. A contextual analysis*, Oxford, 2011, pp. 188-189.

evidenziarne il valore aggiunto, si consideri come l'analisi svolta abbia permesso di convogliare i risultati emersi verso specifici aspetti operativi dei sistemi di giustizia costituzionale che, in molte delle analisi comparate sulle corti costituzionali, restano in secondo piano. Potrebbe essere utile per gli studi sulla giustizia costituzionale comparata replicare questa indagine rispetto ad altri ordinamenti, connotati anche da diversi sistemi di giustizia costituzionale, così da fornire altri elementi rispetto ai quali avanzare ulteriori ipotesi e proposte di lettura dei fenomeni qui rilevati.

PARTE SECONDA  
LA CIRCOLAZIONE ATTRAVERSO LA  
GIURISPRUDENZA, OLTRE I LIMITI  
DI GIURISDIZIONE E MATERIA



---

## LA GIURISPRUDENZA ITALIANA SULLA *KAFĀLA*, TRA INFLUSSI DELLA DOTTRINA E REAZIONI DEL LEGISLATORE

---

ROBERTA ALUFFI

La Corte di cassazione italiana, a partire dal 2005, si è ripetutamente occupata dell'istituto di diritto marocchino della *kafāla*.

Le sentenze, sempre ispirate al principio del superiore interesse del bambino, possono essere organizzate, per semplicità di esposizione, in due gruppi, a seconda della cittadinanza, marocchina o italiana, del *kāfil*.

Nei casi in cui il *kāfil* è marocchino, il problema affrontato dai giudici è legato al fenomeno della migrazione e consiste nella possibilità di riconoscere la *kafāla* come base per il ricongiungimento familiare. Sotto questo profilo, la giurisprudenza ha ormai stabilito saldamente il principio per cui è possibile concedere il visto di ingresso in Italia a minori di cittadinanza marocchina per ricongiungimento familiare con cittadini marocchini residenti regolarmente in Italia (Cass. n. 7472/2008; n. 18174/2008; n. 19734/2008; n. 1908/2010).

Quando il *kāfil* è italiano, la preoccupazione è quella che la *kafāla* costituisca una via per eludere le norme sulla adozione internazionale. Nelle decisioni di questo secondo gruppo, la Corte di cassazione si è pronunciata sulla legittimazione del *kāfil* a opporsi alla dichiarazione di adottabilità (Cass. n. 21395/2005), sulla declaratoria di efficacia di un atto marocchino di *kafāla* (Cass. n. 19450/2011) e sul ricongiungimento familiare (Cass. n. 4868/2010).

Proprio sul tema del ricongiungimento familiare a *kāfil* italiano la Corte è ritornata recentemente con la sua sentenza n. 21108/2013. Con una decisione resa a Sezioni Unite, la Corte abbandona la sua giurisprudenza precedente, che negava in modo assoluto il ricongiungimento del minore affidato in *kafāla* al cittadino italiano.

La decisione è di grande interesse dal punto di vista del dialogo tra dottrina e giurisprudenza.

La Corte si pronuncia nel solo interesse della legge, dato che il ricorso è diventato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse, e afferma un principio di diritto (c.p.c. art. 363): il ricongiungimento è ammesso quando il minore sia a carico o viva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, o per gravi motivi di salute.

Verosimilmente, la Corte ha sentito la necessità di fissare in via generale un principio di diritto a causa delle critiche unanimesi con cui la dottrina aveva accolto la sua precedente sentenza n. 4868/2010. L'eco di tali critiche risuona nella relazione dell'Ufficio del Massimario (rel. 100/2012) che, come solitamente avviene nei ricorsi assegnati alle Sezioni Unite che presentano questioni di particolare importanza, ricostruisce il quadro normativo e giurisprudenziale rilevante. Le relazioni del Massimario danno sempre conto della dottrina, che viene ad esse allegata. Così la rel. 100/2012 riservando alla dottrina uno spazio di tutto rispetto: essa è non solo la fonte principale del primo capitolo, che ricostruisce la nozione di *kafāla*, ma è anche l'oggetto esplicito ed esclusivo del paragrafo 3.2, intitolato «le diversità di soluzioni al vaglio della dottrina – profili di discriminazione ingiustificata ...».

È infatti proprio sugli effetti discriminatori della sentenza n. 4868/2010 che si erano concentrate le critiche della dottrina. L'esclusione dal ricongiungimento del minore affidato al *kāfil* italiano conduce a una doppia discriminazione: da un lato, il minore di nazionalità marocchina è discriminato rispetto ai minori di diversa nazionalità (i minori provenienti dai paesi islamici non possono essere adottati e la *kafāla* costituisce per loro l'unica forma di protezione); dall'altro, il cittadino italiano è discriminato rispetto al cittadino di un paese terzo.

È necessario dunque ricostruire attraverso quali percorsi la Corte fosse giunta a conclusioni opposte a seconda che il *kāfil* sia italiano o marocchino: si tratta dell'applicazione al rilascio del visto ai minori affidati in *kafāla* di norme diverse, a seconda della cittadinanza della persona cui sono affidati.

Nel caso di ricongiungimento a *kāfil* marocchino, la Corte applica il Testo Unico dell'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), secondo cui lo straniero può chiedere il ricongiungimento dei figli minori a carico, intendendosi per figli anche i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela (art. 29). La Corte ritiene che tale definizione possa essere estesa ai minori affidati con provvedimenti di *kafāla*.

Nel caso di *kāfil* italiano, la Corte applica invece il d.lgs. n. 30/2007, relativo alla libertà dei cittadini dell'Unione Europea di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati membri, che elenca tra i parenti che possono raggiungere il cittadino dell'UE solo i discendenti diretti (art. 3).

Nel decidere di rivedere la propria giurisprudenza, la Corte si dimostra sensibile alle critiche della dottrina. Non accoglie tuttavia i suoi suggerimenti sulla via da seguire per correggere il difetto.

Se, per semplificare, si accetta la metafora del torneo medievale, il campione, il *campeador* (*campi doctor*) della dottrina è sicuramente Paolo Morozzo della Rocca. Conta due tra le quattordici opere allegata alla relazione dell'Ufficio del Massimario<sup>1</sup> e raccoglie nel corso della relazione ben dodici citazioni (più del doppio dei più

---

<sup>1</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'affidamento al cittadino italiano del minore straniero mediante kafalab tornerà a pronunciarsi la Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2011, p. 847 e ID., *Cittadino italiano e minore straniero ricevuto in kafalab: una decisione non condivisibile della Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 3.

citati tra gli altri)<sup>2</sup>; è l'unico Autore a cui il Massimario riserva l'epiteto di «autorevole dottrina». E non basta: la stessa Corte, nella sentenza, ne fa cenno, pur senza nominarlo, nel rispetto dell'obbligo di omettere ogni citazione di autori giuridici (art. 118 disp. att. cod. proc. civ.).

Vediamo quindi le possibili vie suggerite dalla dottrina per evitare di far dipendere dalla cittadinanza del *kāfil* il successo o l'insuccesso della domanda di ricongiungimento. E quale l'accoglienza a esse riservata dalla Corte.

La prima via è quella di una diversa identificazione delle disposizioni applicabili al ricongiungimento richiesto da *kāfil* italiano. L'applicazione della normativa europea in materia di libertà di circolazione non sarebbe per la dottrina "inesorabile ed esclusiva". Anche in questo caso potrebbero applicarsi le norme sull'immigrazione, se più favorevoli, e ciò sulla base dei dati normativi rinvenibili tanto nel T.U. dell'immigrazione<sup>3</sup>, che nella normativa europea sulla libertà di circolazione<sup>4</sup>.

La Corte non accoglie questo suggerimento della dottrina e si attiene all'orientamento già seguito in passato nell'identificazione delle norme applicabili.

L'altra via è quella aperta da un'interpretazione estensiva delle norme sulla libertà di circolazione.

La dottrina suggerisce di interpretare la nozione di discendenti diretti (art. 2 d.lgs. n. 30/2007) alla luce di una comunicazione della Commissione Europea, secondo cui «la nozione di parenti in linea discendente ... si estende ... [anche ai] bambini in affidamento e i genitori affidatari [...] in funzione della solidità del legame instaurato nel caso particolare».

La Corte accoglie solo in apparenza il suggerimento. Applica infatti l'interpretazione estensiva non all'art. 2, bensì all'art. 3 del d.lgs. n. 30/2007, il quale ultimo si riferisce agli «altri familiari» per cui si può chiedere il ricongiungimento solo se sono a carico o convivono nel paese di provenienza con il cittadino italiano, o per gravi motivi di salute.

---

<sup>2</sup> Altri autori ricorrentemente citati sono: R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 197; A. VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani*, in *Dir. fam.*, 2010, n. 4, p. 1629; J. LONG, *Kafalah. La Cassazione fa il passo del gambero*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 831 e *Adozione extraconvenzionale di minori provenienti da paesi islamici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 152; C. CAMPIGNIO, *La famiglia islamica in Italia, in La famiglia senza frontiere. Atti del Convegno presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Milano (25 maggio 2007)*, Padova, 2008, p. 11; R. GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina sull'immigrazione*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 675 e ID., *Questioni relative al ricongiungimento del minore in kafalah al cittadino italiano*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 787; G. PIZZOLANTE, *La kafalah islamica e il suo riconoscimento come adozione*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 947.

<sup>3</sup> T.U. art. 28: «Ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione Europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, n. 1656, fatte salve quelle più favorevoli della presente legge o del regolamento di attuazione».

<sup>4</sup> D.lgs. n. 30/2007, art. 23: «Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana».

La Corte sente di dover concedere alla dottrina l'onore delle armi: riconosce che la soluzione adottata si muove sulla stessa linea seguita dalla comunicazione della Commissione nella quale, «come sottolineato dalla dottrina», che resta innominata, il riconoscimento dei diritti ai bambini in affidamento dipende dalla solidità del legame instaurato nel caso particolare. Chi abbia letto la comunicazione della Commissione sa però che il passo citato si riferisce univocamente ai discendenti diretti (art. 2), e non agli altri familiari (art. 3).

Come prevedibile, la dottrina esprime elegantemente la propria delusione per la sentenza n. 21108/2013<sup>5</sup>. Si consola considerando che il principio di diritto stabilito dalla Corte è destinato ad avere vita breve, per essere superato con la ratifica da parte dell'Italia della Convenzione dell'Aja che, a evitare le sanzioni comunitarie, non potrà tardare molto.

Sull'opportunità di adeguare l'ordinamento italiano alla Convenzione, giurisprudenza e dottrina convergono. La Corte, nella sentenza del 2013, dichiara: «è evidente che la ratifica della convenzione da parte dell'Italia avrebbe risolto e, comunque, risolverebbe per il futuro, tutti i problemi interpretativi e applicativi oggetto delle precedenti decisioni della Corte e di quelli posti dall'attuale procedimento».

L'attesa e le speranze di giurisprudenza e dottrina sono però destinate a rimanere insoddisfatte. Il 18 giugno del 2015, il legislatore ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione dell'Aja del 1996, ma solo dopo avere stralciato proprio le norme di adeguamento dell'ordinamento italiano relativamente all'istituto della *kafāla*<sup>6</sup>.

Lo stralcio è frutto di vari fattori: da un lato la maggioranza ha riconosciuto nel testo approvato dalla Camera difetti tecnici rilevanti; dall'altro, l'opposizione ha lanciato con clamore il suo allarme per il pericolo a cui il riconoscimento dell'istituto esporrebbe i diritti dei minori, maschi e femmine<sup>7</sup>. La *kafāla* si presterebbe a favorire forme di sfruttamento sessuale e lavorativo, fino a degenerare in casi di vera e propria schiavitù. Tali caratteristiche avrebbero spinto persino alcuni paesi del Golfo, pure particolarmente rispettosi del diritto dell'Islam, ad abrogare l'istituto, o a discuterne l'abrogazione.

È evidente il tragico equivoco su cui si basa l'allarme lanciato dall'opposizione, e a cui la maggioranza non sa ribattere: la *kafāla* di cui alla Convenzione dell'Aja vi si trova confusa con la *kafāla/sponsorship* caratteristica del diritto dell'immigrazione di alcuni paesi del Golfo. I due istituti non hanno punti in comune. Nel *kafāla*/misura di protezione dell'infanzia, il *makfūl* è invariabilmente un minore cittadino del paese

<sup>5</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafala al cittadino italiano o europeo*, in *Corriere giur.*, 2013, n. 12, p. 1492

<sup>6</sup> Il disegno di legge stralcio A.S. n. 1552-bis "Norme di adeguamento dell'ordinamento interno alla Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996" è attualmente all'esame della Commissione giustizia del Senato.

<sup>7</sup> Si veda l'intervento il resoconto stenografico della seduta del Senato del 10 marzo 2015 (406ª seduta, XVII legislatura) al link <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/906733.pdf>.



il cui giudice decide l'affidamento. Nella *kafāla* per l'immigrazione, il *makfūl* è sempre uno straniero, normalmente maggiorenne. Nella prima *kafāla*, il *kāfil* può essere un cittadino straniero; nella seconda il *kāfil* deve necessariamente essere un cittadino dello Stato.

I due istituti condividono soltanto nome e lontane origini. Sono infatti entrambi specificazioni o adattamenti statali contemporanei della *kafāla* regolata dal *fiqh*, con cui il *kāfil* garantisce l'adempimento del debito o la comparsa in giudizio del *makfūl*. Nella *kafāla*/misura di protezione, il *kāfil*, per spirito di solidarietà, si impegna a provvedere alle necessità del minore; nella *kafāla* per l'immigrazione, il *kāfil* garantisce che il lavoratore straniero rispetti le leggi e i contratti, in particolare quello di lavoro. Il mezzo è l'estrema limitazione di movimento del *makfūl* che si ottiene trattandone i documenti di identità ed espatrio.

La responsabilità della confusione non è certo da attribuire alla Corte di cassazione o alla dottrina con cui la Corte dialoga. È però altrettanto certo che la definizione data dalla Corte della *kafāla* non è in grado di dissipare l'equivoco.

Per la Corte, la *kafāla* è un istituto di diritto musulmano, che «ogni singolo paese di area islamica» ha disciplinato in maniera più o meno dettagliata e diversificata, nella maggior parte delle legislazioni sotto forma di provvedimento emesso all'esito di una procedura giudiziaria (*kafāla* pubblicistica).

La definizione pecca di generalità. La *kafāla* nella sua forma attuale di misura di protezione dell'infanzia non è infatti un istituto del *fiqh*, ciò che le garantirebbe la diffusione in tutto il mondo islamico, ma è presente solo in quegli Stati, che hanno deciso di regolarla con le loro leggi.

L'origina statale della *kafāla*/misura di protezione suggerisce quindi di verificare la regolamentazione che ne viene data nei singoli Stati: in assenza di un saldo retroterra comune, le differenze potrebbero rivelarsi maggiori di quanto sperimentato finora dai giudici italiani, che si sono confrontati esclusivamente con casi di *kafāla* marocchina. Per fare un solo esempio, in Algeria, al contrario che in Marocco, il *kāfil* può chiedere di attribuire il proprio nome di famiglia al *makfūl*<sup>8</sup>.

Inoltre, la Corte di cassazione riconosce come tratto caratteristico della *kafāla* la totale assenza di poteri di rappresentanza in testa al *kāfil*. Ciò è discutibile per il Marocco, ma è sicuramente da escludersi per l'Algeria, dove la rappresentanza legale è espressamente conferita al *kāfil* dalla legge<sup>9</sup>.

In conclusione, anche se il giudice italiano non si trova mai ad applicare le norme straniere sulla *kafāla*, sarebbe forse utile che estendesse oltre i confini nazionali l'ascolto della dottrina e che considerasse la giurisprudenza straniera.

---

<sup>8</sup> D. n. 92-24 del 13 gennaio 1992.

<sup>9</sup> Art. 121 della Legge della famiglia (n. 84-11 del 9 giugno 1984, emendata e completata dall'ord. n. 5 febbraio del 27 febbraio 2005).



---

## L'USO GIUDIZIALE DELLA DOTTRINA PER L'AFFERMAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO AUTOCTONO: SPUNTI DALLA CORTE COSTITUZIONALE DELL'ECUADOR

---

SILVIA BAGNI

SOMMARIO: 1. Obiettivo e metodologia della ricerca. – 2. L'uso della dottrina per la legittimazione del nuovo costituzionalismo andino. – 2.1. La forma di Stato costituzionale di diritti e giustizia. – 2.2. Lo Stato «intercultural, plurinacional». – 2.3. La democrazia partecipativa. – 3. Riflessioni conclusive: la dottrina come formante attivo.

1. Una buona parte della dottrina giuridica pubblicistica più recente si è dedicata alla definizione del concetto di *global law*, salvo precisazioni terminologiche provenienti da autorevoli voci che preferiscono parlare di *transnational law*<sup>1</sup>. Sulla base della crescente presenza di elementi di convergenza e standardizzazione nelle Costituzioni degli Stati a livello mondiale, si sostiene l'esistenza di un "costituzionalismo globale"<sup>2</sup>, per cui esse tendono a trasformarsi da espressione di identità nazionale a segni dell'appartenenza a una comunità transnazionale. Alcuni Paesi, tuttavia, attraverso recenti processi costituenti, hanno dimostrato anche una tendenza inversa, ossia alla contemporanea affermazione di elementi distintivi e autoctoni che caratterizzano la forma di Stato o di governo, e inducono quindi a una riflessione maggiormente attenta al contesto culturale di ogni singolo ordinamento<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. ad es. R.A. MILLER, P.C. ZUMBANSEN (eds.), *Comparative law as transnational law: a Decade of the German Law Journal*, New York-Oxford, 2012.

<sup>2</sup> Cfr. D.S. LAW, M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 *Cal. L. Rev.* 1163, 2011, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol99/iss5/1>. V. anche M. TUSHNET, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, 49 *Virginia Journal of International Law*, 2009. Non solo le pubblicazioni a riguardo sono numerose, ma anche le collane o riviste, i corsi specifici attivati nelle Università e i Centri di ricerca dedicati al tema (solo per fare qualche esempio: la rivista elettronica *Global Constitutionalism. Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, della Cambridge University Press, il *Global Constitutionalism Seminar* della Yale Law School, o il *Center for Global Constitutionalism* di Berlino e il *Centre for Global Constitutionalism* della University of St. Andrews).

<sup>3</sup> Per l'America latina si v., tra gli altri, M. CARDUCCI, *La Costituzione come "ecosistema" nel nuovo consti-*

Questa ricerca si propone di dimostrare, attraverso l'analisi di un *case study*, come la dottrina giuridica (interna ed esterna a un determinato Paese), penetrando nel formante giurisprudenziale attraverso le citazioni dei giudici, contribuisca allo sviluppo del costituzionalismo, non più soltanto in termini imperialistici o colonialistici, come avveniva fino al secolo passato, bensì anche nella direzione dell'affermazione di specificità autoctone. La dottrina si propone dunque quale formante attivo, al di là della sua inclusione formale nel sistema delle fonti. Inoltre, si tratta di un formante indifferente ai confini geografici degli Stati ma intrinsecamente sensibile ai contesti culturali, per cui particolarmente adatto alla costruzione di un vero e proprio dialogo interculturale.

La dottrina comparatistica, nell'ultimo ventennio, ha abbondantemente dimostrato come i richiami al diritto positivo e giurisprudenziale sovranazionale e straniero nella motivazione delle sentenze possano, a un primo livello, servire a rafforzare la legittimazione delle scelte operate dal giudice, e, a un secondo, contribuire a creare una circolazione transnazionale di valori e principi. Quasi per nulla affrontato è stato invece il tema dell'influenza della dottrina nella giurisprudenza. Sulla base dei risultati della ricerca Prin 2010-2011 "L'impatto del formante dottrinale nelle Corti di Vertice", il dialogo inter-formanti evidenzia una utilizzazione strumentale della dottrina in ambito ermeneutico a scopi diversi: come argomento *quoad auctoritatem*, finalizzato alla soluzione del caso concreto; come nuovo *topos* argomentativo, per la definizione del contesto culturale e giuridico che serve a legittimare l'ordinamento e a sancire l'accettazione della sua norma fondamentale<sup>4</sup>. La prima tipologia di utilizzo potrebbe essere ricondotta a quelle che vengono annoverate come funzioni sussidiarie o pratiche della comparazione giuridica, in quanto il giudice nazionale si limita a usare il diritto straniero in modo decorativo rispetto all'applicazione del diritto interno per la risoluzione del caso. Nella seconda tipologia, invece, il giudice assume un punto di vista quasi esterno, molto simile a quello del comparatista. Si tratta di fondare *ex novo* la legittimazione dell'ordinamento, di dar conto delle ragioni di accettazione della norma fondamentale, svolgendo un ruolo che è, in parte, necessariamente anche creativo del metodo interpretativo che si andrà affermando da quel momento in poi<sup>5</sup>.

---

tucionalismo delle Ande, in S. BAGNI (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, p. 11 ss.; ID., *Il «nuevo constitucionalismo» andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, in DPCE, n. 2, 2012, p. 319 ss.; R. ÁVILA SANTAMARÍA, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, 2011; ID., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, 2010.

<sup>4</sup> Cfr. U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in ID., *L'etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 188 s.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 189-190: «Quando si prende coscienza dell'alternativa fra accettazione e non accettazione della norma fondamentale di un ordinamento giuridico ai fini di attività concernenti l'ordinamento da un punto di vista interno, ci si trova davanti al problema di risolvere l'alternativa e di giustificare l'accettazione o non accettazione [...] problema di scelta, di presa di posizione, di applicazione di norme e valori metagiuridici».

Come è stato dimostrato attraverso una precedente ricerca empirica<sup>6</sup>, la Corte costituzionale ecuadoriana fa amplissimo uso di citazioni dottrinarie, prevalentemente di natura giuridica. Lo stile delle sentenze si avvicina, a volte, a quello di veri e propri articoli scientifici, per la struttura sistematica e deduttiva e per l'accuratezza dei richiami dottrinari, puntualmente inseriti in nota alla decisione. I casi che saranno analizzati non sono quindi significativi per il semplice fatto di citare dottrina, bensì perché lo fanno con la particolare finalità sopra evidenziata. In questo senso, sono stati individuati in particolare tre ambiti tematici, corrispondenti a tre direttrici innovative del testo costituzionale del 2008: la forma di Stato, la partecipazione popolare, l'intercultura e i diritti dei popoli indigeni. Possiamo fin d'ora anticipare che, mentre per il primo tema la Corte ha assunto un atteggiamento unitario e costante, a prescindere dal giudice e dal periodo del suo mandato, per la partecipazione popolare lo sforzo ricostruttivo è molto minore, mentre addirittura, per quanto attiene all'interculturalismo e ai diritti dei popoli indigeni, esso è quasi praticamente relegato a opinioni dissenzienti e all'opera di Nina Pacari, prima giudice di origine indigena a far parte della Corte. Infine, con riferimento a un altro valore fondante dell'ordinamento, quello del *sumak kawsay-buen vivir*, e in particolare per ciò che attiene al rapporto fra l'uomo e la natura, i riferimenti dottrinari sono totalmente assenti.

2. La nuova Costituzione ecuadoriana del 2008, insieme a quella boliviana del 2009 e venezuelana del 1999-2009, appartiene, a nostro avviso, a un nuovo ciclo costituzionale, che si caratterizza, fra le altre cose, per il recepimento nel testo costituzionale di valori e istituti tratti dalla tradizione culturale ctonia. Si è parlato di costituzionalismo contro-egemonico (de Sousa Santos) o trasformatore (Ávila Santamaría)<sup>7</sup>, evidenziandone i tratti innovativi rispetto ai modelli occidentali. Questa esperienza si colloca dunque fra quelle che all'inizio abbiamo indicato come parziali eccezioni al "global constitutionalism".

La Corte, tanto nel periodo di transizione come nella fase attuale, è concretamente impegnata nell'affermazione dell'identità del sistema costituzionale, rimarcandone l'appartenenza al *nuevo constitucionalismo*. Ma siccome l'esistenza stessa di qualcosa di "nuovo" nella teoria del costituzionalismo è messa da più parti in discussione, quello che emerge dalla giurisprudenza costituzionale ecuadoriana è un'alleanza con il formante dottrinale in uno sforzo congiunto per la legittimazione teorica, tanto verso l'interno, quanto agli occhi delle istituzioni e dei giuristi stranieri e internazionali, di un nuovo ordinamento giuridico, che sulla carta si presenta come rivoluzionario rispetto alla dottrina tradizionalmente accettata delle forme di Stato.

---

«Quello che abbiamo ora incontrato è, formulato nelle prospettive di un discorso sul metodo giuridico, il problema classico e centrale della filosofia politica. Si può designarlo come problema della legittimità, da affermare o da confutare con argomenti metagiuridici, di un ordinamento giuridico».

<sup>6</sup> S. BAGNI, *Le citazioni dottrinarie nelle sentenze della Corte costituzionale dell'Ecuador, tra funzione creativa e dialogo inter-formanti*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi* 2015, vol. VI, 2015, p. 359 ss.

<sup>7</sup> Si v. *supra*, nota 3.

2.1. Nel mandato transitorio della Corte costituzionale, e poi ripetutamente anche durante il primo nuovo mandato (2008-2012), praticamente tutte le motivazioni delle sentenze iniziavano con riflessioni sulla specificità del costituzionalismo ecuadoriano, in particolar modo della sua forma di Stato, che all'art. 1 viene definita come «Estado constitucional de derechos y justicia»<sup>8</sup>. Le sentenze sono di fatto pronunce-fotocopia, anastatiche, dove il giudice relatore è lo stesso, fra loro molto simili quanto ad autori e opere citate, quando l'estensore cambia<sup>9</sup>.

La tematica che qui analizziamo è un chiaro esempio di come la dottrina, utilizzata nella funzione di legittimazione sopra descritta, rappresenti un formante attivo dell'ordinamento. Infatti, l'argomentazione principale con cui si giustifica l'accettazione della legge fondamentale è costituito dall'adesione al neocostituzionalismo che, come noto, è un prodotto "doc" del pensiero filosofico-giuridico del secondo dopoguerra.

Nella prima sentenza interpretativa della Corte costituzionale per il periodo di transizione (la seconda in termini assoluti) i problemi giuridici proposti nei ricorsi presentati dalle parti vengono immediatamente inquadrati dal giudice relatore Alfonso Luz Yunes alla luce della teoria neocostituzionale<sup>10</sup>. La Corte, citando l'art. 1 cost., afferma: «Esa primera mención constitucional, de declarar al Ecuador dentro del paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano, implica toda una revolución conceptual y doctrinaria» (p. 23). «Rectamente entendido», questa presupposta adesione implica una rivoluzione nella cultura giuridica ecuadoriana, «una nuova legittimità sostanziale e processuale, che non coincide con la legittimità legale o razionale proposta e sviluppata da Max Weber». Ovviamente, l'art. 1, pur nella ricchezza degli aggettivi usati, non richiama espressamente la teoria neocostituzionale: è il giudice che identifica in quell'elenco un'adesione implicita a un sistema di valori che implica una serie di conseguenze giuridiche relative all'interpretazione costituziona-

---

<sup>8</sup> Tra gli elementi del nuovo modello costituzionale ecuadoriano si annoverano la partecipazione popolare, l'incorporazione nella Costituzione del diritto internazionale dei diritti umani, la trasformazione della teoria generale dei diritti, la plurinazionalità dello Stato e, non ultimo, il rafforzamento del ruolo dei giudici, chiamati in vario modo a partecipare attivamente all'affermazione di questa visione dello Stato costituzionale. Cfr. J. MONTAÑA PINTO, P. PAZMIÑO FREIRE, *Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuadoriano*, in J. BENAVIDES ORDÓÑEZ, J. ESCUDERO SOLIZ (coords), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 39-46.

<sup>9</sup> Col passare degli anni la Corte tende sempre più a non riprodurre i passi e le citazioni, bensì a rinviare alla propria precedente giurisprudenza, che va consolidandosi e formando un patrimonio di sentenze piuttosto ricco, considerato che mediamente vengono pubblicate circa 270 pronunce l'anno (media calcolata tra il 2009 e il 2015, sulla base dei dati pubblicati nel *repositorio on line* della Corte costituzionale: in [www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec)). Per questo motivo, non verranno analizzate tutte le sentenze che contengono riferimenti alla forma di Stato ma ci si limiterà a citare soltanto le prime in ordine temporale, in quanto prototipiche e più ricche di argomentazioni.

<sup>10</sup> Sent. interpretativa 001-08-SI-CC del 28 novembre 2008, p. 22. La Corte si pronuncia a fronte di vari ricorsi accumulati, relativi all'interpretazione delle norme costituzionali e del regime transitorio previsto per l'istituzione della nuova Corte Nazionale di Giustizia, del Consiglio della Magistratura e di altri organi dell'ordinamento giudiziario.

le, al controllo di costituzionalità, all'applicazione diretta della Costituzione e alle garanzie di effettività dei diritti, spiegate attraverso il richiamo a tale dottrina<sup>11</sup>.

Nella sentenza interpretativa 002-08-SI-CC del 10 dicembre 2008<sup>12</sup> l'accento si sposta sulla definizione di Stato costituzionale di diritti e giustizia. Il giudice relatore Roberto Brhunis Lemarie, prima di risolvere il nodo interpretativo sulle norme che disciplinano il concorso pubblico per la designazione dei membri del Consiglio di partecipazione cittadina, affronta la questione della supremazia costituzionale e della relazione fra il concetto di «Stato di diritto» e di «Stato costituzionale di diritti e giustizia». Il giudice afferma che quest'ultimo è una forma particolare di Stato di diritto, costituito da una Costituzione materiale e rigida, con carattere normativo e vincolante, e un organo giurisdizionale incaricato di difenderla. Citando Ávila Santamaría, rinomato costituzionalista ecuadoriano, e in seguito Ferrajoli<sup>13</sup>, illustra la presenza di questi caratteri nel sistema nazionale, sottolineando come la Costituzione sia materiale in quanto contiene principi, valori e diritti che definiscono normativamente i fini dello Stato, e direttamente vincolante, ossia obbligatoria non solo per le istituzioni, ma per ogni singolo cittadino. Il giudice non tace delle critiche sollevate contro questa definizione della forma di Stato, che i suoi detrattori hanno etichettato come «*novelería constitucional*». Difende tuttavia l'idea che si tratti di un modello autonomo, che vuole sostituirsi a quello dello Stato sociale, che in America latina non ha mai funzionato. Si tratta di una forma di Stato democratica ed egualitaria, che cerca di superare i limiti del liberalismo in una società altamente diseguale come quella latinoamericana. Lo fa senza rinnegare lo Stato di diritto, attraverso la garanzia di condizioni di vita degne a tutta la popolazione, per il tramite di forme di democrazia diretta e sostanziale e perseguendo l'obiettivo della garanzia costituzionale effettiva dei diritti fondamentali, visti come strumento di realizzazione del *buen vivir*.

Il giudice Brhunis Lemarie è fra quelli che hanno usato maggiormente la dottrina per rafforzare il concetto di Stato costituzionale di diritti e giustizia: nella decisione 001-10-SAN-CC del 13 aprile 2010, all'interno di una pur breve sentenza di rigetto per motivi procedurali in un'azione di *incumplimiento*, afferma che lo Stato «tiene como finalidad la corrección de las desigualdades sociales como valor superior que inspira el ordenamiento jurídico estatal»<sup>14</sup>. Nel perseguire tale obiettivo la Corte la-

---

<sup>11</sup> Nella fattispecie, Ignacio de Otto (*Derecho constitucional, sistemas de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1997), citato in nota 10; Miguel Carbonell e Ferrajoli, citati in testo, e nuovamente Carbonell (*Teoría del neocostitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007) e Aparicio (*Derechos: enunciación y principios de aplicación*, in *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana en perspectiva*, Quito, 2008), citati in note 12 e 13.

<sup>12</sup> La Corte deve interpretare alcune disposizioni transitorie relative alla procedura di formazione di un organo completamente nuovo nel panorama istituzionale ecuadoriano (il Consiglio di partecipazione cittadina e controllo sociale).

<sup>13</sup> Citato in nota 8, con riferimento all'opera *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2007.

<sup>14</sup> Citando espressamente «Morales Angel Garrorena, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 1991».

vora in complementarità con il legislatore, non in sua opposizione, per cui deve trovare un equilibrio fra il rispetto delle reciproche attribuzioni fra gli organi costituzionali e la scoperta del «Derecho justo», senza farsi fermare dalle potenziali conseguenze politiche delle proprie sentenze, citando in questo caso Eduardo García de Enterría<sup>15</sup>.

Identica argomentazione la troviamo anche nella sentenza interpretativa 002-09-SIC-CC del 14 maggio 2009, ancora ad opera del giudice Alfonso Luz Yunes, che fa discendere dalla forma di Stato la funzione creatrice del giudice costituzionale, in quanto obbligato dalla legge fondamentale a garantire la effettiva e diretta attuazione dei diritti ivi riconosciuti (p. 11).

Nella sentenza 003-09-SEP-CC del 14 maggio 2009 è la giudice Nina Pacari, dovendo giudicare sulla lesione del diritto fondamentale al lavoro, ampiamente garantito nella Costituzione del 2008, ad argomentare circa le conseguenze giuridiche della adesione a una nuova forma di Stato in relazione all'interpretazione costituzionale dei diritti e alla loro garanzia effettiva. In questa occasione, è Luigi Ferrajoli il giurista di riferimento, che viene richiamato ben tre volte in uno stesso paragrafo, con citazioni letterali piuttosto lunghe tratte da due diverse opere<sup>16</sup>. La sentenza prosegue poi a guisa di trattato, approfondendo il ruolo del controllo di costituzionalità, il giusto processo, il contenuto essenziale dei diritti e il nucleo duro, con numerose citazioni tra cui Jorge Zavala Baquerizo, Manuel Aragón Reyes, Néstor Pedro Sagüés, Gustavo Zagrebelsky, Ronald Dworkin, Carlos Bernal Pulido, Luis López Guerra, Pedro Serna e Fernando Toller.

Nella sentenza n. 002-09-SIS-CC del 7 luglio 2009<sup>17</sup>, è il giudice Manuel Viteri Olvera ad affermare che la formulazione dell'art. 1 cost. «implica que en la presente etapa se evidencia la influencia del denominado “neoconstitucionalismo” en nuestra Constitución» (p. 6), citando un brano dell'opera di Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo en su laberinto” per spiegare cosa comporti questa affermazione, affidando invece alle parole di Marco Aparicio Wilhelmi la spiegazione degli effetti di tale opzione sulla garanzia effettiva dei diritti. È interessante notare come il riconoscimento alla Corte di un ruolo centrale come difensore dei diritti abbia portato il costituente «a incrementar los medios jurídicos coercitivos de que dispone la justicia constitucional para garantizar que sus sentencias y dictámenes sean acatadas», citandosi a sostegno il noto costituzionalista ecuadoriano Agustín Grijalva Jiménez<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> «*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1994».

<sup>16</sup> Si trovano nelle note 2, 3 e 4 e sono «*La Democracia Constitucional in Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica de Derecho*; Christian Courtis, compilador, Eudeba; Buenos Aires, 2001», e «*Derechos Fundamentales, en Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid 2007». Nella nota 1 e in testo viene citato anche il giurista ecuadoriano Antonio Peña Freire, sempre in relazione alla effettiva garanzia dei diritti che lo Stato costituzionale propugna.

<sup>17</sup> Si tratta di un'azione per inadempimento di sentenza costituzionale in un caso di illegittima destituzione dall'ufficio di un magistrato.

<sup>18</sup> Per una proposta classificatoria dei sistemi di giustizia costituzionale in relazione al parametro degli



Ancora, con la sentenza 005-09-SEP-CC del 14 maggio 2009, un altro giudice, Edgar Zárate Zárate, utilizza l'argomento dell'adesione costituzionale a una nuova forma di Stato per giustificare la competenza della Corte a rivedere le sentenze definitive del Tribunale Supremo Elettorale, qualora rappresentino una violazione di diritti costituzionali, facendo ricorso a dottrina già richiamata in precedenti sentenze: «así, Ramiro Ávila, citando a Ferrajoli y su teoría garantista manifiesta que, “*la existencia de un derecho demanda la creación de una garantía adecuada*” por lo tanto, la no existencia de garantías implica una omisión por parte del Estado, pudiendo ser ésta producto del legislador como del juzgador y debe ser considerada como una inconstitucionalidad» (p. 5).

Citiamo inoltre la sentenza 015-09-SEP-CC, non solo perché il giudice relatore è diverso da quelli finora menzionati, trattandosi di Ruth Seni Pinoargote, ma anche in quanto si tratta di un caso in cui la Corte, pur rigettando la questione per mancanza dei requisiti di ammissibilità, si intrattiene largamente nella motivazione a spiegare, nel quadro del nuovo Stato costituzionale di diritti e giustizia, il ruolo della Corte nella tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e la natura delle garanzie processuali ivi instaurate, quali l'azione straordinaria di protezione, facendo ampio ricorso alla dottrina nazionale e straniera in tema di forma di Stato, giustizia costituzionale, garanzie processuali<sup>19</sup>.

Si potrebbe continuare con gli esempi, ma sarebbe necessario citare quasi tutte le sentenze, per lo meno fino al termine del mandato del periodo di transizione della Corte. Riteniamo sufficienti gli argomenti apportati per sostenere che esiste un'alleanza tra formante dottrinario e formante giurisprudenziale, finalizzato a sostenere giuridicamente il carattere innovativo dell'ordinamento ecuadoriano e la sua appartenenza al *nuevo constitucionalismo* andino. Seppur in forma meno articolata, la maggioranza delle sentenze degli anni successivi presenta un'introduzione di questo tenore, seppur il riferimento alla “consolidata” giurisprudenza della Corte sostituisca per autorità il richiamo diretto al formante dottrinale, cambiandone dunque la natura, da attivo in passivo, ossia con effetti innovativi sull'ordinamento soltanto in quanto recepito da quello giurisprudenziale.

2.2. Come abbiamo visto, l'art. 1 della Costituzione ecuadoriana racchiude, nella lunga serie di qualifiche attribuite allo Stato, valori e principi che ne determinano la natura “autoctona”. Fra questi, un posto fondamentale occupano gli attributi della interculturalità e della plurinazionalità, strettamente legati fra loro e al recepimento di parte della cosmovisione indigena all'interno della nuova Costituzione. La diversi-

---

strumenti coercitivi a disposizione delle Corti per garantire che il proprio verdetto venga rispettato sia consentito rinviare a S. BAGNI, *Modelli di giustizia costituzionale e attuazione dei diritti*, in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Del Control Político al Control Jurisdiccional. Evolución y Aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*, CCSDD-Lecture Series n. 17, Bologna, 2005, pp. 5-36.

<sup>19</sup> Vengono citati Antonio Peña Freire, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Jorge Zavala Baquerizo, Néstor Sagüés, Manuel Aragón Reyes.

tà culturale viene riconosciuta come base dello Stato, che assume come “propri” alcuni valori delle comunità indigene e si impegna a praticare l’interculturalità nelle istituzioni e attraverso le politiche attive di governo: «La interculturalidad, como dirían algunos planificadores, es un eje transversal de toda la Constitución, que debería tener impacto en la organización del Estado, en el sistema jurídico y en su aplicación»<sup>20</sup>. A riprova della centralità del concetto, si può notare come nella Costituzione ecuadoriana il sostantivo «interculturalidad» o la qualificazione di un diritto, principio o politica come «intercultural» compaiono ben 23 volte!

L’alleanza tra formanti in questo specifico ambito appare tuttavia meno stretta, rispetto all’atteggiamento monolitico che abbiamo riscontrato nel § precedente, in relazione al neocostituzionalismo. Innanzitutto, sono molti meno i casi in cui la Corte ha sentito l’esigenza di richiamare questi principi per giustificare una determinata applicazione del diritto. Fra quei pochi, le citazioni dottrinarie sono in ogni modo molto scarse; spesso vengono usate all’interno di *votos salvados*; infine, sono firmate quasi esclusivamente dal medesimo giudice, Nina Pacari, che si è fatta paladina, negli anni di servizio presso la Corte, della difesa dei diritti degli indigeni e di una interpretazione realmente interculturale della Costituzione di Montecristi, in ossequio allo spirito costituente e alle prescrizioni costituzionali. A volte, capita addirittura che principi apertamente derivati dalla cosmovisione indigena, o recepiti dall’ordinamento al fine di garantirne la plurinazionalità, vengano utilizzati dalla Corte per giustificare, in modo del tutto capzioso, interpretazioni della legge coerenti con la forma di Stato liberale.

Nella sentenza interpretativa 002-09-SIC-CC la Corte affronta per la prima volta un caso relativo ai diritti degli indigeni alla e sulla terra<sup>21</sup>. Tra le disposizioni costituzionali che hanno in qualche modo recepito la cosmovisione del *sumak kawsay* c’è l’art. 83, che fissa i doveri e le responsabilità dei cittadini ecuadoriani. Vi troviamo, al punto 2: «Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar», nonché, al punto 7: «Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir», ossia il principio che afferma la tendenziale priorità dell’interesse generale sopra quello individuale. La previsione di un tale indirizzo interpretativo avrebbe dovuto, nell’intenzione del costituente, spianare la strada delle comunità indigene alla restituzione delle terre sottratte, superando l’in-

---

<sup>20</sup> R. ÁVILA SANTAMARÍA, “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?”, in B. DE SOUSA SANTOS, A. GRIJALVA JIMÉNEZ (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, 2012, p. 281.

<sup>21</sup> Si trattava di decidere sull’interpretazione delle norme costituzionali che riconoscono il diritto degli indigeni alle terre comunitarie, la competenza dello Stato nella gestione dei settori strategici, fra cui l’energia e le risorse naturali non rinnovabili, il riconoscimento di tutte le forme di proprietà, incluse quella comunitaria, cooperativa e mista, il potere di espropriazione dello Stato a fronte di ragioni di utilità pubblica o interesse sociale o nazionale. Nella fattispecie, l’ufficio del Registro immobiliare del Cantone Santa Elena si rifiutava di registrare i contratti di trasferimento della proprietà di terreni implicanti la divisione di terre appartenenti alle comunità, finalizzati alla costruzione di un gasdotto per il trasporto del GPL nel territorio comunale di Monteverde.

trinseco contrasto tra l'obiettivo di redistribuzione e la tutela della proprietà privata e dei diritti acquisiti.

Di fatto, il giudice utilizza l'argomento a rovescio, mancando totalmente di una prospettiva interpretativa interculturale. La prima parte della motivazione riprende pedissequamente sia gli argomenti già utilizzati nelle precedenti sentenze sull'interpretazione costituzionale, sia quelli con cui la Corte si interroga sul significato dell'espressione «Stato costituzionale di diritti e giustizia». Avendo tra le mani un astratto conflitto fra diritti costituzionali, la Corte ribadisce che il suo ruolo, alla luce dei principi dello Stato costituzionale di diritti e giustizia, è quello di risolvere i conflitti interpretativi nel modo che maggiormente garantisca l'effettività dei diritti e l'applicazione diretta della Costituzione, attraverso un giudizio di ponderazione nel caso concreto, richiamandosi all'insegnamento del costituzionalista Luis Prieto Sanchís<sup>22</sup>. La Corte afferma: «se prioriza el interés general que representa a toda la nación, respecto del interés particular o comunal» (p. 16). Il principio viene utilizzato sacrificando l'interesse comunale rispetto a quello nazionale, con un'inversione di direzione in aperto contrasto con la *ratio* originaria della norma. Tuttavia, nel caso concreto non sorgono contestazioni da parte delle comunità, essendoci stato, almeno stando a quanto affermato dalla Corte nella sentenza, il loro accordo e la loro partecipazione alla progettazione. Non sempre questa attenuante è applicabile a tutti i casi in cui la Corte inverte il senso di applicazione di principi costituzionali.

Nella sentenza 001-10-SIN-CC il Presidente della *Federación de Nacionalidades Indígenas* dell'Ecuador CONAIE e il Presidente dei *Sistemas Comunitarios de Agua* delle parrocchie di Tarqui, Victoria del Portete e di altre comunità della provincia del Azuay, impugnano per azione diretta diverse disposizioni della *Ley de Minería*, sia per illegittimità formali, in quanto il Governo non avrebbe rispettato il diritto alla consulta previa delle Comunità indigene coinvolte nel progetto di sfruttamento minerario, e poiché di fatto viene attribuita alla fonte forza passiva di legge organica, senza che l'atto ne possieda la forma; sia nel merito, poiché violerebbero il diritto delle comunità indigene al loro territorio inalienabile e inespugnabile.

Innanzitutto, la dottrina giuridica interviene nella causa, attraverso la *Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, che deposita un testo in qualità di *amicus curiae*, da cui viene tratta un'ampia citazione nel voto dissidente (p. 46).

La Corte, nell'opinione di maggioranza, rispetto alle obiezioni di forma, riconosce non sussistere la violazione del diritto alla consulta prelegislativa, mentre nel merito, attraverso una sentenza interpretativa, dichiara incostituzionali alcune norme della legge per violazione del diritto alla terra delle nazioni indigene, limitatamente ai casi in cui le procedure ivi previste si applichino in territorio indigeno. Sul diritto alla consulta previa, la Corte ritiene sufficienti le limitate misure adottate dal Gover-

---

<sup>22</sup> L'opera a cui si fa riferimento in nota 4 è: «PRIETO L., *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Ministerio de Justicia».

no per coinvolgere in via consultiva alcuni esponenti delle maggiori associazioni indigene del Paese, di cui il Ministero per le miniere aveva fornito la prova nel corso del giudizio, attraverso la produzione di lettere di invito a manifestare pareri, con le rispettive risposte da parte delle associazioni coinvolte. Nonostante il diritto alla consulta previa delle popolazioni indigene sia un istituto ampiamente studiato dalla letteratura giuridica dell'intero continente, non troviamo traccia di alcun richiamo dottrinale sul tema, mentre viene citato due volte un articolo di David Fernández Puyana dedicato al tema della tutela delle minoranze nazionali in Europa orientale<sup>23</sup>, per giustificare l'applicazione del principio di diritto internazionale «*rebus sic stantibus: cambio sustancial de circunstancia*», in base al quale, secondo la Corte, le circostanze eccezionali del cambio di regime costituzionale avrebbero legittimato l'adozione della legge anche in assenza di una disciplina dell'esercizio del diritto alla consulta previa, ritenendo sufficienti gli accorgimenti procedurali implementati dal Governo<sup>24</sup>.

È interessante notare come a difesa dell'operato del Governo i legittimati passivi utilizzino ripetutamente l'argomento "interculturale" della necessità di rispettare il principio del *sumak kawsay*, per cui l'interesse generale deve sempre essere anteposto a quello particolare. Secondo il loro ragionamento, richiedere un procedimento più articolato di consultazione delle nazioni indigene, con il rischio implicito di bloccare le attività estrattive, sarebbe contro l'interesse generale allo sfruttamento delle risorse non rinnovabili, il cui ricavato andrebbe a beneficio di tutto il Paese. L'evidente distorsione di questo argomento, che usa i principi del *buen vivir* per negare i diritti dei popoli indigeni, viene denunciato nell'opinione dissenziente: «pretender interpretar lo contrario en aras del bien común obedece a un ejercicio demasiado forzado en mantener la exclusión contrariando todos los importantes logros consagrados en la vigente Constitución y entrando en contradicción con el respeto de otros derechos constitucionales conexos» (p. 54 s.).

Sempre sul tema della consulta previa, la Corte, nell'opinione di maggioranza, ne riconosce il carattere di diritto collettivo fondamentale e di natura sostanziale, anche sulla base delle norme di diritto internazionale ratificate dallo Stato<sup>25</sup>, arrivando an-

<sup>23</sup> «*Régimen Jurídico para la protección de las minorías nacionales en los países de la Europa Oriental conforme al Derecho previsto en Naciones Unidas*, in *Cuaderno Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerriol* 43/44, *Actas del III Encuentro Español de Estudios sobre la Europa Oriental, Volumen Segundo*, Carlos Flores Juberías (coord.), Valencia, primavera/verano, 2003».

<sup>24</sup> «Conscientes del contexto histórico, las circunstancias en las que se desarrolló el proceso de aprobación de la Ley de Minería, y ante la ausencia de una regulación infraconstitucional previa que establezca el procedimiento de la consulta prelegislativa, esta Corte determina que en el proceso de promulgación de la Ley se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios a un segmento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas representados por sus máximos dirigentes, aspecto que confirma la aplicación directa de la Constitución; si bien estos mecanismos no se equiparan integralmente a un proceso de consulta prelegislativa, contienen elementos sustanciales del mismo, y así lo declara esta Corte» (p. 38).

<sup>25</sup> «En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la

che a definirne i criteri di svolgimento in assenza di una legge attuativa: carattere preventivo rispetto all'approvazione della legge; natura autonoma del procedimento rispetto agli altri due tipi di consultazione previsti dagli art. 57, c. 7 e 398 cost.; rispetto dei processi deliberativi propri delle comunità, popoli e nazionalità coinvolte; articolazione del processo in quattro fasi (preparatoria, convocazione pubblica, registrazione, informazione ed esecuzione, analisi dei risultati e chiusura del procedimento), ciascuna con le sue regole specifiche.

Quanto alle obiezioni di merito, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che prevedono la dichiarazione generale di pubblica utilità dell'attività mineraria, l'automatica costituzione di servitù di passaggio per realizzare le prospezioni, la libertà di prospezione, ottenimento delle concessioni e autorizzazione alla costruzione delle installazioni complementari e infine la consulta ambientale, limitatamente alla loro applicazione ai territori delle comunità, popoli e nazionalità indigeni. La Corte arriva a questa conclusione argomentando circa il suo dovere di procedere a un'interpretazione interculturale della Costituzione<sup>26</sup>, in base alla quale essa riconosce che il significato che gli indigeni attribuiscono alla terra è completamente diverso dalla concezione occidentale, secondo cui essa è soltanto oggetto di diritti, come quello di proprietà privata, rappresentando invece per loro un elemento essenziale di identità e presupposto per il godimento di altri diritti collettivi. Per questo motivo, la logica della legge, che riconosce un indennizzo pecuniario a fronte delle servitù e dei diritti d'uso sulla terra, non corrisponde a un'applicazione interculturale della Costituzione. Tuttavia, l'opinione di maggioranza ricorre questa volta tanto a giurisprudenza comparata quanto a dottrina sull'interpretazione conforme<sup>27</sup>, per giustificare il proprio *self-restraint*, affermando che l'azione e la relativa dichiarazione di incostituzionalità sono strumenti eccezionali e disquisendo sulla legittimità o meno dell'attivismo giudiziale da parte delle Corti costituzionali<sup>28</sup>.

La sentenza, in definitiva, opera un uso strumentale del principio interculturale, salvando il più possibile la legge nel suo contenuto, e assolvendola dal punto di vista formale. Contro tale manipolazione si esprime l'opinione dissenziente, che bocchia totalmente la legge su entrambi i profili.

---

consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador» (p. 31). La parte sottolineata della citazione prelude all'affermazione che nel caso in esame lo Stato ha operato in circostanze eccezionali che legittimano un'eccezione al diritto appena riconosciuto.

<sup>26</sup> È dovere della Corte la «interpretación intercultural del marco constitucional a la luz de los aportes que nos brindan las nociones de las cuales son portadoras los pueblos y nacionalidades indígenas, para de ese modo hacer efectivo el pleno ejercicio de sus derechos en sociedades pluriculturales» (p. 43 s.).

<sup>27</sup> Si tratta di «Néstor Pedro Sagüés, *Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008».

<sup>28</sup> Qui citando, oltre a Sagüés, Javier Díaz Revorio, *La interpretación constitucional*, citato in Néstor Pedro Sagüés, *Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.

Nel suo *voto salvado* il giudice Nina Pacari imposta la propria argomentazione partendo da una dotta ricostruzione del ruolo di garanzia del controllo di costituzionalità nello Stato costituzionale di diritto, citando numerosi autori (Manuel Aragón Reyes, Joachim Roth, Christian Masapanta Gallegos, Néstor Pedro Sagiés, Salvatore Senese, Carlos Bernal Pulido, Antonio Peña Freire). Poi, dedica un intero paragrafo alla diversità culturale e all'interculturalità: partendo dalle affermazioni sull'interculturalità contenute nell'opinione di maggioranza, le sviluppa, definendola come il dialogo epistemico fra le diverse culture, che interagiscono fra loro, si arricchiscono reciprocamente, si correggono e si autoalimentano. Viene citato in proposito un ampio passo di Alberto Acosta<sup>29</sup>, mentre un altro di Mauricio Beuchot serve ad approfondire il concetto di cultura e uno di Oscar Guardiola Rivera quello di interculturalità. Boaventura de Sousa Santos viene ampiamente "saccheggiato" per spiegare cosa significa utilizzare una prospettiva interculturale nell'interpretazione giuridica. Per difendere il diritto alla consulta previa, la giudice cita dottrina a sostegno dell'incorporazione del diritto internazionale sui diritti umani nel *bloque de constitucionalidad*<sup>30</sup> e si appoggia ampiamente alla giurisprudenza della Corte interamericana.

Riguardo alla presunta consultazione realizzata dal Governo prima dell'approvazione della legge, la giudice rileva come un appropriato procedimento avrebbe richiesto una consultazione pubblica, da svolgersi all'interno delle comunità secondo i propri riti e costumi, e non una richiesta di parere indirizzata meramente ad alcuni dei rappresentanti delle maggiori associazioni indigene. Richiamando la normativa internazionale e la giurisprudenza della Corte interamericana, poi, il giudice individua tutti gli altri aspetti procedurali che sono mancati nel caso di specie in ogni fase della consultazione. La consulta prelegislativa non può essere considerata alla stregua di un mero requisito formale, bensì assurge a requisito sostanziale per la realizzazione di un vero dialogo sui contenuti del provvedimento normativo in grado di ledere i diritti collettivi dei popoli indigeni.

Infine, anche nel merito Nina Pacari si appoggia alla dottrina, andando a precisare il concetto di "terra" nel diritto indigeno<sup>31</sup> e citando Roberto Dromi in relazione al processo di bilanciamento fra interessi collettivi delle comunità indigene e concetto di "pubblica utilità" alla base delle espropriazioni<sup>32</sup>.

Prima del caso sulla *Ley de Minería* troviamo un'altra sentenza che porta la firma del magistrato Nina Pacari, questa volta come giudice relatore per l'intera Corte, e che ha ad oggetto l'applicazione del principio interculturale. Si tratta della sentenza

<sup>29</sup> «Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Quito, 2009».

<sup>30</sup> Viene citato «Julio César Trujillo, *El Ecuador como Estado Plurinacional*, en *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Quito».

<sup>31</sup> Viene citata due volte «Elisa Cruz Rueda, "Principios generales del derecho indigena", en "Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad", Quito, 2009».

<sup>32</sup> «Roberto DROMI, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2001».

008-09-SAN-CC del 9 dicembre 2009<sup>33</sup>, dove ci troviamo di fronte a un caso in cui le autorità statali non hanno applicato in via amministrativa il principio interculturale, riconosciuto come un attributo specifico anche del diritto all'educazione, attuando un trattamento eguale per tutte le università statali senza considerare le caratteristiche proprie del sistema di formazione basato sui saperi ancestrali delle comunità indigene.

La Corte comincia, come abbiamo visto essere tipico nelle sentenze di questi anni, con la contestualizzazione del proprio ruolo di garante di tutti i diritti all'interno del nuovo Stato costituzionale di diritti e giustizia, citando Bobbio e Alexy. La dottrina è abbondante anche in relazione al tipo di azione esercitata dai ricorrenti<sup>34</sup>.

Prosegue con il ricordare, richiamando Gaitán Villavicencio<sup>35</sup>, la natura pluriculturale e multiethnica dello Stato, che nello specifico ambito della formazione e della conoscenza implica il riconoscimento di una diversità cognitiva ed epistemica, come riconosce López Barcena<sup>36</sup>. Poi, elenca i diritti collettivi che la Costituzione ha riconosciuto ai popoli indigeni, fra i quali il rispetto e lo sviluppo delle conoscenze collettive e dei saperi ancestrali, la educazione interculturale bilingue, il rispetto delle loro metodologie di apprendimento e insegnamento. Tutto ciò inizialmente era confluito nella normativa sull'istituzione dell'Università interculturale, tanto che era stato previsto che essa avrebbe operato sulla base di "centri di conoscenza" secondo la cosmovisione indigena, dislocati nei territori locali, in quanto il sapere si produce a contatto con la natura e la vita comunitaria. La Corte dunque constata come l'obbligazione imposta all'Università ignori blandamente questi particolari presupposti derivanti da un'educazione interculturale<sup>37</sup>. Essa ricorda come tutte le autorità statali e private, nel compimento delle proprie funzioni, devono sviluppare una politica di riconoscimento della diversità: «Debe contarse con instrumentos, criterios e interpre-

---

<sup>33</sup> Azione per inadempimento promossa dalle autorità della *Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "Amawtay Wasi"*, creata con legge n. 40/2004, contro i provvedimenti adottati dal Consiglio nazionale per l'educazione superiore (CONESUP) che obbligano l'Università a svolgere nella sede di Quito il suo programma di formazione per i primi cinque anni dalla sua fondazione, e solo dopo tale termine le concedono di ampliare la sua offerta formativa presso sedi decentrate. Tali provvedimenti non fanno che richiamare una norma prevista dall'ordinamento generale per l'educazione superiore applicabile a tutti gli istituti universitari del Paese. I ricorrenti sostengono che questa obbligazione sia contraria agli scopi e alla natura dell'Università interculturale fissati nell'atto fondativo e nello statuto, dove correttamente si sottolinea la particolarità degli insegnamenti e dei corsi qui impartiti secondo i principi epistemologici della cosmovisione indigena, destinati in particolare a membri non abitanti delle comunità originarie che non avrebbero i mezzi per recarsi a Quito e vivere nella capitale.

<sup>34</sup> Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez, Rosario Baptista e Carlos Mamani, in nota 2, Eduardo Roza nella 3, Iván Castro Patiño nella 5, Beatriz Londoño Toro nella 6.

<sup>35</sup> Il testo richiamato è: *Pluriculturalidad e Interculturalidad en el Ecuador*.

<sup>36</sup> Il testo richiamato è: *Derecho y Justicia en el Estado de Oaxaca – México*.

<sup>37</sup> «Todo ello evidencia, una vez más, el criterio general y común con el cual se ha dado tratamiento y/o respuesta al pedido de este Centro de Estudios, en donde incluso se llegan a confundir a sus "centros del saber" con carreras tradicionales de oferta académica, así como a los programas a implementarse en los denominados Centros Universitarios Interculturales, como si fueran "extensiones"» (p. 25).

taciones auxiliares para adentrarse en el “otro” como sujeto de derechos, y conocer la profundidad de la cultura a donde pertenece el sujeto» (p. 26). Nel motivare la necessità di un’interpretazione interculturale della Costituzione la giudice cita sé stessa come dottrina<sup>38</sup>, definendo quali sono i criteri per una interpretazione in prospettiva interculturale: la continuità storica, ossia la preesistenza dei popoli originari che hanno mantenuto un proprio sistema di regole e valori; la diversità culturale, ossia la molteplicità delle nazionalità all’interno dello Stato e degli stessi popoli indigeni; l’interculturalità, ossia il dialogo epistemico fra le culture; l’interpretazione interculturale, ossia l’uso di nuovi approcci nell’applicazione delle norme statali a seconda del contesto culturale in cui vengono implementate.

Un altro caso di utilizzo della dottrina in funzione di contestazione della posizione maggioritaria, ritenuta dai dissenzienti non coerente con i principi dello Stato interculturale e plurinazionale, è quello della sentenza n. 005-11-SIN-CC del 12 ottobre 2011<sup>39</sup>.

Anche in questa occasione il giudice relatore, pur richiamandosi principalmente a precedenti della stessa Corte, inizia la propria argomentazione con un cenno alla nuova forma di Stato e al ruolo fondamentale che il controllo di costituzionalità vi svolge, richiamando a tale effetto parole di Manuel Aragón Reyes e di Lautaro Ríos<sup>40</sup>. Il caso viene risolto nel senso del rigetto del ricorso in quanto gli atti impugnati contengono norme di principio di carattere assolutamente generale, che rinviando a futuri atti normativi di attuazione, e come tali non sono in grado per sé di ledere alcun diritto costituzionale. I giudici Morales Vinueza e Luz Yunes firmano tuttavia un’opinione dissenziente nella quale analizzano l’illegittimità nel merito dei decreti impugnati, sulla base di vari parametri fra cui anche quello del rispetto della interculturalità e plurinazionalità. I giudici affermano che i decreti violano tali principi, poiché incentivano l’evangelizzazione da parte delle missioni cristiane delle comunità che vivono nei territori dove le prime sono insediate, realizzando in questo modo una palese violazione dei loro diritti a essere differenti, secondo la tesi interpretativa sostenuta dal giurista Christian Masapanta, richiamato nella motivazione<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Nella nota 19 cita: «Pacari, Nina, “Derecho Constitucional, diversidad y discriminación. Constitucionalismo y pluralismo”, en “Un Cambio Ineludible: La Corte Constitucional”, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007».

<sup>39</sup> Si tratta di un’azione diretta di impugnazione dei decreti n. 15-1780 del 2009, con i quali il Presidente autorizza la conclusione di accordi fra lo Stato e diverse missioni cattoliche per la realizzazione di varie attività sociali in sussidiarietà orizzontale (educazione, centri sanitari e di cura, sviluppo culturale e agricolo, ecc.), per violazione degli artt. 1-3 cost., che definiscono l’Ecuador come uno Stato interculturale, plurinazionale e laico.

<sup>40</sup> «Manuel Aragón Reyes, “Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999»; «Lautaro Ríos A., *El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile*, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 8, No. 1, Santiago de Chile, 2002».

<sup>41</sup> «Christian Masapanta, “El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: entre exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”, en *Derechos ancestrales. Justicia en contextos*



Infine, le sentenze più significative in tema di interpretazione interculturale dell'ordinamento sono la n. 113-14-SEP-CC del 30 luglio 2014 e la n. 004-14-SCN-CC, del 6 agosto 2014.

Nella prima, c.d. sentenza *La Cocha*<sup>42</sup>, la Corte parte dal riconoscimento della plurinazionalità e interculturalità dello Stato ecuadoriano; tuttavia, sulla base di un'analisi tutt'altro che interculturale del bene giuridico tutelato dalle norme che sanzionano l'omicidio, afferma che la giurisdizione in materia debba essere attratta in capo alla giustizia ordinaria. Si sostiene, infatti, che a livello costituzionale e internazionale il bene giuridico "vita" è tutelato nella sua dimensione soggettiva e personale, mentre per la comunità indigena Panzaleo esso viene in rilievo solo in una dimensione collettiva, in quanto la sua violazione genera una rottura dell'armonia all'interno della comunità. Poiché lo Stato è costituzionalmente obbligato a difendere la vita in quanto bene personale, e dato che la giustizia indigena non garantisce questo approccio, la Corte ritiene di dover sottrarre alla giurisdizione indigena la competenza in materia. Il ragionamento della Corte si fonda, a nostro parere, sui principi del multiculturalismo liberale, che applica la concezione del diritto propria della società occidentale, tanto che viene citato un articolo di dottrina che, a un'analisi di merito, appare del tutto incongruente con il caso di specie<sup>43</sup>. L'interculturalità non viene percepita dai giudici come implicante un approccio distin-

---

*plurinacionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2009».

<sup>42</sup> Un membro del popolo Panzaleo, della comunità indigena di La Cocha, viene ucciso da un gruppo di cinque giovani appartenenti allo stesso popolo. Il caso viene giudicato secondo le norme consuetudinarie dalla comunità, accettate tanto dai familiari della vittima quanto dagli imputati poi riconosciuti colpevoli, i quali vengono condannati a una serie di pene quali il bagno di ortiche, il trasporto di terra nudi per la piazza centrale della comunità, la richiesta pubblica di perdono e, per l'autore materiale del delitto, l'espulsione temporanea dalla comunità e i lavori forzati. Il fatto ottiene le luci della ribalta a causa di alcune immagini pubblicate dai media in relazione alle pene comminate ai colpevoli, tanto che il procuratore generale dello Stato ritiene di dover intervenire d'ufficio, ottenendo la consegna dei condannati che vengono posti in custodia in carcere, in attesa di un nuovo giudizio da parte delle autorità statali.

Il caso viene portato alla Corte costituzionale dal fratello della vittima attraverso azione straordinaria di protezione, al fine di ottenere una pronuncia che risolva i dubbi interpretativi circa l'esistenza della giurisdizione indigena, la conformità del sistema sanzionatorio indigeno ai diritti umani fondamentali, l'obbligatorietà della giurisdizione indigena per i membri della comunità, l'eventuale violazione del principio *ne bis in idem*, i principi di coordinamento e i limiti reciproci fra giurisdizione indigena e giurisdizione ordinaria.

Dopo una lunga decantazione dovuta anche al rinnovo della Corte nel 2012, l'estensione della sentenza viene affidata per sorteggio al giudice Fabian Marcelo Jaramillo Villa, che presenta un progetto in cui si conferma il verdetto della giustizia indigena, ma che viene rigettato da tutti gli altri membri del collegio. Il nuovo giudice relatore, Ruth Seni Pinoargote, nella sentenza definitiva, pur riconoscendo che la giustizia indigena non ha violato diritti fondamentali, afferma che, in caso di omicidio, la giurisdizione spetta sempre allo Stato.

<sup>43</sup> Si tratta di: «Rey Martínez, Fernando, "La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: Un derecho en transformación y expansión", in *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 7, N.0 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009».

to, in grado di questionare i presupposti stessi di un particolar modo di concepire il diritto.

Questo aspetto viene adeguatamente rilevato nell'opinione dissenziente. Il giudice Jaramillo Villa intanto parte dal presupposto che né il ricorrente né i condannati impugnano il contenuto delle sentenze. Il ricorso mira in realtà ad ottenerne la piena esecuzione e a dichiarare illegittima l'interferenza da parte della giustizia ordinaria. Per decidere su questo aspetto, tuttavia, il giudice deve assicurarsi che l'intervento statale non sia giustificato da una violazione dei limiti costituzionalmente fissati al pluralismo giuridico, sul cui significato viene richiamato testualmente un brano di Elisa Cruz Rueda<sup>44</sup>, attraverso un'interpretazione interculturale delle pratiche del popolo Panzaleo, di nuovo con l'aiuto di dottrina specializzata sul diritto indigeno<sup>45</sup>. Si tratta dello stesso percorso argomentativo svolto nell'opinione di maggioranza, ma con esito contrapposto. Il giudice Jaramillo Villa, infatti, quando arriva alla considerazione del bene giuridico tutelato, afferma che la caratteristica del diritto indigeno per cui la vita è garantita in quanto elemento di equilibrio ed armonia per la comunità, va analizzata «tomando en consideración que las comunidades pueblos y nacionalidades gozan también del derecho a la identidad cultural». Da ciò consegue che, qualora la giustizia indigena persegua i delitti che attentano alla vita, le obbligazioni di tutela in capo allo Stato sono sufficientemente adempiute. Solo nel caso in cui la giustizia indigena non si attivi, per mancanza di denuncia, o qualora il ricorrente decida fin da subito di rivolgersi alla giustizia ordinaria, lo Stato può sostituirsi alla giurisdizione indigena (p. 28). Le conclusioni a cui il giudice giunge nell'opinione dissenziente rappresentano, a nostro avviso, un esempio di applicazione interculturale del diritto, in quanto manifestazione di una piena equiparazione delle due tradizioni giuridiche contrapposte.

La Corte recupera un approccio interculturale nel caso Waorani<sup>46</sup>. Opportunamente, richiama la sentenza firmata dalla giudice Nina Pacari che abbiamo analizzato *supra*, dove si fissano tutti i criteri necessari a un'interpretazione interculturale (e dove si cita l'autore Oscar Guardiola Rivera). Infine, si appoggia al noto giurista co-

---

<sup>44</sup> «Elisa Cruz Rueda, "Principios Generales del Derecho Indígena", en *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008».

<sup>45</sup> In questo caso si cita più volte «Llásag Fernández, Raúl, "Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha", en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012».

<sup>46</sup> Sentenza n. 004-14-SCN-CC, del 6 agosto 2014, giudice relatore Manuel Viteri Olvera. Un giudice penale della provincia di Orellana, nella zona amazzonica dell'Ecuador, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 441 c.p. che prevede il delitto di genocidio. Due anziani del popolo Waorani (popolo di recente contatto) vengono uccisi ad opera di alcuni membri del popolo Taromenane, in isolamento volontario. La comunità Waorani decide di fare un'incursione nella foresta per cercare e punire le famiglie dei colpevoli e 17 membri del gruppo uccidono diversi componenti della famiglia, arrivando praticamente ad estinguere il gruppo, oltre a sequestrare due bambine, assimilandole alla loro comunità. Il procuratore generale della provincia incrimina per genocidio i presunti colpevoli e ne dispone la carcerazione preventiva.

lombiano Carlos Bernal Pulido per argomentare sull'applicazione del principio di uguaglianza sostanziale, in base al quale viene giustificato un trattamento diseguale nell'applicazione del diritto penale ai membri del popolo Waorani, in relazione alla loro differente realtà storica, culturale e di cosmovisione rispetto alla popolazione egemonica.

2.3. Come nel § precedente, iniziamo con un dato numerico: il termine «participación» (come sostantivo) ricorre nella Costituzione addirittura 100 volte, sicché possiamo affermare che l'Ecuador sia il Paese dell'area che prevede il sistema di partecipazione popolare più articolato<sup>47</sup>. Anche questo carattere del nuovo costituzionalismo ecuadoriano viene approfondito e spiegato attraverso l'apporto della dottrina.

Nella sentenza n. 001-09-SAN-CC del 13 marzo 2009<sup>48</sup>, le ragioni dell'affermazione e del rispetto dei principi di democrazia partecipativa conducono la Corte a sostenere un'interpretazione flessibile<sup>49</sup> del principio di divieto di irretroattività della legge, tra l'altro – ricorda la Corte – incluso nel codice civile e non nella Costituzione. Le articolate riflessioni sull'estensione del principio, infatti, sono integrate da quelle sul procedimento utilizzato per la riforma statutaria, il plebiscito, atto di partecipazione democratica per la cui corretta definizione la Corte si appoggia alla dot-

---

<sup>47</sup> Cfr. J.P. MORALES VITERI, *Los nuevos horizontes de la participación*, in R. ÁVILA SANTAMARÍA, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, cit., pp. 155-200; F. RAMÍREZ GALLEGOS, *Perspectivas del proceso de democratización en el Ecuador. Cambio político e inclusión social (2005-2010)*, in A. DARGATZ, M. ZUAZO (eds), *Democracias en trans-formación ¿Qué hay de nuevo en los nuevos Estados andinos?*, La Paz, 2012, p. 142 ss.; J.C. TRUJILLO, *Sociedad civil, estado y participación*, in S. ANDRADE, A. GRIJALVA, C. STORINI (eds), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, 2009, pp. 21-44. Si rinvia a S. BAGNI, *La partecipazione popolare in Ecuador*, in *DPCE*, n. 4, 2014, p. 1783 ss.

<sup>48</sup> Giudice relatore Roberto Bhrunis Lemarie. Si tratta di un'azione di *incumplimiento* (art. 74 ss. cost.) promossa dal Presidente della *Federación de Estudiantes* della *Universidad Católica Santiago de Guayaquil* contro il Rettore della medesima Università per non aver rispettato una risoluzione del Consiglio universitario che recepiva le riforme allo Statuto della Federazione degli Studenti approvate tramite plebiscito della comunità studentesca. La riforma statutaria ampliava a due anni la durata delle cariche elettive; il Consiglio universitario, alla scadenza del mandato secondo la precedente normativa, ma prima del termine previsto da quella riformata, convoca nuove elezioni, in base a un *informe* giuridico che afferma che la riforma può avere solo efficacia *pro futuro*, in virtù del principio di irretroattività della legge. L'azionante richiede il rispetto e l'attuazione della riforma statutaria, approvata sulla base di varie disposizioni legali che regolano la materia della rappresentanza studentesca nelle Università.

<sup>49</sup> «El argumento de fondo del accionado, reiterativo en sus alegatos, es la concepción del principio de irretroactividad de la ley como un concepto absoluto y rígido, cuando en realidad es un concepto relativo y flexible en el Derecho [...] En la doctrina se considera que la ley es de naturaleza histórica, porque tiene un tiempo en el que rige y un espacio en el que se aplica. El principio, en materia de efectos de la ley en el tiempo, es la irretroactividad, sin embargo, ese principio está establecido en una norma meramente legal y no constitucional, y a pesar de lo categórico de los términos en los que se lo concibe, obliga al juez común y no al legislador o constituyente, quienes pueden dictar un precepto legal contrario a otro precepto legal, sin mas límite que la Constitución; de esta forma el legislador, el constituyente o los asociados pueden modificar el principio de irretroactividad de la ley, dictando leyes o reformándolas con efecto retroactivo» (p. 12).

trina (Fayt e Orlando), senza peraltro citare espressamente le opere di riferimento. La Corte indaga l'intenzione del legislatore, sostenendo che la *ratio* della riforma fosse precisamente quella di prorogare i termini del mandato, e conclude che «tratándose de una reforma estatutaria aprobada en plebiscito, esto es, por el estudiantado que para el efecto es el soberano, tanto las normas reformadas cuanto la disposición transitoria, son de estricto e ineludible cumplimiento». La comunità studentesca viene riconosciuta come “sovrana” all'interno del rispettivo ordinamento. La Corte richiama anche “dottrina-parte” del processo, riferendosi al voto contrario del *decano* della Facoltà di Giurisprudenza in sede di approvazione dell'*informe* giuridico usato come fondamento della decisione di convocare le elezioni. Infine, la motivazione della sentenza si chiude con l'espresso riferimento ai diritti di partecipazione politica (art. 61 ss. cost.), citando nuovamente dottrina (Valles y Carreras).

Nella sentenza n. 008-09-SEP-CC del 19 maggio 2009<sup>50</sup>, il giudice relatore Roberto Bhrunis Lemarie cita ampiamente un passo tratto da Kavanagh, che a sua volta richiama Rousseau: «La Escuela de la Democracia Participativa, con base en los fundamentos de Rousseau, mantiene la necesidad de concebir la democracia, en su sentido moderno, como un proceso en el cual la medida del progreso hacia niveles más altos de democratización es, precisamente, el desarrollo de mecanismos participativos. Sea cual sea la forma de participación, se deben respetar los parámetros tanto legales como constitucionales»<sup>51</sup>.

Nella sentenza n. 010-13-SIN-CC del 25 settembre 2013<sup>52</sup>, la Corte dedica un intero paragrafo nella motivazione della sentenza a ricostruire natura, contenuto e confini dello Stato “democratico” ecuadoriano, in base alla definizione dell'art. 1 cost., affermando che la partecipazione popolare è il fondamento dell'esercizio effettivo e pieno della democrazia e richiamando più volte le argomentazioni di Luis Enrique Aguilar Cardoso<sup>53</sup>. Le disposizioni costituzionali mirano ad assicurare una partecipazione protagonista dei cittadini nelle attività di decisione, pianificazione, attuazione e controllo delle politiche pubbliche, concretizzando così un processo permanente di costruzione del potere cittadino. La Corte afferma che si tratta di un diritto a configurazione legale, ossia che può essere regolato dal legislatore, con i limiti del

---

<sup>50</sup> Si tratta di un'azione straordinaria di protezione esperita da un aspirante candidato parlamentare contro la sentenza del Tribunale elettorale che gli negava la candidabilità, avendo riscontrato cause di incompatibilità previste dalla legge.

<sup>51</sup> In sentenza viene indicata come bibliografia «D. KAVANAGH, “*Political Science and Political Behaviour*”, Lóndres, 1983, p. 170-181».

<sup>52</sup> Giudice relatore Manuel Viteri Olvera. Si tratta di varie azioni di incostituzionalità accumulate, contro alcune norme della Legge organica sul Consiglio di partecipazione cittadina e controllo sociale e di regolamenti dei concorsi per opposizione e merito rispetto a diversi organi costituzionali, laddove non si prevede mezzo di impugnazione alcuno contro i provvedimenti del Consiglio nazionale elettorale, si stabiliscono per legge incompatibilità irragionevoli, che limitano i diritti di partecipazione politica dei cittadini, si paventa un conflitto di attribuzioni fra le funzioni del Consiglio di partecipazione cittadina e altri organi costituzionali.

<sup>53</sup> L'opera citata è: «*Aproximación a la participación ciudadana en la región andina: el caso peruano*, Lima, Comisión andina de juristas, 2006».

rispetto del suo contenuto essenziale e degli altri diritti, e che va posto in relazione, nel caso di specie, con il diritto di accesso a cariche pubbliche in condizioni di imparzialità e trasparenza. Inoltre, le funzioni e il ruolo istituzionale del Consiglio di partecipazione cittadina nel quadro dello Stato costituzionale di diritti vengono lette alla luce della teoria del controllo di Manuel Aragón Reyes, in particolare nell'ambito del controllo sociale, che coinvolge ogni persona nell'esercizio di un controllo sulle attività dello Stato a tutela dei diritti costituzionali (p. 53). La funzione di trasparenza e controllo istituita dal costituente viene definita dalla Corte stessa come «un gran avance del constitucionalismo ecuatoriano». Nell'ambito di una interpretazione teleologica e sistematica della Costituzione la Corte riconosce piena coerenza tra le competenze assegnate agli organi della funzione di trasparenza e controllo e i principi costituzionali di responsabilità, trasparenza ed equità integrati nella Costituzione, sostenendo con fermezza che «no se puede conseqbir que se pretenda bajo un paleo-positivismo jurídico y constitutional, creer que ciertos organos deben ejercer atribuciones taxativas, cuando la esencia del constitucionalismo ecuatoriano es su naturaleza tutelar y garantista en cuanto a los derechos» (p. 55). Proseguendo nella difesa di questo assunto, la Corte si affida nuovamente alla dottrina per rafforzare la propria decisione, questa volta con riferimento alle competenze del Consiglio in merito al compimento degli obblighi di rendimento di conti da parte degli enti pubblici o privati che ricevono finanziamenti pubblici<sup>54</sup>.

Nel *dictamen* 001-11-DRC-CC del 15 febbraio 2011, il Presidente Correa richiede alla Corte di pronunciarsi su un articolato progetto di riforma costituzionale, indicando tanto quale procedimento fra quelli previsti dalla Costituzione si debba seguire, quanto controllando la costituzionalità dei quesiti da sottoporre a referendum. Il caso viene inizialmente affidato a Nina Pacari, la quale tuttavia firmerà, non il progetto di sentenza, redatto dal giudice Patricio Herrera Betancourt, bensì un *voto salvado* a cui aderiranno Alfonso Luz Yunes ed Hernando Morales Vinuesa, limitatamente ad alcuni quesiti (gli stessi redigeranno anche un'opinione dissenziente autonoma).

Innanzitutto, si deve segnalare come ancora una volta la dottrina interviene direttamente nel processo come parte attiva, in udienza pubblica, nelle persone dei costituzionalisti Agustín Grijalva, Julio César Trujillo, Ramiro Ávila e dell'economista Alberto Acosta, mentre altri esponenti dell'Accademia partecipano attraverso la presentazione di ricorsi in qualità di *amici curiae*, come il *decano* della Facoltà di Giurisprudenza della PUCE.

In questo caso, la dottrina è utilizzata dai giudici costituzionali dissenzienti, che si pongono come estremi difensori dei principi costituzionali del testo del 2008, contro una proposta di revisione che secondo la loro opinione e quella dei terzi intervenuti a vario titolo nel processo, in molti punti diminuisce le garanzie dei diritti fonda-

---

<sup>54</sup> Ampi riferimenti e citazioni a «Andreas Schedler, *¿Que es la rendicion de cuentas?*, Instituto federal de acceso a la información pública, en *Cuadernos de transparencia*, n. 3, México, 2006».

mentali previste nella versione originale della Costituzione. Troviamo dunque richiamata la dottrina in relazione alla difesa della presunzione di innocenza<sup>55</sup>; sui limiti alla carcerazione preventiva<sup>56</sup>; sulla natura del potere di riforma costituzionale<sup>57</sup>. Diversamente, l'opinione di maggioranza è scevra di riferimenti dottrinali e conseguentemente anche poco strutturata in termini teorico-filosofici, in netto contrasto con lo stile solitamente usato dalla Corte.

Stesso procedimento di controllo di costituzionalità sulle riforme costituzionali si ha nel *dictamen* 001-14-DRC-CC del 31 ottobre 2014, redatto dalla giudice Wendy Molina Andrade. Ancora una volta esponenti del mondo accademico (Ramiro Ávila, per sé e in rappresentanza di Alberto Acosta) intervengono personalmente nel procedimento costituzionale, in sede di udienza pubblica.

Si deve subito notare come, trascorsi ormai 6 anni dall'istituzione della Corte, essa tenda sempre più a citare sé stessa e sempre meno a cercare legittimazione al di fuori della propria giurisprudenza, sia in formanti giurisprudenziali stranieri che nella dottrina.

Questa pronuncia offre anche un altro lato di interesse in relazione alla materia che qui si sta affrontando. Infatti, una delle proposte di revisione costituzionale oggetto di controllo prevedeva l'abrogazione del divieto di rielezione a qualsiasi carica pubblica dopo il secondo mandato. Nel motivare circa la costituzionalità di tale opzione, il primo approccio utilizzato è l'argomento di diritto comparato, tuttavia attraverso il formante costituzionale. Dopo 56 pagine di silenzio sulla dottrina, affrontando il tema dello Stato democratico, la Corte torna alle vecchie abitudini, citando Norberto Bobbio e il suo concetto di democrazia<sup>58</sup>, per arrivare a confermare che la partecipazione popolare all'adozione delle decisioni politiche ne è un elemento fondamentale<sup>59</sup>.

Nuovamente, la giudice relatrice richiama dottrina per giustificare la riforma costituzionale come strumento di adeguamento della Costituzione al sentire popolare<sup>60</sup>. Dopo aver riconosciuto che il principio dell'alternanza non è costitutivo della forma di governo ecuadoriana, attraverso una comparazione diacronica con il testo costituzionale del 1998, la Corte passa ad analizzare i diritti di partecipazione politica. Su questo punto, il cambiamento avvenuto con il passaggio dalla Corte

---

<sup>55</sup> «Rodríguez, Orlando Alfonso, "La presunción de inocencia", Principios Universales, 2a edición, reimpresión, Bogotá».

<sup>56</sup> «Perfecto Andrés Ibáñez, *Justicia Penal, derechos y garantías*, Editorial Palestra, Lima, 2007; Luis Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, 2004».

<sup>57</sup> «Nogueira Alcalá e Gustavo Zagrebelsky; Gregorio Badeni, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2006, Tomo I».

<sup>58</sup> Viene citata l'opera: «*Crisis de la democracia*, Fondo de cultura de México, México, 1986».

<sup>59</sup> «El elemento esencial del actual modelo democrático, participación ciudadana, impone varios presupuestos».

<sup>60</sup> In particolare, si cita «Gonzalo Ramiro Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites al poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, en *Revista Temas de derecho público*, n. 69, Bogotá, 2003».

del periodo di transizione a quella attuale in relazione alla strategia argomentativa diventa evidente. Nella sentenza in commento non c'è alcun rinvio ad opere dottrinarie, bensì soltanto, e in misura limitata, a precedenti della Corte, rispetto a un argomento che nel mandato precedente sarebbe stato senza dubbio ampiamente arricchito da citazioni dotte. Tuttavia, siccome in udienza pubblica e negli scritti degli *amici curiae* la dottrina era stata ampiamente citata a sostegno della illegittimità della proposta di riforma, il giudice relatore si sente in dovere di argomentare *a contrario*, ma lo fa senza citare a sua volta dottrina, bensì nel metodo, squalificando il valore della dottrina come fonte. Vale la pena citare il passo della sentenza per esteso:

«[...] la doctrina o teorías transnacionales, parafraseando el profesor colombiano Diego López Medina, en su texto *Teoría impura del derecho*, se escriben desde un contexto geográfico determinado, y desde un sistema jurídico particular. La doctrina, en tanto fuente auxiliar del derecho, cuenta con un efecto general o abstracto, es decir, no se puede asumir en un erróneo ejercicio de derecho comparado, cualquiera sea su postulado, éste debe ser el parámetro de evaluación de una institución perteneciente al ordenamiento jurídico constitucional de un país. Si bien el análisis jurídico puede tomar en cuenta criterios teóricos transnacionales, se debe necesariamente evaluar sus instituciones a partir de su dimensión contextual, es decir partiendo de las circunstancias particulares que caracterizan a las sociedades de cada sistema jurídico. No cabe, por lo tanto, ante un sistema jurídico autónomo, incurrir en afirmaciones doctrinarias que devengan en la generación de dogma hacia determinadas teoría o doctrinarios» (p. 66).

La dottrina viene definita «fonte ausiliaria del diritto», negando che sia vincolante per la Corte. Il giudice, dunque, non arriva a rinnegare la tradizione argomentativa che si è instaurata fino a quel momento, di utilizzare la dottrina come formante attivo dell'ordinamento giuridico, bensì adduce, nel caso, una erronea applicazione del metodo comparato, ricordando come anche le opinioni dottrinarie sono elaborate all'interno di un contesto geografico, giuridico e culturale particolare, per cui una qualsiasi «teoria transnazionale» del diritto non può essere aprioristicamente ritenuta applicabile, a mo' di dogma, all'interno di un diverso sistema. La Corte dunque utilizza un'obiezione metodologica contro argomentazioni di carattere sostanziale. La conseguenza coerente della sua affermazione avrebbe dovuto essere un'analisi comparata delle posizioni dottrinarie richiamate dagli intervenienti e dagli amici, al fine di verificarne in concreto la importabilità nel contesto ecuadoriano, eventualità che viene invece assunta *a priori* come irrealizzabile.

3. «Nella costruzione del diritto, la dottrina contribuisce ad alimentare i formanti dinamici, ma oggi, nel mondo occidentale, non produce direttamente diritto autoritativo. Però, non è stato sempre così in passato, né lo è ovunque oggi. Occorre dunque porre molta attenzione nel distinguere i formanti attivi o dinamici dagli altri, e sganciarsi dalla visione del positivismo legislativo – vate dell'«univocità della regola»

– a favore di una visione (pure positivista) del diritto che assegni a ciascuno il suo ruolo, a seconda dei tempi e dei luoghi»<sup>61</sup>. Dall'analisi condotta sulla giurisprudenza della Corte costituzionale ecuadoriana possiamo trarre alcune riflessioni circa il ruolo della dottrina come formante dell'ordinamento giuridico. La citazione tratta dal *dictamen* 001-14-DRC-CC con cui abbiamo chiuso il § precedente ci dice chiaramente che la dottrina non è fonte del diritto, ma al contempo le riconosce un ruolo determinante nell'interpretazione delle altre fonti. A nostro avviso, quanto meno negli specifici ambiti materiali qui analizzati, la dottrina assurge a vero e proprio formante dinamico, anche perché si tratta di attribuire un contenuto prescrittivo a formule e categorie che sono per sé stesse il frutto di un'invenzione dottrinale, quali la forma di Stato costituzionale di diritti e giustizia, lo Stato interculturale, lo Stato partecipativo. Riprendendo una categoria coniata da Doyle per spiegare le citazioni giurisprudenziali straniere da parte di giudici costituzionali, potremmo affermare che la dottrina svolge il ruolo di «theoretical authority»<sup>62</sup>: non essendo fonte del diritto statale non può essere considerata vincolante; tuttavia, i giudici possono ritenerla una fonte autoritativa sul piano teoretico, ossia nel modo in cui intendere e interpretare il sistema giuridico, una “ragione per credere”<sup>63</sup> in una sua determinata lettura, esattamente come succede quando ci formiamo un'idea su questioni controverse attraverso l'opinione di persone che riteniamo competenti nella materia.

L'Accademia stessa appare consapevole di questo suo ruolo da protagonista nell'opera di creazione e legittimazione del nuovo ordinamento costituzionale del Paese, intervenendo direttamente nei processi, in udienza pubblica o come *amicus curiae*, ogni qualvolta la giurisprudenza costituzionale appaia tradire lo spirito del processo costituente<sup>64</sup> e della Costituzione del 2008.

A tal proposito, abbiamo potuto notare una relazione “sentimentale” tra giudici costituzionali e dottrina piuttosto solida, sebbene segnata da qualche “scappatella”. Mentre il tema centrale della legittimazione della nuova forma di Stato di diritti e giustizia vede uniformità di intenti nella coppia, la concreta definizione dello Stato interculturale e di quello partecipativo mette alla prova i giudici costituzionali, divisi fra la fedeltà a un principio/valore e la responsabilità di consentire l'implementazione di un programma riformatore di governo. Il ruolo della suocera invadente è alternativamente giocato dal progetto politico presidenziale, per quello che riguarda la partecipazione popolare, e dal crittotipo culturale, per ciò che attiene ai diritti degli indigeni. Ciò non toglie che la relazione fra giurisprudenza e dottrina non si è co-

<sup>61</sup> L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, p. 103.

<sup>62</sup> O. DOYLE, *Constitutional cases, foreign law and theoretical authority*, in *Global Constitutionalism*, vol. 5, 2016, pp. 85-108, doi:10.1017/S2045381715000192.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 90: «[...] theoretical authority provides an exclusionary reason for belief. If we treat another person as a theoretical authority, we treat the fact of her belief in X as a reason to believe X, that excludes the force of other reasons we might have to believe or disbelieve X».

<sup>64</sup> La Costituzione stessa, all'art. 427, impone di interpretare la Costituzione, in caso di dubbi, nel senso che più favorisca la piena vigenza dei diritti e che rispetti maggiormente la volontà del costituente.



munque mai interrotta, creandosi piuttosto una frattura in seno alla Corte, dove la dottrina si trova per lo più al fianco del gruppo di giudici di minoranza.

Infine, è da registrare una mancanza di coraggio da parte della giurisprudenza costituzionale, e forse una certa latitanza da parte della stessa dottrina, nello sviluppo dell'“originale” costituzionalismo ecuadoriano proprio in uno dei suoi ambiti più innovativi, ossia il regime del *buen vivir* e il rapporto fra uomo e natura. Da una parte, ancora pochi sono stati i casi giunti alla Corte nei quali si sarebbe potuta iniziare un'opera costruttiva in tal senso; dall'altra, forse, scetticismo e pragmatismo hanno prevalso sull'affermazione di valori ancora non del tutto condivisi nella società.



---

## LA CIRCOLAZIONE DEI FORMANTI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI NEL RISARCIMENTO DEL DANNO DA “NASCITA MALFORMATA”

---

MARIA FEOLA

SOMMARIO: 1. L’impatto della dottrina sugli orientamenti delle Corti Supreme e il ruolo della comparazione nella soluzione dei problemi di diritto interno. – 2. La «condotta colpevole», la legittimazione soggettiva, l’evento di danno e gli interessi tutelati. La questione del rapporto di causalità. – 3. Le responsabilità contrattuale o extracontrattuale del medico e della struttura sanitaria nei riguardi della gestante e del minore “nato malformato”. – 4. Il risarcimento del danno da «nascita malformata» come responsabilità delittuale da inadempimento. – 5. La prestazione sanitaria, tra obblighi di prestazione e obblighi di protezione. I limiti alla “contrattualizzazione” della responsabilità. – 6. L’onere della prova nella responsabilità delittuale da inadempimento. – 7. I danni (patrimoniali e non patrimoniali) risarcibili. Il danno da «nascita malformata» quale causa di un’«esistenza diversamente abile».

1. Un tema che, più di altri, si presta ad essere esaminato sotto il profilo dell’«impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice»<sup>1</sup> è quello della responsabilità degli operatori sanitari per il c.d. danno da “nascita malformata”<sup>2</sup>. Successivamente all’*arrêt Perruche*<sup>3</sup> la dottrina francese si è contrapposta in due schieramenti che «si sono appellati ai medesimi valori umani», ma che «si sono divisi soltanto sulle conseguenze, semi-simboliche e semi-futuriste, che essi hanno creduto di poter dedurre dalla sentenza, grazie a un grande impiego di sofisticerie e di astrazione»<sup>4</sup>. Al termine di un «dibattito tra teologi» si è pervenuti alla conclusione «un po’ labo-

---

<sup>1</sup> Sul termine «formante», utilizzato nei titoli sia della ricerca PRIN 2010-2011, sia del Convegno di Verona e di molteplici relazioni, l’insegnamento di R. SACCO, voce *Formante*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV ed., Sez. civ., VIII, Torino, 1991, p. 438 ss., anche in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Tratt. di dir. comp.* diretto da R. Sacco, Torino, III ed., 2008, p. 3 ss.

<sup>2</sup> Questo termine, già utilizzato in precedenza (M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 75 ss.), è tratto da Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 175 ss.

<sup>3</sup> Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, in *Sem jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, p. 2309.

<sup>4</sup> P. JESTAZ, *Une question d’épistémologie (à propos de l’affaire Perruche)*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 547.

riosa, secondo la quale la decisione di far risarcire lo sfortunato Perruche dai medici negligenti (o piuttosto dai loro assicuratori) sarebbe suonata come un insulto alla miseria degli handicappati e delle loro famiglie»<sup>5</sup>. Lo stesso manifesto pubblicato su *Le Monde*, «a mezza via tra il “J’accuse” e la petizione, e sottoscritto da una trentina di professori», è stato finalizzato a dimostrare «che la decisione resa urtava la coscienza e che non poteva non essere disapprovata dal giurista. [...] L’affaire Dreyfus, di colpo, si è ripetuto, ma balbettando: dopo l’innocente ingiustamente condannato, è l’innocente ingiustamente risarcito che è stato proposto alla nostra capacità di indignazione»<sup>6</sup>.

La veemenza di questo dibattito<sup>7</sup>, testimoniata anche da queste eloquenti considerazioni, ha inciso profondamente sulla giurisprudenza italiana. La Cassazione, nelle prime due sentenze che hanno affrontato specificamente tale questione<sup>8</sup>, ha senz’altro accolto gli argomenti retorici<sup>9</sup> sostenuti in Francia dalla dottrina c.d. “anti-perruchista”<sup>10</sup>, contraria a risarcire *iure proprio* al minore il danno consistente nella sua «nascita malformata»<sup>11</sup>. Ma, nel 2012<sup>12</sup>, la Suprema Corte ha operato l’auspicato *revirement*, che oggi è stato nuovamente ribaltato da una successiva sentenza delle Sezioni Unite che ristabilisce la regola contraria<sup>13</sup>. Tale mutamento di indirizzo non era giunto del tutto inaspettato, essendosi già sottolineato come in una prece-

<sup>5</sup> P. JESTAZ, *op. loc. cit.*

<sup>6</sup> P. JESTAZ, *op. loc. ult. cit.*

<sup>7</sup> Sugli specifici argomenti giuridici che hanno caratterizzato questo dibattito sia consentito rinviare a M. FEOLA, *La responsabilità del professionista sanitario per il danno da “nascita malformata”*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 392 ss.

<sup>8</sup> Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 379 ss., con nota critica di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1691 ss., annotata, criticamente, da A. LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*.

<sup>9</sup> Riconosce il carattere «retorico» delle argomentazioni addotte da Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., p. 379 ss., proprio Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., spec. p. 181 s., sulla scia di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corriere giur.*, 2004, p. 1432. Sul punto, nella dottrina francese, D. DE BÉCHILLON, *Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, p. 47 ss., pp. 49-69.

<sup>10</sup> Tra i tanti, afferma che la sentenza resa sul caso Perruche costituisce «un errore di diritto», F. CHABAS, *Note a Cass.*, Ass. Plén., 17 novembre 2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, p. 2309 s. Prima che l’esperienza francese fosse sconvolta dall’*arrêt Perruche*, sia il *Conseil d’État* (ad es., Cons. État, 2 juillet 1982, in *Rec. Dalloz*, 1984, *Jur.*, p. 425; Cons. État, 14 février 1997, in *Sem. jur.*, 1997, II, *Jur.*, 22828, p. 192 s.), sia le Corti d’Appello (App. Versailles, I Ch., 8 juillet 1993, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Somm. comm.*, p. 98; App. Paris, I Ch., 17 décembre 1993, *ivi*, 1995, *Somm. comm.*, p. 99), sia la stessa Cassazione (Cass., I Ch. civ., 25 juin 1991, in *Sem. jur.*, 1992, II, *Jur.*, 21784) erano concordi nel riconoscere soltanto alla madre il risarcimento del danno morale causato dalla nascita (non voluta) di un figlio handicappato.

<sup>11</sup> Così, proprio Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 195.

<sup>12</sup> Con la sentenza cit. in nota prec.

<sup>13</sup> Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767.

dente decisione<sup>14</sup> la Suprema Corte avesse posto le basi per un possibile *overruling*<sup>15</sup>. Pur in presenza di una fattispecie parzialmente diversa, caratterizzata da una condotta, da parte del medico, non soltanto omissiva (mancata informazione, nei riguardi della madre, sui rischi conseguenti ad una terapia contro la sterilità), ma anche commissiva (la somministrazione di farmaci potenzialmente teratogeni), la Cassazione aveva per la prima volta ammesso, sul fondamento del diritto del minore “a nascere sano”, la causalità dell’inesatto adempimento degli obblighi d’informazione nei riguardi del danno da “nascita malformata”.

La scelta di non commentare tempestivamente questa decisione (la n. 16754/2012) sulle riviste specialistiche di prima consultazione è stata dettata sia dalla difficoltà di muovere rilievi critici di fondo, stante la sostanziale conformità delle argomentazioni addotte dalla Cassazione con i miei precedenti scritti in materia<sup>16</sup>, sia dall’esigenza di valutare, in una prospettiva più complessiva, la giurisprudenza successiva, anche sulla base di alcune delle numerose note critiche che immediatamente (in considerazione dell’importanza del *revirement*) hanno costellato il panorama giuridico italiano.

Ulteriore merito della decisione è l’aver posto in evidenza il ruolo sempre più essenziale della comparazione giuridica anche nella soluzione dei problemi di diritto interno. La Suprema Corte dimostra di conoscere perfettamente – anche se attraverso la mediazione della dottrina italiana – il dibattito che si è svolto oltralpe. Risulta evidente, anzi, come proprio quest’ultimo ne abbia influenzato, sia in negativo, sia in positivo, le scelte. Si trattava non tanto di tessere le lodi della “giurisprudenza-normativa” quale «autonoma fonte di diritto»<sup>17</sup> o di evocare, non sempre a proposito, i fenomeni della «decodificazione» e della «depatrimonializzazione»<sup>18</sup>, lo stereotipato passaggio dalla giurisprudenza degli concetti a quella degli interessi o discutibili differenze tra i diritti di *civil* e di *common law*<sup>19</sup>, quanto di sottolineare come, soprattutto in alcuni settori del diritto civile, la comparazione consenta anche di ideare «una specie di diritto comune, superiore alle diversità legislative, e destinato per conseguenza a servire di diritto sussidiario, per la giurisprudenza di ogni Stato»<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, annotata, tra gli altri, da F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 537 ss.; da M. FEOLA, *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall’inadempimento delle obbligazioni d’informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in *Diritto e giur.*, 2010, p. 91 ss.; da F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”. La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 144 ss.

<sup>15</sup> In questi termini, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, pp. 92 ss., 99 ss., e F. DI CIOMMO, *op. loc. cit.*

<sup>16</sup> Oltre alle opere già citate, cfr. M. FEOLA, *Violazione degli obblighi d’informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, pp. 589-629, a cui si rinvia per ulteriori rilievi e citazioni.

<sup>17</sup> Così, invece, Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Diritto e giur.*, 2010, p. 103.

<sup>18</sup> Ancora Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., p. 103.

<sup>19</sup> Cfr. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., p. 103 s.

<sup>20</sup> Così, già, S. GALGANO, *Sulla “funzione giuridica” del Diritto privato comparato. A proposito di uno scritto di R. Saleilles*, in *Riv. giur. d’Italia*, 1915, n. 4, c. 60.

La grande intuizione di René Saleilles fondata, per un verso, sulla teoria della sussidiarietà della scienza del *Deutsches Privatrecht*, per altro verso, sulla dottrina del diritto comune consuetudinario francese<sup>21</sup>, sebbene affermata oltre un secolo fa, può trovare ancora un suo riscontro nei moderni diritti europei nei quali, nel rispetto dei «“valori” ordinamentali», «il primato della legge passa necessariamente attraverso l’attività ermeneutica del giudice»<sup>22</sup>, essendo innegabile l’apporto creativo «della giurisprudenza, in specie di legittimità nell’espletamento della funzione di “nomofilachia”»<sup>23</sup>. Esempio, in proposito, l’itinerario percorso in questi ultimi due secoli dalla Corte di Cassazione francese, la quale ha felicemente proseguito «l’opera del legislatore», dando vita a «nuove regole, più dettagliate e meno generali di quelle legali, ma partecipi – per il resto – della stessa natura e struttura delle regole legali»<sup>24</sup>.

Un significativo ricorso alla comparazione giuridica compare anche nella recente sentenza delle Sezioni Unite che, pur ammettendo – subordinatamente all’evento della nascita – la legittimazione ad agire «di chi, al momento della condotta del medico [...], non era ancora soggetto di diritto»<sup>25</sup>, esclude la risarcibilità nei riguardi del minore del danno da nascita malformata sia ribadendo l’inesistenza di un diritto a “non nascere se non sano”, sia escludendo che la violazione del diritto di autodeterminazione della madre, leso dalla mancata o erronea informazione sanitaria, sia in relazione di causalità con l’evento dannoso consistente nella “esistenza diversamente abile”. Pur prescindendo, per ora, dall’esame di queste considerazioni, perfettamente in linea con l’orientamento della dottrina anti-perruchista, occorre rilevare come la stessa Suprema Corte sia conscia che tale problema «delicato e complesso» abbia visto «contrapposti due indirizzi di pensiero, di ispirazione anche metagiuridica», segnati spesso «da accese intonazioni polemiche in una pubblicistica ideologicamente schierata»<sup>26</sup>. In tal senso, non sarebbe «seriamente contestabile che sulla giurisprudenza pregressa, anche straniera, abbiano influito, ben oltre l’ordinario, considerazioni antropologiche e soprattutto di equità», riflessioni «financo filosofiche ed etico-giuridiche, di irriducibile antinomia»<sup>27</sup>. Tuttavia, il pur meritorio ricorso all’analisi comparativa, «mediante richiamo di precedenti attinti dall’esperienza maturata in ordinamenti stranieri, culturalmente vicini ed informati al più assoluto rispetto dei

---

<sup>21</sup> Su tale dibattito, si rinvia a S. GALGANO, *op. cit.*, c. 61 ss.; in argomento, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il diritto comparato tra storia e futuro*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 319 ss.

<sup>22</sup> Ancora, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., pp. 104 e 105.

<sup>23</sup> Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., p. 103.

<sup>24</sup> In questi termini, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. di dir. comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 1992, p. 229.

<sup>25</sup> Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., pp. 13-14, ove afferma che «il diritto al risarcimento, originato da fatto anteriore alla nascita, diventa attuale e azionabile dopo la nascita del soggetto».

<sup>26</sup> Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 12 s.

<sup>27</sup> Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., pp. 12-13.

diritti della persona»<sup>28</sup>, è però finalizzato a suffragare la tesi negazionista con la citazione di tre sole decisioni, peraltro alquanto datate – la prima della Corte Suprema del New Jersey (26 giugno 1979, *Berman v. Allan*), le altre della Corte di Cassazione tedesca (BGH, 18 gennaio 1983) e della London Court of Appeal del 19 febbraio 1982 (*Sachen McKey v. Essex Health Authority*) –, pur nella consapevolezza che sussistano, più che «sporadiche eccezioni», differenti soluzioni «in singoli stati»<sup>29</sup>. A fronte di queste scarse indicazioni, che però non pongono in discussione l'importante approccio comparativo introdotto da questa decisione, è ancora una volta l'esperienza francese ad essere approfondita con maggior profitto. La legge anti-Perruche (art. 1 della legge 4 marzo 2002, n. 2001-303), malgrado la sua «espressa retroattività» sia stata «censurata dapprima dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo con due arresti assunti all'unanimità» e poi «dichiarata illegittima, *in parte qua*», dal *Conseil constitutionnel* nel giugno 2010, è giudicata espressione «significativa della volontà del legislatore di risanare la cesura giurisprudenziale tra un indirizzo tradizionale [...] e la dirompente deviazione [...] segnata dalla sentenza della Suprema Corte»<sup>30</sup>.

Non manca anche un pertinente riferimento alla dottrina dei «c.d. doveri di protezione, dei quali sarebbe beneficiario il nascituro», ed al *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. Secondo le Sezioni Unite, questa «facile inferenza» vale «a giustificare la titolarità del credito risarcitorio *ex contractu* da parte del nato affetto da anomalie cagionate direttamente dal sanitario»<sup>31</sup>. Ma non consentirebbe di superare, «ancora una volta, l'ostacolo dell'inesistenza di un danno-conseguenza per effetto della mancata interruzione della gravidanza»<sup>32</sup>.

2. Prima di procedere alla ricostruzione della problematica in termini del tutto innovativi rispetto al suo precedente orientamento, la Cassazione, nel 2012, aveva sottoposto ad una penetrante discussione critica le argomentazioni addotte nella sentenza n. 14488/2004, dando prova di un'approfondita conoscenza delle opinioni già espresse in dottrina.

Il ricorso al contratto con effetti protettivi per terzi, così come proposto nella sentenza del 2004, al fine di estendere la responsabilità contrattuale al solo coniuge della donna, viene considerato, sulla scia della dottrina<sup>33</sup>, un artificio che «indeboliva» «la soluzione del diniego dell'analogia pretesa fatta valere dai genitori a nome

---

<sup>28</sup> Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 20 s.

<sup>29</sup> Così, invece, Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 21. In argomento, il pregevole saggio di G. CRISCUOLI, *Il problema del risarcimento del danno da procreazione «non programmata»: le risposte della giurisprudenza di common law*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 442 ss.

<sup>30</sup> Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 23.

<sup>31</sup> Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 24.

<sup>32</sup> Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., p. 24.

<sup>33</sup> Già A. LISERRE, *Mancata interruzione*, cit., p. 1431, e M. FEOLA, *Essere o non essere*, cit., p. 392.

della figlia», in quanto quest'ultima «a più forte ragione doveva ritenersi ricompresa nella cerchia dei suddetti terzi danneggiati», essendo il padre «non legittimato in alcun modo ad interloquire sull'interruzione della gestazione (e ciò nondimeno “egualmente protetto dal contratto originario”»)»<sup>34</sup>. La soluzione elaborata dalla Cassazione era stata giudicata «contraddittoria»<sup>35</sup>, risultando ammessa o esclusa l'estensione dell'effetto di protezione a seconda che la condotta colposa del medico si risolvesse in un'azione o nell'omissione di informazioni doverose. In entrambi i casi, però, si era in presenza di «un medesimo inadempimento»<sup>36</sup>.

Così, il preteso «argomento cardine» costituito dalla conclamata inesistenza, nel nostro ordinamento, di un “diritto a non nascere se non sano” è considerato «affermazione meramente retorica»<sup>37</sup> e quindi «elusiva del grave problema posto a quel tempo al collegio»<sup>38</sup>. Si ricorda, inoltre, come «perplexità vennero sollevate» in dottrina in ordine alla pretesa assenza di un interesse protetto, in quanto, in tal guisa, la contestata sentenza «postulava una valutazione di “non ingiustizia” del danno estranea all'ambito della responsabilità contrattuale (lasciando così il fanciullo handicappato senza alcuna tutela nei casi di abbandono, di cattiva amministrazione o di preminenza dei genitori)»<sup>39</sup>.

La Cassazione, a differenza della sentenza del 2004, che «non affrontò specificamente il problema», pone al centro dell'indagine «quella che venne (del tutto condivisibilmente) ritenuta da più parti la questione giuridica essenziale, quella, cioè, del rapporto di causalità»<sup>40</sup>. Secondo la Suprema Corte, la sussistenza del nesso di condizionamento «appare senz'altro predicabile una volta identificato con esattezza l'evento di danno nella nascita malformata»<sup>41</sup>. Tale evento è «senz'altro riconducibile, secondo un giudizio prognostico *ex post*, all'omissione, volta che una condotta dili-

<sup>34</sup> Così, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 181. In proposito si era, a suo tempo, rilevato come la Suprema Corte non aveva spiegato «in maniera convincente perché» dovesse «essere considerato terzo protetto dal contratto il coniuge della donna e non anche il minore», «se è vero che è soprattutto l'interesse della gestante alla tutela del neonato a rilevare in funzione dell'estensione degli effetti di protezione» (M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*; e già C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 89, in nota 47).

<sup>35</sup> M.R. MARELLA, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di M. Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 197, in nota 81; e già, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 392 s.

<sup>36</sup> M.R. MARELLA, *op. loc. cit.*

<sup>37</sup> In proposito, v., *retro*, la nota 9.

<sup>38</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., pp. 181-182.

<sup>39</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 182; e già, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 394; EAD., *Violazione*, cit., p. 616. Nella dottrina francese, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, Paris, II éd., 1998, p. 18; M. FABRE-MAGNAN, *Avortement et responsabilité médicale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 307.

<sup>40</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 182; e già, M. FEOLA, *Essere o non essere*, cit., p. 397, ove si afferma che «La questione giuridica preminente in materia di responsabilità del medico nei confronti del fanciullo handicappato è quella che concerne la sussistenza del rapporto di causalità».

<sup>41</sup> Testualmente, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 195.



gente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto (sì come espressamente dichiarato al medico nel caso di specie)»<sup>42</sup>. Da qui l'equiparazione «*quoad effecta* tra la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'*handicap* evitabile (l'*handicap*, si badi, non la nascita handicappata), ovvero che tale *handicap* abbia cagionato [...] e l'errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge)»<sup>43</sup>.

Come aveva sottolineato la dottrina francese<sup>44</sup>, occorre «passare dal nesso causale naturalisticamente inteso ad un nesso causale giuridicamente inteso per poter operare l'equiparazione *de qua*»<sup>45</sup>. Così, secondo un'«eziologia giuridicamente rilevante» è proprio l'inadempimento ad aver «comunque cagionato una quotidianità afflitta da malattia»<sup>46</sup>. Come si è rilevato puntualmente interpretando quanto affermato in un precedente scritto in materia<sup>47</sup>, proprio la costante interpretazione giurisprudenziale dell'art. 1223 c.c., secondo cui la risarcibilità deve essere estesa ai danni mediati e indiretti purché consistenti in effetti normali del fatto-inadempimento, secondo il criterio della c.d. regolarità causale<sup>48</sup>, consentiva di pervenire «all'ulteriore conseguenza di ancorare il danno, inteso come vita disagiata, alla responsabilità del medico secondo il criterio di imputazione della responsabilità omissiva, ritenendo che l'omissione nell'adempimento di un obbligo (quale quello di informazione) a carico del sanitario implica la sua responsabilità anche per gli eventi che l'assolvimento di tale obbligo avrebbe impedito»<sup>49</sup>.

La migliore dottrina francese che ha studiato la questione di causalità successivamente all'*arrêt Perruche* aveva qualificato il danno da “nascita malformata” del minore come *dommage immédiat*, e il danno morale dei genitori soltanto come

<sup>42</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 195.

<sup>43</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., pp. 195-196.

<sup>44</sup> Affermavano la sussistenza di un nesso causale inteso in senso giuridico, tra gli altri, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., II éd., 1998, p. 15; P. JOURDAIN, *Réflexions sur un malentendu*, in *Rec. Dalloz*, 2001, *Jur. comm.*, p. 336; J.-L. AUBERT, *Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 17 novembre 2000)*, *ivi*, 2001, *Chron.*, p. 489 ss.; M. FABRE-MAGNAN, *Avortement*, cit., p. 311 (per ulteriori indicazioni si rinvia a M. FEOLA, *Violazione*, cit., p. 619 ss.).

<sup>45</sup> Così, P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 63.

<sup>46</sup> Lo ammette anche S. CACACE, *Il giudice “rottamatore” e l'enfant préjudice*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 160.

<sup>47</sup> Lo scritto specificamente citato è M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 704.

<sup>48</sup> Cass., Sez. Un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2195, e Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453. In dottrina, sul punto, A. LISERRE, *Ancora in tema*, cit., p. 1693.

<sup>49</sup> A. MASTRORILLI, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 496, che cita (in nota 19) proprio M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

*dommage par ricochet*. Tant'è che si era affermato come «il riconoscimento dell'esistenza del danno dei genitori» implicasse «*a fortiori* quello del pregiudizio del bambino», non potendosi ammettere l'esistenza (e, soprattutto, la risarcibilità) di «un danno *par ricochet* senza un *dommage immédiat*»<sup>50</sup>.

Sotto il profilo delle scelte di «politica del diritto» e della «efficiente allocazione dei danni e dei risarcimenti»<sup>51</sup>, anche la dottrina che aveva sollevato perplessità sulla questione della causalità ha sottolineato come l'«intento» della sentenza fosse «encomiabile, il risultato meritorio»<sup>52</sup>: «alleviare una condizione umana di difficoltà gravissima, di perenne sofferenza, affrontare, molto pragmaticamente, la questione dell'*handicap*, laddove quella della nascita non riveste più interesse alcuno»; superare, infine, «l'*absurdum* di liquidare tutti fuorché colui che vive la malformazione in prima persona, anche ai fini della certezza che il risarcimento così apprestato sia utilizzato ad esclusivo beneficio del bambino, senza mediazione di terzi»<sup>53</sup>.

3. Il risarcimento del danno al minore per la sua «nascita malformata» può assumere i connotati sia della responsabilità contrattuale, sia di quella extracontrattuale.

La tradizione italiana degli ultimi anni è stata nel senso della responsabilità contrattuale.

Nel *leading case* in materia la Cassazione, anche al fine di riparare al neonato un danno all'integrità psicofisica non più risarcibile in sede delittuale per effetto del decorso della prescrizione quinquennale, qualificò il «soggetto venuto ad esistenza» come terzo protetto dal contratto stipulato tra la madre partoriente e la struttura sanitaria, con la conseguenza di risarcire in ambito contrattuale il danno patito dal minore a causa di un negligente intervento ostetrico praticato al momento della nascita<sup>54</sup>. Orientamento, questo, che troverà conferma nella giurisprudenza successiva, anche con riferimento alle condotte omissive dei sanitari. Ma se, in un primo tempo, la Cassazione<sup>55</sup> considererà terzo protetto dal contratto il solo coniuge della donna (il quale, pertanto, è anch'egli legittimato a chiedere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenti alla nascita di un figlio «non voluto» che è affetto da gravi patologie)<sup>56</sup>, escludendo che l'errore o l'omissione delle informazioni

<sup>50</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions*, II éd., 1998, cit., p. 17.

<sup>51</sup> S. CACACE, *op. ult. cit.*, p. 161.

<sup>52</sup> S. CACACE, *op. ult. cit.*, p. 160.

<sup>53</sup> Le espressioni tra virgolette sono di S. CACACE, *op. ult. cit.*, pp. 160 e 161; così, già, M. FEOLA, *Violazione*, cit., p. 618 ss.

<sup>54</sup> Cass., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 557 s.

<sup>55</sup> Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., p. 379 ss. L'orientamento viene riconfermato, ma senza espliciti riferimenti al contratto con effetti protettivi per terzi, da Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit., p. 1691 ss.

<sup>56</sup> In questi termini, anche Cass., Sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno e resp.*, 2010, spec. p. 699 s., che qualifica, sulla scia dei giudici d'appello, come «esistenziale» il danno non patrimoniale dei genitori consistente nei «rovesciamenti forzati dell'agenda» che conseguono alla «lesione del diritto di autodeterminazione nella scelta procreativa».

doverose possano giustificare il risarcimento del danno psico-fisico con cui il bambino nasce; più di recente, la Suprema Corte, nell'affermare la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva dei medici (che avevano mancato d'informare la donna sugli effetti potenzialmente teratogeni di una cura avverso la sterilità) e le malformazioni subite dal nascituro, ha qualificato il rapporto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria (e con il medico) come un contratto che, oltre ad avere effetti tra le parti, produce effetti c.d. protettivi nei confronti sia del coniuge, sia dello stesso figlio nato handicappato, che è considerato il «destinatario “finale” del negozio»<sup>57</sup>.

Sul punto, la giurisprudenza francese, invece, aveva assunto un diverso atteggiamento, avendo qualificato come contrattuale la responsabilità del medico (e/o della struttura sanitaria) nei riguardi della donna, ma come delittuale la responsabilità dei sanitari nei confronti del fanciullo nato handicappato. L'*Assemblée Plénière*, nel decidere il celeberrimo *affaire Perruche*, richiamando gli artt. 1165 e 1382 *code civ.*<sup>58</sup>, modifica la soluzione precedentemente elaborata dalla Cassazione (che aveva deciso sulla base dell'art. 1147, dettato in tema d'inadempimento del rapporto obbligatorio)<sup>59</sup> e qualifica la responsabilità del medico verso il minore come delittuale. Escludendo il ricorso alla figura della *stipulation pour autrui tacite*, giudicata in dottrina come «ipotetica»<sup>60</sup>, l'*Assemblée Plénière* considera il “fatto” dell'inadempimento degli obblighi d'informazione come una condotta colposa che genera, nei confronti dei genitori, una responsabilità contrattuale e, nei riguardi del minore, una responsabilità delittuale. Il richiamo all'art. 1165 intende ribadire il principio secondo il quale, se è vero che i contratti «ne profitent pas aux tiers», la loro inesecuzione può essere costitutiva di una responsabilità extra-contrattuale, «dont les tiers peuvent faire état»<sup>61</sup>. E ciò è perfettamente in linea con la più recente giurisprudenza di legittimità, che è orientata a riconoscere l'opponibilità dei contratti nei confronti di terzi, considerandoli legittimati «a invocare la loro esecuzione difettosa, allorché abbiano causato ad essi un danno, senza che sia necessario apportare nessun'altra prova»<sup>62</sup>.

In questo modo l'*Assemblée Plénière*, pur affermando implicitamente che «la *faute* del medico nei confronti della madre è dunque anche una *faute* nei confronti del bambino»<sup>63</sup>, ha voluto evitare di ricorrere all'«artificio di far entrare [nel contratto] braccia rotte e morti di uomini»<sup>64</sup> e, in questo caso, minori nati malformati. Il pro-

<sup>57</sup> Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., p. 108.

<sup>58</sup> Cass., Ass. plén., 17 novembre 2000, cit., p. 2309.

<sup>59</sup> Cass., I Ch. civ., 26 mars 1996, in *Rec. Dalloz*, 1997, *Jur.*, p. 36.

<sup>60</sup> F. CHABAS, *Note*, cit., p. 2309, in nota 3.

<sup>61</sup> In questi termini, è lo stesso F. CHABAS, *op. ult. cit.*, p. 2309, in nota 4.

<sup>62</sup> Cfr., ad es., Cass., I Ch. civ., 18 juillet 2000, e Cass., I Ch. civ., 15 décembre 1998, le cui massime sono riprodotte in M. FABRE-MAGNAN, *Avortement*, p. 299, in nota 57.

<sup>63</sup> M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 300.

<sup>64</sup> Le parole del *doyen* Carbonnier sono ricordate da Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, 1983, p. 117.

blema non viene risolto attraverso una ricostruzione «difficile da comprendere e da delimitare», là dove presuppone la «violazione di un'obbligazione considerata in sé indipendentemente da ogni punto di vista contrattuale», ma trova fondamento nella «opponibilità» del contratto nei confronti di terzi, i quali «si limita[no] a far valere il fatto dell'inadempimento, al pari di ogni terzo che può invocare la situazione di fatto costituita dal contratto, che esso sia stato o non sia stato eseguito»<sup>65</sup>. Poiché il nascituro è terzo rispetto al contratto stipulato con la madre, allorché «l'inadempimento dell'obbligazione sorta da questo contratto ha prodotto conseguenze nei suoi confronti, egli [una volta nato] può invocare questa *faute*, considerata come un *fatto giuridico*, a fondamento della sua azione per il risarcimento del danno»<sup>66</sup>.

4. Come si è avuto modo di rilevare<sup>67</sup>, la soluzione che ravvisa, in generale, una *responsabilità delittuale da inadempimento*<sup>68</sup>, oltre a non rappresentare una contraddizione in termini, appare perfettamente in linea sia con la tradizione, sia con l'odierna evoluzione del diritto francese. Dire che il contratto in quanto rapporto tra due parti non può nuocere o giovare a terzi «è erroneo perché in tal modo si ignora che esso può bene essere ed anzi è normalmente una fonte di esternalità sia positive che negative»<sup>69</sup>. Proprio l'interferenza, secondo il consueto modello regola-eccezione, tra l'osservanza del principio *de l'effet relatif des contrats* e la nozione di «opponibilità» degli effetti del contratto nei riguardi di terzi offre, nel diritto francese, un generale fondamento a questa inedita forma di responsabilità. Ma la *Cour de Cassation*, palesando fino in fondo l'indole aquiliana che la responsabilità civile assume nel diritto francese, ha per lungo tempo affermato che l'*inexécution* di un'obbligazione era insufficiente, di per sé, a fondare la domanda di un terzo danneggiato a causa dell'inadempimento. Questi avrebbe dovuto comunque provare una «*faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel*»<sup>70</sup>, ovvero la violazione «di una regola di portata generale» (negligenza, imprudenza, ad es.) costitutiva di una *faute*, ulteriore e indipendente rispetto alle «stipulazioni contrattuali»<sup>71</sup>. Oggi, invece, la giurisprudenza sembra ammettere che l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligazione sono sufficienti a fondare l'esistenza di una *faute* delittuale nei riguardi dei terzi: un medesimo fatto, «suscetti-

<sup>65</sup> P. SARGOS, *Rapport a Cass.*, Ass. plén., 17 novembre 2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, p. 2300, ove cita il pensiero di J.L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *Les obligations*, 3, *Le rapport d'obligation*, Paris, 1999, § 183.

<sup>66</sup> P. SARGOS, *op. cit.*, p. 2299 (il corsivo è aggiunto).

<sup>67</sup> M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 130 ss.

<sup>68</sup> M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 133.

<sup>69</sup> A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 2001, p. 342.

<sup>70</sup> Cass., I civ., 8 ottobre 1962, in *Bull. civ.*, 1962, I, n. 405; nello stesso senso, Cass., I civ., 7 novembre 1962, in *Sem. jur.*, 1963, II, *Jur.*, 12987.

<sup>71</sup> M.L. IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers*, in *Gli effetti del contratto*, cit., p. 82.

bile di costituire un *manquement* di un'obbligazione esistente tra due parti legate da un contratto, può rappresentare, nei riguardi di terzi estranei al contratto, una *faute* quasi-delittuale che implica la responsabilità del suo autore»<sup>72</sup>. Ma la questione, per lungo tempo, non è stata «tranchée»<sup>73</sup>. Mentre alcune sentenze richiedevano che l'inadempimento costituisse, indipendentemente dal contratto, la violazione di un'obbligazione generale di prudenza o di diligenza<sup>74</sup>, altre si erano affrancate da tale indirizzo, avendo deciso che «i terzi rispetto a un contratto sono legittimati ad invocare l'esecuzione difettosa dello stesso allorché essa ha causato loro un danno»<sup>75</sup>. Ciò, dopo tutto, non era «per nulla scioccante, se si osserva che un buon padre di famiglia (secondo lo standard che serve a definire abitualmente la *faute* delittuale o quasi-delittuale) non deve rendersi colpevole dell'inadempimento, dannoso per i terzi, di un'obbligazione che ha assunto per contratto»<sup>76</sup>. Questo periodo di oscillazione giurisprudenziale, caratterizzato dalla contrapposizione tra le Sezioni civile e commerciale della Cassazione, è stato risolto da un importante intervento dell'*Assemblée Plénière*<sup>77</sup> che, «senza distinguere secondo la natura dell'obbligazione contrattuale violata»<sup>78</sup>, ha disposto, con un'affermazione di principio, che il terzo «può invocare, sul fondamento della responsabilità delittuale, un *manquement* contrattuale allorché questo gli abbia causato un danno». Così «la *faute* contrattuale nei riguardi delle parti è nello stesso tempo una *faute* delittuale nei riguardi dei terzi vittime dell'inadempimento»<sup>79</sup>.

Rispetto all'alternativa tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, la soluzione seguita dalla sentenza n. 16754/2012 pare ulteriormente articolata, anche se, come si può verificare, l'idea dominante sembra essere quella seguita dal diritto francese. Infatti, allorché deve qualificare i danni risarcibili direttamen-

---

<sup>72</sup> Tra le prime decisioni in tal senso, Cass., 16 janvier 1973, in *Bull. civ.*, 1973, IV, n. 28.

<sup>73</sup> M.L. IZORCHE, *op. cit.*, p. 83.

<sup>74</sup> Ad es., Cass. com., 17 juin 1997, in *Sem. jur.*, 1998, I, p. 144, in tema di *faute* contrattuale del mandatario nei riguardi del mandante, la quale può essere qualificata come *faute* quasi-delittuale nei confronti di un terzo «a condizione che essa costituisca anche la violazione di un'obbligazione generale di prudenza e diligenza» (nello stesso senso, Cass. com., 16 décembre 1997, *ivi*, 1998, I, p. 144). Secondo P. JOURDAIN, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 113, questa decisione «non potrebbe esprimere meglio l'idea della relatività della *faute* contrattuale», la quale «non costituisce necessariamente una *faute* delittuale nei riguardi dei terzi. Tutto dipende dalla portata del vincolo contrattuale che è stato violato».

<sup>75</sup> Cass., I civ., 15 décembre 1998, in *Contr. conc. consom.*, 1999, n. 37, con nota di L. LEVENEUR. Tale orientamento è stato condiviso dalla Sezione di diritto commerciale (Cass. com., 12 marzo 1991, *ivi*, 1991, n. 135) e dalla III sezione civile (Cass., III civ., 25 mars 1998, in *Sem. jur.*, 1998, I, p. 144).

<sup>76</sup> L. LEVENEUR, *op. loc. cit.*

<sup>77</sup> Cass., Ass. Plén., 6 octobre 2006, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 2825, con nota di G. VINEY; in *Sem. jur.*, 2006, II, 10181, con il commento di M. BILLIAU; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 123, con le osservazioni di P. JOURDAIN.

<sup>78</sup> Lo rileva M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité de Droit civil* sous la direction de C. Larroumet, II éd., Paris, 2012, p. 84.

<sup>79</sup> M. BACACHE-GIBEILLI, *op. loc. cit.*

te al minore per la sua “nascita malformata”, la Suprema Corte ritiene necessario verificare la sussistenza di «tutti gli elementi della fattispecie concreta onde inferirne la legittima riconducibilità alla fattispecie astratta dell’illecito aquiliano in tutti i suoi elementi di struttura così come descritti dall’art. 2043 c.c.»<sup>80</sup>.

Quindi, se è senz’altro contrattuale (e/o da “contatto sociale”, per l’operatore sanitario) la responsabilità della struttura sanitaria nei riguardi della gestante per il danno morale (e/o “esistenziale”) patito a seguito della violazione del suo diritto ad una “maternità cosciente e responsabile” – responsabilità che viene estesa, sulla base degli effetti di protezione del contratto, non soltanto al coniuge, ma anche ai fratelli ed alle sorelle del soggetto nato malformato<sup>81</sup> –, il risarcimento, al minore “terzo”, del danno da «nascita malformata» assume i connotati dell’illecito extracontrattuale, proprio sulla scia della soluzione prediletta dal diritto francese.

5. L’orientamento della Suprema Corte in tema di danno da “nascita malformata”, che all’applicazione del c.d. contratto con effetti di protezione per terzi preferisce il rinvio alle comuni regole della responsabilità delittuale, può trovare ulteriore conferma proprio nella struttura della prestazione sanitaria. D’altronde, che in tema di responsabilità del medico la tematica degli obblighi di protezione trovasse un’applicazione assai controversa era già stato posto in luce, con autorevolezza, da Luigi Mengoni, ove aveva precisato come l’obbligazione di somministrare «cure attente, prudenti e conformi ai canoni della scienza» fosse senz’altro un obbligo di prestazione, giammai un obbligo di protezione, non avendo alcuna autonomia rispetto all’obbligo di curare il malato<sup>82</sup>. È impensabile che un obbligo che, *inter partes*, è di prestazione possa poi divenire, nei riguardi di terzi, di protezione. Tuttavia, se si qualifica come obbligo di protezione (almeno) l’«obbligo di informazione gravante su una parte del contratto nei confronti dell’altra quando l’informazione non costituisca l’oggetto del contratto stesso»<sup>83</sup>, il problema potrebbe dirsi superato. Salvo, poi, a non ricomprendere, sempre e comunque, l’obbligo d’informazione proprio nella struttura della prestazione sanitaria<sup>84</sup>, ma a considerarlo come un obbligo “accessorio”, autonomo e indipendente, per quanto funzionalmente correlato rispetto all’esecuzione della prestazione. In tal senso, nelle varie ipotesi sottoposte al giudizio delle Corti, l’obbligo d’informazione potrebbe atteggiarsi ora come obbligo di prestazione, ora come obbligo di protezione, consentendo il ricorso agli effetti protettivi del contratto qualora l’informazione non integri specificatamente l’oggetto dello stesso.

---

<sup>80</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 191.

<sup>81</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 178.

<sup>82</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 368-371.

<sup>83</sup> Con la consueta chiarezza, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 497.

<sup>84</sup> Sul punto, M.R. MARELLA, *Le conseguenze*, cit., p. 195.

Non sembra che sulla decisione abbia inciso il c.d. “Decreto Balduzzi” (d.l. n. 158 del 13 settembre 2012), convertito in legge, in maniera peraltro non conforme, nel novembre dello stesso anno (legge n. 189 dell’8 novembre 2012). L’improvvido richiamo all’art. 2043 c.c., effettuato dopo aver disposto la depenalizzazione delle condotte sanitarie connotate da mera colpa lieve, là dove l’esercente l’attività sanitaria si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (art. 3, comma 1), non assume le caratteristiche di una generale riforma della responsabilità sanitaria, sia perché la disciplina è destinata ai soli medici del servizio pubblico sanitario<sup>85</sup>, sia perché la limitazione della responsabilità penale concerne le sole regole di perizia, senza involgere le ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza<sup>86</sup>, sia perché, con riguardo al citato rinvio alla disciplina della responsabilità extracontrattuale, la Cassazione si è affrettata a precisare, proprio in sede di commento alla predetta “riforma”, come sia «evidente che la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale»<sup>87</sup>.

La Suprema Corte, anzi, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato o para-subordinato tra clinica e chirurgo, ha esteso ulteriormente la responsabilità contrattuale: sia della struttura sanitaria ove ha avuto luogo il trattamento contestato, giudicandola responsabile (*ex art. 1218 c.c.*) non soltanto dell’inadempimento delle obbligazioni su di essa incombenti, ma anche (ai sensi dell’art. 1228 c.c.) dell’inadempimento della prestazione eseguita dal professionista, in quanto «ausiliario necessario dell’organizzazione aziendale»; sia dello stesso medico che, quale debitore della prestazione chirurgica e/o terapeutica promessa, è considerato responsabile anche dell’operato dei terzi (e, quindi, della stessa clinica) della cui attività si avvale, avendo un dovere specifico di controllo del buon funzionamento delle apparecchiature necessarie all’esecuzione dell’intervento<sup>88</sup>. Il collegamento tra il rapporto medico/paziente e quello tra questi e la casa di cura è stato considerato rilevante sul piano giuridico anche in assenza di una relazione di subordinazione o di collaborazione tra clinica e chirurgo, in quanto «di norma, l’individuazione della Casa di cura dove il medico eseguirà la prestazione promessa costituisce parte fondamentale del contenuto del contratto stipulato tra il paziente ed il professionista, nel senso che ciascun medico opera esclusivamente presso determinate cliniche e che, a sua volta, ciascuna Casa di cura accetta solo i pazienti curati da determinati medici»<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Così V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 383.

<sup>86</sup> Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493, cit. da L. CAPUTI, *Medical malpractice: nodi inestricabili e nuove prospettive*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 857.

<sup>87</sup> Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367.

<sup>88</sup> Cass., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

<sup>89</sup> Cass., 26 giugno 2012, n. 10616, cit., p. 840.

In presenza di questo costante orientamento giurisprudenziale, un inquadramento in ambito extracontrattuale della responsabilità dell'operatore sanitario (ausiliario e/o) dipendente da una struttura pubblica o privata può essere disposto soltanto dal legislatore. Così, proprio il d.d.l. Gelli, in corso di approvazione nei due rami del Parlamento, propone di istituire un doppio binario: a fronte della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, si prevede una responsabilità extracontrattuale per colpa del sanitario che svolga la propria attività presso di essa o in rapporto di convenzione con il servizio sanitario nazionale.

6. Le descritte interferenze tra le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale pongono, a questo punto, un problema di onere probatorio. In assenza di un'espressa ed univoca dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza in caso di malattia genetica, così come invece accaduto nel caso deciso nella sentenza n. 16754/2012, la Cassazione ritiene che la sola richiesta di accertamento diagnostico assuma il carattere di presunzione semplice che il giudice, di là da «qualsivoglia automatismo probatorio», deve valutare sulla base delle «circostanze concrete e specifiche»<sup>90</sup> della singola vicenda processuale. La questione, «assai delicata», della materiale possibilità di ricostruzione dell'efficacia probatoria della presunzione semplice deve trovare risposta «nella specificità ed unicità di quello stesso processo», sulla base dei «fatti così come narrati», delle circostanze «come di volta in volta evidenziate», delle «stesse qualità personali delle parti agenti e resistenti»<sup>91</sup>. In assenza di qualsiasi ulteriore elemento che «“colori” processualmente la presunzione *de qua*», il principio di vicinanza della prova «e quello della estrema difficoltà (ai confini con la materiale impossibilità) di fornire la prova negativa di un fatto» (cioè, della «volontà di non abortire nonostante la diagnosi infausta») inducono a ritenere che «sia onere di parte attrice integrare il contenuto di quella presunzione con elementi ulteriori (di qualsiasi genere) da sottoporre all'esame del giudice per una valutazione finale circa la corrispondenza della presunzione stessa all'asserto illustrato in citazione»<sup>92</sup>.

Questo indirizzo è stato confermato da una più recente decisione, la quale, pur intendendo collocarsi «in sostanziale continuità»<sup>93</sup> con il *leading case* del 2012, sembra seguire una linea ermeneutica più rigorosa<sup>94</sup>, là dove limita il valore dei meccanismi presuntivi fondati su criteri di valutazione di tipo statistico sia nell'accertamento delle condizioni legittimanti il ricorso all'aborto terapeutico, sia nella prova della volontà di ricorrervi, qualora la gestante fosse stata correttamente informata delle malformazioni del feto. A fronte di un onere probatorio «oggettivamente difficile», in

---

<sup>90</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 196.

<sup>91</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 196.

<sup>92</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 197.

<sup>93</sup> Così Cass., Sez. III, 22 marzo 2013, n. 7269, in *Danno e resp.*, 2013, p. 1072 ss.

<sup>94</sup> C. TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di cassazione*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 1079.



quanto volto a dimostrare «non già quel che si è nei fatti verificato, ma quel che si sarebbe presumibilmente verificato, ove il medico avesse adempiuto alla sua obbligazione», la prova della volontà della gestante d'interrompere la gravidanza non può essere desunta dalla sola «richiesta [...] anche di più accertamenti diagnostici, ove non espressamente funzionalizzati alla verifica di eventuali anomalie del feto»<sup>95</sup>, essendo tale atto soltanto un indizio di per sé privo dei caratteri di gravità ed univocità.

L'inversione dell'onere della prova, che viene a gravare sull'attore/creditore e non sul debitore convenuto, viene giustificata dalla Cassazione come applicazione dell'orientamento delle Sezioni Unite in tema di "vicinanza della prova" nella "prova negativa di un fatto"<sup>96</sup>, quindi, pur sempre nell'ambito della responsabilità contrattuale, piuttosto che attraverso una qualificazione della fattispecie in termini di responsabilità extracontrattuale.

Un distinto discorso, poi, riguarda l'ulteriore rapporto tra l'"inadempimento" nei confronti della gestante e il danno arrecato al "terzo" nato malformato, ovvero tra «violazione di una relazione giuridicamente rilevante, anche quando non sussista un obbligo di prestazione, e lesione della sfera giuridica altrui al di fuori di tale relazione»<sup>97</sup>, pur là dove la fattispecie esaminata sia stata qualificata implicitamente dalla Cassazione in termini di responsabilità delittuale da inadempimento. Se è incontestato che il rapporto intercorrente tra la madre e la struttura sanitaria sia disciplinato dalle regole probatorie relative alla responsabilità contrattuale, sorge il dubbio che altrettanto possa dirsi per l'ulteriore relazione che legittima il risarcimento del danno da nascita malformata direttamente nei riguardi del minore. Istintivamente si potrebbe essere propensi ad affermare che, trattandosi di responsabilità delittuale, sia pure "da inadempimento", dovrebbe applicarsi la disciplina generale della prova che è propria del torto per *faute prouvée* (art. 2043 c.c.). Ma, a ben guardare, la circostanza che il fatto sia rappresentato da un inadempimento che causa conseguenze dannose nei riguardi di un "terzo" pur estraneo agli obblighi di prestazione nascenti dal contratto, e non da una qualsiasi *faute*, può determinare alcune conseguenze. Si è già detto come la stessa scienza giuridica francese inizi a non richiedere più l'elemento della *faute* delittuale o quasi-delittuale, ma consideri sufficiente l'inesatto adempimento dell'obbligazione a fondare una responsabilità delittuale verso terzi. E tale soluzione appare perfettamente in linea con quella autorevole dottrina italiana che, in ipotesi analoghe, ora considera come non necessaria la prova della colpa del danneggiante ai fini dell'accertamento della responsabilità<sup>98</sup>, ora «esclude» che il soggetto

---

<sup>95</sup> Le espressioni citate tra virgolette sono tratte da Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, cit., pp. 1075 e 1074.

<sup>96</sup> Cass., Sez. Un. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1567 s.

<sup>97</sup> Testualmente, C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1240, in nota a Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648; e già ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, *ivi*, 2011, p. 72 s.

<sup>98</sup> C. CASTRONOVO, *La Cassazione*, cit., p. 1234.

“inadempiente” possa liberarsi mediante la sola dimostrazione dell’assenza di colpa, non essendo tale prova sufficiente secondo l’art. 1218 c.c.<sup>99</sup>.

In altri termini, il fatto dell’inadempimento assorbe per intero sia l’elemento della colpa, che è proprio della responsabilità delittuale per *faute*, sia quello “oggettivo” (antigiuridicità o “ingiustizia”) che, com’è noto, non rileva autonomamente in tema di responsabilità contrattuale, risultando implicitamente presente nella «violazione di un rapporto giuridicamente rilevante», anche là dove esso «tipicamente non nasce da contratto, e tipicamente non deriva da inadempimento di un obbligo di prestazione»<sup>100</sup>. Malgrado si definisca come delittuale tale responsabilità, quest’ultima trova il suo fondamento nella violazione di obblighi di protezione o di *sécurité* nei riguardi di “terzi” qualificati, che sono autonomi, ma funzionalmente collegati all’inadempimento di obbligazioni che hanno la loro fonte in una relazione giuridicamente rilevante. È possibile, quindi, che anche sotto il profilo probatorio possano applicarsi le regole che sono proprie della responsabilità contrattuale, rispetto a quelle che, per tradizione, connotano la disciplina della responsabilità extracontrattuale per colpa. Quanto meno in Italia, ove vige un regime di chiara differenziazione probatoria per le due specie della responsabilità civile, il principio di vicinanza della prova potrebbe consentire al “terzo” danneggiato – di là dallo specifico onere probatorio richiesto per la prova negativa di un fatto – di limitarsi ad allegare l’inadempimento «astrattamente idoneo a provocare il danno», incombendo sul debitore l’onere di «dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»<sup>101</sup>.

Quindi, la prova del nesso causale, quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l’inadempimento del rapporto di cura, si sostanzia nella dimostrazione che l’esecuzione del rapporto curativo (il quale può articolarsi in comportamenti positivi ed eventualmente omissivi) si è inserita nella serie causale che ha condotto all’evento di (preteso) danno, il quale è rappresentato «o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o dal suo aggravamento fino anche ad un esito finale come quello mortale o dall’insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato»<sup>102</sup>. Il danneggiato, ai fini della prova del nesso di causa, può limitarsi a dimostrare «uno di tali eventi», che si connotano «come inadempimento sul piano oggettivo, essendosi essi verificati a seguito dello svolgimento del rapporto curativo e, quindi, necessariamente – sul piano della causalità materiale – quale conseguenza del suo svolgimento»<sup>103</sup>. La presunzio-

---

<sup>99</sup> Così, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale* (in *Riv. dir. comm.*, 1956, II), ora in *Scritti*, vol. II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, p. 281.

<sup>100</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 1237.

<sup>101</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 792.

<sup>102</sup> Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, p. 33, con nota di G.M.D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*.

<sup>103</sup> Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, cit., p. 33.

ne (seppur *iuris tantum*)<sup>104</sup> del rapporto eziologico fa gravare sui sanitari le cause “incerte” ed “ignote”, dovendo essi dimostrare «in alternativa il fatto di avere esattamente adempiuto, il fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante» tra l’inadempimento, la lesione, l’aggravamento, il decesso o l’insorgenza di una nuova patologia, ovvero che «gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento impreveduto o imprevedibile»<sup>105</sup>. Ancora una volta la prova del caso fortuito, così come avviene nei casi di responsabilità oggettiva delittuale, si rivela l’unico elemento realmente idoneo ad interrompere il nesso di causa e, quindi, a consentire l’esonero dalla responsabilità.

7. Malgrado le Sezioni Unite abbiano (forse, un po’ troppo frettolosamente)<sup>106</sup> riunito le voci dei danni biologico e “morale” (e/o esistenziale) nell’«unica categoria legislativamente prevista, che è quella del danno non patrimoniale»<sup>107</sup>, è necessario distinguere i danni patiti dalla donna (in base alla responsabilità contrattuale), dal marito e dai fratelli del bambino (in virtù degli effetti di protezione del contratto nei confronti di terzi), dai danni risarciti *iure proprio* al minore nato malformato (sul fondamento di una responsabilità delittuale da inadempimento), non tanto per le differenti qualificazioni della responsabilità, quanto per il diverso “oggetto” degli eventi dannosi che devono essere presi in considerazione (e, quindi, valutati e liquidati) ai fini della riparazione.

Il risarcimento alla donna ed al marito, come già precisato dalla Cassazione in una precedente decisione<sup>108</sup>, dovrà avere ad oggetto sia i danni patrimoniali sia i danni non patrimoniali.

Con riferimento ai primi, la Suprema Corte ha già affermato che il risarcimento deve «tener conto, non solo del “differenziale” tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio “sano” e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da *deficit*», ma dell’«intero [...] costo economico che altrimenti non avrebbe avuto»<sup>109</sup>. Con una valutazione «necessariamente equitativa», il giudice di merito deve liquidare il complessivo danno patrimoniale, individuando «il momento del raggiungimento della indipendenza economica alla età di trenta anni»<sup>110</sup>.

Nel liquidare il danno non patrimoniale dei coniugi, «indipendentemente da un

---

<sup>104</sup> Così, G.M.D. ARNONE, *op. cit.*, p. 40.

<sup>105</sup> G.M.D. ARNONE, *op. cit.*, pp. 40 e 41.

<sup>106</sup> Per una critica, sul punto, all’orientamento delle Sezioni Unite (11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, cit., p. 31 s.), cfr. S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, p. 304 s.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Chiaroscuri d’autunno. Il danno non patrimoniale e le Sezioni Unite*, *ivi*, p. 362 ss.

<sup>107</sup> Lo rileva, in proposito, P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro*, cit., p. 65.

<sup>108</sup> Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., p. 700.

<sup>109</sup> Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., p. 700.

<sup>110</sup> Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., p. 700.

danno morale o biologico, peraltro sempre possibile»<sup>111</sup>, la Cassazione risarcisce specificatamente quel danno consistente nel «condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute come in quelle più importanti, una vita diversa e peggiore (quanto si voglia nobilitata dalla dedizione al congiunto svantaggiato, ma peggiore [...]) di quella che avrebbe[ro] altrimenti condotto»<sup>112</sup>. Utilizzando come parametro di riferimento quello di calcolo del danno biologico, si approva la liquidazione equitativa effettuata dai giudici di appello della somma di euro 200.000,00 «alla attualità» in favore di ciascuno dei coniugi<sup>113</sup>. Il medesimo danno da “nascita indesiderata”<sup>114</sup> deve essere risarcito, ora, anche ai fratelli del minore nato malformato, una volta che la Suprema corte ha inserito «a pieno titolo»<sup>115</sup> anche costoro tra i soggetti protetti dal contratto. Danno consistente nella «inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da *handicap*», nonché «nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione»<sup>116</sup>. Con riferimento alla madre, poi, potrà essere risarcito anche il danno biologico specificamente previsto dagli artt. 4 e 6 della legge n. 194/1978, allorché il «grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (art. 6, lett. *b*) si sia tradotto in una patologia accertabile e valutabile in sede medico-legale.

Riguardo ai danni risarcibili direttamente al minore, una posizione di assoluto rilievo assume il danno da “nascita malformata”, da valutare e liquidare sulla base del *calcul au point*. La giurisprudenza, nel risolvere un caso analogo, ha quantificato in Lire 2.152.400.000 il danno non patrimoniale risarcibile ai genitori nella qualità di legali rappresentanti del minore, mentre ha liquidato somme assai più contenute (Lire 78.037.000, e Lire 41.508.000, a favore, rispettivamente, della madre e del padre) a titolo di danni non patrimoniali subiti *iure proprio* dai singoli genitori<sup>117</sup>. Ma la Suprema Corte, nella sentenza n. 16754/2012, indica ulteriori specifici elementi che devono essere oggetto di risarcimento. Non limita il danno non patrimoniale subito dal minore “nato malformato” al solo danno biologico, bensì individua l’evento dannoso nella lesione della salute «non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico»<sup>118</sup>. Oltre alla «malformazione in sé considerata», ovvero oltre alla «infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica)», il risarcimento deve essere «funzionale ad alleviare sofferenze e infermità, talora prevalenti

---

<sup>111</sup> Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., p. 701.

<sup>112</sup> Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., p. 699 s.

<sup>113</sup> Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., p. 701.

<sup>114</sup> Così Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit., p. 699.

<sup>115</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 178.

<sup>116</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 178.

<sup>117</sup> Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., p. 94.

<sup>118</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 193.

sul valore della vita stessa»<sup>119</sup>. In aggiunta al danno biologico dovrà essere risarcito anche il danno esistenziale, in quanto «il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza»<sup>120</sup>. La più recente giurisprudenza della Cassazione, proprio nel ridefinire lo “statuto” dei danni non patrimoniali<sup>121</sup>, considera nuovamente, e non più soltanto in ambito giuslavorista<sup>122</sup>, i danni biologico, morale ed esistenziale come pregiudizi «ontologicamente diversi» e «tutti risarcibili»<sup>123</sup>.

La «nascita malformata», quindi, è causa di un’«esistenza diversamente abile». L’aver definito questa figura di danno con riferimento alla prima alternativa, piuttosto che alla seconda, significa non già voler limitare l’area della risarcibilità ai soli aspetti biologici e “passati”, ma individuare, con espressione di sintesi, l’evento iniziale che, a sua volta, è causa delle ulteriori “conseguenze” dannose che sono, inevitabilmente, rivolte verso il presente ed il futuro. Nell’eventualità che il giudice voglia procedere, secondo i contestati dettami delle sentenze di San Martino<sup>124</sup>, ad una valutazione unitaria dei danni non patrimoniali, il risarcimento non può non avere ad oggetto anche l’«esistenza diversamente abile», ovvero «*lo stato funzionale di infermità*, la condizione evolutiva della vita handicappata intese come proiezione dinamica dell’esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell’*handicap*, ma sintesi di vita ed *handicap*, sintesi generatrice di una vita handicappata»<sup>125</sup>.

---

<sup>119</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 191.

<sup>120</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 178.

<sup>121</sup> Cfr. i commenti di G. PONZANELLI, R. FOFFA, R. PARDOLESI, R. SIMONE a Cass., Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Danno e resp.*, 2014, p. 363 ss., e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno da perdita della vita e il «nuovo statuto» dei danni risarcibili*, *ivi*, 2014, p. 686 ss.

<sup>122</sup> Cass., Sez. lav., 28 giugno 2013, n. 16413, *Danno e resp.*, 2013, p. 1085, con nota critica di G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale giuslavorista è diverso da quello “generale”?*

<sup>123</sup> Così, tra le tante, Cass., Sez. III, 11 ottobre 2013, n. 23147, in *Danno e resp.*, 2014, p. 282, con nota di G. PONZANELLI, *Il “buonismo” della Cassazione e la facile dimenticanza del danno conseguenza*; Cass., Sez. III, 22 agosto 2013, n. 19402, *ivi*, 2014, p. 27 ss., con il commento di G. PONZANELLI, *Il controllo della Cassazione sul quantum del risarcimento*; Cass., Sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22585, *ivi*, 2014, p. 55 s., annotata da P.G. MONATERI, *L’ontologia dei danni non patrimoniali*.

<sup>124</sup> Com’è noto, l’appellativo si deve a F.D. BUSNELLI, ... *E venne l’estate di San Martino*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 91 ss.

<sup>125</sup> Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., p. 193 (i corsivi sono nel testo della sentenza).



---

GLI ARGOMENTI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI  
DELL'UOMO NEL DIBATTITO SU MULTICULTURALISMO E  
PROTEZIONE GIURIDICA DELLE MINORANZE:  
IL CASO *MUÑOZ DÍAZ V. SPAIN*

---

MARIA CHIARA LOCCHI

SOMMARIO: 1. L'interazione tra formante dottrinale e formante giurisprudenziale. – 2. Il dibattito su multiculturalismo e pluralismo giuridico nei paesi europei di immigrazione. – 3. Il caso *Muñoz Díaz v. Spain*. – 4. Il caso *Muñoz Díaz v. Spain* nel dibattito sulla tutela dei soggetti deboli in contesti multiculturali.

1. Con il presente contributo ci si propone di svolgere alcune considerazioni sul ruolo della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo nell'elaborazione giuridica, teorica e pratica, su uno dei temi cruciali per le società europee contemporanee – il trattamento giuridico delle differenze culturali e religiose e la protezione dei diritti delle minoranze – concentrando l'attenzione sul posizionamento della Corte Edu nell'ambito del ricchissimo dibattito dottrinale in materia. In particolare, il punto di osservazione dal quale sarà condotta l'analisi è relativo al riconoscimento di effetti giuridici ad un istituto di matrice culturale e/o religiosa, quale il matrimonio celebrato secondo i riti e le tradizioni di un determinato gruppo minoritario, all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato; il caso di studio selezionato (*Muñoz Díaz v. Spain*, 8 dicembre 2009) riguarda la situazione di una donna di nazionalità spagnola appartenente alla comunità rom, che invocava il diritto alla pensione di reversibilità sulla base di un rapporto coniugale consolidatosi a seguito della celebrazione del solo rito tradizionale rom, in assenza di un valido matrimonio civile.

L'indagine sull'influenza della dottrina nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo può essere condotta su più fronti.

Un primo ambito di ricerca riguarda i riferimenti espliciti, da parte della Corte, alle opere degli studiosi, al fine di chiarire o supportare l'argomentazione dei giudici; un secondo livello di analisi è invece rappresentato dal rapporto "indiretto" tra dottrina e decisione giurisprudenziale, un sentiero indubbiamente più sdruciolevole che costringe a confrontarsi con un'influenza che «non emerge quasi mai dal testo delle sentenze, ma corre sotto traccia, e talvolta sfugge anche ad analisi approfondi-

te, restando nel chiuso della camera di consiglio, negli *interna corporis* della corte, se non nel privato della coscienza del giudice stesso»<sup>1</sup>. Il presente contributo si muove in questa seconda direzione, nel tentativo di ricostruire un possibile collegamento tra le argomentazioni adottate dalla Corte Edu nello specifico caso considerato e le elaborazioni teoriche prodotte nell'ambito del dibattito dottrinale sui temi implicati nella vicenda all'esame dei giudici.

L'indagine sull'interazione tra formante dottrinale e formante giurisprudenziale, in assenza di citazioni dottrinali esplicite, può ricevere stimoli interessanti da ricerche e riflessioni che adottano una prospettiva innovativa sulle argomentazioni dei giudici, una prospettiva in un certo senso rovesciata rispetto a quella tradizionale: in un interessante volume pubblicato recentemente, ad esempio, un gruppo di giuristi si è impegnato a "riscrivere" alcune sentenze della Corte Edu in tema di protezione delle minoranze, provando a "mettersi nei panni" dei giudici e dando conto delle coordinate teoriche e dei presupposti concettuali delle modifiche apportate<sup>2</sup>. La sfida dei ricercatori, in questo caso, è stata quella di approfondire il rapporto complesso ma potenzialmente fecondo tra "teoria" (nel senso di riflessioni dottrinali) e "pratica" (nel senso di decisioni giudiziali sui casi concreti), invitando sia accademici che giudici a riflettere sulle "ragioni" gli uni degli altri: mentre la dottrina – soprattutto quella interessata a incidere sulla produzione giurisprudenziale – dovrebbe considerare più attentamente le complicazioni legate alla trasposizione delle elaborazioni teoriche in soluzioni concrete, la giurisprudenza potrebbero ricevere utili indicazioni su cosa significhi adottare una decisione (anche) alla luce di un'analisi teorica. La stessa Françoise Tulkens, Vice-Presidente della Corte Edu, ha rimarcato l'importanza della reciproca comprensione tra dottrina e giurisprudenza, ricordando, con le parole dello psicologo sociale Kurt Lewin, che «non c'è niente di più pratico di una buona teoria»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. R. DE CARIA, S. MONTALDO, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza delle Corti europee*, in *Annuario di Diritto comparato e Studi legislativi*, vol. VI, 2015, pp. 89-122. Dalla ricerca condotta sulla giurisprudenza della Corte Edu emerge che i giudici di Strasburgo non citano frequentemente dottrina giuridica. Le citazioni, ove presenti, sono riconducibili a due categorie principali, corrispondenti a due diverse finalità della citazione stessa: la ricostruzione del diritto interno dello Stato interessato e il rafforzamento della tesi sostenuta dal giudice che decide di citare; questa seconda tipologia si riscontra quasi solo nelle opinioni separate, soprattutto dissenzienti. Quanto alle cause dello spazio ridotto riconosciuto alla dottrina da parte della Corte di Strasburgo, gli Autori richiamano, da un lato, l'importanza della dottrina del precedente – che conduce i giudici a ricercare primariamente i riferimenti nella giurisprudenza esistente – e, dall'altro, l'influenza sullo sviluppo della giurisprudenza della Corte dell'esperienza francofona, tradizionalmente restia alla citazione esplicita di opere dottrinali nelle decisioni dei giudici, p. 92 s.

<sup>2</sup> Cfr. E. BREMS (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge, 2013.

<sup>3</sup> Cfr. F. TULKENS, *Foreword*, in E. BREMS (ed.), *op. cit.*, p. XIV. La Tulkens osserva che, mentre per i giudici le analisi e le interpretazioni dottrinali – anche, ma non soltanto, relative alle stesse decisioni giudiziali – sono una fondamentale fonte di conoscenza e apertura, gli studiosi dovrebbero, dal canto loro, dedicare più attenzione all'uso pratico della ricerca, sforzandosi di contestualizzare le riflessioni teoriche e immaginando soluzioni alternative a quella oggetto di critiche.



L'importanza dell'interazione tra formante dottrinale e formante giurisprudenziale diventa ancora più stringente rispetto ad alcune questioni particolarmente sensibili, tra le quali figurano senza dubbio le molte implicazioni del pluralismo culturale e religioso negli Stati costituzionali contemporanei. Rispetto a tali questioni, infatti, il bilanciamento dei molteplici interessi in gioco apprestato dal diritto (e, in particolare, dalla decisione del giudice) non può essere pensato esclusivamente in termini di soluzione più opportuna per il caso concreto, essendo necessario lo sviluppo di argomentazioni capaci di intercettare e restituire la complessità delle categorie concettuali, delle interpretazioni e delle pratiche dei gruppi minoritari. In vista di un compito tanto impegnativo il contributo della dottrina – giuridica e extra-giuridica – non pare soltanto prezioso, ma ineludibile.

2. Non è possibile, in questa sede, ricostruire in modo esaustivo il dibattito che, ormai da decenni, vede giuristi, sociologi, antropologi, teorici della politica, impegnati nella riflessione sul tema del riconoscimento giuridico dell'identità culturale e religiosa in contesti multiculturali o, come è stato detto, di «super-diversità»<sup>4</sup>.

Una delle categorie chiave elaborate nell'ambito di tale dibattito è quella del «multiculturalismo», che, come è noto, si configura in una duplice dimensione: descrittiva – in quanto stato di fatto, caratterizzato dal pluralismo sociale, culturale, etnico, religioso delle società contemporanee; prescrittiva – nella misura in cui esso implica l'idea dell'accomodamento politico da parte dello Stato e/o di un gruppo dominante delle diverse culture minoritarie. Le teorie multiculturali, sviluppatasi nell'area anglofona a partire dagli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo, si proponevano di superare l'opposizione dicotomica tra *liberals* e *communitarians* in relazione al ruolo da assegnare alla comunità (culturale, etnica, religiosa) rispetto ai diritti del singolo individuo: se la posizione liberale<sup>5</sup> si fonda sull'idea che la tutela dell'individuo debba prevalere rispetto alla comunità, l'approccio comunitarista valorizza il ruolo del gruppo, in rapporto alla stessa costruzione delle categorie cognitive e morali con le quali l'individuo si muove nella società<sup>6</sup>.

Dalla prospettiva del diritto costituzionale – e, in particolare, del costituzionali-

---

<sup>4</sup> Cfr. S. VERTOVEC, *Super-diversity and its implications*, in *Ethnic and Racial Studies*, 6/2007, pp. 1024-1054, che utilizza il concetto di «super-diversità» nel tentativo di dar conto del processo di «diversificazione della diversità» in atto nei paesi occidentali di immigrazione. Ben oltre il solo dato etnico, infatti, si assiste alla moltiplicazione delle variabili significative che incidono sul «dove», il «come» e il «con chi» vivono le persone, p. 1025. Si pensi, ad esempio, ai diversi *status* giuridico-amministrativi connessi al fenomeno migratorio, alle differenze nella posizione ricoperta all'interno del mercato del lavoro, a quelle di genere e di età, ecc.

<sup>5</sup> Cfr., tra gli altri, John Rawls, Ronald Dworkin, Chandran Kukathas.

<sup>6</sup> Cfr., tra gli altri, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer, Will Kymlicka. Quest'ultimo, in particolare, considerato uno dei maggiori teorici del multiculturalismo, ha elaborato modelli e proposte che si pongono sì nel solco del pensiero comunitario, ma risultano altresì largamente debitori al modello liberale incentrato sui diritti dell'individuo e sul principio di uguaglianza, cfr. W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, 1999 (ed. or. 1995) e ID., *Multicultural Odysseys. Navigating the new international politics of diversity*, Oxford, 2007.

simo liberaldemocratico occidentale – il nodo problematico risiede evidentemente nella possibilità di elaborare una nuova concettualizzazione del soggetto di diritto, che tenga conto della irriducibile complessità delle sue identità particolari e molteplici appartenenze all'interno di una cornice costituzionale di diritti e libertà universali basate sui principi del pluralismo e dell'uguaglianza. Le domande di riconoscimento delle molteplici affiliazioni culturali e religiose degli individui – stranieri migranti ma, sempre di più, cittadini a pieno titolo dello Stato – sollecitano potentemente i principi e i diritti fondamentali elaborati nel contesto del costituzionalismo e del diritto internazionale umanitario, con particolare riferimento alla tematizzazione della cultura come “diritto”. Pur con tutte le difficoltà di ricostruzione concettuale della categoria dei “diritti culturali”<sup>7</sup>, infatti, un “diritto alla cultura” è ricavabile dallo stesso catalogo costituzionale dei diritti e delle libertà anche in assenza di un riferimento esplicito, a partire dalla tutela della libertà religiosa e valorizzando, ad esempio, il principio di uguaglianza e il diritto al libero sviluppo della personalità<sup>8</sup>. Dalle esperienze giuridiche diverse da quella occidentale, inoltre, provengono delle preziose sollecitazioni nel senso dell'emersione di profili innovativi del rapporto tra cultura e diritto, utili ad illuminare le dinamiche in atto negli stessi paesi europei di immigrazione: alcune vicende del costituzionalismo latinoamericano, ad esempio, si sono caratterizzate all'insegna di un paradigma “interculturale”, con l'obiettivo della «costruzione partecipata di una società inclusiva»<sup>9</sup>.

La dottrina giuridica occidentale, come si è accennato, ha animato un dibattito particolarmente ampio su tali questioni, sia allo scopo di evidenziare i punti di tensione tra le pratiche culturali e religiose minoritarie e i principi e diritti fondamentali (con riferimento, ad esempio, al principio di uguaglianza di genere, al principio di laicità, alla stessa libertà di religione e coscienza, alla difesa della sicurezza pubblica) sia in funzione di classificazione dei diversi modelli di gestione del pluralismo culturale e religioso. In relazione a questo secondo aspetto, in particolare, possono distinguersi quei contributi dedicati alla ricostruzione della modellistica secondo il parametro del trattamento giuridico delle differenze culturali e religiose<sup>10</sup> e le riflessioni di chi ha tentato, in chiave anche normativa, di individuare la soluzione “migliore”

---

<sup>7</sup> Cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001, p. 24.

<sup>8</sup> Con riferimento al principio di uguaglianza, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bologna, 2009, p. 250.

<sup>9</sup> Cfr. S. BAGNI, *Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria*, in corso di pubblicazione, che osserva come le esperienze costituzionali di Bolivia ed Ecuador, sotto questo aspetto, si dimostrino particolarmente stimolanti anche in rapporto alle politiche di regolazione del pluralismo culturale e religioso nelle società di immigrazione europee.

<sup>10</sup> Cfr. la classificazione, per molti versi superata, in un modello “etno-culturale”, un modello “assimilazionista”, o “repubblicano”, e un modello “multiculturale”, o “pluralista”, es. S. CASTELS, M.J. MILLER, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, London, 1993; L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario*, Torino, 1996, p. 45 s.; R. KOOPMANS, P. STATHAM, M. GIUGNI, F. PASSY, *Contested Citizenship. Immigration and Cultural Diversity in Europe*, Minneapolis, 2005.

per la gestione della convivenza plurale nelle società multiculturali contemporanee<sup>11</sup>.

Il dibattito giuridico intorno alla pensabilità di una cittadinanza sganciata dall'idea dell'omogeneità culturale della nazione e, più in generale, alla regolazione della convivenza nelle società pluralistiche contemporanee, d'altra parte, non può non aprirsi ai contributi delle altre scienze sociali interessate ad approfondire il rapporto tra "cultura" e "diritto".

La letteratura antropologica, come è noto, mostra un quadro estremamente eterogeneo e frammentato in relazione alla nozione di "cultura": il diritto deve necessariamente tener conto di tale complessità definitoria, accogliendone la spinta critica e decostruttiva. Nel suo importante lavoro dedicato alle tecniche di composizione dei conflitti multiculturali negli Stati costituzionali contemporanei Ilenia Ruggiu ha proposto una interessante panoramica delle diverse idee di cultura elaborate in ambito antropologico e delle relative argomentazioni giuridiche, quasi sempre di origine giurisprudenziale, che delle prime sono il portato nell'ambito del diritto<sup>12</sup>. Al di là delle specifiche conseguenze, spesso di segno opposto, in termini di risoluzione giurisprudenziale dei conflitti culturali, ciò che appare degno di attenzione è il contributo fondamentale della riflessione antropologica nel senso dell'affermazione, in primo luogo, della pluralità dei punti di vista e delle concezioni del bene e, in secondo luogo, della complessità e dinamicità interna delle culture e delle identità culturali individuali. Quell'"identità culturale" a cui il diritto riconosce protezione – a certe condizioni e a seguito di complesse operazioni di bilanciamento – è essa stesso oggetto di analisi e studi che ne svelano la complessità, la multidimensionalità (con riferimento alle sue declinazioni individuale e comunitaria), il carattere irrimediabilmente plurale, poroso, fluido<sup>13</sup>. Il pericolo principale, da questa prospettiva, è infatti quello del ricorso a stereotipi semplificanti e fuorvianti in relazione alla concezione dell'"identità" dei soggetti appartenenti a gruppi culturali e religiosi minoritari. Se la costruzione di una specifica identità culturale del gruppo sociale è indubbiamente

---

<sup>11</sup> Cfr. la proposta elaborata da M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law*, British Academy, Policy Centre, London, 2012, p. 32 s., che individua sei opzioni possibili rispetto alle domande di riconoscimento delle regole giuridiche prodotte nel contesto dei gruppi culturali e/o religiosi minoritari: la proibizione, la non-interferenza, il riconoscimento di sistemi giuridici a base personale, l'accomodamento trasformativo, il volontarismo culturale e l'integrazione ("*mainstreaming*") delle minoranze. Le ipotesi intermedie, in particolare, sono caratterizzate dalla ricerca di un punto di equilibrio tra l'istanza dell'accomodamento, da un lato, e la garanzia di condizioni minime della convivenza democratica, dall'altro.

<sup>12</sup> Cfr. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012, p. 148 s. In particolare, la cultura è stata identificata o comunque associata alle idee di "manufatto", "evoluzione di civiltà", "esotismo", "relativismo", "attributo che possiede soltanto l'altro", "interpretazione e traduzione", "autenticità", "creolizzazione", "panculturalismo", "etnosfera" e, infine, alla stessa negazione della "cultura" come categoria fondamentale di comprensione e trasformazione dei fenomeni sociali.

<sup>13</sup> Cfr. A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006, p. 45 s., che rileva come ogni individuo esprima una pluralità di appartenenze e l'identità di ciascun individuo sia costruita attraverso un complesso sistema di identificazioni di cultura, ma anche di genere, di nazione, di razza, di lavoro, di gruppi di scelta.

un processo irrinunciabile e prioritario – direttamente connesso all’incompletezza biologica dell’uomo, che tenta di sottrarsi tanto al mutamento continuo e magmatico (le “alterazioni”) quanto alla rete di connessioni e potenzialità (l’“alterità”)<sup>14</sup> – è altrettanto decisivo guardare all’identità come a un processo fluido e in continua evoluzione. La tendenza diffusa a declinare l’identità culturale in termini di “tradizione” – come reazione tanto alla progressiva omologazione tra paesi e culture quanto alla percezione dell’irriducibile diversità degli *altri* da noi – rischia quindi di produrre una serie di cortocircuiti teorici e di rischi per la convivenza in contesti pluralistici. Il frequente ricorso alla metafora delle “radici” nel discorso pubblico sull’identità, ad esempio, si presta ad essere indagato in quanto “dispositivo di autorità”, in forza del quale, «una volta “radicati” in una certa tradizione, scegliere autonomamente la propria identità culturale diventa impossibile», con la conseguente negazione di quel «diritto naturale di scegliersi una cultura» spettante a ogni essere umano<sup>15</sup>. Una concezione rigida dell’identità, sbilanciata sulla tradizione, finisce inoltre per non intercettare le peculiarità, in termini di fisionomia multipla e ibridata, di quei soggetti che sono *sia* “interni” (es. immigrati lungo-residenti, figli di immigrati nati nel paese di immigrazione, cittadini) *sia* “altri” sul piano etno-culturale e religioso (es. rom o musulmani). Le elaborazioni giuridiche, normative e giurisprudenziali, relative al trattamento della minoranza rom, sotto questo aspetto, risultano particolarmente indicative di tale tendenza al riduzionismo e all’essentialismo culturale, con il riferimento spesso acritico a ricostruzioni superficiali e scarsamente documentate delle origini e dei tratti qualificanti, in termini di criteri di affiliazione e caratteristiche socio-culturali, della comunità rom<sup>16</sup>.

Nell’ambito della dottrina socio-antropologica e giuridica dedicata alla gestione della diversità culturale e religiosa dei paesi occidentali di immigrazione si è fatto altresì riferimento alla nozione di “pluralismo giuridico”, la cui complessità e articolazione interna, anche sul piano degli apporti disciplinari<sup>17</sup>, si ripercuote sulla possibilità di un suo utilizzo in relazione al trattamento giuridico delle differenze<sup>18</sup>. Pur te-

<sup>14</sup> Cfr. F. REMOTTI, *Contro l’identità*, Roma-Bari, 2007, p. 104.

<sup>15</sup> Cfr. M. BETTINI, *Contro le radici. Tradizione, identità, memoria*, Bologna, 2011, pp. 6-10 e 28-29.

<sup>16</sup> L’approssimazione del “test culturale” di fatto applicato in Italia da alcuni giudici penali, in assenza di una teorizzazione costituzionale sulla rilevanza giuridica dell’appartenenza culturale, ha condotto in alcuni casi ad un’interpretazione distorta, se non propriamente errata, delle peculiarità culturali alla base del trattamento giuridico differenziato, cfr. I. RUGGIU, *La diversità come bene pubblico tra Europa e Stati costituzionali*, in R. CHERCHI, G. LOY (a cura di), *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, Roma, 2009, p. 104 s.

<sup>17</sup> Tra i teorici e sostenitori del pluralismo giuridico nelle sue molteplici declinazioni si annoverano antropologi, sociologi e filosofi del diritto, storici, comparatisti, quali, ad esempio, Maurice Hauriou, Santi Romano, John Gilissen, Alan Watson, John Griffith, Sally Engle Merry, Sally Falk Moore, Roderick Macdonald, Jaques Vanderlinden, Boaventura de Sousa Santos, Norbert Roulard, Werner Menski.

<sup>18</sup> Si pensi, ad esempio, alla distinzione tra pluralismo giuridico “oggettivo” e “soggettivo”. Il primo si propone di tracciare il funzionamento – sul piano istituzionale, procedurale e normativo – dei molteplici gruppi sociali, concepiti come altrettanti ordinamenti giuridici, all’interno di un medesimo territorio, con particolare riferimento al rapporto che può instaurarsi tra i diritti prodotti da tali ordinamenti e il diritto ufficiale

nendo conto delle molte varianti del pluralismo giuridico, in quanto lente dalla quale osservare il rapporto tra il diritto e la società, la cifra caratteristica di tale concetto sta nel tentativo di dar conto delle trasformazioni epocali connesse alla fine del monismo statocentrico, illuminando la complessità delle interazioni tra i diversi sistemi giuridici (ordinamenti giuridici) che il "sociale" è in grado di esprimere, e che il diritto inteso come prodotto della politica, incentrato dunque sulla relazione verticale tra il cittadino e lo Stato, non riesce a sopprimere.

Il recupero della prospettiva giuridica pluralista può dunque consentire di far emergere le dinamiche di coesistenza e/o interazione tra diverse regole giuridiche all'interno di uno stesso territorio: laddove il gruppo minoritario, a prescindere dal *background* migratorio dei suoi componenti, sia caratterizzato da una fisionomia culturale e religiosa che si configura anche in termini di appartenenza ad una determinata cultura giuridica (es. comunità islamiche, ma anche, per molti aspetti, quelle cinesi e rom), tali dinamiche riguardano anche il comparatista, a prescindere dal riconoscimento ufficiale da parte del diritto dello Stato. Lungi dall'interessare esclusivamente l'antropologo giuridico, infatti, anche il comparatista intenzionato a studiare la complessità interna del diritto prodotto negli Stati democratico-pluralisti contemporanei deve provare a rispondere all'interrogativo che Rodolfo Sacco poneva qualche anno fa: «Non esistono, nel diritto europeo, particelle non scritte (in questo senso, consuetudinarie)? Non possono esistere – in vallate isolate, nelle periferie estreme dei massimi conglomerati urbani, nei nuclei compatti di immigrati o di nomadi, sopravvivenze giuridiche o nuove soluzioni giuridiche di cui il mondo ufficiale non sa nulla?»<sup>19</sup>.

Al di là della varietà dei presupposti teorici, delle classificazioni e dei modelli normativi proposti, il tratto che emerge nettamente dal dibattito dottrinale sul trattamento giuridico delle differenze culturali e religiose dei gruppi minoritari pare dunque essere l'includibilità del nesso strettissimo tra cultura e diritto, che non solo non può essere semplicemente negato all'interno di contesti pluralistici, ma che non risulta nemmeno agevolmente riconducibile alla dicotomia, di impronta liberale, tra spazio pubblico come luogo della neutralità e spazio privato come luogo delle differenze particolaristiche.

3. Con il caso *Muñoz Díaz v. Spain*, deciso dalla Terza Sezione della Corte di Strasburgo l'8 dicembre 2009, è stata affrontata la questione dei limiti alla tutela delle

---

dello Stato. Il secondo è, invece, maggiormente interessato, da un lato, ad indagare il ruolo del singolo individuo nella scelta del foro e/o della norma giuridica che ritiene migliore – tra i diversi ai quali risulta collegato per via della sua appartenenza a molteplici reti sociali – allo scopo di soddisfare la sua legittima attesa ("pluralismo di adesione"), e, dall'altro, ad approfondire le modalità con le quali l'individuo, colto nella sua molteplicità interna, crea egli stesso un diritto originale al fine di inquadrare giuridicamente la sua interazione con la società ("pluralismo di creazione"). La dimensione soggettiva del pluralismo giuridico è stata indagata soprattutto da Jaques Vanderlinden e Roderick Macdonald.

<sup>19</sup> Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 85.

specificità culturali della minoranza rom<sup>20</sup>, in relazione al divieto di discriminazioni (art. 14 Cedu) in connessione con la protezione della proprietà (art. 1 Prot. 1 Cedu) e il diritto al matrimonio (art. 12 Cedu).

Il caso è stato originato dal ricorso di una cittadina spagnola, appartenente alla comunità rom, la quale nel 1971 aveva sposato, esclusivamente con rito rom, un uomo anch'egli membro del medesimo gruppo minoritario.

Il fenomeno dei c.d. “matrimoni non registrati”, ovvero privi di effetti giuridici per il diritto ufficiale dello Stato, ha acquistato una grande rilevanza nell'ambito delle società multiculturali e multireligiose contemporanee, nelle quali può verificarsi che uomini e donne appartenenti a gruppi minoritari decidano di sposarsi unicamente con il rito prescritto dal proprio culto, senza contrarre un matrimonio che produca effetti civili<sup>21</sup>. Laddove si adotti una prospettiva giuridica pluralista sul diritto, sarà possibile identificare, accanto all'ordinamento giuridico ufficiale dello Stato, altri ordinamenti giuridici nell'ambito dei quali le persone si sposano (e divorziano)<sup>22</sup> in conformità con le proprie tradizioni culturali e religiose; si tratta di matrimoni che possono essere definiti “informali”, nella misura in cui sono riconosciuti soltanto nell'ambito della comunità culturale e/o religiosa di riferimento ma non, formalmente, dalle leggi dello Stato. Sebbene la gran parte delle coppie che opta per il rito corrispondente alla propria appartenenza culturale e religiosa ritenga poi di procedere altresì al matrimonio civile, così da ottenere il pieno riconoscimento dello *status* connesso, continuano a verificarsi situazioni nelle quali i coniugi sono uniti dal

---

<sup>20</sup> Secondo i dati statistici prodotti dal Consiglio d'Europa (*Roma and Travellers Division*), nel 2012 i membri delle minoranze rom in Europa erano stimabili in circa 11.260.300 unità. La storia secolare dei Rom è attraversata da persecuzioni di massa, violenze e discriminazioni perpetrate da agenti istituzionali e non istituzionali; l'anti-ziganismo, come è noto, non è un fenomeno recente, sebbene la sua attuale configurazione nell'Europa contemporanea sia associata a fenomeni e trasformazioni caratterizzanti la storia del continente europeo nel secondo dopoguerra, quali la caduta dell'Unione Sovietica, il consolidamento delle democrazie liberali e dei principi economici neoliberali nell'Unione Europea e il connesso processo di pauperizzazione a cui molte comunità rom sono sottoposte. Le situazioni di degrado sociale e isolamento culturale che caratterizzano la vita di molti rom nei paesi europei – e che sono spesso l'anticamera di gravissimi episodi di violenza e odio razziale – sono oggi documentate dai numerosi *report* di organismi internazionali e da un'importante letteratura scientifica, anche in ambito giuridico. Sulla “galassia rom” cfr. L. PIASERE, *I rom d'Europa. Una storia moderna*, Roma-Bari, 2009.

<sup>21</sup> Cfr. R.C. AKHTAR, *Unregistered Muslim Marriages: An Emerging Culture of Celebrating Rites and Conceding Rights*, in J. MILES, P. MOODY, R. PROBERT (eds.), *Marriage Rites and Rights*, Oxford, 2015, p. 167 s.

<sup>22</sup> Nel Regno Unito è in corso da anni un acceso dibattito sugli *unregistered marriages*, con particolare riferimento a quelli stipulati nell'ambito della comunità islamica, anche in relazione al connesso fenomeno delle cd. *sharia courts*. Con questa espressione si identificano organismi di natura consultiva con il compito di emettere pareri su una vasta gamma di questioni relative alla vita personale e sociale dei musulmani britannici; tra le funzioni di questi “consigli” c'è anche quella di pronunciarsi sul divorzio (religioso) di quelle coppie che hanno deciso di sposarsi esclusivamente con rito islamico. Sulle *sharia courts* si veda, ad esempio, S. BANO, *Muslim Women and Shari'ab Councils, Transcending the Boundaries of Community and Law*, London, 2012 e, con riferimento all'esperienza canadese, P. FOURNIER, *Please Divorce Me! Subversive Agency, Resistance and Gendered Religious Scripts*, in E. GIUNCHI (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Abingdon, 2014, pp. 32-55.

solo matrimonio “informale”<sup>23</sup>, con una serie di criticità evidenti rispetto alla tutela dei diritti fondamentali dei coniugi e, molto spesso, della donna in quanto soggetto debole della relazione. Il mancato riconoscimento dello *status* di coniuge in capo alla donna sposata esclusivamente con rito religioso o culturale, infatti, è in grado di incidere negativamente, ad esempio, sul diritto all'unità e alla vita familiare, sul principio di uguaglianza – con riferimento alla situazione delle coppie validamente sposate – sul diritto all'identità culturale e sulla stessa libertà religiosa.

I Sig.ri Muñoz Díaz erano stati dunque legati da un matrimonio “informale”, durato fino alla morte del marito nel 2000, durante il quale la coppia aveva avuto sei figli e il riconoscimento da parte delle autorità spagnole dello *status* di “famiglia numerosa”. L'Istituto nazionale di sicurezza sociale spagnolo aveva però negato, alla morte del marito, la pensione di reversibilità a favore del coniuge superstite, motivando il diniego sulla base della mancata registrazione del matrimonio nel registro civile.

La Sig.ra Muñoz Díaz si era rivolta alle autorità giurisdizionali nazionali: mentre, nel 2002, il giudice del lavoro le aveva riconosciuto il diritto alla pensione, l'Alta Corte di giustizia di Madrid aveva in seguito annullato la sentenza, facendo valere l'assenza di effetti civili del matrimonio consuetudinario celebrato dalla ricorrente. Nel 2007 lo stesso *Tribunal constitucional* aveva rigettato l'*amparo* della ricorrente, argomentando nel senso della possibilità per chiunque di accedere al matrimonio civile senza considerazione dell'appartenenza etnica e motivando altresì la necessità di limitare le pensioni di reversibilità alla luce della scarsità delle risorse economiche<sup>24</sup>. Il *voto particular* espresso dal giudice Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, peraltro, aveva avanzato degli argomenti sensibili al dato della diversa identità etnico-culturale della Sig.ra Muñoz Díaz: il giudice infatti, contestando la ricostruzione della Corte, aveva ritenuto che la protezione delle minoranze etniche avesse una rilevanza costituzionale che non era stata adeguatamente considerata e che deve essere assicurata anche attraverso «medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida». Secondo Rodríguez-Zapata Pérez non basta la “scrupolosa neutralità” di una norma

---

<sup>23</sup> Cfr. S. RUTTEN, *Protection of spouses in informal marriages by human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2, 2010, p. 77. In particolare, solitamente si verificano due ipotesi. Una prima ipotesi si produce quando la coppia si è unita esclusivamente con rito informale, senza celebrare un matrimonio formale, con la conseguenza che i due coniugi si considerano tali – e tali saranno considerati, con tutta probabilità, dalla comunità di appartenenza – ma non godranno del riconoscimento del diritto ufficiale. In questo caso, pur nell'impossibilità di una protezione piena dello *status* di coniuge da parte dello Stato, la riflessione ruota attorno all'opportunità di un riconoscimento del rapporto matrimoniale almeno ai fini della tutela di specifici diritti. Una seconda ipotesi riguarda la condizione delle c.d. *chained wives* (lett. “mogli incatenate”), che si verifica quando – nel caso della celebrazione del matrimonio con entrambi i riti, religioso e civile – la coppia divorzia soltanto civilmente, restando in piedi il matrimonio religioso (sul quale, ovviamente, il divorzio civile non produce effetti). In questi casi sono di solito le mogli a rimanere, appunto, “incatenate” in un matrimonio informale, con una serie di conseguenze negative in termini, ad esempio, di dipendenza economica (oltre che psicologica) dall'ex marito.

<sup>24</sup> TCF sent. 69/2007, 16 aprile 2007.

di fronte alla situazione, oggettivamente differente, di una persona appartenente ad una minoranza etnica che, in buona fede e senza che siano intervenuti fattori in grado di creare tensioni rispetto all'ordine pubblico costituzionale, chiede il riconoscimento di alcuni effetti del suo matrimonio consuetudinario, espressione del suo diritto all'identità culturale.

In relazione al combinato disposto art. 14 Cedu-art. 1 Prot. 1 Cedu la Corte Edu ha convenuto con la ricorrente che lo Stato spagnolo ha mostrato di considerare quella dei Sig.ri Muñoz Díaz una "famiglia" a tutti gli effetti, corrispondendo nel tempo diversi benefici sociali ai membri del nucleo familiare; le pretese economiche avanzate dalla Sig.ra Muñoz Díaz sono state quindi ritenute meritevoli di protezione ex art. 1 Prot. 1 Cedu<sup>25</sup>.

Una volta sciolto il nodo dell'applicabilità dei principi e diritti sanciti dalle due norme citate al caso concreto, i giudici si sono concentrati sul profilo della potenziale discriminazione. La Corte, sotto questo aspetto, non ha ignorato il tema dell'appartenenza etno-culturale, osservando che la pretesa che la ricorrente si sposasse nel 1971 con il rito canonico, il solo disponibile all'epoca in Spagna, avrebbe comportato una lesione della sua libertà di religione; a tale scopo è richiamato il consenso emergente tra gli Stati europei in ordine alla protezione dei bisogni speciali e del diverso stile di vita delle minoranze<sup>26</sup>. Avendo la ricorrente sviluppato nel corso del tempo una legittima aspettativa ad essere considerata a tutti gli effetti quale "coniuge" del Sig. Muñoz Díaz, il rifiuto della pensione di reversibilità è considerato dalla Corte una misura sproporzionata, tanto più che in alcuni casi anteriori i giudici spagnoli avevano concesso il diritto alla pensione pur in assenza, per motivi diversi, di un valido matrimonio canonico<sup>27</sup>.

I giudici non hanno invece accolto il profilo della discriminazione relativa al diritto al matrimonio (art. 12 Cedu), ritenendo una garanzia sufficiente il fatto che dal 1981 l'ordinamento giuridico spagnolo prevede l'istituto del matrimonio civile, a cui tutti possono accedere senza distinzioni di razza, religione e appartenenza culturale;

---

<sup>25</sup> Sebbene l'art. 1 del Prot. 1 alla Cedu non garantisca, di per sé, il diritto di acquisto della proprietà, o qualsiasi titolo ad una pensione di qualsivoglia ammontare – e sebbene gli Stati contraenti siano liberi di decidere se prevedere un qualsiasi regime di sicurezza sociale, così come la tipologia e la misura dei benefici eventualmente erogati – la legislazione in forza della quale sono garantiti diritti a prestazioni sociali e assistenziali genera un «proprietary interest» che ricade nell'ambito di applicazione della norma in questione, § 44. Poiché la ricorrente appartiene alla comunità rom ed era unita in matrimonio al Sig. Muñoz Díaz – come le stesse autorità spagnole avevano riconosciuto a certi scopi, anche se non ai fini della pensione di reversibilità – la Corte ha quindi concluso che tale «proprietary interest» è protetto dall'art. 1 Prot. 1.

<sup>26</sup> La Corte ha citato, sul punto, i propri precedenti *Buckley v. the United Kingdom*, 25 settembre 1996, *Chapman v. the United Kingdom*, 18 gennaio 2001 e *Connors v. the United Kingdom*, 27 maggio 2004.

<sup>27</sup> Sulla base della *Ley General de Seguridad Social* in vigore all'epoca dei fatti – e, in particolare, utilizzando il parametro della "buona fede" – il Tribunale costituzionale aveva, ad esempio, riconosciuto il diritto alla pensione a favore del coniuge superstite in casi di assenza del matrimonio canonico per impossibilità del divorzio o per conflitto con la libertà di coscienza e religione.



gli effetti civili prodotti dalla celebrazione di alcune forme di matrimonio religioso (cattolico, protestante, islamico ed ebraico) sono stabiliti sulla base di intese tra lo Stato e le confessioni religiose e l'esclusione del matrimonio rom non costituisce, in questo senso, una discriminazione ai sensi dell'art. 14 Cedu.

4. Nel valutare le argomentazioni giurisprudenziali alla luce del dibattito dottrinale al quale si è prima fatto riferimento, si deve, chiaramente, considerare l'approccio casistico della Corte: *Muñoz Díaz v. Spain* è infatti una pronuncia volta a decidere un caso concreto configuratosi nell'ambito di uno Stato parte della Convenzione, tanto più da parte di una corte – quale quella di Strasburgo – particolarmente attenta a rispettare lo spazio lasciato agli Stati nell'applicazione dei diritti e delle libertà fondamentali derivanti dalla Cedu. D'altra parte, ormai inconfutabilmente le corti si configurano come un soggetto cruciale per l'elaborazione delle condizioni di convivenza delle società pluralistiche contemporanee, consentendo a minoranze e gruppi storicamente emarginati di esprimere istanze di tutela e riconoscimento<sup>28</sup>. Come è noto tale attivismo giudiziale, in particolare dei giudici costituzionali, non è esente da critiche, formulate da chi vede un rischio di sottrazione della decisione rispetto a questioni delicate – quali, appunto, l'accomodamento delle differenze culturali e religiose – al circuito della rappresentanza politica e al meccanismo democratico<sup>29</sup>.

Trovandosi a decidere un caso implicante il rispetto dell'identità culturale dei membri di gruppi minoritari e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti deboli, la Corte Edu ha mostrato di valorizzare alcuni argomenti e punti di vista sviluppati nell'ambito del dibattito su multiculturalismo e pluralismo giuridico negli Stati costituzionali contemporanei.

I giudici di Strasburgo avevano già avuto modo di marcare una chiusura netta rispetto all'ipotesi del riconoscimento, nel contesto europeo, di un pluralismo giuridico di tipo oggettivo, in termini di pluralità di ordinamenti giuridici su base confessionale e/o culturale all'interno del territorio di uno Stato. Con il noto caso *Refah Partisi v. Turkey* la Corte si era infatti espressa per la non violazione dell'art. 11 Cedu (libertà di associazione) ad opera del provvedimento di scioglimento, da parte del Tribunale costituzionale turco, del partito *Refah Partisi*, promotore di un progetto politico di ristabilimento della *sharia* considerato contrario al principio di laicità e al principio democratico sanciti dall'ordinamento costituzionale della Turchia<sup>30</sup>. Le argomentazioni della Corte, sotto l'aspetto che qui interessa, non sem-

---

<sup>28</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 195.

<sup>29</sup> Cfr. E. OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), per la quale, del resto, è opportuno ricontestualizzare tali critiche alla luce del «desolante arretramento delle istituzioni rappresentative» e, in particolare, della «quasi completa abdicazione del legislatore su temi e questioni legati al pluralismo sociale», p. 13.

<sup>30</sup> Cfr. Corte (Terza Sezione), *Refah Partisi v. Turkey*, 31 luglio 2001 e Grande Camera, *Refah Partisi v. Turkey*, 13 febbraio 2003.

brano lasciare spazi di apertura: la Terza Sezione della Corte, confortata sul punto dalla Grande Camera, aveva dichiarato che il riconoscimento di una pluralità di ordinamenti introdurrebbe in tutti i rapporti giuridici una distinzione tra individui sulla base dell'appartenenza religiosa, con la conseguenza che diritti e libertà verrebbero tutelati non rispetto all'individuo in quanto tale, ma in quanto membro di un determinato gruppo confessionale. Tale assetto, secondo la Corte, non è compatibile con la Cedu per due ragioni. Una prima ragione ha a che fare con il ruolo dello Stato come garante dei diritti e delle libertà fondamentali: gli Stati democratici sono tenuti a predisporre uno spazio neutrale di convivenza delle varie culture e credenze, promuovendo attivamente la tutela di quei diritti e quelle libertà a favore di ciascuno indistintamente. Una seconda ragione è direttamente connessa alla violazione del principio di non discriminazione sulla base dell'appartenenza religiosa in tutti i settori del diritto, pubblico e privato, *ex art. 14 Cedu*; la disparità di trattamento che si produrrebbe non consentirebbe di mantenere un giusto equilibrio tra, da un lato, le istanze di autonomia di alcuni gruppi religiosi e, dall'altro, l'interesse della società nel suo complesso alla convivenza pacifica e alla tolleranza tra le diverse culture e credenze<sup>31</sup>.

È degno di nota, peraltro, che, proprio in un'opinione concorrente alla decisione della Grande Camera nel caso *Refah Partisi*, il giudice Kovler rimarcasse come la Corte non avesse colto l'opportunità di analizzare più approfonditamente il concetto di "pluralismo giuridico", un concetto «radicato nella teoria e nella pratica giuridica antica e moderna»<sup>32</sup>. Per rafforzare la sua argomentazione il giudice citava esplicitamente alcuni lavori dottrinali in tema di pluralismo giuridico, ad opera sia di antropologi<sup>33</sup> che di costituzionalisti interessati a riflettere sulle condizioni del riconoscimento di una pluralità di *status* personali negli Stati costituzionali contemporanei. Il riferimento, in particolare, è al lavoro di un costituzionalista libanese, Pierre Gannagé, nel quale si dà conto del modello di pluralismo degli statuti personali negli Stati multicomunitari e multiconfessionali, qual è il Libano<sup>34</sup>. L'interesse del giudice per la prospettiva pluralista è posto in termini problematici: proprio perché questo tipo di pluralismo incide principalmente sulla vita privata e familiare di un individuo, si devono prevedere delle limitazioni nell'interesse generale; la sfida più difficile, secondo Kovler, è «trovare un compromesso, nella pratica, tra gli interessi delle co-

---

<sup>31</sup> Cfr. § 70 della sentenza della Terza Sezione e § 119 della sentenza della Grande Camera.

<sup>32</sup> Cfr. *Concurring Opinion* del Giudice Kovler, Grande Camera, *Refah Partisi*, cit. Kovler si era dichiarato inoltre preoccupato che, in relazione a temi altamente sensibili legati alla religione e ai suoi valori, una corte internazionale quale quella di Strasburgo avesse fatto ricorso a formule mutuata dal dibattito politico-ideologico – quali "fondamentalismo islamico", "movimenti totalitari", "minaccia al regime democratico", ecc. – che nel caso di specie acquistavano un carattere eccessivamente enfatico.

<sup>33</sup> Si cita, in particolare, il lavoro, ormai classico, di J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism*, in *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1986.

<sup>34</sup> P. GANNAGE, *Le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Brussels, 2001.

munità e la società civile nel suo complesso», piuttosto che «respingere l'idea stessa di un tale compromesso».

Pur rigettando, quindi, l'ipotesi della coesistenza di una pluralità di statuti personali, la Corte Edu – con il caso *Muñoz Díaz* – ha lasciato aperto un varco al riconoscimento, da parte del diritto ufficiale, di istituti propri di ordinamenti giuridici basati sull'appartenenza culturale e/o religiosa del soggetto.

Si è già rilevato come la Corte abbia assegnato alla possibilità, a partire dal 1981, di sposarsi in Spagna anche con rito civile una diversa valenza in rapporto ai motivi di ricorso avanzati dalla ricorrente: mentre tale possibilità non consente di accogliere il profilo della discriminazione in relazione al diritto al matrimonio, diverso ragionamento viene sviluppato rispetto al diritto alla pensione di reversibilità.

La Corte, infatti, da un lato, ha affermato che nel 1971 (anno nel quale i Sig.ri *Muñoz Díaz* si erano uniti in matrimonio con rito rom) la pretesa che la ricorrente celebrasse il matrimonio canonico – l'unico possibile all'epoca in Spagna – avrebbe comportato una violazione della sua libertà religiosa; dall'altro lato, ha mostrato di valorizzare la buona fede della donna, che non aveva ritenuto necessario, dopo il 1981, contrarre un matrimonio civile, in quanto convinta che il matrimonio celebrato conformemente ai riti e alle tradizioni rom producesse tutti gli effetti giuridici ricollegabili all'istituto di diritto civile. Nel valutare tale “buona fede”, la Corte ha tenuto conto della considerazione riservata al matrimonio tradizionale da parte tanto della specifica comunità etno-culturale di appartenenza della ricorrente (nell'ambito della quale la validità di tale matrimonio non è mai stata contestata), quanto delle stesse autorità nazionali spagnole (che non avevano ritenuto il matrimonio rom contrario all'ordine pubblico, ricollegando anzi alcuni benefici sociali alla qualità di “coniuge” della ricorrente). L'importanza del contesto sociale e culturale nel quale prende forma la vita di una persona viene sottolineata con forza dai giudici, secondo i quali la pregnanza delle credenze collettive di una comunità – tanto più se culturalmente definita e fortemente radicata nella società spagnola, quale la comunità rom – non può essere ignorata; per questa via la Corte è arrivata a censurare il comportamento delle autorità spagnole, che non hanno invece considerato, nel valutare la buona fede della ricorrente, le sue specificità sociali e culturali.

Se quindi il dato della diversità culturale non è considerato dai giudici in senso “forte”, in termini di legittimazione dell'esenzione dei membri di una minoranza etno-culturale o religiosa dalla disciplina civile del matrimonio, esso è comunque in grado di produrre delle conseguenze giuridiche significative, potendo incidere sulla modalità di applicazione delle leggi<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> *Muñoz Díaz v. Spain*, § 61: «The Court takes the view that, while the fact of belonging to a minority does not create an exemption from complying with marriage laws, it may have an effect on the manner in which those laws are applied». Contro questa affermazione si è espresso il giudice Myjer nella sua *dissenting opinion*, ritenendo inopportuno – a sostegno della possibilità di un'applicazione della legge sensibile alle differenze culturali – il richiamo della giurisprudenza Cedu sul diritto all'abitazione dei membri della minoranza

Parte della dottrina, pur rilevando l'apertura verso le istanze di protezione dei membri della minoranza rom marcata dalla sentenza, ne ha altresì segnalato il carattere limitato e, in qualche modo, "pavido", arrivando a considerare il caso *Muñoz Díaz* un'occasione mancata. Nell'ambito dell'esperimento di "riscrittura" delle sentenze della Corte ad opera di studiosi del diritto a cui prima si è fatto cenno, ad esempio, si sono proposte tre linee argomentative alternative che avrebbero potuto orientare i giudici nel decidere sul ricorso della Sig.ra *Muñoz Díaz*, incentrate sulla discriminazione derivante dal trattamento identico di situazioni differenti, sul concetto di discriminazione indiretta e sulla discriminazione in relazione al diritto al matrimonio; mentre la prima e la seconda argomentazione avrebbero portato alla stessa decisione – ovvero la violazione del combinato disposto art. 14-art. 1 Prot. 1 Cedu – la terza avrebbe comportato altresì la condanna per violazione del combinato disposto art. 14-art. 12 Cedu<sup>36</sup>. La critica di eccessiva prudenza mossa alla Corte è motivata dalla considerazione che la condizione peculiare della ricorrente, in quanto appartenente ad una minoranza etno-culturale, non sarebbe stata adeguatamente valorizzata dai giudici, che hanno invece fatto riferimento ad una più generale idea di uguaglianza, o equità, senza contribuire adeguatamente allo sviluppo di quel diritto antidiscriminatorio sempre più necessario nell'Europa multiculturale. L'"occasione mancata", da questa prospettiva, fa riferimento al fatto che – pur avendo la Corte deciso equamente a favore della ricorrente – l'argomentazione adottata non si presta ad un'applicazione ampia in casi analoghi: facendo riferimento al generale principio di non discriminazione fondato sulla comparazione tra trattamenti giuridici di casi considerati simili, infatti, la Corte non avrebbe ritenuto davvero dirimente l'affiliazione etno-culturale della ricorrente, rinunciando ad adottare una prospettiva pienamente sensibile alle differenze.

Nonostante le perplessità sollevate dalla sentenza, il caso *Muñoz Díaz* rimane un interessante punto di osservazione delle elaborazioni giuridiche, teoriche e pratiche, intorno alle domande di protezione delle minoranze.

Gli argomenti decisivi, per la Corte, sono l'esistenza di un rapporto coniugale "di fatto" e, come già detto, la "buona fede" della ricorrente: la concretezza delle situazioni di vita e dei rapporti interpersonali e sociali, ai quali lo scorrere del tempo assegna consistenza, costituisce la base per la valorizzazione degli altri due profili rilevanti per i giudici, l'appartenenza ad un gruppo culturale minoritario e la "vulnerabilità" di tale gruppo. Quest'ultima condizione, in particolare, risulta di grande impatto nel ragionamento della Corte, che ha mostrato di concepire il trattamento giuridico differenziato nella prospettiva di una discriminazione positiva volta al ristabilimento di un'uguaglianza sostanziale.

---

rom. Secondo Myjer la violazione del combinato disposto art. 14 Cedu-art. 1 Prot. 1 si sarebbe prodotta solo nel caso, non verificatosi, di rifiuto dei benefici sociali ai figli dei Sig.ri Muñoz Díaz, o alla ricorrente nella sua qualità di madre di "famiglia numerosa".

<sup>36</sup> Cfr. E.J. RUIZ VIEYTEZ, *Minority marriage and discrimination: redrafting Muñoz Díaz v. Spain*, in E. BREMS (ed.), *op. cit.*, p. 401 s.

È appunto attraverso la condizione di “soggetto debole” all'interno di gruppi minoritari e il tema della vulnerabilità associata alla diversità etno-culturale e religiosa che la Corte si pone al centro del dibattito dottrinale sul fondamento e sui limiti delle politiche di accomodamento multiculturale negli Stati occidentali di immigrazione.

Il bilanciamento tra la tutela delle differenze culturali e religiose dei gruppi minoritari e la protezione dei soggetti deboli all'interno del gruppo (in particolare, donne e minori<sup>37</sup>) interroga da tempo giuristi e teorici della giustizia, che tentano di immaginare possibili soluzioni in grado di «rendere giustizia sia alle aspirazioni alla libertà e alla parità da parte delle donne sia alla legittima pluralità delle culture umane»<sup>38</sup>. Tra i molti contributi al ricco dibattito sul tema, le riflessioni della giurista e scienziata della politica canadese, Ayelet Shachar, mettono al centro proprio la posizione dei soggetti deboli membri di minoranze, costretti a vivere un vero e proprio «paradosso della vulnerabilità multiculturale»<sup>39</sup> rispetto all'istanza di accomodamento multiculturale intesa come esenzione dalla legge dello Stato.

Tradizionalmente, osserva Shachar, sono proposte due soluzioni alla tensione tra diritti del soggetto debole e tutela dell'identità culturale del gruppo: una prima posizione – quella dei «costi inevitabili» – privilegia il profilo della protezione statale dei gruppi culturali, mentre l'idea di una «cittadinanza ri-universalizzata» intende dare precedenza ai diritti e alle libertà individuali dei singoli membri del gruppo. Il limite di entrambi questi modelli consiste nell'operare un'eccessiva semplificazione della complessa condizione in cui si ritrovano coloro che sperimentano quello che l'Autrice identifica, appunto, come «paradosso della vulnerabilità multiculturale». Le due soluzioni richiedono infatti che le donne, e gli altri soggetti potenzialmente a rischio, compiano una scelta tra i loro diritti in quanto cittadini e le loro identità particolari, con una eccessiva penalizzazione della loro condizione. Nessuna delle due opzioni offre quindi una risposta soddisfacente a coloro che intendono sia preservare le proprie identità culturali che sfidare i rapporti di potere codificati all'interno dei propri gruppi di appartenenza.

La proposta della giurista canadese, in un'ottica normativa, si basa sul rifiuto

---

<sup>37</sup> In un contesto di super-diversità quale quello attuale, caratterizzato da un'elevata frammentazione e moltiplicazione delle identità e delle appartenenze, le donne e i minori vedono intensificata la loro funzione strategica all'interno delle comunità minoritarie, relativa al mantenimento dei marcatori identitari del gruppo e al consolidamento delle relazioni di potere: diventa quindi cruciale, nei loro confronti, predisporre meccanismi efficaci di controllo e disciplinamento. In particolare, mentre le donne svolgono «funzioni di socializzazione e trasmissione dei vincoli comunitari», dai minori ci si aspetta l'«assorbimento e [la] continuazione degli impegni collettivi trasmessi», cfr. E. OLIVITO, *Donne e minori: le ambiguità della retorica multiculturalista*, in F. BILANCIA, F.M. DI SCIULLO, F. RIMOLI (a cura di), *Paura dell'Altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Roma, 2008, pp. 266-267.

<sup>38</sup> Cfr. S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005, p. 140, che propone un modello giuridico pluralista basato sui principi della reciprocità egualitaria, dell'autoascrizione volontaria e della libertà di uscita e associazione.

<sup>39</sup> Cfr. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001, pp. 3-6.

delle concezioni monistiche fondate sull'idea di un'unica fonte di autorità, avanzando invece l'idea di un sistema di regolazione condiviso tra Stato e gruppo minoritario. L'“accomodamento trasformativo” immaginato da Shachar, in particolare, presuppone dei veri e propri accordi istituzionali tra le istituzioni statali e la comunità di appartenenza del soggetto, prendendo sul serio la condizione, intrinsecamente pluralistica, della persona che è contemporaneamente parte della comunità politica statale e membro di un gruppo particolare. In alcuni ambiti, quali il diritto di famiglia, si potrebbe quindi configurare una ripartizione di competenze tra diritto ufficiale dello Stato e regole giuridiche prodotte nel contesto del gruppo culturale e religioso: poiché nessuno dei due centri di potere può rivendicare un monopolio normativo né pretendere di acquisire un controllo esclusivo rispetto a materie che riguardano l'individuo in quanto cittadino *e* membro di un gruppo, la soluzione consisterebbe nella suddivisione interna di ciascuna arena sociale in diverse “sotto-questioni”, alle quali corrisponderebbero diverse regolamentazioni e sedi di tutela<sup>40</sup>.

Una tale articolazione di livelli e competenze presuppone tuttavia la libertà di scelta dell'individuo, che deve poter “invertire” la propria direzione, uscendo da un sistema normativo (sostanziale e procedurale) e optando per l'altro. Le possibilità di “inversione” dovrebbero essere chiaramente delineate attraverso processi di negoziazione tra lo Stato e l'ordinamento giuridico del gruppo, assicurando all'individuo il diritto di recesso e la libertà di muoversi tra la giurisdizione statale e quella del gruppo particolare. L'opportunità di invocare tale libertà di uscita, dalla prospettiva dell'Autrice, rafforzerebbe la capacità dei soggetti vulnerabili di rivendicare ed esercitare i propri diritti in quanto cittadini dello Stato, senza sacrificare la propria identità culturale; la concorrenza che si verrebbe a creare tra lo Stato e la minoranza, inoltre, funzionerebbe da stimolo affinché entrambi gli ordinamenti si pongano in modo recettivo e responsabile nei confronti delle scelte e dei bisogni individuali<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> In relazione al matrimonio, ad esempio, potrebbero essere identificate due sotto-questioni: una relativa alla funzione di “demarcazione”, che regola, ad esempio, il cambiamento di *status* e il titolo di appartenenza ad una data comunità; l'altra alla funzione di “distribuzione”, che copre, ad esempio, la definizione dei diritti e dei doveri dei coniugi e la determinazione dei profili economici in caso di divorzio o morte. Mentre in relazione alla prima potrebbe essere riconosciuta una competenza di organismi non-statali, la seconda dovrebbe rimanere incardinata presso le autorità statali, con la conseguenza che sarebbe necessario un coordinamento tra istituzioni civili e religiose nella determinazione delle reciproche responsabilità e nella fase dell'implementazione.

<sup>41</sup> Cfr. A. SHACHAR, *State, Religion and the Family: The New Dilemmas of Multicultural Accomodation*, in R. AHDAR, N. ARONEY (eds.), *Shari'a in the West*, Oxford, 2010, pp. 131-132. Una delle critiche mosse all'accomodamento trasformativo proposto da Shachar fa proprio riferimento alla praticabilità di questa sorta di “circolo virtuoso” tra istituzioni statali e istituzioni del gruppo minoritario: queste ultime, infatti, potrebbero non essere motivate a sviluppare un'interpretazione più dinamica, sensibile al contesto e moderata della tradizione, resistendo al cambiamento anche al costo di perdere il controllo sui membri del gruppo, cfr. J. EEKELAAR, J., *From Multiculturalism to Cultural Voluntarism: A Family-based Approach*, in *The Political Quarterly*, 3, 2010, pp. 344-355.

In conclusione – pur tenendo conto della cautela, se non della reticenza, contestate alla Corte nel caso di specie – di fronte alla complessità della trama di appartenenze e dei bisogni di protezione espressi dai membri di gruppi minoritari nelle società multiculturali contemporanee i giudici di Strasburgo sembrano aver colto lo sforzo di elaborazione teorica che impegna chi, occupandosi del nesso tra cultura e diritto, rifiuta tanto l'idea di “isole di giurisdizione” separate quanto la negazione di qualsivoglia riconoscimento, in vista di una tutela effettiva dei soggetti deboli colti nella concretezza della loro condizione plurale.





---

BREVI CONSIDERAZIONI  
SUGLI ORIZZONTI COMPARATIVI  
DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE ALLA LUCE DELLE  
CONNESSIONI TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

---

MARIO SERIO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Il danno tanatologico in Italia: novant'anni di giurisprudenza contraria, con un'unica soluzione di continuità. – 3. Una recente vicenda giurisprudenziale inglese: il caso *Montgomery* deciso dalla *Supreme Court* nel 2015. – 4. Un conclusivo sguardo di sintesi.

1. Tra il marzo ed il luglio 2015 le Corti supreme inglese ed italiana si sono pronunciate su due rilevanti questioni afferenti alla responsabilità civile da fatto illecito. Le sentenze in questione, pur non avendo l'attitudine, data la specificità delle questioni affrontate, a rappresentare in forma compiuta e globale i più recenti atteggiamenti giurisprudenziali nella materia di cui si tratta, appaiono certamente denotative di orientamenti che raccolgono, pur in ambito circoscritto, indicazioni da tempo circolanti anche in dottrina.

In particolare, il tema delle decisioni che qui vengono brevemente richiamate riguardava, nel caso inglese, la determinazione dei margini di rilevanza, al fine di escludere o affermare la responsabilità dell'esercente la professione medica, del consenso informato del paziente e, nel caso italiano, la configurabilità e lo statuto tassonomico del danno da perdita della vita.

La ragione che sorregge la scelta di questi casi non è solo data dalla rilevanza, anche sociale, della materia e dalla natura delle conseguenze che discendono dalle pronunce giurisprudenziali; essa risiede in gran parte anche nella notevole ed evidente influenza che su queste ultime è stata esercitata dal dibattito dottrinario che le ha precedute (e che ne è poi seguito). Ed ancora, lo stesso dibattito, poi riflessosi nelle sentenze in esame, ha avuto il sapore di un approfondimento incisivo, e non condizionato da confini angusti, del ruolo, del significato, degli effetti economico-sociali dell'affermazione della responsabilità civile da fatto illecito. Il fatto che, in entrambe le occasioni giudiziarie, le sentenze abbiano assunto, tra i parametri decisori, anche il punto di vista dottrinario, sia in senso adesivo sia in termini critici, accredita un'immagine felice e feconda di comunicazione tra l'emisfero giurisprudenziale e quello

dottorale, addirittura promuovendo quest'ultimo, in circostanze determinate, al rango di coautore di nuovi orientamenti<sup>1</sup>. Commentando le sentenze che seguono si avverte la comune propensione delle Corti supreme italiana ed inglese ad accogliere il versante dottrinario nell'area degli argomenti dotati di peso fondamentale per pervenire alla soluzione del caso concreto dopo averne scavato a fondo il sostrato teorico, misurandone la capacità di regolare la singola vicenda processuale in modo armonico e congruo rispetto alle legittime aspettative delle stesse parti.

In parole povere, può dirsi che se la dottrina si fa giurisprudenza ciò accade non solo e non tanto perché le corti di giustizia conformino le proprie sentenze ad idee, teorie, opinioni accademiche, quanto in considerazione del fatto che l'adesione appaia il prodotto del positivo accertamento della compatibilità della proposta dogmatica con le esigenze di giustizia del caso concreto e non soltanto con astratte aspirazioni sistematiche.

2. Le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, con sentenza n. 15350 del 22 luglio 2015<sup>2</sup>, si sono occupate del danno da morte cagionata da fatto illecito e della relativa risarcibilità sia *iure proprio* sia *iure hereditatis*.

L'intervento del massimo organo giurisdizionale di legittimità<sup>3</sup> è stato reso necessario a seguito del rilevato, consapevole contrasto giurisprudenziale (con ordinanza n. 5056 della terza sezione civile della stessa Corte pubblicata il 4 marzo 2014) tra la sentenza 23 gennaio 2014 n. 1361<sup>4</sup> e – per usare le parole delle Sezioni Unite nella sentenza 15350 del 2015 – il «precedente e costante orientamento, risalente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 3475/1925<sup>5</sup>, che ha anche trovato conferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 372 del 1994<sup>6</sup> e in decisioni delle Sezioni Unite (da ultimo, la n. 26972/2008), che hanno negato tale risarcibilità». La questione rimessa alle Sezioni Unite aveva come perno la risarcibilità o meno “*iure hereditatis*” del danno da perdita della vita immediatamente conseguente alle lesioni derivate da

<sup>1</sup> Acutissima è l'osservazione di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO che, nel suo *Danno da perdita della vita e il nuovo “statuto” dei danni risarcibili*, in *Danno e responsabilità*, 2014, pag. 686, parla – evidentemente ponendosi in sintonia con il pensiero di C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015 – di “dottrina che si fa giurisprudenza”. Del medesimo autore si veda, altresì, per i profili generali attinenti al tema qui trattato, il volume, scritto con M. FEOLA, *La responsabilità civile*, Torino, 2008.

<sup>2</sup> Se ne può vedere il testo in *Danno e responsabilità*, 2015, pp. 889-894, con commenti, variamente elaborati, nello stesso numero della rivista, di V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*, pp. 894-899; M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no ...*, pp. 899-905; R. PARDOLESI E R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, pp. 905-909; G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*, pp. 909-910.

<sup>3</sup> Il caso riguardava il trattamento risarcitorio applicabile ad un evento mortale a seguito di incidente automobilistico decidendo attorno al quale nei primi due gradi di giudizio era stata rigettata la domanda di risarcimento del danno biologico “*iure hereditatis*”.

<sup>4</sup> Su cui v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno da perdita della vita*, cit. Il testo della sentenza si trova in *Danno e responsabilità*, 2014, p. 385 ss.

<sup>5</sup> In *Foro it.*, 1926, I, p. 328.

<sup>6</sup> In *Foro it.*, 1994, I, p. 3298 ss.

un fatto illecito (essendo rimasto escluso dal perimetro decisorio il diverso problema della risarcibilità dei danni derivanti dalla morte che segua dopo un apprezzabile lasso di tempo dalle lesioni, rispetto al quale è costante l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che riconosce l'acquisizione del diritto al risarcimento al patrimonio del danneggiato, con conseguente trasmissibilità agli eredi) che, con mera sintesi descrittiva (secondo l'espressione delle stesse Sezioni Unite nella sentenza n. 26972/2008), viene indicato da numerosissime sentenze (la più recente delle quali è Cass. n. 1072/2011) come «danno biologico terminale»<sup>7</sup>.

L'indirizzo inaugurato dalla sentenza n. 3475/1925 delle Sezioni Unite (pronunciatesi cassando la sentenza della Corte di Appello di Palermo del 31 luglio 1924<sup>8</sup> era nel senso che «se è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo se ed in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare, che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un subbietto di diritto». Con la sentenza 372 del 27 ottobre 1994 la Corte costituzionale ha escluso la risarcibilità «*iure hereditatis*» del danno da morte immediata, sul presupposto che «vita e salute sono beni giuridici diversi, oggetto di diritti distinti, sicché la lesione dell'integrità fisica con esito letale» non va qualificata come «una semplice sottopotesi di lesione alla salute in senso proprio, la quale implica la permanenza in vita del leso con menomazioni invalidanti». La successiva giurisprudenza di legittimità aveva mantenuto fino alla sentenza n. 1361/2014 la medesima linea, sottolineando che «la lesione dell'integrità fisica con esito letale, intervenuta immediatamente o a breve distanza di tempo dall'evento lesivo, non è configurabile quale danno biologico, dal momento che la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute, ma incide sul bene giuridico, ontologicamente diverso, della vita<sup>9</sup>». Conseguentemente si è affermato che «il pregiudizio della salute nell'intervallo di tempo trascorso tra le lesioni e la morte in tanto può dar luogo a risarcimento del danno (trasmissibile agli eredi) in quanto il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile, che consente di configurare un'effettiva ripercussione delle lesioni sulla sua complessiva qualità della vita<sup>10</sup>». Tanto solido appariva l'impianto dell'orientamento negativo rispetto alla risarcibilità del danno detto tanatologico che, nella celebre sentenza n.

---

<sup>7</sup> Nella sentenza del 2015 si ricapitolano i differenti orientamenti giurisprudenziali in materia di determinazione dell'ammontare del risarcimento, talora liquidato come invalidità assoluta temporanea sia in forma equitativa sia utilizzando le apposite tabelle, altre volte classificato come «danno catastrofale», avente natura di danno morale soggettivo, alla stregua di un certo numero di sentenze, o di danno biologico psichico: tra le prime si veda, per tutte, Cass. n. 13537/2014 e tra le seconde si veda, per tutte, Cass. n. 1072/2011 citata.

<sup>8</sup> In *Foro it.*, 1924, I, p. 1046 ss. I giudici d'appello si erano, a propria volta, espressi in sede di rinvio dalla Corte di cassazione di Palermo, sentenza 31 dicembre 1919 in *Foro it.*, 1920, I, p. 172, ritenendo, diversamente da quanto deciso 5 anni prima nel superiore grado di giudizio, che «I parenti che domandano il risarcimento di danni per la morte di un oro congiunto avvenuta per fatto colposo agiscono «*iure haereditatis*» e non «*iure proprio*», sebbene la morte sia avvenuta immediatamente dopo l'evento dannoso».

<sup>9</sup> Cass. 12 novembre 1999, n. 12756, in *Danno e responsabilità*, 2000, p. 995 ss.

<sup>10</sup> Cass. n. 12756/1999 citata nella nota precedente.

26972 dell'11 novembre 2008 ricognitiva dello stato dell'arte a proposito della tassonomia dei danni risarcibili, le Sezioni Unite avevano ritenuto che non ricorressero condizioni tali da rendere possibile la rimeditazione della soluzione condivisa. Il medesimo organo si è espresso nel 2015 nel senso che si debba dare continuità al risalente e costante orientamento «non essendo state dedotte ragioni convincenti che ne giustifichino il superamento», tali non essendo state considerate quelle rinvenibili nella contraria sentenza n. 1361/2014 di una sezione semplice, anzi reputata non contenere «argomentazioni decisive per superare l'orientamento tradizionale».

Non appartiene allo scopo di questa ricerca la analitica concentrazione sulle ragioni che hanno persuaso le Sezioni Unite a mantener fermo il proprio radicato punto di vista; inerisce all'oggetto del lavoro, invece, la identificazione del grado di apporto fornito dalle opere dottrinarie alla formazione del convincimento dei supremi giudici.

In effetti, già la sentenza n. 1361/2014 (alla quale la successiva del 2015 concede l'onore delle armi definendo “ampia” la motivazione che la sostiene) si avvicina al tema del danno risarcibile muovendo dalla premessa che anche la dottrina ha avvertito l'esigenza «di una tendenziale uniformità della valutazione di base della lesione», escludendo la possibilità che si pervenga ad una «preventiva tariffazione della persona». Sempre nella sentenza della sezione semplice viene ricordato che l'elaborazione dei vari danni terminali (biologico, morale o da lucida agonia) costituisce il frutto di «acrobazie logiche e concettuali» e di «intenzioni sostanzialmente compensative della totale assenza di risarcimento per la perdita della vita»<sup>11</sup>. Ma è l'intera architettura della innovativa sentenza che risente dell'afflato dottrinario (o meglio di una parte, di certo molto qualificata, benché non prevalente, della dottrina) da cui trae dichiarato nutrimento: nella parte conclusiva si afferma, infatti, testualmente che: «Come correttamente osservato in dottrina, l'autonomia del bene vita rispetto al bene salute/integrità psico-fisica impone peraltro di individuare un sistema di quantificazione particolare e specifico, diverso da quello dettato per il danno biologico». Ora, l'adesione alla teoria della ontologica indipendenza del diritto alla protezione della vita rispetto a quello alla tutela del diverso bene inerente alla persona costituito dal benessere fisico e psichico forma la vera “*ratio decidendi*” e su di essa si è elaborata la decisione finale, rivolta in sostanza al reperimento del criterio di calcolo ai fini della determinazione della quantità di danno risarcibile<sup>12</sup> (in concreto ritenuto soggetto alla valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ.), ma animata dalla incondizionata convinzione che la perdita della vita da fatto illecito appaia agli occhi del diritto

---

<sup>11</sup> V. il commento di R. FOFFA, in *Danno e responsabilità*, 2014, p. 397. La sentenza è stata anche commentata nella medesima rivista da Ponzanelli, p. 388 ss. – che ne mette in rilievo la distonia rispetto alle indicazioni desumibili dalle precedenti decisioni delle Sezioni Unite –, e R. PARDOLESI e R. SIMONE, nella loro *Postilla*, p. 400 ss. in cui si mette in rilievo come la pronuncia del 2014, richiamando il principio dell'uniformità e della liquidazione flessibilizzata, abbia aperto la strada a possibili approcci multidisciplinari.

<sup>12</sup> Va notato che, in questa prospettiva, la sentenza effettua un riferimento, sia pure per negarvi rilevanza, alla dottrina nordamericana che ha evocato il criterio del rischio equivalente.

come danno ingiusto ulteriore e con proprie caratteristiche rispetto a quello risolvendosi nella compromissione dell'integrità psico-fisica.

Non sulla negazione dell'accoglibilità di questa concezione si incentra la sentenza delle Sezioni Unite del 2015, che ha risolto in senso conservatore (dell'impostazione tradizionale e consolidata) il contrasto generato da quella della terza sezione civile dell'anno precedente.

Ed infatti, la premessa del ragionamento della sentenza n. 15350/2015, che ancora una volta e simmetricamente all'impostazione di quella da cui ha tratto origine il contrasto, è che la nozione su cui si regge l'attuale sistema della responsabilità civile vada dedotta dall'impostazione «sia dottrina che giurisprudenziale», implicitamente riconoscendo alla cultura giuridica accademica un ruolo fattivo concorrente, e non minusvalente, con quello giudiziale. In particolare, vengono ricostruite le manifestazioni più avanzate del pensiero riferibile all'uno ed all'altro dei fattori formativi del diritto vivente (professori e giudici), pervenendosi all'affermazione secondo cui l'area della responsabilità civile va concepita come «sistema di responsabilità sempre più spesso oggettiva, diretto a realizzare una tecnica di allocazione dei danni secondo i principi della teoria dell'analisi economica del diritto “perseguitante l'esigenza primaria (“oltre che consolatoria”) di “riparazione (e redistribuzione tra i consociati, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione) dei pregiudizi delle vittime di atti illeciti».

È indiscutibile che il retroterra culturale preso a mutuo dalle Sezioni Unite sia quello delle maggiori opere della dottrina civilistica italiana, da Rodotà a Castronovo via via per i larghi rami del pensiero di numerosi altri e prestigiosi autori, in cui si è andato dipanando il nuovo disegno, organizzato, anche nei suoi nutriti aspetti problematici, a sistema<sup>13</sup>, della responsabilità da fatto illecito di cui agli art. 2043 ss. cod. civ.: la Cassazione parla la stessa lingua della dottrina, non necessariamente per approdare ai medesimi risultati conclusivi ma circoscrivendo il proprio interesse agli stessi nuclei tematici. Ed anche quando la sentenza n. 15350/2015 doverosamente si accosta alla giurisprudenza costituzionale ciò avviene cogliendo il profondo, meditato significato della nozione di danno risarcibile dalla stessa accolto in termini di perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva<sup>14</sup>. Di sicuro inte-

<sup>13</sup> C. CASTRONOVO, *Problema e sistema della responsabilità civile*, Milano, 2006.

<sup>14</sup> Il riferimento è a Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, p. 3298 ss. con nota di G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, in cui – come è noto – furono dichiarate infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'art. 2043 c.c. (nella parte in cui non consente il risarcimento del danno per violazione del diritto alla vita del “*de cuius*” o del danno alla salute subito da un familiare a causa dell'evento mortale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost: la Corte respinse il sospetto di illegittimità costituzionale considerando che l'ostacolo a riconoscere ai congiunti un diritto di risarcimento in qualità di eredi non proviene dal carattere patrimoniale dei danni risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., bensì da un «limite strutturale della responsabilità civile», afferente sia all'oggetto del risarcimento, che può solo consistere in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite) ed all'art. 2059 dello stesso codice (nella parte in cui limiterebbe il risarcimento del danno da uccisione di un congiunto al solo danno morale soggettivo, in riferimento alle

resse è il fatto che a redigere la sentenza costituzionale n. 372/1994 sia stato uno dei più acuti Maestri della dottrina civilistica italiana, Luigi Mengoni, le cui parole acquistano, pertanto, nell'economia della stessa e di quella delle Sezioni Unite del 2015 che la richiamano, un consapevole rilievo bivalente.

Anche sul merito della questione della risarcibilità per diritto successorio del danno tanatologico<sup>15</sup> le Sezioni Unite del 2015 attingono a mani piene all'apparato concettuale e, perfino, al glossario dottrinario, citando l'argomento detto "epicureo" (nel senso della provenienza dalla produzione epistolare del filosofo), secondo il quale: «il più temibile dei mali, la morte, non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi non c'è la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi. La morte quindi è nulla, per i vivi come per i morti: perché per i vivi essa non c'è ancora, mentre per quanto riguarda i morti, sono essi stessi a non esserci». E sempre alla dottrina la sentenza guarda, questa volta con uno scopo critico che ne preclude la condivisione, in relazione alla tesi – definita di indubbia «efficacia retorica», ma rigettata in quanto solo dotata di carattere «suggestivo» – secondo cui sarebbe «contraddittorio concedere risarcimenti dei danni derivanti da lesioni gravissime e negarli del tutto nel caso di illecita privazione della vita», sicché potrebbe pensarsi che sia «più conveniente uccidere che ferire»<sup>16</sup>. Le Sezioni Unite superano l'argomento sul rilievo che si rivela «indimostrato che la sola esclusione del credito risarcitorio trasmissibile agli eredi, comporti necessariamente una liquidazione dei danni spettanti ai congiunti di entità inferiore»). Peraltro, nota conclusivamente la Corte di cassazione nel 2015, tanto dottrina quanto giurisprudenza concordano sulla distinzione tra il "bene salute" e il "bene vita", sicché «l'anticipazione del momento di nascita del credito risarcitorio al momento della lesione» verrebbe a mettere nel nulla tale differenza.

Si è a più riprese posto in risalto che la presente ricerca si prefigge come obiettivo quello di ottenere riscontri empiricamente verificabili di travasi concettuali e biunivoci tra dottrina e giurisprudenza italiane, al di là delle disposizioni virtualmente ostative ed indipendentemente dalla piena, parziale o del tutto mancante recezione nell'una o nell'altra degli orientamenti vicendevoli. La questione presa in esame sembra aver adeguatamente confermato l'esistenza, anche in misura massiccia, dei reciproci flussi.

3. Una nuova stagione, al contempo istituzionale e culturale, si è aperta dopo l'approvazione nel 2005 del *Constitutional Reform Act* inglese. Tra le più rilevanti

---

stesse norme costituzionali appena citate): al dubbio di legittimità costituzionale la Corte rispose osservando che alla determinazione del ristoro concorre il trauma fisico o psichico che eventualmente conseguiva allo shock psichico determinato dal compimento del reato.

<sup>15</sup> La cui soluzione in senso positivo avrebbe consentito, secondo esperta dottrina, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.*, di superare la semplificante contrapposizione, ai fini della individuazione delle categorie di danno risarcibile tra esistenzialisti ed anti-esistenzialisti.

<sup>16</sup> Si veda in proposito la dottrina citata da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO a nota 31 di p. 689 del citato *Il danno da perdita della vita e il "nuovo statuto" dei danni risarcibili*.

modifiche dell'assetto ordinamentale si pone con certezza la sostituzione, al vertice della giustizia inglese, della *House of Lords* (più esattamente della sua divisione avente competenze in materia giurisdizionale) con la *Supreme Court*<sup>17</sup>.

Le prime esperienze della produzione giurisprudenziale del nuovo organo hanno esaltato, fino a renderlo immancabile elemento costitutivo praticamente di ogni sentenza, il ruolo della dottrina, anche straniera, quale fonte di alimentazione del convincimento dei singoli giudici e, in fin dei conti, dell'intero Collegio giudicante. Compito notevolmente facilitato dall'assenza di vincoli o divieti alla citazione di autori giuridici, i cui nomi e le cui opere vengono, pertanto, in modo integrale resi noti, consentendone lo spedito accesso al lettore. E non si tratta di meri rinvii bibliografici effettuati con il solo intento di testimoniare la pienezza dell'attività di consultazione e documentazione svolta dalla Corte prima di assumere una decisione. Vi è, piuttosto, un atteggiamento culturale di apertura e disponibilità nei confronti degli studiosi che la più alta giurisdizione inglese non esita ad esibire, attendendo dai contributi teorici puntello e conforto nella faticosa e spesso lacerante opera di giudizio.

L'oggetto di questo breve studio tocca questioni recenti di responsabilità civile: per questa ragione l'accertamento, condotto sul campo del concreto esame dei casi giudicati dalla *Supreme Court*, della persistenza del menzionato atteggiamento culturale (e psicologico, come ricordato all'inizio) sarà indirizzato ad una vicenda processuale – che tra gli esperti inglesi ha suscitato grande interesse – in cui il tema da decidere è stato fornito dalla identificazione delle conseguenze della commissione di un fatto illecito qualificabile come *tort*.

Poiché è essenziale l'illustrazione dei profili storici della fattispecie devoluta alla cognizione giudiziale<sup>18</sup> occorre procedere alla relativa descrizione: la stessa *Court* ha dedicato, anche in questa occasione<sup>19</sup>, puntuale attenzione alle peculiarità del caso onde ricavarne utili elementi di giudizio e di determinazione del principio di diritto applicabile in concreto.

A causa delle complicazioni insorte durante il parto una bambina era nata con una grave forma di disabilità. La madre agì in giudizio contro il medico che l'aveva assistita nelle fasi anteriori e successive alla nascita, addebitandole il difetto di informazioni circa i rischi che – a seguito della difficoltà del passaggio del nascituro attraverso il canale naturale – avrebbe presentato la mancata effettuazione del taglio cesareo e, conseguentemente, circa la necessità dell'esecuzione di quest'ultimo. Nei primi due gradi di giudizio, svoltisi rispettivamente davanti la *Court of Session* e la *Inner House* scozzesi, la domanda risarcitoria, basata sulla colpa medica per negligente

---

<sup>17</sup> Sulla portata di questa riforma con particolare riferimento alla struttura, alla formazione ed al funzionamento della *Supreme Court* del Regno Unito può essere utile il riferimento al mio, *Il confronto tra Supreme Court e dottrina inglese: un vento nuovo soffia a Westminster*, in corso di pubblicazione, per i tipi della Giapichelli e nella mia collana Diritto Privato Comparato, nel volume *Le prassi delle corti e le teorie degli studiosi*.

<sup>18</sup> M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 357 ss.

<sup>19</sup> *Montgomery v. Lanarkshire Health Board (Scotland)* (2015) UKSC 11.

violazione, da parte del sanitario curante, dei doveri di adeguata informazione al paziente, fu rigettata, sotto l'essenziale profilo che, se anche la paziente fosse stata avvertita dei pericoli insiti nel parto naturale, la stessa non avrebbe, comunque, optato per quello cesareo. Le sentenze furono oggetto di specifiche censure della danneggiata davanti la *Supreme Court*, principalmente incentrate sull'insoddisfacente valutazione delle risultanze processuali in punto di ricostruzione della sua ipotetica volontà e sull'erronea applicazione dei principi di *common law* in materia di nesso di causalità tra condotta ed evento pregiudizievole.

Nella sentenza emanata nel grado finale di giudizio si è proceduto ad un'accurata descrizione del quadro storico-fattuale della vicenda che ha messo in luce come le specifiche circostanze del caso (legate anche alla patologia diabetica di cui la madre soffriva, suscettibile di incrementare i rischi del parto naturale nonché alla ecograficamente accertata maggior larghezza rispetto all'usuale, delle spalle del nascituro con conseguente difficoltà della fuoriuscita dal canale naturale) avrebbero dovuto indurre la ginecologa a suggerire senza esitazioni alla paziente di sottoporsi alla pratica cesarea onde eliminare l'alta probabilità della condizione nota come distocia delle spalle, capace, nella generalità dei casi, di compromettere anche la salute del bambino. È stato, altresì, giudizialmente stabilito che la ginecologa, durante l'istruzione dibattimentale in prima istanza, aveva dichiarato che, se si praticasse l'uso di ricordare alle gestanti diabetiche il rischio che il bambino possa morire durante il travaglio, ciascuna di esse solleciterebbe il parto cesareo: metodica, questa, giudicata contraria, dalla medesima specialista, all'interesse delle partorienti. Da questa dichiarazione la *Supreme Court* ha ricavato la ragionevole convinzione che fosse mancata la necessaria informazione da parte del medico alla paziente: conclusione avvalorata dalla deposizione di quest'ultima, resa nelle fasi di merito, secondo cui la stessa, se fosse stata resa edotta delle particolari dimensioni delle spalle del nascituro, avrebbe certamente chiesto maggiori delucidazioni sulla situazione esistente e sui pericoli che questa avrebbe potuto comportare. L'attrice aveva aggiunto che, ove ogni utile circostanza le fosse stata disvelata, essa avrebbe chiesto alla sanitaria di fiducia di procedere con il taglio cesareo. Alla luce di queste circostanze il dibattito giudiziario, con i conseguenti riflessi sulla pronuncia della *Supreme Court*, fu attratto dalla questione consistente nel determinare l'estensione del diritto ad una completa informazione, ai fini della relativa espressione di idoneo consenso ad un determinato trattamento sanitario, a vantaggio di ogni paziente. Decisiva fu la rilevanza attribuita dalla *Supreme Court* all'opinione espressa da Lord Scarman, della *House of Lords*, nel caso *Sidway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital*<sup>20</sup> che adottò come fondamentale parametro di giudizio in casi analoghi il principio secondo cui al paziente compete la scelta in materia di trattamento sanitario integrante un basilare diritto umano protetto dal *common law*<sup>21</sup>, sicché ogni fatto impeditivo di ta-

---

<sup>20</sup> (1985) AC 871.

<sup>21</sup> «a basic human right protected by the common law».



le libera e consapevole decisione – quale, in particolar modo, il difetto della necessaria informazione da parte del medico – costituisce la violazione di tale diritto fondamentale e prefigura idonea causa d'azione per il risarcimento dei danni fondata, appunto, sul mancato disvelamento di rischi di natura medica che una compiuta informazione avrebbe potuto prevenire<sup>22</sup>. Ma la *Supreme Court* si è spinta oltre nel caso *Montgomery* del 2015, affermando l'assolutezza del dovere di adeguata informazione al paziente gravante sul medico, indipendentemente da un'apposita, espressa richiesta formulata dal primo<sup>23</sup>. La netta posizione presa dai supremi giudici nel caso in esame muove dal dichiarato ripudio della concezione paternalistica dei rapporti tra medico e paziente caratterizzata dalla sola scelta del primo nelle circostanze date di fornire all'altro le appropriate informazioni per giungere ad affermare l'esistenza di un generale dovere – la cui violazione diviene sussumibile nel paradigma della *negligence* generatrice di *tort* – a carico degli esercenti la professione sanitaria di adottare ogni ragionevole accorgimento rivolto a garantire la consapevolezza del paziente in ordine ai rischi di eventi pregiudizievole inerenti al trattamento proposto. Né ad escludere la ricorrenza di tale dovere potrebbe soccorrere la possibilità o la presunzione che il paziente non abbia interesse ad essere informato o, perfino, che rigetti o ignori l'informazione stessa. L'unica eccezione ammessa al dovere di informazione è rappresentata dalla eventualità che il medico ritenga che l'informazione possa rivelarsi dannosa per la salute del paziente o che il sanitario agisca in una situazione di necessità o di emergenza (l'eccezione in parola, detta "terapeutica", è stata ritenuta insussistente nel caso in esame dalla *Supreme Court*). Sulla base di questo complesso intreccio tra accertamenti di fatto e statuizioni di diritto la *Supreme Court* ha all'unanimità deciso (con l'opinione concorrente a soli fini integrativi del tessuto argomentativo di Lady Hale, che si è per il resto uniformata a quella redatta, per conto dell'intero Collegio dai Lord Kerr e Reed<sup>24</sup>, statuendo con risolutezza che l'esigenza di un consenso informato fa solidamente parte del *common law* inglese, in quanto lo stesso risulta diretto a proteggere la salute psico-fisica di ogni paziente) di accogliere il ricorso della madre del bambino affetto da severa disabilità, riconoscendo il suo diritto al risarcimento dei danni nei confronti del medico di fiducia. Il rilievo conclusivo della bellissima, sensibilissima opinione della presidente vicaria della *Supreme Court*, che appone il sigillo alla sentenza *Montgomery*, rimane incastonato nella se-

---

<sup>22</sup> Lord Scarman formulò la netta opinione per la quale il diritto inglese deve riconoscere il principio che esiste un dovere a carico dell'esercente la professione medica di avvertire il paziente dei rischi inerenti al trattamento proposto, specialmente se di natura chirurgica: «... English law must recognise a duty of the doctor to warn his patient of risk inherent in the treatment which he is proposing; and especially so, if the treatment be surgery»: v. pp. 889-890 della sentenza resa dalla *House of Lords* nel 1985 nel caso *Sidway*.

<sup>23</sup> Per pervenire alle proprie conclusioni la *Supreme Court* ha anche fatto ricorso alla giurisprudenza di altri ordinamenti di *common law* diversi dall'inglese, quale quello australiano citando il caso *Rogers v. Whitaker* (1992) 175 CLR 479 ss.

<sup>24</sup> Sulla portata delle osservazioni di Lady Hale v. M. SERIO, *Il confronto tra Supreme Court e dottrina inglesi*, citata.

guente espressione che simboleggia l'humus di cultura liberale in cui la sentenza vive: «Ogni paziente ha il diritto di tener conto (NdA: ai fini della scelta da compiere con riguardo ad un dato trattamento sanitario) dei propri valori ideali, delle proprie opinioni in merito al raffronto comparativo tra il parto naturale e tradizionale e quello cesareo ... Essa non può costringere il proprio medico ad intraprendere trattamenti giudicati futili o inappropriati. Ma ha almeno il diritto ad ottenere quelle informazioni che le consentano di svolgere un ruolo significativo nell'assunzione della decisione medica».

Questo il quadro generale della sentenza, vista attraverso i passaggi della sua motivazione di natura prettamente tecnica (in aggiunta a quelli che esibiscono una netta matrice etica). La relativa stesura ha, tuttavia, potuto contare in maniera tanto evidente quanto decisiva di specifici apporti dottrinari, anche della scienza medico-legale, puntualmente ed estesamente citati, soprattutto nell'opinione di Lady Hale<sup>25</sup>.

In primo luogo, viene citata un'opera monografica di più autori<sup>26</sup> in cui, alla luce della ricognizione dei precedenti giurisprudenziali, è elaborata la tesi – cui Lady Hale prestò persuasa adesione – secondo cui può dirsi con ragionevole grado di fiducia raggiunta la prova che l'esigenza del consenso informato del paziente è entrata saldamente a far parte del patrimonio dei principii del diritto inglese. Nel successivo paragrafo, destinato alla delimitazione del perimetro dei doveri del sanitario verso le persone affidate alle sue cure, viene riportato – ancora una volta promuovendolo a solido puntello della “*ratio decidendi*” – il passo di un lavoro monografico<sup>27</sup> che chiarisce quale sia l'autentico oggetto del dovere di informazione, così esprimendosi: «il problema non è quello di stabilire se siano state fornite informazioni sufficienti alla prestazione del consenso del paziente ad assoggettarsi ad uno specifico trattamento, quanto quello di appurare se si trattasse di informazione adeguata allo scopo di dimostrare che il sanitario non stesse agendo negligenemente e stesse attribuendo idonea protezione al diritto di autonoma determinazione del paziente». Anche sulla base di questi apporti dottrinari si formò la decisione alla cui deliberazione concorse l'opinione in esame<sup>28</sup>.

4. L'itinerario percorso in queste poche pagine ai confini – non più stretti ed ostili, ma ampi e dialoganti – tra il canale della Manica ed il continente europeo, non più divisi da quella fastidiosa caligine che isola quest'ultimo dal resto del mondo, ha rivelato che una nuova stagione della comunicazione è possibile, anzi è concretamente e generosamente attuata, tra emisferi che per ragioni storiche, tradizionali, normative avevano fatto della rispettiva distanza il contrassegno nei propri rapporti. Si è pensato

---

<sup>25</sup> Si vedano in particolare i paragrafi 107-108.

<sup>26</sup> *Principles of medical law*, terza edizione del 2010, scritta da A. GRUBB, J. LAING, J. MCHALE.

<sup>27</sup> J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2012, p. 170.

<sup>28</sup> Perfino la letteratura medica apparve nel corso dell'opinione di Lady Hale sotto forma di citazione nel paragrafo 112 delle linee guida del *Royal College* degli ostetrici e ginecologi inglesi.

in questo scritto, in particolare, al sistema relazionale tra *common law* inglese e *civil law* italiano ed a quello tra dottrina e giurisprudenza in entrambi gli ordinamenti.

Non si sta qui ignorando che i due sistemi ordinamentali siano destinati a vivere senza mai rinnegare le vicendevoli origini ed anche a rivendicare originalità e santità (meno equivoco sarebbe forse usare l'inglese "*sanctity*") dei principii, delle soluzioni, delle disposizioni, degli orientamenti propri. Né si sta immaginando una corsa a recuperare dall'altro suggerimenti o indicazioni di marcia di cui l'ordinamento interno possa rivelarsi povero o sguarnito. Molti ostacoli, al tempo stesso psicologici e materiali, si frapporterebbero senza poter essere superati. Ed ancora, non può facilmente pronosticarsi che la barriera linguistica, la quale principalmente si manifesta nella gelosa affezione ai lemmi giuridici domestici (solo messa da canto nelle occasioni in cui l'opera di trasferimento concettuale e lessicale di istituti giuridici stranieri si riveli tanto improba da esporre al rischio del tradimento traduttologico: è il caso del *trust*), venga rimossa a beneficio di un improbabile (e forse non utilmente praticabile) esperanto del diritto globale (o anche solo parziale, ossia riferito ad un numero circoscritto di ordinamenti).

Di fronte a questo panorama di prevedibile conservazione della radicata condizione ordinamentale differenziata affiora, però, un dato nuovo che accompagna i viandanti sulla via della realizzazione, della disciplina, della elaborazione teorica, dell'applicazione pratica del diritto. Questo è apparso consistere nelle pagine precedenti in un avvicinamento dei due ordinamenti in esame agevolato dalla comune disposizione culturale a perseguire senza risparmio di sforzi e con grandi investimenti fiduciarî il serrato collegamento ideale tra la parola del diritto scritta nei testi dottrinari e quella parlata nelle corti di giustizia e poi convogliata nelle sentenze. Diritto italiano e diritto inglese, nelle reciproche declinazioni giurisprudenziali, non fanno più, non intendono ulteriormente, rinunciare alla connessione verso il pensiero degli autori giuridici, non più relegati nell'isola felice dell'irresponsabilità decisoria, ma reputati quali affidabili compagni di viaggio nella più inumana (Sattianamente parlando) delle avventure terrene, l'amministrazione della giustizia. Giuristi italiani e *common lawyers* inglesi vedono sempre più di sovente nella giurisprudenza, e nell'opera che essa compie a favore di tutti i cittadini dei propri stati, il naturale sbocco del loro pensiero.

Ognuno è libero di percepire, secondo i canoni della sensibilità individuale, benefici e costi di questo fenomeno: le pagine che precedono hanno, tuttavia, effettuato quella che in passate stagioni – in cui la brillantezza e la fortuna dell'espressione verbale talvolta si imponeva sulla durevole forza del pensiero – si soleva denominare come "scelta di campo". In questa, improntata al dialogo ed alla cooperazione tra fattori formativi di un ordine giuridico, non si può oggi non credere.



---

## OSSERVAZIONI SUI *PUNITIVE DAMAGES* IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

---

DOMITILLA VANNI DI SAN VINCENZO

SOMMARIO: 1. Origini dei *punitive damages*. – 2. La funzione dei *punitive damages*. – 3. Il problema dei *punitive damages* in Italia. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. La nozione, solida ed accreditata, di *punitive damages* è rintracciabile in un celebre passo dell'*opinion* di Lord Devlin nel caso *Rookes v. Barnard*<sup>1</sup>: «Gli *exemplary damages* sono essenzialmente differenti dai danni ordinari. Il fine dei danni nel senso comune del termine è di compensare le perdite subite. Il fine degli *exemplary damages* è di punire e di prevenire»<sup>2</sup>.

Le origini della disciplina dei *punitive damages* sono rinvenibili nel *common law* inglese<sup>3</sup>, e specificamente in un caso giurisprudenziale, *Wilkes v. Wood*, deciso dalla *Court of Common Pleas* nel 1763<sup>4</sup>. Si trattava di un caso di particolare gravità riguardante l'ingiusta detenzione e la perquisizione dell'abitazione, tra gli altri, di John Wilkes, membro del Parlamento inglese nonché editore di una rivista, *The North Briton*, critica rispetto all'Amministrazione del tempo e pubblicata in forma anonima. L'ingiusta detenzione di Lord Wilkes e la perquisizione della sua abitazione erano state autorizzate con mandato, diretto a quattro incaricati, da parte del Segretario di Stato inglese, Lord Halifax, mandato che fu successivamente ritenuto illegittimo in violazione della *Magna Charta* sia perché privo dell'indicazione del soggetto destinatario della perquisizione sia perché emesso a prescindere da un regolare giudizio. In quella occasione la Corte riconobbe che i danni non rappresentavano soltanto una riparazione per la vittima ma anche una pena per il colpevole, idonea a scoraggiarlo da ogni futura simile condotta. Nello stesso anno la Corte fece uso degli

---

<sup>1</sup> *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129.

<sup>2</sup> Testualmente: «*Exemplary damages are essentially different from ordinary damages. The object of damages in the usual sense of the term is to compensate. The object of exemplary damages is to punish and deter*».

<sup>3</sup> Per un approfondimento sul *law of torts* inglese v. M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007.

<sup>4</sup> *Wilkes v. Wood*, in *Eng. Rep.*, 1763, p. 489.

*exemplary damages* in un altro caso, *Huckley v. Money*<sup>5</sup>, in cui dopo il successo del caso *Wilkes*, altre vittime dello stesso *tort*, denunciarono l'accaduto. In *Huckley*, la Corte applicò gli *exemplary damages* nel caso di un uomo ingiustamente detenuto per ordine governativo, benché non avesse sofferto né una *physical injury* né perdite economiche, ritenendo la particolare gravità del trattamento disposto nei confronti dello stesso e di tutte le altre vittime dello stesso *tort*. Ancora una volta in *Huckley* la Corte si trovò ad affermare che i *punitive damages* non soltanto compensano la perdita subita dall'attore per il danno fisico e morale sofferto, ma altresì assolvono il compito di punire il convenuto per la cattiva condotta.

Successivamente ad *Huckley v. Money*, il diritto giurisprudenziale inglese non ha fatto largo uso dei *punitive damages* ed ha posto dei significativi limiti alla sua applicazione. In *Rookes v. Barnard* del 1964<sup>6</sup> si affermò che essi possono essere riconosciuti soltanto nelle ipotesi in cui si sia verificata una grave violazione dei diritti fondamentali dei cittadini da parte dell'Amministrazione dello Stato, o quando sussista una precisa volontà del soggetto danneggiante di ottenere un vantaggio ingiusto.

Può quindi ritenersi che nel diritto inglese gli *exemplary damages* oggi rappresentino un rimedio eccezionale adoperato in un esiguo numero di casi<sup>7</sup>, coincidenti con le ipotesi appena indicate nel caso *Rookes v. Barnard* o espressamente individuati per legge. Come sostenuto da autorevole dottrina<sup>8</sup>, essi rappresentano «an exceptional remedy in English tort law because they are not consistent with the compensatory function of tort law».

Diversa è la posizione assunta nel tempo dal diritto statunitense rispetto a questo istituto<sup>9</sup>.

Il primo caso giurisprudenziale in cui si applicarono i *punitive damages* negli USA fu *Genay v. Norris*<sup>10</sup>, nel quale furono per la prima volta concessi all'attore *exemplary damages* a causa di gravi lesioni fisiche da lui riportate dopo aver bevuto vino adulterato dal convenuto per scherzo. Successivamente in *Day v. Woodworth*<sup>11</sup> la Corte Suprema degli Stati Uniti affermò che la dottrina dei *punitive damages* aveva

<sup>5</sup> *Huckley v. Money*, 1763, 2 Wils. K.B. 205.

<sup>6</sup> *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129, 1167 richiamata dalla *House of Lords* nella successiva sentenza *Broome v. Cassel & Co.* (1972) A.C. 1027.

<sup>7</sup> Un modesto segnale di apertura delle Corti inglesi all'istituto degli *exemplary damages* sembra potersi scorgere nel celebre caso *Attorney General v. Blake*, (2000) 4 All ER 385, in cui il Supremo Collegio inglese ha affermato che «gli *exemplary damages* possono essere concessi anche nel caso di *breach of contract*, cioè con lo scopo di prevenire e sanzionare una violazione di obblighi contrattualmente assunti, sempreché altre forme di tutela civilistica si rivelino inadeguate».

<sup>8</sup> Così E. MC KENDRICK, *Tort*, London, 1992, p. 363.

<sup>9</sup> Nella dottrina italiana v. F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.

<sup>10</sup> *Genay v. Norris*, 1 Bay 6 (S. C. 1784).

<sup>11</sup> *Day v. Woodworth* (1851) 54 US 363, p. 371, riguardante una azione risarcitoria promossa dai proprietari di una diga contro i proprietari di un mulino, sito sopra la diga, per aver provocato ingenti danni alla diga.

ricevuto il sostegno di «decisioni giudiziarie ripetute per più di un secolo».

A partire dalla seconda metà dell'800, divenuti una parte consolidata del *law of tort* americano, le Corti americane enfatizzarono la funzione punitiva dei *punitive damages*. Per esempio, in *Hawk v. Ridgway*<sup>12</sup> del 1864, la Corte affermò che «laddove l'illecito è arbitrario o intenzionale, la giuria è autorizzata a riconoscere un ammontare di danni superiore al pregiudizio realmente subito per punire e per garantire la pubblica tranquillità»<sup>13</sup>. Il Giudice Scalia della *United States Supreme Court* in *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip* del 1991 rilevò in una *concurring opinion* che «in 1868, therefore, when the Fourteenth Amendment was adopted, punitive damages were undoubtedly an established part of American common law of torts»<sup>14</sup>.

Mentre l'idea dei *punitive damages* fu presto condivisa a livello teorico nel sistema americano, le azioni giudiziarie con cui se ne chiedeva il riconoscimento furono raramente accolte prima della metà del XX secolo: esse vennero spesso dichiarate inammissibili dalla Corte prima del dibattimento e, comunque, quando venivano ammesse, gli importi riconosciuti dalle Corti erano alquanto ridotti<sup>15</sup>.

Benché i *punitive damages* siano stati presto accettati nel *law of tort* americano, essi sono sempre stati al centro di un acceso dibattito intorno alla funzione che perseguono, in particolare in ordine al quesito di fondo se i danni possano essere inflitti per fini diversi da quello compensativo (*noncompensatory*)<sup>16</sup>. In *Fay v. Parker*<sup>17</sup> del 1873 la Corte disse «the idea of punitive damages is wrong. It is a monstrous heresy. It is an unsightly and unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law». A partire dal 1935, comunque tutti gli Stati eccetto la Louisiana, Massachusetts, Nebraska e Washington, hanno adottato una forma di rimedio per *punitive damages* tutte le volte in cui la condotta del convenuto sia stata «malicious, willful, wanton, oppressive, or outrageous».

2. Esaminando la giurisprudenza statale americana, si osserva che attualmente le Corti della California riconoscono pacificamente che i *punitive damages* perseguono il duplice scopo della punizione del convenuto e della deterrenza di condotte simili nel futuro<sup>18</sup>. Ne consegue che l'importo liquidato a titolo di *punitive damages* non

---

<sup>12</sup> *Hawk v. Ridgway* (1864) 33 Ill 473, p. 476.

<sup>13</sup> Testualmente: «where the wrong is wanton, or it is willful, the jury is authorized to give an amount of damages beyond the actual injury sustained as a punishment, and to preserve the public tranquility».

<sup>14</sup> *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip* (1991) 499 US 1, 26, 113 L Ed 2d 1, 25, 111 S Ct 1032.

<sup>15</sup> Negli USA, la più gravosa condanna per *punitive damages* nell'800 fu di \$ 4,500, mentre nel 1998 di \$72,000. Successivamente condanne al pagamento di importi pari a \$100,000 erano considerati straordinarie. Fino al 1955, la più gravosa condanna in California fu di \$ 75,000, e nel 1979, una giuria federale di San Diego riconobbe nel caso *Harmsen v. Smith* la somma più elevata inflitta fino a quel giorno, pari a \$14,750,000 in una *fraud class action*: v. *Harmsen v. Smith* (9th Cir 1982) 693 F2d 932, 947.

<sup>16</sup> D.G. OWEN, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, in 74, *Mich. L. Rev.* 1257, 1263 n. 22 (1976).

<sup>17</sup> *Fay v. Parker* (1873) 53 NH 342.

<sup>18</sup> V. ad es. *Michelson v. Hamada* (1994) 29 CA 4<sup>th</sup> 1566, 1593, 36 CR2d 343; *Las Palmas Assocs. V. Las*

dovrebbe essere superiore rispetto alla somma necessaria per raggiungere questi obiettivi<sup>19</sup>.

Lo scopo di deterrenza dei *punitive damages* è articolato in due obiettivi: (1) scoraggiare il convenuto nello specifico caso dalla ripetizione o continuazione del suo comportamento offensivo e (2) scoraggiare, in via generale, altre potenziali parti dalla commissione di simili offese<sup>20</sup>. Questo tipo di deterrenza è particolarmente evidente in casi nei quali altre tipologie di danni civili, come il danno morale non conseguente a lesioni fisiche, e la sgradita prospettiva di un processo penale, sono insufficienti a scoraggiare un individuo o un ente dalla commissione di un'azione illecita. Viceversa, il timore dei *punitive damages* può spingere il convenuto a non porre in essere la condotta illecita o lesiva.

I *punitive damages* non sono, come visto, rivolti a compensare il danno subito dall'attore<sup>21</sup>. In realtà, comunque, l'attore è la parte che beneficia della concessione dei *punitive damages*. In origine essi trovarono applicazione nei casi di condanne al risarcimento del danno da lesioni non fisiche (c.d. "*intangible harms*") per ovviare ad un risarcimento che altrimenti sarebbe risultato sottodimensionato (*undercompensatory*)<sup>22</sup>, ma, con l'ampliamento della gamma delle forme di danno risarcibile rispetto alle quali hanno trovato applicazione, questa giustificazione è divenuta non più condivisibile. Alcuni ritengono che l'attore dovrebbe beneficiare dei *punitive damages* per la grande quantità di tempo, denaro e sforzo impiegato nell'ottenere queste sentenze<sup>23</sup>.

Così, negli USA, i *punitive damages*<sup>24</sup> hanno trovato negli ultimi decenni estesa

---

*Palmas Center Assocs.* (1991) 235 CA3d 1220, 1243, 1 CR2d 301 («punitive damages are not awarded for the purpose of rewarding the plaintiff, but to punish the defendant»); *Kaye v. Mount La Jolla Homeowners Ass'n* (1988) 204 CA3d 1476, 1493, 252 CR 67; *Dyna-Med, Inc. v. FEHC* (1987) 43 C3d 1379, 1387, 341 CR 67 (punitive damages «serve but one purpose to punish and through punishment, to deter»); *Castaic Clay Mfg. Co. v. Dedes* (1987) 195 CA3d 444, 450, 240 CR 652; *Neal v. Farmers Ins. Exch.* (1978) 21 C3d 910, 928 n13, 148 CR 389.

<sup>19</sup> *Weeks v. Baker & McKenzie* (1998) 63 CA4th 1128, 1166, 74 CR2d 510; *Michelson v. Hamada* (1994) 29 CA4th 1566, 1593, 36 CR2d 343; *Neal v. Farmers Ins. Exch.* (1978) 21 C3d 910, 928 n13, 148 CR 389 («the function of punitive damages is not served by an award which, in light of the defendant's wealth and the gravity of the particular act, exceeds the level necessary to properly punish and deter»).

<sup>20</sup> V. *Restatement (Second) of Torts* § 908.

<sup>21</sup> *Dyna-Med, Inc. v. FEHC* (1987) 43 C3d 1379, 1387, 341 CR 67; *Newport v. Facts Concerts, Inc.* (1981) 453 US 247, 266, 69 L Ed 2d 616, 631, 101 S Ct 2748.

<sup>22</sup> Secondo G. CALABRESI, *The complexity of Torts – The case of Punitive Damages*, in *Exploring Tort Law*, New York, 2005, p. 333, nel caso di danni morali conseguenti a lesioni non fisiche, i *punitive damages* sarebbero giustificati per ovviare ad un risarcimento che altrimenti risulterebbe sottodimensionato (*undercompensatory*).

<sup>23</sup> Generalmente l'attore riceve il beneficio dei *punitive damages* «because there is no one else to receive it», in *Shepherd Components, Inc. v. Brice Petrides-Donobue & Assocs., Inc.* (Iowa 1991) 473 NW2d 612, 619.

<sup>24</sup> Per una analisi d'insieme del dibattito americano sui *punitive damages* v. C. MORRIS, *Punitive damages in tort cases*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 44, 1931, p. 1173; C. MORRIS, *Theory of punitive damages*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 44, 1998, p. 1173; C.T. MC CORMICK, *On the law of damages*, St Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1935; P. BOROWSKY, *Punitive damages in California*, in *U.F.F.L. Rev.*, vol. 17, 1983, p. 147.



applicazione<sup>25</sup> sia a livello federale, per opera della copiosa giurisprudenza della *Supreme Court*, sia a livello nazionale, per effetto del riconoscimento operato da parte delle legislazioni nazionali di numerosi Stati.

Tuttavia a partire dalla metà degli anni '90, il fenomeno dei *punitive damages* ha subito un netto ridimensionamento a seguito di una drastica presa di posizione della *Supreme Court* nei confronti di un istituto definito, già nel 1972<sup>26</sup>, "sgradevole e pericoloso". La svolta è segnata dalle storiche sentenze *BMW v. Gore* del 1996<sup>27</sup> e *State Farm v. Campbell* del 2003<sup>28</sup>. Nella prima controversia, a fronte di un danno di appena quattromila dollari, la Corte Suprema dell'Alabama aveva accordato una somma di 2 milioni di dollari, pari a cinquecento volte il danno effettivo, a titolo di *punitive damages* dimezzando, a sua volta, l'importo riconosciuto in primo grado dalla

<sup>25</sup> Sul tema nella dottrina italiana v. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 375 ss.

<sup>26</sup> See *Fay v. Parker*, 53 N.H. 342, 382, 1972.

<sup>27</sup> *BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 586 (1996) e in *Foro it.*, 1996, IV, p. 421, con nota di G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi*, "grossly excessive". L'attore, Dr. Gore aveva acquistato un'auto nuova da un concessionario autorizzato scoprendo soltanto più tardi che il distributore nazionale aveva tinteggiato l'auto nascondendo il danno derivante dall'acidità della pioggia. La società convenuta, la BMW of North America, seguiva la pratica di non rivelare agli acquirenti i danni pregressi arrecati alle autovetture nuove quando il costo della riparazione fosse pari a 500 dollari o a 1.5 % del prezzo di acquisto. Gore citò la società in giudizio ritenendo che la mancata comunicazione della avvenuta riparazione costituisse frode e chiese la condanna al pagamento di 4.000 dollari per *compensatory damages* e di 4.000.000 di dollari per *punitive damages*, somma risultante dalla moltiplicazione dell'importo di 4.000 dollari per il numero approssimativo (1000) di auto nuove riparate dalla società e vendute come nuove senza rivelare la riparazione. In primo grado la Corte dell'Alabama condannò la società al risarcimento pari a 4.000 dollari per *compensatory damages* e 4.000.000 di dollari per *punitive damages*. In sede di appello la *Supreme Court* dell'Alabama riformò la sentenza di primo grado, riducendo l'ammontare del risarcimento da 4 milioni di dollari a 2 milioni di dollari. Infine la *US Supreme Court* annullò la sentenza di appello rinviando l'esame alla corte nazionale ed affermando che l'importo eccessivo dei *punitive damages* si ponesse in violazione con la clausola del *due process of law* di cui al XIV emendamento della Costituzione americana, non avendo avuto il convenuto adeguata informazione della possibilità della relativa condanna ad un risarcimento così elevato. Nello stesso senso la *Supreme Court* decise il caso *Cooper Industries v. Leatherman Tool Group*, 532 U.S. 424 (2001) deciso nell'ambito di una azione risarcitoria promossa da una fabbrica di un utensile multi-funzionale innovativo, la *Leatherman Tool Group*, nei confronti di un'altra fabbrica, la *Cooper Industries*, che aveva introdotto nel mercato un utensile quasi identico all'originale salvo piccole modifiche di tipo estetico.

<sup>28</sup> *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003) e in *Foro it.*, 2003, IV, p. 355 ss. con nota di G. Ponzanelli, *La 'costituzionalizzazione' dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*. Si trattava della liquidabilità dei *punitive damages* all'interno di una relazione contrattuale, nella quale un'impresa assicuratrice, in seguito ad un incidente stradale imputato al proprio assicurato, con una condotta contraria alla buona fede contrattuale, aveva rifiutato di transigere entro il massimale di polizza con i terzi danneggiati. In conseguenza di ciò l'assicurato era stato condannato ad un risarcimento ben più oneroso della transazione. Si rilevi che già in precedenza, nella sentenza 24 giugno 1994, *Honda Motor & Co. Ltd. v. Oberg*, la *Supreme Court* aveva già ritenuto che la legislazione dello Stato dell'Oregon fosse contraria alla *due process clause* di cui al XIV emendamento in quanto escludeva che la liquidazione dei danni punitivi effettuata dalla giuria potesse essere modificata dal giudice togato; v. *Foro it.*, 1995, IV, p. 204 ss., con nota di M.S. Romano.

giuria: per la prima volta la *Federal Supreme Court* giudica *grossly excessive* il rapporto tra *compensatory damages* e *punitive damages*, idoneo a ledere l'VIII emendamento della Costituzione americana, contenente il divieto di imposizione di sanzioni pecuniarie eccessive. Ai fini della concessione dei danni punitivi essa ritenne applicabili tre criteri: 1) il grado di repressibilità della condotta del danneggiante; 2) i limiti costituzionalmente rilevanti nella proporzione tra *compensatory* e *punitive damages*, nel senso che il rapporto non deve superare di dieci volte la somma concessa a titolo di *compensatory damages*; 3) il rapporto tra *punitive damages* e altre sanzioni applicabili in casi simili, quali le sanzioni penali, di cui i primi non possono costituire un surrogato e, pertanto, vanno contenuti malgrado il forte disvalore della condotta.

Nel successivo caso *State Farm v. Campbell* del 2003, la *Supreme Court* ha affrontato il quesito se e a quali condizioni il rimedio fosse compatibile con il principio del *due process of law* contenuto nel XIV emendamento della Costituzione americana<sup>29</sup>. In quella sede, applicando i tre parametri indicati nel predetto caso *BMW*, la *Supreme Court* giudicò «constitutionally excessive» ai sensi del XIV emendamento della Costituzione americana l'importo dei *punitive damages*, affermando che «non fosse né ragionevole né proporzionale all'illecito commesso e che rappresentasse una irrazionale ed arbitraria privazione della proprietà del convenuto». Inoltre essa affermò che «malgrado gli Stati posseggano la discrezionalità di imporre *punitive damages*, rispetto ad essi esistono precisi limiti costituzionali di carattere procedurale e sostanziale» e che «ai convenuti condannati non è stata garantita la tutela prevista in un procedimento penale».

Anche in un caso successivo, *Philips Morris USA v. Williams* del 2007<sup>30</sup>, la *Supreme Court*, ha ravvisato la violazione della clausola del *due process of law* nella concessione, da parte di una Corte statale, di danni punitivi volti a sanzionare il pregiudizio causato a soggetti non presenti nel giudizio, potendo tuttavia tenersi conto di tali condotte ai fini della valutazione della riprovevolezza della condotta e della conseguente quantificazione del danno rispetto al soggetto che sia parte.

È da notare che fino al 2008<sup>31</sup>, come appena visto nelle pronunce sopra citate, la *US Supreme Court* si limitava a verificare la compatibilità delle pronunce giudiziarie, con cui i giudici nazionali infliggevano *punitive damages*, con i limiti stabiliti dalla

---

<sup>29</sup> Il XIV emendamento dichiara che nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli USA, così pure nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale (*without due process of law*), né rifiuterà a chiunque l'eguale protezione delle leggi (*the equal protection of the law*) nei limiti della sua giurisdizione.

<sup>30</sup> V. *Philips Morris USA v. Williams*, in 549 U.S. (2007) del 20 febbraio 2007. In dottrina v. G. PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema Americana*, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 181. Condivide gli effetti favorevoli degli interventi della Corte Suprema Federale nella prospettiva del rafforzamento della legittimità costituzionale dei *punitive damages*, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, 2014, p. 195.

<sup>31</sup> *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008).

Costituzione americana, prima, fra tutti, la clausola del *due process of law*.

In *Exxon Shipping Co. v. Baker* per la prima volta la *Supreme Court* si spinge oltre e tenta di gettare le basi per una vera e propria teoria in ordine al contenuto dei *punitive damages*, benché autorevole dottrina<sup>32</sup> ne abbia messo in luce la ristrettezza di prospettiva e la non applicabilità a settori diversi da quello in cui tale pronuncia è stata resa, cioè dall'ambito marittimo.

Il caso *Exxon Shipping Co. v. Baker* nasceva da una catastrofica perdita di una enorme quantità di petrolio da una petroliera, di proprietà della multinazionale *Exxon*, nel mare dell'Alaska, avvenuta nel 1989, a seguito dell'incagliamento della stessa nave, cagionato, tra l'altro, dallo stato di ebbrezza del comandante della nave, dipendente della società *Exxon* e noto alcolista, assente dal ponte di comando al momento dell'incidente. Essendo l'incidente occorso in mare il caso era regolato dal diritto marittimo e rientrava nella giurisdizione delle corti federali ai sensi dell'art. 3 della Costituzione americana. La società si trovò a fronteggiare una *class action* promossa da circa 32.000 persone tra pescatori, proprietari e altre parti private danneggiate che ne chiedevano la condanna al pagamento di 5 miliardi di dollari per *punitive damages* oltre a 507,5 milioni di dollari per *compensatory damages*.

Il processo si svolse nel periodo in cui la Corte suprema stava modificando radicalmente il proprio orientamento in materia di *punitive damages* e la controversia si prolungò – tra la data dell'incidente e la sentenza della Corte Suprema – per circa vent'anni in cui furono percorsi tutti i gradi di giudizio.

Infatti, dopo che in primo grado la società venne condannata, da parte della *District Court*, al pagamento in favore di una ampia classe di danneggiati della somma di 507,5 milioni di dollari per *compensatory damages* e della somma di 5 miliardi di dollari a titolo di *punitive damages*, in appello la sentenza venne riformata e l'importo dei *punitive damages* dimezzato sulla base dell'affermazione che le limitazioni derivanti dalla previsione costituzionale del *due process*, richiedevano danni punitivi non superiori a cinque volte i *compensatory damages*. La Corte d'appello ritenne, cioè, che una proporzione tra *compensatory damages* e *punitive damages* di quasi 1 a 10 fosse ingiustificata nel caso di specie, in quanto la riprovevolezza della condotta del danneggiante era elevata ma non del tipo più elevato in assoluto.

Infine, la *Supreme Court* a sua volta, nel riformare la sentenza emessa dalla Corte d'Appello, sostenne che una condanna a 2,5 miliardi di dollari eccedesse il massimo accordabile secondo il diritto marittimo federale, che doveva ritenersi pari alla misura dei *compensatory damages*, inflitti a suo tempo in misura particolarmente elevata dalla *District Court*: venne, cioè, imposta nel caso *Exxon* una proporzione massima di 1 a 1 tra *compensatory* e *punitive damages*.

Nella sua *opinion* il giudice Souter, ribaltando l'orientamento restrittivo fino allora vigente in materia, premetteva la particolare giurisdizione federale marittima che

---

<sup>32</sup> V. A. SEBOK, *The US Supreme Court's theory of common law punitive damages: an inauspicious start*, in L. MEURKENS, E. NORDIN, *The power of punitive damages*, 2012, p. 133 ss.

sottraeva il caso in esame dall'ordinario limite costituzionale del *due process of law* ma al contempo poneva le basi per una generale discussione sul ruolo dei *punitive damages* nel moderno *civil law*, chiedendosi preliminarmente se l'importo elevatissimo richiesto dalle parti ricorrenti avrebbe superato i limiti giustificati dall'obiettivo della deterrenza.

Dopo aver esaminato l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale in materia, egli pose l'accento sulla generale più moderna affermazione del principio secondo cui «i *punitive damages* assolvono principalmente la funzione di punire e scoraggiare condotte dannose piuttosto che quella di compensare la perdita subita»<sup>33</sup>. Sicché, considerato che le pronunce emesse in questa materia dalle Corti di prima e seconda istanza denotavano una complessiva moderazione, essendo nella maggior parte dei casi la proporzione tra *compensatory* e *punitive damages* al di sotto del rapporto di 1 a 1, giudici e giurie avrebbero dovuto rivedere i propri orientamenti, non solo per raggiungere un livello ottimale di punibilità e deterrenza, ma anche per assicurare equivalenti risultati in casi simili. A parere del giudice Souter il vero problema in tema di *punitive damages* rimaneva quello della assoluta imprevedibilità (*stark unpredictability*) essendo evidenti rilevanti variazioni dell'importo dei *punitive damages* in fattispecie concrete simili.

Infine, richiamata la giurisprudenza della Supreme Court sui *punitive damages*, il giudice Souter concluse che questi obiettivi non sarebbero stati raggiunti se la variabilità delle sentenze individuali avrebbe determinato una assoluta imprevedibilità dei *punitive damages*, ciò che contrasterebbe con la necessità che le pene siano ragionevolmente prevedibili nella loro severità<sup>34</sup>.

Consequentemente sottolineata la necessità di introdurre un limite quantitativo, in particolare una proporzione numerica tra *compensatory* e *punitive damages*, la Corte concluse che la proporzione di 1 a 1 nel caso in esame potesse considerarsi un limite massimo adeguato tenuto conto sia della elevata misura dei *compensatory damages* nel caso in esame, sia dell'assenza di intenzionalità nella condotta del responsabile dell'incidente sia della limitata improvevolezza della condotta stessa<sup>35</sup>.

La sentenza *Exxon* ha una indubbia portata esplicativa rispetto all'istituto dei *punitive damages* nel momento in cui, attraverso le parole del giudice Souter, lo considera in modo chiaro diretto a realizzare due principali obiettivi: punire l'autore dell'illecito e scoraggiare la commissione di futuri simili illeciti<sup>36</sup>. Si tratta di due distin-

---

<sup>33</sup> Testualmente, si legge «the consensus today is that punitive damages are aimed not at compensation but principally at retribution and deterring harmful conduct. This consensus informs the doctrine in most modern American jurisdictions, where juries are customarily instructed on twin goals of punitive awards».

<sup>34</sup> Testualmente «a penalty should be reasonably predictable in its severity».

<sup>35</sup> Nelle *opinions* dissenzienti, oltre che in quelle concorrenti, emerse che vari giudici avrebbero preferito danni punitivi più elevati. In particolare è particolarmente efficace l'*opinion* del giudice Ginsburg il quale fece presente il rischio che il rapporto di 1 a 1 venisse utilizzato in futuro al di fuori delle controversie regolate dal diritto marittimo.

<sup>36</sup> Già nel caso citato *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. V. Campbell*, cit.

te funzioni del sistema americano di responsabilità civile.

Allora il primo quesito che sorge spontaneo è quello di verificare se le suddette finalità punitiva e di deterrenza siano compatibili con il carattere civilistico dello stesso rimedio<sup>37</sup>. Pur ammettendo che tali funzioni siano ammissibili nel *law of tort* americano<sup>38</sup> sembrano fondate diverse possibili critiche avanzate nei confronti dell'istituto, che oggi non appare disciplinato in modo coerente con le suddette finalità<sup>39</sup>.

Appare, innanzitutto, come una incongruenza il fatto che – nell'ottica del danneggiato – i *punitive damages* rappresentino un indubbio vantaggio economico, garantendogli una disponibilità economica senz'altro maggiore rispetto al periodo antecedente alla commissione dell'illecito. Difficile conciliare questo aspetto indubbiamente positivo<sup>40</sup>, sia pur riferentesi al danneggiato, con le finalità di punizione e deterrenza<sup>41</sup>.

Potrebbe ritenersi, ad esempio, preferibile, nelle ipotesi di illeciti lesivi di interessi di un ampio numero di soggetti, l'utilizzazione congiunta dello strumento della *class action* anche se tale prospettiva non è, allo stato, condivisa dalla dottrina americana<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> V. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, 2011, p. 100 in cui l'Autore sottolinea come l'esigenza di giustizia alla base degli odierni *punitive damages* nordamericani sarebbe «intesa peraltro nel senso della ritorsione quando non della vendetta». V. altresì G. CALABRESI, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 422, secondo cui «Concedere ai privati il diritto di ricevere somme di denaro che costituiscono vere e proprie pene private finisce per creare un'ulteriore ingiuria».

<sup>38</sup> Il modello statunitense di *common law* non conosce la tradizionale netta separazione tra tutela civile e tutela penale tipica degli ordinamenti di tradizione romanistica. Sul punto sia consentito il rinvio ad un mio precedente lavoro, *La class action e la funzione di deterrenza negli illeciti civili in prospettiva comparatistica*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, 2011, p. 140 ss.

<sup>39</sup> V. D.G. OWEN, *Response, Aggravating Punitive Damages*, in *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 2010, p. 193 secondo cui i *punitive damages* dovrebbero assolvere la funzione restitutoria; A. SEBOK, *Punitive Damages: from myth to theory*, in *Iowa Law Rev.*, 2007, p. 957 ss., per il quale «la funzione del rimedio dovrebbe essere ripensata in chiave di *private retribution*».

<sup>40</sup> Qualifica come un ingiustificato «effetto giuridico secondario, costituito da un arricchimento ingiustificato per colui che consegue il risarcimento e da un corrispondente ammanco per coloro che ne rimangono privi», C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 106.

<sup>41</sup> Sul punto v. D. RENDLEMAN, *Common law punitive damages: something for everyone?* in *Univ. Saint Thomas Law J.*, 2009, p. 7. Nella stessa prospettiva C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 105 ss., il quale sottolinea «l'incongruità giuridica dell'attribuzione dell'intero risarcimento a colui o coloro soltanto che abbiano agito in giudizio» e ritiene più ragionevole attribuire «l'intero risarcimento punitivo a un fondo di tutela al quale dovrebbero poter attingere i danneggiati che non hanno agito in giudizio nonché, in funzione premiale, colui o coloro che, avendo agito in giudizio, hanno acquistato un merito indubbio nei confronti di coloro che, altrettanto indubitabilmente, sopraggiungono a cose fatte».

<sup>42</sup> V. T.C. GALLIGAN JR., *Foreward: punitive damages today and tomorrow*, in *Louisiana Law Rev.*, 2010, p. 414, secondo cui «courts have been hostile to the class action device in punitive damages cases». Nello stesso senso J.M. UNDERWOOD, *Road to nowhere or jurisprudential u-turn? The intersection of punitive damages class action and the due process clause*, in *Washington and Law Rev.*, 2009, p. 763 ss. Il quale segnala l'orientamento di alcune corti inferiori federali diretto a negare lo strumento della *class action* in quanto, dovendosi ricono-

Anche dal punto di vista dell'autore dell'illecito, l'orientamento seguito dalla *Supreme Court* nel senso di limitare l'ammontare dei *punitive damages*, prevedendo una proporzione di 1 a 1 rispetto ai *compensatory damages*, stabilita nel caso *Exxon* ma sempre più diffusamente estesa al di fuori dell'ambito marittimo<sup>43</sup>, ha l'inevitabile conseguenza di attenuare sia l'effetto punitivo – si pensi all'ipotesi in cui autore dell'illecito sia una società – sia l'effetto di deterrenza<sup>44</sup> tanto nei confronti del singolo danneggiante quanto nei confronti della generalità dei consociati<sup>45</sup>.

Sembrerebbe, cioè, che l'unica funzione oggi in concreto assolta dall'istituto sia quella di ovviare alla assenza nel sistema americano della regola secondo cui le spese di lite seguono la soccombenza, per cui il vincitore è costretto a sopportare le proprie spese legali, nonché ai consistenti limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale rispetto ad altri ordinamenti continentali<sup>46</sup>.

3. Nell'ordinamento italiano i *punitive damages*<sup>47</sup> non hanno sinora trovato riconoscimento, né a livello legislativo né a livello giurisprudenziale.

È noto che nel sistema italiano, pur essendo molteplici le funzioni del sistema di responsabilità civile<sup>48</sup>, potendosi individuare una funzione compensativa, diretta a

---

scere *punitive damages*, l'attenzione dovrebbe essere concentrata sul singolo danneggiato. Così anche F.E. MC GOVERN, *Punitive damages and class action*, in *Louisiana Law Rev.*, 2010, p. 461, secondo il quale «*the marriage of punitive damages and class action has almost inevitably ended in divorce*». Sottolinea QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2010, p. 179 ss. come «i danni punitivi, nonostante non manchi chi (anche talune Corti federali americane di prima istanza) pensi il contrario, conservino la loro ragion d'essere, sostanzialmente ultracompensativa e più precisamente punitiva, anche nell'ambito di una *class action*, e, questo, sostanzialmente, in quanto una compensazione, pur totale, non comporterebbe, per ciò stesso, pure una punizione». Lo stesso Autore rileva altresì, a p. 193, che «a chi abbia procurato un danno a un gran numero di soggetti, conviene comunque essere convenuto con una *class action*, piuttosto che una serie di azioni individuali, le quali potrebbero portare a tante diverse condanne a danni punitivi, slegati gli uni dagli altri e soprattutto sommati gli uni agli altri, anche se relativi alla medesima condotta».

<sup>43</sup> V. M.L. BROOKS, *Uncharted waters: the Supreme Court plots the course to a constitutional bright-line restriction on punitive awards in Exxon Shipping Co. v. Baker*, in *Oklahoma Law Rev.*, 2010, p. 498 ss., il quale dopo aver sottolineato come l'orientamento della Corte Suprema sarebbe da tener confinato nel solo ambito marittimo, sostiene che vari indici, riscontrabili anche nella giurisprudenza dei singoli Stati, dovrebbero portare a sostenere l'opposta tesi, concludendo che «*this ostensibly narrow maritime decision has the potential to revolutionize the law of punitive damages*».

<sup>44</sup> V. G. PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati*, cit., col. 181.

<sup>45</sup> Tenuto conto altresì della possibilità di assicurare i danni punitivi, che verrebbero così – soprattutto nel caso di grandi imprese o società – riversati sui clienti.

<sup>46</sup> In una analoga prospettiva C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 105, il quale ritiene preferibile la soluzione di «orientare sul piano positivo l'istituto della responsabilità in modo da rendere risarcibili anche i danni che tutt'ora non lo siano, facendo coincidere il risarcimento con l'intero danno».

<sup>47</sup> V. P. PARDOLESI, voce *Danni punitivi*, in *Dig. civ.*, Torino, I, p. 452; P. PARDOLESI, *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. PARDOLESI, Bari, 2011, p. 59; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, p. 25; G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 92.

<sup>48</sup> V. M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, cit.; P. PERLINGIERI, *Le funzioni della re-*

riparare la perdita economica subita dalla vittima dell'illecito, una funzione satisfattiva, diretta a colmare il senso di frustrazione della vittima stessa, una funzione preventiva o deterrente, diretta a dissuadere tanto l'autore dell'illecito che la collettività nel suo complesso, dal compiere in futuro simili illeciti ed infine una funzione punitiva, diretta a sanzionare l'autore di una condotta particolarmente riprovevole, l'orientamento tradizionale continua a considerare dominante la funzione compensativa<sup>49</sup> o riparatoria in senso ampio<sup>50</sup>.

Come rilevato da autorevole dottrina<sup>51</sup> il riconoscimento del potere del giudice di imporre danni punitivi si porrebbe in contrasto con il principio di legalità sia per l'assenza di una disposizione legislativa che li preveda, sia per la mancanza di criteri per la loro determinazione con conseguente contrasto sia con l'art. 25 comma 2<sup>52</sup> sia con l'art. 23 della Costituzione che prevede la riserva di legge con riferimento all'imposizione di ogni prestazione personale o patrimoniale.

Resta fermo un condivisibile atteggiamento di chiusura della giurisprudenza di legittimità<sup>53</sup> fondato sulla convinzione che «nel vigente ordinamento italiano l'idea

---

*sponsabilità civile*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2011, 1, p. 119 ss. secondo cui «La responsabilità civile non può avere un'unica funzione, ma una pluralità di funzioni (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono tra loro coesistere». Nello stesso senso P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 19 secondo cui «la responsabilità civile ha molte funzioni. Nessuna è in grado da sola di spiegare la complessa struttura delle regole giurisprudenziali sull'illecito civile» e BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, secondo cui «la responsabilità extracontrattuale non è né strumento di punizione (concezione etica), né strumento tecnico di allocazione dei danni (concezione tecnicistica) ma tutela civile contro l'illecito. Unico e generale suo fondamento è la violazione del precetto di rispetto altrui (*alterum non ledere*)».

<sup>49</sup> V. A. ZACCARIA, *sub art. 1223 c.c.*, in G. CIAN, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al Codice civile*, X ed., Padova, 2011, p. 1276, secondo il quale «funzione primaria dell'obbligazione di risarcimento è la compensazione del pregiudizio arrecato, la restaurazione (almeno per equivalente) della situazione del lesso antecedentemente all'illecito».

<sup>50</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 100, afferma, con riferimento ai diritti continentali, che «la soddisfazione della vittima che la responsabilità civile deve esercitare è stata sempre presente come una delle funzioni di questo istituto. La *Genugtuung* risulta associata alle funzioni classiche della responsabilità civile, la prevenzione e la riparazione, particolarmente nei fatti illeciti riguardanti la persona e i diritti a questa strettamente inerenti; sempre, tuttavia, come aspetto incluso all'interno del modello riparatorio».

<sup>51</sup> V. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, p. 315 ss. V. dello stesso Autore, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, cit., in P. CERAMI, M. SERIO, *Scritti di comparazione e storia giuridica*, cit., p. 100 ss.

<sup>52</sup> Secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso».

<sup>53</sup> V. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Europa e Dir. Priv.*, 2007, p. 1129 ss. con nota di G. SPOTO, e nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1461. In quella occasione la Corte di Cassazione confermò una sentenza della Corte di appello di Venezia che, a sua volta, aveva negato l'*exequatur* di una sentenza della *District Court* della Contea di Jefferson (Alabama), che aveva condannato il produttore di un casco utilizzato dal conducente di un motociclo, per difetti nella progettazione e costruzione – a titolo di *punitive damages* – al pagamento di 1 milione di dollari. Più recentemente la Cassazione si è pronunciata su una questione analoga nella sentenza 1781 dell'8 febbraio 2012, su cui v. oltre, ribadendo la contrarietà dei *punitive damages* all'ordine pubblico: sul tema v. G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un ri-*

della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile dal nostro ordinamento è assegnato il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione» piuttosto che altre funzioni<sup>54</sup>. Senza considerare che, dovendosi tener conto dei danni subiti da tutte le vittime ai fini della determinazione del *quantum* risarcibile, da un canto il c.d. effetto di efficienza<sup>55</sup>, perseguibile attraverso la corrispondenza tra danno totale e risarcimento – a fronte della insufficienza del risarcimento ordinario che apparirebbe sottodimensionato rispetto a fattispecie di elevata offensività – potrebbe giustificare questo istituto nel diritto americano nelle ipotesi in cui non fosse consentita la risarcibilità dell'intero danno subito dalla vittima<sup>56</sup>, ma, d'altro canto, passerebbe, come già sottolineato con riferimento al sistema americano, attraverso l'incongruenza giuridica dell'attribuzione dell'intero risarcimento esclusivamente a colui o a coloro che hanno agito in giudizio<sup>57</sup>. Peraltro anche la giurisprudenza di merito<sup>58</sup> in quella vicenda aveva considerato i *punitive damages* in contrasto con l'ordine pubblico italiano<sup>59</sup>.

A livello giurisprudenziale permane, quindi, anche in epoca più recente<sup>60</sup>, questo atteggiamento di diffidenza dei giudici di legittimità nei confronti dei danni punitivi, chiaramente enunciato nell'affermazione, contenuta nella sentenza n. 1781/2012, «nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso». Inoltre, nel ribadire la precedente sentenza n. 1183/2007, la Suprema Corte ha, ancora una

---

sarcimento non riparatorio, in *Danno e resp.*, 2012, p. 609 ss.; D. CORVI, *Punitive damages*, in *Contratto e Impresa*, n. 4-5, 2014, p. 872.

<sup>54</sup> Nel citato caso americano *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. V. Campbell* del 2003 è espressamente affermata dalla *Supreme Court* la funzione specificamente retributiva e preventiva del risarcimento punitivo, a differenza della funzione riparatrice tipica del risarcimento ordinario. Per approfondimenti sul tema delle funzioni del sistema di responsabilità civile v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano 2006; M. FRANZONI, *L'illecito civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, cit.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica, P. Zatti, Milano, 2005; M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007.

<sup>55</sup> V. G. CALABRESI, *The Complexity of Torts – The Case of Punitive damages*, in M. STUART MADDEN (ed.), *Exploring Tort Law*, Cambridge, 2006, p. 343 ss.

<sup>56</sup> Ad es. nelle ipotesi di danno morale, come in precedenza rilevato.

<sup>57</sup> Così C. CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, cit., p. 105 ss.

<sup>58</sup> In particolare v. Corte d'App. di Venezia, 15 ottobre 2001, in *Rep. Foro it.*, 2007, I, 1460 ss. con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, cit.

<sup>59</sup> Sul punto v. G. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a 'punitive damages'*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, pp. 977-990.

<sup>60</sup> Così Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, cit. con commento di G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, cit. e in *Corr. giur.*, 8-9, 2012, p. 1068 ss., con nota di P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*



volta sottolineato che «rimane estranea al sistema interno l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta»<sup>61</sup>. La Suprema Corte ha, cioè, negato ingresso ad un risarcimento che avrebbe potuto essere inquadrato come compensativo, pur di evitare il rischio di introduzione dei danni punitivi nell'ordinamento italiano, richiedendo – al fine della esecuzione in Italia di una pronuncia straniera – un requisito ulteriore, in realtà non previsto, e cioè la precisa motivazione del tipo di danno, così estendendo – secondo parte della dottrina<sup>62</sup> – il potere di controllo dell'Autorità giudiziaria.

Ne deriva l'estraneità dell'istituto al diritto italiano, per la sua chiara incompatibilità con il sistema della responsabilità civile<sup>63</sup>.

Tuttavia, ferma restando la natura compensativa della funzione primaria del sistema italiano di responsabilità civile, è stato rilevato in dottrina che sempre maggior rilevanza sembrano assumere le altre funzioni della responsabilità civile, ed in particolare quella satisfattiva<sup>64</sup>, riferentesi al soggetto leso, e quella deterrente<sup>65</sup> in relazione all'autore del comportamento illecito.

A sostegno di questa teoria sono state in dottrina<sup>66</sup> richiamate alcune figure di risarcimento c.d. "ultracompensativo" in cui vengono valorizzati obiettivi che vanno oltre la riparazione strettamente intesa, giustificata dalla violazione di interessi generali – che fa sorgere l'esigenza di predisporre una risposta adeguata non solo in favore del singolo danneggiato ma per l'intera collettività – e dalla necessità di impedire che il danneggiante possa trarre profitto dalla commissione dell'illecito<sup>67</sup>. Si tratta,

<sup>61</sup> Ciò venne affermato dalla Suprema Corte nonostante nel caso in esame non si trattasse di delibazione di una pronuncia straniera di condanna alla corresponsione di veri e propri danni punitivi, bensì di danni qualificati dalla stessa Corte come punitivi per «la mancanza di qualsiasi indicazione positiva circa la causa della statuita attribuzione patrimoniale e [...] dall'omesso richiamo [...] a regole legali e/o criteri esteri propri della liquidazione del danno in questione e nella specie applicabili».

<sup>62</sup> V. P. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, p. 1074.

<sup>63</sup> V. M. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?*, in *Contratto e impresa, Europa*, n. 2, 2012, p. 636.

<sup>64</sup> V. S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Resp. Civ.*, n. 2, 2009, p. 166.

<sup>65</sup> V. G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, II, p. 297 secondo cui «una responsabilità civile che non accarezzi l'obiettivo della deterrenza non è una vera responsabilità civile». In questo senso l'Autore sottolinea come Calabresi «per primo, o tra i primi, aveva sì percepito che la responsabilità civile dovesse aumentare la sua portata riparatoria, ma senza perdere di vista l'obiettivo della deterrenza»; v. anche P. SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano 2011.

<sup>66</sup> V. F. SPILLARE, *I danni punitivi: mito o realtà?*, in *Studium iuris*, n. 12, 2014, p. 1411.

<sup>67</sup> Si pensi alla responsabilità processuale aggravata di cui all'art. 96, comma c.p.c. come riformato dall'art. 45 della legge 18 giugno 2009 n. 69 secondo cui «in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata». La *ratio* di questa disposizione per DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art.96 c.p.c.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. comm.*, 2001, p. 61, sembra essere quella di «irrogare una sanzione che funga anche da deterrente rispetto al verificarsi di condotte del medesimo tipo, ritenute intrinsecamente dannose sul piano della politica del diritto». Nello stesso senso F. FRADEA-

tuttavia, di forme di risarcimento non equiparabili ai *punitive damages* nordamericani, in quanto prive, tra l'altro, del presupposto del preventivo accertamento della possibilità di riconoscere un risarcimento compensativo<sup>68</sup>.

Più recentemente<sup>69</sup> la Suprema Corte ha ribadito questo orientamento, contrario all'introduzione dei danni punitivi, sulla base dell'inderogabilità dell'ordine pubblico<sup>70</sup>, sottolineando le differenze tra i danni punitivi ed altre forme di risarcimento, ammissibili, aventi funzione coercitiva piuttosto che punitiva (come l'*astreinte*<sup>71</sup> in quanto non tendono alla riparazione del danno in favore di chi l'ha subito, bensì alla minaccia di un danno nei confronti di chi potrebbe risultare inadempiente.

4. Il tema qui trattato offre lo spunto per una serie di considerazioni in ordine alle limitate possibilità di realizzazione, nell'ordinamento italiano, del trapianto giuridico<sup>72</sup> di un istituto di *common law*, quale quello dei *punitive damages* nordamericani, sebbene in più occasioni, come già visto, si sia presentata l'occasione di una sua introduzione da parte della giurisprudenza italiana in sede di deliberazione di sentenze straniere in materia.

Diversi gli ostacoli alla realizzazione del trapianto in esame, riconducibili prevalentemente a caratteristiche del diritto statunitense assenti nel diritto italiano. In via esemplificativa vanno menzionati: 1) la forte connessione tra illecito civile ed illecito

---

NI, *Note sulla 'lite temeraria attenuata' ex art. 96 comma 3 c.p.c.*, in *Giur. it.*, n. 1, 2011, p. 147 in cui l'Autore sottolinea che «il mancato riferimento al risarcimento dei danni pensiamo possa essere inteso come un altro indice della volontà di prevedere un istituto che non sia riconducibile alla tutela di natura ripristinatoria/riparatoria del pregiudizio subito, anche perché di questo si occupano i primi due commi».

<sup>68</sup> V. Trib. Piacenza 15 novembre 2011, secondo cui la coesistenza di una pronuncia di condanna ai sensi del primo comma con una ai sensi del terzo comma, pur teoricamente possibile, deve ritenersi «[...] più che residuale, stante la limitatezza dell'area applicativa dell'art. 96 comma 1 c.p.c., che secondo la pacifica interpretazione della Suprema Corte presuppone la prova di un danno non *aliunde* risarcito e ha così trovato applicazione concreta in rarissime ipotesi».

<sup>69</sup> Cass. Civ., I sez., 15 aprile 2015 n. 7613 in *Danno e responsabilità*, n. 12, 2015, p. 1155 e ss. commentata da CORSI. In quella occasione la Suprema Corte nel deliberare la sentenza con cui un giudice belga condannava al pagamento di un importo a titolo di *astreinte* per ogni giorno di ritardo nella consegna, al sequestratario nominato dal giudice, di azioni rappresentative del capitale sociale, ritenendo che l'istituto dell'*astreinte*, di derivazione francese, svolge una funzione coercitiva e non punitiva, essendo diretta a favorire l'adempimento a tutela del creditore e dell'interesse generale all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari.

<sup>70</sup> Inteso come complesso delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società.

<sup>71</sup> Sul tema v. S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui al l'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p. 637.

<sup>72</sup> Per una ricostruzione del fenomeno del trapianto giuridico, cfr. A. WATSON, in *Legal transplants: An approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974. Anteriormente a Watson la metafora del trapianto era stata usata per spiegare l'evoluzione del diritto da F.P. WALTON, *The Historical School of Jurisprudence and Transplantation of Law*, in *J. Comp. Legis. & Int'l L.*, 3<sup>rd</sup> ser., n. 9, 1927, p. 183. Su entrambi gli Autori cfr. J.W. CAIRNS, *Watson, Walton and the History of Legal Transplants*, *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, n. 41, 2013, p. 637.

penale<sup>73</sup>; 2) il ruolo centrale della giuria nello svolgimento del processo<sup>74</sup>; 3) la c.d. *American rule*, cioè l'assenza del principio secondo cui le spese di lite seguono la soccombenza<sup>75</sup>; 4) il peso decisivo dell'analisi economica del diritto<sup>76</sup>.

Specularmente, nel diritto italiano, è inipotizzabile l'introduzione di un rimedio risarcitorio con funzione punitiva, per la sua incompatibilità con i principi di fondo del sistema italiano di responsabilità civile, ed in primo luogo la ordinaria natura compensativa che lo caratterizza.

Tuttavia, anche nel diritto italiano sempre più spesso in dottrina si fa riferimento ai danni punitivi, pur senza alcun preciso riferimento o collegamento al modello statunitense, con prospettive favorevoli alla loro introduzione<sup>77</sup>.

Fermo restando l'orientamento costante di chiusura nei confronti dell'istituto, finora mantenuto dalla giurisprudenza italiana di legittimità, un segnale di svolta può cogliersi – in una più ampia prospettiva inclusiva degli altri ordinamenti europei continentali – in una recente decisione<sup>78</sup> della vicina *Cour de Cassation* con cui, per la prima volta, si è affermata la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale di una sentenza statunitense di condanna per danni punitivi<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> Visti i reciproci legami tra “*crime*” e “*tort*” manca nel *common law* una rigida distinzione tra la tutela penale e la tutela civile, tipica degli ordinamenti continentali. Sul tema v. R.A. EPSTEIN, *Crime and Tort: Old Wine in Old Bottles*, in R. BARNETT, J. HAGEL (eds.), *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution and the Legal Process*, 1977, pp. 231, 248 (1977).

<sup>74</sup> Il ruolo della giuria, chiamata a rendere il verdetto, è tutt'ora centrale nel processo civile statunitense, diversamente da quel che si può dire per il modello inglese, ove la sua presenza è ormai da tempo limitata alle cause penali relative a reati di particolare gravità e, in ambito civile, ai casi di *defamation* (o meglio dei *torts* di *libel* e *slander*). Negli USA la garanzia del *trial by jury*, avendo un fondamento costituzionale – sancito dal VII emendamento della Costituzione federale – potrebbe venir meno solo se si dovesse giungere ad una (improbabile) riforma di tale previsione. Sulla portata della garanzia sancita dal VII emendamento, v. J. OLDHAM, *Trial by Jury: The Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries*, New York, 2006.

<sup>75</sup> L' *American Rule* fu introdotta nel caso *Arcambel v. Wiseman*, 3 U.S. (3 Dall.) 306 (1796). In base ad essa la sentenza pone a carico di ciascuna parte le spese sostenute per la propria difesa in giudizio.

<sup>76</sup> Sul tema v. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975, con traduzione di A. DE VITA, V. VARANO, V. VIGORITI.

<sup>77</sup> V. tra gli altri, BUSNELLI, D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o 'condanna punitiva'?*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 596 in cui si parla di «un muro destinato prima o poi a cadere».

<sup>78</sup> *Cour de Cassation*, 1 ch. Civ. 1 dicembre 2010, n. 1090, in cui si è negato il riconoscimento e la delibazione di una sentenza americana di condanna per danni punitivi per la sproporzione tra l'ammontare dei danni punitivi inflitti ed il pregiudizio subito.

<sup>79</sup> Testualmente si afferma: «une décision étranger condamnant une partie à paiement de dommages-intérêts punitifs n'est pas, par principe, contraire à l'ordre public international de fond».



## INDICE SOMMARIO

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	V
<i>Gli Autori</i>	IX
PARTE PRIMA LA CIRCOLAZIONE DELLA DOTTRINA, OLTRE I CONFINI GEOGRAFICO-STATUALI	
TRA FORMANTE DOTTRINALE E TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMPARATE. IL MODELLO CITAZIONALE COME FORMA DI <i>SOUTHERN-AFRICAN JUDICIAL DIALOGUE</i> ENRICO ANDREOLI	
1. <i>Global conversation</i> nelle Corti di vertice dell’Africa australe: l’influenza della dottrina sul formante giurisprudenziale	3
2. L’ambito della ricerca: le Corti di vertice di Namibia, Botswana e Lesotho nella definizione della propria “identità giuridico-costituzionale”	5
3. I dati empirici	8
4. L’egemonia del modello citazionale della dottrina sudafricana	12
5. Tradizioni costituzionali comparate: “consuetudini” interne e (auto) legittimazione ordinamentale in Lesotho	14
LA CIRCOLAZIONE DEL FORMANTE DOTTRINALE NELLA GIURISPRUDENZA TEDESCA ROCCO FAVALE	
1. La giurisprudenza per la dottrina	21
2. La dottrina per la giurisprudenza	22
3. L’influenza della dottrina sulla giurisprudenza. La vicenda del contratto con effetti protettivi per i terzi	23

	<i>pag.</i>
3.1. L'emancipazione del contratto con effetti protettivi per i terzi dal contratto a favore di terzi	28
3.2. Ascesa e caduta dei rapporti contrattuali di fatto	28
3.3. Fecondazione eterologa e contratto a favore di terzi	31
4. Il dovere della giurisprudenza di seguire la dottrina: l'esempio svizzero	32

CORTE COSTITUZIONALE E DOTTRINA NEL PROCESSO  
DI CONSOLIDAMENTO DEMOCRATICO DELLA REPUBBLICA SUDAFRICANA

VERONICA FEDERICO

1. Introduzione	35
2. La Corte costituzionale «ponte tra una cultura dell'autorità e la cultura della giustificazione»	37
3. La Corte sudafricana ed i formanti extra-sistemici	40
4. Giudici e dottrina dal 1995 al 2013	44
5. Quale dottrina?	48
6. Considerazioni conclusive	55

FORMANTE DOTTORALE E COSTRUZIONE DI QUELLO  
GIURISPRUDENZIALE NEI SISTEMI GIURIDICI A BASE DOTTRINALE:  
IL CASO DELL'AFRICA AUSTRALE

MATTEO NICOLINI

1. Un modello citazionale "a guisa di libro": i rapporti tra formante e sostrato dottrinali negli ordinamenti africani australi	57
2. Le coordinate d'indagine: l' <i>attualità</i> degli esiti della ricerca e i <i>rankings</i> generati dall'egemonia giuridica sudafricana	60
3. <i>Segue</i> . La rimozione di un pregiudizio: <i>perifericità</i> delle Corti d'area o sostrato dottrinale al servizio della <i>global financial dominance</i> ?	63
4. Le potenzialità della ricerca: citazioni "miste" e "validazione" del formante dottrinale richiamato negli atti di parte e nelle decisioni in sede di gravame	67
5. <i>Segue</i> . Citazioni dottorali e <i>constitutional implication</i> delle famiglie giuridiche nella giurisprudenza delle Corti di vertice australi	70
6. Il sostrato dottrinale per la costruzione del formante giurisprudenziale: la mediazione delle <i>auctoritates</i> romano-olandesi, della dottrina e delle Corti	74
7. Dalla mediazione delle Corti ai sistemi giuridici: il <i>Cape colonial law</i> come autonomia famiglia giuridica in seno alla <i>Western legal tradition</i>	78
8. I tratti costitutivi della famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe	79

*pag.*

- |    |   |    |
|----|---|----|
| 9. | La costruzione della famiglia giuridica “mista”: ruolo della comparazione nel diritto pubblico, narrazione <i>à l'européenne</i> ed edificazione delle tradizioni costituzionali dell’Africa australe | 83 |
|----|---|----|

*JE T’AIME ... MOI NON PLUS*: QUALCHE CONSIDERAZIONE  
(ED UNA SENSAZIONE) SUI RAPPORTI TRA GIURISDIZIONE  
COSTITUZIONALE E DOTTRINA IN ITALIA, FRANCIA E BELGIO

PAOLO PASSAGLIA

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Le difficoltà della ricerca                               | 87  |
| 2. | Le fonti semi-dirette                                     | 88  |
| 3. | Le fonti indirette  | 91  |
|    | 3.1. La dottrina nel collegio giudicante                  | 91  |
|    | 3.2. La dottrina nel processo costituzionale              | 94  |
| 4. | Le fonti implicite  | 97  |
| 5. | Motivazioni (e prospettive) dell’assenza di fonti dirette | 98  |
| 6. | Una sensazione, più che una conclusione                   | 102 |

GIUDICI “PROFESSORI” NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE  
DELL’AREA DI LINGUA TEDESCA: I CASI DI GERMANIA E AUSTRIA

MARTINA TRETTEL

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Introduzione: oggetto e struttura dell’indagine  | 105 |
| 2. | Metodo di utilizzo della dottrina nella giurisprudenza costituzionale di Austria e Germania: una chiave di lettura | 109 |
| 3. | Elaborazione e valutazione dei dati raccolti   | 113 |
|    | 3.1. Il caso austriaco   | 113 |
|    | 3.2. Il caso tedesco   | 117 |
| 4. | I modelli di giustizia costituzionale di Austria e Germania: quale influenza sulle evidenze raccolte?              | 119 |
|    | 4.1. Modalità di selezione dei membri e composizione delle Corti Costituzionali                                    | 119 |
|    | 4.2. Caratteristiche e modalità operative del mandato di giudice costituzionale                                    | 120 |
| 5. | Proposte di lettura ed interpretazione   | 121 |
| 6. | Brevi riflessioni conclusive   | 123 |

PARTE SECONDA  
LA CIRCOLAZIONE ATTRAVERSO LA GIURISPRUDENZA,  
OLTRE I LIMITI DI GIURISDIZIONE E MATERIA

LA GIURISPRUDENZA ITALIANA SULLA *KAFĀLA*, TRA INFLUSSE  
DELLA DOTTRINA E REAZIONI DEL LEGISLATORE

ROBERTA ALUFFI

127

L'USO GIUDIZIALE DELLA DOTTRINA PER L'AFFERMAZIONE DEL  
COSTITUZIONALISMO AUTOCTONO: SPUNTI DALLA  
CORTE COSTITUZIONALE DELL'ECUADOR

SILVIA BAGNI

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Obiettivo e metodologia della ricerca   | 133 |
| 2. L'uso della dottrina per la legittimazione del nuovo costituzionalismo andino | 135 |
| 2.1. La forma di Stato costituzionale di diritti e giustizia                     | 136 |
| 2.2. Lo Stato «intercultural, plurinacional»                                     | 139 |
| 2.3. La democrazia partecipativa   | 149 |
| 3. Riflessioni conclusive: la dottrina come formante attivo                      | 153 |

LA CIRCOLAZIONE DEI FORMANTI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI  
NEL RISARCIMENTO DEL DANNO DA "NASCITA MALFORMATATA"

MARIA FEOLA

- |   |     |
|---|-----|
| 1. L'impatto della dottrina sugli orientamenti delle Corti Supreme e il ruolo della comparazione nella soluzione dei problemi di diritto interno        | 157 |
| 2. La «condotta colpevole», la legittimazione soggettiva, l'evento di danno e gli interessi tutelati. La questione del rapporto di causalità            | 161 |
| 3. Le responsabilità contrattuale o extracontrattuale del medico e della struttura sanitaria nei riguardi della gestante e del minore "nato malformato" | 164 |
| 4. Il risarcimento del danno da «nascita malformatata» come responsabilità delittuale da inadempimento  | 166 |
| 5. La prestazione sanitaria, tra obblighi di prestazione e obblighi di protezione. I limiti alla "contrattualizzazione" della responsabilità            | 168 |
| 6. L'onere della prova nella responsabilità delittuale da inadempimento   | 170 |
| 7. I danni (patrimoniali e non patrimoniali) risarcibili. Il danno da «nascita malformatata» quale causa di un'«esistenza diversamente abile»           | 173 |



pag.

GLI ARGOMENTI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO  
NEL DIBATTITO SU MULTICULTURALISMO E PROTEZIONE  
GIURIDICA DELLE MINORANZE: IL CASO *MUÑOZ DÍAZ V. SPAIN*

MARIA CHIARA LOCCHI

1. L'interazione tra formante dottrinale e formante giurisprudenziale 177
2. Il dibattito su multiculturalismo e pluralismo giuridico nei paesi europei di im-  
migrazione 179
3. Il caso *Muñoz Díaz v. Spain* 183
4. Il caso *Muñoz Díaz v. Spain* nel dibattito sulla tutela dei soggetti deboli in con-  
testi multiculturali 187

BREVI CONSIDERAZIONI SUGLI ORIZZONTI COMPARATIVI  
DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE ALLA LUCE DELLE CONNESSIONI  
TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

MARIO SERIO

1. Cenni introduttivi 195
2. Il danno tanatologico in Italia: novant'anni di giurisprudenza contraria, con  
un'unica soluzione di continuità 196
3. Una recente vicenda giurisprudenziale inglese: il caso *Montgomery* deciso dalla  
*Supreme Court* nel 2015 200
4. Un conclusivo sguardo di sintesi 204

OSSERVAZIONI SUI *PUNITIVE DAMAGES*  
IN PROSPETTIVA COMPARATIVISTICA

DOMITILLA VANNI DI SAN VINCENZO

1. Origini dei *punitive damages* 207
2. La funzione dei *punitive damages* 209
3. Il problema dei *punitive damages* in Italia 216
4. Brevi considerazioni conclusive 220



Finito di stampare nel mese di giugno 2016  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220

