

IUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD

VOLUME ONE



Edited by

Chiara Antonia d'Alessandro
Claudia Marchese

Studies in Law
and Social Sciences **3**

Studies in Law & Social Sciences

3

**IUS DICERE
IN A GLOBALIZED
WORLD**

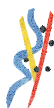
A COMPARATIVE OVERVIEW

VOLUME ONE

Edited by

CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO

CLAUDIA MARCHESE



Roma TrE-Press

2018

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

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

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press* ©

Roma, marzo 2018

ISBN: 978-88-94885-96-5

<http://romatrepress.uniroma3.it>

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



Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

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

Coordinatore

ANDREA ZOPPINI

Comitato Scientifico

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

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

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

Indice

VOLUME I

INTRODUZIONE

TOMMASO EDOARDO FROSINI	1
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH	7

PARTE I *IUS DICERE*

GIUDICI E GIURISDIZIONE

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

DIRITTI FONDAMENTALI, VALORI COSTITUZIONALI E LEGGE

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

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ

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

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

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ: LA PROSPETTIVA LATINO-AMERICANA

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

VOLUME II

PARTE II

...IN A GLOBALIZED WORLD

GIUDICI E GLOBALIZZAZIONE

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

PROCESSO CIVILE, CLASS ACTION, ADR

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

NOVA REMEDIA DEL POTERE GIURISDIZIONALE

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

Tommaso Edoardo Frosini

Introduzione

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

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

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

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

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

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

Argomentare suadente ma non convincente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vincenzo Zeno-Zencovich

Introductory notes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

effective application of comparative law in the legal profession?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PARTE I
IUS DICERE

GIUDICI E GIURISDIZIONE

Giorgia Pavani*

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

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

1. *Premessa*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tutto ciò determina la struttura del capitolo dedicato al potere

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

giudiziario e i suoi contenuti.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Madrid, 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Nei manuali di diritto pubblico italiano

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ *Ivi*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

modificandolo profondamente).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

in *New Europe*, Ashgate, 2010.

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

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

⁸² *Ivi*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abstract

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

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

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

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

Andrea Pin*

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

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

1. *Introduzione*

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

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

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

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

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

³ P. GROSSI, *cit.*, p. 18.

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

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

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

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

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

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

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

⁵ *Ivi*, p. 404.

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

⁷ *Id.*

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ *Id.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Il significato profondo dell'argomentazione per precedenti

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

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

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

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

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

4. *Le implicazioni*

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

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

4.1. *L'overruling motivato ed esplicito*

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

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

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

4.2. La citazione di fonti estere

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

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

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

²⁵ LADY HALE, *cit.*, p. 11.

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

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

4.3. *Gli amici curiae*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁶ *Ivi*, pp. 318-319.

³⁷ *Ivi*, p. 303.

4.4. Common law e diritti umani

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

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

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

³⁸ *Ivi*, p. 298.

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

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

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

contraddittori con i loro interessi.

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

5. Conclusioni

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

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

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

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

⁴⁴ L. SANDSTROM SIMARD, *cit.*, p. 692.

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

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

Abstract

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

DIRITTI FONDAMENTALI,
VALORI COSTITUZIONALI E LEGGE

Francesco Clementi*

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

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

1. *Introduzione*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Comparazione e Consigli di giustizia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Verso un Consiglio comune europeo?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. *Annotazioni conclusive*

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

Abstract

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

Andrea Fusaro*

Il notaio esercita attività giurisdizionale?

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

1. *Profilo storico*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Il Notariato latino nella tradizione di Civil law

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *La giustizia preventiva*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. *Le indicazioni della Corte di Giustizia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In virtù di una piana applicazione del metodo tassonomico, l'appartenenza del Notariato ungherese all'ambito latino conduce a estendere tendenzialmente le considerazioni sviluppate dalla Corte nella giurisprudenza ora passata in rassegna a tutte le realtà riconducibili al modello, escludendo quindi che il notaio eserciti alcuna aggiudicazione delle controversie⁶⁰. L'impostazione pare suffragata dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶¹. Meritevole di approfondimento è, comunque, la diversa posizione espressa dall'Avv. gen. Bot.⁶²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. La vocazione del Notariato latino alla mediazione

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

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

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

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

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

comporre gli organismi istituiti appositamente per la mediazione⁶⁷.

Abstract

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

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

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

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

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

Ferruccio Auletta*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

soggetto pubblico».

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

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

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

Abstract

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

Gustavo Tepedino*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Conclusioni

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

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

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

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

Abstract

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

Francesco Duranti*

Corti e Parlamenti
Dialoghi, confronti, comparazioni

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

1. *Introduzione*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Elementi per un nuovo modello di giustizia costituzionale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *L'esperienza della Nuova Zelanda*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ (1994) 3 NZLR 667 (CA).

¹⁹ (2000) 2 NZLR 9 (CA).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ *R v. Hansen* (2007) NZSC 74.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ *R v. Hansen*, cit., par. 253-254.

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

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

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

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

150 ss.

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

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

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

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

4. Il caso del Regno Unito

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

esclusiva discrezionalità politica di Governo e Parlamento⁴⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ciò ha consentito, in alcuni casi, alle stesse Corti – per evitare formali dichiarazioni di incompatibilità – di procedere ad audaci interpretazioni estensive delle norme oggetto di giudizio, al fine di renderle compatibili con il catalogo dei diritti protetti dall'HRA.

Nella più celebre (e controversa) di queste pronunce⁵³, i *Law Lords* hanno ritenuto di poter includere tra i conviventi *more uxorio* protetti dalla legge, nel caso di successione *mortis causa* nel contratto di locazione, anche i partner del medesimo sesso: ad avviso della maggioranza della Corte, infatti, tale interpretazione non è in palese contraddizione né con la lettera della norma, né con alcuno dei suoi principi o scopi fondamentali⁵⁴.

and court procedures. They are pre-eminently a matter for Parliament» (par. 37); sì che «*the recognition of gender reassignment for the purposes of marriage is part of a wider problem which should be considered as a whole and not dealt with in piecemeal fashion. There should be a clear, coherent policy»* (par. 45).

⁵⁰ *R (on the application of Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* (2002) UKHL 46, par. 30.

⁵¹ Cfr., tra le altre, *R v. Lambert* (2001) UKHL 37; *R v. A (no. 2)* (2001) UKHL 25, sulle quali vd. diffusamente R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, cit., p. 102 ss.

⁵² *R v. A (no. 2)*, cit., par. 44.

⁵³ *Ghaidan v. Godin-Mendoza* (2004) UKHL 30, che è ben presto divenuto il vero e proprio *leading-case* in materia di applicazione della *sect. 3* dell'HRA.

⁵⁴ «*There is no longer any reason in principle for not including within the concept of "spouse" someone who had lived with the original tenant in an equivalent long-term, but homosexual relationship»*: *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, cit., par. 128. In questa pronuncia è, infatti, compiutamente esplicitato il nuovo approccio interpretativo richiesto alle Corti dalla *sect. 3 HRA*, denominato «*abstract purposive interpretation*», ovvero una interpretazione teleologico-evolutiva che prenda in considerazione la *ratio* della legge, oggettivata ed attualizzata alla luce dei principi che derivano dai diritti sanciti dalla CEDU, tenendo,

Dalla giurisprudenza formatasi nel corso degli anni emerge, di conseguenza, che il criterio essenziale di applicazione della *sect. 3 HRA* è quello della compatibilità della interpretazione adeguatrice adottata con i «*fundamental features*» della legislazione sottoposta a scrutinio delle Corti⁵⁵: ciò che tale norma non consente di fare è, invece, di impiegare una interpretazione in contrasto con una disposizione legislativa che espressamente limiti uno dei diritti protetti o di adottare una interpretazione incompatibile con un aspetto fondamentale della normativa⁵⁶, giacché ciò rappresenterebbe una inammissibile invasione nella sfera di competenza riservata al Parlamento, il quale con l'HRA non ha rinunciato al suo potere di adottare disposizioni di legge anche incompatibili con i diritti della Convenzione.

L'analisi della prassi in tema di dichiarazioni di incompatibilità consente di formulare anche una ulteriore, importante, considerazione.

Dai dati a disposizione emerge, infatti, che le dichiarazioni di incompatibilità pronunciate dalle Corti hanno trovato, sino ad ora, inequivocabilmente seguito da parte di Governo e Parlamento: su diciannove dichiarazioni di incompatibilità divenute definitive, quattordici di esse sono state puntualmente osservate con l'approvazione di nuove norme di legge, altre quattro sono state altrettanto fedelmente rispettate con emendamenti in corso di approvazione al momento della pubblicazione delle pronunce di

inoltre, in specifica considerazione la lettura fornita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁵⁵ «*Parliament, however, cannot have intended that in the discharge of his extended interpretive functions the Courts should adopt a meaning inconsistent with a fundamental feature of legislation. That would be to cross the constitutional boundary section 3 seeks to demarcate and preserve*»: *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, cit., par. 33. «*A meaning which departs substantially from a fundamental feature of an Act of Parliament is likely to have crossed the boundary between interpretation and amendment*»: *Re S (Minors) (Care Order: Implementation of Care Plan)* (2002) 2 AC 291, par. 40.

⁵⁶ Le direttive interpretative in materia appaiono mirabilmente riassumibili nei seguenti termini: «*First, the interpretive obligation under section 3 is a very strong and far reaching one, and may require the Court to depart from the legislative intention of Parliament. Secondly, a Convention-complaint interpretation under section 3 is the primary remedial measure and a declaration of incompatibility under section 4 an exceptional course. Thirdly, it is to be noted that during the passage of the Bill through Parliament the promoters of the Bill told both Houses that it is envisaged that the need for a declaration of incompatibility would rarely arise. Fourthly, there is a limit beyond which a Convention-complaint interpretation is not possible, such limit being illustrated by R (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department (...) and Bellinger v. Bellinger*»: *Sheldrake v. Director of Public Prosecution* (2004) UKHL 43, par. 28; precedenti da ultimo confermati anche dalla neoistituita Corte Suprema del Regno Unito in *R. v. The Commissioner of Police of the Metropolis* (2011) UKSC 21, par. 35.

incompatibilità, mentre in un unico caso la dichiarazione di incompatibilità non ha trovato corrispondente risposta da parte dei Governo e Parlamento⁵⁷.

Anche nel caso politicamente più controverso – la richiamata decisione della *House of Lords* nel cd. *Belmarsh prisoners' case* – dopo un intenso dibattito parlamentare durato parecchi mesi⁵⁸, il legislatore ha deciso di osservare puntualmente i rilievi contenuti nella dichiarazione di incompatibilità, emendando nel senso indicato dall'Alta Corte la speciale disciplina antiterrorismo con l'approvazione di una nuova normativa (*Prevention of Terrorism Act 2005*) conforme alle indicazioni giudiziali⁵⁹.

Il modello britannico delle dichiarazioni di incompatibilità mostra, dunque, sino ad ora⁶⁰, un efficace funzionamento del meccanismo individuato

⁵⁷ “As is well-known, there is a near-perfect rate of compliance with declarations of incompatibility in the UK, with no example to date of legislation enacted explicitly to defy or counter or neuter a declaration. In almost every single case in which such a declaration has been issued, Parliament and/or the Executive have eventually either repealed the impugned legislation or amended it to satisfy the declaration of the courts. The only possible exception to this almost uniform pattern of compliance is the prisoner voting issue, where the UK Government has done nothing to implement a Strasbourg ruling declaring the UK's ban on prisoner voting to violate the Convention”: A. KAVANAGH, *Article Review: Aileen Kavanagh on Neil Duxbury's Judicial Disapproval as a Constitutional Technique*, *Int'l J. Const. L. Blog*, November 29, 2017.

⁵⁸ Probabilmente uno dei più lunghi dibattiti nella storia parlamentare britannica, come segnalano S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 193; e R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, cit., p. 101.

⁵⁹ Come rilevato, si è trattato di una vicenda particolarmente significativa, non solo per la specifica materia oggetto della decisione (il delicato equilibrio tra libertà e sicurezza in tema di lotta al terrorismo), ma anche perché il Governo e la maggioranza parlamentare hanno mostrato di sentirsi effettivamente obbligati a modificare la legge nel senso indicato dalla pronuncia dei *Law Lords*, che ha ritenuto incompatibile la precedente disciplina in quanto discriminatoria e sproporzionata rispetto ai fini: cfr. per tutti, M. ELLIOTT, *Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution*, in *New Zeal. L. Rev.*, 2011, p. 568 ss.

⁶⁰ L'istituzione della Corte Suprema del Regno Unito (attiva a far data dall'ottobre 2009) e le pronunce del suo primo periodo, sembrano, del resto, confermare questa linea di tendenza: per un'analisi di tale giurisprudenza cfr. anche le considerazioni espresse dal suo primo Presidente Lord PHILLIPS OF WORTH MATRAVERS, *The Birth and First Steps of the UK Supreme Court*, in *Camb. Journ. Int'l Comp. L.*, 2012, p. 3 ss; vd. anche A. TORRE, P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel biennio 2009-2011*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3961 ss., che richiamano, al proposito, il caso *R. and Thompson v. Secretary of State for the Home Department* (2010) UKSC 17, nel quale la Corte Suprema ha confermato la dichiarazione di incompatibilità tra la *sect. 82 del Sexual Offences Act 2003* e l'art. 8 CEDU, già formulata nel precedente grado di giudizio dalla Corte d'Appello.

dalla Carta, fondato su tre profili istituzionali strettamente legati tra di loro: a) una forte valorizzazione della interpretazione adeguatrice affidata alle Corti dalla *sect. 3 HRA*, che spinge le Corti stesse a praticare – con una ampiezza sconosciuta in passato – tecniche interpretative maggiormente orientate all’approccio teleologico, al fine di ricondurre in conformità con la CEDU (e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo) le possibili letture della legislazione sottoposta a sindacato⁶¹; b) l’impiego del nuovo potere dichiarativo concesso alle Corti (*sect. 4 HRA*) è riservato ai soli casi di impossibilità di procedere alla predetta interpretazione conforme e, dunque, ad ipotesi marginali, che si presumono di non frequente (o, comunque, non ordinaria) applicazione⁶²; c) la continua fedeltà al canone di tradizionale primazia del Parlamento, che mantiene immutata la propria prerogativa di avere “l’ultima parola” anche in materia di garanzia dei diritti, attesa la giuridica possibilità di non dar seguito normativo ad una dichiarazione di incompatibilità pronunciata da una Corte superiore, ma che – come confermato dalla prassi di circa diciassette anni di vigenza dell’HRA – è, tuttavia, incline ad osservare fedelmente le indicazioni del giudiziario e a modificare, di conseguenza, tutte le norme dichiarate incompatibili⁶³.

Da quest’ultimo punto di vista, si segnala, inoltre, il particolare ruolo svolto, in sede parlamentare, dal *Joint Committee on Human Rights* (JCHR)⁶⁴,

⁶¹ «Section 3 is undoubtedly a central part of the overall balance between rights protection and democratic decision making under the HRA (...) use of section 3 does not deprive Parliament of the final word (...) Parliament can always respond to a section 3 decision by amending the legislation to overrule the judicial interpretation and to make clear its view that the courts have mistaken its meaning or overstepped their authority»: così S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 194; in termini, in giurisprudenza, anche la richiamata pronuncia nel caso *Ghaidan*, cit., par. 63: «if Parliament disagrees with an interpretation by the courts under section 3(1), it is free to override it by amending the legislation and expressly reinstating the incompatibility».

⁶² «At the heart of the HRA lie ss. 3 and 4, the relationship between which is said to hold the key to the balance between parliamentary democracy and judicially enforced human rights»: R. MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, cit., 45.

⁶³ Secondo alcuni autori, sarebbe in corso di consolidamento una vera e propria consuetudine costituzionale in virtù della quale il Parlamento si ritiene obbligato ad assecondare sempre le dichiarazioni di incompatibilità formulate dalle Corti: così A. VERMEULE, *The Atrophy of Constitutional Powers*, in *Harvard Public Law Working Papers* 11/07 (January 2011), 19 ss. Cfr. anche, da ultimo, A. KAVANAGH, *Article Review: Aileen Kavanagh on Neil Duxbury’s Judicial Disapproval as a Constitutional Technique*, *Int’l J. Const. L. Blog*, November 29, 2017.

⁶⁴ Sul quale, vd., tra gli altri, A. SATHANAPALLY, *Beyond Disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication*, Oxford, OUP, 2015; J. KING, *Parliament’s Role Following Declarations of Incompatibility*, in M. HUNT, H. HOOPER & P. YOWELL (eds) *Parliament and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 171 ss.

il quale – istituito in coincidenza con l'entrata in vigore della Carta – ha svolto un attivo compito di monitoraggio dei disegni di legge governativi e dei giudizi resi dalle Corti britanniche e da quelle europee in tema di diritti umani⁶⁵, contribuendo in misura significativa ad implementare una più sensibile attenzione al rispetto dei diritti fondamentali da parte di Parlamento e Governo⁶⁶.

5. *La singolarità del caso canadese*

L'esperienza canadese sembra, a prima vista, differenziarsi nettamente da quelle sin qui esaminate, atteso che: a) i diritti fondamentali – che possono, come noto, subire le uniche limitazioni compatibili con una società libera e democratica (*sect. 1 della Canadian Charter of Rights and Freedom*) – hanno lo *status* giuridico formale di norme costituzionali, risultando inclusi nella medesima Carta dei diritti allegata alla Costituzione; b) i medesimi diritti non possono, di conseguenza, essere modificati da norme di legge ordinaria, ma solo attraverso una revisione costituzionale adottata secondo lo speciale procedimento aggravato previsto dalla Costituzione; c) le Corti hanno la piena facoltà di sindacare le norme incompatibili con i diritti, dichiarandone l'incostituzionalità e provvedendo alla loro conseguente disapplicazione (*sect. 52 della Carta*)⁶⁷.

Tuttavia, al fine di operare un contemperamento tra quanti propugnavano

⁶⁵ Si consideri, a questo proposito, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che la dichiarazione di incompatibilità pronunciata dalle Corti britanniche non costituisce ancora, allo stato, «rimedio effettivo» ai fini del requisito dell'esaurimento dei ricorsi interni. La Corte ha peraltro affermato – nella sentenza della Grande Camera del 29 aprile 2008 nel caso *Burden v. United Kingdom* – che ciò potrebbe mutare in futuro, qualora risulti definitivamente consolidata la prassi di dare inevitabilmente seguito alle predette dichiarazioni di incompatibilità: «concerning legislative reform in response to the making of a declaration of incompatibility, the Grand Chamber notes with satisfaction that in all the cases where declarations of incompatibility have to date become final, steps have been taken to amend the offending legislative provision. However, given that there have to date been a relatively small number of such declarations that have become final, it agrees with the Chamber that it would be premature to hold that the procedure under section 4 of the Human Rights Act provides an effective remedy to individuals complaining about domestic legislation».

⁶⁶ Cfr., sul punto, A.L. YOUNG, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, OUP, 2017.

⁶⁷ Senza che alle stesse sia riconosciuta, dunque, la facoltà di pronunciare alcuna dichiarazione di incompatibilità.

il mantenimento inalterato del tradizionale principio britannico di supremazia parlamentare e quanti, invece, ritenevano preferibile l'adozione integrale del modello nordamericano, nella Carta è stata inserita una singolare disposizione – la *sect. 33*, meglio nota come *notwithstanding clause*⁶⁸ – la quale prevede che i diritti fondamentali possano subire una limitazione, della durata temporale massima di cinque anni (ulteriormente prorogabile per un altro quinquennio), a condizione che il Parlamento federale (od uno provinciale) dichiarino espressamente, in una legge ordinaria, l'intenzione di voler procedere in tal senso facendo applicazione della *sect. 33*, specificando quale deroga ai diritti fondamentali intendono disporre⁶⁹.

Si tratta, dunque, di un *legislative override* che consente al Parlamento di limitare i diritti fondamentali, con una legge approvata a maggioranza semplice senza ricorrere al gravoso procedimento di revisione costituzionale, impedendo, nel contempo, alle Corti di dichiarare l'incostituzionalità delle norme che dispongono le deroga temporanea a tali diritti.

La *notwithstanding clause* attiva, in questa maniera, un complesso circuito istituzionale in materia di diritti fondamentali, la cui protezione è, innanzitutto, affidata alle Corti, le quali dispongono, al proposito, del sindacato diffuso di costituzionalità che consente loro di disapplicare le norme di legge con essi contrastanti, ma è anche rimessa al legislatore – sia federale che provinciale – cui è attribuito il *legislative override*, attraverso il quale i diritti protetti dalla Carta possono trovare una temporanea limitazione per motivazioni ritenute politicamente preminenti, con il risultato di produrre un più equilibrato bilanciamento tra poteri del Parlamento e quelli delle Corti, attraverso un congegno normativo del tutto peculiare, che mira a realizzare un efficace dialogo tra legislativo e giudiziario in tema di diritti fondamentali⁷⁰.

La presenza della clausola *notwithstanding* nella Costituzione canadese consente, perciò, di evitare l'impiego della complessa procedura di

⁶⁸ Sulle motivazioni che hanno indotto il costituente canadese ad introdurre nella Carta dei diritti la clausola in questione, cfr. ora J. HIEBERT, *The Notwithstanding Clause: Why Non-use does not Necessarily Indicate Compliance with Judicial Norms*, in corso di pubblicazione (2017), reperibile in *ssrn.com*.

⁶⁹ Sono, in ogni caso, esclusi dal campo di applicazione della norma in parola il diritto di elettorato attivo e passivo (*sect. 3*), i diritti democratici (*sectt. 4 e 5*), il diritto alla libera circolazione nel paese (*sect. 6*), i diritti linguistici delle minoranze ufficiali (*sectt. 16-23*) e i diritti di genere (*sect. 28*).

⁷⁰ Al punto che «the existence of section 33 is the distinctive feature of the Charter in comparison with other systems with constitutional bills of rights and the judicial power to invalidate statutes, and is what makes it an instance of the new model»: così S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 179.

revisione costituzionale qualora il Parlamento si trovi in disaccordo con una interpretazione costituzionale della Corte Suprema ritenuta non condivisibile, immunizzando, con l'impiego della clausola in parola, la legge dichiarata incostituzionale: la decadenza automatica, allo spirare dei cinque anni di tempo previsti dalla Carta, della clausola permette, inoltre, al corpo elettorale di esprimersi direttamente – nel corso delle successive elezioni nazionali o di quelle statali, a seconda di quale Assemblea legislativa abbia impiegato la *notwithstanding* – sul consenso o sul dissenso politico rispetto alla scelta dei propri rappresentanti circa l'uso della clausola di flessibilizzazione di cui alla *sect. 33*⁷¹.

Quanto alla prassi in materia, deve, in ogni caso, registrarsi un suo scarso uso in sede statale ed una sua sostanziale inutilizzazione in sede federale⁷².

Ciò non toglie, tuttavia, che questo istituto spieghi un effetto di decisiva e singolare conformazione del sistema canadese in ordine al rapporto tra poteri (legislativo e giudiziario) in tema di tutela dei diritti fondamentali.

Sia il Parlamento che la Corte Suprema sono, infatti, ben consapevoli dell'esistenza di detta norma nell'assetto costituzionale e, dunque, risultano in qualche misura reciprocamente condizionati nel momento in cui si occupano – ciascuno nelle proprie sedi e secondo la rispettiva competenza funzionale – di protezione e/o limitazione dei diritti fondamentali.

Secondo recenti analisi, si assiste, inoltre, in alcuni casi, ad una sorta di impiego di «*notwithstanding-by-stealth*» da parte del Parlamento, il quale – senza ricorrere all'uso formale della *sect. 33* della Carta – provvede, per via di legislazione ordinaria, a riprodurre sostanzialmente il contenuto di norme dichiarate incostituzionali da parte della Corte Suprema⁷³.

⁷¹ R. KNOPFF, R. EVANS, D. BAKER, D. SNOW, *Dialogue: Clarified and Reconsidered*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 54, 2017.

⁷² Al punto che alcuni autori hanno parlato di una sua convenzionale caduta in desuetudine a livello federale: cfr., in questo senso, A. VERMEULE, *The Atrophy of Constitutional Powers*, in *Harvard Public Law Working Papers* 11/07 (January 2011), 4 ss. A livello statale, la Provincia che ha fatto maggiore ricorso alla *notwithstanding* è stata, ovviamente, il Quebec, soprattutto per le varie questioni legate all'uso della lingua francese. Per un riepilogo della prassi in materia, vd. T. KAHANA, *The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter*, in *Canadian Public Administration*, 2001, p. 255 ss.

⁷³ Con l'impiego della formula «*notwithstanding-by-stealth*», si intende, infatti, un caso di «*legislative reversal of judicial decisions by statutory amendment and not the formal use of the notwithstanding clause*», ovvero «*a parliamentary resolution requiring passage that explicitly indicates that a statute continues notwithstanding a judicial declaration of unconstitutionality*»: così J.B. KELLY, M.A. HENNINGAR, *The Canadian Charter of Rights and the minister of justice: Weak-form review within a constitutional Charter of Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 39.

Chiamata nuovamente a giudicare sulla legittimità costituzionale delle nuove norme introdotte per rimediare ad una precedente decisione di incostituzionalità⁷⁴, la Corte Suprema ha quasi invariabilmente mostrato una notevole deferenza⁷⁵ per le scelte del Parlamento, attestando la legittimità di questi «*legislative reversals*»⁷⁶ delle proprie pregresse pronunce di incostituzionalità⁷⁷.

Anche per questa particolare via, risulta, in definitiva, confermata la correttezza dell'inclusione dell'esperienza canadese al nuovo modello di

⁷⁴ In ipotesi che la dottrina definisce, dunque, quali «second look cases» da parte della Corte Suprema, ovvero casi di «*judicial review of legislative attempts to re-establish constitutionality of statutes previously declared unconstitutional*»: P.W. HOGG, A. BUSHELL THORNTON, W. K. WRIGHT, *Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors"*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2007, p. 19.

⁷⁵ Espressione – nell'opinione di maggioranza della Corte redatta dalla *Chief Justice* McLachlin in *R. v. Hall* (2002) 3 SCR 309, par. 43 – di «an "excellent example" of dialogic constitutionalism». In dottrina, sulla necessità dell'impiego di un ragionevole grado di deferenza nei confronti del Parlamento nell'approccio della Corte Suprema ai «second look cases», vd. soprattutto R. DIXON, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2009, p. 235 ss.

⁷⁶ K. ROACH, *Dialogue or Defiance: Legislative Reversal of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 347 ss.

⁷⁷ Quali evidenze di questa specifica modalità di intendere il dialogo tra Corti e Parlamento in Canada, J.B. KELLY, M.A. HENNINGAR, *The Canadian Charter of Rights*, cit., 20-43, analizzano in dettaglio la giurisprudenza della Corte Suprema in tre diverse coppie di casi: 1) *R. v. Seaboyer* (1991) 2 SCR 577 – nel quale è pronunciata l'incostituzionalità di una norma del codice penale in tema di diritto al giusto processo nelle fattispecie di reati sessuali – a cui, dopo il *legislative reversal* parlamentare, fa seguito la nuova pronuncia della Corte in *R. v. Darrach* (2000) 2 SCR 443, che afferma la costituzionalità della nuova normativa di legge, in quanto «the mere fact that the wording differs between the Court's guidelines and Parliament's enactment is itself immaterial»; 2) *R. v. O'Connor* (1995) 4 SCR 411 – in cui la Corte, impiegando principi consolidati di *common law*, invalida una normativa limitante il diritto alla prova a favore dell'accusato nei reati di stupro – alla quale il Parlamento risponde approvando una legge che reintroduce le precedenti limitazioni, che la Corte, nella decisione *R. v. Mills* (1999) 3 SCR 668, riconosce, infine, legittime dal momento che «*courts must presume that Parliament intended to enact constitutional legislation and strive, where possible, to give effect to this intention*»; 3) *R. v. Morales* (1992) 3 SCR 771 – in tema di norme sulle ipotesi di diniego della libertà provvisoria su cauzione, ritenute incostituzionali in quanto contrastanti con la *sect. 11* della Carta – a cui il Parlamento risponde con una complessa normativa, in parte ritenuta ancora illegittima, ma in parte validata dalla Corte nella successiva pronuncia in *R. v. Hall* (2002) 3 SCR 309, sì che «*the legislative response was constitutional because it conformed to the process of dialogue: judicial invalidation, followed by parliamentary reflection and amendment, that was subsequently upheld in a "second look" case*»: così J.B. KELLY, M.A. HENNINGAR, *The Canadian Charter of Rights*, cit., 44.

giustizia costituzionale e la sua netta distinzione rispetto al classico prototipo statunitense⁷⁸.

6. *Parlamenti e Corti in dialogo*

Le esperienze costituzionali di alcuni paesi del *Commonwealth* (in particolare, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito) mostrano, di recente, significativi profili di convergenza in ordine ai nuovi poteri conferiti alle Corti in tema di tutela dei diritti fondamentali⁷⁹.

Il fertile laboratorio costituzionale che è in corso d'opera negli ordinamenti in questione, sembra sempre più caratterizzarsi per la progressiva emersione di un nuovo modello di giustizia costituzionale, differente dall'idealtipo statunitense di *judicial review of legislation* e da quello europeo-continentale di *Verfassungsgerichtsbarkeit*, affidato ad una specifica Corte costituzionale accentrata.

Detti classici modelli appaiono, infatti, entrambi riconducibili, secondo una convincente proposta classificatoria⁸⁰, ad un unico macro-modello di giustizia costituzionale – definito *strong-form judicial review* – caratterizzato dalla definitiva prevalenza della interpretazione della Costituzione ad opera degli organi giudiziari (ordinari o specializzati) incaricati di esercitare il controllo di costituzionalità della legge, atteso che il Parlamento, per superare una (eventualmente sgradita) interpretazione costituzionale che determina l'annullamento o la disapplicazione della legge stessa, ha a disposizione il solo potere di impiegare la complessa procedura di revisione costituzionale prevista dalla rispettiva Carta fondamentale⁸¹.

⁷⁸ Per una efficace analisi comparativa in ordine alle differenze tra il modello canadese e quello americano, cfr. R. KNOPFF, R. EVANS, D. BAKER, D. SNOW, *Dialogue: Clarified and Reconsidered*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 54, 2017.

⁷⁹ S. STEPHENSON, *From Dialogue to Disagreement in Comparative Rights Constitutionalism*, Federation Press, Annandale, 2016.

⁸⁰ Formulata da M. TUSHNET, *The rise of weak-form judicial review*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 321 ss.; vd. anche M. TUSHNET, *Weak Court, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

⁸¹ Altri autori – soprattutto nella dottrina americana – preferiscono utilizzare, per definire tale consolidato modello di giustizia costituzionale, l'espressione di *judicial supremacy*, che sottolinea adeguatamente l'idea della prevalenza assegnata al giudiziario in tema di interpretazione costituzionale: cfr., per tutti, S. GARDBAUM, *What is Judicial Supremacy*, in G. JACOBSON, M. SCHOR, *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, Edward

Negli ordinamenti di matrice anglosassone presi qui in considerazione, a lungo caratterizzati dalla incontestata teorica della assoluta primazia del Parlamento⁸², si è, al contrario, di recente sviluppata una diversa impostazione istituzionale in ordine alla questione della tutela dei diritti fondamentali e al sindacato sulla legge che eventualmente contrasti con le nuove Carte dei diritti che si occupano di proteggerli.

La risposta di questi ordinamenti è, infatti, nel senso di sperimentare un diverso assetto nei rapporti tra Corti e Parlamento, tale da realizzare un nuovo equilibrio costituzionale tra questi due fondamentali poteri dello Stato⁸³.

Allo scopo di conciliare il principio istituzionale di *sovereignty of Parliament* con la necessità di assicurare garanzia di effettività ai diritti fondamentali, il nuovo modello individua, infatti, un bilanciamento che prevede una sorta di dialogo tra Corti e Parlamento, in base al quale la Carta dei diritti è contenuta in una fonte di rango formalmente ordinario che non consente, dunque, ai giudici di disapplicare (o di ritenere comunque invalida o implicitamente abrogata) alcuna norma di legge nell'ipotesi di ritenuto contrasto con la Carta stessa, ma che gli impone di adottare, in ogni caso, la lettura interpretativa della legislazione che possa dirsi più compatibile possibile con i diritti medesimi, atteso che tali diritti possono trovare le sole limitazioni considerate ragionevoli e giustificabili in una società libera e ad ordinamento democratico.

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

Elgar, in corso di pubblicazione (2018), reperibile in ssrn.com.

⁸² E, dunque, da una vera e propria *legislative supremacy*, per richiamare la terminologia indicata nella nota precedente.

⁸³ Secondo una recente classificazione comparativa, il modello preso in considerazione realizza, infatti, una protezione dei diritti originale, differente da quella tradizionale affidata ai soli giudici o al solo legislatore, trattandosi di una «*garantie par l'action conjointe des juges et du législateur (...) ces pays sont passés de la souveraineté parlementaire à une nouvelle forme de garantie des droits qui ne copient pas les modèles des justice constitutionnelles existantes*»: così M.C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 375.

Questo nuovo modello – definito, dalla richiamata dottrina, *weak-form judicial review*⁸⁴ – appare, come s'è visto, caratterizzare l'esperienza più recente della Nuova Zelanda, del Regno Unito⁸⁵, di alcuni Stati membri della Federazione australiana, e (con caratteristiche, come visto, in parte differenti) quella ormai consolidata del Canada.

Così, dunque, pur nell'ambito di vari (e non irrilevanti) tratti di distinzione, le esperienze di questi ordinamenti di matrice anglosassone, sembrano, in conclusione, costituire, in prospettiva comparata, un singolare modello di tutela dei diritti fondamentali e di giustizia costituzionale, che si caratterizza per un diverso equilibrio istituzionale tra Corti e Parlamento rispetto ai modelli tradizionali: «*the new model promotes two constitutional goods or foundational values of liberal democratic polities – adequate rights protection and an appropriately balanced allocation of governmental powers, including limits on both courts and legislatures*»⁸⁶.

Il nuovo modello è, infine, connotato anche da una sorta di più attivo e complessivo coinvolgimento dei tre poteri dello Stato in tema di protezione dei diritti fondamentali⁸⁷.

Nelle varie esperienze prese in considerazione, infatti, le nuove Carte dei

⁸⁴ M. TUSHNET, *The rise of weak-form judicial review*, cit., 323. Nella dottrina italiana, vd. ora, in termini, L. MEZZETTI, *Introduzione*, in L. MEZZETTI (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova, Cedam, 2011, XVII ss.

⁸⁵ Sì che – con specifico riferimento all'esperienza britannica – «non si può negare che una giurisprudenza che tuteli i diritti già ampiamente “costituzionalizzati” (...) non può non essere considerata ad ogni effetto una giurisprudenza di carattere e dignità pienamente costituzionale (e ciò indipendentemente dall'esistenza di una carta costituzionale che riassume la *supreme law of the land* e in essa trovi connotazione)»: A. TORRE, P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel biennio 2009-2011*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3968. Cfr. anche G. VAN DER SCHYFF, *Judicial review of Legislation. A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Berlin, Springer, 2010.

⁸⁶ S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 205.

⁸⁷ Sì che “*the new commonwealth model is likely (and more likely than the alternatives) to produce legislative outcomes that are more in line with common goods than with factional interests. It is more likely to bring about those outcomes in both the short haul and long haul senses. The pre-enactment political rights review elements bring a formalized and regularized rights-consciousness to the law and policy making forums. The post-enactment judicial review element brings a rights-focused contestatory forum that is immune from certain kinds of alien influences to which political agents are subject. And the post-judicial review political final word leaves final resolution to political agents but in the context of the earlier rights-based judicial deliberation*”: così, ora, T. HICKEY, *The Republican Virtues of the 'New Commonwealth Model of Constitutionalism'*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, p. 816.

diritti che sono state di recente promulgate prevedono tutte espressamente una sorta di «political rights review»⁸⁸, ovvero l'obbligo – da parte del ministro della Giustizia (Canada); dell'*Attorney-General* (Nuova Zelanda e Stati australiani) o del ministro di volta in volta competente (Regno Unito) – di effettuare una apposita dichiarazione preventiva in Parlamento circa la specifica compatibilità con la Carta della nuova legislazione in corso di approvazione, con il risultato di realizzare una maggiore consapevolezza complessiva di Governo e Parlamento in ordine alla questione del rispetto dei diritti e di stimolare ancor più, in tale materia, quel dialogo istituzionale tra organi giudiziari ed organi politici che costituisce il tratto autenticamente distintivo del nuovo modello di tutela dei diritti fondamentali in corso di sviluppo negli ordinamenti di matrice anglosassone.

Abstract

The pervasive role of the Courts in relation to the separation of powers is at the core of the reflections on the effective configuration of the constitutional state and on the different dynamics that characterize the institutional structures in contemporary constitutional systems.

In terms of comparative public law, two main models have traditionally long confronted each other: the one of undisputed parliamentary supremacy – typical of the British experience – which does not allow the Courts to question the legitimacy of the law; and that of American and European constitutional justice, which, in the name of the superiority of the Constitution, entrusts ordinary or Constitutional Courts to review the law, annulling it or disapplying it in the case of irremediable conflict with the Constitution.

In recent years, this radical dichotomy has been progressively attenuated by a different model, currently being developed in some Anglo-Saxon systems (Australia, Canada, New Zealand), as well as in the United Kingdom itself, which have experimented new solutions regarding constitutional relationship between the three powers of the state and where a profound and stimulating debate on the overall role of the Courts is currently taking place.

The new model provides, in fact, for a sort of dialogue between Courts and Parliament, on the basis of which the Courts are not allowed to invalidate or disapply any legal provisions in the event of alleged conflict with fundamental

⁸⁸ J. HIEBERT, *Constitutional experimentation: rethinking how a bill of rights function*, cit., p. 306.

rights, but instead it is required to adopt the interpretation of legislation that can be said to be as compatible as possible with the rights themselves.

In the case of irreconcilable conflict between law and rights, this model ensures – after the Courts have experimented all possible, permissible, interpretations of the law – the definitive primacy of the legislator’s will, while remaining permitted to the Courts exclusively the adoption of specific declarations of incompatibility, with which they signal Parliament of the existence of the contrast and the need to amend incompatible rules: this amendment may, however, be made only by the legislator, who retains unchanged the constitutional prerogative to give final word on the matter.

The new model, therefore, seems to outline a series of interesting constitutional features, worthy of adequate comparative study: a) it tends to activate a new dynamic between the Courts and Parliament in matters of fundamental rights; b) it aims at achieving a greater overall balance in the relationship between the powers of the State; c) it envisages a more active involvement of Government and Parliament in these issues, also through an innovative form of pre-enactment political rights review; d) finally, it tries to reduce the cases of conflicts of interpretation between powers of the State in relation to fundamental rights.

*La Legittimità delle Corti Supreme nell'età della globalizzazione***

SOMMARIO: 1. La complessa nozione di legittimità. - 2. L'elemento simbolico. - 3. Il ruolo degli esperti, delle *élites* e dell'opinione pubblica. - 4. Scienza e diritto comparato come fonti di legittimazione tra politica e neutralità. - 5. Legittimità e giudice.

1. La complessa nozione di legittimità

Il crescente ruolo delle Corti Supreme dovuto alla debolezza del potere politico, alla scarsa tecnica legislativa, a sistemi di *governance* multi-livello, al protagonismo stesso dei giudici, rende centrale il dibattito mai veramente sopito sulla loro legittimità.

Un politologo statunitense¹ rileva come tale concetto sarebbe da evitare perché troppo scivoloso, pur ammettendone l'importanza. Risulta, infatti, difficile una sua definizione: l'idea di legittimità nasce nella Grecia di Tucidide, Platone e Aristotele e arriva ai giorni nostri attraverso le diverse riflessioni e prospettazioni di filosofi, sociologi, politologi, giuristi, psicologi. Si possono ricordare le teorie basate sul consenso (Aristotele, Rousseau, Parson, Lipset) e sul conflitto (Macchiavelli, Marx) o miste (Weber, Gramsci, Habermas), quelle normative o descrittive. Peraltro nella realtà attuale il moltiplicarsi dei processi di legittimità, nonché delle fonti e degli oggetti di legittimazione complica il problema. Per quanto ovviamente approssimativa sembra condivisibile la constatazione secondo la quale la legittimazione è un processo ausiliare che determina la stabilità di una qualsiasi struttura o istituzione e che forma una connessione fra ciò che è inaccettato o inaccettabile e ciò che invece è già accettato da un gruppo². Questo determina che il risultato è rispettato da chi

* Professore Associato di Diritto Privato Comparato, presso l'università di Padova

** Il testo è dedicato agli Studi in onore del Prof. Pasquale Stanzone.

¹ S. P. HUNTINGTON, *The Third Wave*, Norman, 1991, p. 46.

² M. ZELDITCH, *Theories of Legitimacy*, in J. T. JOST & B. MAJOR, *The Psychology of Legitimacy*, New York, 2001, p. 33 ss.

ne trae vantaggio e soprattutto da chi ne è penalizzato. Per utilizzare una nota espressione la legittimità è per i perdenti³. Tale concetto è, dunque, necessario perché spiega il rapporto fra valori, norme, credenze, procedure e azioni specifiche concrete e fra il risultato di queste e una struttura predeterminata.

Il tema è particolarmente delicato relativamente al potere giudiziario in quanto non avendo né la spada né la borsa sarebbe il più debole dei tre poteri⁴ o il meno pericoloso⁵ e quindi la sua forza risiederebbe proprio nella legittimità. Con riguardo al sindacato di costituzionalità si ripropone, poi, il dibattito, seppur meno avvertito in Europa forse per un tradizionale maggiore *self-restraint* che oggi però pare diminuire, sulla sua natura antimaggioritaria. Tale complessità è avvertita con forza dalle stesse Corti. Uno studio recente ha evidenziato come la *Federal Supreme Court* abbia citato dal 1954 al 2012 settantuno volte il concetto di legittimità e solo nove volte nei 164 anni precedenti⁶. Tra questi si ricorda la decisione del 1992 in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* in cui si sottolinea per la prima volta la necessità di una legittimità sociale o l'affermazione di Justice White in *Bowers v. Hardwick* secondo il quale la Corte era pericolosamente vicina alla sua illegittimità. Quest'attenzione non è esclusiva della Corte statunitense, ma si rileva anche in quelle più giovani o più attiviste.

La dottrina nell'affrontare il tema distingue, fondandosi sugli studi di Easton, fra supporto specifico e diffuso⁷. Il primo riguarda le singole decisioni ed è intrinsecamente connesso al livello di approvazione delle scelte effettuate, pur essendo spesso difficile misurare le sue variazioni in connessione con le diverse sentenze. Il supporto diffuso coinvolge, invece, l'istituzione in generale e ha una natura più stabile, non dipendendo dai risultati concreti. È fondamentale, e deriva sia dai valori ed educazione trasmessi dall'infanzia sia dall'esperienza diretta. Secondo questa posizione, esso trova espressione nella fiducia sulla preferibilità di quella istituzione e sistema rispetto ad altre e sulla validità dei suoi risultati in generale. Si è obiettato che qui coinciderebbero supporto specifico e diffuso, ma si nota

³ J. L. GIBSON, *Legitimacy Is for Losers: The Interconnections of Institutional Legitimacy, Performance Evaluations, and the Symbols of Judicial Authority*, in 62 *Neb. Sym. Mot.*, 2015, pp. 81 ss.

⁴ Così si esprime ALEXANDER HAMILTON nel *Federalist* n. 78.

⁵ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986.

⁶ D. FARGANIS, *Do Reasons Matter? The Impact of Opinion Content on Supreme Court Legitimacy*, 65 *Political Research Quarterly*, 2012, pp. 206 ss.

⁷ D. EASTON, *A Re-assessment of the concept political support*, in 5 *British Journal of Political Science*, 1975, pp. 435 ss.

come la critica potrebbe essere rivolta a determinate decisioni senza minare la credibilità dell'istituzione in sé. Va constatato come la non condivisione nel lungo periodo di certe decisioni può riflettersi sulla sua credibilità. Bisogna, quindi, differenziare fra l'accettazione della scelta di *policy* dovuta al ruolo e all'autorità del giudicante da quella che dipende dalla condivisione del contenuto. Entrambe queste concezioni sono connesse, in quanto il rispetto anche simbolico nei suoi confronti può essere influenzato dall'accordo per le sue decisioni. Analogamente, la credibilità dell'istituzione rende condivise le sue statuizioni. Essa è necessaria in quanto come rilevato da Dworkin su "questioni difficili, controverse, e profonde della morale che filosofi, uomini di stato e cittadini hanno discusso per molti secoli (le persone devono) accettare le deliberazioni di una maggioranza di giudici, la cui visione di questi grandi problemi non è straordinariamente speciale"⁸.

La legittimità non è un concetto astratto⁹ e statico e questo è evidente, proprio, con riguardo alle Corti Supreme. L'analisi, infatti, non può essere svolta prescindendo dal contesto sociale, politico, economico, giuridico in cui operano e dalla storia del Paese e dell'istituzione stessa. Per tale ragione tracciare i confini di legittimità delle Corti spesso risulta insoddisfacente: si tratta di individuare le zone di tolleranza, di verificare cioè quando i giudici possono permettersi di prendere alcune decisioni e non vi è una risposta univoca¹⁰. Se la dottrina è concorde nell'affermare che un eccessivo attivismo è controproducente giacché se le Corti cercano di imporre dei principi per cui la società non è pronta incontrano una forte opposizione, come era stato notato già da Bickel, il panorama si presenta variegato su cosa si debba intendere per eccessivo attivismo.

È stato rilevato¹¹ come la legittimità sia soggettiva: ogni ordinamento ha una sua logica interna e una sua narrativa spesso semplice che conforma il modo in cui i diversi attori devono comportarsi e che influenza il modo in cui l'individuo e il gruppo percepiscono la loro condotta. Così il tema ha connotati differenti se si esamina la Corte Suprema Federale statunitense, la Corte Suprema indiana, la Cassazione francese o la Corte Edu. Quest'ultima gode di un'ampia *output legitimacy* dimostrata dalla circolazione delle sue decisioni, seppur incrinata in alcune ipotesi dal loro mancato rispetto, ma

⁸ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of The American Constitution*, Cambrid. Mass, 1996, p. 74.

⁹ G. CALABRESI, *A common law for the age of statutes*, Cambridge, 1982, p. 118.

¹⁰ J.H.H. WEILER, *Epilogue: Judging the Judges- Apology and Critique*, in *m. Adams, h. De waele, j. Meeusen & G. STRAETMANS, Judging Europe's Judges*, Oxford and Portland i, 2015, p.235.

¹¹ M. DE S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial Deliberations*, Oxford, 2009.

una criticità evidente si riscontra nei procedimenti di nomina dei giudici scarsamente rappresentativi¹². La flessibilità della nozione di legittimità si riflette poi anche sui criteri che ne determinano l'aumento o la diminuzione. Non si deve mai dimenticare che i processi di legittimazione si accompagnano a quelli di delegittimazione¹³. Indicativa è l'esperienza della Corte Suprema Indiana che, uscita stremata dal periodo di Indira Gandhi per non essersi opposta a provvedimenti non democratici, ha dovuto pazientemente ricostruire la sua immagine e lo ha fatto attraverso le *public interestlitigations*, cercando anche di farsi portatrice di valori democratici e di uguaglianza nella società indiana¹⁴.

Va poi messo in luce¹⁵ che si dovrebbe distinguere fra i diversi ruoli delle Corti e quindi fra la loro legittimità nel risolvere i conflitti, nell'effettuare un controllo sociale o nello svolgere un'attività vicina a quella legislativa. Benché essi possano influenzarsi reciprocamente e quindi la legittimità di una Corte quale *policy maker* incrementerebbe anche quella delle altre due funzioni, queste dovrebbero essere considerate indipendenti. Tuttavia la tesi oggi non sembra più prospettabile, perché ormai in concreto i differenti i ruoli si fondono.

2. L'elemento simbolico

Una fonte di legittimità si rinviene nel mito: Holmes affermava, infatti, che noi viviamo di simboli. Esso comprende due aspetti: la dottrina politica, che costituisce la struttura razionale del potere e un elemento irrazionale ed emozionale che rafforza il sentimento di lealtà ed identificazione collettiva. I miti sono difficili da analizzare perché sono componenti di base della percezione quotidiana. Sono stati definiti come le lenti degli occhiali nel senso che non sono ciò che la gente vede quando guarda il mondo, ma sono

¹² Infatti, si nota come abbia una debole input legitimacy. V. M. LOTH, *Courts in a Quest for Legitimacy: A comparative approach*, in N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF, *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*, The Hague, 2009, p. 276 ss.

¹³ Sembra efficace il paragone fra l'estensione del potere giudiziario e una nave che attraversa un mare in tempesta, D. KASZEWSKI, G. SILVERSTEIN, R. KAGAN, *Of Judicial Ships and Winds of Change*, in D. KASZEWSKI, G. SILVERSTEIN, R. KAGAN (eds.), *Consequential Courts*, New York, 2013, pp. 398 ss.

¹⁴ M. MATE, *Public Interest Litigation and the Transformation of the Supreme Court of India*, in *Consequential Courts* cit., p. 262 ss.

¹⁵ M. SHAPIRO, *Courts. A comparative and political analysis*, Chicago, 1981, p. 17.

gli strumenti con cui lo si guarda¹⁶. Secondo questa tesi, le persone crescono e assorbono i miti politici che si fondono con l'esperienza personale, la realtà, la storia e compongono il processo primario di pensiero. Gli effetti sulla comunicazione politica sono diversi a seconda che la politica sia vista come un *output* o *input*¹⁷. Nel primo senso essa è una variabile dipendente e la comunicazione politica e l'opinione pubblica sono strumentali a modellarla. Quando, invece, la produzione della *policy* viene considerata come la prima fase di un processo di controllo politico più generale, essa diventa una variabile indipendente e il processo di comunicazione che coinvolge la reificazione del mito diventa il risultato finale del processo politico. Questo spiega perché una scelta di *policy* non debba essere necessariamente efficace per essere popolare. Pertanto, non va sottovalutata l'importanza dei miti e dei rituali che spesso determinano il consenso e rafforzano le immagini della politica e delle sue istituzioni. Se gli studi empirici che avevano messo in luce l'idealizzazione da parte dei bambini della *US Federal Supreme Court* sono stati ridimensionati successivamente¹⁸, pare chiaro che le Corti Supreme godono ancora di un'aura, che potrebbe, però, diminuire. Essa, infatti, dipende anche da come vengono e verranno raccontate dai mediae l'impatto che subiranno dai social¹⁹.

Innanzitutto il mito deriva per le Corti Costituzionali o che svolgono il controllo di costituzionalità dal legame con la Costituzione che ha un alto valore simbolico e che riflette la sua forza sulle stesse corti che la interpretano²⁰. Ma esso è ricercato anche attraverso elementi secondari che pure contribuiscono a infondere prestigio e distanza. Così, ad esempio, per la *US Federal Supreme Court* lo stesso palazzo doveva rappresentare, nelle intenzioni del suo architetto, «il più importante tribunale al mondo e uno dei tre grandi elementi del governo nazionale»: le scale raffigurano la marcia americana verso la giustizia e «separavano la Corte dalla realtà quotidiana- soprattutto dalle preoccupazioni mondane dei politici- e annunciavano che i giudici avrebbero operato letteralmente su un altro piano»²¹. Analogamente la Corte Costituzionale sudafricana siede nell'Old Fort che, da prigioniero durante l'*apartheid* in cui è stato rinchiuso per un

¹⁶ W. BENNETT, *Myth, Ritual, and Political Control*, in 30 *Journal of Communication*, 1980, p. 167.

¹⁷ W. BENNETT, *cit.*, p. 167.

¹⁸ V. T.J. PERFETTI, In *Defense of a Political Court*, 1999, pp. 161 ss.

¹⁹ Cfr. R. DAVIS (ed.), *Covering the United States Supreme Court in the digital era*, Cambridge, 2014.

²⁰ Cfr. sulla nozione di legittimità e sulle sue diverse sfumature R. H. FALLON jr., *Legitimacy and the constitution*, in 118 *Harv. L. Rev.*, 2005, p. 1789.

²¹ J. TOOBIN, *The nine*, New York 2008, p. 1.

periodo anche Mandela, è diventata luogo di rinascita democratica²².

Va osservato come con riferimento all'elemento simbolico si intrecciano elementi generali e specifici: se da un lato il mito della istituzione può prescindere dalle singole decisioni, dall'altro queste ultime possono servire a crearlo o a rafforzarlo. La sentenza della Corte sudafricana con cui è abolita la pena di morte rappresenta un momento decisivo della sua giovane storia e avrebbe dovuto fondare la sua immagine nel paese di strenuo difensore dei diritti umani. Non solo esse permettono alle corti incrementare quel capitale di fiducia che permetterà, poi, di affrontare momenti difficili dovuti a decisioni impopolari. L'immagine simbolica e di prestigio è necessaria sia per l'indirizzo che afferma la necessità da parte dei giudici di minimalismo e *self-restraint* sia per l'orientamento che vede nei giudici i difensori dello spirito più vero e perdurante della nazione e auspica quindi un loro maggiore attivismo. Nel primo caso, essa ha le sue radici nella legalità e assoluta neutralità, nel secondo nell'idealizzazione della figura del giudice. Qui influiscono anche meccanismi psicologici dell'opinione pubblica che consentono di ritenere capace una persona per il ruolo che ricopre in una istituzione²³. È chiaro che il rafforzamento dell'istituzione nel lungo periodo incide sulla valutazione dei suoi membri²⁴ e quindi delle loro decisioni.

Sicuramente l'immagine di neutralità è quella più rilevante e si notano gli sforzi delle Corti per tentare di mantenerla. Questo si riflette nelle tecniche interpretative scelte dai singoli giudici e negli argomenti utilizzati nelle motivazioni. Un giudice della Corte di giustizia europea ha affermato, infatti, che la legittimità della sua Corte dipende dal saper tracciare una netta distinzione fra diritto e politica, affermando "*what the law is*"²⁵. E così tutte le volte in cui l'ideologia o gli interessi personali sono parsi influenzare la sentenza si sono rilevati dei cali di consenso seppure per breve periodo²⁶. Benché un grado di politicizzazione o di preferenze ideologiche sia ritenuto

²² H. KLUNG, *Constitutional authority and Judicial Pragmatism: Politics and Law in the Evolution of South Africa Constitutional Court*, in *Consequential Courts* cit., pp. 93 ss.

²³ Si tratta degli studi di *perceptualprocess*.

²⁴ E' interessante notare come vi possano essere divergenze fra la valutazione dell'istituzione e quella del singolo giudice, cfr. N. GAROUPA, T. GINSBURG, *Judicial Reputation*, Chicago/Londra, 2015.

²⁵ K. LENAERTS, *The Court's Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice*, in *Judging Europe's Judges*, cit., p. 13 ss.

²⁶ Si veda il dibattito in seguito alla decisione *Bush v. Gore* della US Federal Supreme Court. B. ACKERMAN (ed.), *Bush v. Gore. The Question of Legitimacy*, New Haven, 2002. V.L. GIBSON, G.A. CALDEIRA, L.K. SPENCE, *The Supreme Court and the US presidential election of 2000: Wounds, self-inflicted or otherwise?*, in *33 British Jour. Pol. Science*, 2003, p. 535.

normale, si tratta di una questione di misura²⁷.

3. *Il ruolo degli esperti, delle élites e dell'opinione pubblica*

Va constatato come l'attivismo delle Corti ha determinato un maggiore interesse sulle loro sentenze e questo aspetto si riflette sulla determinazione della loro legittimità. Pare dunque opportuno distinguere fra i diversi tipi di pubblico a cui si rivolge l'attività delle Corti e quindi fra gli esperti e cioè la comunità giuridica nel suo insieme, le *élites* e la popolazione in generale, seppure vanno evitate eccessive semplificazioni e omogeneizzazioni. I criteri di valutazione sono, dunque, diversi a seconda del target di riferimento.

In linea teorica la legittimità delle Corti e delle loro decisioni dovrebbe dipendere nel rapporto con gli esperti dal rispetto delle procedure, dalla correttezza e razionalità delle tecniche interpretative, dall'attenzione ai precedenti e alla dottrina. Sarebbe una valutazione di legittimità puramente fondata su criteri giuridici. Si è però assistito ad un cambio di paradigma anche nel mondo giuridico. Se Luhmann affermava²⁸ che quando la decisione può essere politicamente inopportuna, infiammare la lotta di classe, frenare la diffusione della vera religione, contraddire conoscenze moderne, bisogna cambiare le leggi perché ad esse sole obbedisce il giudice, oggi non è più così. La crisi dello stato moderno dei suoi valori e strutture ha coinvolto anche il positivismo giuridico. Questo mutamento di prospettiva è lucidamente rilevato da un'autorevole dottrina la quale osserva, mettendone in guardia dai rischi, l'affermazione del primato della «giustizia della decisione», come obiettivo da perseguire per ogni vicenda giunta al vaglio giudiziale sottolineando che «quello ha da essere il parametro di riferimento per l'attività di ogni giudicante, tale da giustificarne anche ogni iniziativa officiosa»²⁹. Ma cosa si intenda per giustizia della decisione pare di difficile se non impossibile valutazione. Il richiamo ai valori è tanto affascinante quanto indeterminato³⁰. D'altra parte resta sempre un'eccedenza della giustizia sul diritto: ne era ben consapevole la Glossa quando insegnava

²⁷ V. l'analisi di B. BARTELS, C. JOHNSTON, *On the Ideological Foundations of Supreme Court Legitimacy in the American Public*, in *American Jour. of Pol. Science*, 2012, pp. 184 ss. Tra le decisioni più contestate negli USA si rinvencono quelle sull'*Obamacare*.

²⁸ N- LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, Saint-Nicolas, 2001, p. 130.

²⁹ V. COLESANTI, *Papillons in tema di giustizia della decisione, e poteri della parte e del giudice*, in *Riv. dir. proc.* in corso di pubblicazione.

³⁰ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008.

«*auctoriuris est homo iustitiae Deus*»³¹.

Diversamente il rapporto con le élites quindi la valutazione della legittimità delle Corti nei loro confronti è influenzata dalla loro capacità di legittimare scelte di policy³². In quest'ottica si inquadra anche la crescente preferenza di delegare al giudiziario scelte divisive e controverse. Numerosi studi hanno illustrato che le Corti Supreme non si distaccano mai veramente dalla politica delle élites o dalla difesa dello *status quo* per lungo periodo³³. La *giuristocrazia* altro non sarebbe che un gattopardesco tutto cambi perché tutto resti come è³⁴. Peraltro va notato³⁵ come spesso gli attacchi politici al giudiziario non sono finalizzati ad una vera delegittimazione quanto ad una acquisizione di consenso presso parti della società che non concordano con la decisione o l'agenda giudiziaria³⁶.

Nell'analisi della legittimità delle Corti nei confronti della opinione pubblica determinante è il contributo degli studi di psicologia istituzionale. In base ad un primo modello essa sarebbe fondata sui risultati che si attendono dalle autorità e quindi ha una dimensione strumentale.³⁷ L'altro modello impiegato, che sembra prevalere, è connesso all'identità sociale: il modo in cui le autorità trattano i membri del gruppo si collega al loro *status*. La deferenza dipende quindi dalla percezione di come vengono considerati, in particolare dal rispetto che ricevono che si manifesta per la correttezza e la giustizia delle procedure³⁸.

Oggi il tema³⁹ è principalmente studiato con riferimento al grado di influenza reciproca e quindi l'incidenza della visione della società sulle Corti e viceversa la forza delle Corti nel conformare l'opinione pubblica. Ciò è ancor più rilevante quando la Corte può scegliere su quali casi pronunciarsi. La misurazione del consenso è facilitata dalla diffusione dei sondaggi e

³¹ L. MENGONI, *Le aporie ricostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 39.

³² R. R. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 6 J. Pub. Law, 1957, p. 279.

³³ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, Harvard, 2004.

³⁴ M. MANDEL, *A Brief History of the New Constitutionalism, or "How We Changed Everything so That Everything Would Remain the Same"*, in 32 Israel Law Rev., 1998, p. 350 ss.

³⁵ S. ENGLE, *American Politicians Confront the Courts: Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, Cambridge, 2011.

³⁶ Vi sono anche casi di scontro come dimostra la recente esperienza ungherese.

³⁷ R. TYLER, *The Psychology of Legitimacy: A Relational Perspective on Voluntary Deference to Authorities*, in *Personality and Social Psychology Rev.*, 1997, p. 324.

³⁸ R. TYLER, *Psychological Perspectives on legitimacy and legitimation*, in 57 Annu. Rev. Psychol., 2006, p. 394.

³⁹ Sulla rilevanza della *sociological legitimacy* v. O. BASSOK, *The Supreme Court's New Source of Legitimacy*, in 16 Jour.off Const. Law, 2013, pp. 153 ss.

quindi dalla possibilità di rilevare immediatamente gli effetti di una sentenza o di un indirizzo. In riferimento al primo aspetto, si discute se si tratti di un comportamento strategico delle Corti che mira a ottenere il consenso oppure se i giudici essendo sottoposti alle medesime suggestioni ambientali arrivino naturalmente a conclusioni analoghe. La possibilità di persuadere l'opinione pubblica dipende da numerosi fattori tra cui anche le modalità in cui viene rappresentato il processo di nomina e la figura del giudice, l'operato della Corte, gli interessi sottostanti alla decisione. Va, peraltro, notato come dati empirici mostrino una minor legittimità percepita delle Corti statali statunitensi i cui membri sono eletti⁴⁰. D'altra parte si possono profilare serie difficoltà nel tendere a modellare l'opinione pubblica in una società pluralista in cui "il futuro non può essere concepito in funzione del presente come una sua ripetizione o un suo prolungamento"⁴¹.

Qui si assiste a due cambiamenti significativi. Innanzitutto, esse sono sempre più oggetto di attenzione mediatica. Come ha notato un giudice francese oggi il decisore è soggetto innanzitutto al giudizio della società civile⁴². È chiaro però che ciò avviene per le sentenze più delicate: un solo caso, però, può trasmettere una determinata impressione che si estende anche a tutta l'attività della Corte. In secondo luogo la sovraesposizione riduce quella distanza fra giudice e pubblico reputata necessaria, ma soprattutto cambia i parametri di riferimento. Nel racconto da parte dei media la discussione non è giuridica e, vertendo su fattori diversi, può minare l'immagine di neutralità. Studi empirici di psicologia hanno mostrato come modificando i titoli dei giornali, focalizzandosi su alcuni temi e non altri, sottolineando certi aspetti, si assista ad aumenti o diminuzioni del consenso da parte delle stesse persone sulla medesima decisione⁴³.

Questa evoluzione non è senza conseguenze. Infatti, il supporto diffuso nei confronti del potere giudiziario risiedendo principalmente nella capacità tecniche è meno legato del legislativo ed esecutivo ad una valutazione degli *outcomes*. Ma nel momento in cui la Corte è percepita come politica, sarà sottoposta a critiche analoghe a quelle mosse alle altre istituzioni fondate

⁴⁰ D. M. CANN, J. YATES, *These Estimable Courts*, 2016 New York.

⁴¹ L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica, in Metodo e Teoria Giuridica*, cit., p. 151.

⁴² M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, *Judicial Independence and Accountability: National Traditions and International Standards*, in G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, Londra, 2006 p. 7 riportando il pensiero di G. Canivet.

⁴³ V. BAIRD, A. GANGL, *Shattering the myth of legality: The impact of the media's framing of Supreme Court procedures on perceptions of fairness*, in 27 *Political Psychology*, 2006, pp. 597 ss.

sulla condivisione o meno delle scelte⁴⁴. In un momento di tensioni e divisioni, la conseguenza potrebbe essere la perdita di fiducia nei confronti del giudiziario con una diminuzione di legittimità. Questo può contribuire a spiegare perché si assista ad un maggiore *self-restraint* in determinati ambiti reputati sensibili. Esemplificativa di questa perdita di consenso presso l'opinione pubblica è la Corte Suprema d'Israele che a partire dagli anni 2000 ha visto diminuire la sua *sociological legitimacy*⁴⁵. Troppo politica e con un'agenda, questa è la sua rappresentazione nei media.

Peraltro non necessariamente una Corte deve godere di tutti e tre i supporti o nella stessa misura per essere percepita come legittima. In Sudafrica analisi recenti hanno sottolineato che, pur nella debolezza del consenso dell'opinione pubblica, il sostegno delle elites risulta decisivo. Inoltre la Corte può risentire della crisi del sistema in cui opera. Esemplificativa è la Corte di Giustizia Europea: da una immagine idealizzata, oggi risente seppur meno di altre istituzioni, della difficile fase del procedimento di integrazione.

Si constata, richiamando Luigi Mengoni, come una decisione è legittima quando è elaborata mediante le tecniche comunicative di formazione del consenso che ne garantiscono la razionalità pragmatica e in pari tempo sia costruita con concetti dogmatico-descrittivi che ne dimostrino l'integrabilità a un certo livello di astrazione del sistema⁴⁶.

⁴⁴ SCALIA in Casey 505 U.S. 833, 1000-1001: «*What makes all this relevant to the bothersome application of "political pressure" against the Court are the twin facts that the American people love democracy and the American people are not fools. As long as this Court thought (and the people thought) that we Justices were doing essentially lawyers' work up here-reading text and discerning our society's traditional understanding of that text -the public pretty much left us alone. Texts and traditions are facts to study, not convictions to demonstrate about. But if in reality our process of constitutional adjudication consists primarily of making value judgments ... then a free and intelligent people's attitude towards us can be expected to be (ought to be) quite different. The people know that their value judgments are quite as good as those taught in any law school-maybe better. If, indeed, the "liberties" protected by the Constitution are, as the Court says, undefined and unbounded, then the people should demonstrate, to protest that we do not implement their values instead of ours*».

⁴⁵ O. BASSOK, *The Israeli's Supreme Court Mythical Image – A Death of Thousand Sound Bites*, in 23 Mich. State Law Rev., 2014, p. 39.

⁴⁶ L. MENGONI, *La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale*, in *Metodo e teoria giuridica* cit., p. 64.

4. *Scienza e diritto comparato come fonti di legittimazione tra politica e neutralità*

In questo complesso e articolato contesto emerge l'utilizzo sempre più frequente da parte delle Corti dell'argomento scientifico e comparatistico. Spesso essi sono impiegati unitamente nelle motivazioni e non solo negli *hard cases*. È noto che non sono generalmente decisivi, ma sono utili per sostenere o rafforzare la soluzione giuridica. Tuttavia si avverte come spesso siano strumentali alla legittimazione della decisione nei confronti delle diverse categorie di pubblico.

Innanzitutto, entrambi possono contribuire a mantenere la pretesa neutralità del giudiziario. Con riferimento alla scienza, è stato lucidamente notato⁴⁷ che se qualcosa è certo e fuori discussione per l'uomo contemporaneo è la possibilità, l'importanza della scienza. La scienza è la grande potenza nella nostra epoca, divenendo quasi valore in se stessa. Il suo rapporto con il diritto è difficile: mentre la scienza è un processo, il diritto necessita di risposte definitive. Nelle decisioni vengono dunque cristallizzati risultati che potranno in seguito essere smentiti. Ma soprattutto in un panorama variegato di ricerche e studi frequentemente conflittuali viene scelta un determinato orientamento. La neutralità della scienza nel diritto diviene scelta di valore. Quando nell'autorizzare l'adozione per coppie dello stesso sesso si fa riferimento ai risultati della psicologia, le Corti decidono di fatto a quali studi fare affidamento, cercano nella folla i loro amici. E così una possibile verità scientifica si trasforma in verità giuridica che conforma il dibattito. Non sempre questo avviene come dimostra il caso *Roe v. Wade*, dove l'uso della scienza da parte di Blackmun e la qualificazione del feto come non persona non è stata accettata, unanimamente, probabilmente perché si scontrava con fedi e convinzioni radicate. La scienza, però, cerca di imporsi quale criterio oggettivo lontano da ideologie ed interessi soprattutto nei confronti dell'opinione pubblica: la scienza è concorde, quindi la Corte è neutrale. Questa narrativa viene, poi, accolta dai media e così raccontata.

Anche il diritto comparato⁴⁸ è apparentemente neutrale e viene adottato per confermare la correttezza del ragionamento o sulla base dell'osservazione che se altre Corti nell'affrontare i medesimi problemi hanno avuto buone idee, è opportuno considerarle. Tuttavia il suo impiego serve a dimostrare

⁴⁷ SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1997 p. 207.

⁴⁸ Sull'uso del diritto comparato v. B. MARKESINIS, J. FEDKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?* (UT Austin Studies in Foreign and Transnational Law), 2012, Londra.

che una determinata scelta di *policy* non è attuata perché ideologicamente motivata, ma anche in quanto è obiettivamente giusta. La prova è rinvenuta nell'adesione di altri paesi alla medesima soluzione. Ciò avviene principalmente nelle Corti più giovani, ma non è casuale che uno degli ambiti in cui il diritto comparato è citato maggiormente dalla nostra Corte Costituzionale sia il diritto di famiglia dove si assiste ai maggiori cambiamenti ad opera giurisprudenziale. Così la stessa Cassazione a Sezioni Unite ha utilizzato recentemente la comparazione per negare il risarcimento in un caso di *wrongful life*. Altrettanto soggettivo rimane comunque l'uso del diritto comparato. È sufficiente un esempio. La Corte Costituzionale sudafricana e quella colombiana si sono trovate ad affrontare il tema della ammissibilità del suicidio assistito e in entrambe le decisioni il diritto comparato è stato ampiamente impiegato. In Colombia⁴⁹ ciò è servito ad ammetterlo, in Sudafrica a negarlo⁵⁰.

L'uso della scienza e del diritto comparato è mirato ad ottenere la legittimità sociale, il consenso diffuso e a rassicurare il discorso in un ambito tecnico-scientifico. D'altra parte in un'ottica di *policy-legitimator* o di *blameshifting* risulta fondamentale anche per le *élites* che le Corti continuino ad essere percepite come aliene ad interessi e ideologie e che appoggino le loro decisioni a elementi obiettivi e non a più o meno mascherate preferenze e visioni.

Non solo, questa sembra essere una fase di transizione in cui le Corti stanno cercando di affermare la propria legittimità non solo nella neutralità o nelle capacità tecniche, a cui comunque restano legate, ma anche nell'immagine di attori rilevanti sulla scena internazionale a difesa di valori universali, quali migliori interpreti della società. E in questo passaggio il diritto comparato e la scienza possono essere argomenti decisivi. Entrambi hanno, infatti, portata generale e sembrano rappresentare un passo importante per la costruzione di una democrazia globale o comunque sovranazionale. Così avviene quando le decisioni della CEDU sono citate dalle Corti di paesi che non vi aderiscono o nel dialogo fra Corti europee, Corte Edu e Corte di giustizia. Ma anche la scienza prescindendo dai confini nazionali permette di raggiungere risultati analoghi. Si consideri, ad esempio, il tema ambientale.

Infine sia l'argomento scientifico che quello comparatistico permettono alle Corti Supreme di legittimarsi quali attori di *policy-making* anche nel rapporto con le altre istituzioni. Questo è il caso della Corte Suprema messicana che attraverso il dialogo ricercato con la società civile si è ritagliata

⁴⁹ Corte Constitucional Colombiana T-970/14.

⁵⁰ La decisione del dicembre 2016 (C. 531/15) della *Supreme Court of Appeal* si fonda sulla necessità che scelte così delicate siano prese dal Parlamento e non dalla Corte.

una posizione di primo piano nel paese e ha condizionato l'agenda politica. La legittimità viene fondata anche su questa interazione forte con le accademie scientifiche che hanno consentito di prendere decisioni di rottura quale quella che ha sancito la incostituzionalità del licenziamento dall'esercito di persone sieropositive. Ma un atteggiamento analogo si rinviene nel *Supremo Tribunal Federal* che sta con le sue decisioni ammettendo l'aborto in Brasile: anche qui il confronto è con le accademie scientifiche e gli esperti, nonché con le soluzioni di altri ordinamenti.

5. Legittimità e giudice

Al fondo il tema della legittimità implica quello del ruolo del giudice nella realtà attuale⁵¹. Due orientamenti si confrontano: all'indirizzo che chiede al giudicante di farsi voce delle più profonde esigenze della società⁵² - un giudice sovrano, filosofo, legislatore⁵³ - si contrappone l'orientamento che rinviene la sua funzione unicamente nell'interpretare testi da cui muovere e a cui ritornare e non certo nell'intuire valori⁵⁴. La storia ha dato risposte diverse in momenti distinti. Tuttavia, non si può non constatare che se la democrazia giudiziale potrebbe rappresentare un'ulteriore evoluzione della democrazia, essa sembra piuttosto assumere il paternalistico volto dell'oligarchia, del supposto governo dei migliori⁵⁵.

Abstract

The essay explores the idea of legitimacy. It focuses on the development of the notion and analyses the different features of Supreme Courts' legitimacy. The

⁵¹ Per un'analisi del rapporto fra giurisprudenza e legislazione v. G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1.

⁵² A. BARAK *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2008; G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

⁵³ O giudice *mullah* per utilizzare l'espressione di A. SCALIA, *Mullahs of the west: judges as moral arbiters*, in cl.edu.pl/wp-content/uploads/2016/01/Antonin_Scalia.pdf Accessed 24 Aug. 2009.

⁵⁴ N. IRTI, *I "cancelli" delle parole*, Napoli, 2015.

⁵⁵ Così è la critica di M. LUCIANI *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IX, 2016, pp. 391 ss. In tal senso A. SCALIA, *Mullahs of the west*, cit.

shift from a legal legitimacy based on the neutrality and technical expertise of the judges to a “sociological one” is important to understand the role that courts play. The use of comparative law and scientific argument helps to increase their legitimacy even if their adoption can be strategic. The idea of legitimacy of Supreme Courts is linked to the role of the judges.

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ

Giuseppe Rossi*

*The Search for the “Workable Legal Precept”
in a Context of Incoherence and Uncertainty: Reflections on Roscoe
Pound’s Theory of Judicial Empiricism from a European Perspective*

SOMMARIO: 1. Judicial empiricism and the workable legal precept - 2. “Law as an agency of social control”/“social engineering” and their theoretical framework - 3. “Civilization” as a key issue of Pound’s thought - 4. Why law and its enforcement are not (and may never be) “popular” - 5. GénY and Pound: legislators and judges between “natural order” and “artificial order” - 6. A contemporary European perspective on Pound’s thought: (i) Judicial empiricism with no legal technique (or too many overlapping legal techniques)? - 7. (ii) Judicial empiricism with no clear “ideal pictures”?

1. Judicial empiricism and the workable legal precept

In Roscoe Pound’s theory of “judicial empiricism”, the remit of the judge is the search for the “workable legal precept”¹: i.e., finding a solution, which is coherent with the legal framework as well as with a principle of “justice” in the specific litigation.

In his well-known essay of 1923 on the *Theory of Judicial Decision* Pound focused on the “distinct things included in the idea of law”, which constitute the basic materials for the judge’s work.

Positive statutory and case law are but one starting point. Indeed, *consolidated ideas*, inherited from history and free from any specific hierarchy, indicate which rules to apply to the controversy and how to interpret them

* Associate Professor in Comparative Private Law, at University of Milan IULM, member of the Milan Bar

¹ Among the many works by Pound on the issue: R. POUND, *The Theory of Judicial Decision*, in 36 *Harv. L. Rev.*, 1923 641, 802; ID., *The Ideal Element in American Judicial Decision*, *ivi*, 1931, 136; ID., *Natural Law and Positive Natural Law*, in 68 *Law Quart. Rev.*, 1952, 330, 332; ID., *The Ideal Element in Law*, Calcutta, 1958, 49 ff.

in order to make them fit with the case at stake. A well-defined *technique*, synthetically named *interpretation*, provides the judge with “modes of looking at and handling and shaping legal precepts”².

In order to limit the constant risk that interpretation may become largely *fictitious*, as it tends not to call acts of creation – development of rules by their rightful name³, in Pound’s view interpretation must be *technical*, i.e. *rational* and *not arbitrary*. Logic is *not* the *only* method, but it is *a* method.

The third basic material is the set of philosophical, political, and ethical ideas about the aims of the law. Both positive rules and techniques are continuously re-examined, confirmed or reshaped under the test of the outcome their application would lead to in the specific controversy.

One of the perennial features of the “spirit of the common law”, according to Pound, is the “refusal to take the burden of upholding rights from the concrete each and put it wholly upon the abstract all”⁴: therefore, “judicial empiricism” is a never-ending search, which implies continuous confrontation with ever-changing fact, and the unavoidable risk of mistakes.

Positive legal precepts, including both case law and statute law, cannot but rarely stand on their own. It is necessary to assure that they “work” in the specific case, i.e. that they fit with the other materials which the judge has to work on.

It is very hard to match legal precepts, case by case, with the philosophical, political and ethical foundations of the law, through a technique that constantly needs fine-tuning. On the other hand, according to Pound, judicial empiricism is the main evolutionary force of the common law.

The judiciary (just like any other legal formant) may accomplish such a hard mission only by trials and errors.

In *The Ideal Element in Law* it is said that “We make the best practical adjustment we can by experience developed by reason and reason tested by experience in order to solve practical problems in a complex social and economic order which does not admit of satisfying solutions by simple moral maxims of universal validity. But we must have rules of decision if social control is to be maintained”⁵.

According to Pound, on the other hand when legal systems are on the verge of major changes, judges «must go with the main body not with the

² R. POUND, *The Theory of Judicial Decision*, 645; ID., *Juriprudence*, St. Paul Minn, 1959, I, 2, 111.

³ See R. POUND, *Spurious Interpretation*, in 7 *Columbia L. Rev.*, 1908, 379.

⁴ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, Francetown – New Hampshire, 1921, 216; ID., *What is the Common Law?*, in 4 *Univ. Chi. L. Rev.*, 1936, 176, 182

⁵ R. POUND, *The Ideal Element in Law*, cit. p.50.

advance guard, and with the main body only when it has attained reasonably fixed and settled conception»⁶.

The shift from the "ultra-individualist" tradition of the 18th century jurisprudence and the 19th century common law to the "social ideas" which should have inspired the new approach advocated by Pound in the *Spirit of the Common Law* was, undoubtedly, one of such major changes.

The advance guard should have been formed by "juristic science and careful legislation worked out consistently and upon a clear program".

"Reversion to justice without law", according to Pound, is never an option.

2. "Law as an agency of social control" / "social engineering" and their theoretical framework

Pound defined the law an "agency of social control" and "social engineering"⁷. These are but metaphors, which should not be read literally⁸.

Pound was well conscious that law alone is unable to shape society, because of its inherent limitations in dealing with a potentially unlimited number of conflicts.

For example, in his 1954 lecture on *Rights, Interest and Values*, included in *The Ideal Element in Law*, Pound wrote that: "When we look into the history of the subject we soon see that much of the problem of enforcing law is really a problem of intrinsic limitations in view of the nature of many of the interests to be weighed and secured and in view of the nature of legal precepts and of the means of applying them. Historically it is significant that while complaint of non-enforcement of legal precepts is as old as the law, it has been heard chiefly in periods when the law was seeking ambitiously to cover the whole field of social control or in transition to such periods".

The idea of an all-encompassing and all-transforming legislation, and/or judicial law making, is a dangerous illusion that may lead to break the fundamental link between law and the moral / ethical sense of the community,

⁶ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. p.191.

⁷ See the seminal R. POUND, *The Need for a Sociological Jurisprudence*, in 19 *The Green Bag*, 1907, 6; afterwards, *inter alia*, ID., *Social Control through Law*, New Haven, 1942.

⁸ See, among the many studies on Pound's theory of "sociological jurisprudence": E.K BRAYBROOKE, *The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound*, in 5 *Univ. West. Aust. L. Rev.*, 1961, p.288; J.A. GARDNER, *The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound*, I, in 7 *Villanova L. Rev.*, 1961, p.1; part II *ibi*, 165; J. STONE, *Roscoe Pound and Sociological Jurisprudence*, in 78 *Harv. L. Rev.*, 1965, 1578.

which constitutes the “ideal element”.

Therefore, law enforcement may never work without an “ideal image”, of ethical / political nature, of what the law’s aims should be in each specific case.

On the other hand, law and morals are never equivalent. The judge has to test any moral principle, which may have an impact on a case, under “received legal materials” and “received legal technique”, in order to check whether its reception may impair “the general security by unsettling the legal system as a whole”.

Furthermore, “the practical limitations on effective achievement of results by the judicial or the administrative process require us not to attempt too much by means of law (in the lawyer’s sense) but to bear in mind that there are other agencies of social control that may sometimes do better what morals and morality require”⁹.

Such “other agencies”, like “home, home training, neighborhood opinions, religion and education” give the law its necessary moral /ethical background. They cooperate with the law in assuring social control, they offer the law possible paths of evolution, which any law enforcement agency will test, through its legal technique, in order to avoid the unsettlement of the whole system.

The “social engineering” metaphor may imply a “mathematical” application of legal precepts, which Pound constantly rejected, since his seminal essay on *Mechanical Jurisprudence*¹⁰.

At the outset of the lecture on *Legal Reason*, which closes *The Spirit of the Common Law*, Pound hints at “a change from a political or ethical idealistic interpretation to an engineering interpretation”. The core principle of this interpretation should be a kind of Pareto – optimal theorem, stating that: “we are seeking to secure as much of human claims and desires - that is as much of the whole scheme of interests - as possible, with the least sacrifice of such interest”¹¹.

The key issue is the qualification of law as an instrument for the pro-

⁹ R. POUND, *Jurisprudence*, I.2, p.278.

¹⁰ R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, in 8 *Columbia L. Rev.*, 1908, p.101: “The nadir of mechanical jurisprudence is used when conceptions are used, not as premises from which to reason, but as ultimate solutions. So used, they become empty words”. The remedy against “mechanical jurisprudence”, in Pound’s view, was not ant widening of judicial discretion in applying case law, but the acknowledgement of the paramount role of legislation in promoting a program of social reforms (see N.E.H. HULL, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence*, Chicago, 1997, pp.70 ff.).

¹¹ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. p.195.

tection of *interests*, which Pound expressly borrows from Jhering.

"Engineering", in Pound's wording, does not mean application of mathematical formulas, but thinking of the law as a tool for "social control" through the protection of *actual* individual and / or collective interests (refusing, thereby, any *purely abstract* perspective).

The accent is on the *practical* (*not abstract*) nature of "engineering", that is the outcome of rules of experience, just like jurisprudence, and not on its *mathematical* spirit, which jurisprudence does not share.

On the other hand, while jurisprudence and engineering, in Pound's view, are both based on an ideal of "progress" (respectively technological and social), their attitude towards mistake is completely different.

While judicial empiricism is a trial-and-error process, an engineering flaw, which leads to collapsing of a building, would be clearly unforgivable.

The word "interests" is not self-explaining. The definition of such notion as "human claims or wants or demands -which we may think the law ought to protect and secure so far as they may be protected and secured" is too broad. Therefore, in the same lecture on *Legal Reason* Pound developed a *taxonomy of interests*¹², which he expanded and examined in depth in later works.

The fourth "paramount general interest" is "the general morals, the claim or want of civilized society to be secure against those acts and courses of conduct which run counter to the moral sentiment of the general body of those who live therein for the time being".

Pound's sociological jurisprudence, therefore, does not lead to the proposed abandoning of "political or ethical idealistic interpretation", as the author himself will definitively clarify in his subsequent works, such as *The Ideal Element* and the monumental *Jurisprudence*. At the same time, it does not imply the complete rejection of formalism, or of the historical – traditional element, which remains the very core of both the "moral sentiment" of the community and the legal technique.

Rather, it advocates not too strict an adherence to positivist formalism, and a critical approach to the historical heritage of the common law.

Such a critical approach implies acceptance of a discretionary element in law enforcement, which draws jurisdiction and administration near, and acknowledgment of the fictitious nature of interpretation. Therefore, separation of powers should not constitute a dogma.

Pound does never repudiate the "feudal element" within the "spirit of the common law", or the historical path, which, in his view, lead to the transformation of the common law "rights of the Englishmen" into the

¹² R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. p.195.

“universal rights of men”¹³. Rather, he claims that fundamental rights and freedoms granted to individual by the Constitution should never become an obstacle to the protection of collective or general interests.

3. “Civilization” as a key issue of Pound’s thought

Notwithstanding his above quoted statement of purpose, Pound never really departed from “idealistic interpretation”; his whole work shows a neo-hegelian approach, evident since the very title of the *Spirit of the Common Law*¹⁴, and even more marked in subsequent works.

Unlike von Savigny’s, Pound’s idealism is *universal* and *not national*. In his view, the “spirit of the (common) law” may teach universal lessons for the progress of civilization worldwide. This approach lead Pound to face major difficulties when he had to deal with foreign policy issues involving the circulation of US legal models abroad¹⁵.

At the fifth place of Pound’s basic taxonomy of paramount general interests there *stands* “the interest in general progress, the claim or want of civilized society to be secure against those acts and courses of conduct that interfere with economic, political and cultural progress and the claim that so far as possible individual conduct be so shaped as to conduce to these forms of progress”¹⁶.

¹³ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. pp.156 ff.; ID., *The Ideal Element*, pp.40 ff.

¹⁴ See W.L. GROSSMAN, *The Legal Philosophy of Roscoe Pound*, in 44 *Yale L. J.*, 1935, p.605; M.R. COHEN, *American Thought: A Critical Sketch*, Glencoe ILL., 1954, p.75, according to which: “The only serious attempt on the part of an American to organize some actual branch of history in accordance with this Hegelian method is Roscoe Pound’s construction of legal history, wherein, however, he follows Kohler rather than Hegel” (reference goes to, *inter alia*, R. POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, 1923).

¹⁵ For an analysis of Pound’s experience as a legal consultant for the Chinese Guomindang party, after his retirement from Harvard Law School in the late 1940’s, see J.J KRONCKE, *Roscoe Pound in China: A Lost Precedent for the Liabilities of American Legal Exceptionalism*, in 38 *Brook. J. Int.l. Law.*, 2012, 1; ID., *The Futility of Law and Development: China and the Dangers of Exporting American Law*, Oxford, 2016, pp.215 ff.

¹⁶ R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, cit. p.158. This functional view of the law, of course, was not new. K. KREILKAMP, *Dean Pound and the Immutable Natural Law*, in 18 *Fordham L. Rev.*, 1949, p.173-174: “By immemorial Scholastic definition laws are reason’s ordinations for the common good, and the common good is nothing else than

In the *Ideal Element*, Pound clarifies that even the Pareto – efficient basic scheme of “social engineering” is but an instrument for the achievement of “civilization”, which is the ultimate end “towards which both a maximum of free individual self-assertion and an efficient social organization are but means”¹⁷.

“Civilization” and “progress” are key features of the “ideal picture” of the legal system, which, as seen, is one of the basic elements of the judicial work.

Pound’s view of “civilization” and “progress”, nevertheless, remains quite obscure. In the *Ideal Element*, for example, he speaks of “raising of human forces” and of “maximum of human control” over “external” and “internal” forces¹⁸.

The author’s life-long masonic affiliation and the high rank roles he fulfilled within North-American freemasonry may help to improve our understanding of Pound’s ideal of “progress towards civilization”.

In his works on *The Philosophy of Masonry* (1915)¹⁹ and *Masonic Jurisprudence* (1920)²⁰ Pound anticipated many of the key issues of his legal philosophy and exposed his fundamental ideal of “civilization” as the “elimination of the struggle for existence”, as the outcome of a “moral order, above and developed out of the social order”, until the final accomplishment of “human perfection”.

The key issue of progress of humanity is “a harmonizing of the interests of each with each other and with all”, until the “interests of the State and subject are one”²¹.

Under the influence of European masonic thinkers, Pound underlines the artificial nature of social order, the need of a “continual struggle with natural surroundings as well as with other societies and with individuals, wherewith interests or necessities come in conflict”, until the outcome of “perfection”.

the good of the community as a unified order; furthermore, every precept of Scholastic social ethics is rooted in the psychological truth that sociality is a property of human nature. Nor even among the moderns, of course, was Pound the first to recognize the falsity of individualism—he himself credits the German jurist Jhering with first realizing that the end of law is the social interest. Nevertheless, Pound’s contribution to American jurisprudence is great. However old the truth he taught, it was novel to the audience he had, and often unwelcome, and he deserves credit for his part in the movement to gain it a hearing and an influence”.

¹⁷ R. POUND, *The Ideal Element*, cit., p.45.

¹⁸ R. POUND, *The Ideal Element*, cit. p.51.

¹⁹ R. POUND, *The Philosophy of Masonry*, Anamosa Iowa, 1915.

²⁰ R. POUND, *Masonic Jurisprudence*, Anamosa Iowa, 1920.

²¹ R. POUND, *The Philosophy of Masonry*, cit. pp.32 ff.

Pound's philosophy of freemasonry shares with his jurisprudence the need to be *practical* rather than dogmatic, to *seek an end*, to "base our ideal upon the history of institutions", which should unanimously lead towards "preservation and transmission of an immemorial tradition of human solidarity and of universality"²².

Significant examples of this "universality" are the "landmarks" of freemasonry, such as the first landmark, "belief in God, the Grand Architect of the Universe", or the second: "belief in the pre-existence of personality".

Of course, Pound wondered how the first landmark could coexist with the plurality of religions. He pointed out that, for example, Muslim masons could comply with the first landmark by belief in "*their*" God. Such an answer may sound quite *naïve*.

Other masonic landmarks, according to Pound, include secrecy of the masonic organization, that masons be "freeborn and of full age", the male gender of masons.

Pound, apparently, does not take into account the problem of how such landmarks may comply with the constitutional order of Western democracies; in other words, he gets round the problem whether the universal aspiration to civilization should justify, or even require, departing from fundamental democratic principles²³.

4. *Why law and its enforcement are not (and may never be) "popular"*

As already seen, according to Pound, the judiciary is the main custodian of the relationship between law and the moral sense of the community, as developed through the history of institutions. This is the indispensable foundation of the law. Moreover, according to Pound, courts have been, and will always be somehow "unpopular".

²² R. POUND, *The Philosophy of Masonry*, pp.81 ff.

²³ K. KREILKAMP, *Dean Pound and the Immutable Natural Law*, 203, points out that "What is truly good for man, and what bad, is for Pound unknowable; all that can be surely and scientifically known is what men think to be good". As a consequence: "For all his talk about the philosophy of law, and a natural law theory of law, what Pound is proposing is really more a technique than a philosophy. He is closer to the Analytical School than he thinks. Where they confined jurisprudence to the amoral technique of applying an arbitrarily given positive law, issuing from the ruler, Pound confines it to the quite as amoral technique of applying an arbitrarily given set of moral and social ideals, issuing from society". See also K. KREILKAMP, *Dean Pound and the End of Law*, in 9 *Fordham L. Rev.*, 1940, pp.225, 230.

In his presentation at the 1906 annual convention of the American Bar Association (one of the starting points of his career) on *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*²⁴ Pound identified three levels of such dissatisfaction: some (i) involving *any* legal system, some (ii) lying in the Anglo – American legal system and, finally, some (iii) due to the environment of US judiciary at the time.

Perhaps the most interesting aspect of the first tier is the gap that arises from “the inevitable difference in rate of progress between law and public opinion”. Since “law formulates the moral sentiments of the community in rules to which the judgements of the tribunals must conform”, “these rules cannot exist until public opinion has become fixed and settled”. As changes in law and public opinion follow different paces, “law is often in very truth a government of the living by the dead”.

“In an age of rapid moral, intellectual and economic changes, often crossing one another and producing numerous minor resultants”, the friction between the “moral or intellectual or economic change” and the law “cannot fail to be in excess”.

There is one more crucial point about Pound’s view of the relationship between public opinion and the judiciary: “public opinion must affect the administration of justice through the rules by which justice is administered rather than through the direct administration”.

Public opinion should not press on the courts, nor should judges seek public applause. The effective warranty of justice through jurisdiction is “the highest scientific standard in the administration of justice”. This is the professionals’ job, of course: “the daily criticism of trained minds, the knowledge that nothing which does not conform to the principles and received doctrines of scientific jurisprudence will escape notice, does more than any other agency for the every-day purity and efficiency of courts of justice”. Consequently, Pound invokes “law schools that are rivalling the achievements of Bologna and of Bourges to promote scientific study of the law”.

²⁴ R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, Address Before the Annual Convention of the American Bar Association (Aug. 29, 1906), in 14 *American L. J.*, 1906, p.445. For a report of Pound’s presentation and reactions by contemporaries see J.H. WIGMORE, *The Spark that Kindled the White Flame of Progress-Pound’s St. Paul Address of 1906*, in 46 *J. Am. Judicature Society*, 1962, p.50. A critical review and some reflections on developments following Pound’s speech in B. FRIEDMAN, *Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: a Retrospective (and a Look Ahead)*, in 82 *Indiana L. Jour.*, 2007, p.1193: “The way to crisis is when the judiciary and the law depart from the core common sense and judgment of the American people. In this, Pound was absolutely right. The question is whether we are headed there” (1214).

Pound's advocacy for re-thinking of the individualist "spirit" of the American common law and for reform of the US court system and procedural rules are among the most well-known aspects of his works.

Nevertheless, there are at least two aspects of particular interest nowadays: "the strain put upon law in that it has today to do the work of morals also" and (consequently) "the putting of our courts into politics".

In a time when "absolute theories of moral and supernatural sanctions have lost their hold", "conscience and individual responsibility are relaxed", "the law is strained to double duty, and more is expected of it than in a time when morals as a regulating agency are more efficacious".

Forty-eight years after, in the *Ideal Element*, Pound broadened his statement: "throughout the world, people are dissatisfied with the law", mostly because there was "no well understood idea" to help distinguishing law from arbitrary powers²⁵.

Finally, "putting courts into politics and compelling judges to become politicians, in many jurisdictions has almost destroyed the traditional respect for the Bench".

Unlike other borders (such as those between the judiciary and the legislative, or the judiciary and the administration), the line dividing courts from politics cannot be blurred.

5. *Gény and Pound: legislators and judges between "natural order" and "artificial order"*

Pound's sociological jurisprudence shows the clear influence of contemporary continental European lines of thought, such as Jhering's and Gény's.

Pound agrees with Jhering and Gény in emphasizing the role of interests in law enforcement and he shares Gény's view that "l'ordre juridique privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activités libres et à une harmonie d'intérêts en vue d'une finalité supérieure, ne peut – en dehors de la loi écrite, qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète – trouver ses bases profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité sociale, seuls éléments objectifs capables d'en suggérer les règles"²⁶.

On the contrary, he disagrees with Auguste Comte's opinion, followed

²⁵ R. POUND, *The Ideal Element*, cit. p.51.

²⁶ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 2° ed., Paris, 1919, I, pp.187-188.

by Géný, according to which there exist "lois naturelles qui constitue nécessairement la véritable base scientifique de la dignité humaine, dans l'ordre des événements politiques"²⁷. According to Pound (who defined Géný a "neo-scholastic"²⁸), "civilization" is always artificial, and the harmony of individual and collective interest is not the outcome of a "natural" evolution, but of a constant struggle against natural forces, both "internal" and "external" to each individual and humankind. Legal technique is a weapon in the struggle.

Géný's and Pound's "targets" were profoundly different²⁹. Géný aimed, basically, at the rejection of the positivist theory of completeness of legislation, in favour of a wider approach, which would generate opportunities for the judiciary and liberate legal scholars from the boundaries of the "exegetic" approach.

Pound's aim, on the other hand (at least in his foundational works of "sociological jurisprudence" of the 1920's and 1930's), was to foster the transition of the US system from the "individualistic" common law tradition to a more "social" approach, by means of: advocacy for a wider role for statute law, a more critical attitude to case law (and the consequent wider discretion for the judiciary), a flexible judicial interpretation of fundamental rights of the individual granted by the Constitution, in order to facilitate the new "social" approach.

Pound and Géný acknowledge that the judiciary should enforce statute law, avoiding any "spurious interpretation", but this apparent consonance hides a fundamental discord.

Géný's very respectful attitude towards statute law and its faithful judicial enforcement is based on the tacit assumption that legislation, by itself, is but a poor instrument, whose inevitable and broad gaps may not but leave the widest space to the "juge sociologue", with his scientific method and his technical instruments.

In Géný's view the judge acts as a "social scientist". He takes as starting

²⁷ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Paris, 1839, IV, lesson n. 48.

²⁸ R. POUND, *Jurisprudence*, II, 182-183: "Géný goes on social life as a moral phenomenon. It is something given us as a fundamental truth which may be developed logically into its consequences. His definition of law is essentially a formula of positive law as declaratory of natural law". See also R. POUND, *The Ideal Element*, pp.47 ff.

²⁹ Pound, Géný and Jhering are sometimes mentioned as forerunners of a generic "tendency to free the judge from the text" (C. PERELMAN, *Rhetorical Perspective on Semantic Problems*, in ID., *The New Rhetoric and the Humanities: Essays on Rhetoric and Its Applications*, Dordrecht, 1979, 89); such approaches hides the relevant differences between the approach of the three scholars and the contexts in which they operated.

points factual data acquired through observation of the natural order³⁰ and refines them through the specific technical instruments of legal interpretation.

The judiciary, therefore, will be the most appropriate institution to carry on that “gouvernement sociologique” which, according to Comte, will foster the “progrès social” in an harmonic and non-conflictual way (unlike the struggles of politics).

According to Pound, vice-versa, the artificial evolution of society towards civilization does sometimes require major changes, which are better left to the political decision of legislators, while the judges’ task is the constant refinement of law through comparison with the moral sense of the community, using the tools of legal technique.

While the “juge sociologue”, first, applies scientific formulas learned through observation of social phenomena, and, subsequently, he uses the technical tools of legal interpretation in order to make positive law (mostly statute law) fit for purpose, the judge – “social engineer” builds mostly on experience coming out of a series of trials-and-errors³¹.

Pound’s reflections on the development of rules of liability without fault with reference to industrial activities at the beginning of the sixties are significant: “Today we are having to apply reason to relations of individual men employing instrumentalities potentially dangerous to themselves in operations controlled by others in an industrial society. Do we not put too

³⁰ F. GÉNY, *Science et technique ed droit privé positif*, I, Paris 1914-1924, pp.91 ff, 95: “— Avant tout, il faut savoir, en interprétant tous les éléments objectifs que nous présente le monde social, et, au besoin, en faisant appel aux puissances intimes, qui complètent les constatations de l’expérience et les suggestions de l’entendement, (intuition, croyance), quelles sont les règles à poser, tant au vu de la fin à poursuivre que d’après l’efficacité des moyens aptes à y répondre. — Cela fait, il s’agira, pour mettre ces règles en circulation dans la pratique, et les faire en quelque sorte passer de la puissance à l’acte, de pouvoir les ajuster à la vie, les adapter à ses exigences concrètes, à sa molle structure, à sa fluidité incessante, en dégageant et ramenant à effet les procédés d’application du droit”.

³¹ Pound expressed a critical position on Gény’s view of “scientific” natural law as the foundation of positive law and of its enforcement. See, e.g., R. POUND, *Natural Law and Positive Natural Law*, in *Natural Law Forum*, n. 49, 1960, pp.70 ff., 75: “It is not the task of philosophical jurisprudence to prove that we must fit legal precepts and their application necessarily and inevitably to a logically demonstrated pattern of the past. It is rather that we have experience also with which to work in applying given patterns and finding how to shape them to new conditions of fact which confront us. The task of reason is not confined to demonstrating universal and eternal validity of precepts as we find them given us in the legal order. Natural natural law is too easily thought of as a systematic logical establishing of the validity of positive natural law. Law is not pure reason in vacuo, but reason organizing and developing experience and corrected and developed by further experience”. See also R. POUND, *The Ideal Element*, cit. pp.48 ff.

heavy a burden upon reason in expecting it to give us a complete and perfect system of justice, formulated in detailed precepts, good for all times and places and peoples to come? May we not turn to experience also?"³².

On the other hand, as it was pointed out by Karl Llewellyn in his review of Pound's *Jurisprudence*, Pound analysis of Géný's work focuses critically on the side of "science", and quite overlooks the "technique" (as exposed, mostly, in Géný's *Méthode*, considered by Pound as a minor work)³³.

Pound's apparent oversight on the practical tools used by law enforcement agencies, with the judiciary in the first place, in order to reach results which are both compliant with positive law and coherent with the "données" may sound quite surprising, taking into account Pound's prior emphasis on the finalistic nature of the law and the practical nature of his jurisprudence³⁴.

6. *A contemporary European perspective on Pound's thought: (i) Judicial empiricism with no legal technique (or too many overlapping legal techniques)?*

Perhaps due to his distrust on "natural order", Pound set precise boundaries on judicial empiricism.

Two of them, at least, may be of particular interest nowadays: rationality and adherence to an "ideal picture" of the social and legal system, which represents the moral sense of the community.

Neither Pound nor Géný condemned formal logic, or advocated capricious, irrational or emotional approaches to law enforcement. Rather, they challenged the ideological nature of the assumption that logic is the only base of the legal order, and its only evolutionary force.

Géný underlined that logic should be the basis of *legal principles*, whose correspondence to reality has to be checked using the laws of sociological sciences (which are logical themselves, though not necessarily *formal*).

Pound (refusing, once again, the idea of a "natural" order) made clear

³² R. POUND, *Natural Natural Law and Positive Natural Law*, cit. p.82.

³³ K.N. LLEWELLYN, *Review of Jurisprudence by Roscoe Pound*, in 28 *Univ. of Chicago L. Rev.*, 1960, p.174.

³⁴ In Llewellyn's words, Pound "recognizes the importance of technique, in general. But he turns his back, then, on the craft-aspect, the daily working aspect for daily working lawyers, of this great *Méthode* of Géný's- even while, I repeat, he is sniffing out the greatness which has been missed by every other American writer except Cardozo" (K.N. LLEWELLYN, *Review of Jurisprudence by Roscoe Pound*, p.178).

that logic is not the origin and the essence of the legal system. Pound's mission was, maybe, easier than Gény's (and even more than Jhering's), since the "formalistic" approach was an "import product" in the US.

In Pound's view, the law has a scientific nature "not because it has an appearance of universality, but to the extent that it organizes in a logically coherent scheme of exposition the best that we know and think about the materials of the legal system"³⁵.

As any aspect of jurisprudence, logic has practical consequences, directly linked to effectiveness of the legal system: "Classification is a shaping and developing of traditional systematic categories in order to organize the body of legal precepts so that they may be (1) stated effectively with a minimum of repetition, overlapping and potential conflict, (2) administered effectively, (3) taught effectively, and (4) developed effectively for new situations".

"Legal precepts are not deductions from nor inevitable consequences of classification"³⁶ but their effectiveness needs logical grounds³⁷.

Though, of course, Pound was deeply interested in Jhering's work, he substantially overlooked Heck, and the *Freirechtlehre*³⁸.

The well-known diatribe between Pound and the "realists" sheds further light on the issue.

Ever since the 1931 article on *The Call for a Realistic Jurisprudence*, Pound pointed out that "many of these realists seek to ignore the logical and rational element and the traditional technique of application, or art of the common law's lawyer craft, which tends to stability and uniformity of judicial action"³⁹.

³⁵ R. POUND, *Jurisprudence*, II, cit. p.21.

³⁶ *Preliminary Report on Classification of the Law*, 2 *Proc. of the American Law Institute*, 1924, 370.

³⁷ Very interesting remarks on the point are offered, in the context of an updated reading of Langdell, by C. P. WELLS, *Langdell and the Invention of Legal Doctrine*, in 58 *Buffalo L. Rev.*, 2010, pp. 551 ff.: "Langdell's conception of doctrine remains an important part of our legal culture. Like the air we breathe, it is essential although it rarely excites our interest. Whether we like it or not, we inevitably teach doctrine to our students. We may teach other things as well; we may even teach our students to be skeptical of doctrinal arguments. Nevertheless, our students will emerge from our classes with a fine-tuned sense about doctrine itself" (554).

³⁸ According to N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, 1995, p.63 since the early Thirties Pound underwent a radical change in his attitude towards European legal thought, proclaiming that American scholarship should have followed completely independent paths. Such statement does not seem to find any confirmation in Pound's late works, such as *The Ideal Element*.

³⁹ R. POUND, *The Call for a Realist Jurisprudence*, in 44 *Harvard L. Rev.*, 1931, pp.697 ff., 710.

In the same writing, Pound even claimed for a “rationalization” of the irrational. Though admitting “the existence of an alogical, unrational, subjective element in judicial action”, he advocated a “study of concrete instances of its operation to reach valid general conclusions as to the kind of cases in which it operated more frequently, and where it operated most effectively or most unhappily for the ends of the legal order”. Within the realist movement, “somebody”⁴⁰ thought that Pound was turning from the fighter for reform of *The Spirit of the Common* into an inveterate conservative⁴¹.

Pound cordially replied with a harsh criticism. The 1939 statement that “realism is essentially an art that cultivates the ugly” is but an example⁴².

As it was pointed out, “like Holmes, Pound was both an anti-formalist and a formalist; but while Holmes was a hero to the realists, Pound ‘ended up as their favourite whipping boy’”⁴³.

Pound could never accept any dismissal of logic or the abandonment of the idea that the legal system is made up of a coherent set of rules, nor any idea of legal scholarship as mere reporting of what is done by law enforcement officers, with the judiciary in the first place⁴⁴.

The first and foremost problem of the “judicial empiricism” theory nowadays, from a European point of view, is the *constant weakening of the technical - logical element* in both statutory and case law.

One aspect of such problem is that Pound’s advocacy for a “social” rethinking of the US common law has sometimes been received in Europe as an apology for “spurious jurisprudence” (which Pound opposed fiercely), i.e. for conscious manipulation by courts of statutory precepts in order to reach political aims, careless of textual and logical interpretation.

Poor and misleading statutory wording (Italian legislation offers many examples) is but another aspect of the problem.

From a European point of view, the key issue comes with EU law and its effects on national legal systems.

In 1963 the landmark ECJ *Van Gend en Loos* decision⁴⁵ stated that the

⁴⁰ In his 1931 writing, Pound never mentioned any realist by his own name, just referring to “the realists” as a whole.

⁴¹ K.N. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound*, in 44 *Harvard L. Rev.*, 1931, pp.1222 ff.

⁴² R. POUND, *Modern Administrative Law*, in 51 *Rep. of the Virginia State Bar Association*, 1939, pp. 372, 385.

⁴³ N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, 60, quoting G. GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven Conn., 1997, p.137.

⁴⁴ R. POUND, *The Future of Law*, in 47 *Yale L.J.*, 1937, pp.1, 6.

⁴⁵ EUCJ, 5 February 1963, C 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming*

EEC Treaty imposed obligations and rights not only for Member States and the Community institutions, but for the individuals as well, “in a clearly defined way”; through the Treaty, Member States had created an autonomous legal order, with “an authority which can be invoked” by nationals before their State judges.

Immediately after the decision, comments, including writings from authors directly involved in the case, placed a great emphasis on the “supremacy of EEC law” principle, and the birth of a “new legal system”⁴⁶, which would have led progressively to entirely overcome the barriers between the national sovereignties.

Van Gend en Loos was seen as the starting point of a new “legal method to unify Europe”, different from the “traditional” path based on political decisions and inter-governmental relationships. The “very needs of the population ruled by this unique body of law” would have led to a final, unavoidable, “political coronation”⁴⁷.

Such approach charged the national courts with the task of protecting EEC- originated rights even against their own national legislation, i.e. a task that is typical of constitutional courts. This way, national courts were somehow set above their own national laws⁴⁸ (to which, in democracies, they are usually subject: see, e.g., art. 101 par. 2 of the Italian Constitution)⁴⁹.

van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration.

⁴⁶ A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in IX *Riv. dir. civ.*, 1963, pp.259 ff. Alberto Trabucchi was a member of the Van Gend court. According to a reconstruction of the debate within the court, his position was crucial to determine the final outcome (M. RASMUSSEN, *Establishing a Constitutional Practice of European Law: The History of the Legal Service of the European Executive, 1952–65*, in 21 *Contemp. Eur. Hist.*, 2012, pp.375, 395–96. See also P. GORI, *Souvenirs d'un survivant*, in 50th *Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos . Conference Proceedings – Luxembourg, 23 May 2013*, Luxembourg, 2013, p.29.

⁴⁷ In the words of R. LECOURT, *Le rôle du droit dans l'unification européenne*, in 17 – 18 *Bulletin de l'Association des Juristes Européens*, 1964, pp.5, 23, quoted by A. VAUCHEZ, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Policy*, Cambridge, 2015, p.140 (Robert Lecourt was the rapporteur of the ECJ *Costa v. Enel* decision, and became President of the ECJ from 1967 to 1976).

⁴⁸ Of course, as it had been foreshadowed by Advocate General Roemer in his conclusions in the Van Gend en Loos case, the direct effect principle would have led to serious constitutional problems in some member states, including Italy (from where the subsequent *Costa* and *Simmenthal* cases originated).

⁴⁹ E. BENVENISTI, G.W. DOWN, *The Premises, Assumptions, and Implications of Van Gend en Loos: Viewed from the Perspectives of Democracy and Legitimacy of International Institutions*, in 25 *European J. of Int.l Law*, 2014, hold that “while judicial intervention often pre-empts public deliberation, the costs that this imposes are often far outweighed by their benefits when compared to the counterfactual of domination by the executives of the most powerful state parties and the IOs subjected to their control” (102). The

As it has been pointed out, “jurisdictional functionalism emerged as a new way of conceiving the articulation between Europe and the law”⁵⁰.

In this view, private law would have been the key unifying element, and the ECJ the key institution, within a co-operating / leading role with national courts.

Afterwards, EU law constantly expanded its influence on private law (mostly by means of harmonization of legislations through directives), going far beyond the original economic policy domain of the EEC Treaty.

The EU legislator quickly followed the path opened by the ECJ, giving way to a proliferation of directives in almost any field of civil and commercial law (exception made for those areas that are most sensitive to *values*, such as patrimonial aspects of family law, or the law of inheritance).

Neither the ECJ nor the EU legislator seriously worried about the technical - logical element, or even about the theoretical foundations of EU law. Pierre Pescatore’s sometimes - mentioned words, according to which the ECJ used to operate on the basis of “une certaine idée de l’Europe”⁵¹, rather than on arguments based on legal technicalities are highly significant. Until the overflow of EU legislation, with its ever-increasing interpretative problems, forced the Court toward more sophisticated and articulated reasoning, the *jugement a phrase unique* decision writing style was typical of ECJ decisions, including *Van Gend en Loos* and *Costa*.

Many attempts of building a “unified” logical system of European private law have been carried out⁵², but none of them reached the necessary

Authors reach this conclusion taking into account, *inter alia*, the “defragmentation strategies” of courts, i.e. their capacity to organize sparse legal materials within a coherent logical scheme, in order to give adequate reasons for their decisions. This remark leads back to Gény’s *technique*, or Pound’s “modes of looking at and handling and shaping legal precepts”, which cannot be developed by courts alone, be they national or supranational, but need historical and theoretical foundations. J.H.H. WEILER, *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual*, in *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos. Conference Proceedings – Luxembourg, 23 May 2013*, Luxembourg, 2013, pp.11 ff. though arguing that the decision was the outcome of “an impeccable classical hermeneutic which was rooted in the treaty before the Court” (12) holds that “Direct Effect, inescapably and inextricably, implicates the Court in the very issues of democratic and social legitimacy which are at least partially at the root of current discontent”.

⁵⁰ A. VAUCHEZ, *Brokering Europe*, 143. See also A. COHEN, A. VAUCHEZ, *The Social Construction of Law: The European Court of Justice and Its Legal Revolution Revisited*, in 7 *Ann. Rev. L. & Soc. Sc.*, 2001, p.417.

⁵¹ P. PESCATORE, *The Doctrine of Direct Effects, An Infant Disease of Community Law*, in 8 *Eur. L. Rev.*, 1984, p.157.

⁵² See the essays collected in H.W. MICKLITZ, F. CAFAGGI (eds.), *European Private Law*

consensus, or convinced the EU institution to abandon the assumption that sectorial case-by-case statutory interventions, alongside with ECJ interpretative work, are preferable to facing theoretical problems on the conceptual nature of general private law institutes.

Decade after decade, the ECJ case law gradually built its own system, based on landmark logical principles (starting from the very “poundian” effectiveness principle): being faithful to the *Van Gend en Loos* starting point, such system is “autonomous” from those of Member States. Furthermore, ECJ logical and teleological reading of EU legislation aims at overcoming any resistance that national systems, with their “logics”, may oppose to full application of EU rules.

Nowadays, European domestic judges have to deal, at least, with three different arrays of “technical - logical elements”: the remains of their national concepts and classifications developed in centuries (embodied in the Civil codes, or in the common law), the “hybrid” categories created by the insertion of EU rules in the domestic legal texture (quite often embodied in sectorial “codes”), the autonomous and “superior” logic of the ECJ interpretation of EU rules.

Nothing assures that these three sets of “logical elements” (i.e. of legal techniques) are coherent with each other.

The *Francovich* ruling⁵³, to name but an example, charges domestic courts with the power/burden of judging their own legislators, in application national tort rules, interpreted under the light of superior principles that the ECJ extrapolated from the rules of the Treaty on harmonization of legislations⁵⁴.

The defeat, by the ECJ, of threats coming from some national constitutional courts (Italian and German) led to different enforcement mechanisms of national Constitutions - through domestic constitutional judges - and of EU provisions, through ordinary courts, by means of non-application of national rules conflicting with EU law.

Setting aside, for the time being, the problem of the plurality of EU and

after the Common Frame of Reference, Cheltenham, 2010.

⁵³ EUCJ, 19 November 1991, joint cases C – 6/90 and C – 9/90, *Francovich and Bonifazi v. Republic of Italy*.

⁵⁴ J. BAQUERO CRUZ, *An Area of Darkness: Three Conceptions of the Relationship between European Union Law and State Constitutional Law*, in N. WALKER, J. SHAW, S. TIEMEY (eds.), *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford, 2011, pp.49 ff. 62: “*Francovich*, more than any other judgement, speaks to us about the uncertainty of European Union law, about the imperfect and unfinished character of the rule of law in the European Union. In looking for a final sanction, for closure, ‘for normality’, *Francovich* exposes the fragility and openness of the system”.

national *ethos* (i.e., of the “ideal element”), this implies, at least, that quite often the national judge will carry the burden of choosing the way between constitutional judgment and direct non-application of domestic rules.

Moreover, though many years have passed since the *Costa v. Enel*⁵⁵ and *Simmenthal*⁵⁶ judgments and notwithstanding the Nice Charter of fundamental rights in the EU, nothing assures that national constitutional interpretation criteria and ECJ principles are logically coherent in all cases.

The same relationship between EU law and national constitutions is still far from clear, while the controversial (and never really applied) “theory of counter-limits”⁵⁷, drafted by the Italian and the German constitutional courts, leaves many dark areas.

Is this the triumph or the defeat of judicial empiricism?

7. (ii) *Judicial empiricism with no clear “ideal pictures”?*

In his 1923 essay on *The Theory of Judicial Decision* Pound stated that the most important task of the judge is “to induce a consciousness of the role of ideal pictures of the social and legal order both in decision and in declaring the law”⁵⁸.

As seen above, according to Pound the judge should never turn into a disguised politician, nor seek popularity by means of shaping the law according to any moral instance whatsoever coming from society. On the contrary, any such issue should be checked with the instruments of legal technique in order to avoid upsetting of the system as a whole. Major changes should be left to legislators, acting on the basis of a clear and well defined political program.

Development by courts of an “ideal picture of the social and legal order” requires a commonly shared moral sense, with a concept of “civilization” in the background.

Francis Fukuyama’s theory of the “end of history”⁵⁹, through the final convergence of all systems towards the model of Western liberal demo-

⁵⁵ EUCJ, 15 July 1974, C 6/64, *Costa v. ENEL*.

⁵⁶ EUCJ, 9 March 1978, C 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*.

⁵⁷ For an overview, see the essay collected in R. ARNOLD (ed.), *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Dordrecht, 2016.

⁵⁸ R. POUND, *The Theory of Judicial Decision*, in 36 *Harvard L. Rev.*, 1923, p.958.

⁵⁹ F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, London, 1992.

cracies may sound quite harmonic with Pound's view. Even Huntington's opposite idea of the "clash of cultures"⁶⁰, on the other hand, may not result completely unfamiliar to a line of thought, like Pound's, which conceives "civilization" as the ideal outcome of a continuous struggle.

Sadly, none of these theories seems to explain the meaning of "civilization" in the globalized world.

The emergence of non-democratic systems based on spurious forms of capitalism (such as China or Turkey, or some Gulf area countries), with their economic actors competing in (and with) the Western free market economies, poses further questions about some possible separation of "economic" from "political" or "cultural" civilization.

Pound himself had quite an unhappy experience with China, after the defeat of Goumingdang party, and the consequent dismissal by the newly formed communist State, of his reformation plans based on the exportation of some basic features of the US model (including the common law). Not surprisingly, this turned him into a fierce anti-communist⁶¹, notwithstanding the clear "social" inspiration of his entire work.

One may suppose that Pound would be even more disappointed with the evolution of China in a leading State of the world economy, without dismissal of the single-party system, or full acceptance of any Western doctrine of rights.

Judicial empiricism in a globalized world would still be possible only abandoning the ideal "universal" element, i.e. a key feature of Pound's philosophy. Though Pound admitted, of course, that there was a "Chinese sense of justice", as well as the possibility for Muslim freemasons to follow their religion, he never abandoned the claim for a universal civilization, where all collective and individual interests would have been in harmony.

Globalization, at least at the current stage, makes one much more sceptical.

Things get no easier looking at Europe only.

What is the common moral sense of Europe today⁶²? The traditional

⁶⁰ Huntington's response to Fukuyama in S. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations?*, in 72 *Foreign Affairs*, 1993, p.22, further expanded in ID., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996.

⁶¹ J.J. KRONCKE, *The Futility of Law and Development*, p.217.

⁶² C. BARNARD, *Van Gend en Loos to(t) the future*, in 50th *Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos . Conference Proceedings – Luxembourg, 23 May 2013*, Luxembourg, 2013, pp.117 ff., 118: "Despite the prominence of anthems and flags, there is a lack of a central focus around which to develop the identity of the EU citizen. And, as a result, there is considerably less reverence for the Court of Justice [in comparison with the US Supreme Court: A.N.]: large numbers of EU citizens have never heard of the ECJ, fewer

answer, based on a mythical “common constitutional tradition”⁶³, may not suffice.

Long lasting economic crisis and, most of all, mass migrations force the Europeans and their institutions to face the problem of costs of human rights, at least if they are to be “taken seriously”, and not merely listed in the Charter of Nice.

Terrorism makes the problem of reconciling security issues with fundamental freedoms dramatic.

Basic moral issues are becoming more and more controversial, and it becomes harder to see any possible harmonization between individual interests and collective interests, which are often seen as structurally conflicting rather than concurring.

A kind of a Marxian revenge led to the multiplication of conflicts within Western societies, including some with a paradoxical flavour, like the clash between freedom of expression and intellectual property, or that between freedom of expression and war on terrorism, when the regulation of the Internet is at stake.

In such a scenario, judicial empiricism in the “poundian” sense may call courts to exercise restraint on pressure coming from society, asking for major changes of the legal system: litigation on Brexit, and the defence of parliamentary prerogatives by the Supreme Court⁶⁴, is perhaps the most significant example.

In some cases, mostly when ethical issues are involved, courts may be tempted, vice-versa, to accelerate changes in the law, though absent any sufficiently clear “ideal picture” of which new rules society actually claims for, and/or by means of “spurious interpretation” or disregard of legal techniques. Pound’s theory of judicial empiricism prevents the judge from

still could locate it in Luxembourg or name a judgment”. The Author suggests that the ECJ should “develop a new kind of doctrine of effectiveness, one that might mean endorsing the devolution of more decision-making power to the Member States or other actors” (122).

⁶³ See the decision by the EUCJ, 14 May 1974, C 4/73, *Nold*. The concept is now codified in art. 6 of the Treaty on European Union and in the preamble to the Charter of fundamental rights in the EU. A critical reading in F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformation in Comparative Perspective*, Oxford, 2014, p.256.

⁶⁴ Supreme Court, 24 January 2017, *R (on the application of Miller and Dos Santos) v Secretary of State for Exiting the European Union and associated references*. The decision, though confirming precedents stating that the European Communities Act 1972 did not turn the UK legal system into a subordinate of the EU legal system, concluded that Brexit needed repeal by Parliament of the 1972 act, and could not take place as a mere consequence of the vote of June 23, 2016.

applying his own ethics, or the supposed ethic of the majority (which is a political principle and not an instrument of interpretation), or even from building moral foundations for legal rules.

When fundamental moral principles blur, law cannot be asked to act as a substitute.

Not even the inadequacy of politics to design “ideal pictures”, and / or its transformation into mere fight of conflicting opportunities for power may justify such a substitution.

The main lesson to be learnt from the theory of judicial empiricism may be, on the one hand, that courts should protect the legal order against subversions from public opinion, as they can (the decision on Brexit is, once again, an example), when the latter tends to shift away from long-stated ethical principles.

Unlike public opinion, law enforcement should never depart from history.

On the other hand, Pound’s theory teaches courts the art of self-restraint. The administrative side of judicial action implies testing legal rules under the experience of cases, with acceptance of the risk of errors. On the contrary, setting legal principles with a general value, under the disguise of deciding cases, as a consequence of ethical choices by courts, would not be judicial empiricism, but judicial politics.

Pound’s teaching, deprived of its (universal) idealistic background, reminds us the importance of the lawyers’ craft - including the judges’ - in developing the shared moral sense of the community into technically sound, coherent and effective rules. This may be the core and the limit of law enforcement at the same time.

Abstract

In Roscoe Pound’s theory of “judicial empiricism”, the remit of the judge is the search for the “workable legal precept”: i.e., finding a solution, which is coherent with the legal framework as well as with a principle of “justice” in the specific litigation. Through this trial and error process, jurisdiction of the Courts concurs in the social engineering function of the law as a whole.

In Pound’s view the law is functional to the progress of “civilization”, which cannot be achieved but taking into account historical, technical and “ideal” elements. This implies that any rule-making or law enforcement, including the judiciary’s, should take place within a well determined cultural,

theoretical and ethical framework.

Looking at Pound’s thought from a contemporary European perspective, the paper suggests a reading of Pound, which may lead to a clearer perception of the need to recover the historical, the technical and the ethical foundations of the law in the EU and the Member States.

Paolo Passaglia*

*La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale,
tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione.*

Appunti per una ricerca

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La legittimazione «di posizione» e l'emergere di esigenze di stampo comunicativo – 3. La ricerca di una qualche semplificazione nella redazione delle decisioni – 4. Le esplicazioni *a latere* delle decisioni – 5. Le sintesi delle decisioni – 6. L'utilizzo dei *social media* – 7. L'utilizzo delle lingue straniere – 8. Un appunto per una non-conclusione.

1. *Premessa*

La legittimazione degli organi che esercitano la giustizia costituzionale è certamente un tema tra i più classici negli studi di diritto costituzionale e di diritto costituzionale comparato¹. L'argomento, del resto, è troppo importante per non attirare l'attenzione ed è troppo delicato per non richiedere approfondimenti: la legittimazione della giurisdizione, ed a

* Professore Ordinario di Diritto Comparato presso l'Università di Pisa. Coordinatore scientifico *pro tempore* dell'Area di diritto comparato del Servizio Studi, Corte costituzionale della Repubblica Italiana.

¹ In una prospettiva di diritto comparato, la legittimazione degli organi di giustizia costituzionale è stata affrontata, tra i molti, da L. FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, pp. 557 ss.; C.R. SUNSTEIN, *Introduction – The Legitimacy of Constitutional Courts: Notes on Theory and Practice Feature: Questioning Constitutional Justice: Introduction*, in *East European Constitutional Review*, 1997, pp. 61 ss.; W. SADURSKI, *Rights Before Courts*, Dordrecht, 2005; L. GARLICKI, *La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens et développements récents*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, pp. 227 ss. Nella dottrina italiana, v. L. MEZZETTI, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, 2010, pp. 307 ss.; M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Giornate seminariali, Bari, Università degli Studi, 25-26 maggio 2011, Torino, 2011.

maggior ragione di quella che incide sui rami più alti dell'ordinamento, si pone esattamente al crocevia tra l'esplicazione del principio democratico e l'inveramento storico dei postulati del costituzionalismo. Se è chiaro che siano questi ultimi a rappresentare le fondamenta su cui poggiano i sistemi di giustizia costituzionale, è parimenti indiscutibile che questi sistemi non possano semplicemente trascurare il significato e l'impatto del radicarsi della democrazia come sistema di governo.

L'equilibrio (o la ricerca di un equilibrio) tra queste istanze è una cifra che, da sempre, caratterizza gli organi di giustizia costituzionale e, non a caso, l'argomento è tra i più dibattuti, non solo a livello dottrinale. Un dibattito che ha generalmente preso le mosse dai rapporti tra giurisdizione e politica, sotto il profilo suggerito dall'art. 10 della legge 16-24 agosto 1790, sull'organizzazione giudiziaria della Francia post-rivoluzionaria, secondo cui *«les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture»*²: sulla scorta di questa impostazione, il contemperare democrazia e costituzionalismo, per le Corti, si è tradotto, storicamente, nell'individuazione dei limiti entro i quali il sindacato giurisdizionale può svilupparsi, al di qua di una linea metaforica oltre la quale le determinazioni politiche possono dirsi «libere»³. Il discorso si è riverberato sulla legittimazione, proprio per l'idea che solo di fronte ad atti che incidano sui cardini ordinamentali essenziali il principio democratico debba irrimediabilmente cedere il passo. In buona sostanza, se la giurisdizione è un'istituzione «anti-maggioritaria»⁴, la sua legittimazione dipende dal ruolo «anti-maggioritario» – appunto – che esercita, un ruolo

² Il principio è stato poi consacrato, nella sua più nota formulazione, con la Costituzione del 1791: *«les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois»* (Titolo III, Cap. V, art. 3). Questa impostazione ha evidentemente contribuito a degradare – per riprendere la classica definizione di Montesquieu – *«la puissance de juger, si terrible parmi les hommes»*, al rango di una funzione *«pour ainsi dire, invisible et nulle»* (*De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI).

³ L'individuazione del confine che separa la libertà di azione degli organi politici ed il sindacato delle corti è una preoccupazione che accomuna qualunque organo giurisdizionale, *a fortiori* se esso esercita funzioni apicali. Enunciazioni che riconoscono l'esistenza di questo confine sono rintracciabili nella giurisprudenza di qualunque corte costituzionale o suprema, inquadrare ora nella categoria delle *«political questions»* (si pensi alla relativa *doctrine* elaborata dalla Corte suprema statunitense) ora in quella dell'*«acte de gouvernement»* (nozione classica dell'ordinamento francese) o in quella della discrezionalità legislativa, o in altre ancora.

⁴ Il riferimento è, ovviamente, alla *«Counter-Majoritarian Difficulty»* enunciata da A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962, pp. 16 ss.

che, chiaramente, non può tradursi in un sostituirsi al legislatore, ma che non può, però, neppure significare che le illegittimità che abbiano una valenza significativa possano essere tollerate in nome della forza, della legittimazione e del consenso di chi le abbia perpetrate. Al riguardo, la Corte suprema statunitense, nel pieno della seconda guerra mondiale, quando cioè le preoccupazioni per i diritti individuali era fisiologico che cedessero il passo, almeno in certa misura, alle esigenze collettive, ebbe a scrivere parole di inarrivabile efficacia: «*The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections*»⁵.

È evidente che con la trattazione di queste problematiche si va al cuore della legittimazione delle Corti. In questa prospettiva, del resto, dovrebbe iscriversi un qualunque contributo che intendesse concentrarsi sulle fondamenta del ruolo assegnato alle giurisdizioni nel sistema. Ferma restando la centralità di questa prospettiva – per così dire «tradizionale» –, un altro profilo nel quale la tematica della legittimazione si articola pare che meriti di essere esaminato. Un profilo che sta conoscendo, negli ultimi anni, un interesse crescente, non solo per la sua interdisciplinarietà, ma anche per le ripercussioni che in concreto hanno i fenomeni su cui si appunta. Il riferimento va alle modalità attraverso le quali le Corti si aprono all'esterno e danno notizia della propria attività. Tale aspetto, apparentemente accessorio, è, in realtà, sempre più rilevante, nella misura in cui disegna la traiettoria mediante cui la legittimazione dell'organo si dipana, per farsi, auspicabilmente, da postulato del sistema, una realtà effettuale, verificabile alla luce del consenso che l'azione riesce a catalizzare.

Negli ultimi lustri, la comunicazione come strumento di consenso ha acquisito uno spazio di primissimo piano, anche negli studi di stampo più prettamente giuridico. In questo quadro, è estremamente significativo lo sviluppo avuto dal diritto della comunicazione istituzionale, che tuttavia si è concentrato essenzialmente sui rapporti tra organi politici e consociati, sull'assunto dell'indefettibilità, per i primi, di una azione che veicoli efficacemente messaggi verso i secondi, in chiave di visibilità e, in ultima analisi, di creazione o di rafforzamento del consenso⁶. Da questa dinamica

⁵ Così si esprime il Justice Robert Jackson nella *majority opinion* della sentenza *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, del 1943 (319 U.S. 624, 638).

⁶ Sulla comunicazione pubblica, con particolare riferimento a quella istituzionale, anche limitandosi alla dottrina italiana, la bibliografia è, ormai, quanto mai ricca. Cfr., *ex plurimis*,

sono rimasti esclusi, almeno in un primo tempo, gli organi giudiziari, proprio perché la non centralità del consenso ai fini della legittimazione ha fatto presumere che non fosse indispensabile un'attività di comunicazione.

Contro una tale presunzione, si è progressivamente constatato che, in concreto, oltre ad una legittimazione che potrebbe definirsi «di posizione», derivante dal semplice fatto di essere le Corti gli organi garanti della Costituzione, le giurisdizioni costituzionali non possono non avere anche una legittimazione che viene dall'attività concretamente svolta. Ma perché questa legittimazione sussista, nella forma dell'adesione alle pronunce rese, è necessario che gli atti posti in essere vengano adeguatamente divulgati e resi fruibili. Non solo tra gli «addetti ai lavori», ma – almeno per quanto concerne i contenuti essenziali e gli interventi più caratterizzanti – anche oltre questa cerchia di destinatari, con il corollario di dover offrire strumenti diretti a prendere cognizione da parte del non giurista di contenuti di stampo prettamente tecnico, sovente connotati da un elevato grado di complessità.

Una volta acquisita la consapevolezza di questa esigenza, che può ormai darsi per assodata, ci si può e ci si deve interrogare circa la validità della massima tradizionale secondo cui il giudice «parla attraverso le sentenze». Una massima, questa, che viene ancor oggi ripetuta, ma sempre più stancamente, e sempre più raramente: all'evidenza, tale crescente difficoltà non può essere casuale, perlomeno se si assume come vero quanto si è venuti dicendo. Del resto, se la comunicazione istituzionale ha raggiunto gli organi di giustizia costituzionale, ed è divenuta – in forme certo variabili e con diversi gradi di intensità – una componente della loro attività, non

M. MIANI, *Comunicazione pubblica e nuove tecnologie*, Bologna, 2005; M.R. CASUALE (a cura di), *La comunicazione istituzionale e la gestione delle risorse umane*, Roma, 2007; A. ROVINETTI, *Comunicazione pubblica: sapere & fare*, 4^a ed., Milano, 2010; S. ROLANDO (a cura di), *Teoria e tecniche della comunicazione pubblica*, Milano, 2012; F. FOTI – G. SCARPATO, *Teorie e tecniche della comunicazione pubblica*, Milano, 2014; S. MICONI (a cura di), *La pubblicità istituzionale dei soggetti pubblici*, Bologna, 2014; A. PAPINI, *Post-comunicazione. Istituzioni, società e immagine pubblica nell'età delle reti*, Milano, 2014; S. SEPE – E. CROBE, *La comunicazione partecipata: narrare l'azione pubblica coinvolgendo i cittadini*, Roma, 2014; R. INGRASSIA (a cura di), *La comunicazione istituzionale nelle organizzazioni pubbliche e private*, Milano, 2015; L. SOLITO – S. SPENDORE (a cura di), *Questioni in comune: giornalismo e comunicazione pubblica tra social media e open data*, Bologna, 2016. Con precipuo riferimento agli aspetti giuridici connessi alla comunicazione pubblica, v., ancora ad es., R. GRANDI, *La comunicazione pubblica. Teorie, casi, profili normativi*, nuova ed., Roma, 2007; R. ZACCARIA – A. VALASTRO (a cura di), *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 6^a ed., Padova, 2007; V. D'ANTONIO – S. VIGLIAR (a cura di), *Studi di diritto della comunicazione: persone, società e tecnologie dell'informazione*, Padova, 2009; R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 5^a ed., Padova, 2011.

è dato ignorarla nel momento in cui si intenda ricostruire la collocazione delle Corti nel sistema. Le brevi considerazioni che seguono, da intendersi come il primo passo di una ricerca a più ampio spettro che si auspica di poter intraprendere, muovono proprio da questa constatazione. Senza aspirare in alcun modo a proporre valutazioni in termini di legittimità e/o di opportunità del processo comunicativo che si è innescato, lo scopo che si persegue è semplicemente quello di registrare l'inveramento di questo processo, di misurarne l'avanzamento e, soprattutto, di verificare come le Corti si siano concretamente poste nei suoi confronti.

2. La legittimazione «di posizione» e l'emergere di esigenze di stampo comunicativo

Si è accennato, appena sopra, a quella che può definirsi alla stregua di una legittimazione «di posizione», che si offre all'organo di giustizia costituzionale, e che è derivata direttamente, come logico corollario, dalla funzione che ad esso è stata conferita. In una prospettiva storica, ciò è stato particolarmente vero per quegli ordinamenti e per quei contesti storico-politici in cui il radicamento di forme di garanzia della Costituzione è stato strutturalmente concepito come argine alla deriva che il culto della legge, come «espressione della volontà generale», non aveva saputo arginare; la legittimazione «di posizione», comunque, può ben assumersi come un dato invariabilmente connesso all'esistenza di un sistema di giustizia costituzionale.

Se la legittimazione viene dalla funzione di garanzia della Costituzione, è chiaro che la base su cui poggiano gli organi di giustizia costituzionale non è di matrice direttamente *democratica*, ma piuttosto di matrice *razionale*. Volendo radicalizzare il discorso, si potrebbe individuare la consacrazione di questi organi nella massima che Charles Evans Hughes propose ben prima di diventare *Chief Justice*: «*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*»⁷. Come dire che le Corti supreme e/o costituzionali si legittimano per il fatto di dar voce alla Legge fondamentale, dispiegando, attraverso un procedimento logico ed argomentativo, l'autorità di cui

⁷ La massima è tratta dal discorso tenuto presso la *Chamber of Commerce*, ad Elmira, New York, il 3 maggio 1907 (pubblicato in *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908*, New York, 1908, p. 139), quando Evans era governatore dello Stato. Di lì a poco (nel 1910), verrà designato *Associate Justice* della Corte suprema, carica che manterrà fino al 1916, salvo poi tornare presso la suprema giurisdizione federale nel 1930, come *Chief Justice*.

sono investite. Il riconoscimento di questa funzione storica delle Corti si è avuto alle più diverse latitudini, una volta affermatasi regimi di democrazia liberale, con pochissime eccezioni. Finanche in un ordinamento come quello francese, dove l'influenza della tradizione giacobina ha ritardato non poco il radicamento di un'istanza di garanzia (giurisdizionale) della Costituzione, la legittimazione del *Conseil constitutionnel* ha finito per imporsi. Se ne ha una dimostrazione nel rifiuto sempre più chiaro del messaggio che, ancora nel 1981, il deputato socialista francese André Laignel tentava di veicolare: «*Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires*»⁸. Si trattava degli ultimi fuochi di una concezione destinata ad essere di lì a poco spazzata via dalla constatazione – che poteva ben dirsi «rivoluzionaria» – secondo la quale, per dirla con Louis Favoreu, «*la politique a[vait] été saisie par le droit*»⁹.

Quanto sin qui detto, nel ripercorrere dati ormai largamente acquisiti, per non dire scontati, può senz'altro valere ancora a descrivere, sul piano teorico, la collocazione degli organi di giustizia nel sistema e le fonti che ne alimentano la legittimazione. È d'altro canto indiscutibile che queste argomentazioni siano valide oggi allo stesso modo in cui lo erano decenni fa. Il punto è, però, che, nella realtà, qualcosa è cambiato, sia pure al di fuori del circuito la cui descrizione trova sede nei manuali di diritto costituzionale o di diritto costituzionale comparato.

Se non è stata toccata la radice della legittimazione, sono andate mutando, invece, le forme attraverso cui la legittimazione si rinsalda. La legittimazione «di posizione» non può più in alcun modo prescindere da una legittimazione connessa all'attività in concreto svolta dalle Corti. E su questo punto non è dato proporre l'esistenza di una continuità rispetto al passato, e ciò non per le forme mediante le quali le Corti agiscono, poiché – oggi come ieri – la legittimazione passa essenzialmente dalla ricerca di un'adesione al processo argomentativo-razionale che guida l'elaborazione delle soluzioni. Ad essere profondamente mutato è il modo di veicolare i messaggi relativi all'attività che le Corti pongono in essere; un mutamento, questo, che ha riguardato, sì, le Corti, ma che è stato (ed è) innanzi tutto un fenomeno che ha coinvolto (e coinvolge) l'intera società.

Non sono dunque gli organi di giustizia costituzionale e la loro collocazione nel sistema ad essere cambiati, bensì le società in cui tali organi

⁸ L'argomento fu esplicitato nella seduta dell'*Assemblée nationale* del 13 ottobre 1981, per replicare alle proteste dell'opposizione di centro-destra nei confronti della legge sulle nazionalizzazioni in corso di approvazione.

⁹ Il riferimento va al volume di L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, 1988.

operano. E il cambiamento non è di poco conto, poiché la razionalità cui fa appello, in chiave di legittimazione, la funzione dell'organo di giustizia costituzionale deve fare i conti con la constatazione che, «*dans un monde où les médias jouent le rôle d'une caisse de résonance et d'une loupe grossissante, les émotions comptent plus que jamais*»¹⁰.

Se sono le emozioni a guidare la percezione dei messaggi, allora l'immagine dei «saggi» (come continuano a chiamare in Francia i giudici costituzionali) che, dall'alto della torre, dicono cosa sia la Costituzione si sbiadisce sempre di più, fino a rischiare di vedersi sovrapporre l'immagine sconcertante che Bob Dylan disegna in *Jokerman*: quella di «*judges dying in the webs that they spin*».

Fatta questa premessa, delle due l'una: o le Corti continuano ad operare nel modo tradizionale, rischiando di veder disperso il capitale di legittimazione di cui sono strutturalmente dotate, oppure le Corti si adeguano alle esigenze della società, senza snaturarsi, certo, ma accettando le sfide della modernità.

L'alternativa è, all'evidenza, puramente fittizia, poiché, se le Corti costituzionali vogliono continuare ad esercitare il ruolo che è stato loro affidato, non possono chiudersi al mondo: riproporre lo schema del «parlare con le sentenze» significherebbe questo, per il semplice fatto che una tale modalità di veicolare i messaggi non basta più per farsi ascoltare. Se ne ha un riscontro eloquente negli scritti degli studiosi dei processi comunicativi, i quali non esitano a rimarcare che «le società sono sempre state modellate più dal tipo dei media con cui gli uomini comunicano che dal contenuto della comunicazione»¹¹: poiché viviamo nell'epoca dei *social*, non è pensabile che la comunicazione possa passare efficacemente attraverso un atto formale, complesso e sovente complicato, come è (e come *deve essere*) una sentenza.

L'idea che sia il destinatario a doversi adattare alle forme di espressione del produttore del messaggio non può essere validamente proposta in generale, e non può esserlo, a maggior ragione, allorché esistano per il destinatario diverse opzioni tra cui scegliere per acquisire contezza del messaggio. Nella specie, una corte che si limiti alle forme tradizionali (ed anacronisticamente limitate) di comunicazione è una corte che può anche illudersi di stimolare i destinatari a compiere uno sforzo di comprensione finalizzato ad una più compiuta informazione; alla prova dei fatti, però, si tratta di una corte che, a fronte dell'impossibilità oggettiva di imporre la lettura ai destinatari, sta affidando integralmente ad altri la veicolazione dei contenuti che le sue

¹⁰ La citazione è tratta da D. MOÏSI, *La géopolitique de l'émotion: Comment les cultures de peur, d'humiliation et d'espoir façonnent le monde*, Paris, 2008, p. 5.

¹¹ Cfr. M. McLUHAN – Q. FIORE, *Il Medium è il Messaggio. Un inventario di effetti* (1967), Milano, 1968, p. 8.

pronunce recano.

Il rischio di un atteggiamento di chiusura è, infatti, quello di far parlare i *mass-media*, più che le sentenze, il che non può non ingenerare il rischio di una banalizzazione, stanti tra l'altro i contenuti, sovente di non agevole decifrazione, che delle sentenze sono propri.

In buona sostanza, è ormai un dato da cui partire nell'analisi che, se le Corti vogliono essere padrone del loro destino, debbono farsi esse stesse *comunicatrici*. E, allora, il vero problema è quello di elaborare schemi che possano guidare l'attività di comunicazione istituzionale, il che appare lungi dall'essere agevole, anche in ragione del fatto che le acquisizioni provenienti dalle prassi più risalenti, essendosi sviluppate con e per organi di matrice politico-rappresentativa, sono solo molto blandamente applicabili agli organi che amministrano, su base *prudenziale*, la giustizia.

Quali che siano gli schemi da seguire, è indiscutibile che una *policy* comunicativa non possa più essere ritenuta un accessorio puramente eventuale dell'attività giurisdizionale. Gli indici e gli esempi che potrebbero citarsi a suffragio di questa asserzione sono molti, ma, nel panorama comparatistico, la vicenda più emblematica, tra tutte, è probabilmente quella dell'istituzione della Corte suprema britannica.

La vicenda, troppo nota per essere qui ripercorsa, ha preso avvio dal *Constitutional Reform Act 2005*, con cui al vertice del sistema delle impugnazioni del Regno Unito si è sostituito l'*Appellate Committee* della *House of Lords* con una *Supreme Court of the United Kingdom*¹². Una corte tutta nuova, dunque, nelle forme, ma molto meno sotto altri profili, visto che a farne parte sono stati chiamati gli stessi *Law Lords* che svolgevano già il ruolo di supremi giudici dell'ordinamento, e visto che la giurisprudenza della *House of Lords* è stata per così dire incorporata nella nuova istituzione, che l'ha recepita come insieme di precedenti orizzontali. Senza voler tacciare la riforma di mero *maquillage* istituzionale, è chiaro che questi elementi di continuità portano a ritenere che la spinta riformatrice del *Constitutional Reform Act 2005* non fosse precipuamente quella di una critica nei confronti del funzionamento del sistema esistente. Il punto è proprio che, in concreto, il sistema funzionava *come se* una separazione netta sussistesse tra la seconda camera parlamentare e la corte di vertice, ma ciò che si avvertiva come non più sostenibile, all'alba del XXI secolo, da un punto di vista simbolico e comunicativo, era, in sé e per sé, la commistione, sia pur

¹² Sull'istituzione della *Supreme Court*, nel quadro delle linee di tendenza che marcano l'evoluzione dell'ordinamento giudiziario britannico, segnatamente nei suoi rapporti con la politica, v., di recente, G. GEE – R. HAZELL – K. MALLESON – P. O'BRIEN, *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution*, Cambridge, 2015, pp. 194 ss.

solo formale, tra potere legislativo e potere giudiziario. Non è un caso, in questa logica, che nello stesso *Constitutional Reform Act* si sia provveduto a ridimensionare il ruolo del *Lord Chancellor* alle sole funzioni di ministro della giustizia, privandolo della carica di componente del collegio della suprema giurisdizione e della guida della camera alta: il rispetto formale del principio di separazione dei poteri è stato avvertito come non più eludibile, non perché il sistema non fosse efficiente, ma essenzialmente perché l'apparenza, più che la sostanza, era troppo dissonante rispetto a principi ritenuti, da secoli, fondanti, anche e soprattutto del diritto costituzionale britannico, se è vero che la formulazione del principio di separazione dei poteri era stata inserita da Montesquieu nel capitolo dell'*Esprit des Lois* dedicato a «*La constitution d'Angleterre*»¹³.

A riprova della plausibilità della lettura che della riforma si è appena data, può addursi l'avvertita necessità di dare alla nuova Corte suprema una sede che fosse autonoma, in un palazzo diverso (anzi, posto esattamente dall'altra parte di *Parliament Square*) da quelli in cui hanno sede gli organi parlamentari, proprio a manifestare anche «plasticamente» la sua alterità rispetto a questi, ciò che, ovviamente, non sarebbe stato possibile se alla *House of Lords* fosse rimasta la formale imputazione delle sentenze di ultima istanza.

L'insieme di questi elementi rende emblematica l'evoluzione conosciuta all'interno del sistema britannico, ma non pare improprio sostenere che tutti gli organi giurisdizionali collocati al vertice del sistema delle impugnazioni e/o che amministrano la giustizia costituzionale si stanno muovendo, secondo forme diverse, nella direzione di aprirsi, da un punto di vista comunicativo. Che il movimento in tal senso si sia avuto e si abbia è indiscutibile; resta però da chiarire l'efficacia delle azioni intraprese e delle scelte operate per attuare la comunicazione istituzionale. Scelte che, malgrado le intenzioni, non sempre si traducono nell'individuazione di strumenti che possano effettivamente essere veicoli idonei dei messaggi prodotti. Vale probabilmente per le Corti la constatazione di George Bernard Shaw, secondo cui «col tono [in questo caso, con lo strumento] giusto si può dire tutto, col tono sbagliato nulla: l'unica difficoltà consiste nel trovare il tono»; e per le Corti tale difficoltà è certo molto rilevante, poiché, dovendo maneggiare problematiche inevitabilmente molto tecniche, l'avvertimento di Karl Popper suona per esse quanto mai opportuno: «è impossibile parlare in modo tale da non essere fraintesi»¹⁴. Nell'analizzare la comunicazione

¹³ Cfr. CH.-L. DE SECONDAT, MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois* (1748), Livre XI, Chapitre VI.

¹⁴ V. K. POPPER, *La ricerca non ha fine. Autobiografia intellettuale*, a cura di D. ANTISERI, 3ª ed., Roma, 1997, p. 43.

istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, dunque, si deve capire come questi organi parlano, per valutare se lo facciano in modo tale da poter essere capiti e, in definitiva, se attraverso il loro «parlare» possano alimentare, in forma discorsiva, più che prescrittiva, la loro legittimazione in seno all'ordinamento.

È questo l'oggetto dei paragrafi che seguono, nei quali, senza poter proporre un esame che non sia meramente evocativo, verranno tratteggiate alcune delle più rilevanti dinamiche, di tipo comunicativo, che incidono sui rapporti tra organi di giustizia costituzionale e consociati. I limiti inerenti al profilo oggettivo dell'analisi si sommeranno a quelli derivanti dal numero ristretto di esperienze prese in esame. In chiave prodromica di quella che – come accennato – si auspica possa presto diventare una ricerca a più ampio spettro, saranno prese in considerazione sei giurisdizioni, le quali, sia pure in forme molto diverse, esercitano quella che – in alcuni casi in maniera un po' approssimativa – può definirsi la giustizia costituzionale: le Corti supreme statunitense e del Regno Unito¹⁵, i tribunali costituzionali tedesco e spagnolo, la Corte costituzionale italiana ed il *Conseil Constitutionnel* francese.

3. La ricerca di una qualche semplificazione nella redazione delle decisioni

A tutte le latitudini, la lingua dei giuristi è, di per sé, tutt'altro che di agevole comprensione per il *quivis de populo*. Tra tutti i testi giuridici, poi, le pronunce giudiziarie sono, con ogni probabilità, quelle meno «digeribili», soprattutto perché invariabilmente appesantite da *technicalities* varie. A questo inconveniente, in larga misura inevitabile, si è cercato di apportare, negli ultimi anni, alcuni rimedi, più o meno incisivi a seconda della giurisdizione presa in esame.

Nel caso della Corte costituzionale italiana, ad esempio, le modifiche sono state minimali: di recente, l'unica innovazione che può segnalarsi è il fatto che la mancata corrispondenza tra giudice relatore e giudice redattore

¹⁵ L'approssimazione di cui nel testo è particolarmente evidente nel caso della Corte suprema del Regno Unito, visto che, a stretto rigore, la sovranità del Parlamento impedisce, in questo ordinamento, lo sviluppo di un autentico sistema di giustizia costituzionale. L'esistenza dello *Human Rights Act 1998* ed il suo impatto in ordine ai vincoli che impone al prodotto legislativo si ritiene che permettano, comunque, almeno ai limitati fini che di questo scritto sono propri, di configurare la Corte suprema, in riferimento alla sua funzione di protezione dei diritti individuali, alla stregua di un organo assimilabile ad altri che esercitano un *constitutional review of legislation*.

sia stata dichiarata nell'epigrafe, mentre in passato non veniva esplicitata, lasciando ai lettori della decisione l'onere di verificare la corrispondenza tra il nome del giudice indicato in epigrafe (il giudice relatore della causa) e quello in calce alla decisione (il giudice redattore). Una evoluzione minima, dunque, oltretutto rivolta ai lettori più attenti e non certo alla generalità dei consociati; una modifica la cui entità è certamente lungi dallo smentire il fatto che la Corte italiana tende a preservare lo stile tradizionale di redazione delle decisioni.

Va detto che sul punto il caso italiano non è affatto isolato, visto che l'orientamento generale è alla conservazione. Un paio di eccezioni sono, però, a tal proposito estremamente rimarchevoli.

Viene di nuovo in rilievo la Corte suprema britannica, che nella formale continuità dello stile decisorio ha, di fatto, prodotto un mutamento di grande momento: sin da quando ha iniziato a rendere decisioni, nell'ottobre 2009, la Corte ha progressivamente ridimensionato la regola della *seriatim opinion*, caratteristica della *House of Lords* (come di molte altre giurisdizioni britanniche), al punto che, oggi, non è facile imbattersi in una decisione della Corte che rechi le *opinions* individuali dei singoli componenti del collegio. In luogo della serie di opinioni individuali, l'*id quod plerumque accidit* è divenuto l'affidare ad un giudice il compito di stilare le motivazioni che guidano al *judgment*, alle quali si allinea la maggioranza del collegio, lasciando ai dissenzienti il compito di esplicitare le ragioni che danno conto della distanza dalla decisione assunta. Si è così prodotto un chiaro avvicinamento dello stile al modello della *Opinion of the Court* di matrice statunitense, che ha il pregio indiscutibile di far cogliere con assai maggiore immediatezza, rispetto alle tradizionali opinioni in serie, il senso della decisione ed i suoi fondamenti¹⁶.

La seconda eccezione cui accennare riguarda il *Conseil constitutionnel*, che, di recente, si è dichiaratamente mosso proprio in un'ottica di maggiore intelligibilità delle decisioni, andando ad incidere anch'esso su tradizioni assai radicate.

A partire dalle decisioni nn. 2016-539 QPC e 2016-540 QPC, del 10 maggio 2016, infatti, «*le Conseil constitutionnel a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions*», al fine di semplificare la loro lettura e di (poter) approfondire la trama della motivazione¹⁷.

¹⁶ Sul tema, sia consentito rinviare, per maggiori ragguagli, a P. PASSAGLIA, *La struttura delle decisioni dei giudici costituzionali: un confronto fra la tradizione di civil law e quella di common law*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, pp. 419 ss.

¹⁷ Cfr. il *Communiqué du Président du 10 mai 2016*, consultabile *on line* alla pagina

Giova ricordare che, per consuetudine risalente, le decisioni del *Conseil*, contrariamente a quanto avviene in gran parte delle giurisdizioni costituzionali, non erano costruite come una dissertazione, ma erano articolate sullo schema – tipico delle giurisdizioni francesi – c.d. «*vis-con-dis*». La decisione si divideva in tre parti: i *visas*, cioè l'enunciazione dei testi e delle norme cui si faceva riferimento; i *considérants*, i paragrafi che contenevano la motivazione; il *dispositif*, che conteneva la dichiarazione di incostituzionalità o di conformità alla Costituzione. L'impianto decisorio era strutturato su una proposizione principale, sempre identica, la quale, spezzata in due, costituiva l'*incipit* della pronuncia e chiudeva la parte della motivazione («*Le Conseil constitutionnel [...] décide*»). Tra i due frammenti della proposizione si inserivano i paragrafi dei *visas* e quelli dei *considérants*, che costituivano, sul piano grammaticale, altrettante subordinate¹⁸.

In concreto, la «modernizzazione» del maggio 2016 si è tradotta nell'eliminazione dello schema «*vis-con-dis*». I riferimenti che prima erano contenuti nei «*visas*» sono, ovviamente, rimasti all'inizio della decisione, anche se non sono più introdotti dalla formula «*vu*». I mutamenti più significativi sono intervenuti nella motivazione vera e propria, che, con l'eliminazione dei «*considérants*», è ora composta di paragrafi (numerati anch'essi, come lo erano i *considérants*) che contengono periodi a sé stanti. Il «*dispositif*», invece, è rimasto sostanzialmente invariato¹⁹.

Con queste modifiche, le decisioni del Consiglio costituzionale si sono indubbiamente avvicinate, almeno da un punto di vista strutturale, a quelle degli altri organi di giustizia costituzionale, assumendo una forma analoga a quella della dissertazione giuridica.

I cambiamenti rendono, certo, più leggibili le decisioni. L'eliminazione dei vincoli dello schema «*vis-con-dis*» apre, infatti, la strada a formulazioni

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/actualites/2016/communiqué-du-président-du-10-mai-2016.147341.html>.

¹⁸ Per l'analisi della motivazione delle decisioni del Consiglio costituzionale, v., di recente, D. BARANGER, *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivation et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Jus Politicum*, n. 7, 2012, <http://juspolicum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>; M. GUILLAUME, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, in *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, 2012, pp. 49 ss.; G. CANIVET, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, in S. CAUDAL (sous la direction de), *La motivation en droit public*, Paris, 2013, pp. 236 ss.

¹⁹ Sulla riforma della motivazione delle decisioni del Consiglio costituzionale, v. da ultimo l'intervento di uno dei membri dell'istituzione: N. BELLOUBET, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel: justifier et réformer*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, nn. 55/56, 2017, pp. 7 ss.

della motivazione che possono distendersi sui vari paragrafi senza essere inserite necessariamente all'interno di proposizioni subordinate. In altri termini, il nuovo sistema di redazione rende *possibili* motivazioni meno congestionate, potenzialmente idonee ad essere sviluppate in maniera più agevolmente fruibile da parte dei destinatari. Ovviamente, sarebbe improprio dedurre dall'eliminazione dei *considérants*, di per sé, un mutamento epocale nello stile decisorio: la struttura delle decisioni del *Conseil* si è semplificata, ma non per questo lo stile argomentativo ne è risultato rivoluzionato. Anzi, sul punto, si constata – almeno per ora – una spiccata continuità tra prima e dopo il maggio 2016; il fatto che si siano allentati i vincoli strutturali è allora da considerarsi nulla più che un primo passo verso un modo più aperto di motivare le decisioni; nei prossimi anni si vedrà se al primo passo ne seguiranno altri, e se questi altri passi saranno orientati effettivamente ad un incremento della leggibilità e della intelligibilità delle pronunce.

Questa evoluzione dello stile decisorio del *Conseil*, pur se ancora incompiuta, dà la misura, sia in positivo che in negativo, di quanto gli organi di giustizia costituzionale possano muoversi in una direzione più orientata verso la comunicazione. È chiaro che molto si sia fatto, ma è altrettanto evidente che, agendo su aspetti che, in fin dei conti, sono in larga misura di dettaglio (come è quello puramente strutturale), non si può pensare che le difficoltà di comunicazione possano essere superate semplicemente per questa via.

Ci si deve chiedere, tuttavia, se sia possibile per gli organi di giustizia costituzionale andare oltre; ma – soprattutto – ci si deve chiedere se sia legittimo un eventuale andare oltre. Perché ipotizzare ulteriori semplificazioni nello stile redazionale è certo possibile, ma forse si deve anche ammettere come presupposto che gli interventi sono destinati – e devono esserlo – ad aspetti marginali delle decisioni. Ciò in quanto qualunque intervento in chiave di semplificazione non può mai tradursi in un rischio di banalizzazione: il messaggio contenuto in una sentenza è necessariamente complesso, di talché, oltre qualche ritocco a stile e struttura, non è dato spingersi, se non a rischio di snaturare il prodotto del giudice costituzionale.

Assumendo questi rilievi per veri, è chiaro che il grosso della comunicazione istituzionale delle Corti non possa non passare da altri canali: le decisioni devono restare, in ogni caso, il momento di piena esplicazione del ragionamento giuridico, in tutta la sua complessità.

4. *Le esplicazioni a latere delle decisioni*

Un interessante – almeno quanto atipico – tentativo di contemperare il rispetto dello stile decisorio con lo sviluppo della intelligibilità delle decisioni viene, di nuovo, dalla Francia.

Uno dei compiti che solitamente viene riconosciuto alla dottrina è quello di commentare, ma anche, contestualmente, di illustrare le decisioni dei giudici. La giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* non sfugge, ovviamente, a questa dinamica; ma, nella politica di apertura verso l'esterno, l'istituzione stessa si è dotata di uno strumento diretto ad illustrare le decisioni per consentire alla dottrina di coglierne le implicazioni più significative e le radici argomentative inesprese.

Nell'attività di comunicazione istituzionale posta in essere dal *Conseil*, hanno infatti assunto un rilievo ormai di prim'ordine i *commentaires* alle singole decisioni, redatti a cura della Segreteria generale e consultabili, in corrispondenza di ogni decisione, sul sito *Internet* dell'istituzione, nonché sulla sua rivista ufficiale, i *Cahiers du Conseil constitutionnel*, dall'ottobre 2010 divenuti i *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*²⁰.

Ora, nella misura in cui i *commentaires* sono redatti a cura della Segreteria generale, e non del collegio giudicante, ad essi non può attribuirsi alcun carattere di ufficialità, e quindi anche con riferimento alle analisi in essi riportate non può darsi un valore assoluto. Ciò nondimeno, la loro provenienza autorizza a ritenere che i contenuti che vengono descritti abbiano un grado di attendibilità estremamente elevato, al punto che può vedersi nei *commentaires* una funzione di insostituibile strumento per la dottrina al fine di cogliere quale sia stato il vero *iter* logico che ha condotto ad adottare determinate soluzioni anziché altre. Certo, si tratta di testi ancora piuttosto tecnici, che fanno sì che i destinatari siano essenzialmente gli «addetti ai lavori»: la comunicazione istituzionale, in sostanza, passa solo in minima parte dai *commentaires*, che hanno piuttosto il compito di ovviare alla natura delle decisioni che, nonostante la riforma del maggio 2016, restano assai criptiche, tanto da prestarsi a letture talvolta problematiche persino per i giuristi. È comunque un dato che, per la loro struttura, per lo stile che li connota e per la loro accessibilità *on line*, i *commentaires* provenienti dal *Conseil constitutionnel* ben possono essere consultati dal

²⁰ Oltre che in versione cartacea, i *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* sono liberamente consultabili sul sito del *Conseil*, con l'esclusione dei numeri degli ultimi due anni: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel.5069.html>.

quavis de populo, che può da essi cogliere non pochi elementi orientativi in ordine alla pronuncia resa.

5. *Le sintesi delle decisioni*

Si è constatato che l'attività di comunicazione istituzionale vera e propria, che abbia come destinatari l'opinione pubblica ed altre istituzioni, passa solo in minima parte dagli strumenti che si sono sin qui visti. È difficilmente contestabile, in effetti, che la comunicazione delle Corti si traduca, in larghissima misura, nella predisposizione di modalità di diffusione in forma sintetica dei contenuti delle decisioni.

Al riguardo, le Corti seguono, fondamentalmente, due modelli: quello del *syllabus* (a) e quello del comunicato stampa (b).

(a) Il *Syllabus*, detto anche *headnote*, è la forma caratteristica che si accompagna alle decisioni della Corte suprema statunitense. Si tratta della sintesi della decisione che viene preposta alla decisione stessa, con l'avvertenza che «*the syllabus constitutes no part of the opinion of the Court but has been prepared by the Reporter of Decisions for the convenience of the reader*»²¹.

Il carattere meramente informativo, associato alla relativa lunghezza del testo, rende obiettivamente delicato il compito del redattore, la cui interpretazione della decisione può finire per creare nel lettore un affidamento che magari potrebbe risultare mal posto. Nonostante questo inconveniente²², è chiaro che il *syllabus* rappresenti una risorsa preziosa per

²¹ L'avvertenza è riportata in ogni decisione della Corte, con il riferimento alla sentenza *U.S. v. Detroit Timber & Lumber Co.*, 200 US 321, 337 (1906), nella quale si affrontò il problema di una discrepanza concettuale tra decisione collegiale e *syllabus*, e si chiarì che all'opera del *Reporter of Decisions* non poteva darsi alcun valore ufficiale, in quanto il *syllabus* «*gives his understanding of the decision*», e nulla più.

²² Le difficoltà evidenziate nel testo non sembra che possano essere risolte dall'attribuzione al *syllabus* (o ad un testo di analogo tenore) di un carattere di ufficialità. È il caso, ad esempio, delle sintesi delle decisioni della Corte suprema canadese, che non sono distinte, a livello di imputazione, rispetto alle decisioni vere e proprie, e dunque è da presumersi che siano imputabili alla Corte, ciò che parrebbe confermato dalla circostanza che anche le sintesi siano oggetto di traduzione ufficiale. Ora, l'ufficialità delle sintesi, se per un verso evita che un affidamento possa venire in essere pur essendo privo di base legale, per altro verso acuisce le problematiche che discendono da una eventuale difformità concettuale tra sintesi e testo vero e proprio, giacché in tale evenienza risulta estremamente complesso individuare un canone di risoluzione del conflitto.

far circolare un testo accurato che dia conto dell'orientamento dalla Corte suprema espresso sulle questioni sottoposte. Sul piano comunicativo, il livello di dettaglio della sintesi elaborata è tale che probabilmente i destinatari, per poterlo apprezzare davvero, non possono non avere una certa cultura giuridica; in questo senso, sarebbe improprio individuare nel *quivis de populo* il suo *target*; è comunque indiscutibile che l'esistenza del *syllabus* ampli considerevolmente il numero di soggetti che sono in grado di avere un'informazione autonoma sui contenuti della decisione, senza doversi affidare al filtro dei *mass-media*. Il maggior pregio, peraltro, non si apprezza tanto in termini di potenzialità (di raggiungere destinatari ulteriori), ma semmai in termini di effettività: è chiaro che un testo sintetico premesso alla sentenza vera e propria è un invito alla lettura che viene colto in un numero di casi statisticamente non trascurabile, incrementando così in maniera significativa il numero concreto dei lettori.

(b) Strumento per antonomasia della comunicazione pubblica, il comunicato stampa rappresenta una più precisa scelta di campo rispetto al *syllabus*, giacché il nome e, soprattutto, la scissione tra il comunicato e la decisione rendono palese la diversità di piani su cui i due testi si muovono. La diversità dei piani si riverbera nella più chiara differenziazione in termini di imputazione, con la conseguenza di eliminare ogni possibile dubbio in ordine a quale sia il testo che abbia valore ufficiale.

In realtà, parlare dei comunicati stampa come di una categoria unitaria tradisce un'approssimazione notevole, dal momento che esiste un'ampia varietà di comunicati stampa, che rispondono ad esigenze non sempre sovrapponibili.

Una *summa divisio* può essere tracciata tra i comunicati stampa «necessari» e quelli «eventuali».

I primi sono il complemento indefettibile di tutte le decisioni, o almeno della stragrande maggioranza di esse. L'opzione per questa tipologia, che caratterizza tanto la Corte suprema britannica quanto il *Conseil constitutionnel* francese, evidenzia la ricerca di un dialogo diretto con l'opinione pubblica volto a dar conto dell'attività complessiva dell'organo, quasi a voler rafforzare il proprio ruolo e la propria legittimazione illustrando in modo sintetico, ma sufficientemente esplicativo, tutto ciò che viene fatto.

I comunicati stampa «eventuali», invece, sono adottati da giurisdizioni che rendono, tendenzialmente, molte decisioni, ciò che porta all'esigenza di selezionare quelle per le quali una diffusione dei contenuti possa davvero avere una valenza generale: a fronte dell'alto numero di ricorsi diretti individuali ed al conseguente contenzioso che si instaura davanti a loro, sia

il Tribunale costituzionale federale tedesco che il Tribunale costituzionale spagnolo hanno optato per questa soluzione. Si tratta di una soluzione che, per quanto probabilmente obbligata da ragioni numeriche, si dimostra non poco significativa dal punto di vista *lato sensu* politico: il comunicato stampa «eventuale», infatti, ben potrebbe essere definito anche come «selettivo», poiché là dove si deve decidere se associare un comunicato stampa ad una decisione, il fatto stesso che lo si faccia è un indice dell'importanza che il Tribunale costituzionale riconosce alla pronuncia, ed è quindi un ulteriore elemento di valutazione offerto all'esterno.

I comunicati stampa selettivi sono utilizzati anche dalla Corte costituzionale italiana, che peraltro produce una quantità di documenti di questo tipo estremamente limitata rispetto ai suoi omologhi stranieri. Non sono però i numeri a rendere davvero peculiare l'esperienza italiana.

I comunicati stampa che provengono dal Palazzo della Consulta non sono strutturati come una sintetica e fruibile illustrazione dei contenuti delle decisioni, ma sono una mera informazione circa la soluzione adottata dalla Corte in un certo caso: non si ripercorre la motivazione, ma si enunciano solo le grandi linee del dispositivo, e questo per la semplice ragione che, quando il comunicato viene pubblicato, di solito la motivazione non c'è. Il comunicato, infatti, è associato alla deliberazione di decisioni particolarmente importanti da parte del collegio, e la diffusione dell'esito del giudizio serve a sterilizzare indiscrezioni sugli organi di stampa nell'attesa che venga redatta e poi approvata anche la motivazione²³.

Evidentemente, quello che per le altre corti è il comunicato stampa (o il *syllabus*), alla Corte costituzionale manca. Ne è prova il tentativo, nel 2016, di introdurre un ulteriore strumento, definito dapprima «sinossi», poi «sintesi», e consistente in un testo che uno degli assistenti del giudice redattore della decisione presentava all'Ufficio stampa per la pubblicazione sul sito *internet* dell'istituzione. L'uso del tempo verbale tradisce la rapida desuetudine che pare aver caratterizzato questa modalità di comunicazione, la quale dopo circa un anno di (peraltro piuttosto sporadico) utilizzo, sembra non essere già più in uso. Se davvero così fosse, comunque, deve ammettersi che non si tratterebbe di una grave perdita: lo strumento appariva piuttosto improvvisato, stante l'assenza di una vera e propria *policy* relativa al suo impiego, che lo rendeva episodico, e stante l'assenza di modelli redazionali, che faceva emergere una certa quale eterogeneità dello stile e della struttura. Il risultato è, ad ogni modo, che resta inevasa, da parte della Corte italiana,

²³ Sulla peculiare valenza dei comunicati stampa della Corte costituzionale italiana, v. A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa del Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 531 ss.

l'esigenza comunicativa cui i comunicati stampa (o le sintesi) dovrebbero rispondere.

6. *L'utilizzo dei social media*

Navigando sul *web* è agevole constatare come le Corti supreme o costituzionali abbiano tutte siti molto articolati e ricchi di contenuti, che negli anni sono andati ampliandosi, in parallelo anche con l'attenzione crescente all'accessibilità ed all'usabilità dei siti.

Il materiale al riguardo è talmente ampio che ben potrebbe proporsi una comparazione tra i siti degli organi di giustizia costituzionale, una comparazione dalla quale potrebbero emergere anche indicazioni interessanti su come le diverse corti percepiscono il loro ruolo ed individuano i loro destinatari privilegiati²⁴. Il punto è che un'indagine di questo tipo, a tutt'oggi certamente valida, tra qualche tempo potrebbe risultare, almeno in parte, un'indagine di retroguardia, poiché la vera frontiera operativa, destinata ad impegnare in maniera crescente le Corti, sembra che sia, sempre più chiaramente, quella costituita dall'utilizzo dei *social media*.

Il panorama che offrono le varie corti in proposito è piuttosto variegato, anche se un elemento tendenzialmente comune è dato dal fatto che l'apertura verso i *social* caratterizza un po' tutte le istituzioni qui prese in considerazione. Il *social* che pare riscotere il maggior successo è *Twitter*: in esso è possibile rintracciare gli *account* ufficiali delle Corti supreme americana e britannica, ma anche di quella canadese, dei tribunali costituzionali tedesco e spagnolo, nonché del *Conseil constitutionnel* francese. Anche *Facebook* è un'opzione percorsa, segnatamente dal *Conseil* francese e dalla corte canadese, la quale ultima si mostra particolarmente attiva, avendo anche un *account* ufficiale su *LinkedIn*.

Questa attenzione, sempre più diffusa, dimostra quanto la presenza sui *social* possa rappresentare un canale di importanza vitale per farsi conoscere da parte dell'opinione pubblica, e quindi, in ultima analisi, per corroborare

²⁴ Una analisi, anche in chiave comparatistica, dei siti *web* dei principali organi di giustizia costituzionale è stata condotta da P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come "nodo" della Rete*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, tomo I, pp. 667 ss. Con precipuo riguardo al sito della Corte costituzionale italiana, v., volendo, P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, in G.L. CONTI – P. MILAZZO (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento*, VII. *La crisi del Parlamento nelle regole sulla sua percezione*, Pisa, 2017, spec. pp. 113 ss.

la propria legittimazione in relazione all'attività concretamente svolta.

Per quanto lo strumento richieda di essere maneggiato con cautela, nella misura in cui il rischio di banalizzazione dei messaggi non può non essere tenuto in conto, deve ammettersi che i *social*, consentendo una interazione diretta tra l'istituzione ed i consociati, mettono, per la prima volta, gli organi di giustizia costituzionale nelle condizioni di poter davvero prescindere dall'intermediazione di stampa e televisione al fine di rendere palese la propria presenza. In questo senso, allora, un'attività comunicativa, purché impostata in maniera corretta, che sappia adeguatamente sfruttare le potenzialità di questi strumenti, risulta essere un *atout* fondamentale da spendere per essere parte attiva della società della comunicazione.

Sulla scorta di quanto appena detto, la politica seguita dalla Corte costituzionale italiana appare, di nuovo, quanto meno discutibile. Il riferimento non va alla perdurante importanza riconosciuta alla conferenza stampa di fine anno del Presidente della Corte, che si traduce nel riconoscimento del ruolo dei *mass-media* come canale di diffusione del lavoro della Corte²⁵: questa occasione, ormai tradizionale, è comunque utile, purché però non catalizzi gli sforzi comunicativi verso canali indiretti di questo tipo. Ed invece, la Corte pare mostrare un tendenziale rifiuto nei confronti dell'uso dei *social*, presumibilmente ritenendo di potervi ovviare attraverso il sito *web* e gli strumenti tradizionali. È vero, peraltro, che qualche timido passo è stato compiuto, a partire dallo scorso anno, ma è anche vero che questi passi non sembrano essere andati in una direzione votata alla massima efficacia: l'apertura verso il mondo dei *social* (ma sarebbe forse più opportuno parlare di una porticina appena dischiusa) si è avuta attraverso la creazione di un *account* su *Instagram*, cioè sul *social* che è forse meno adatto, non fosse altro perché la comunicazione di un organo di giustizia costituzionale non dovrebbe essere basato sull'immagine, bensì sui contenuti. La circostanza che, dopo i primissimi tempi, l'*account* stia sostanzialmente languendo è forse un indice che la politica della Corte in tema di *social* va ripensata, per non dire che vada impostata *ex novo*.

²⁵ Al riguardo, è da sottolineare che la conferenza stampa, oltre ad essere aperta ai giornalisti della carta stampata e della televisione, viene anche teletrasmessa. Il bacino di spettatori che l'evento riesce a catalizzare, tuttavia, è piuttosto modesto, svolgendosi la conferenza in un orario mattutino.

7. *L'utilizzo delle lingue straniere*

La comunicazione verso l'esterno è sempre più proiettata anche oltre le frontiere nazionali, nel quadro di una legittimazione, stavolta di matrice culturale, che le Corti ricercano attraverso la partecipazione al dialogo giurisprudenziale transnazionale.

Su questo versante, sussiste, come è ovvio, un evidente *clivage* linguistico, che vede inevitabilmente favorite le Corti anglofone, e che impone alle altre l'utilizzo di forme di comunicazione che siano idonee a far conoscere la propria attività anche all'estero. È in quest'ottica che le Corti non anglofone mostrano una crescente attenzione nei confronti della traduzione delle proprie decisioni in altre lingue, ed *in primis* in inglese.

I modi attraverso cui l'obiettivo di «farsi conoscere» viene perseguito mutano in maniera non irrilevante a seconda dell'organo cui si faccia riferimento. Alcune corti si dimostrano, infatti, più attente di altre, al punto che traducono in inglese tutte le decisioni più importanti e, talvolta, anche i relativi comunicati stampa: è il caso, ad esempio, del *Bundesverfassungsgericht*. Altre corti hanno una politica meno rigorosa, ma tendono comunque a tradurre «quanto più possibile», non solo in inglese, ma anche in altre lingue: in proposito, paradigmatico è l'esempio del *Conseil constitutionnel*, le cui decisioni sono, in taluni casi, tradotte, oltre che in inglese, anche in tedesco, in spagnolo ed in italiano, presumibilmente a seconda delle competenze linguistiche dei collaboratori e degli stagisti impegnati presso il servizio giuridico. Anche la Corte costituzionale italiana, ormai da una decina d'anni, risulta piuttosto attiva con riferimento alla traduzione delle sue decisioni verso l'inglese, con in media una dozzina di traduzioni l'anno.

Questa attività di comunicazione è, senza dubbio, di grande importanza; ciò nondimeno, le traduzioni delle decisioni non possono rivelarsi, di per sé, sufficienti a consentire un pieno inserimento della giurisprudenza delle Corti non anglofone nel dialogo transnazionale, in quanto residuano pur sempre difficoltà che potremmo definire «di contestualizzazione», nel senso che per il giurista straniero, in assenza di una compiuta conoscenza delle problematiche sottese alle questioni, è spesso molto complicato il poter cogliere dalla mera traduzione di una decisione il suo reale significato. È alla luce di questo che sarebbe importante un'attività complementare, di illustrazione sintetica dei punti salienti affrontati dalle singole pronunce. Proprio questo sarebbe lo scopo fondamentale della banca dati Codices e del bollettino quadrimestrale di giurisprudenza costituzionale curati dalla

Commissione di Venezia²⁶; alla prova dei fatti, tuttavia, la selezione delle decisioni delle varie corti, nonché l'estrema variabilità delle descrizioni e delle analisi rappresentano limiti che non appaiono facilmente superabili, vista anche l'ormai consolidata l'esperienza di repertorizzazione in forme scarsamente omogenee tra i vari paesi e di selezione delle decisioni da segnalare non sempre inappuntabile in relazione al reale impatto, da un punto di vista comparatistico, delle pronunce.

Se, dunque, l'organismo sovranazionale di raccordo non risulta, almeno per il momento, aver trovato forme adeguate a veicolare in maniera efficace i contenuti essenziali delle decisioni delle Corti, è forse alla dottrina che questo compito può e deve essere affidato. Altrimenti detto, non pare improprio vedere il ruolo della dottrina giuridica arricchirsi di implicazioni: non più solo un *watchdog* delle Corti, ma anche un facilitatore del dialogo, a tutti i livelli, attraverso l'attività anche esplicativa dell'attività delle Corti a beneficio dell'opinione pubblica interna e della comunità transnazionale dei giuristi²⁷.

8. *Un appunto per una non-conclusione*

Nei paragrafi precedenti ci si è limitati a redigere una rapida rassegna di tematiche che si sono ritenute tra le più significative nell'ambito delle dinamiche che animano le *policies* di comunicazione istituzionale delle Corti costituzionali e supreme. La trattazione è – come si è ripetutamente sottolineato – lungi dal potersi dire compiuta, ma deve piuttosto intendersi come un primo passo per una ricerca a più ampio raggio, un inventario di problemi che con il metodo comparatistico sembra di poter scandagliare con buoni frutti.

La natura interlocutoria di queste pagine, peraltro, si coniuga alla provvisorietà che non può non segnare qualunque indagine relativa alla materia qui esaminata. La sensazione è, infatti, che si stia vivendo solo il primo tratto di un cammino destinato ad essere molto lungo, in cui lo

²⁶ Il *Bulletin on Constitutional Case-Law* della Commissione di Venezia è liberamente consultabile alla pagina http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_02_Bulletins.

²⁷ Una sperimentazione in tal senso è stata di recente avviata dall'*Italian Law Journal*, che, dal n. 1 del 2017, ha inserito una nuova rubrica, il *Constitutional Court Watch*, nel quale sono inserite le sintesi delle decisioni più significative (da un punto di vista comparatistico) rese dalla Corte costituzionale nell'anno solare 2016. Per il n. 1 del 2018 della rivista è prevista la illustrazione delle principali decisioni rese nel 2017.

sviluppo delle forme di comunicazione imporrà alle Corti di muoversi verso direzioni nuove al fine di puntellare la loro legittimazione, sia nel quadro istituzionale che agli occhi della opinione pubblica, per tacere dell'incedere del dialogo giurisprudenziale transnazionale. Ad un bilancio, qui sommariamente tratteggiato, dovrà dunque inevitabilmente associarsi una visione prospettica, che sola potrà contribuire a dar conto di tutta la complessità che le sfide della società della comunicazione impongono agli organi di giustizia costituzionale, sfide che, se per un verso accomunano questi organi a tutte le istituzioni di vertice, per l'altro presentano caratteristiche peculiari, vista la natura giurisdizionale degli organi e la delicatezza della funzione che essi svolgono, al crocevia tra le istanze democratico-rappresentative e la indefettibilità di un presidio delle regole fondanti del sistema che, in quanto tali, debbono considerarsi irretrattabili e che per tali debbono essere comunicate.

Abstract

The legitimacy of the Constitutional and Supreme Courts increasingly requires an effort, by the courts themselves, to try to establish a direct communication with the public. The paper briefly analyzes the practices that some courts (the Supreme Courts of the United Kingdom and the United States, the French Constitutional Court, the German and Spanish Constitutional Courts and the Italian Constitutional Court) have developed for this purpose, highlighting the growing importance of the use of new instruments, which allow the Courts to bypass the intermediation of traditional information media. In this perspective, the web has played a key role, but in the near future the main instrument will most likely be that of social media.

Michele Sapignoli*

*Corti di giustizia e opinione pubblica:
la fiducia nei sistemi giudiziari europei*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La fiducia nei sistemi giudiziari dei paesi europei dagli anni '90 in poi - 3. Fiducia nelle Corti e proprietà dei sistemi giudiziari dei paesi europei - 4. Fiducia nelle Corti e proprietà degli individui: caratteristiche socio grafiche e fiducia nelle altre istituzioni politiche - 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Questo lavoro intende studiare la fiducia dei cittadini europei nei sistemi giudiziari nazionali. Si tratta di un tema che ha suscitato un certo interesse per i cultori della sociologia del diritto e per quelli che si dedicano agli studi sull'amministrazione della giustizia¹. Infatti la fiducia nelle istituzioni giudiziarie appare importante per la legittimazione del *legal decision making* e per l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso, nonché per la stabilità dei sistemi democratici².

Fonte primaria dei dati saranno i sondaggi comparati condotti da Eurobarometro nei quali viene rilevata, insieme ad altre proprietà, la fiducia degli intervistati nel sistema giudiziario; queste informazioni saranno integrate tramite dati provenienti da diversi studi sull'indipendenza della magistratura, l'efficacia del sistema giudiziario, le caratteristiche strutturali dell'amministrazione della giustizia, la fiducia dei cittadini nelle altre istituzioni dello Stato.

Nella Sezione 2 di questo saggio saranno in primo luogo presi in con-

* Professore Ordinario di Scienza Politica, presso l'Università di Bologna Alma Mater Studiorum, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali.

¹ J. G. GIBSON, *Judicial Institutions*, in R.A.W RHODES S. A. BINDER E B. A. ROCKMAN (a cura di) *Political Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 514-534.

² D. EASTON, *A Reassessment of the Concept of Political Support*, in *British Journal of Political Science*, 1975, pp. 435-457.

siderazione i livelli di fiducia nel sistema giudiziario di ogni paese in prospettiva diacronica. Successivamente saranno esaminati i dati rilevati da Eurobarometro nell'autunno 2016³: saranno illustrate le relazioni fra i livelli di fiducia dei diversi Paesi e alcune caratteristiche dei loro sistemi giudiziari, quali l'efficacia nella risoluzione delle controversie civili e l'indipendenza dei magistrati così come percepita dai cittadini e da operatori economici (vedi Sez. 3). Saranno poi riportati i risultati di un'analisi volta ad evidenziare, paese per paese, le relazioni fra alcune caratteristiche dei singoli soggetti intervistati da Eurobarometro nel 2016 (fra cui età, genere, livello di istruzione, propensione a dichiarare la propria fiducia nei confronti di altre istituzioni pubbliche e sociali) e la loro fiducia verso il sistema giudiziario del loro paese (Sez. 4). La Sezione 5 sarà infine dedicata ad alcune considerazioni conclusive.

2. La fiducia nei sistemi giudiziari dei paesi europei dagli anni '90 in poi

Il servizio Eurobarometro, una struttura della Commissione Europea, conduce periodicamente inchieste campionarie nei paesi dell'Unione Europea⁴. A partire dai primi anni '70 Eurobarometro ha compiuto rilevazioni su tematiche europee o su aspetti della vita politica e sociale dei paesi aderenti. Nel 1974 viene avviata una rilevazione periodica denominata "Standard Eurobarometer" che prevede la raccolta sistematica di alcune informazioni con domande che vengono utilizzate nella stessa forma al fine di facilitare la comparazione dei risultati; a partire dal 1997⁵ sono incluse nella rilevazione domande sulla fiducia nelle istituzioni politiche e sociali, nazionali e sovranazionali. Nel corso del tempo le istituzioni incluse nel quesito sono aumentate, ad esempio sono state aggiunte quelle che fanno riferimento alle tecnologie della comunicazione come Internet e i *Social networks*. La domanda utilizzata nell'ultima rilevazione effettuata nel 2006 (EB 86.2) è la seguente:

³ Si tratta dei dati della rilevazione Standard Eurobarometer EB 86.2; la matrice dati ottenuta tramite il sito GESIS – Leibniz Institute presenta il codice ZA6788.

⁴ Si veda, su questo tema, il sito di Eurobarometro: <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm>

⁵ Standard Eurobarometer 48.

«Vorrei ora porle una domanda su quanto si fida di alcuni mezzi di informazione e istituzioni. Per ciascuno dei seguenti mezzi di informazione e istituzioni, per favore mi dica se tende ad avere fiducia o tende a non avere fiducia in esso».

		Si fida	Non si fida	Non sa
1	La stampa cartacea	☐	☐	☐
2	La radio	☐	☐	☐
3	La televisione	☐	☐	☐
4	Internet	☐	☐	☐
5	Social network online	☐	☐	☐
6	La giustizia, il sistema giudiziario [...]	☐	☐	☐
7	La polizia	☐	☐	☐
8	L'esercito	☐	☐	☐
9	La pubblica amministrazione in [...]	☐	☐	☐
10	I partiti politici	☐	☐	☐
11	Le autorità pubbliche regionali o locali	☐	☐	☐
12	Il Governo [...]	☐	☐	☐
13	Il Parlamento [...]	☐	☐	☐
14	L'Unione Europea	☐	☐	☐
15	Le Nazioni Unite	☐	☐	☐

La Commissione Europea, tramite il sito Web Eurobarometro, pubblica brevi rapporti che illustrano i principali risultati delle rilevazioni. Attraverso un apposito sito gestito dal GESIS – Leibniz Institute for the Social Sciences – poi vengono messe a disposizione della comunità scientifica le basi dati di tutte le rilevazioni per consentire a coloro che sono interessati di effettuare approfondimenti di analisi; questo servizio offre una preziosa opportunità di studio per coloro che desiderano effettuare analisi comparate su dati di sondaggio⁶. Nel prosieguo di questo saggio saranno analizzati i dati relativi alla fiducia nei sistemi giudiziari nazionali rilevata da Eurobarometro fra il 1997 ed il 2016. È bene ricordare che in queste inchieste i campioni di soggetti intervistati in ciascun paese sono stati estratti dalla popolazione residente in quello stato; tale popolazione è composta in larga parte da soggetti che non hanno avuto esperienza diretta di rapporti con il sistema giudiziario, ad esempio in qualità di parti processuali o di testimoni. Le opinioni espresse dagli intervistati di un paese possono quindi essere riferite all'intera popolazione nazionale e non a quella degli utenti del sistema giudiziario.

⁶ Si tratta di un approccio riconducibile all'analisi secondaria; su questo tema si veda, ad esempio, P. CORBETTA, *Metodologia e tecniche della ricerca sociale*, Bologna, Il Mulino, 2014, Sez. 6.3.

La Tabella 1 riporta la percentuale di soggetti che, intervistati nelle diverse rilevazioni Eurobarometro, hanno dichiarato di aver fiducia nel sistema giudiziario del loro paese. Ogni rilevazione viene riportata in una colonna; l'ultima colonna della tabella riporta la media dei valori fatti registrare da un singolo paese nelle diverse rilevazioni. I dati relativi ad ogni singolo paese sono riportati nelle righe della tabella e sono suddivisi a seconda di due criteri. In primo luogo i paesi sono suddivisi in due gruppi. Il primo è quello dei quindici paesi che hanno aderito alle istituzioni europee entro gli anni '90 del secolo scorso; per questi paesi sono disponibili tutte le rilevazioni Eurobarometro dal 1997 al 2016. Il secondo gruppo di paesi è composto dai tredici stati che hanno aderito all'Unione Europea dal 2004 in poi; per questi paesi sono disponibili solo i dati raccolti a partire dal 2004. Inoltre, all'interno di ogni gruppo di paesi, gli stati sono ordinati a seconda del livello medio di fiducia nel sistema giudiziario: in alto sono riportati i paesi che presentano valori medi di fiducia più elevati e, a seguire, sono indicati quelli con valori via via più bassi⁷.

⁷ In questa sezione saranno oggetto di commento e di attenzione soprattutto i valori medi calcolati a partire dalle percentuali di fiducia rilevate nei sondaggi Eurobarometro; questa impostazione dell'analisi consente di tenere conto delle inevitabili fluttuazioni della fiducia che caratterizzano le diverse rilevazioni.

Tab.1 - Soggetti che dichiarano di avere fiducia nel sistema giudiziario nazionale per paese (dati percentuali; Fonte Eurobarometro)

Tab. 1. Soggetti che dichiarano di avere fiducia nel sistema giudiziario nazionale per paese (dati percentuali; Fonte Eurobarometro)																																	
Paesi	ott-97	mar-99	nov-00	apr-01	ott-01	mar-02	ott-03	feb-04	ott-04	mag-05	ott-05	set-06	mar-07	ott-08	giu-09	ott-09	nov-10	ott-11	mag-12	nov-13	mag-14	nov-15	mag-16	nov-16									
DK	72	70	78	74	80	75	80	79	76	79	83	80	76	85	83	80	81	80	84	87	84	87	84	80									
FI	50	61	69	63	69	68	74	68	69	73	78	75	75	77	80	84	78	74	77	81	82	84	84	74									
AT	62	61	69	70	73	69	67	68	68	74	72	72	76	73	76	73	67	71	70	72	72	73	70										
SE	48	53	62	57	66	58	66	58	57	58	64	51	63	63	67	75	73	60	73	76	79	78	72	64									
NL	54	59	58	60	62	55	62	50	49	57	65	60	60	67	63	66	64	51	65	69	77	73	79	62									
LU	51	59	70	56	61	56	55	54	57	55	65	59	52	56	52	58	62	61	60	61	66	65	74	59									
DE	50	52	55	58	61	57	60	55	56	58	58	60	55	59	58	59	63	58	60	64	67	58	69	59									
EL	63	55	61	62	69	61	69	68	73	66	53	59	59	58	48	44	44	52	41	45	55	46	52	57									
IE	59	49	59	55	61	58	50	48	50	46	52	48	45	45	57	53	49	45	42	51	58	56	63	52									
UK	48	48	50	49	53	46	47	43	37	50	54	49	46	49	49	55	53	48	50	60	65	67	62	51									
ES	39	40	48	42	46	42	43	41	47	45	47	46	48	56	55	52	44	40	44	25	35	40	43	44									
FR	36	35	48	41	40	34	43	39	42	39	53	40	40	47	46	51	50	39	45	53	51	52	44	44									
BE	14	22	39	34	37	35	36	34	30	39	48	40	43	51	49	49	37	35	36	46	53	49	50	39									
PT	40	42	32	31	35	35	46	47	36	36	41	37	42	37	37	41	37	31	28	35	46	43	44	38									
IT	31	36	35	40	40	44	41	46	35	43	47	37	33	31	32	36	37	42	33	31	36	31	37										
EE																																	
CY																																	
MT																																	
HU																																	
CZ																																	
PL																																	
LV																																	
RO																																	
LT																																	
SK																																	
SI																																	
HR																																	
BG																																	

Come si può osservare alcuni Paesi dell'Unione Europea, Danimarca, Finlandia e Austria, presentano valori medi di fiducia nel sistema giudiziario nazionale pari superiori al 70% (vedi Tab. 1); ciò significa che nei diversi sondaggi effettuati fra il 1997 e il 2016 quote elevate di intervistati, almeno due cittadini su tre – in alcune rilevazioni otto su dieci – dichiarano di avere fiducia nel loro sistema giudiziario nazionale. La Tabella 1 mostra che anche Svezia e Olanda fanno registrare percentuali di fiducia molto elevate (rispettivamente 64% e 62%) nei tribunali nazionali.

Vi sono poi diversi paesi nei quali gli intervistati dichiarano di avere fiducia nel loro sistema giudiziario in misura elevata e comunque superiore al 50%. Fra questi vi sono il Lussemburgo e la Germania (59%), la Grecia (57%), l'Estonia (54%), l'Irlanda (52%), il Regno Unito (52%) e Cipro (50%).

Spagna, Francia, Malta e Ungheria fanno registrare valori medi di poco inferiori al 50% (vedi Tab. 1).

Infine un folto gruppo di paesi presenta medie di fiducia inferiori al 40% degli intervistati (vedi Tab. 1). Fra questi vi sono il Belgio, il Portogallo e l'Italia (i valori di questi paesi si collocano fra il 37 e il 39%) e paesi di recente accesso nell'Unione Europea: Repubblica Ceca (36%), Polonia (34%), Lettonia (33%), Romania (32%), Lituania (30%), Slovacchia (29%), Slovenia (27%), Croazia (23%) e Bulgaria (17%).

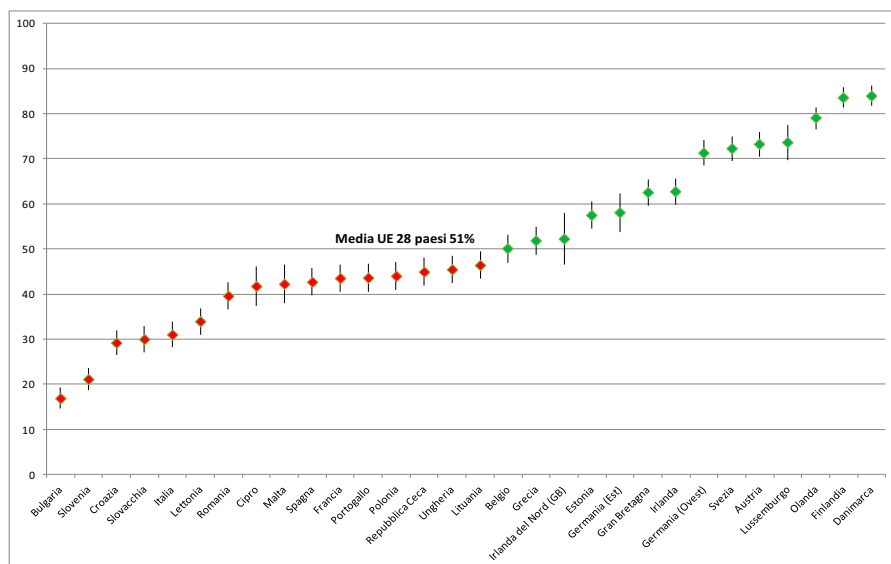
In definitiva un'osservazione della Tab. 1 consente di individuare quattro gruppi di paesi: 1) quello dei paesi (ad es. la Danimarca) con un livello di fiducia nelle Corti nazionali molto elevato, superiore o intorno ai due terzi dei campioni di cittadini intervistati nei quasi venti anni di rilevazione; 2) quello dei sistemi (fra cui la Germania) nei quali la maggioranza dei cittadini sembra comunque nutrire fiducia nei tribunali del paese; 3) il gruppo degli stati (ad es. la Francia) in cui coloro che si dichiarano fiduciosi del sistema giudiziario sono in minoranza rispetto a coloro che non lo sono ma tale divario è tutto sommato limitato; 4) infine il gruppo dei paesi (fra questi ad es. l'Italia, la Polonia, la Romania) dove solo un cittadino su tre (o anche meno) mostra di avere fiducia nella giustizia statale.

La breve descrizione fin qui condotta suggerisce di indirizzare l'attenzione verso i fattori causali che possono contribuire a rendere conto delle rilevanti differenze nei livelli di fiducia dei cittadini nei confronti dei sistemi giudiziari nazionali. Al fine di contribuire ad una riflessione su queste problematiche nel prosieguo di questo saggio saranno analizzati i dati relativi alla rilevazione Eurobarometro dell'autunno 2016⁸. La Figura 1 illustra il

⁸ Si tratta dell'Eurobarometro Standard n. 86. I rapporti che illustrano i risultati della rilevazione sono disponibili sul seguente sito web: <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/STANDARD/sur->

livello di fiducia nelle Corti di giustizia rilevato nei singoli paesi dell'Unione Europea nell'autunno 2016⁹; la media relativa a tutta l'Unione è pari al 51%; la figura evidenzia i paesi che presentano valori di fiducia inferiori alla media e quelli che invece si collocano al di sopra di essa.

Fig. 1. *Fiducia nel sistema giudiziario nazionale nei 28 Paesi UE; valori percentuali; Fonte Eurobarometro Standard EB 86, novembre 2016*



Nel prosieguo di questo saggio saranno prese in considerazione alcune proprietà del sistema giudiziario dei paesi europei al fine di valutarne la connessione con la fiducia dei cittadini (vedi Sez. 3); sarà poi condotta un'analisi volta a studiare l'associazione, in alcuni dei paesi dell'Unione Europea, fra la fiducia nel sistema giudiziario e quella nelle principali istituzioni politiche e sociali dei singoli paesi (vedi Sez. 4).

veyKy/2137. La base dati con le risposte dei singoli intervistati è pubblicata sul seguente sito del Leibnitz-Institut für Sozialwissenschaften: <https://www.gesis.org/home/>.

⁹ La figura riporta anche, per ogni paese, l'intervallo di confidenza rappresentato dai due segmenti (inferiore e superiore) collegati ad ogni valore; esso si può intendere come l'intervallo dei valori entro cui si ritiene ricada il valore di un parametro, nel nostro caso la percentuale di soggetti che dichiarano di avere fiducia nel sistema giudiziario di un paese, con una probabilità del 95%; su questo tema si veda, ad esempio, A. Agresti e B. Finlay *Statistica per le scienze sociali*, Milano, Pearson Paravia Bruno Mondadori 2009, 114. L'intervallo di confidenza sarà riportato anche nelle successive figure inserite in questo saggio.

3. *Fiducia nelle Corti e proprietà dei sistemi giudiziari dei paesi europei*

In questa sezione del saggio saranno analizzate le relazioni fra la fiducia dei cittadini europei nelle istituzioni giudiziarie nazionali e due rilevanti proprietà del sistema delle Corti: l'efficacia nella risoluzione delle controversie e l'indipendenza dei giudici. I dati relativi alla fiducia nei sistemi giudiziari nazionali sono tratti dalla rilevazione Eurobarometro EB 86 i cui dati sono stati raccolti nel novembre 2016. L'efficacia dei sistemi giudiziari è stata operativizzata ricorrendo all'indicatore della durata media dei procedimenti civili contenziosi di primo grado così come rilevata dalla Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) del Consiglio d'Europa e inclusi dalla Commissione Europea nel rapporto 2017 EU Justice Scoreboard¹⁰

La letteratura che affronta il tema della fiducia dei cittadini nelle istituzioni pubbliche segnala l'influenza delle *performances* delle istituzioni nella formazione degli atteggiamenti, di fiducia o di sfiducia, che i cittadini nutrono verso di loro¹¹. È quindi corretto attendersi che all'aumentare del livello di efficacia delle istituzioni giudiziarie nella risoluzione delle controversie si osservi un aumento della fiducia dei cittadini nei confronti delle Corti: in altre parole ci si attende che i sistemi giudiziari dove l'efficacia è maggiore siano anche quelli verso i quali anche la fiducia dei cittadini è maggiore.

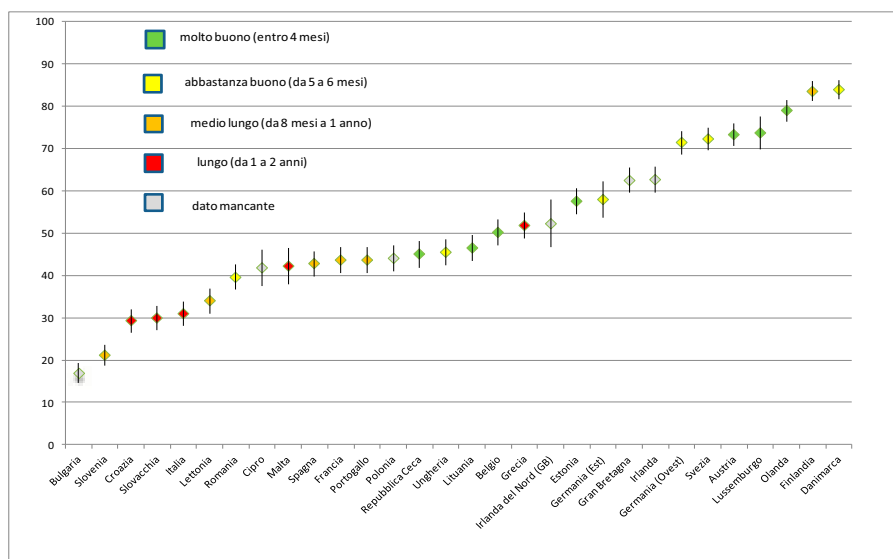
Come si può vedere nella Figura 2 i paesi europei con una maggiore efficacia del sistema giudiziario non sono sempre quelli con una più alta fiducia nelle Corti nazionali. In generale i sistemi giudiziari verso i quali una limitata quota di cittadini nutre fiducia sono anche quelli dove i tempi della giustizia sono, quanto meno in primo grado, più lunghi (ad es. la Slovenia, la Croazia e l'Italia); i sistemi invece dove i procedimenti hanno durata inferiore sono spesso quelli dove i cittadini mostrano livelli di fiducia più elevati (ad esempio l'Olanda e il Lussemburgo). Non mancano però esempi di stati nei quali i tempi della giustizia appaiono abbastanza buoni o molto buoni ma che tuttavia presentano valori di fiducia al di sotto della media dell'Unione Europea (51%); fra questi paesi si possono menzionare la Romania, la Repubblica Ceca, la Lituania. Troviamo poi un caso come la Grecia, che presenta un valore molto negativo in termini di durata dei procedimenti ma, al contempo, un valore di poco superiore alla media europea in termini di fiducia nelle Corti nazionali; si può infine menzionare la

¹⁰ Si veda Commissione Europea, 2017 *EU Justice Scoreboard*.

¹¹ Si vedano R. J. DALTON, *Democratic Challenges Democratic Choices*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 57 ss. e P. NORRIS, *Democratic Deficit. Critical Citizens Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press.

Finlandia che fa registrare un valore molto elevato di fiducia pur in presenza di tempi della giustizia (in primo grado) non particolarmente brevi.

Fig. 2. *Fiducia nel sistema giudiziario nazionale nei 28 Paesi UE per durata dei procedimenti civili contenziosi in primo grado; valori percentuali; Fonte Eurobarometro Standard EB 86, novembre 2016; EU Justice Scoreboard 2017*



In definitiva si può forse concludere che l'efficacia dei sistemi giudiziari europei nella soluzione delle controversie civili¹² risulta associata al livello di fiducia dei cittadini anche se la forza di tale associazione non appare estremamente elevata: la presenza di paesi con alta efficacia fra quelli in cui la fiducia risulta abbastanza bassa e, al contrario, l'appartenenza di paesi dove l'efficacia del sistema giudiziario appare tutto sommato limitata al gruppo di stati dove la fiducia è alta è alla base di questa considerazione.

Una caratteristica di estrema importanza di un sistema giudiziario è il livello di indipendenza dei giudici. Occorre ricordare che la modalità di soluzione giudiziaria delle controversie presenta rilevanti peculiarità. Il giudice infatti è chiamato a risolvere la lite fra le parti senza potersi giovare del consenso diretto di queste ultime (nei moderni sistemi liberal-democratici il giudice è imposto dallo Stato); inoltre le norme applicate non sono concordate dalle parti (a differenza di quanto avviene, ad esempio, nell'arbitrato).

¹² Occorre sempre ricordare che i dati sono riferiti alle decisioni di primo grado.

L'imparzialità e la professionalità del giudice sono quindi estremamente importanti per l'accettazione delle sue decisioni¹³. Cruciale, al fine di preservare l'imparzialità del giudice, appare quindi la sua indipendenza dalle parti. Occorre poi ricordare che, data la natura del giudice e delle istituzioni giudiziarie moderne, i quali fanno parte della struttura dello Stato, è fondamentale che il giudice sia ad appaia agli occhi dei cittadini indipendente anche nei confronti delle istituzioni politiche¹⁴. Queste considerazioni sono alla base della decisione di inserire in questo disegno di ricerca l'indipendenza del giudice fra le caratteristiche che possono contribuire a determinare la fiducia nei cittadini nei confronti del sistema giudiziario¹⁵; infatti i cittadini possono giudicare l'indipendenza dei giudici come una caratteristica che ne rafforza l'imparzialità e che quindi può contribuire a rafforzare la fiducia nelle istituzioni giudiziarie¹⁶.

La Figura 3 riporta per ogni paese europeo due informazioni. Da un lato viene indicata la percentuale di intervistati Eurobarometro che dichiarano di fidarsi nel sistema giudiziario nazionale (sono gli stessi valori riportati nella Fig. 1). In secondo luogo ciascun paese viene classificato a seconda della quota di cittadini che ritengono "buona" o "abbastanza buona" l'indipendenza dei giudici e delle Corti; si tratta di dati tratti da uno specifico sondaggio Eurobarometro¹⁷.

¹³ Si veda più ampiamente su questo punto T. ECHOFF, *The Mediator, The Judge, The Administrator in Conflict Resolution*, in *Acta Sociologica*, 1967; M. SHAPIRO, *Courts*, in F. I. Greenstein e N. W. POLSBY (a cura di) *Handbook of Political Science*, Reading (Mass.) Addison-Wesley, 1981, p. 8; C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, Padova, CEDAM, 1981, p. 26; C. GUARNIERI 2003, 14, op. cit..

¹⁴ C. GUARNIERI, 1981, op. cit.; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *The Power of Judges: a Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 31-59.

¹⁵ Sul tema dell'influenza dell'indipendenza dei magistrati, considerata nelle sue diverse forme e attraverso diversi indicatori, sulla fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario si vedano anche: BUHLMANN, M. and R. KUNZ, *Confidence in the Judiciary: comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems*, in *West European Politics*, 2011, pp. 317-345; C. GUARNIERI *L'indipendenza della magistratura in Europa: un'analisi delle riforme in corso*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Bologna*, 2015, pp. 383-401.

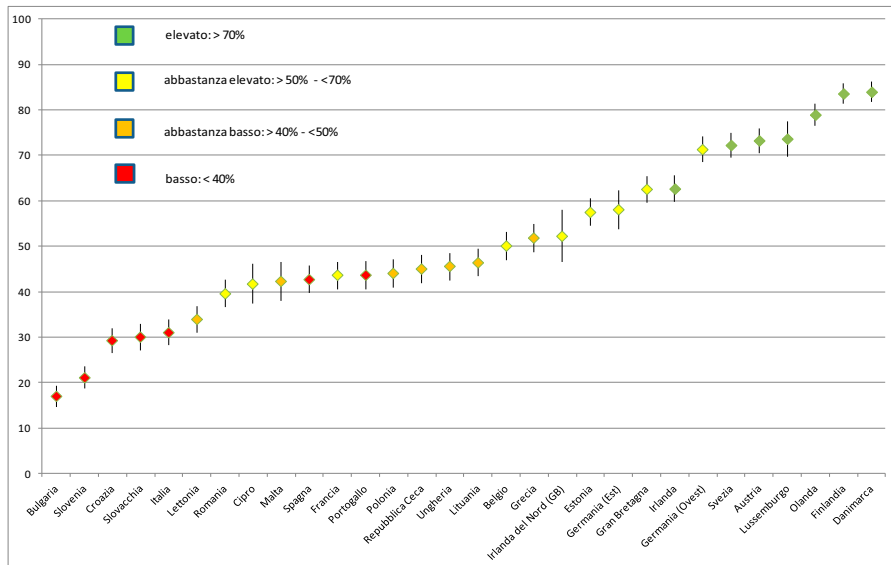
¹⁶ A sua volta si può ricordare che la fiducia nelle istituzioni giudiziarie può avere un ruolo nel rafforzamento della fiducia dei cittadini nelle istituzioni pubbliche. Questo tema sarà trattato nella Sez. 4 di questo saggio.

¹⁷ I dati riferiti ai giudizi dei cittadini sull'indipendenza dei tribunali e dei giudici di ciascun paese qui riportati sono tratti dalla ricerca Eurobarometro Flash Eurobarometer 435 e sono stati raccolti nel febbraio 2016. I paesi sono stati suddivisi in quattro classi a seconda della percentuale di soggetti che hanno considerato "buona" o "abbastanza buona" l'indipendenza dei giudici e dei tribunali nazionali. Le classi coincidono con i quartili della distribuzione della variabile. Questo indicatore di indipendenza giudiziaria è incluso anche nel rapporto 2017 *EU Justice Scoreboard* della Commissione Europea.

Come si può vedere (Fig. 3) i sistemi nei quali i giudici e le Corti sono percepite più indipendenti (sono quelli nei quali il sondaggio Flash Eurobarometro rileva che più del 50% di intervistati ritiene che i giudici siano indipendenti e sono indicati in giallo e verde nella Fig. 3) sono anche quelli nei quali i cittadini ripongono maggiore fiducia nel sistema giudiziario; al contrario i paesi dove i giudici sono giudicati indipendenti da una quota più limitata di persone sono anche quelli in cui la fiducia nelle Corti nazionali è in genere più bassa.

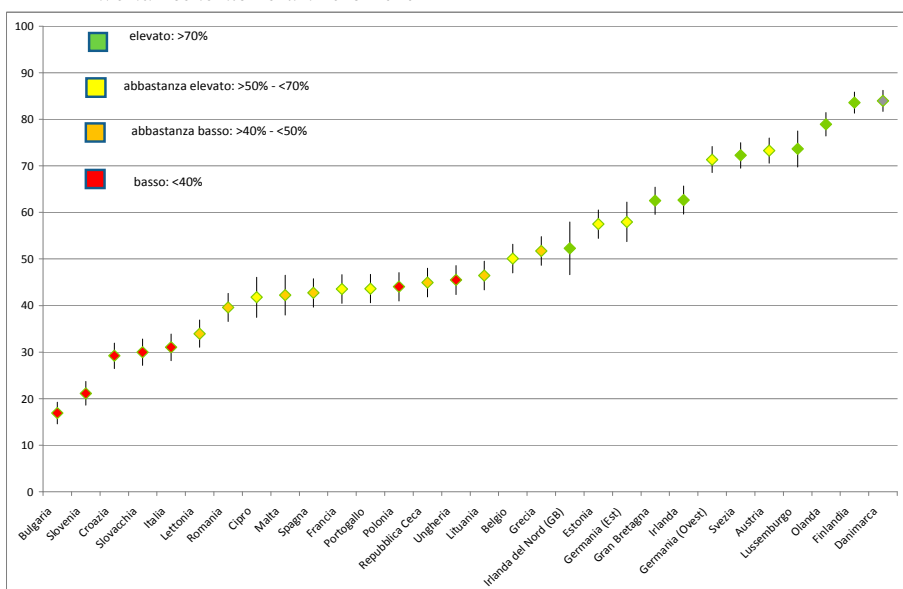
Come per la relazione fra efficacia della giustizia e fiducia nei tribunali (vedi Fig. 2) anche in questo caso vi sono paesi che presentano distribuzioni in contro tendenza rispetto alla maggioranza dei casi e nei quali troviamo livelli tutto sommato elevati nei giudizi sull'indipendenza dei giudici percepita dai cittadini associati a limitati livelli di fiducia (sono i casi di Romania, Cipro e Francia) ed un caso (quello della Grecia) dove un giudizio abbastanza negativo sull'indipendenza si accompagna ad uno di poco sopra la media europea (51%) sulla fiducia. Tutto sommato tuttavia l'indipendenza dei giudici e delle Corti, così come percepita dai cittadini, appare sufficientemente associata alla fiducia della cittadinanza nei sistemi giudiziari del Vecchio Continente.

Fig. 3. *Fiducia nei sistemi giudiziari dei Paesi UE a seconda della percezione di indipendenza dei giudici da parte dei cittadini; valori percentuali; Fonti: Standard Eurobarometro EB 86; Flash Eurobarometro 447*



Un secondo indicatore dell'indipendenza dei giudici così come percepita dai soggetti è tratto dal rapporto del World Economic Forum¹⁸. La Figura 4 mostra contemporaneamente i livelli di fiducia nel sistema giudiziario dei paesi dell'Unione Europea (presentati in questo saggio nella Fig. 1 e rilevati da Eurobarometro) insieme ad una classificazione del livello di indipendenza dei giudici e delle Corti così come percepito da operatori economici intervistati dal World Economic Forum; i paesi sono classificati con in livello di indipendenza percepito "elevato", "abbastanza elevato", "abbastanza basso" o "basso" a seconda del punteggio registrato dal WEF¹⁹.

Fig. 4. *Fiducia nei sistemi giudiziari dei Paesi UE a seconda dei giudizi sull' indipendenza dei giudici espressi da esperti; valori percentuali; Fonti: Standard Eurobarometro EB 86; World Economic Forum 2015-2016*



¹⁸ Si tratta di un dato incluso in una rilevazione periodica del World Economic Forum 2016-2017 che, ad un campione nazionale di esperti (scelto fra gli operatori economici del paese i quali non necessariamente hanno avuto esperienze dirette di procedimenti giudiziari e quindi non esprimono le loro opinioni nella veste di utenti del sistema giudiziario) chiede un giudizio sulla percezione di indipendenza delle corti; il testo della domanda è il seguente: "Nel suo Paese, quanto il sistema giudiziario è indipendente dall'influenza del governo, di individui o aziende?". Si veda <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1>. Questo indicatore è incluso nel rapporto 2017 EU Justice Scoreboard della Commissione Europea al fine di stimare l'indipendenza giudiziaria nei singoli paesi dell'Unione Europea.

¹⁹ I paesi europei sono stati suddivisi nelle quattro classi ordinate sopra elencate a seconda dei quartili della distribuzione dei punteggi.

La fiducia nei sistemi giudiziari europei appare associata all'indipendenza giudiziaria così come percepita dal panel di soggetti intervistati dal *World Economic Forum*: i paesi che presentano punteggi più bassi in termini di indipendenza percepita sono anche quelli che in genere presentano livelli di fiducia inferiori nel sistema giudiziario espressi dai cittadini intervistati da Eurobarometro. Vi sono alcuni paesi che presentano una struttura dei punteggi che si discosta dalla tendenza generale sopra menzionata. Romania, Francia e Portogallo ricevono punteggi abbastanza elevati in termini di indipendenza giudiziaria ma presentano punteggi inferiori alla media UE in termini di fiducia dei cittadini nelle Corti nazionali; la Grecia, pur ottenendo punteggi medio-bassi in termini di indipendenza, invece fa registrare un livello di fiducia di poco superiore alla media europea e comunque un po' più elevato rispetto a quello che ci si attenderebbe tenendo conto della tendenza generale.

In conclusione i dati illustrati in questa sezione sembrano delineare un quadro abbastanza chiaro. All'aumentare dell'efficacia dei sistemi giudiziari²⁰ tende ad aumentare la fiducia dei cittadini nel sistema stesso; questa associazione tuttavia non appare molto forte poiché vi sono diversi paesi che presentano un livello di fiducia alquanto diverso da quello che ci si attenderebbe in base all'efficacia di quel sistema²¹. Maggiore sembra invece essere l'associazione fra l'indipendenza dei giudici e delle Corti (così come percepito dalla cittadinanza e da panel di esperti) ed il livello di fiducia dei cittadini: all'aumentare dell'indipendenza dei giudici aumenta in genere anche il livello di fiducia.

L'analisi fin qui condotta ha riguardato la relazione fra due caratteristiche di rilievo del sistema giudiziario – efficacia delle Corti e indipendenza dei giudici – e fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario. La riflessione sulle determinanti della fiducia nelle istituzioni giudiziarie proseguirà nella Sezione 4 nella quale saranno illustrate le relazioni fra alcune proprietà degli individui intervistati da Eurobarometro e la fiducia degli stessi soggetti nel sistema giudiziario del loro paese.

²⁰ Qui rilevata attraverso la durata media dei procedimenti civili in primo grado così come rilevata dal rapporto 2017 EU Justice Scoreboard.

²¹ In questo lavoro non è stata utilizzata la tecnica statistica della correlazione in ragione del limitato numero di casi costituito dai 28 paesi aderenti all'Unione Europea.

4. Fiducia nelle Corti e proprietà degli individui: caratteristiche socio grafiche e fiducia nelle altre istituzioni politiche

La fiducia dei cittadini nella giustizia può essere influenzata da diverse caratteristiche individuali. Gibson²² richiama i risultati di diversi studi empirici ed osserva che le persone che mostrano una maggiore conoscenza della legge e del funzionamento del sistema giudiziario presentano maggiore propensione ad avere fiducia nelle Corti. Per questo motivo in questo saggio saranno illustrati i risultati di un'analisi della relazione fra alcune caratteristiche individuali dei soggetti intervistati da Eurobarometro e la fiducia da loro stessi espressa nei confronti del sistema giudiziario²³. Particolare attenzione sarà assegnata alle caratteristiche che possono essere considerate indicatori di conoscenza delle norme giuridiche e del funzionamento delle istituzioni giudiziarie; fra queste si debbono menzionare in primo luogo il livello di istruzione – i soggetti con livelli di scolarità più elevati possono avere ricevuto maggiori conoscenze giuridiche – e la classe sociale – gli intervistati che occupano posizioni di lavoro di maggiore responsabilità e di coordinamento possono avere maggiori possibilità di avere contatti con le Corti giudiziarie e conoscerne il funzionamento.

In questa sezione saranno anche esplorate le relazioni fra la fiducia dei soggetti verso il sistema giudiziario ed alcune proprietà individuali relative alla fiducia e alla soddisfazione verso le istituzioni pubbliche ed il funzionamento delle istituzioni politiche. La ragione di questa scelta è duplice. In primo luogo gli studi sul sostegno dei cittadini verso le istituzioni politico-rappresentative segnalano le connessioni fra i giudizi del pubblico sul funzionamento delle istituzioni democratiche e le variazioni nei livelli di fiducia di cui queste ultime godono; gli stessi studi mettono in evidenza l'associazione fra la fiducia verso una singola istituzione politica e la fiducia verso altre istituzioni dello stesso tipo²⁴.

La necessità di semplificare il disegno comparato di questa parte dello studio ha suggerito di limitare il numero dei paesi inclusi nell'analisi e di effettuare quindi una selezione dei sistemi giudiziari da includere nel disegno comparato. I criteri che hanno guidato questa scelta sono quelli relativi all'area geografica, storica e culturale di appartenenza – si è cercato di includere paesi delle diverse zone geografiche dell'Unione Europea – nonché del

²² GIBSON 2008, pp. 526-527, op. cit.

²³ Anche in questo caso sono stati analizzati i dati raccolti nella rilevazione Standard Eurobarometer EB 86 (si veda *supra* nota 6).

²⁴ DALTON, 2008, op. cit.

livello di fiducia nelle istituzioni giudiziarie evidenziato nelle sezioni precedenti di questo saggio – sono stati inclusi paesi con diversi livelli di fiducia.

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte sono quindi stati individuati sette paesi; in primo luogo sono stati inclusi un paese di area scandinava ed uno dell'Europa continentale i quali presentano un elevato livello di fiducia nel sistema giudiziario: la Finlandia e l'Olanda; è stato poi inserito nel disegno di ricerca un paese dell'Europa continentale che presenta un livello di fiducia al di sopra della media europea, la Germania. Compagnono poi due paesi dell'Europa mediterranea con livelli di fiducia meno elevati: la Francia, che presenta un valore di poco al di sotto della media europea, e l'Italia, che invece mostra un livello di fiducia significativamente inferiore. Infine sono stati inclusi due paesi dell'Europa Centrale e Orientale con valori di fiducia inferiori alla media europea: la Polonia e l'Ungheria.

Fig. 5. *Fiducia nel sistema giudiziario in Finlandia secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86*

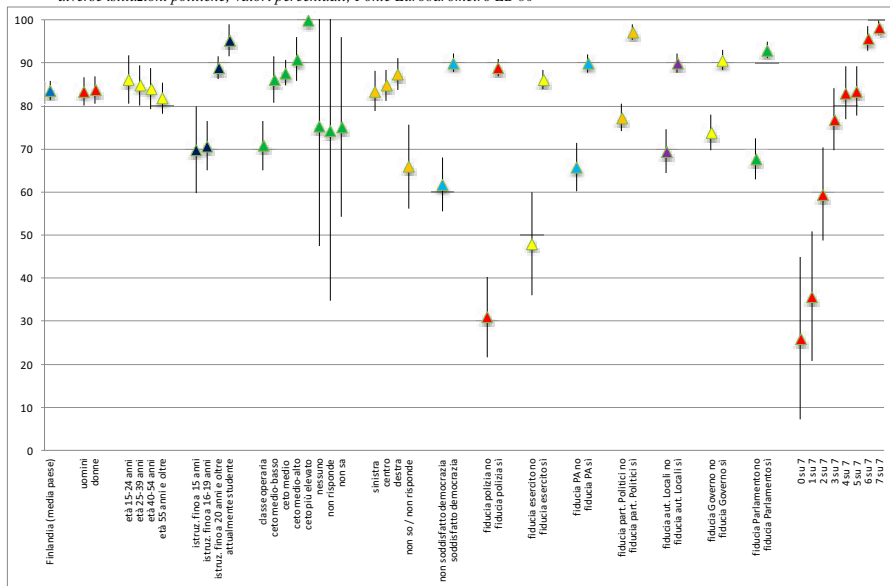


Fig. 6. *Fiducia nel sistema giudiziario in Olanda secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86*

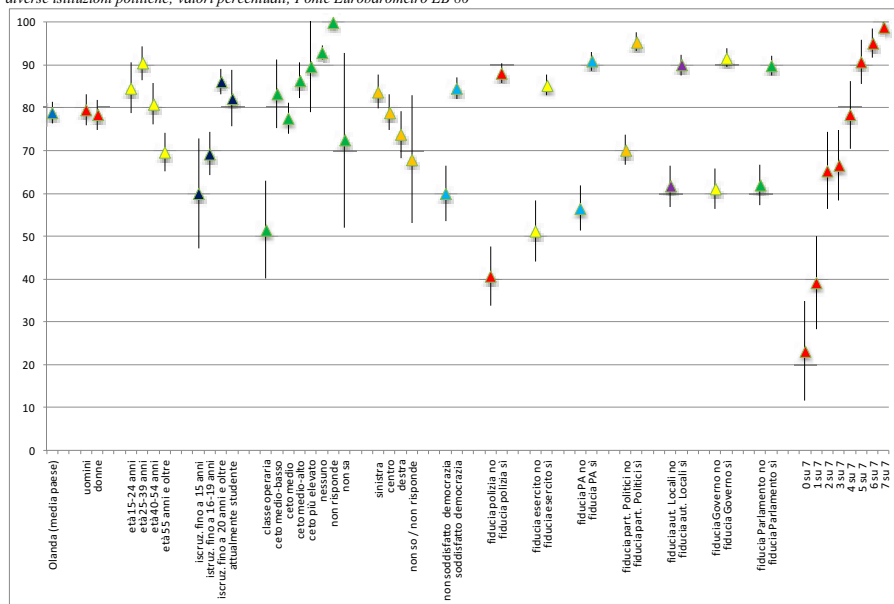


Fig. 7. *Fiducia nel sistema giudiziario in Germania (ad esclusione dei land precedentemente parte della DDR) secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86*

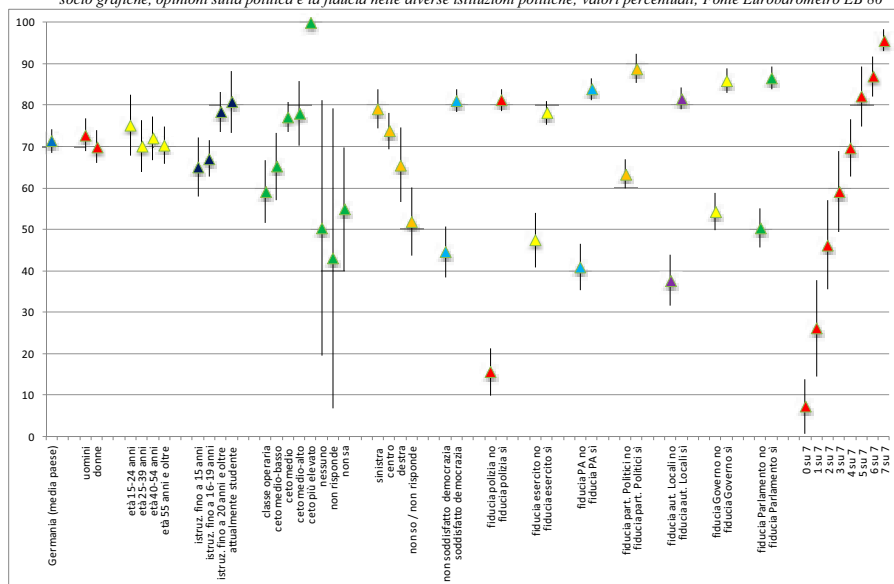


Fig. 8. Fiducia nel sistema giudiziario in Francia secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86

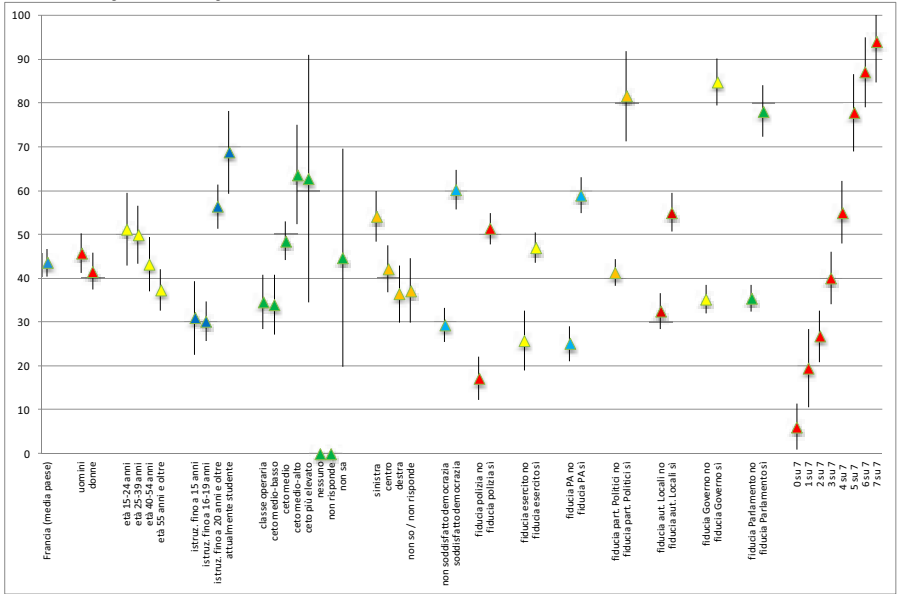


Fig. 9. Fiducia nel sistema giudiziario in Italia secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86

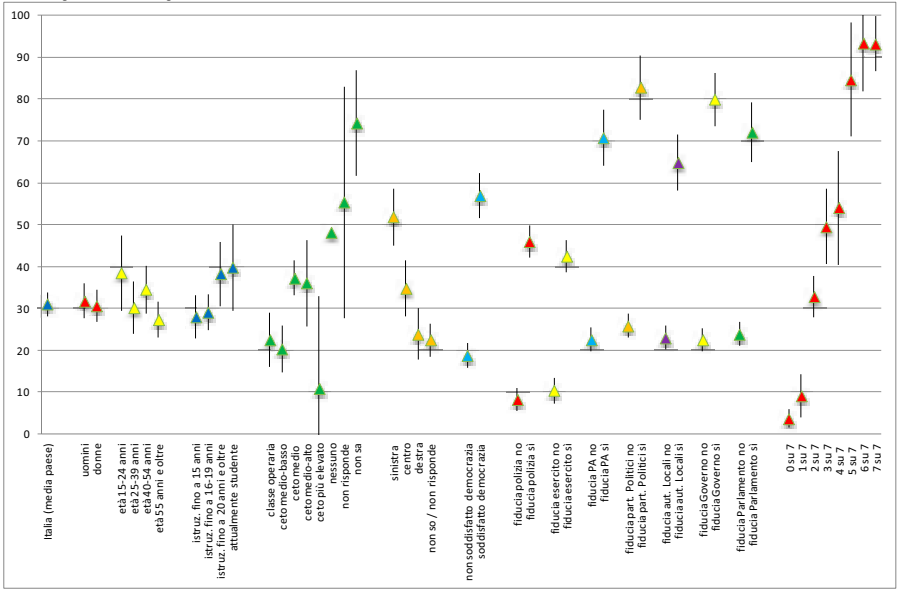


Fig. 10. Fiducia nel sistema giudiziario in Ungheria secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86

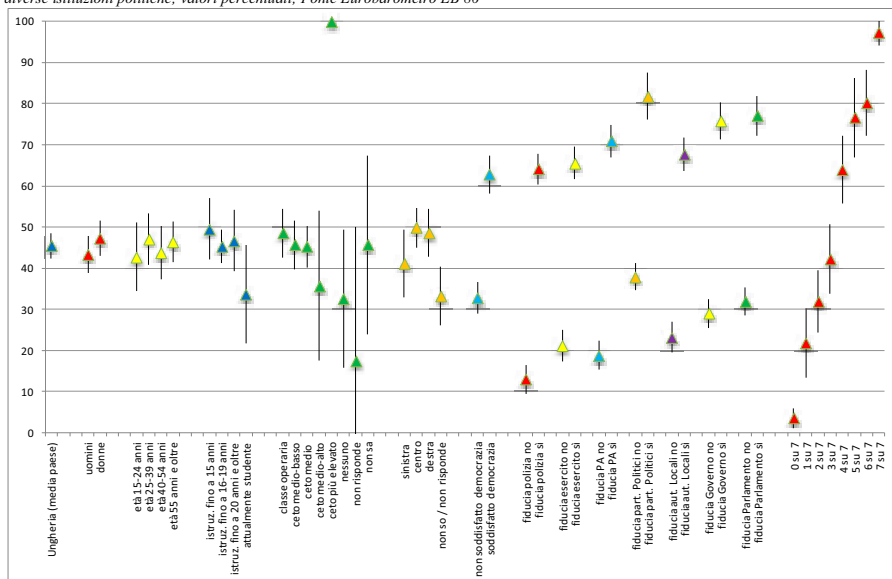
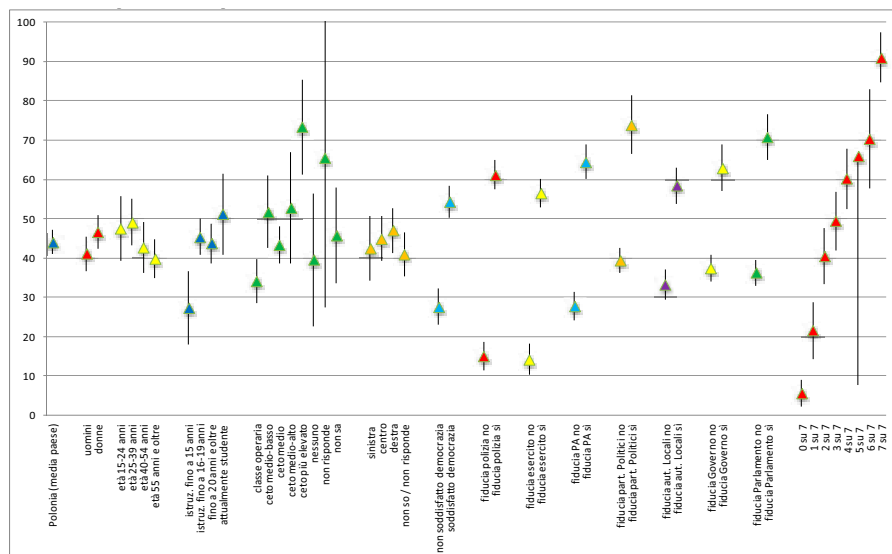


Fig. 11. Fiducia nel sistema giudiziario in Polonia secondo alcune caratteristiche socio grafiche, opinioni sulla politica e la fiducia nelle diverse istituzioni politiche; valori percentuali; Fonte Eurobarometro EB 86



La distribuzione dei dati relativi alla Finlandia (vedi Fig. 5) suggerisce che il genere e l'età degli intervistati residenti in quel paese non sembrano introdurre differenze di rilievo nel livello di fiducia verso il sistema giudiziario nazionale; infatti la media dei maschi non si discosta da quella delle femmine e vi sono limitatissime differenze fra i livelli di fiducia delle diverse classi di età.

Diversa invece l'influenza del livello di istruzione: coloro che hanno frequentato la scuola fino all'età di 19 anni presentano livelli di fiducia nel sistema giudiziario sensibilmente inferiori a quelli di coloro che hanno avuto un'istruzione di livello universitario o che erano studenti al momento della rilevazione: mentre fra i primi coloro che dichiarano di fidarsi della giustizia finlandese sono circa il 70% fra coloro che hanno frequentato l'università o stanno studiando questa percentuale si colloca intorno al 90%. Anche la classe sociale²⁵ sembra presentare una certa associazione con la propensione a fidarsi della giustizia in Finlandia: gli intervistati che si percepiscono appartenenti ai ceti medi o medio alti o a quelli più elevati tendono a presentare livelli di fiducia più elevati (intorno all'80%) rispetto a quelli che si collocano nella classe operaia. Sembra quindi che quanto riportato in letteratura trovi una conferma nei dati di questa ricerca: i soggetti che per livello di istruzione o per status socio-economico possono con maggiore probabilità aver maturato una conoscenza più approfondita del sistema giudiziario tendono a mostrare livelli di fiducia più elevati verso le Corti di giustizia.

I soggetti intervistati hanno risposto inoltre ad alcune domande che richiedevano loro opinioni sulla politica. In Finlandia gli orientamenti politici generali sulla dimensione sinistra-destra non sembrano influenzare i livelli di fiducia nella giustizia nazionale (vedi Fig. 5): coloro infatti che manifestano orientamenti di sinistra, di centro o di destra non presentano livelli di fiducia nelle istituzioni giudiziarie significativamente diversi²⁶.

Una proprietà che sembra invece fortemente associata con la fiducia nel sistema giudiziario è quella relativa al giudizio sul funzionamento del sistema democratico: i soggetti che forniscono una risposta positiva dichiarano di avere fiducia nella giustizia nazionale finlandese nella misura del 90% circa, mentre fra coloro che non si dichiarano soddisfatti del funzionamento della democrazia questa percentuale scende al 60% circa. Questa distribuzione

²⁵ Occorre ricordare che questa domanda chiedeva all'intervistato di collocare sé stesso e la propria famiglia in una specifica classe sociale; le risposte sono quindi da considerare frutto dell'auto-percezione degli intervistati.

²⁶ Fanno eccezione i soggetti che non si collocano sulla dimensione sinistra destra (perché non intendono o non sanno rispondere): questi soggetti invece si mostrano più diffidenti verso le corti nazionali.

appare coerente con le relazioni che emergono in Finlandia fra la fiducia nel sistema giudiziario e la fiducia in altre istituzioni pubbliche: in maniera sistematica gli intervistati che manifestano la loro fiducia per le istituzioni pubbliche – sia quelle legate al circuito della rappresentanza politica come i partiti politici, il parlamento, il governo e così via, sia quelle appartenenti alla pubblica amministrazione – presentano livelli di fiducia verso le Corti nazionali più elevati rispetto a coloro che invece non si fidano di quelle istituzioni che ricadono nel perimetro dello stato nazionale (vedi Fig. 5).

L'ultima distribuzione inclusa nella Figura 5 distingue gli intervistati in sette gruppi:

- a) *quello di coloro che non si fidano di nessuna delle sette istituzioni pubbliche incluse nell'analisi²⁷;*
- b) *quello di coloro che si fidano almeno di una delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- c) *quello di coloro che si fidano almeno di due delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- d) *quello di coloro che si fidano almeno di tre delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- e) *quello di coloro che si fidano almeno di quattro delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- f) *quello di coloro che si fidano almeno di cinque delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- g) *quello di coloro che si fidano almeno di sei delle sette istituzioni incluse nell'analisi;*
- h) *quello di coloro che si fidano di tutte le sette istituzioni incluse nell'analisi.*

Si può osservare che all'aumentare del numero di istituzioni pubbliche delle quali gli intervistati dichiarano di fidarsi aumenta anche la quota di persone che dichiarano di fidarsi del sistema giudiziario: fra coloro che non si fidano di nessuna istituzione pubblica la percentuale di soggetti che tuttavia dichiara di nutrire fiducia nei tribunali finlandesi è inferiore al 30; fra coloro che si fidano di almeno due istituzioni pubbliche la stessa percentuale

²⁷ Le istituzioni pubbliche incluse nel questionario Eurobarometro (oltre a quelle giudiziarie) per le quali sono state analizzate le risposte degli intervistati sono: la polizia, l'esercito, la Pubblica amministrazione, i Partiti politici, le Autorità locali, il Governo, il Parlamento.

sale al 60; nel gruppo dei soggetti che mostrano la loro fiducia in quattro delle istituzioni riconducibili allo stato incluse nel questionario sono oltre l'80% quelli che si fidano *anche* del sistema giudiziario; infine gli intervistati che rispondono di avere fiducia in sei delle istituzioni menzionate presentano livelli di fiducia nelle Corti di giustizia ben superiori al 90%.

In definitiva i dati relativi alla Finlandia fino a qui sintetizzati suggeriscono alcune considerazioni molte delle quali, come si vedrà più avanti, saranno riscontrate nell'analisi degli altri paesi trattati in questo saggio:

- a) *il livello di scolarità e lo status sociale sembrano associati ad una maggiore fiducia nel sistema giudiziario;*
- b) *i soggetti meglio integrati nel sistema politico istituzionale – ad esempio perché giudicano positivamente il funzionamento della democrazia – sono in genere più propensi a mostrare fiducia verso le Corti di giustizia;*
- c) *la fiducia nelle istituzioni che ricadono nel perimetro dello Stato nazionale sembra favorire la fiducia nelle istituzioni giudiziarie, la quale aumenta considerevolmente fra i soggetti propensi a mostrare fiducia nelle istituzioni pubbliche in generale.*

Le distribuzioni delle risposte del campione di cittadini olandesi presentano molte analogie rispetto a quelle tratte dai dati del campione finlandese. Le caratteristiche socio-grafiche degli intervistati che sembrano influenzare la fiducia nel sistema giudiziario nazionale sono il livello di istruzione – anche qui i soggetti che hanno frequentato l'università o che stanno studiando al momento della rilevazione presentano livelli più alti di fiducia – e l'auto-collocazione di classe – coloro che si considerano appartenenti ai ceti medio-alti o alti tendono a fidarsi di più delle Corti; a differenza di quanto rilevato in Finlandia l'età sembra lievemente associata alla fiducia nei tribunali: coloro che hanno un'età fra i 25 e i 39 anni tendono a mostrare livelli di fiducia più elevati sia rispetto ai più giovani, sia rispetto ai soggetti con età superiori. Sono lievi ma apprezzabili le differenze di fiducia fra coloro che si collocano a sinistra, al centro o a destra dello spettro politico (questi ultimi tendono ad avere un livello di fiducia nella giustizia leggermente più basso). Infine si conferma la tendenza molto marcata che vede bassi livelli di fiducia nel sistema giudiziario da parte di coloro che non si dichiarano soddisfatti del funzionamento della democrazia; come in Finlandia anche in Olanda la fiducia verso le principali istituzioni pubbliche appare fortemente associata a quella verso le Corti nazionali e i cittadini che dichiarano di fidarsi di alcune di queste istituzioni presentano un livello di fiducia nel sistema giudiziario

più elevato (a fronte di una media nazionale intorno all'80% coloro che in Olanda mostrano fiducia in nessuna o una sola istituzione pubblica presentano livelli di fiducia nelle Corti nazionali inferiori al 30% mentre coloro che dichiarano di fidarsi di almeno quattro istituzioni politiche o quanto meno pubbliche dichiarano di fidarsi della giustizia olandese in misura non inferiore all'80%).

Fra i casi oggetto di comparazione in questo saggio vi è la Germania²⁸. In sostanza si confermano, per il campione dei cittadini tedeschi, i risultati delle analisi fin qui svolte. Non si registra influenza del genere e dell'età dei soggetti sulla propensione a fidarsi del sistema giudiziario; gli intervistati che hanno un titolo di studio più elevato, o che stavano studiando al momento della rilevazione, presentano livelli di fiducia nelle Corti di circa dieci punti percentuali più alti di quelli fatti registrare da coloro che hanno frequentato la scuola fino a 19 anni; anche nel caso tedesco i soggetti che si collocano fra le classi sociali più elevate tendono a fidarsi in misura maggiore dei tribunali tedeschi. La fiducia nel sistema giudiziario è più diffusa fra gli intervistati che si dichiarano di sinistra (circa il 79%) e diminuisce fra coloro che si collocano al centro (74% circa) o a destra dello spettro politico (66% circa). Notevole è la differenza in termini di fiducia nella giustizia fra i soggetti che si dichiarano soddisfatti del funzionamento del sistema democratico (i fiduciosi sono circa l'81%) e coloro che invece non lo sono (solo il 45% circa di questi ultimi dichiara di fidarsi del sistema giudiziario tedesco). Infine la fiducia nelle Corti di giustizia è estremamente più elevata fra i cittadini che si fidano delle istituzioni pubbliche, quelle collegate alla rappresentanza politica e quelle della Pubblica Amministrazione (si veda la Fig. 7). Gli intervistati che dichiarano di non fidarsi di nessuna (o al massimo di una) delle sette istituzioni pubbliche qui prese in esame fanno registrare livelli di fiducia nelle Corti che non superano il 25% mentre coloro che invece affermano di fidarsi di almeno tre istituzioni sulle sette incluse nell'analisi si fidano nel sistema giudiziario in misura molto superiore (59%).

La Francia è un caso che fa registrare un livello di fiducia nel sistema giudiziario inferiore, anche se di poco, alla media dell'Unione Europea (44% contro una media generale poco al di sopra del 50%). Nonostante questa differenza, rispetto ai casi fin qui presi in esame, la struttura delle relazioni fra la fiducia nella giustizia nazionale e le variabili individuali incluse in questa analisi non varia di molto rispetto a quella riscontrata in Finlandia, Olanda e Germania (vedi Figura 8). Anche in Francia genere e età degli

²⁸ Occorre qui precisare che, in ragione della struttura del campionamento della rilevazione Eurobarometro, che considera a parte i land della Germania appartenenti alla DDR fino al 1990, sono stati analizzati solo i dati campione land occidentali.

intervistati non sembrano introdurre variazioni rilevanti nei livelli di fiducia nella giustizia (anche se gli intervistati con 40 anni e oltre presentano percentuali lievemente più basse); i soggetti con un'istruzione di tipo universitario, o che sono studenti al momento della rilevazione, hanno livelli di fiducia più alti di coloro che hanno concluso i loro studi a 19 anni o anche prima (almeno 15 punti percentuali separano i due gruppi). Anche la classe sociale in cui gli intervistati si auto-collocano sembra associata a forti differenze di fiducia: come nei paesi fin qui visti i soggetti che si posizionano nella classe operaia e nel ceto medio basso presentano una fiducia nei tribunali francesi molto più bassa rispetto a coloro che si considerano appartenenti ai ceti più elevati (la differenza sfiora i 30 punti percentuali). L'auto collocazione nello spazio politico introduce alcune differenze: la fiducia nella giustizia sembra essere superiore fra coloro che si considerano di sinistra per poi diminuire fra coloro che si collocano al centro e a destra²⁹. Anche il giudizio sul funzionamento della democrazia pare associato alla fiducia nella giustizia francese: fra gli intervistati insoddisfatti del funzionamento del sistema democratico solo il 30% circa ha fiducia nel sistema giudiziario mentre fra coloro che danno alla democrazia francese un giudizio positivo questa percentuale sale al 60%. Infine la fiducia nelle istituzioni pubbliche presenta una associazione con la fiducia nel sistema giudiziario molto simile a quella degli altri paesi qui analizzati: chi non ha fiducia nelle altre istituzioni pubbliche più di rado ha fiducia in quelle giudiziarie.

L'analisi delle relazioni fra la fiducia nel sistema giudiziario e le variabili individuali nel campione italiano presenta alcune analogie rispetto a quanto finora osservato in relazione ai campioni finora analizzati ma anche alcune interessanti specificità. Il livello di fiducia verso il sistema giudiziario italiano è del 31% circa (vedi Fig. 9). Similmente a quanto osservato negli altri paesi sono estremamente limitate le differenze di fiducia verso le Corti italiane associate al genere e all'età degli intervistati; anche in Italia i soggetti che presentano livelli di istruzione più elevati tendono più frequentemente a manifestare fiducia verso i tribunali nazionali; la differenza rispetto a coloro che hanno terminato prima gli studi è tuttavia più limitata (in Francia ad esempio il divario è superiore a 25 punti percentuali, mentre nel campione italiano si limita a 10). La classe sociale in cui si collocano gli intervistati appare associata a diversi livelli di fiducia verso la giustizia italiana e questi ultimi sono più elevati fra il ceto medio e medio alto rispetto che fra i ceti operai e quello medio basso; è interessante notare che nel gruppo che si col-

²⁹ I due valori pari a 0 relativi ai gruppi di coloro che rifiutano di collocarsi in una classe sociale e di coloro che non rispondono derivano dalla esigua numerosità di questi gruppi, costituiti da tre casi che dichiarano di non avere fiducia nel sistema giudiziario francese.

loca al livello sociale più elevato – purtroppo con una numerosità piuttosto esigua sul piano statistico – la fiducia nella giustizia è addirittura inferiore rispetto a quella della classe operaia. La collocazione sulla dimensione politica sinistra-destra introduce alcune differenze in termini di fiducia nel sistema giudiziario: coloro che si considerano di sinistra presentano un livello di fiducia più elevato, 52% circa, superiore di 20 punti percentuali rispetto alla media nazionale mentre i soggetti che si autocollocano al centro o a destra mostrano livelli più bassi di fiducia nelle Corti di giustizia (rispettivamente il 35% e il 24%); è da notare che il gruppo di coloro che rifiutano collocarsi sulla dimensione sinistra-destra (o non sanno collocarsi) in Italia è numeroso³⁰ e fa registrare un livello di fiducia non dissimile da quello calcolato nel gruppo degli intervistati che si definiscono di destra (22% contro il 24% sopra ricordato). Il giudizio sul funzionamento del sistema democratico è associato ad una differenza rilevante in termini di fiducia nella giustizia: sono quasi 40 i punti percentuali che separano la fiducia nelle Corti italiane del gruppo di coloro che si ritengono soddisfatti del funzionamento della democrazia italiana dalla fiducia rilevata fra coloro che non lo sono. Analogamente a quanto emerso nei paesi fin qui presi in considerazione la fiducia nelle altre istituzioni pubbliche è associata ad un livello più elevato di fiducia nelle istituzioni giudiziarie e questo vale anche se si calcolano i livelli di fiducia nella giustizia associati alla variabile relativa al numero di istituzioni pubbliche di cui gli intervistati dichiarano di fidarsi (la variabile riportata a destra nella Figura 9).

L'Ungheria è uno dei due casi dell'Europa Centrale (di relativamente recente ingresso nell'Unione Europea) incluso in questa analisi. Il livello di fiducia nel sistema giudiziario nazionale degli ungheresi è di qualche punto percentuale al di sotto della media dell'Unione. Fra le particolarità di questo caso occorre rilevare la relazione fra il livello di scolarità e la fiducia nel sistema giudiziario ungherese: non si rileva l'associazione fra un'istruzione universitaria ed un incremento nella fiducia verso le Corti; anzi, il gruppo degli intervistati che, al momento della rilevazione, stanno studiando, presenta un livello di fiducia più basso. Anche le classi sociali più elevate, al contrario di quanto avviene in genere nei paesi qui presi in esame, presentano percentuali più basse di soggetti che dichiarano la loro fiducia nelle Corti nazionali³¹. La struttura delle relazioni fra le altre variabili e la fiducia nel sistema giudiziario

³⁰ I soggetti che, in Italia non si collocano sul continuum sinistra – destra sono poco più del 40%; si può notare che l'intervallo di confidenza in questo gruppo è limitato al contrario di quanto riscontrato in diversi paesi fin qui menzionati.

³¹ Occorre tuttavia ricordare l'esiguità di questi gruppi di intervistati; il gruppo che include il ceto sociale più elevato è composto da un solo caso.

non si discosta in misura significativa da quella descritta in alcuni dei casi in precedenza analizzati: non si riscontrano differenze significative fra i gruppi di intervistati che, in termini politici, si dichiarano di sinistra, di centro o di destra; coloro che esprimono un giudizio negativo sul funzionamento del sistema democratico presentano livelli di fiducia inferiori a coloro che sono invece soddisfatti della democrazia in Ungheria e anche la relazione fra la fiducia nelle diverse istituzioni pubbliche e quella verso le Corti di giustizia nazionali non presenta una diversa forma rispetto a quella fin qui osservata negli altri paesi analizzati.

La Figura 11 riporta i risultati delle analisi sul campione polacco. La percentuale di cittadini che dichiara di avere fiducia nel sistema giudiziario della Polonia è pari al 44% circa. Sono limitatissime e non significative le differenze della distribuzione della fiducia nelle Corti di giustizia associate al genere e all'età degli intervistati. Il livello di scolarità dei soggetti sembra essere associato positivamente alla fiducia nella giustizia – più il primo è elevato più è elevata anche la seconda – ma a differenza degli altri paesi fin qui esaminati, dove in genere solo in presenza di studi di livello universitario si assisteva ad un incremento del livello di fiducia, in Polonia coloro che hanno proseguito gli studi fino a 16 e a 19 anni presentano una percentuale di soggetti che si fidano della giustizia nazionale molto vicina a quella di coloro che hanno frequentato l'università; solo gli intervistati che hanno interrotto la scuola a 15 anni presentano livelli di fiducia più bassi di quasi 20 punti percentuali. La classe sociale – così come auto percepita dagli intervistati – sembra influenzare positivamente la fiducia nelle Corti nazionali salvo che per il ceto medio che mostra livelli di fiducia più limitati sia della classe sociale più bassa – il ceto medio basso – sia di quella più elevata – il ceto medio alto. Nel campione polacco l'orientamento politico – di sinistra, di centro o di destra – non sembra associato alla fiducia nel sistema giudiziario. Le relazioni fra la fiducia nel sistema giudiziario e le variabili relative al giudizio sul funzionamento della democrazia e alla fiducia nelle altre istituzioni pubbliche hanno una struttura analoga a quella rilevata negli altri paesi qui analizzati: coloro che giudicano positivamente il funzionamento del sistema democratico e dichiarano di avere fiducia nelle singole istituzioni pubbliche presentano livelli di fiducia nel sistema giudiziario nazionale superiori a quelli di coloro che invece sono insoddisfatti di come lavora la democrazia polacca o non hanno fiducia nelle altre istituzioni nazionali.

5. Conclusioni

Al termine di questa breve analisi sulla fiducia dei cittadini nei sistemi giudiziari dell'Europa si possono avanzare alcune osservazioni.

In primo luogo occorre ricordare che, nell'autunno del 2016, nei paesi dell'Unione Europea, il livello di fiducia verso il sistema giudiziario è stimato da Eurobarometro intorno al 50%. Questa media europea assume tuttavia valori diversi nei 28 paesi dell'Unione e nel corso del tempo. Se si tiene conto delle diverse rilevazioni effettuate da Eurobarometro in alcuni di questi paesi – principalmente, ma non solo, quelli dell'Europa del Nord – almeno due cittadini su tre affermano di avere fiducia nelle Corti nazionali; in altri il livello di fiducia è inferiore ma comunque al di sopra del 50%; nel complesso gli stati che si trovano in questa condizione sono una decina³². Gli altri paesi presentano livelli di fiducia inferiori al 50%; fra questi non sono pochi gli stati nei quali solo un terzo dei cittadini dichiara di avere fiducia nel sistema giudiziario nazionale (vedi Tab. 1).

In questo saggio è stata poi portata avanti una riflessione sulle proprietà che possono essere associate ai diversi livelli di fiducia. Le informazioni utilizzate per questa riflessione si dividono in due gruppi: quelle riferite all'intero sistema giudiziario e quelle attribuibili ai singoli individui. Fra le variabili riferite a livello globale vi è quella che riguarda la durata media dei procedimenti civili di primo grado³³ – considerata un indicatore di efficacia del sistema – e quelle relative all'indipendenza percepita delle Corti e dei magistrati – considerate indicatori della percezione di imparzialità della funzione giurisdizionale. I risultati delle analisi qui condotte suggeriscono che entrambe le dimensioni – quella dell'efficacia e quella dell'indipendenza – sembrano in qualche modo associate alla fiducia nel sistema giudiziario anche se le variabili relative all'indipendenza dei giudici e delle Corti qui utilizzate sembrano avere un legame più stretto con la fiducia della cittadinanza nei confronti del sistema giudiziario.

Infine è stata condotta un'analisi volta a studiare l'associazione fra una

³² Bisogna ricordare che le rilevazioni sulle quali si basano le considerazioni avanzate in questo saggio sono 23 per i paesi membri dell'UE prima del 2004 e 14 per quelli che sono entrati nell'Unione successivamente. I risultati di una rilevazione possono collocare un paese fra quelli che presentano valori di fiducia nel sistema giudiziario superiori alla media ma la rilevazione successiva può presentare risultati diversi che lo collocano nell'altro gruppo. In questo studio, la Tab. 1 include anche il valore medio delle rilevazioni al fine di fornire al lettore un valore di tendenza centrale, il baricentro di quelli rilevati per ciascun paese.

³³ Si veda la Sez. 3 di questo saggio.

serie di proprietà degli individui e la fiducia degli stessi soggetti intervistati nel sistema giudiziario nazionale. L'analisi ha consentito di mettere in luce alcune specificità nazionali ma ha altresì permesso di avanzare diverse considerazioni che riguardano in generale i paesi inclusi in questo disegno di analisi.

La Figura 12 contiene un quadro sinottico delle variabili che nei singoli paesi, a livello bivariato, hanno una relazione con la fiducia nella giustizia; quando all'aumentare dei valori di una variabile (ad esempio il livello di istruzione) aumenta anche la percentuale di soggetti che in un paese dichiara di avere fiducia nel sistema giudiziario nazionale – si vedano le Figure 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 11 dedicate ai singoli paesi qui oggetto di analisi – viene indicato il segno “+”; quando invece all'aumentare dei valori di una variabile (si veda ad esempio l'autocollocazione sul continuum sinistra-destra) diminuisce la percentuale di intervistati che mostrano fiducia nella giustizia del paese viene indicato il segno “-”³⁴.

³⁴ Occorre qui riportare due precisazioni. La variabile “genere” è stata riportata nel quadro sinottico della Fig. 12 indicando il solo genere maschile; in questo caso ove fosse riportato il segno “+” questo indicherebbe che i casi di genere maschile presentano un livello di fiducia nella giustizia superiore a quello dei casi di genere femminile; un segno “-” indicherebbe che i casi di genere maschile presentano un livello di fiducia inferiore di quelli di genere femminile. La variabile che riporta l'autocollocazione politica degli intervistati sul continuum sinistra-destra, *convenzionalmente*, presenta il valore più basso assegnato alla modalità “sinistra” ed il valore più alto assegnato alla modalità “destra”; ciò è dovuto al fatto che negli schemi di risposta dei questionari sottoposti agli intervistati il continuum sinistra-destra è riportato collocando l'etichetta “sinistra” a sinistra dello schema ed assegnando a questa posizione il valore più basso sulla variabile; la posizione che corrisponde alla “destra” viene riportata a destra e a questa posizione viene assegnato il valore più elevato; le posizioni intermedie ricevono valori via via più elevati passando da sinistra a destra. Quanto detto comporta che se un paese presenta percentuali di fiducia nel sistema giudiziario via via più bassi all'aumentare dei valori sulla variabile sinistra-destra (passando cioè da valori bassi associati alla sinistra a valori alti associati alla destra) la relazione ha segno negativo.

Fig. 12. *Variabili che a livello bivariato presentano una relazione con la fiducia nel sistema giudiziario in alcuni paesi dell'Unione Europea*

	Finlandia	Olanda	Germania	Francia	Italia	Ungheria	Polonia
Genere (maschile)							
Età		-					
Istruzione	+	+	+	+	+		+
Classe sociale	+	+	+	+	+	-	+
Autocollocazione politica sinistra-destra		-	-	-	-		
Soddisfazione nella democrazia	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nella Polizia	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nell'esercito	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nella P.A.	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nei Partiti politici	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nelle Autorità Locali	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nel Governo	+	+	+	+	+	+	+
Fiducia nel Parlamento	+	+	+	+	+	+	+
Numero di istituzioni pubbliche di cui un intervistato ha fiducia	+	+	+	+	+	+	+

In primo luogo due variabili che possono essere ricollegate alla conoscenza delle regole giuridiche e del sistema giudiziario – il livello di scolarità e la classe sociale – sono in effetti risultate positivamente associate alla fiducia nel sistema giudiziario (si veda Fig. 12): gli individui che presentano un livello di scolarità più elevato e si collocano nei gruppi sociali più elevati – i quali presumibilmente, per motivi di studio o professionali, hanno una maggiore conoscenza giuridica e del funzionamento della giustizia – mostrano una maggiore propensione a dichiarare la loro fiducia nelle Corti di giustizia. In secondo luogo i soggetti che si dichiarano soddisfatti del funzionamento del sistema democratico presentano valori di fiducia più elevati; ciò sembra suggerire che la migliore integrazione delle persone nella vita pubblica e nelle istituzioni di rappresentanza politica può contribuire a migliorare la fiducia nelle istituzioni giudiziarie. Infine i risultati dell'analisi

svolta in questo saggio suggeriscono che la fiducia in una singola istituzione politica appare collegata, per i cittadini, con quella nelle diverse istituzioni che convivono nello spazio politico e istituzionale. I cittadini che sperimentano un buon rapporto con le istituzioni pubbliche, e maturano un atteggiamento di fiducia verso queste ultime, tendono in misura maggiore ad esprimere un giudizio di fiducia nel sistema giudiziario del loro paese. In altre parole dall'analisi qui condotta sembra emergere un atteggiamento dei cittadini verso l'intero sistema istituzionale e non verso le sole istituzioni giudiziarie.

Abstract

This chapter explores citizens' trust in the national judiciary systems of European Union countries. Trust in courts of justice plays an important role in fostering judicial decisions' legitimacy promoting the efficiency of the judiciary as a whole, and ensuring democratic systems' stability. The data used in this chapter are drawn from Eurobarometer surveys which, since 1997, have recorded EU citizens' trust in a set of political and social institutions, including judicial ones; other information used relates to judicial system characteristics, such as judges' effectiveness and independence. Findings suggest that trust in judicial institutions is associated, on the one hand, with certain features of judicial systems (mainly judges' independence) and, on the other, respondent characteristics (such as level of education, assessment of democracy and, above all, trust in other political institutions).

Mia Caielli*

The Role of Civil Society in Human Rights and Constitutional Adjudication. Some Concerns about "Judicial Lobbying"

SOMMARIO: 1. Introduction: the judiciary as a political arena - 2. The different forms of involvement of civil society in human rights adjudication - 3. On the consequences of public participation in constitutional litigation: a paved way for judicial activism - 4. "In the name of the people": whose interests do judicial decision makers really serve?

1. Introduction: the judiciary as a political arena

Many factors have contributed to changing the nature of the functions performed by apex, constitutional and supranational courts in contemporary democracies. Their task has been growing and changing ever since the advent of social democracy: parliaments have undergone significant transformations following the crisis of the liberal state and, similarly, constitutional and human rights courts have been required to meet new expectations based on the demand for effective welfare rights. The functions of constitutional courts have evolved constantly in the recent past due to various factors, including the crisis of representative democracy, the problems of democratic consolidations in certain areas of the world, and above all, the diversity and pluralism of contemporary societies. The latest, in particular, demands – as Häberle pointed out on many occasions– the involvement of constitutional judges in the guarantee of the constitution as a social contract, since they participate in its development and updating through their functioning as courts of the society in general, more than as state courts¹.

The expansion of constitutional adjudication throughout the globe and courts willing to bear the burden of social and legal change, to fill

* Associate Professor of Comparative Public Law, at University of Turin, Faculty of Law

¹ P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale* (translation by F. POLITI AND S. ROSSI), Roma, 2005, pp. 159-160.

unconstitutional vacuums and possibly use their power to guide traditional decision makers are accompanied by a constantly increasing presence of a wide range of civil society organizations in the different phases of litigation. In the never-ending controversy over the legitimacy of so-called “strong” judicial review, a new element must be taken into consideration: the judiciary has become a locus for the exercise of democracy. This has to do with the very simple and irrefutable fact that constitutional judges and supranational courts such as the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and its Latin American counterpart, namely the Inter-American Court of Human Rights, are political decision makers. Dahl’s contribution to the understanding of the role of the Supreme Court of the United States during the past century is far from updated: his idea of a judicial body that «cannot act strictly as a legal institution», since it has to «choose among controversial alternatives of public policy by appealing to at least some criteria of acceptability on questions of fact and value that cannot be found in or deduced from precedent, statute, and Constitution»², is of paramount importance to determining and appraising the nature of the functions performed by contemporary constitutional and international judges. Since it has become clear that constitutional and supranational judges are important centres of policy making, civil and human rights organizations, labor unions, environmental NGOs and other kinds of public interest groups began to interface with courts more than seeking to influence the work of parliaments. After all, «when the notorious bank robber Willie Sutton was asked why he robbed banks he reportedly replied “because that is where they keep the money”»³.

The relationship between law and social movements is stricter than ever: litigation and reliance on the courts for advancing their right-based goals has undoubtedly proven effective. This can be seen as both the cause and the effect of the increased popular confidence in the judiciary, since the involvement of civil society in the delivery of justice is the result of the political power of courts and an instrument judges use in order to gain legitimacy. The danger of an excessive judicial insulation breeding “ivory tower attitude” feared by

² R.A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Journal of Public Law*, 1957, vol. 6, pp. 279 ss., at 281. Attention to the political role of constitutional courts has also been paid by Italian legal scholarship very recently: see A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni giudiziarie dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, 8 marzo 2017.

³ R. PACELLE, *The Supreme Court in a Separation of Powers System: The Nation’s Balance Wheel*, New York, 2015, at 172.

Cardozo in the early 20th century⁴ has been largely averted: the judiciary is all but apart from the mainstream of society. The basis of apex and constitutional courts' legitimacy does not seem to be solely legal expertise anymore: public support has clearly emerged as a new source of legitimation, thus breaking the monopoly elected assemblies had on claiming to hold public mandate⁵.

2. *The different forms of involvement of civil society in human rights adjudication*

Individuals and organized forms of civil society can play their role at different stages of judicial proceedings, each with its peculiar characters and impact on final judicial outcomes. Well aware of the fact that preliminary to such analysis is the meaning we attach to civil society and also that an exhaustive review of the immense literature exploring the notion would go beyond the scope of this paper, it would be sufficient here to clarify that the expression is here intended as opposed to political society and also distinguished from the economic sphere. Therefore, one of the most appropriate definitions is the one given by the World Bank: «The wide array of non-governmental and not-for-profit organizations that have a presence in public life, expressing the interests and values of their members or others, based on ethical, cultural, political, scientific, religious or philanthropic considerations. Civil society organizations therefore refer to a wide array of organizations: community groups, NGOs, labour unions, indigenous groups, charitable organizations, faith-based organizations, professional associations, and foundations»⁶.

The first and more direct way all these groups have to “speak law to power”⁷ is lodging a complaint in the public interest in all legal systems providing individual access to constitutional justice through *actio popularis*.

⁴ B.N. CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, 1921, at 129.

⁵ See O. BASSOK, *The Supreme Court's New Source of Legitimacy*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2013, pp. 153 ss., reflecting on the rise of the so-called “public opinion culture”, where «opinion polls have served in the public discourse as an authoritative democratic legitimator» (p.158).

⁶ World Bank, 2010, at www.worldbank.org.

⁷ This expression has been used for the first time by R. ABEL, *Speaking Law to Power. Occasions for Cause Lawyering*, in A. SARAT, S. SCHEINGOLD (eds), *Cause lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, 1998, pp. 69 ss., explaining the use of legal mechanisms and processes to change dominant power relations.

This is the case of many Latin American countries and a few Central and Eastern European democracies, but also of some Asian jurisdictions where individual direct access to supreme courts for the protection of fundamental rights is granted in the public interest⁸. Besides, different kinds of associations have a legal standing in a variety of civil rights claims at the domestic and supranational level. For example, the European so-called “equality directives” allow a variety of civil society organizations to challenge discriminatory conduct either on behalf or in support of the complainant in collective discrimination cases, as well as in cases where no individual victims can be identified⁹.

Secondly, following the “public interest law movement” of the 1950s and 1960s in the United States, more and more organized forms of civil society around the world engage in strategic litigation, taking on legal cases as part of a strategy to achieve broader systemic change¹⁰.

Moreover, non-profit organizations tend to concentrate their advocacy work before the judiciary filing briefs as *amici curiae*. The global rise of third-party interventions - even in civil law countries¹¹ - can be attributed to the influence of international jurisdictions such as the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, and has been transforming an ancient legal instrument into a way of performing an activity that «raise[s] the attention of public opinion, playing an important role in a democratic court system»¹² and an activity that is far from neutral,

⁸ Among these countries, India, Pakistan and Bangladesh (M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, 2015, pp. 36-60).

⁹ Article 7(2) of Directive 2000/43 and Article 9(2) of Directive 2000/78 provide that «Member States shall ensure that associations, organisations or other legal entities which have, in accordance with the criteria laid down by their national law, a legitimate interest in ensuring that the provisions of [these Directives] are complied with, may engage, either on behalf or in support of the complainant, with his or her approval, in any judicial and/or administrative procedure provided for the enforcement of obligations under [these Directives]». A similar provision is contained in art.17 of Recast Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.

¹⁰ The reasons behind the success of public interest law, particularly in post-authoritarian countries, are explored by S. L. CUMMING, L. G. TRUBEK, *Globalizing Public Interest Law*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 13, 2008, pp. 1 ss.

¹¹ S. KOCHÉVAR, *Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions*, in *Yale Law Journal*, vol. 122, 2013, pp.1653 ss.

¹² L. VAN DEN EYNDE, *An Empirical Look at the Amicus Curiae Practice of Human Rights NGOs Before the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, 2013, pp. 271 ss, at 275.

but rather takes on the traits of lobbying¹³. Judges seek advice in much the same way as members of parliament use information provided by interest groups and experts during committee hearings to determine policy options.

With regard to European courts, there is a crucial difference between the roles third parties can play before the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union: while third-party intervention before the European Court of Human Rights is explicitly admitted by Article 36(2) of the European Convention of Human Rights, allowing any State or person concerned not party to the proceeding to submit written comments or take part in hearings, the Court of Justice of the European Union's current procedures do not allow for the submission of amicus briefs, since the possibility to submit written observations on pending cases is only granted to EU member states and the European Commission. Yet, NGOs, research centers, academics, human rights associations and so on, are likely to begin to perform their advocacy activity also before the judiciary of the European Union. The desire to "talk to" Luxembourg judges has recently determined a not for profit European citizen's initiative to set up an online platform inviting everyone to «share with the Court [their] knowledge, perspective or interests in a particular case, in the form of an *amicus curiae* brief», following the premise that «a sound adjudication of such complex and/or high impact cases requires the Court to consider all available knowledge and perspectives, the balancing of all interests at stake and a well informed assessment of the implications of its decision for third parties and society at large»¹⁴.

Furthermore, the increasingly widespread practice of public oral hearings has been transforming some supreme and constitutional courts into places for political participation where people feel that their voice is heard. The Latin American case is emblematic. Significant experiences of public oral hearings as a tool for fostering popular participation have been characterizing the Colombian and Argentinian judicial review of legislation for a while¹⁵. Interestingly enough, the Brazilian legislator, through Laws 9868 and 9882 of 1999, has extended to the judiciary the possibility granted to the Chamber of Deputies and the Federal Senate to hold public hearings

¹³ S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, vol. 72, 1963, p. 694.

¹⁴ The online platform is available at <https://www.amicus-ecj.eu>.

¹⁵ R. GARGARELLA, *El papel del Poder Judicial dentro del nuevo "constitucionalismo dialógico"*, in F. GONZÁLES (ed.), *Governança e democracia representativa*, São Paulo, 2017, pp. 101 ss., p. 107-110.

with civil society entities¹⁶. Right after the first two notorious public hearings on biosafety and embryonic stem-cells research had been held, the rules for summoning and holding public hearings have been broadened with the effect of *de facto* admitting the possibility of adopting a public hearing in any sort of claim or appeal¹⁷. In fact, it's now stated that it's upon the rapporteur to listen publicly to depositions by people who have experience with and authority on the matter, «whenever he/she understands the clarification of matters or factual circumstances are needed, in cases with general repercussion and that are of relevant public interest»¹⁸.

The importance of the role played by oral hearings is becoming evident even at the Court of Justice of the European Union. Its (recast) *Rules of Procedure* under taken in 2012 and the *Practice Directions to Parties* adopted in 2013 allow a hearing to be arranged «whenever it is likely to contribute to a better understanding of the case and the issues raised by it»¹⁹, but only upon a reasoned request from the parties and other interested persons and if the Court agrees to hold it, since it may consider, «on reading the written pleadings or observations lodged during the written part of the procedure, that it has sufficient information to give a ruling»²⁰. Yet, according to former Justice Allan Rosas, oral hearings can be considered as «a point of contact between not only the Court and the parties and interested persons but also the public at large»²¹, since «they draw spectators like academics, students, journalists, NGO representatives and other interested *milieus*»²².

3. *On the consequences of public participation in judicial processes: a paved way for judicial activism*

The involvement of civil society in human rights and constitutional

¹⁶ Art. 58 of the 1988 Constitution.

¹⁷ M.C. HENNIG LEAL, *Public Hearings in the Ambit of the Brazilian Federal Supreme Court: A New Form of Participation in Public Affairs*, Paper presented at the IX World Congress of Constitutional Law, Oslo, 2014, available at <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf>.

¹⁸ *Amendment of Procedural Rule no. 29 of 2009*.

¹⁹ *Practice Directions to Parties*, para. 45.

²⁰ *Rules of Procedures*, Art. 76, para. 2.

²¹ A. ROSAS, *Oral Hearings Before the European Court of Justice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, 2014, pp. 596 ss., at 609.

²² *Ibidem*, note 45.

adjudication produces interesting effects at various levels.

In the first place, one consequence of the process of democratization of constitutional judicial review has to do with the enforcement of judicial decisions.

It's worth recalling Hamilton's description of the judiciary in the *Federalist* no. 78, where he explained how the power of the Supreme Court, with no control of the purse or the sword, «must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments»²³. This does not seem to correspond to the truth anymore, since the admission of a wide range of third party interventions or oral hearings has proved to be a good resource to address potential non compliance. In other words, courts might strategically use resources like public oral hearings to increase the chances of gaining compliance. To mention just one example, a recent empirical study showed how the German Constitutional Court seeks to attract popular attention through public oral hearings when holding government officials accountable for breaches of their constitutional obligations in order to maximize the chance such rulings will be accompanied by electoral pressures on the government to comply²⁴. Implementation of constitutional courts' decisions is an issue also with regard to the classical function of constitutional justice: it is well known that the exercise of judicial review of legislation can provoke legislative reactions in the sense that parliaments may find the way not to adequately implement constitutional courts' rulings and always have the power to override a decision through constitutional amendments. But it is known that when courts enjoy a high degree of popular support, the risk of legislative decisions not to comply with judicial rulings lowers significantly, since they may result in a negative public backlash²⁵.

Secondly, this sort of cooperation between the people and courts ends up having significant consequences on the separation of powers, since it often leads to judicial activism and therefore to encroachment on legislative and executive functions. Constitutional and, more generally, human rights judges, are no longer conceived as kelsenian "negative legislators", since they tend to act as assistants of traditional political bodies and are

²³ A. HAMILTON, *Federalist* no. 78, in J.E. Cooke (ed.), *The Federalist*, Middletown, CT, 1961, at 523.

²⁴ J. N. KREHBIEL, *The Politics of Judicial Procedures: The Role of Public Oral Hearings in the German Constitutional Court*, in *American Journal of Political Science*, 2016, vol. 60, pp. 990 ss.

²⁵ G. VANBERG, *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, in *American Journal of Political Science*, vol. 45, 2001, p. 346 ss., at 347.

elevated to the rank of prestigious key dialogue partners of parliaments and governments, with the often uncontroversial power to issue orders containing provisional rules to be applied pending the enactment of legislation aimed at filling normative gaps²⁶. Therefore, it's not surprising that constitutional courts all around the world are increasingly perceived as "third chambers" or «Überparlament»²⁷: what is particularly interesting and worthy of mention is how such an interference does not generally bring about any strong reactions from elected legislative assemblies. Parliamentary support for judicial authority and for a high level of judicialized politics is a widespread phenomenon in contemporary democracies susceptible of multiple explanations.

It has been suggested how «at the very least, the judicialization of fundamental political questions offers a convenient refuge for politicians seeking to avoid making difficult no-win moral and political decisions»²⁸. This is certainly a theory which is hard not to agree with. But Hirschl's critical reflection suggests another, disturbing, reason behind the delegation of power to courts: the transfer of policy-making power from legislatures and executives to judges can be considered as «a conscious strategy undertaken by threatened political elites seeking to preserve or enhance their hegemony by insulating policy-making from popular political pressures, and supported by economic and judicial elites with compatible interests»²⁹.

Among the different questions inspired by such thought-provoking idea, which follows the line of thinking of other well known scholars arguing that judicial review may legitimize majoritarian policies³⁰, the present

²⁶ On constitutional courts' interference with parliaments regarding legislative omissions, see the detailed analysis by A.R. BREWER-CARÍAS, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge, 2011, pp. 125-171.

²⁷ A. SPADARO, *Di una Corte che non si limita ad "annullare" le leggi, ma "corregge" il legislatore e, dunque, scrive – o "riscrive" per intero – le leggi (il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (eds.), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, pp. 337 ss., at 357, suggesting how the legislative role of the Italian Constitutional Court can be considered as a phenomenon which is not pathological, but can rather be understood as a natural evolution of the constitutional state (pp. 357-361).

²⁸ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, MA – London, 2004, at 213.

²⁹ *Ibidem*, at 99.

³⁰ Half a century ago Dahl suggested that «the policy views dominant to the Court are never for long out of line with the policy views dominant among the law making majorities of the United States» (R.A. DAHL, *supra* note 2, at 285). See, more recently, M.E.K. HALL, J.D. URA, *Judicial majoritarianism*, in *Journal of Politics*, vol. 77, 2015,

article intends to address the issue of the possible contribution civil society can bring to a truly counter-majoritarian functioning of judicial review, entailing the protection of political minorities not merely as the result of an occasional convergence between majority and minority interests.

The present considerations on the process of democratization of judicial review are built upon a basic assumption: the core of constitutional justice, to say it in Sunstein's words, is to «aggressively review any effort to stifle political dissent»³¹, agreeing that courts should play «an especially large role when rights central to democratic government are at stake, or when groups not able to protect themselves through ordinary politics are at risk»³². Given the above, popular participation in constitutional and human rights litigation can really play a prominent role to «ensure that judicial review reliably promotes a core democratic value - freedom from government domination – without seriously threatening other democratic values»³³.

As mentioned before, supreme and constitutional court judges around the world, with few exceptions, enjoy popular trust also because they are increasingly perceived as a forum – sometimes the only forum – of public debate.

There is another factor possibly explaining the acceptance of an intrusive judicial review, namely the emerging representative function of the courts. It is apparent that contemporary supreme and constitutional courts are trying to increase their representativeness: written or customary rules concerning their composition often seek to reflect the society they serve and judicial appointments pay a great deal of attention to public opinion. The practice of confirmation hearings for Supreme Court justices offers just one paradigmatic example: recent scholarship has insisted on how greater public support strongly increases the probability that a senator will vote to approve a nominee since «presidents often “go public” in support of their nominees in the hope of shifting public opinion»³⁴ and electoral incentives do the rest, with the effect of *de facto* tying the Court

pp. 818 ss.

³¹ C.R. SUNSTEIN, *Introduction - The Legitimacy of Constitutional Courts: Notes on Theory and Practice Feature: Questioning Constitutional Justice: Introduction*, in *East European Constitutional Review*, 1997, pp. 61 ss., at 63.

³² *Ibidem*.

³³ M.E.K. HALL, *Judicial Review as a Limit on Government Domination: Reframing, Resolving, and Replacing the (Counter)Majoritarian Difficulty*, in *Perspectives on Politics*, vol. 14, 2016, pp. 391 ss., at 391.

³⁴ J. P. KASTELLEC, J. R. LAX, J. PHILLIPS, *Public Opinion and Senate Confirmation of Supreme Court Nominees*, in *Journal of Politics*, 2010, vol. 72, no. 3, pp. 767 ss., at 772.

back to the public.

Moreover, public confidence in the courts has been increased as a consequence of the changing of the structure and style of judicial decisions since they seek to reflect their real audience, namely the citizens, while in some Latin American countries the phenomenon of judges explaining their decisions personally, speaking out to the people and even «adopting public relations strategies to make it harder for politicians to ignore or retaliate against their decisions»³⁵, has recently become quite significant³⁶. Some Supreme Courts' plenary deliberations are broadcast as well. An interesting example comes from Brazil, where the Federal Supreme Court has a channel on YouTube, a Twitter profile and a radio station is partially dedicated to this agenda³⁷: its hearings (and the above mentioned public oral hearings) have been shown on TV and social media for over a decade, providing an excellent platform for the court and for every judge to reach a broad audience, thus providing «the entire population with general, unrestricted, and immediate knowledge on the debates held there»³⁸.

It's now known that highest courts have become more representative of aspirations and social demands than traditional political institutions: consequently, it has been argued how, in many contemporary democracies, the representative function of constitutional jurisdiction has become more visible and can be considered «the most important institutional transformation of the last decade»³⁹. Therefore, popular participation in judicial decision-making plays multiple roles. On the one hand, it serves the courts' «search of legitimacy»⁴⁰. On the other hand, it seems to ease the tension between judicial review and the democratic process as suggested by Alexy's idea of constitutional review as «argumentative representation» of the people, insisting on the necessity of incorporating constitutional jurisdiction in the democratic process in the sense that constitutional

³⁵ D. W. Arguelhes, *Judges Speaking for the People: Judicial Populism Beyond Judicial Decisions*, in *I-CONnect/Verfassungsblog*, 4 May 2017 (<http://www.iconnectblog.com>).

³⁶ With regard to Mexican jurisdiction, see the detailed analysis of J.K. Staton, *Judicial power and strategic communication in Mexico*, Cambridge, 2010.

³⁷ J.A. DA SILVA, *Deciding without Deliberating?*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013, pp. 557 ss.

³⁸ M.C. HENNIG LEAL, *supra* note 17, at 10.

³⁹ R.L. BARROSO, *Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts*, in T. Bustamante, B. Gonçalves Fernandes (eds.), *Democratizing Constitutional Law*, Switzerland, 2016, pp. 71 ss., at 75.

⁴⁰ From the title of the second chapter (*Constitutional Courts in Search of Legitimacy*) of the volume by W. SADURSKI, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Post communist States of Central and Eastern Europe*, The Netherlands, 2014, pp. 45 ss.

courts should be designed as centers of reflection of the political process and found their pretensions so that citizens (or, in his wording, the “constitutional persons”) can rationally approve their reasoning⁴¹.

4. *“In the name of the people”: whose interests do judicial decision makers really serve?*

The involvement of civil society in constitutional adjudication raises at least two inextricably intertwined concerns.

In the first place, it is crucial to ask ourselves how do courts use civil society in order not to dismiss the risk of what we might call “judicial populism”: the courts claim to speak for the people and present themselves as channelling popular sentiment and speaking for the true interests of the people. India, beginning in the Nineties⁴², and Brazil in the very recent past, are emblematic examples of countries where the only public institutions with a consistently high approval rate are federal supreme courts. But the phenomenon is widespread and common to many consolidated democracies sharing the political representation crisis contributing to make the judiciary the best interpreter of the majority sentiment in certain contexts. But a major problem arises with regard to the individuation of the true “majority sentiment”. We must face the same old dilemma concerning participatory democracy and the real role of direct citizen participation in government decision-making. Therefore, it is possible to imagine two different hypotheses about the real relationship between judges and civil society or, in other words, the “common people’s” qualitative contribution to the court’s reasoning.

Under the first hypothesis, judges defend their authority from political attacks using the persuasive argument of popular will, especially when a case raises sensitive and controversial issues related to morality or ethics. It will be sufficient here to mention how judicial recognition of same-sex marriage, passive euthanasia and abortion, to name a few issues, in different domestic and transnational courts, is the result of either popular actions or strategic

⁴¹ R. ALEXY, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, pp. 579 ss.

⁴² The legal literature on the representative role of the Indian Supreme Court is conspicuous: see R. DHAVAN, *Judges and Indian Democracy: The Lesser Evil?* in F.R. FRANKEL (ed.), *Transforming India: Social and Political Dynamics of Democracy*, New Delhi, 2000, pp. 314 ss.

litigation anticipated and followed by brilliant social media campaigns, the participation of many powerful NGOs as *amici curiae*, and, in a few cases, well attended public oral hearings.

However, sometimes, the contribution of civil society seems to be merely functional to the legitimacy of certain decisions without any evidence of real and effective participation. With regard to public hearings as an emerging tool to foster people's participation in constitutional litigation, attention should be drawn to the recent Brazilian experience that shows how often public dialogues between judges and civil society end up being a mere rhetorical strategy lacking any real impact on the outcome of the controversy before the Supreme Federal Court⁴³.

On the other side, even when courts effectively borrow from third party interventions and – with regard to all different forms of public interest litigation where civil society organizations exercise their law-based advocacy activity- do not “cherry pick” the cases they wish to rule on when granting certiorari or declaring the admissibility of an individual constitutional complaint, some attention should be paid to the real nature and ambitions of associations, groups, foundations engaging in litigation both as parties to the proceedings and as friends of the court. To put it otherwise, considerations on lobbying and legislative activity⁴⁴ – conceived as a way to increase the representativeness of certain institutions⁴⁵ – apply to public interest litigators, *amici curiae* and third-party oral interveners as well. North-American studies at the end of the last century⁴⁶, as well as more recent studies concerning the *amicus curiae* practice before the European Court of Human Rights⁴⁷, suggest that this is the case for what we might call “judicial lobbying”, since the *amicus curiae*'s role is far from delivering independent information and advice. *Amici curiae* are more friends of one of the parties, sometimes simply reinforcing their briefs rather than contributing new arguments, than friends of the Court. Furthermore, it is not uncommon for lawyers of the parties to build coalitions with *amici curiae* for the very simple reason that repeated information is useful and it shows

⁴³ M.C. HENNIG LEAL, *supra* note 17, pp. 8-12.

⁴⁴ On the topic, see the recent work by R. DE CARIA, «Le mani sulla legge»: *il lobbying tra free speech e democrazia*, Torino, 2017.

⁴⁵ With regard to the institutions of the European Union, see the study by S. SASSI, *I rappresentanti di interessi nel contesto europeo. Ruolo e sinergie con le istituzioni*, Milano, 2012, pp. 93 ss.

⁴⁶ G.A. CALDEIRA, J.R. WRIGHT, *Lobbying for Justice: Organized Interests Supreme Court Nominations, and United States Senate*, in *American Journal of Political Science*, vol. 42, 1998, pp. 499 ss.

⁴⁷ L. VAN DEN EYNDE, *supra*, note 12, at 288-293.

consistency across actors and strong support with an obvious impact on how justices view the credibility of arguments. With regard to the Supreme Court of the United States, it has been repeatedly noticed that its decisions often represent the struggle of interest groups to put their policy views into law⁴⁸. Recent European and North American data tell us that there is room for non-parties to provide information that can really influence judicial choices⁴⁹. Therefore, it seems urgent to ask ourselves a few questions such as: who are really the individuals and associations intervening in judicial proceedings in the public interest? To put it in other words: how transparent are NGOs and other associations with regard to their funding and finalities?

The traditional literature on judicial independence tends to discuss how judges are to be kept away from politics and from the other branches of government but less attention has been paid to the necessary insulation from undue influence from private interests.

Some criticism over the judicial activity of certain organizations seems well founded and has much to do with the huge resources and experience of some of them that might cause them to outmatch the litigants or with the fact that they are usually based in the developed and industrial world and therefore able to influence the law of non-Western countries without taking into account their traditions, culture, and peculiarities⁵⁰. The promotion of international public interest law brought up many questions about national autonomy and identity: lawyers and activists often consider it as a sort of human rights imperialism and «view it as an unwanted American export, a tool of social control that dissipates political conflict through legalization or displaces more emancipatory forms of legal resistance»⁵¹.

Are there any tools available to avoid the degeneration of this peculiar form of participatory democracy?

Among the possible solutions, we might imagine the adoption of clear

⁴⁸ L. EPSTEIN, *Interest Group Litigation During the Rehnquist Era*, in *Journal of Law and Politics*, vol. 9, 1993, pp. 639 ss.

⁴⁹ The North-American literature on how organized interests influence Supreme Court's decision making has become highly conspicuous in recent times: since the publication of the land mark study by P.M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, 2008, significant research has been conducted in the field of interest group litigation: see, most recently, P.M. COLLINS, P.C. CORLEY, J. HAMNER, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on U.S. Supreme Court Opinion Content*, in *Law & Society Review*, 2015, vol. 49, p. 917 ss.; L. Manzi, M.E.K. HALL, *Friends You Can Trust: a Signaling Theory of Interest Group Litigation before the US Supreme Court*, in *Law & Society Review*, vol. 51, 2017.

⁵⁰ S. KOICHEVAR, *supra* note 13.

⁵¹ S. L. CUMMING, L. G. TRUBEK, *supra* note 10, at 4.

procedural rules before the courts for both public oral hearings and the admission of third party interventions, as well as *a priori* control over associations before recognizing their legal standing to bring cases in the public interest.

Recent rules adopted in certain Latin American jurisdictions offer some interesting examples. Be it sufficient here to cite the Argentinian Supreme Court's recently amended procedural rules. The *Acordada* no. 7/2013 stress the importance and prominent role of *amici curiae*, explaining that they «help increase the public constitutional debate and the legitimacy of judicial decisions»: but they must prove their expertise on the issue or declare whether they received financial or other material support from any of the parties, if the outcome of the case might grant them an economic benefit and if they have any relationship with the parties to the dispute⁵². To put it in other words, it seems urgent to accelerate the adoption of initiatives aimed at increasing the transparency and accountability of NGOs and other associations that pretend to act as a counterweight to state power in order to avoid the risk of some of them being nothing more than the old ruling elites, the so-called “talking classes”⁵³ in disguise.

I would argue that the so-called “judicialization” of politics and the tendency for groups unsuccessful at pursuing their goals through the electoral and legislative processes to seek policy change by judicial decision are not pathological, but a natural and physiological phenomena even if the risk that the judges will be seen as just another bunch of politicians subject to the same pressures as other politicians, is a concern⁵⁴. Popular participation in judicial decision-making might be considered as an excellent tool to allow different forms of organized civil society to give voice to those “discrete and insular minorities” mentioned in the famous Footnote 4 that greatly influenced North American jurisprudence on the Equal Protection Clause⁵⁵. Human rights adjudication is the place where a new form of citizenship, that we might call “global citizenship”, may emerge, since members of today's most subordinate groups (namely foreigners) do not have access to traditional political representation.

If it's true that the new constitutionalism – and, more precisely, the enormous impact that the constitutionalization of human rights had on

⁵² Art. 2, *Acordada* no. 7/2013.

⁵³ C. LASCH, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, New York – London, 1995.

⁵⁴ M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, 2002.

⁵⁵ The most famous foot note in constitutional law is part of the decision of the United States *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

the size and scope of judicial review - is to be understood as part of a larger effort by elites to insulate policy making from democratic impulses⁵⁶, there seems to be enough room to remain convinced of the great opportunity represented by the interaction of civil society groups with domestic and international judicial bodies.

These considerations on courts as fields of political battles and new democratic arenas, although posing more questions than providing answers, intend to raise a crucial issue regarding the true nature of popular involvement in constitutional adjudication and draw the attention to the consequent need of legal regulation of the emerging phenomenon of judicial lobbying which has been largely side lined in legal and political scholarship.

Abstract

Civil society organizations are increasingly playing a significant role in the different phases of human rights litigation, contributing to changing the nature of the functions performed by ordinary, constitutional and supranational courts in contemporary democracies. The primary purpose of this article is to analyse the different ways of involvements of NGOs and other organized forms of civil society in the administration of justice, with the aim of highlighting how their activity is proving to be quite similar to lobbyism. Secondly, it discusses the perception of human rights courts as an arena of public debate and the consequent need for more clarity and transparency in the use of third-party interventions, public oral hearings and popular actions.

⁵⁶ R. HIRSCHL, *supra* note 4, *passim*.

Hagen Henry*

*Who Makes the Law? Parliaments, Governments, Courts or Others?
Social Justice through Cooperatives at Stake*

SOMMARIO: 1. Introduction - 2. Cooperatives, solidarity, cooperative law - 3. Who makes which kind of law? - 4. Conclusion.

1. Introduction

The objective of this short article is to show that our very notion of law has become incompatible with cooperative law and, as a consequence, the capacity of cooperatives to contribute to social justice has weakened. By “cooperative law” I understand all those legal rules - laws, administrative acts, court decisions, jurisprudence, cooperative bylaws/statutes or any other source of law, which regulate the structure and/or the operations of cooperatives as enterprises in the economic sense and as institutions in the legal sense. This notion of cooperative law comprises, hence, not only the cooperative law proper (law on cooperatives), but also all other legal rules and procedures, which shape this institution and regulate its operations¹. Our notion of law has become inadequate as it has evolved from general, democratically set rules, abstracting from individual cases and filtering individual identities through manifold citizen-relationships, to casuistic decisions on individual

* Adjunct Professor of comparative law, Dr. iur

¹ The following areas, which are most likely to have this quality in any legal system, need mentioning: constitutional law, labor law, competition law, taxation, (international) accounting/prudential standards, book-keeping rules, audit and bankruptcy rules. It is to be complemented by considering implementation rules and praxes, for example prudential mechanisms, audit, and registration procedures and mechanisms. It also includes law making procedures and mechanisms, as well as legal policy issues. Cf. for more details, cf. Henry, Hagen, Guidelines for Cooperative Legislation, 3rd revised edition, Geneva: International Labour Organization 2012, Box 2.

claims, without regard to the relational character of law². This notion of law is incompatible with a law that is to institutionalize the idea/identity of cooperatives.³ Law institutionalizes this identity inasmuch as it translates the universally recognized cooperative principles⁴ into legal rules, which reflect the legal principle of solidarity⁵, i.e. law, which contains obligations in solidum, obligations to do that the members of cooperatives accept without a legally protected expectation to receive an equivalent in return. Cooperatives are “institutionalized solidarities”.

After this introduction and before concluding (4.), I shall present the arguments in two parts. Part 2 deals with the notions of “cooperative”, “solidarity” and “cooperative law”. Part 3 asks: Who makes which type of law?

The article is a review of my publications over the years⁶ and of my par-

² It might be worthwhile researching whether the “discovery” by many a legal anthropologist of the relational aspect of law in so-called non-Western societies was/is indeed a discovery or whether it is made possible by our notion of law having been stripped of this aspect. Wesley Newcomb Hohfeld’s seminal work on “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” (1913), reprint in: Walter Wheeler Cook (ed.), *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Westport/Connecticut: Greenwood Press 1978, demonstrates the latter.

³ Following Granger’s definition of “institution” as an ‘agencement de règles autour d’une idée’, as opposed to the famous definition of ‘institution’ by North. Cf. Granger, Roger, *Problèmes généraux du mouvement coopératif dans les pays en voie de développement*, in: *Annales malgaches*, 1, série droit, 1963, 37 ff.; Idem, *La tradition en tant que limite aux réformes du droit*, in: *Revue internationale de droit comparé* 1979, 106 ff., as well as North, Douglass, *Institutions*, in: *Journal of Economic Perspectives* 1991, 97 f., respectively. For a general critique of our notion of law in this respect, cf. Menke, Christoph, *Kritik der Rechte*, Berlin: Suhrkamp 2015. For such a critique, as related to cooperative law, cf. De Conto, Mario, *A hermenêutica dos direitos fundamentais nas relações cooperativo-comunitárias*, São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2013.

⁴ As developed over more than 120 years by the International Cooperative Alliance. As for the obligation of law-makers to respect these principles, cf. Henřů, Hagen, *Cooperative Principles and Co-operative Law Across the Globe*, in: Michie, J.; Blasi, J.; Borzaga, C. (eds.), *The Oxford Handbook of Mutual, Co-operative, and Co-owned Business*, Oxford: Oxford University Press 2017, 39-52; Idem, *The Legal Nature of the Cooperative Principles*, Paper presented at the International Law Conference organized by the Hungarian National Federation of Cooperatives on October 16, 2017 at Budapest (manuscript); Moreno Fontela, Juan Luis, *Las relaciones entre los valores y principios cooperativos y los principios de la normativa cooperativa*, in: *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos* (124) 2017, 114-127.

⁵ Concerning solidarity as a legal principle, cf. for example Rodotà Stefano, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari: Laterza & Figli 2017; Supiot, Alain, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris: Seuil 2010; Idem, *Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008*, in: *revue internationale du travail* 2010/2, 165 ff.

⁶ Cf. for example Henřů, Hagen, *El derecho cooperativo. Propuestas para el siglo XXI*, in: *aci*.

ticipating in numerous cooperative legislation projects over a period of more than 20 years in different parts of the world.

2. *Cooperatives, solidarity, cooperative law*

According to the sociological classification, cooperatives are secondary groups, *communautés d'adhérence*, as opposed to *communautés d'appartenance*.⁷ The internationally recognized and legally binding definition qualifies

Revista de la Cooperación Internacional, Vol.43, No.1-2010, 5-24; Idem, Basics and New Features of Cooperative Law - The Case of Public International Cooperative Law and the Harmonisation of Cooperative Laws, in: Uniform Law Review. Revue de droit uniforme, Vol. XVII, 2012, 197-233; Idem, Guidelines for Cooperative Legislation, op. cit.; Idem, Sustainable Development and Cooperative Law: Corporate Social Responsibility or Cooperative Social Responsibility?, in: International and Comparative Corporate Law Journal Vol.10, Issue.3, 2013, 58-75; Idem, Trends and Prospects of Cooperative Law, in: Dante Cracogna, Antonio Fici and Hagen Henry (eds.), International Handbook of Cooperative Law, Heidelberg et al.: Springer 2013, 803-823; Idem, Genossenschaften und das Konzept der Nachhaltigkeit: Pflichten und Möglichkeiten des Gesetzgebers, in: Der Beitrag von Genossenschaften zur nachhaltigen regionalen Entwicklung – Prämissen, Möglichkeiten, Ausblicke, Hrsg. Georg Miribung, Bozen: EURAC 2013, 67-74; Idem, Entreprendre autrement : le droit coopératif n'y est pour rien, in: Revue Economique et Sociale. Bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales, Vol. 70, Septembre 2013, 93-103; Idem, Quo Vadis Cooperative Law?, in: CCIJ Report No. 72/2014, 50-61 (in Japanese. English manuscript with the author); Idem, El papel del derecho cooperativo en un mundo globalizado, in: Economía Social: Identidad, desafíos y estrategias. Gemma Fajardo García y M^a José Senent Vidal (Coords.), ed.CIRIEC-España, 2014, 23-34; Idem, Tendencias del derecho cooperativo europeo, in: Dante Cracogna y Manuel Mariño (dir.), Congreso Continental de Derecho Cooperativo, Buenos Aires: Intercoop y Cooperativas de las Américas 2014, 138-146; Idem, Cooperative Principles and Co-operative Law Across the Globe, op. cit.; Idem, U: United Nations and Co-operatives, in: The Co-operative Firm. Keywords, ed. by Andrea Bernardi and Salvatore Monni, Roma: Roma Tre-Press 2016, 147-151; Idem, Social Justice through Enterprises. The End of the 1972/1973 Conjuncture? A Legal Perspective, in: International Journal of Social Quality 5(2), Winter 2015: 81-96; Idem, Genossenschaften: Identität und Recht - eine länderübergreifende Perspektive, in: Genossenschaftliche Identität und Wachstum. Cooperative Identity and Growth, eds. Franco Taisch, Alexander Jungmeister, Hilmar Gernet, Sankt Gallen: Verlag Raiffeisen 2016, 559-571.

⁷ As for the relevance of this distinction and its culture-specific variations for the notion of legal person, cf. Henry, Hagen, Genossenschaften als juristische Personen – Konsequenzen für die internationale Beratung bei der Genossenschaftsgesetzgebung in Afrika, in: Genossenschaften und Kooperation in einer sich wandelnden Welt. Festschrift für Prof. Dr. Hans-H. Münkner zum 65. Geburtstag, Hrsg. Michael Kirk, Jost W. Kramer, Rolf Steding, Münster u.a.: LIT Verlag 2000, 417-428.

cooperatives as associations. The definition reads: “[a cooperative is] an autonomous association of persons united voluntarily to meet their common economic, social and cultural needs and aspirations through a jointly owned and democratically controlled enterprise.”⁸ In the logic of enterprise law, the three-fold objective (purpose) of cooperatives, namely the satisfaction of the economic, social and cultural needs and aspirations of the members, differentiates cooperatives from other enterprise types. The salient aspect of this purpose is the satisfaction of the social needs and aspirations of the members. The pursuit of this purpose requires a specific legal form. This form should shape by a number of distinctive legal features as far as the nature and the structure of the capital, as well as the governance are concerned.

As for the nature and structure of the capital, eight distinguishing elements are to be mentioned: ⁹ i.) in principle, no investments, but contributions to the capital by the members; ii.) (as a consequence), the amount of capital varies with the number of members; iii.) these member contributions, “shares” in English, are refundable upon termination of membership at nominal value, they receive limited remuneration, if at all, and are in principle neither transferable, nor are they negotiable; iv.) apart from the share capital, the next most important part of the capital are indivisible reserves; v.) no distribution of profits (generated on transactions with non-members on commercial terms); vi.) limited distribution of surplus (generated on transactions with members on cooperative terms) in the form of patronage refunds, i.e. in proportion to the transactions a member had with the cooperative over a certain period of time (financial year or otherwise), while sharing the overhead costs among all members equally (not in proportion to the transactions);¹⁰ vii) inter-cooperative guarantees; viii.) joint and several liability of the members in case the

⁸1995 International Cooperative Alliance (ICA) Statement on the co-operative identity, in: International Co-operative Review, Vol. 88, no. 4/1995, 85 f. and at. <http://ica.coop/en/whats-co-op/co-operative-identity-values-principles>; as well and Paragraph 2 of the 2002 International Labor Organization (ILO) Recommendation No. 193 concerning the promotion of cooperatives. The Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002. (ILC 90-PR23-285-En-Doc, June 20, 2002). As for the legal nature of the ILO R. 193, cf. Henřů, Hagen, Public International Cooperative Law: The International Labour Organization Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002, in: International Handbook of Cooperative Law ..., op. cit., 65-88.

⁹This list of features, as well as the list of distinguishing features as far as the governance is concerned, is a list of ideal/ normative features. It must not be construed with a picture of reality in all respects.

¹⁰ As for the distinction between “profit” and “surplus”, cf. Münkner, Hans-H./ Vernaz, Catherine, Annotiertes Genossenschaftsglossar, Marburg: Marburg Consult für Selbsthilfeförderung 2005.

cooperative incurs losses.

As for the governance, understood as the democratic participation of the members in the administration, management and control of the cooperative, five distinguishing elements need mentioning: i.) no opposition of those who govern to those who are governed, with consequences not only for cooperative law, but also for labour law, competition law, tax law etc.; ii.) allocation of equal voting rights, independently of the volume of transactions and/or the amount of capital contributed by any one member; iii.) distribution of surplus in proportion to transactions; iv.) right of the members to be served by the cooperative is delinked from their financial contributions; v.) democratic participation of the members materializing in all organizational and operational aspects of the cooperative.¹¹

These features make for cooperatives to be “institutionalized solidarities”. The consensus that these features should translate into law has faded over the past four to five decades. This has led to what I call the companization of cooperatives through law.¹² By companization I understand the ever more pronounced approximation of the legal features of cooperatives with those of capitalistic companies through law in the wide sense as used here. As the legal form is a function of the objective, the metamorphosis of cooperatives through law makes it ever more difficult for them to pursue the social aspect of their objective.

3. *Who makes which kind of law?*

My hypothesis is that the companization of cooperatives through law has to do - among other reasons¹³ - with the growing lack of democratic partici-

¹¹ As for the latter, cf. Henry, Hagen, Positioning yhteisetu cooperatives in the world of cooperatives – a preliminary legal perspective, in: Manu Rantanen, Tytti Klén ja Hagen Henry (eds.), Yhteisetu-osuuskunta - joustava paikalliskakenne muuttuvalle maaseudulle, Helsingin yliopisto, Ruralia-instituutti 2016, 42-46; Idem, Operationalizing the Objective of Cooperatives through Democratic Participation. A Legal Perspective. Paper prepared for the 13th European Conference on Management Leadership and Governance, 2017, at London (manuscript with the author).

¹² Cf. Henry, Quo Vadis ..., op. cit.. Cf. also del Burgo, Unai, La desnaturalización de las cooperativas, in: Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo. International Association of Cooperative Law Journal 2002, 51 ff.; Chuliá, Francisco Vicent, El futuro de la legislación cooperativa, in: CIRIEC España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa 13/2002, 9 ff..

¹³ For more, cf. Henry, Quo Vadis ..., op. cit..

pation in law-making and the concomitant radical change of the very notion of law. As a secondary consequence this leads to weakening the mechanisms through which “institutionalized solidarities”, like cooperatives, (re)generate social justice. Nowhere is “*Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debetur*” as true as when it comes to the need to (re)generate social justice. “Ab omnibus” should be in national parliaments. The function of this high lieu of the demos has been limited for some time. I mention five phenomena: i.) the labour market partners setting general labour law, signifying the recognition of other law besides/beyond state law on the territory of states; ii.) the increasing recognition of legal pluralism, following the findings of anthropologists; iii.) the recognition of state regulation-free commons, self-regulated by the users;¹⁴ iv.) courts infringing, here and there, upon the powers of parliaments by setting, instead of interpreting and developing the law; ¹⁵ v.) governments proposing bills to parliament knowing that these do neither have the necessary knowledge, nor the time to acquire such knowledge which would allow them to reject the bill, and knowing that they often do not have the political will to refuse the ratification of international treaties, which have already been signed by the government.

In addition to these and other, rather sporadic and retractible deviations¹⁶ from democratic law-making, we see now a system change toward ever less democratic participation in law-making, with considerable consequences for the (re)generation of social justice. Two main elements mark this system change: Firstly, the partly irreversible shrinking reign/domain of state law and, secondly, shifts in the division of political power. The shrinking reign/domain of state law, and by extension of inter-state (regional, international and, to a certain extent, also transnational) law as an expression of democratic participation is reduced by three phenomena: i.) the privatization of hitherto public services, like health and social care services, education, utility services, public transport, infrastructure, and even the privatization of hitherto genuinely state prerogatives, such as military, police and prison services; ii.) the transfer of legislative powers to regional, international and transnational organisations, without always securing democratic participation and/or at least control;¹⁷

¹⁴ Most prominent research on the commons by Elinor Ostrom. But also Mattei and Rodotà.

¹⁵ Cf. Gaier, Reinhard, Nützliche Konkurrenz, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung 18.2.2016, 6. To be considered also that courts, in developing law, induce from cases to law, whereas parliaments deduce from values and other norms to law.

¹⁶ Cf. Henřů, Quo Vadis ..., *op. cit.*.

¹⁷ For example, it is estimated that ca. 50% of national parliamentary acts are no more than formal transcriptions of European Union acts. Cf. Bubrowski, Helene, Mehr Freiheit für die Nationalstaaten, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung 2.7.2014, 8; Huber, Peter M., In

and iii.) the factors of globalization, namely digitalization and telecommunication, dissolve the unity/congruency of the economic and political spaces of the state. Consequently, the state loses its financial means and its instrument par excellence, namely law, to act on certain policy areas. The ensuing legal void is filled by private standard setters. The transposition of these standards into state law is more often than not a mere formality. Examples in the field of cooperative law are the standard-setting by the International Accounting Standards Board (IASB) and the International Reporting Standards Board (IRSB), the standard-setting by the Basel Committee on Banking Supervision and, more generally, the standard-setting by the global financial market,¹⁸ the effects of which in terms of law-making are reinforced by a concentration of wealth in ever fewer hands and by the power of those few who have the technological know-how and the technical means to collect, appropriate, process and use data, inclusive of personal data (Big data). We are not equipped to exert political control over these phenomena, nor do we have yet invented new forms of democratic participation in global law-making. Innovative approaches to this effect do exist, though.¹⁹ To mention also an intensifying inter-governmental, inter-parliamentarian and inter-judicial cooperation with traits of global law-making. The shifts in the division of political power can be observed in a multi-faceted process whereby law-making is shifting from parliaments to governments and from governments to courts of law.²⁰ This

der Sinnkrise, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung. As concerns cooperatives, cooperative law making is regionalizing and internationalizing. Cf. for example the EU Council Regulation 1435/2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) with its de facto harmonizing effect on national cooperative laws; the Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA); the Uniform Cooperative Act of the East African Community; the Estatuto de las Cooperativas of the Mercosur States (Mercosur/PM/SO/ANT.NORMA 01/2009); and the Ley marco para las cooperativas de América Latina (<http://www.woccu.org/policyadvocacy/legreg>).

¹⁸ Cf. Grimm, Dieter, Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München: Beck 2016; Molina, César Antonio, Volver a la escuela de la vida, in: El País 5.11.2016, 12.

¹⁹ For an illustration, cf. Bartely, T., Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labour and Environmental Conditions; Bombelli, Giovanni, Sfera giuridica e scenari contemporanei: intorno al diritto come “rete”, in: JUS 2(2012)261-286 (262 f.); Duquet, Sanderijn and Jan Wouters, Non-traditional norms in international law: Approaches in Legal scholarship, in: Czech Yearbook of Public & Private International Law, Vol. 5, 2014, 3-21; Javillier, Jean-Claude, Droit «dur» et droit «mou»: même combat!, in: La Revue RH & M No.52, 32- 33.

²⁰ As for the latter, cf. Rütters, Bernd, Die heimliche Revolution, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

double shift of law-making without the demos is accompanied by two main, each other mutually reinforcing factors: i.) the changing style of law-making and ii.) the socio-psychological change in our societies. As far as the style of law-making is concerned and limited to cooperative law, the scope of default rules is increasing, i.e. ever more legal rules in the cooperative law are *ius dispositivum* in the name of the autonomy of the cooperative members. In extreme cases the law allows the members to set an objective for their cooperative which differs from that set by law and hence to change the type of enterprise. The changing style of law making is also due to the complexification of society. The more complex societies become, the more detailed legal rules become and the more their validity is limited in time. More and more, legal rules resemble acts of intervention,²¹ listing political measures, rather than abstracting from single cases. As an example for both one may refer to the Finnish cooperative law, which allows to determine an objective in the byelaws that differs from the one set in the law.²² The first Finnish cooperative law, 1901, had 36 articles, the current, fourth Finnish cooperative law (2013) has 365 articles. The frequency with which new laws were passed has increased (1901, 1951, 2001, 2013), as has that of passing amendments whose number has also constantly increased. This style of law-making deprives law of its function as a normative reference for the identification with larger groups whose members have heterogeneous, often conflicting interests. And, related to the second factor of the shift in law making, this style of law-making allows for identities to be broken down to the level of individuals, who strive to have their often self-determined identity protected by invoking human rights.²³ The trans-subjective dimension of law, inscribed in institutions, is lost in the process. Courts to whom often hastily made laws on highly complex matters are increasingly being referred to for decision see therefore human beings increasingly as individuals with rights and less as citizens with rights and duties whose relationship with the state and society is mediate, not immediate.

The observable shift in conceptualizing the relationship between cooperatives and their members, from associative to contractual, matches the shifts from law by democratic processes to law by court decisions. And it matches

²¹ Cf. Zielcke, Andreas, *Das Volk soll bitte alles einfach genehmigen*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 10.1.2016, 60, reviewing Rosanvallon, Pierre, *Le bon gouvernement*, Paris: Seuil 2015.

²² Cf. Chapter 1, Article 5 of Law 2013/421.

²³ For critical remarks on this development, cf. Henřů, Hagen, *La posición de las mujeres en las empresas cooperativas y el Primer Principio Cooperativo de la Alianza Cooperativa Internacional*, in: *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer* (Dúo), Coordinador Rosa Moya Amador, Granada: Editorial Aranzadi 2016, 137-145.

the general change of our world view, from being anthropocentric with a preference for collectives to becoming egocentric with a preference for connectives,²⁴ with consequences for organisations, like cooperatives, which for a long time had been conceptualized as solidarity generating collectives.

4. Conclusion

As we reduce the function of parliaments to that of confirming decisions taken elsewhere, where we move toward governmental law-making, where we transform the state from a state of law (rule of law) into a state of magistrates/judges, where we reduce the role of the state to that of enforcing law made without its say, we make it impossible to pursue overall political goals, such as sustainable development, which has been recognized by the International Court of Justice since 1997 as a concept of public international law,²⁵ unless we innovate in global law-making. Sustainable development cannot be had without global social justice, as political stability is conditioned by social justice and guarantees economic security, which, in turn, makes people receptive for concerns related to the state of the biosphere.²⁶ That is why we need “institutionalized solidarities”, enterprises or other organizations, between citizens and the political order. For that we need re-socializing law.

Abstract

Based on the participation of the author in numerous cooperative legislation projects in different parts of the world, the article seeks an answer to the question whether our general notion of law is compatible with cooperative law. This notion has evolved from general, democratically set rules, abstracting from individual cases and filtering individual identities through manifold citizen-relationships, to casuistic decisions on individual claims, without regard to the relational character of law. The article argues that this notion of law is incompat-

²⁴ Cf. Henry, Basics and New Features ..., *op. cit.*.

²⁵ Cf. Henry, Sustainable Development and Cooperative Law ..., *op. cit.*.

²⁶ Cf. Henry, Hagen, Justice through Cultural Diversity. The Problem of Justice in a New International Economic Order, in: The Finnish Yearbook of International Law, Vol. I (1990), 387–414.

tible with a law that is to institutionalize the ideal/identity of cooperatives. Law institutionalizes this identity inasmuch as it translates the universally recognized cooperative values and principles into legal rules. These rules must reflect the legal principle of solidarity. This, in turn, is a condition of the capacity of cooperative enterprises to contribute to social justice, hence to sustainable development.

Chiara Gallese*, Daniela Besozzi**

Le sentenze antiscientifiche: un mito creato dai media

SOMMARIO: 1. Introduzione; - 2. Il ruolo del P.M. e dell'avvocato; - 3. Il Tribunale del Lavoro; - 4. Giudici e C.T.U.; - 5. Sentenze, ordinanze, decreti; - 6. Il caso Di Bella; - 7. Il caso Stamina; - 8. I danni da vaccino; - 9. Il caso Xylella; - 10. I casi Commissioni Grandi Rischi e Green Hill; - 11. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Negli ultimi anni, i media (intesi in senso ampio: quotidiani cartacei od online, riviste, televisione, social media, siti web e blog), approfittando di alcuni casi di cronaca nazionale, hanno diffuso l'idea secondo cui, in Italia, fosse in atto una sorta di scontro tra "Giustizia" e "Comunità Scientifica".

Il punto interessante, ma allo stesso tempo preoccupante, è che i presupposti su cui si sono basate le notizie a tal riguardo sono, in realtà, del tutto errati, evidenziando un grave problema di disinformazione a proposito di diritto processuale e sostanziale italiano.

Le recenti polemiche sul caso Xylella, sulle sentenze o ordinanze che riconoscono i danni da vaccino o che permettono cure "non accettate" dalla scienza, come vedremo, sono state create ad arte per causare sconcerto nel pubblico. A titolo di esempio, si ricorda l'affermazione dell'Ansa, secondo cui "la Procura di Trani *ha stabilito* che non vi è correlazione tra l'autismo e la somministrazione del vaccino pediatrico trivalente"¹. Per come è stata riportata la notizia, risulta che la Procura abbia voluto sostituirsi agli scien-

* Dottore di Ricerca, presso l'Università di Venezia Ca' Foscari - Università degli Studi di Milano-Bicocca. Avvocato del Foro di Padova.

** Professore associato, presso l'Università di Milano-Bicocca, Dipartimento di Informatica, Sistemistica e Comunicazione.

¹ L'articolo è consultabile all'indirizzo: http://www.ansa.it/puglia/notizie/2016/06/01/la-procura-di-trani-non-ce-correlazione-tra-vaccini-e-autismo_60e67919-2aad-487d-97db-8d24417e6694.html

ziati nello stabilire la correlazione tra autismo e vaccini.

Leggendo notizie di tal fatta, sembra quasi che sia in atto una lotta tra diritto e scienza, come se gli operatori del diritto volessero a tutti i costi seguire metodi antiscientifici². La realtà, come vedremo, è molto diversa.

I concetti, del tutto errati o mal interpretati, a cui media hanno dato più rilievo e che la comunità scientifica ha contestato maggiormente, sono stati i seguenti:

- su questioni generali:
 - alcuni avvocati promuovono processi “antiscientifici” per lucrare sui risarcimenti³;
 - non dovrebbe essere il Tribunale del Lavoro ad occuparsi delle questioni relative alla medicina⁴;
 - i giudici non consultano gli articoli in *peerreview* relativi all’oggetto della causa e non decidono in base a ciò che la scienza prescrive⁵;
- su casi specifici:
 - alcune ordinanze hanno condannato l’ASL a pagare le cure Di Bella⁶, nonostante siano chiaramente inefficaci⁷;
 - alcune ordinanze hanno consentito che venisse utilizzato il metodo Stamina, mai sottoposto a sperimentazione e infine dichiarato fraudolento⁸;
 - alcune sentenze hanno riconosciuto i danni da vaccino, citando anche l’inesistente correlazione tra vaccini e autismo⁹;

² Se ne è parlato, ad esempio, sul sito: http://www.lettera43.it/blog/dissonanze/cultura/l-aquila-xylella-stamina-quando-la-stampa-sbaglia-bersaglio_43675229428.htm

³ Si veda, ad esempio, la pagina Facebook di Medbunker, su cui è apparso un post che menzionava tale questione.

⁴ Si veda il post sul profilo privato di Marco Cattaneo, direttore di Le Scienze.

⁵ Si veda, ad esempio: <https://www.sip.it/per-il-medico/vaccino-mpr-e-autismo-falso-scientifico-in-una-recente-sentenza>

⁶ Un esempio di come la stampa ha trattato la notizia: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/02/02/metodo-di-bella-per-giudice-deve-essere-a-carico-della-servizio-sanitario-nazionale/866476/>

⁷ Sull’inefficacia del metodo si veda: <https://medbunker.blogspot.it/p/dossier-di-bella.html>

⁸ Un articolo a questo proposito: http://www.corriere.it/salute/13_dicembre_11/stamina-giudice-dice-si-metodo-noemi-tribunale-dell-aquila-decide-infusione-d-urgenza-e50068dc-6279-11e3-a809-0fcd5f7d9ac.shtml

⁹ Ne ha parlato Salvo di Grazia su Le Scienze: <http://digrazia-lescienze.blogautore.espress>

- gli scienziati del caso Xylella sono stati accusati di aver diffuso un batterio¹⁰;
- gli scienziati della Commissione Grandi Rischi sono stati accusati e condannati per non aver previsto il terremoto avvenuto a L'Aquila¹¹;
- la sperimentazione animale è stata messa in discussione dalla sentenza del caso Green Hill¹².

Un pubblico composto esclusivamente da giuristi riuscirebbe ad individuare a prima vista le affermazioni false contenute nell'elenco appena stilato, ma, com'è ovvio, il pubblico a cui i media si rivolgono non è in grado di discernere tra notizie false, notizie solo parzialmente vere e notizie vere ma enfattizzate per attirare l'attenzione dei lettori. Conseguentemente, si è creato un clima in cui i professionisti della Giustizia sono percepiti come nemici della "Scienza" e dei ricercatori.

Infatti, alcuni professori, ricercatori e divulgatori, anche sui propri profili social o blog, si sono chiesti come sia possibile che gli studi scientifici siano stati ignorati da giudici, pubblici ministeri e avvocati, producendo conseguenze gravi non solo sulle parti in causa, ma anche sulla popolazione, condizionata in senso negativo dall'esito delle sentenze "antiscientifiche". La scienza, si è detto, non si fa nelle aule dei tribunali.

Per spiegare esattamente come mai il nostro sistema processuale consenta l'esistenza di situazioni del genere e per capire di chi siano le responsabilità, è necessario svolgere alcune premesse.

2. Il ruolo del PM e dell'avvocato

Uno degli elementi che i media tralasciano è la distinzione tra diritto processuale civile e diritto processuale penale: il primo rileva soprattutto nei casi Vannoni, Di Bella e vaccini, mentre il secondo riguarda i casi del terremoto de L'Aquila, della Xylella e di Green Hill.

so.repubblica.it/2014/11/29/il-vaccino-causa-lautismo-cosi-e-deciso/comment-page-14/

¹⁰ Un articolo de Il Post: <http://www.ilpost.it/2015/12/20/ulivi-xylella/>

¹¹ Un riassunto della vicenda giudiziaria si trova all'indirizzo: <http://www.abruzzoweb.it/contenuti/grandi-rischi-sentenza-di-cassazione--de-bernardinis-causo-morti-esperto/595366-4/>

¹² La vicenda è stata trattata in questi termini su ProTest Italia: <https://protestitalia.wordpress.com/2015/03/27/green-hill-sotto-processo-non-e-unazienda-ma-la-sperimentazione-animale/>

L'obbligo di difesa tecnica non è mai menzionato negli articoli che trattano delle vicende giudiziarie, così come non vi è traccia dell'obbligatorietà dell'azione penale: si sente parlare solo di Procura e di avvocati e mai dei soggetti che hanno sporto denuncia o promosso il giudizio civile, dando così l'impressione i primi abbiano agito di propria iniziativa per danneggiare la comunità scientifica, mentre i secondi siano stati soltanto delle vittime inconsapevoli.

Per quanto riguarda gli avvocati, com'è noto, nel nostro ordinamento non sarebbe stato consentito, in nessuno dei casi citati, che le parti potessero partecipare al giudizio senza un difensore. Qualora un avvocato ritenga che, sulla base delle conoscenze scientifiche attualmente disponibili, il suo cliente voglia ottenere un risarcimento non dovuto, può decidere di non assumerne la difesa, oppure può cercare di dissuaderlo; nel caso in cui, però, il cliente sia assolutamente deciso a intentare causa (e umanamente è comprensibile che, ad esempio, un padre sia troppo coinvolto per pensare in modo razionale, quando il figlio è malato), ci sarà obbligatoriamente un altro avvocato che dovrà rappresentarlo in giudizio. Ciò che i media omettono di menzionare è che un avvocato non potrebbe mai impedire al cliente l'accesso alla giustizia (che è un diritto garantito dalla Costituzione), nemmeno se ritenesse che la correlazione autismo-vaccini non fosse reale.

In tema di compensi professionali, una delle accuse più frequenti è che “gli avvocati guadagnino sui risarcimenti e quindi fomentino i clienti ad agire in giudizio”¹³. Un altro punto che non è mai presentato al pubblico è il cosiddetto divieto di patto di quota lite o il fatto che le spese legali siano liquidate dai giudici sulla base di tabelle liberamente consultabili online¹⁴.

Per quanto riguarda invece i Pubblici Ministeri, se qualcuno sporge una denuncia, soprattutto se circostanziata come nei casi Xylella e Green Hill, oppure se la notizia di reato viene comunicata dopo dichiarazioni pubbliche, come nel caso del terremoto in Abruzzo, non è consentito evitare di esercitare l'azione penale, dunque il P.M. non può, per legge, evitare le indagini o “far cadere le accuse” come invece pretenderebbero i comuni cittadini. L'unica cosa che egli può fare a difesa degli scienziati è chiedere al giudice l'archiviazione, ma solo se ritiene che non sia stato commesso alcun reato e di certo non per motivi di tutela della comunità scientifica, in quanto un'attività perfettamente sensata per la scienza e condotta secondo il metodo scientifico potrebbe costituire reato secondo la legge italiana.

¹³ Un esempio di questa argomentazione si ritrova qui: <http://www.riv.life/parte-1-il-business-degli-anti-vax-fra-avvocati-medici-e-consulenti-della-speranza/>

¹⁴ Le tabelle sono consultabili nel dettaglio all'indirizzo: <http://www.avvocatoandreami.it/servizi/tabelle-parametri-forensi.php>

Un altro punto che sembra ignorato dai media è che un ricercatore o uno scienziato non possa, per motivi di ricerca, commettere reati o illeciti civili: ad esempio, anche qualora un ricercatore volesse condurre una ricerca attraverso la clonazione umana, pur se importantissima per la cura di una malattia, non potrebbe utilizzare tale tecnica; se uno studente volesse scrivere una tesi sul terrorismo islamico attraverso l'osservazione partecipante¹⁵, non potrebbe partecipare né moralmente né attivamente alle attività del gruppo e avrebbe l'obbligo di denunciarlo alle autorità; se un professore volesse insegnare ai suoi studenti come introdursi in un particolare sistema informatico, non potrebbe farlo senza il permesso del titolare di tale sistema, e così via.

Per quanto sembri oscura una legge, bisogna ricordare che il giudice e il Pubblico Ministero devono rispettarla e giudicare in base a essa e non in base alla scienza. In questo senso, si può dire che vi sia una qualche *discrepanza* tra diritto e scienza, ma ciò non significa che sia in atto uno *scontro*, come invece insinuato in alcuni articoli giornalistici.

3. *Il Tribunale del Lavoro*

Un argomento che è stato utilizzato per avanzare delle critiche alla magistratura è il fatto che, in diversi casi giudiziari diventati celebri, si parla di "giudice del lavoro", circostanza che ha indotto il pubblico a pensare che ci si riferisse a una persona specifica che giudica controversie di lavoro anziché al nome di un ufficio; in particolare, gli articoli che menzionavano tali ordinanze non spiegavano mai che il giudice del lavoro decide su tutte le controversie che per legge devono seguire il rito del lavoro, quindi anche sulle controversie diverse dalle cause relative ai lavoratori; com'è noto, tra le tante, rientrano in questa procedura i casi di assistenza obbligatoria, dunque anche i rimborsi sanitari, ai sensi dell'art. 442 del codice di procedura civile. Secondo il diritto processuale civile, perciò, è il giudice del lavoro che deve occuparsi della somministrazione delle cure erogate dal Sistema Sanitario Nazionale (SSN).

È la legge stessa, dunque, che prevede che le cause relative alla richiesta di somministrazione delle cure Di Bella e Stamina siano state affidate alla

¹⁵ A tal proposito, si rammenta un altro caso mediatico in cui i giudici furono accusati, a torto, di aver interferito con la ricerca: <http://www.radiopopolare.it/2016/06/roberta-chirola-condannata-per-una-ricerca-sui-no-tav/>

cosiddetta “sezione lavoro”.

4. Giudici e CTU

Un elemento che non è sempre chiaro al grande pubblico e agli scienziati in particolare è il sistema di reclutamento dei giudici.

A differenza di altre figure, in sede di concorso pubblico ai candidati è richiesta la conoscenza di tutti i rami del diritto, non si tratta di professionisti specializzati in una sola disciplina, come potrebbe essere per un medico pediatra, che non si occuperà mai di oncologia, psichiatria, ecc.

Durante la loro carriera, i giudici si troveranno a dover giudicare cause sulle più disparate materie: contraffazione di firme, dipinti, documenti; crolli di edifici, alberi, infrastrutture; danni a impianti idraulici, elettrici, industriali; danni provocati da malfunzionamenti di macchinari, software, autoveicoli, fuoriuscite di sostanze chimiche; omicidi di tutti i tipi, di cui è necessario chiarire la dinamica; lesioni o morte per errori medici; questioni relative ad animali, piante, rocce; ecc. Non è quindi possibile che un giudice sia competente in tutte queste materie, nemmeno tentando, per assurdo, di laurearsi in ognuna delle discipline coinvolte, perché il più delle volte si tratta di questioni altamente specialistiche, che solo dei ricercatori o dei professionisti con decenni di esperienza riuscirebbero a comprendere.

Quando si accusano dei giudici per delle sentenze ritenute “antiscientifiche”, bisogna tenere a mente che anche un medico di base, se fosse costretto a giudicare un caso tecnico di ginecologia, nefrologia o microbiologia, probabilmente non sarebbe competente e commetterebbe errori che uno specialista potrebbe ritenere banali.

A questo punto è necessario ricordare che, proprio per i motivi sopra esposti, il giudice si avvale sempre dell’aiuto di un consulente tecnico d’ufficio. Per tutte le questioni tecniche che esulino dalla conoscenza media, il giudice chiede a questi professionisti di redigere una consulenza tecnica. Il giudice può sostituire il consulente, di propria iniziativa o su richiesta delle parti; può richiedere ulteriori indagini ed esami e, essendo considerato *peritus peritorum*, può disattendere le conclusioni del perito laddove queste risultino intimamente contraddittorie e solo ove le critiche all’elaborato peritale mosse dalle parti siano “*idonee a segnalare e stigmatizzare un vizio logico, metodologico o scientifico nel ragionamento seguito dal Consulente d’ufficio, suscettibile di essere rilevato e valutato dal Giudice sulla scorta del bagaglio di*

*nozioni di comune esperienza e del patrimonio culturale di cui è in possesso*¹⁶, ma, “*mentre non è tenuto ad argomentare diffusamente la propria adesione alle conclusioni, al contrario ha l’onere di fornire un’articolata motivazione delle ragioni che lo inducono a discostarsi da esse*” (Cass. n. 15590 del 10/12/2001; n. 3551 del 06/04/1998; n. 11440 del 18/11/1997; n. 282 del 9/01/2009; n. 9178 del 20/04/2006), pena la riforma della sentenza in appello.

Tuttavia, pur essendo le sentenze emesse sulla base delle risultanze della consulenza tecnica, i titoli dei giornali riconducono la sentenza sempre e solo alla mera volontà del giudice, attribuendogli non solo l’intera responsabilità delle conclusioni formulate dal perito, ma anche un certo grado di dolo nel contraddire la “Scienza”.

Oltre a doversi attenere alle conclusioni del perito, il giudice deve rispettare anche il “divieto di scienza privata”, cioè deve basare la sua decisione solo sui fatti portati dalle parti all’interno del processo o sui fatti notori e mediamente conosciuti, non sulle sue conoscenze personali. Egli non può, quindi, leggere di sua iniziativa degli articoli scientifici o studiare autonomamente una materia tecnica, come potrebbe fare un ricercatore in sede di revisione di un articolo scientifico, ma deve sempre attenersi alle conoscenze dell’uomo medio e ai fatti conosciuti alla collettività. Il fatto che i vaccini non causino l’autismo, ad esempio, non può in alcun modo essere considerato un fatto notorio dal punto di vista giuridico, come invece lo è dal punto di vista scientifico.

Il giudice deve anche attenersi strettamente alla legge e non può in nessun caso disattenderla per andare incontro alle proprie opinioni personali o per fare giustizia a una situazione “antiscientifica”. Se la legge dicesse, per assurdo, che è obbligatorio somministrare una cura omeopatica in luogo dei vaccini obbligatori, il giudice sarebbe obbligato ad applicarla nonostante sia sua opinione che l’omeopatia non sia una cura.

Nonostante quanto asserito sui media, è certo che nessuno vorrebbe davvero un giudice che non applichi la legge, nemmeno per il bene della scienza, poiché questo porterebbe a situazioni di incertezza e ingiustizia e si presterebbe a decisioni del tutto arbitrarie. Piuttosto, se una legge è ritenuta ingiusta dai cittadini, i quotidiani potrebbero promuovere delle iniziative affinché venga cambiata, in luogo della pubblicazione di articoli che additano i magistrati come nemici della ricerca scientifica.

Bisogna notare, tuttavia, che non è sempre possibile cambiare la legge senza pregiudicare i diritti dei cittadini, anzi, in alcune circostanze, come si

¹⁶ Si veda: <http://www.ipinitalia.com/brevetti/il-tribunale-di-torino-sul-ruolo-del-giudice-rispetto-alla-relazione-del-ctu-laltezza-inventiva-e-le/>

vedrà, è necessario emettere ordinanze contrarie al metodo scientifico, considerandole un “danno collaterale” temporaneo, poiché il tempo necessario ad effettuare una cognizione piena sull’efficacia di una cura o su altra questione scientifica potrebbe causare un grave pregiudizio verso i diritti costituzionalmente garantiti delle parti.

5. *Sentenze, ordinanze, decreti*

Un altro elemento da tenere in considerazione è che il cittadino, che legge un articolo riguardante una sentenza, molto spesso non conosce la differenza tra i diversi provvedimenti emanati dal giudice: sentenza, ordinanza e decreto sono spesso utilizzati sui media indifferentemente. Molti dei casi portati come esempio di anti-scientificità dei tribunali non riguardavano, infatti, delle sentenze (men che meno definitive), ma delle semplici ordinanze, in quanto tali revocabili, oppure decreti¹⁷.

Un importantissimo principio che non è semplice da spiegare a chi non si occupa di diritto è quello secondo cui la decisione si deve basare unicamente su ciò che è stato presentato al giudice dalle parti all’interno del processo, cioè non è possibile acquisire al di fuori dell’aula ulteriori documenti, informazioni, testimonianze o altro, nemmeno se rilevanti. Ciò che uno scienziato può capire o sapere di una vicenda che riguarda la scienza (ad esempio alcune pubblicazioni in materia) può dunque non essere rilevante ai fini del processo, in quanto le parti non l’hanno portato all’attenzione del giudice. I media vorrebbero dipingere il giudice ideale come un investigatore privato che deve ricercare la verità assoluta o la giustizia morale, invece che una figura che deve tutelare i cittadini secondo quanto previsto dalla legge. Di conseguenza, ogni qual volta un magistrato si discosta da questa immagine, alcuni giornalisti creano titoli sensazionalistici per attirare l’attenzione del pubblico sulla sentenza.

Sulla questione che il SSN abbia dovuto erogare anche cure controverse e mai verificate tramite il metodo scientifico, la risposta non è di immediata comprensione e, anzi, richiede alcune conoscenze tecniche, che il lettore di un quotidiano difficilmente possiederà.

La condanna dell’ASL o del Ministero al pagamento di alcune cure

¹⁷ Ad esempio, in questo articolo di Internazionale si parla di “ordinanza influenzata ideologicamente”, quando in realtà si trattava semplicemente di un decreto non ancora convalidato: www.internazionale.it/reportage/quit/2015/12/24/xylella-ulivi-puglia-scienza

rifiutate dalla comunità scientifica (come il metodo Stamina o Di Bella) è avvenuta, in alcuni casi celebri, tramite ordinanza, uno strumento d'urgenza non definitivo che, nelle cause su questioni mediche, deve tutelare il diritto alla salute, costituzionalmente protetto, il quale si contrappone a un diritto meno importante, cioè il diritto di natura patrimoniale dell'ASL (il pagamento delle cure); tuttavia questo tipo di procedimento è sommario e non entra nel merito della causa con una cognizione piena, che eventualmente sarà trattata in un successivo giudizio, ma si limita, per sua natura, a verificare la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, cioè la probabilità dell'esistenza del diritto da tutelare e il pericolo concreto, imminente e irreparabile che esso possa venire leso. In tutti i casi in cui sia in gioco la salute delle persone, perciò, proprio per evitare la possibilità di danni irreparabili, la legge dà la possibilità ai cittadini di richiedere al giudice un provvedimento veloce che li tuteli senza verificare in un processo se abbiano ragione o torto; questo provvedimento è soggetto a reclamo e può essere revocato qualora la controparte dimostri che non era dovuto.

Nei casi Di Bella e Stamina, ai pazienti erano stati negati dei medicinali di cui, secondo il medico curante, essi avevano assolutamente bisogno: si erano rivolte al giudice per ottenere un provvedimento provvisorio che imponesse l'ospedale ad erogare quella medicina, perché, in caso contrario vi era un rischio di morte, mentre il danno all'ospedale, nel caso in cui si fosse dimostrato che la medicina non era davvero necessaria, sarebbe stato solo economico. Non vi era il tempo per chiarire in giudizio chi avesse ragione, quindi era necessario ricorrere a questo rimedio urgente, sul presupposto, comunque, che l'ospedale, in futuro, avrebbe potuto essere risarcito per l'errore. Risulta chiaro che la legge in questi casi protegge alcuni diritti, che ritiene più importanti di quelli di natura economica, da un mero pericolo, e lo fa solo se ci sono dei motivi fondati (la richiesta di un medico iscritto all'Ordine). Non potrebbe mai accadere, come ipotizzato ironicamente da qualcuno¹⁸, che un giudice ordini di somministrare “*caviiale e Champagne*” come cura per il capriccio di un paziente. Tuttavia, il tono degli articoli su quotidiani e siti web non ha fatto altro che fomentare gli animi contro il sistema giudiziario, poiché nessuna delle circostanze appena descritte è stata resa nota o spiegata al pubblico.

6. Il caso Di Bella

¹⁸ A. SANTOSUOSSO, “Giudici mattoidi quadrano cerchi”, inserto domenicale de Il Sole 24 ore, 07/04/2013, p. 26.

In una delle ordinanze che hanno condannato ex art. 700 la somministrazione delle cure relative al metodo Di Bella¹⁹, il giudice ha dovuto tenere conto del pericolo urgente che minacciava il diritto alla salute della ricorrente, sulla base dei documenti presentati. Tra questi documenti vi era il parere di un medico, che descriveva il miglioramento della paziente (non operabile) e l'assenza di ipotesi alternative che lo potessero spiegare. Il parere del medico curante, dunque, non riusciva a giustificare altrimenti quei miglioramenti, quindi il giudice ha dovuto tener conto del fatto che la cura Di Bella fosse stata l'unica somministrata alla paziente e, di conseguenza, non ha potuto escludere che a livello soggettivo vi fosse una correlazione tra i due fatti. Nonostante la sperimentazione del metodo non sia mai arrivata alla terza fase, infatti, durante la seconda fase è emerso che l'1% dei pazienti rispondeva alle cure e il 3% rimaneva stazionario²⁰.

Dato che il giudice deve valutare di volta in volta il caso concreto e la situazione peculiare della singola persona, non ha potuto escludere che la ricorrente rientrasse in quelle percentuali, che a livello medico non sono indicative dell'efficacia della terapia nel suo complesso, ma a livello giuridico possono giustificare una decisione favorevole proprio in ragione dei diritti in gioco. Delle ordinanze a favore del metodo Di Bella, molte sono state poi riformate in sede di impugnazione e il paziente ha dovuto risarcire l'intero costo della cura. Tuttavia, a questi esiti dei giudizi, conformi al parere della comunità scientifica, non è stata data la stessa rilevanza mediatica, pur essendo poi divenuti definitivi.

Quello che è importante far capire ai cittadini è che la legge è formulata in modo generico per poter coprire il numero più ampio di casi astratti e non riguarda soltanto la medicina o altre questioni scientifiche, dunque non può essere cambiata senza che ciò comporti gravi conseguenze sui casi concreti. Dal momento che non è possibile incolpare i giudici per aver svolto il proprio compito applicando la legge, verrebbe spontaneo chiedersi se sia possibile cambiare la norma "ingiusta"; tuttavia, se per tutelare la scienza cambiassimo la legge eliminando la possibilità di ricorrere ex art. 700 (e procedimenti aventi la stessa *ratio*), lasceremmo scoperte anche altre situazioni, che non hanno a che fare con la scienza ma sono altrettanto importanti. Per fare un esempio estremo, si può argomentare che nessuno vorrebbe trovarsi in una casa che sta per crollare senza avere la possibilità di rimediare

¹⁹ L'ordinanza può essere scaricata da qui: www.sportellodeidiritti.org/controller.php?nome_modulo_corrente=notizia&id=531

²⁰ I dati sono consultabili qui: <http://www.repubblica.it/online/fatti/dibelladue/dati/dati.html>

urgentemente alla situazione soltanto perché qualcuno ha preferito tutelare la scienza in modo assoluto, dando la priorità al metodo scientifico pur assumendo un grave rischio.

7. Il caso Stamina

Il caso Stamina²¹ ha avuto un iter simile a quello del caso Di Bella. Inizialmente fu somministrato dall'Ospedale di Brescia, finché l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) non ordinò di interrompere le cure. Dei medici, dunque, avevano già adottato "ufficialmente" il metodo Stamina in un ospedale ed erogavano le cure ai loro pazienti; non si trattava di cure pagate da una singola famiglia a un truffatore. Il ricorso al giudice è stato presentato proprio a causa dell'interruzione della cura, ma era stato concesso non come terapia a seguito di miglioramenti, bensì come "cura compassionevole" per il caso singolo, come previsto dal decreto ministeriale del 05/12/2006 sulla "Utilizzazione di medicinali per terapia genica e per terapia cellulare somatica al di fuori di sperimentazioni cliniche e norme transitorie per la produzione di detti medicinali", che permette la somministrazione di medicinali *"su singoli pazienti in mancanza di valida alternativa terapeutica, nei casi di urgenza ed emergenza che pongono il paziente in pericolo di vita o di grave danno alla salute nonché nei casi di grave patologia a rapida progressione, sotto la responsabilità del medico prescrittore e, per quanto concerne la qualità del medicinale, sotto quella del direttore del laboratorio di produzione di tali medicinali"*, ovviamente in presenza di alcuni requisiti, tra cui il parere positivo del Comitato Etico dell'istituto che eroga le cure. I giudici, proprio in ragione del tipo di tutela e dei diritti in gioco, hanno disapplicato l'atto amministrativo adottato dall'AIFA, facoltà che è loro concessa dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, per cui *«le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi»*, o, in altri casi, non lo hanno applicato ritenendo che il divieto non si applicasse al caso concreto, in quanto non si trattava di sperimentazione clinica ma di cura compassionevole (così come ritenuto anche dalla stessa AIFA). Tale disapplicazione non può considerarsi in contrasto con la scienza, in quanto era stato l'ospedale stesso, su parere favorevole di medici e della stessa AIFA, a somministrare le cure.

²¹ Una analisi giuridica, secondo noi non condivisibile, è reperibile qui: <http://users2.unimi.it/unistem/wp/wp-content/uploads/Scalera-fadi-101.pdf>

Il giudice, non essendo esperto in materia, non può che fidarsi del parere del medico curante e dei documenti che gli sono presentati dalle parti, in quanto deve valutare il caso singolo e concreto, mentre l'AIFA si occupa di dare una regolamentazione generale per tutti i farmaci, senza poter entrare nel merito di ogni singolo paziente. Durante il giudizio ordinario, invece, è possibile entrare nel merito della questione e provare l'inefficacia della cura.

Nello specifico, l'ordinanza del Tribunale di Venezia del 2012 così motivava:

“Attesa dunque la controvertibilità delle risultanze ispettive alla base dell'ordinanza Aifa, riservato ogni approfondimento in sede di giudizio di merito, il presente ricorso d'urgenza risulta meritevole di accoglimento considerato che:

- *il trattamento in questione costituisce, in assenza di valida alternativa terapeutica, l'unico possibile mezzo di rallentamento dell'evoluzione della malattia neurodegenerativa, a esito infausto, da cui è affetta la piccola;*
- *pur in assenza di evidenza scientifica, la certificazione medica allegata al ricorso attesta l'efficacia del trattamento in termini di rallentamento del decorso della malattia, laddove, trattandosi di patologia di tipo neurodegenerativo, anche il solo rallentamento va senz'altro considerato come un effetto positivo, che incide sulla qualità della vita della piccola paziente;*
- *non si sono verificati effetti collaterali di sorta: né il provvedimento amministrativo contestato, né gli accertamenti ispettivi sui quali lo stesso si fonda, comprovano il concreto pericolo di complicanze; ed in effetti la paventata riconducibilità del decesso di altro paziente al trattamento con infusione di cellule staminali cui lo stesso era sottoposto è smentita dalla richiesta di archiviazione con pedissequo decreto di accoglimento dimessi dai difensori attorei all'udienza 28/8, dai quali emerge che tale decesso è stato in realtà determinato da altra causa;*
- *non si pone nemmeno una specifica, significativa, esigenza di contenimento finanziario posto che il trattamento non comporta esborsi aggiuntivi a carico del SSN.*

Si tratta di considerazioni sufficienti per l'accoglimento del ricorso. La pretesa va infatti vagliata nell'ottica, sua propria trattandosi di cura compassionevole, di tutela del bene salute nel singolo caso.”

Nell'ordinanza del Tribunale di Matera, sempre nel 2012, si fa riferimento al parere positivo del Comitato Etico: *“nel verbale di ispezione di p.g.*

dell'8/5/2012, invero, si legge che gli agenti operanti acquisirono la lettera di approvazione del Comitato etico -a firma del vice presidente Di Stefano-, per l'uso terapeutico delle cellule staminali a favore di XXXX, con allegata relazione clinica ed assunzione di responsabilità a firma del dott. F. Porta. Essendo questi il coordinatore del progetto, "che per ogni paziente, dopo le visite specialistiche e/o pediatriche per l'inquadramento della patologia compilava un protocollo medico specifico che prevedeva 5 infusioni endovena ed endolumbari di cellule staminali autologhe o da donatore consanguineo preparate secondo il metodo Stamina" (così si esprime a pag. 3 la ripetuta relazione ministeriale), si deve ritenere che il pronunciamento favorevole del Comitato etico tenesse conto per implicito i benefici ipotizzabili ed i rischi prevedibili del trattamento proposto, quali indicati nella relazione dal predetto dott. Porta" e inoltre vengono descritti i miglioramenti del paziente: "Ora, a fronte dei riferiti rilievi operati dall'AIFA, una circostanza emerge chiara ed evidente, se pure nei limiti consentiti dalla cognizione sommaria del procedimento d'urgenza: il piccolo paziente, affetto da una malattia senza speranza, che già gli ha offerto l'imprevista ed imprevedibile possibilità di superare la soglia dei quattro anni -statisticamente considerata quale età massima di sopravvivenza per i malati di "NiemanPick di tipo A", non solo non ha risentito alcun effetto negativo in seguito alle due somministrazioni ricevute di preparati di cellule staminali, ma ha rivelato tangibili, se pur lievi, miglioramenti, che ne hanno quanto meno alleviato le sofferenze (cfr. la relazione in data 14/9/2012 del pediatra-immunologo dott. Andolina, in base alla quale le due infusioni di cellule staminali avevano prodotto miglioramenti nella deglutizione del minore e maggior reattività nei rapporti con la madre, di colpo regrediti con la sospensione del trattamento, specie quelli deglutizionali, tanto da far pensare all'impianto di una PEG per alimentazione enterale; e si legga anche la più recente relazione in data 1/10/2012 del medico curante, dott.ssa XX, che ha osservato, dopo la somministrazione della terapia staminale, una riduzione delle allergie alimentari del paziente, nonché una certa reattività mimica e del movimento degli arti inferiori)." e conclude rilevando che "nel bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, da operarsi nel caso di specie, balza immediatamente all'occhio come il diritto individuale alla salute non abbia nell'immediato nessuna altra chance (trattandosi, come più volte sottolineato, di persona colpita da patologia grave priva di valida alternativa terapeutica ed a rapida progressione), a differenza dell'interesse collettivo alla salute -compreso quello degli utenti in genere del laboratorio bresciano e della terapia cellulare ivi praticata- che ben può essere, invece, salvaguardato con misure intermedie, non incidenti sulla possibilità del singolo di proseguire la terapia."

Analoghe considerazioni si trovano anche in altre ordinanze, come quella del Tribunale di Trento (24 dicembre 2012): *“Parte ricorrente allega alcuni benefici (in termini di “miglioramenti qualitativi” dello sviluppo psicomotorio globale, pur nell’invarianza dal punto di vista quantitativo) apportati a XXX dalla terapia con cellule mesenchimali praticata a partire dalla primavera 2011 non già dagli Spedali Civili di Brescia, ma dall’Istituto Burlo Garofalo di Trieste mediante l’utilizzo di cellule prodotte non già attraverso il protocollo Stamina, ma dal laboratorio Verri di Monza.”*, nella quale, tra l’altro, l’Azienda Ospedaliera *“non ha contestato la certificazione sub doc. 15 fasc. ric., peraltro proveniente da un’unità operativa della stessa Azienda Ospedaliera”* e cioè non si è difesa negando la validità della certificazione del direttore dell’U.O. Neuropsichiatria dell’Infanzia e Adolescenza della stessa Azienda Ospedaliera convenuta, il quale attestava che, all’esito di tre cicli di infusione, *“il decorso neurologico evidenzia assenza di effetti indesiderati legati alla somministrazione della terapia. Per la tipologia della patologia (Amiotrofia Spinale tipo I a grave decorso evolutivo) si conclude per lievissimo ma significativo miglioramento della motilità distale e della interazione con l’ambiente rilevato dopo 8 mesi di osservazioni longitudinali”*. Com’è noto, quando una delle parti non contesta i documenti e le altre prove portate dalla parte avversa, essi saranno considerati come validi. In quest’ultima ordinanza, tra l’altro, si tiene conto dell’illegalità in cui operavano i laboratori Stamina e si ordina all’Ospedale non di continuare il trattamento in essi, ma in *“una delle 13 cell factories autorizzate presenti sul territorio nazionale”*.

Mettendoci nei panni del giudice, che deve tenere in considerazione in primo luogo l’urgenza della tutela della salute dei ricorrenti, vediamo che le ordinanze sono state perfettamente comprensibili e logiche. Il quadro appariva ai suoi occhi piuttosto chiaro:

- sussisteva un’urgenza;
- sussisteva il diritto alla salute da tutelare;
- si trattava di una cura compassionevole per situazioni disperate;
- era stata un’intera Azienda Ospedaliera a sottoscrivere una convenzione con Stamina Onlus, erogando la cura ufficialmente;
- vi era il nulla osta iniziale dell’AIFA;
- vi erano pareri positivi di medici autorevoli della stessa Azienda Ospedaliera;
- vi erano pareri positivi dei medici curanti;

- si riscontravano miglioramenti o stabilizzazione dei sintomi;
- non vi erano esborsi per l'ospedale o per lo Stato;
- le ordinanze non avevano effetti su tutti i pazienti ma solo sui casi singoli;
- in molti casi vi era anche il parere favorevole del Comitato Etico.

Non si può quindi dire che i giudici abbiano emesso provvedimenti contro la scienza o che abbiano avallato delle cure contro il parere della medicina ufficiale, perché non c'è nulla di più ufficiale di un ospedale pubblico. I giudici non sono esperti di medicina, perciò si affidano al parere dei medici coinvolti nella vicenda, che sin dall'inizio hanno avallato il metodo Stamina. Nonostante a un certo punto la "comunità scientifica" avesse fatto notare la mancanza di pubblicazioni scientifiche a supporto del metodo citato e in seguito si fosse ribellata al suo utilizzo²², non sarebbe stato possibile portare questi elementi in tribunale, in quanto privi di rilevanza giuridica.

Sia nel caso Di Bella che in quello Stamina, sono apparsi articoli di giornale, di quotidiani online o di blog, oltre che post sui social media, in cui sono state scambiate ordinanze per sentenze oppure sono stati travisati i fatti, in modo che apparisse un conflitto tra diritto e scienza, come se i giudici avessero deciso autonomamente e dolosamente contro i medici e gli altri esponenti della comunità scientifica.

In casi così tecnici non è possibile formare il proprio convincimento sulla base di ciò che è stato scritto da giornalisti digiuni di diritto, perché si creano notizie false e disinformazione, inasprendo i rapporti tra scienziati e magistratura. Nonostante si tratti, come abbiamo appena visto, di documenti molto lunghi²³, tecnici e che richiedono una certa competenza per essere compresi del tutto, è sempre necessario leggere integralmente i testi originali dei provvedimenti del giudice per poter capire una vicenda giudiziaria.

²² Sul punto: <https://www.wired.it/scienza/medicina/2014/04/03/staminaelena-cattaneo-domande-audizione-conoscitiva/>

²³ Solo le motivazioni della sentenza di Cassazione relativa alla Commissione Grandi Rischi sono di 170 pagine.

8. I casi dei danni da vaccino

I casi delle sentenze che hanno riconosciuto i danni da vaccino sono più complicati da analizzare, in quanto vi possono essere molti motivi per cui la somministrazione di un vaccino può dar luogo a un risarcimento, anche senza che questo abbia qualcosa a che fare con l'autismo.

La Cassazione ha chiarito la ratio della norma che prevede un indennizzo²⁴: *“Per il danno da vaccinazioni obbligatorie il fondamento è da ricercare essenzialmente nell'art. 32 Cost. (che tutela il diritto fondamentale alla salute), anche se in collegamento con l'art. 2 Cost., come rilevato dalla Corte costituzionale, che ha precisato che un corretto bilanciamento tra il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri implica il riconoscimento, ove si determini un danno per il singolo, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento sanitario obbligatorio. In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito. Analogo ristoro del danno da malattia trasmessa deve essere previsto in favore delle persone che abbiano prestato assistenza personale diretta a chi è stato sottoposto al trattamento obbligatorio. È evidente, dunque, che l'indennizzo è stato riconosciuto dalla legge solo nei casi in cui sussista un nesso causale tra la somministrazione del vaccino ed il danno patito dal soggetto passivo del trattamento sanitario obbligatorio. Il fatto generatore del diritto all'indennizzo è, dunque, l'inoculamento del vaccino che si sia, poi, rivelato dannoso per il soggetto”* e ha inoltre spiegato con quale criterio sia valutato²⁵: *“Questa Corte già con le sentenze 21 aprile 1977 n. 1476 e 13 maggio 1982 n. 3013 aveva avuto occasione di puntualizzare che l'individuazione del rapporto di causalità che attiene ad un evento lesivo collegato all'esecuzione di terapie mediche o di interventi chirurgici deve essere effettuata, non solo con criteri giuridici, ma anche tenendo conto delle nozioni della patologia medica e della medicina legale, per cui la possibilità teorica di un margine inevitabile di relatività non può, di per sé sola, invalidare un accertamento basato sulla corrispondenza di alcune affezioni ad un determinato meccanismo causale, in assenza di qualsiasi altra causa patogena. Infatti, nel campo biopatologico, essendo estremamente difficile raggiungere un grado di certezza assoluta, la sussistenza del nesso causale tra un determinato antecedente e l'evento dannoso ben può essere affermata in base ad un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica,*

²⁴ Cassazione Civile, VI° Sezione Lavoro, Ordinanza n. 6266 del 18/03/2014.

²⁵ Cassazione Civile, II° Sezione, n. 632 del 21/01/2000.

soprattutto quando manchi la prova della preesistenza, della concomitanza o della sopravvenienza di altri fattori determinanti”.

I lettori non dovrebbero affidarsi ai titoli dei giornali in tema di procedimenti giudiziari, perché le motivazioni del giudice potrebbero essere basate su elementi eterogenei che la stampa travisa o trascura del tutto²⁶. Le sentenze, inoltre, sono scritte in modo molto tecnico, perché si riferiscono a centinaia di altri atti del processo. Poiché il ruolo dell'avvocato è previsto dalla Costituzione a tutela dei cittadini ed è obbligatorio che essi siano assistiti durante tutto il procedimento, sarà compito dell'avvocato spiegare il significato delle sentenze al proprio cliente ed eventualmente nelle note a sentenza (di certo non nel breve spazio di un articolo di giornale).

Il caso più eclatante è quello in cui la corte d'Appello di Torino, nel 2012, riconobbe il risarcimento di 1,8 miliardi di lire per una paziente che finì in coma vegetativo dopo la somministrazione del vaccino obbligatorio nel 1988. In questo caso, il CTU ha accertato *“la sussistenza di un nesso causale tra la vaccinazione, eseguita senza previa valutazione delle possibili conseguenze dell'intervento di tonsillectomia, e il manifestarsi della patologia”*, inoltre la bambina si sarebbe potuta salvare se, entro cinque giorni dalle complicazioni della vaccinazione, le fosse stato somministrato del cortisone, che avrebbero evitato danni cerebrali permanenti. In questa vicenda, per un mese intero le condizioni della bambina furono minimizzate dai medici, finché non si aggravarono irreparabilmente. Il danno subito dalla paziente in questo caso non è imputabile solo al vaccino, ma è conseguenza di altre patologie e interventi medici scorretti.

Un altro caso di risarcimento è quello del 2013²⁷, in cui la sentenza di primo grado passò in giudicato perché il Ministero non fece appello. Dalla consulenza tecnica emerse come l'immunizzazione vaccinale con vaccino esavalente – Infanrix Hexa – ebbe, secondo quanto affermato dal CTU, valore di concausa preponderante, necessaria e sufficiente al manifestarsi dell'epilessia criptogenetica. La patologia era quindi ricollegabile, con elevato grado di probabilità, all'immunizzazione con vaccino esavalente. Di conseguenza, il Ministero fu condannato a pagare 106.000 euro.

Nel 2015²⁸, invece, la Cassazione si pronunciò a favore dell'ASL, stabilendo come non siano risarcibili i danni imprevedibili: durante l'iniezione intramuscolare del vaccino antitetico, fu leso un nervo in modo irreparabile,

²⁶ Si veda <http://www.butac.it/sentenze-di-tribunale-e-vaccini/>

²⁷ Sulla stampa: <http://www.ilrestodelcarlino.it/modena/vaccino-invalidita-risarcimento-1.1657419>

²⁸ Un altro articolo: <http://www.si24.it/2015/10/20/vaccini-cassazione-no-risarcimento-danni-permanenti-rispetto-ricorso-se-effettuato-correttamente/139554/>

ma la sentenza stabilì che la dottoressa si fosse attenuta ai protocolli.

Il caso invece più discusso è quello, sempre del 2012, in cui l'ASL fu condannata a risarcire 200.000 € dopo che a un paziente fu diagnosticato l'autismo a seguito della vaccinazione MPR. In primo grado²⁹, il tribunale di Rimini si basò sui documenti medici presentati dalle parti, in cui il dr. Niglio sottolineava il nesso vaccino-autismo nel 2008 e lo specialista dr. Montanari lo confermava nel 2009, e sulla CTU disposta in corso di causa, che si basava sugli studi di Wakefield. La sentenza fu però totalmente riformata nel 2015 dalla Corte di Appello di Bologna, poiché il CTU, dr. Lodi, scrisse nella sua relazione che *"nella storia clinica del bambino non c'è un'oggettiva correlazione temporale tra la progressiva comparsa dei disturbi della sfera autistica e il vaccino Mpr, vi è solo il fatto che i due eventi avvengano uno prima e uno dopo, ma come dimostrato, ciò non è sufficiente a mettere in relazione i due eventi"*.

Anche i Tribunali di Genova (2013) e Santa Maria di Capua Vetere (2015)³⁰ hanno deciso in favore del Ministero negando che le patologie autistiche oggetto della causa potessero essere causate dai vaccini. In questi casi, infatti, i CTU hanno portato una cospicua documentazione scientifica per negare la sussistenza del nesso causale tra la comparsa dell'autismo e la somministrazione dei vaccini.

Nella sentenza del Tribunale del Lavoro di Milano, nel 2014, la decisione si basava sul parere del CTU, dr. Alberto Tornatore, il quale scrisse: "È probabile che il disturbo autistico del piccolo sia stato concausato, sulla base di un polimorfismo che lo ha reso suscettibile alla tossicità di uno o più ingredienti (o inquinanti), dal vaccino *Infranrix Hexa Sk*". Il Ministero è stato condannato a pagare un assegno bimestrale per tutta la vita del paziente.

Nel 2016 il nesso vaccini-autismo è stato nuovamente negato anche dalla Corte di Cassazione³¹, che ha confermato in questo senso le sentenze di primo e secondo grado, tenendo conto delle relazioni dei quattro CTU, i quali avevano escluso la sussistenza del nesso causale tra la patologia autistica e la vaccinazione.

Bisogna comunque notare che, in casi rarissimi, i vaccini possono presentare effetti collaterali tra cui anche reazioni gravi, dunque è impossibile eliminare del tutto il rischio che qualcuno promuova un giudizio per otte-

²⁹ Il testo integrale è reperibile qui: http://www.informasalus.it/it/data/allegati_docs/sentenza-trib.%20lav.rimini.marzo%202012.pdf

³⁰ Si veda: <http://www.vaccinarsi.org/inprimopiano/2015/01/30/sentenza-nega-collegamento-autismo-vaccini.html>

³¹ Sulla stampa: http://www.ilsecoloxix.it/p/italia/2016/06/16/AS47Po8C-risarcimento-autismo_cassazione.shtml

nere il risarcimento dei danni da vaccino.

Analizzando le sentenze, si vede subito che le circostanze non sono come presentate sui giornali. Da un lato, infatti, alcuni casi non riguardano l'autismo ma altre patologie, ed è scorretto citarle come esempi di sentenze antiscientifiche sulla correlazione vaccino-autismo; dall'altro, molte di queste sentenze sono state poi annullate in appello o in Cassazione (anche se altre non sono state nemmeno appellate e dunque sono rimaste definitive) e gli indennizzi restituiti. Tutte le sentenze che hanno accolto la richiesta dei pazienti si sono basate sulla consulenza tecnica dei CTU e sui documenti firmati da medici, nessuna di esse è il prodotto di una valutazione autonoma del giudice contro l'opinione dei medici coinvolti.

La presenza di sentenze che condannano il Ministero a pagare degli indennizzi per danni causati dai vaccini si spiega con l'esistenza di medici che hanno riconosciuto la sussistenza di danni nei casi a loro sottoposti e che hanno rilevato, in maniera più o meno decisa, una correlazione tra quei danni specifici e la somministrazione di un vaccino. Si può ricordare, a questo proposito, la lettera firmata da 120 medici che si scagliava contro i vaccini, diffusa sui giornali³².

Se tutti i medici italiani fossero unanimi nel negare in modo assoluto la possibilità che i vaccini possano causare o contribuire a causare la patologia autistica, non esisterebbero sentenze in cui si afferma questo nesso causale.

Continuerebbero ad esistere, però, sentenze che riconoscono altri tipi di danno, come nei casi in cui il vaccino non avrebbe dovuto essere somministrato, è stato somministrato in maniera maldestra o il personale sanitario non è riuscito a porre rimedio a una reazione avversa; è possibile, perciò, che appaiano sempre notizie di questo tipo sui media; sta al singolo lettore verificare le fonti e la correttezza di ciò che è raccontato prima di sollevare critiche alla magistratura.

³² Si veda: <http://www.quotidiano.net/cronaca/vaccini-medici-contrari-1.1429559>

9. Il caso *Xylella*

Il caso della *Xylella fastidiosa* è uno degli esempi più lampanti di disinformazione mediatica, da cui si deduce chiaramente che sarebbe meglio che le vicende giudiziarie ancora in corso non fossero menzionate sui media.

Per fare ulteriore chiarezza è bene rivedere la cronologia della vicenda:

- 18/10/2010: l'Istituto Agronomico Mediterraneo (IAM) organizza un workshop (corso COST 873) sul tema *Xylella fastidiosa*, in cui sono stati discussi strumenti di diagnosi precoce e controllo per prevenire l'introduzione e l'eventuale disseminazione del batterio in Europa;
- 10/10/2013: compare sul Journal of Plant Pathology 95(3), pagg. 659-668, un *disease note* intitolato "Identification of DNA sequences related to *Xylella Fastidiosa* in Oleander, Almond and Olive trees exhibiting leaf scorch symptoms in Apulia (Southern Italy)". Il breve articolo, firmato da ricercatori italiani, suggerisce che la *Xylella* possa essere la causa del complesso del disseccamento rapido dell'olivo.
- 29/10/2013: la Regione Puglia, con la delibera di giunta n. 2023, dispone l'estirpazione di piante infette;
- 08/04/2014: la Procura riceve una denuncia contro ignoti da parte di associazioni ambientaliste e agricoltori pugliesi. Partono le indagini, normale conseguenza della denuncia, con l'ausilio di consulenti tecnici, dell'ARPA e della Polizia Provinciale;
- 13/04/2014: la Commissione UE emana la decisione di esecuzione nella quale elenca le misure da adottare per impedire la diffusione nell'Unione della *Xylella fastidiosa*;
- 23/07/2014: la Commissione UE emana un'ulteriore decisione di esecuzione nella quale elenca misure per impedire l'introduzione e la diffusione nell'Unione della *Xylella fastidiosa*;
- 26/09/2014: è emanato il decreto del Ministero delle Politiche agricole che prevede «l'eliminazione di tutte le piante infette o ritenute tali sulla base di ispezioni visive che mostrano sintomi ascrivibili a *Xylella fastidiosa* senza alcun esame analitico»;
- 16/10/2015: la Polizia, insieme ai tecnici del CNR, esegue prelievi da alberi esterni al territorio salentino, da cui risulta che non vi è traccia del batterio *Xylella*;

- 17/11/2015: il Corpo Forestale dello Stato presenta alla Procura una nota informativa riguardante l'oggetto delle indagini;
- 18/12/2015: il procuratore di Lecce invia un'ordinanza di sequestro di tutti gli ulivi colpiti da *Xylella fastidiosa* che avrebbero dovuto essere eradicati in Salento. Contestualmente vengono inviati molteplici avvisi di garanzia, di cui alcuni destinati a tre autori su quattro del *paper* apparso su Journal of Plant Pathology.

Innanzitutto, è da notare come i giornalisti presentino la figura dell'indagato al pari del colpevole di un reato e condizionino l'opinione pubblica in senso sfavorevole, spesso con gravi conseguenze nella vita di chi è coinvolto nel procedimento, che difficilmente riuscirà a “cancellare l'onta” e ripulire la propria immagine (anche perché non sempre le sentenze di assoluzione sono riportate sui media e diffuse allo stesso modo). Nei media, ricevere un “avviso di garanzia” (*rectius*: “informazione di garanzia”) equivale ad avere cucita addosso una lettera scarlatta. Il linguaggio usato è sempre denigratorio o almeno sospettoso, come se si pensasse che “le persone oneste non riceveranno mai un avviso di garanzia, se c'è stato significa che qualcosa devono pur aver fatto”.

Il principio costituzionale e internazionale secondo cui vi è una presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva non convince l'opinione pubblica, che non ha comunque fiducia nella magistratura e pensa che vi sia una netta differenza tra la colpevolezza sostanziale e quella processuale, tanto che molti indagati, a cui sono state dedicate le prime pagine, poi assolti, rimarranno per sempre colpevoli nell'immaginario collettivo.

L'argomento che bisogna tenere a mente in questi casi, ma che non compare mai nei media, è che essere iscritti nel registro degli indagati e ricevere l'informazione di garanzia è una tutela per l'indagato, perché da quel momento potrà avere notizia di tutti gli atti d'indagine finora coperti dal segreto, conoscere i reati a lui contestati, farsi assistere da un avvocato, svolgere indagini difensive, suggerire approfondimenti investigativi, presentare documenti, ma soprattutto assistere agli atti garantiti, tra cui quelli irripetibili, controllando che vengano svolti in maniera corretta. Si garantisce, cioè, che l'indagato possa partecipare al contraddittorio e organizzare tempestivamente la sua difesa. Non è, perciò, un indicatore di colpevolezza, ma è la legge stessa che impone al Pubblico Ministero di inviare l'informazione di garanzia non appena si appresta a compiere un atto che richiede la presenza di un difensore; anzi, è proprio la mancata iscrizione del nome nel registro che si presta ad abusi³³, dal momento che in tal caso la Procura può scegliere

³³ In particolare si veda: <http://www.paolonesta.it/informazioni-di-contenuto-lega->

più liberamente le modalità di svolgimento delle indagini, visto che non iniziano a decorrere i termini massimi di segretezza del nome dell'indagato, i termini massimi per la conclusione delle indagini e l'obbligo di assistenza da parte di un avvocato.

Il fatto che la Procura abbia indagato dei ricercatori non è un attacco alla scienza né un'interferenza nel lavoro di ricerca, ma è una inevitabile conseguenza della denuncia, perché ha consentito ai ricercatori di difendersi dalle accuse. Se, per pura ipotesi, a discapito di quanto prevede la legge, i magistrati avessero evitato di iscrivere il nome dei ricercatori sul registro e non avessero mandato le informazioni di garanzia, da un lato i media e l'opinione pubblica non avrebbero parlato di "attacco alla scienza", ma dall'altro gli inquirenti e i loro consulenti avrebbero potuto esaminare le presunte prove e gli elementi di accusa senza che i ricercatori avessero voce in capitolo e senza diritto di replica, mettendoli in una posizione di svantaggio processuale.

In questo scenario, che non appartiene allo stato di diritto, l'accusa avrebbe addirittura potuto raccogliere elementi di prova falsi o mediante procedure sbagliate, per poi distruggere tutti i documenti, tutti gli ulivi e tutte le evidenze scientifiche a favore dei ricercatori, i quali avrebbero potuto anche essere condannati per l'impossibilità di difendersi dalle prove presentate dal P.M. Infatti, in questo scenario ipotetico la Polizia avrebbe potuto comunque perquisire i laboratori e sequestrare documenti e beni dei ricercatori, senza che questi potessero contestare alcunché. Il giudice avrebbe potuto basare il suo giudizio solo sui campioni raccolti dalla Procura, con tutti i rischi che ne derivano.

Le opinioni di critica nel caso delle indagini a carico dei ricercatori che si sono occupati di *Xylella*, dunque, sono ingiustificate, in quanto non tengono conto di come la Procura lavori agli stadi iniziali del procedimento.

Un punto da tenere in considerazione è che, perché il P.M. possa iniziare le indagini, è necessario che egli venga formalmente a conoscenza di un fatto rilevante penalmente e ciò avviene mediante un'informativa della Polizia Giudiziaria, un referto, una denuncia o una querela. Può accadere che un medico o un ricercatore sia indagato dopo che il suo nome è apparso in un'indagine collegata o segnalato dalle forze dell'ordine straniere (come nel caso della prof.ssa Ilaria Capua³⁴), ma spesso è un altro cittadino che sporge querela o lo denuncia.

Nel caso *Xylella*, molto probabilmente il P.M. ha ricevuto una denuncia circostanziata relativa al lavoro dei ricercatori, proveniente da qualcuno che

le/2032-liscrizione-della-notizia-di-reato-e-le-sue-patologie.html

³⁴ Si veda: <http://espresso.repubblica.it/attualita/2016/07/05/news/capua-proscioltad-da-traffico-virus-da-intercettazioni-emerge-grande-business-1.276215>

conosceva le loro attività; a differenza di quanto asserito negli articoli reperibili online, la Polizia non si è recata nei centri di ricerca al fine di accusare gli scienziati di reati, perché di norma non conosce nemmeno l'esistenza della *Xylella*, così come non conosce i virus che sarebbero stati oggetto di un traffico internazionale nel caso della Capua.

Affinché le indagini abbiano inizio, dunque, è necessario che qualcuno porti all'attenzione degli inquirenti un fatto concreto e serio dal punto di vista giuridico; è indispensabile che il P.M. riceva delle informazioni precise e solide (date, luoghi, nomi, documenti rilevanti, prove di qualche tipo). La Procura, come ufficio composto da una pluralità di persone aventi idee diverse, non ha, di per sé, alcun interesse a mettere sotto accusa gli scienziati in quanto tali o a sostituirsi al loro lavoro.

Anche durante le indagini, poi, la Procura non ha preteso di contestare l'operato dei ricercatori o di fornire interpretazioni scientifiche, ma si è limitata ad affidare le analisi agli esperti della materia, ovvero i consulenti tecnici; tuttavia, in uno scenario in cui anche a livello europeo la confusione ha regnato sovrana per anni³⁵, anche i consulenti si trovano a svolgere un lavoro complesso, lungo e delicato.

Del caso *Xylella* si hanno solo informazioni frastagliate e imprecise, poiché le uniche pervenute sono quelle filtrate dalla stampa, alcune poi rivelatesi false³⁶. La notizia, in prima battuta, era relativa a una denuncia contro ignoti³⁷, ma vi sono stati anche altri articoli, come quello su *Il Fatto Quotidiano*³⁸, che sosteneva teorie semi-complottistiche a proposito di nove ceppi di *Xylella*, che sarebbero stati diffusi dai ricercatori per contagiare gli ulivi in combutta con la Monsanto, e poi isolati dalla Procura. Dal decreto di sequestro preventivo datato 18/12/2015 risulta che i reati contestati fossero: 500 co. 2 (diffusione colposa di una malattia delle piante o degli animali), 452 bis³⁹ e quinquies (inquinamento ambientale colposo), 476

³⁵ L'Unione Europea non ha trovato un accordo interno per gestire l'emergenza, si veda in proposito: http://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2015/03/27/xylella-paesi-ue-divisi-su-misurecontro batteriokiller_83d10ce4-46f2-409b-b0de-7a014629add7.html

³⁶ Le Scienze fa un'ipotesi, si veda al riguardo: http://www.lescienze.it/news/2016/04/27/news/xylella_workshop_dettagli_perizia-3064864/ mentre, qui pubblica alcune risposte: http://www.lescienze.it/news/2016/04/27/news/xylella_consulenti_procura_domande_risposte-3066936/

³⁷ Su *La Repubblica*: <http://bari.repubblica.it/cronaca/2014/05/21/news/xylella-86763258/>

³⁸ Tuttora online: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/12/18/xylella-sequestrati-tutti-gli-ulivi-da-abbattere-10-indagati-ce-anche-commissario-silletti/2317258/>

³⁹ Articolo inserito dalla L. 22 maggio 2015, n. 68, che ha inserito l'intero Titolo VI-bis,

(falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici), 479 (falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici), 674 (getto pericoloso di cose), 734 (distruzione o deturpamento di bellezze naturali) del codice penale.

In realtà, gli atti della procura all'inizio non erano stati diffusi, in quanto protetti dal segreto di indagine⁴⁰ e si sapeva soltanto che i reati contestati erano per lo più di tipo colposo, non doloso.

Caduto l'obbligo di segreto, gli atti potevano essere diffusi ma non pubblicati.

Le indagini riguardanti la vicenda Xylella erano state prorogate fino al 17 dicembre 2016⁴¹, perciò questi obblighi permanevano sino a quella data.

Anche se gli agenti e gli ufficiali non sono tenuti al segreto di indagine sui fatti di cui all'art. 329 c.p.p., non possono comunque rivelare tali informazioni, in quanto tenuti al segreto d'ufficio ai sensi dell'art. 15 del D.P.R. n. 3 del 10/01/1957. Il P.M. tuttavia può consentire la pubblicazione di singoli atti anche se coperti da segreto (art. 329, co. 2 c.p.p.) o di parti di essi, oppure disporre il divieto di pubblicazione di singoli atti non più coperti dal segreto qualora la diffusione di tali informazioni possa ostacolare le indagini (art. 329, co. 3 c.p.p.), attraverso un decreto motivato.

Al divieto di diffusione se ne aggiunge un altro, cioè il divieto di pubblicazione di atti e di immagini, previsto dall'art. 114 c.p.p., che si applica da un lato agli atti coperti da segreto assoluto di cui sopra, dall'altro agli atti non coperti dal segreto, fintanto che sussiste la ragione di tale divieto, ossia assicurare un corretto svolgimento del procedimento e del processo.

Bisogna sottolineare che è di primaria importanza che i giornali non parlino delle indagini ancora in corso e del processo penale, perché il processo che eventualmente si instauri nei confronti degli indagati deve essere giusto e ciò significa che il giudice non deve essere influenzato in alcun modo, ma deve invece essere imparziale ed equidistante dalle parti. Chi si trova a dover decidere una causa deve considerare soltanto ciò che è contenuto nel fascicolo del dibattimento e non le opinioni dei giornalisti.

Ciò chiarito, richieste e commenti come quelli di Italia per la Scienza⁴²

in vigore dal 29 maggio 2015.

⁴⁰ Per approfondimenti: <http://www.altalex.com/documents/news/2005/03/09/obbligo-del-segreto-e-divieto-di-pubblicazione-di-atti-e-di-immagini>

⁴¹ La notizia della richiesta di proroga si trova qui: http://www.quotidianodipuglia.it/regione/xylella_indagini_sei_mesi_pricura_lecce-1812268.html

⁴² Verso la fine dell'intervista si parla proprio della magistratura e dei documenti segreti: <http://italiaxlascienza.it/main/2016/01/xylella-fastidiosa-intervista-al-professor-alexander-purcell/>

e altri⁴³ risultano fortemente inopportuni. Se la scienza non si deve fare nei tribunali, i processi non devono essere fatti dagli scienziati: diffondere una perizia di parte e lasciarla liberamente commentabile dalla comunità scientifica creerebbe enormi danni in ordine all'imparzialità del giudice e al corretto svolgimento del processo. La comunità scientifica non è parte in causa, solo gli imputati hanno diritto di esercitare il contraddittorio e di poter replicare ai consulenti della Procura attraverso i propri periti e attraverso le indagini difensive, in modo che il giudice possa esaminare contestualmente entrambe le posizioni, formandosi un'idea imparziale. La curiosità degli scienziati non giustifica una compromissione dei diritti degli indagati, i quali vengono danneggiati da queste indebite intromissioni mediatiche.

Risulta tuttavia inopportuna anche la pubblicazione di frasi decontestualizzate provenienti da dipendenti della Procura che non sono contenute in atti ufficiali e che smentiscono il lavoro di indagine, come quelle del procuratore Motta⁴⁴, in quanto non fanno altro che confondere un quadro già di per sé contraddittorio. Allo stesso modo, non giova alla posizione degli indagati la prassi di indire conferenze stampa in cui i difensori rilasciano dichiarazioni necessariamente di parte⁴⁵ (e non potrebbe essere altrimenti, visto che i doveri deontologici impongono di non danneggiare i propri assistiti).

A maggior ragione è inopportuno anche riportare le dichiarazioni⁴⁶ dell'ex Presidente del Tribunale di Bari, come *argumentum ad verecundiam*: *“Voglio essere più chiaro. L'iniziativa dei P.M. leccesi ha destato clamore e preoccupazione. Il problema è molto serio. Si doveva già intervenire quando il batterio fu individuato e sequenziato dagli scienziati. Invece si è tergiversato, si è stati fermi fino alla presa di posizione dell'Unione Europea. Adesso intervengono i P.M. e tutto si blocca. Hanno in mano informazioni scientifiche nuove tali da mettere in crisi le vecchie conoscenze? Le facciano presenti nei modi appropriati, ma non si fermi l'ordinato svolgimento delle azioni. Veramente, non capisco quanto sta avvenendo. Mi è sembrato un intervento a gamba tesa, solo questo. Lo dico con amarezza perché stimo Cataldo Motta, ma questa vicenda crea sconcerto non solo in me”*.

⁴³ Si veda: http://www.arpae.it/cms3/documenti/_cerca_doc/ecoscienza/ecoscienza2016_1/greco_es2016_1.pdf

⁴⁴ Riportate qui: http://www.ilfoglio.it/articoli/2016/01/18/non-si-ferma-il-circo-mediato-giudiziario-sulla-xylella-chiedere-in-procura___1-v-137190-rubriche_c351.htm

⁴⁵ Le dichiarazioni sono visionabili anche in video: http://www.trmtv.it/home/cronaca/2016_02_01/104195.html

⁴⁶ Su La Gazzetta del Mezzogiorno: <http://www.lagazzettadelmezzogiorno.it/news/notizie-nascoste/707378/giudice-savino-su-inchiesta-sembra-invasione-di-campo.html>

La vicenda della diffusione del batterio *Xylella* è lunga e complessa, ma è stata riassunta in maniera completa da Valigia Blu⁴⁷, a cui si rimanda per comprendere lo svolgimento dei fatti.

Ripercorrendo la storia giornalistica del caso in esame, si nota subito che non è possibile effettuare un *fact checking* adeguato sulle informazioni relative agli atti della magistratura. Alcuni virgolettati riportati da Il Foglio⁴⁸ nel 2015, ad esempio, non trovano riscontro in altre fonti. Altri articoli⁴⁹, invece, si basano su dichiarazioni o interviste ai P.M., che non hanno alcuna validità legale né hanno effetti sugli indagati.

Il primo rilievo da sollevare è che questa fonte cerca di suggerire l'esistenza di una persecuzione degli scienziati ad opera della magistratura.

Fortunatamente, le 59 pagine di decreto di sequestro degli ulivi sono ora disponibili online⁵⁰ e possono essere consultate e analizzate liberamente.

Pur essendo chiaro che l'iscrizione nel registro degli indagati non è indice di una lotta alla scienza da parte dei magistrati, si potrebbe comunque obiettare che il solo sequestro dei laboratori e degli altri strumenti dei ricercatori costituisca una circostanza idonea a rovinarne la carriera, poiché li costringe a interrompere la ricerca e la pubblicazione dei risultati in articoli e atti di conferenze. Potenzialmente, qualunque persona convinta di idee cospirazioniste o qualunque rivale di un determinato ricercatore potrebbe recarsi a denunciarlo, portando prove e testimonianze false o inventando teorie verosimili basate su mere coincidenze. Se la denuncia fossa fatta ad arte, la procura sarebbe costretta a indagare e a sequestrare tutta la strumentazione e tutti i campioni con cui quel ricercatore lavora, impedendogli di proseguire la ricerca per mesi o anni, con un danno irreparabile in termini lavorativi.

Il decreto di sequestro preventivo è una misura cautelare reale che ha lo scopo di proteggere degli interessi giuridici relativi a dei beni coinvolti nella vicenda penale: *“quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato”*; si tratta quindi di una semplice misura pratica, non è né un'accusa

⁴⁷ Un articolo del 2015: <http://www.valigiablu.it/xylella-ulivi-puglia/>

⁴⁸ Consultabili qui: http://www.ilfoglio.it/articoli/2015/12/25/xylella-italia_1-v-136416-rubriche_c284.htm

⁴⁹ Come quello di Nature: <http://www.nature.com/news/italian-scientists-vilified-in-wake-of-olive-tree-deaths-1.17651>

⁵⁰ Si può reperire qui: <http://www.salmon.org/wp-content/uploads/2015/12/decreto-procura-lecce-1.pdf>

né un provvedimento che decide nel merito della questione, a differenza di quanto insinuato dalla stampa. La motivazione del decreto non ha effetto sugli imputati, serve soltanto ai fini del sequestro, per giustificarlo.

Nel caso Xylella, la magistratura non ha giudicato i risultati dei ricercatori né li ha contestati, ma ha semplicemente protetto l'oggetto delle indagini (gli ulivi) in modo che non andassero distrutti fintanto che le indagini erano ancora in corso. Lo strumento del sequestro preventivo è molto usato nel procedimento penale, non è quindi un trattamento speciale nei confronti dei ricercatori: se ne trovano numerosi esempi anche sulla stampa in relazione a inchieste totalmente diverse⁵¹.

In tale caso, a gennaio 2016, dopo un mese dal decreto, i difensori degli imputati hanno rinunciato al riesame⁵², quindi gli alberi sono rimasti sotto sequestro fino a luglio 2016, quando la Procura stessa ha revocato⁵³ il provvedimento.

L'ordinamento italiano conferisce agli indagati diversi strumenti per tutelarsi dai possibili errori, tra cui la possibilità di svolgere indagini difensive in parallelo, di chiedere il riesame dei sequestri e di ricorrere in Cassazione. In questo caso specifico, però, i difensori degli indagati, pur avendo chiesto un riesame, vi hanno poi rinunciato. Se persino i diretti interessati hanno rinunciato a far valere le proprie ragioni, accettando di conseguenza il sequestro, per quale motivo la comunità scientifica, che non è parte in causa, dovrebbe contestarlo?

Tra chi si è interessato nell'indagine in corso figurano addirittura giornali e riviste estere, tra cui *Science*⁵⁴, *Nature*⁵⁵, *The Washington Post*⁵⁶. I giornali italiani invece hanno scritto titoli del tipo: “No ai processi al meto-

⁵¹ Per una panoramica in relazione ad attività di estrazione di pietra calcarea si consulti: http://www.quotidianodipuglia.it/taranto/scoperta_megacava_abusiva_a_statte_sequestro_per_700mila_euro2055237.html o dei beni di una società giornalistica: <http://www.corrierecaserta.it/notizie-alto-casertano/alto-casertano-cronaca/2016/10/24/caserta-sequestro-preventivo-alla-societa-dossier-societa-cooperativa-giornalistica-25-milioni-euro.html> o ancora un'area demaniale: <http://www.traninews.it/articoli/22882-sequestro-preventivo-dell-area-demaniale-dell-ex-stabilimento-la-vela-sul-cristoforo-colombo-a-trani.asp>

⁵² Fonti: <http://www.lecceprima.it/cronaca/inchiesta-xylella-i-due-indagati-rinunciano-al-ricorso-al-riesame.html> e <http://www.corrieresalentino.it/2016/01/xylella-i-ricorrenti-rinunciano-al-riesame-e-gli-alberi-rimangono-sotto-sequestro/>

⁵³ Fonte: <http://www.norbaonline.it/gnews.asp?i=5682&Xylella,-Procura-Lecce-revoca-sequestro-ulivi>

⁵⁴ Fonte: <http://science.sciencemag.org/content/353/6297/346>

⁵⁵ Fonte: <http://www.nature.com/news/italian-scientists-under-investigation-after-olive-tree-deaths-1.19078>

⁵⁶ Fonte: https://www.washingtonpost.com/news/speaking-of-science/wp/2015/12/23/italian-scientists-accused-of-spreading-olive-ebola/?utm_term=.f3c7a1735e95

do scientifico” e “Un Paese che odia la scienza”. Abbiamo però visto che non c’è stato alcun processo alla scienza, ma una semplice indagine svolta secondo le normali procedure.

Come mai tutto questo scalpore? La risposta è data dalla lettura del decreto di sequestro, che contiene, sotto forma di racconto unitario, tutta la cronistoria delle indagini, le opinioni e dichiarazioni dei testimoni, le dichiarazioni delle forze dell’ordine, le valutazioni dei periti e ogni altro elemento che è emerso durante le attività di indagine fino a dicembre 2015; tale racconto si apre con una cronologia degli eventi tratta dal verbale del Corpo Forestale dello Stato datato 17/11/2015. I P.M. hanno creato un documento di una sessantina di pagine, che è però stato equivocado dai media: invece che un resoconto delle indagini, con fatti tratti dai verbali delle forze dell’ordine, è stato visto come un atto di accusa e un tentativo di intromettersi nella ricerca scientifica. Il gergo legale utilizzato, incomprensibile ai più, sicuramente non ha aiutato i giornalisti e gli scienziati a comprendere le affermazioni della Procura.

I punti principali che sono stati equivocati sono:

- a) *i reati contestati ai ricercatori e i motivi per cui sono stati indagati (processo alla scienza, ricercatori perseguitati)*

Relativamente al punto A, dal testo del decreto emergono elementi concreti per ipotizzare responsabilità penali e amministrative a carico dei ricercatori e degli Istituti in cui operavano, ma non appare l’ipotesi che i ricercatori abbiano voluto e cercato la diffusione della *Xylella* (come invece la stampa ha lasciato credere).

A pag. 20 si legge infatti che, presso l’Istituto Agronomico del Mediterraneo (IAM) di Valenzano, in data 16/04/2015, la dott.ssa D’Onghia avrebbe distrutto un documento che era stato precedentemente consegnato alle forze dell’ordine, mentre il dott. Valentini avrebbe evitato, con una scusa, di consegnare la documentazione richiesta. Lo stesso dott. Valentini, insieme al dott. Guarino, come si legge nelle pagine successive, avrebbe importato dei campioni del batterio *Xylella* senza averne l’autorizzazione e senza avere il relativo passaporto; inoltre, a quanto emerge dai documenti allegati al decreto, nel 2010 avrebbe falsificato i verbali di apertura dei pacchi (arrivati in Italia parecchi giorni dopo la data presente nei verbali firmati dagli imputati); il laboratorio CRFSA, invece, nel 2013 avrebbe effettuato analisi senza essere accreditato, mentre il Dipartimento di Scienze del Suolo, della Pianta e degli Alimenti avrebbe effettuato prove in campo e in serra senza la necessaria autorizzazione da parte del Servizio Fitosanitario Nazionale. Questi fatti sono chiaramente sufficienti a giustifi-

care un'indagine, in quanto è ipotizzabile la responsabilità penale indicata nel decreto: falsità materiale e ideologica in atto pubblico (artt. 476 e 479 c.p.). Vi sono, poi, dichiarazioni dei ricercatori tra loro discordanti, anche relativamente ad alcune date (ad esempio, dai verbali risulta che la malattia degli ulivi era stata riscontrata già negli anni 2004-2006), che sicuramente non hanno aiutato ad alleggerire la posizione degli indagati.

A pag. 38 e 39 si possono leggere nel dettaglio tutti i comportamenti considerati dai magistrati come potenzialmente contrari alla legge.

b) la ricostruzione scientifica e i motivi per cui nel decreto sono presenti teorie sulla Xylella (la Procura vuole sostituirsi ai ricercatori).

Relativamente al punto B, i PM non hanno svolto alcuna ricerca scientifica né inventato teorie a proposito della *Xylella*. Dalla lettura del decreto emerge che tutte le supposizioni in tema di scienza provenivano da esperti del settore, i periti della Procura, che, in seguito, dopo aver approfondito le analisi, sono giunti alle stesse conclusioni dei ricercatori, mentre la presenza del batterio negli anni precedenti era stata indicata dai testimoni. A pag. 35 e 36 del decreto, infatti, si leggono alcuni estratti delle relazioni dei consulenti, dott. Surico e dott. Ranaldi. La parte scientifica del decreto, dunque, è costituita da virgolettati o da riferimenti a dichiarazioni di altre persone e non è frutto di una ricostruzione tecnica dei magistrati, a differenza di quanto asserito in molti articoli e commenti presenti sui media.

c) la presenza di affermazioni riguardanti la Monsanto e operazioni illegali sui campi (la Procura segue teorie complottistiche).

Relativamente al punto C, nel testo del decreto si leggono accenni alla Monsanto e a persone vestite in tuta nei campi sperimentali, ma questi derivano dalle dichiarazioni e denunce di testimoni, in particolar modo di associazioni di coltivatori. I magistrati hanno esposto i fatti facendo riferimento alle teorie che gli sono state sottoposte e non hanno creato un'indagine al fine di procurare un danno ai ricercatori indagati.

d) il sequestro degli ulivi e il motivo per cui il commissario Siletti è stato indagato.

Relativamente al punto D, emergono chiari elementi su cui è possibile ipotizzare addebiti a carico di uno degli indagati, per cui un'indagine è del tutto plausibile e l'iscrizione nel registro degli indagati opportuna per un corretto svolgimento delle indagini. Allo stesso modo, appare plausibile che gli inquirenti abbiano voluto sequestrare gli ulivi nelle more del procedimento, ma la *ratio* del sequestro non è quella di danneggiare gli scienziati o di costruire teorie scientifiche, come invece suggerito dai media.

10. *I casi Commissioni Grandi Rischi e Green Hill*

Il meccanismo mediatico adottato nei casi suindicati è riscontrabile anche in vicende precedenti, una relativa al terremoto avvenuto a L'Aquila nel 2009 e l'altra relativa alla chiusura di un allevamento di cani di razza beagle, in provincia di Brescia, a seguito delle proteste animaliste.

Nel primo caso, l'autorità giudiziaria ha avviato un processo penale nei confronti degli allora componenti della Commissione Grandi Rischi. In primo grado, il Tribunale dell'Aquila, con sentenza n. 380/2012, ha condannato i componenti della commissione per omicidio colposo e la parte pubblica al pagamento di una provvisionale alle parti civili, oltre alle spese legali, per aver rassicurato i cittadini determinandone il cambio di abitudini che ne aveva causato la morte. La Corte d'appello dell'Aquila, con sentenza n. 3317/2014, ha parzialmente riformato la sentenza di primo grado, assolvendo tutti gli imputati, fatta eccezione per il vice capo dipartimento dell'area tecnico-operativa, Bernardo De Bernardinis. Successivamente, la Cassazione ha confermato le statuizioni della Corte d'Appello.

I mass media hanno ripetuto incessantemente che gli imputati fossero stati condannati “per non aver saputo prevedere il terremoto”. Come hanno notato gli scienziati dell'International SeismicSafety Organization, infatti, vi erano state *“fuorvianti informazioni diffuse da alcune organizzazioni scientifiche, da alcune riviste e da alcuni quotidiani sulla sentenza di condanna in primo grado dei membri della Commissione Grandi Rischi italiana, che si riunirono a L'Aquila il 31 marzo 2009. [...] La disinformazione su tale argomento ha deliberatamente indotto la comunità scientifica e l'opinione pubblica a ritenere erroneamente che le motivazioni del rinvio a giudizio dei componenti della Commissione consistano nell'aver essi “fallito nel prevedere il terremoto”; questa interpretazione erronea può influenzare la comunità scientifica e l'opinione pubblica contro una sentenza pronunciata nel nome del popolo italiano”*⁵⁷.

Anche all'estero i media riportavano la notizia errata secondo cui i sismologi sarebbero stati condannati per non aver saputo predire il futuro⁵⁸.

Nel caso Green Hill, invece, nel 2012, in seguito all'intervento di un

⁵⁷ Si veda: <http://www.nextme.it/scienza/natura-e-ambiente/4637-prevedere-terremoti-lettera-martelli-commissione>

⁵⁸ *Ex multis*: New York Times <http://www.nytimes.com/2012/10/27/opinion/a-failed-earthquake-prediction-a-crime.html>; Nature, contenente altresì riferimenti ad altri media: <https://www.nature.com/news/2011/110914/full/477264a.html>

gruppo di animalisti, che aveva liberato alcuni beagle, le autorità avevano posto sotto sequestro l'allevamento "Green Hill" di Montichiari e i 2.636 cani che ospitava, successivamente condannando in primo grado, appello e Cassazione i veterinari e i gestori della struttura per aver illegittimamente praticato l'eutanasia sugli animali. Tuttavia, probabilmente a causa delle dichiarazioni degli animalisti, anche in questo caso la vicenda è stata vista come una lotta alla scienza, in particolare alla sperimentazione animale⁵⁹. Pro-Test Italia ad esempio, critica la sentenza sostenendo che a processo sia la sperimentazione animale e non l'azienda⁶⁰.

11. Conclusioni

Anche se non è in atto uno scontro tra *diritto* e *scienza* né la magistratura cerca di interferire con il lavoro degli scienziati, dall'analisi dei fatti emerge l'inadeguatezza del sistema processuale italiano a gestire le fattispecie in cui entrano in gioco questioni scientifiche.

Le attuali regole procedurali non risultano idonee a proteggere i cittadini né dai truffatori che promuovono cure senza alcun fondamento né dalle false accuse o dalla malafede di alcuni CTU.

In particolare, i punti più critici sono:

- 1) La possibilità per qualunque laureato in materie scientifiche di iscriversi presso gli albi dei CTU, indipendentemente dalle loro competenze e specializzazioni.

Chiunque può chiedere di essere iscritto all'albo dei CTU, allegando il proprio curriculum. Le procedure di ammissione a questi albi variano da tribunale a tribunale, così come i requisiti richiesti. In generale, si tiene conto della laurea, dell'iscrizione al proprio ordine professionale e delle pubblicazioni in materia. Purtroppo, qualunque medico disonesto può autoproclamarsi esperto di vaccini e portare pubblicazioni senza valore e partecipazioni a convegni privi di comitato scientifico a sostegno della propria domanda di iscrizione all'albo, con il risultato che in molti processi vengano scelti sempre

⁵⁹ Su Wired: <https://www.wired.it/scienza/2015/01/19/green-hill-processo-contro-sperimentazione-animale/>

⁶⁰ Si veda: <http://www.pro-test.it/blog/2015/marzo/27/green-hill-sotto-processo-non-un-azienda-ma-la-sperimentazione-animale> e ancora: <http://www.pro-test.it/blog/2015/gennaio/15/la-verita-sul-processo-green-hill>

gli stessi nomi⁶¹, in un circolo vizioso; così come può accadere in qualunque altra categoria professionale.

Il giudice può nominare anche un consulente non presente nell'albo, se ne dà una valida motivazione (ad esempio perché preferisce chiamare un luminare del settore, su cui, però, non vi sono idonee verifiche *ex ante*, ma solo in sede di impugnazione).

Sarebbe opportuno riformare l'accesso all'albo dei consulenti tecnici, in modo che, nelle materie scientifiche, possano accedervi soltanto persone con qualifiche verificate a livello accademico.

Un'ulteriore soluzione sarebbe quella di prevedere l'integrazione del Collegio giudicante con giudici non togati, che siano esperti della materia di cui si discute nel giudizio, qualora siano in gioco diritti costituzionalmente garantiti (come il diritto alla salute).

- 2) La possibilità per qualunque medico di prescrivere cure non validate dalla comunità scientifica e di farle somministrare presso ospedali pubblici.

Il caso di Stamina ha evidenziato un problema relativo al mancato controllo delle terapie che possono essere erogate dai singoli ospedali, oltre che dalla eccessiva libertà dei medici nel prescrivere cure a carico del Sistema Sanitario Nazionale.

Una soluzione potrebbe essere quella di effettuare controlli più stringenti sulle decisioni relative alla cura dei pazienti, ad esempio prevedendo un collegio di tre medici per il rilascio dei certificati.

- 3) La possibilità per i PM di scegliere consulenti e periti non approvati dalla comunità scientifica.

Accuse verosimili ma inconsistenti nei confronti di un ricercatore, basate su congetture o speculazioni riguardo sue attività scientifiche "maliziose", possono sfociare in un'indagine, o addirittura in un processo qualora il giudice faccia ricorso alla consulenza di un CTU non imparziale. Queste circostanze possono danneggiare irreparabilmente l'attività di ricerca di uno scienziato, poiché può ritrovarsi con le attrezzature sotto sequestro (per esempio, i computer su cui lavora), non avere più accesso alla conoscenza (ad esempio, le banche dati telematiche o le riviste in formato elettronico), non poter viaggiare per conferenze, e così via. Si configura l'impossibilità materiale di proseguire con l'attività di ricerca. Una pausa forzata di anni nell'attività può causare un ritardo rispetto ai concorrenti, con la perdita di

⁶¹ Così come rilevato anche dal dott. Salvo di Grazia nel suo blog Medbunker: <http://medbunker.blogspot.it/2015/05/autismo-e-vaccini-giustizia-giusta.html>

opportunità di pubblicazione e l'impoverimento del curriculum. Qualora l'indagato fosse precario, sarebbe molto probabile la fuoriuscita dall'accademia. A questi danni, si somma quello di immagine e la probabile perdita di collaborazioni, con un deterioramento complessivo della carriera potenzialmente insanabile. Nel caso di processi per l'attività scientifica, servirebbe la previsione di idonee cautele che tengano conto dei rischi e delle conseguenze derivanti dalle attività di indagine.

- 4) L'assenza di pene adeguate per la violazione del segreto d'indagine e per la diffusione di notizie che possano influire negativamente sui procedimenti giudiziari.

Come soluzione al problema della diffusione di informazioni giudiziarie sui media, sarebbe opportuno aumentare le pene previste in modo da rendere meno vantaggiosa la pubblicazione rispetto al pagamento della pena pecuniaria, poiché attualmente si verifica l'esatto contrario.

In conclusione, si può ritenere che, nonostante l'errata rappresentazione della Giustizia nei media, sia possibile ottenere un margine apprezzabile di miglioramento attraverso nuove riforme dell'ordinamento giudiziario.

Abstract

The recent proceedings and the related press attention concerning Xylella, Stamina, "Commissione Grandi Rischi", Di Bella, Green Hill, and those who have received compensation for vaccination damages, have highlighted a serious problem regarding the public perception of the administration of justice. The scientific community, in particular, has come to accuse judges and lawyers of undue interference in science matters: it has been said that "science is not to be made inside Courts" and even the prestigious journal "Nature" has written in defense of the researchers, leaning against the Italian judiciary.

However, this erroneous perception of the existence of a conflict was created by the media, consciously or not, through wrong information, which led to sensation alist titles ("Say no to suits againts the scientific method", "A country that hates science") and to articles containing gross legal mistakes (such as confusion between orders and judgments, ignorance of the role that expert witnesses appointed by the Court play in trials, etc.). The narrative offered to the public paints, in tones that remind the trial of Galileo, a bitter clash between law and

science, pushing readers, that are not in the legal field, to believe that judges and lawyers want to be a substitute for scientists, persecuting them and proposing their own vision of science.

This rhetoric is part of a wider context that puts the legal profession on trial almost daily (the judiciary allegedly being politicized, bringing lawyers into disrepute). From this picture emerges the urgent need to remedy media misconduct and to implement counter-measures, including issemination, to avoid slander against the legal professions.

Mauro Grondona*

*Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica
(con uno sguardo su Hayek: 'The Political Order of a Free People')*

SOMMARIO: 1. Premessa; - 2. Hayek tra liberalismo e democrazia; - 3. Hayek e il problema della libertà; - 4. Per una 'correzione della democrazia: il ruolo del giudice; - 5. Giudici e democrazia.

1. *Premessa*

L'obiettivo di questo intervento (nel quale sarà in qualche misura conservato il tono dell'esposizione orale) è invero piuttosto circoscritto: intendo infatti brevemente occuparmi di alcuni snodi della cultura giuridica contemporanea, e soprattutto del ruolo istituzionale della giurisdizione, ma lo faccio con lo sguardo rivolto (il che potrà anche essere considerato eccentrico) al volume meno fortunato (e le cui tesi portanti¹ – attinenti all'assetto costituzionale, appunto, di un ordine politico liberale – sono, se non altro, difficilmente attuabili, oltre a rivelare – non lo si può non notare – un accentuato approccio costruttivistico che in certa misura sorprende, ma che appunto perciò andrebbe approfondito)² della grande trilogia hayekiana

* Professore associato di Diritto Privato presso l'Università di Genova, Dipartimento di giurisprudenza

¹ Alludo, in particolare, non tanto alla distinzione tra quelle che Hayek denomina 'Assemblea Governativa' e 'Assemblea Legislativa', ma soprattutto alle procedure di formazione e di funzionamento di esse, assai complicate: cfr. infatti il cap. 17 ('Un modello di costituzione') del vol. III: F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit. qui sotto in nota 3, pp. 479 ss.

² Ma va segnalato come, da parte di certa dottrina politico-giuridica angloamericana, vi sia, negli anni a noi più vicini, un qualche ritorno di attenzione per ciò che potremmo chiamare il 'costituzionalismo hayekiano'. E del resto bisogna anche segnalare come, tendenzialmente, chi si occupa dell'Hayek costituzionalista lo faccia in chiave critica. In senso invece favorevole v. ora S.G. CALABRESI, *Friedrich A. Hayek, the U.S. Constitution, and Institutional Design*, in 48 *Arizona State Law Journal* (2016), pp. 231 ss.

*'Law, Legislation and Liberty'*³, certamente tra i più notevoli libri di scienze sociali che nel Novecento siano apparsi.

Nel prosiegua del discorso ci si soffermerà pertanto, in particolare, sul problema – a ben vedere sempre attuale, ma il cui volto sempre muta per inevitabili ragioni di contesto storico, che è la grande guida per ogni seria comprensione della 'realtà' – del rapporto tra diritto inteso quale apparato istituzionale e vita delle persone (cioè, 'società'), e dello strettamente connesso (anche se proprio su questa connessione si concentrano visioni e prospettive non sovrapponibili e spesso, anzi, in aperto e reciproco conflitto) problema della giurisdizione quale fattore di mediazione sociale (l'espressione, come noto, a molti spiace, ma può essere se non altro usata almeno in un senso allusivo – pur non potendosi del resto negare, a mio avviso, una solida connessione tra giudice e società, tra ordinamento e regole applicate, e quindi tra diritto e cultura)⁴, cioè quale produttrice, per così dire, di meta-norme

³ Come noto, la trilogia hayekiana ('Rules and Order', 1973; 'The Mirage of Social Justice', 1976; 'The Political Order of a Free People', 1979), uscita in volume unico in ed. inglese (Routledge) nel 1982, è stata successivamente tradotta dal 'Saggiatore' (la prima ed.it. è del 1986); io ho sottomano una ristampa: F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata* (ed.it. a cura di A. PETRONI e S. MONTI BRAGADIN. Prefazione di M. FINAZZER FLORY. Traduzione di P.G. MONATERI), Milano, 2000. Senz'altro utile ancor'oggi, almeno per il lettore italiano, la pagina che il *Corriere della Sera* dedicò a Hayek in occasione della trad.it. cit.: v. infatti il numero del 25 giugno 1986, p. 19, con interventi di Salvatore Veca, Federico Caffè e Franco Romani.

⁴ Su tali tematiche non hanno perso rilevanza e anzi sono a mio avviso da ripensare alcune pagine di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981. L'Introduzione 1971', che si legge alle pp. 1-12, è senza dubbio un manifesto di teoria giuridico-politica, peraltro molto attento alle ricadute pratiche di certe premesse teoriche. Non è questa la sede per proporre un esercizio di rilettura (che però andrebbe fatto) di queste pagine, ma, in linea di stretta continuità con quanto affermato nel testo, va almeno richiamata la 'tesi fondamentale' che leggiamo espressa alle pp. 6-8: «[L']attività del giurista, data l'inevitabile incompletezza del diritto positivo, è attuazione-integrazione critica del diritto stesso, ossia appunto "politica del diritto". [...] Presupposti della politicità della giurisprudenza sono: a) l'incompletezza-indeterminazione del diritto positivo; b) l'impossibilità di completarlo-determinarlo con gli strumenti di una speciale "logica", al tempo stesso feconda e rigorosamente neutrale. [...] Con politica s'intende, qui, attuazione di "valori" in un contesto storico dato. Una politica del diritto scientificamente fondata (e non ideologica in senso deteriore) implica quindi la conoscenza scientifica del diritto positivo e, per la sua integrazione: a) l'elaborazione critica di una tavola di valori politico-giuridici generali: cioè una *filosofia*; b) l'elaborazione critica di una tavola di valori *tecnico-giuridici* specifici, necessari per la traduzione del discorso politico in discorso di politica del diritto; c) l'analisi metodica del contesto sociale in cui vanno attuati quei valori: cioè una *sociologia*. La giurisprudenza, come politica del diritto, è dunque, oltre che conoscenza del diritto positivo, necessariamente e inscindibilmente, filosofia, "tecnica giuridica" e sociologia» (corsivo orig.). E si v. allora F. VIOLA, *Dalla filosofia del diritto alla filosofia per*

di convivenza sociale, ricavate bensì, esse, da quel contesto normativo nazionale, sovranazionale e transnazionale nel quale si riflette oggi la dimensione della giuridicità⁵, ma adeguate alle ragioni di una fattualità oggi tornata al centro dell'orizzonte della normatività (così superando ovviamente il limite di un diritto naturale immagine di una dimensione ch'è normativa in quanto trascendente: siamo senza dubbio in un tempo di post-giusnaturalismo, che recupera alcune istanze, per dir così, progressive del giusnaturalismo⁶, riconducibili cioè all'idea di una libertà che, in quanto fatto, non può non essere, almeno in parte, valore). E ciò, soprattutto se si guarda ai principî generali e in particolare alla sempre più intensa costituzionalizzazione del diritto, appunto a tutela degli spazi di libertà individuale, tant'è che la riflessione sull'ordine politico liberal-democratico, quello cioè fedele alla 'rule of law'⁷, si intreccia con la dimensione di un 'global constitutionalism'⁸, sì che il concetto di Stato di diritto, oggi, coincide con, o comunque è assai prossimo a, quello di una giuridicità a formazione progressiva⁹, orientata alla promozione della sfera dell'individualità¹⁰. Del resto, che la libertà contrattuale, e

il diritto, negli *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, San Giuliano Milanese (MI), 2016, vol. II, pp. 1517 ss. (anche in www.academia.edu/32500486/Luigi_Lombardi_Vallauri_Dalla_filosofia_del_diritto_alla_filosofia_per_il_diritto).

⁵ Si v. ora l'ammirevole affresco di F. VIOLA, *Tendenze attuali della teoria giuridica* (draft) ['Maestría en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana' (Colombia, Bogotá)], www.academia.edu/34610133/Tendenze_attuali_della_teoría_giuridica.pdf, pp. 1-26.

⁶ In argomento cfr. F. VIOLA, *Le tre rinascite del diritto naturale nel Novecento* (12 settembre 2017) (draft), www.academia.edu/34550845/Le_tre_rinascite_del_diritto_naturale_nel_Novecento, pdf, pp. 1-22, e spec. pp. 19 ss.

⁷ In tema v. ora G. PINO e V. VILLA (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016. Ivi, lo scritto di M. BARBERIS, *Possono governare le leggi? Il dilemma del rule of law*, pp. 13 ss., presta anche una specifica attenzione a Hayek, spec. pp. 27 ss. (con riguardo alla 'dottrina evolucionista del rule of law').

⁸ Cfr. ancora F. VIOLA, *Tendenze attuali*, cit., p. 9: «Dopo l'epoca della codificazione del diritto e quella della decodificazione, oggi i due fenomeni culturali più macroscopici da interpretare sono quello della costituzionalizzazione del diritto e della sua internazionalizzazione, mentre l'evento più rilevante è quello dell'irrompere dei diritti umani nella coscienza giuridica contemporanea. Non si tratta di dati di fatto da registrare, ma di eventi da interpretare. Una teoria giuridica è condizionata da questa interpretazione. Le teorie giuridiche differiranno fra loro per il modo di interpretare il senso di queste *res novae*».

⁹ Al proposito cfr. G. PALOMBELLA, *On the Potential and Limits of (Global) Justice through Law: A Frame of Research*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, pp. 11 ss.

¹⁰ È evidente che le affermazioni di cui al testo richiederebbero una corposa serie di precisazioni. In mancanza di esse, si vedano almeno le ricchissime e raffinate considerazioni di F. VIOLA, *Il futuro del diritto* ('Lectio magistralis' di commiato – 26 novembre 2012), www.academia.edu/34222173/Il_futuro_del_diritto, pdf, pp. 1-28, in particolare a proposito dei principî costituzionali e della forza normativa del fatto. Sul primo aspetto, alle

in senso più ampio l'autonomia privata, sia un diritto fondamentale della persona, un diritto umano, ha affermato con nettezza, rilevando anzi una certa arretratezza italiana, Guido Alpa recentissimamente¹¹. Di qui, lo stretto legame tra soggettivismo assiologico e trasformazione adeguatrice degli ordinamenti, e, ancora, il passaggio, potremmo dire, da una *'rule of law'* classica a una contemporanea *'rule of judiciary'* – che in sostanza abbrevia i tempi del mutamento giuridico –, passando per il declino (o comunque la crisi) di una *'rule of legislation'*, contro la quale, del resto, Hayek rivolse non poche critiche.

Sono aspetti particolarmente delicati e rispetto ai quali sarebbe forse augurabile una cautela e una prudenza maggiori di quelle impiegate da chi

pp. 8-9 si legge quanto segue: «Poiché il testo costituzionale è un atto di positivizzazione, c'è indubbiamente un'intenzione retrostante, ma essa si limita a recepire certi valori, a porli alla base della vita associata, ma non è padrone di essi, non li domina, anzi è da essi dominata. I principi costituzionali non sono prodotti dalla volontà umana, ma il segno di un'adesione di essi ai valori retrostanti. In conclusione, l'interpretazione costituzionale diventa un'attività complessa che ingloba in sé anche l'argomentazione e il ragionamento giuridico e si presenta nel suo insieme come un'attività deliberativa e non già meramente applicativa, sicché la sua distinzione dall'attività deliberativa (o politica) del legislatore non è quella tra due generi diversi, ma tra due specie diverse della stessa attività. Siamo liberi se usare o meno determinate ragioni normative, ma non siamo liberi di dare ad essi il contenuto che vogliamo. Per questo l'interpretazione giuridica parte dall'uso autoritativo, ma poi ha un carattere deliberativo che costruisce la regola per il caso concreto». E appunto con riguardo al caso concreto e all'attuale centralità del diritto costituzionale, Viola, a p. 11, si esprime in questi termini: «Un altro profilo da segnalare, anch'esso legato alla costituzionalizzazione del diritto e ai diritti, riguarda il ritorno della rilevanza del caso concreto. Alla luce del caso concreto fatto e diritto non possono più essere radicalmente separati. Si possono dare diverse spiegazioni di questo passaggio dall'attenzione per la norma generale astratta alla rilevanza che il caso concreto richiede da parte della stessa scienza giuridica. La teoria e la pratica giuridica devono essere nuovamente riconciliate. Sta di fatto che si recupera in tal modo la specificità del diritto nei confronti della politica. Se questa guarda alla giustizia delle istituzioni o della società in generale, l'altro deve rispondere alla richiesta di giustizia che proviene dal caso concreto. Il diritto non mira direttamente ad una società giusta, ma al giusto in concreto, all'azione giusta, alla relazione giusta. Dal fatto sorge la domanda della giustizia giuridica e la risposta si trova nel processo di formazione della regola che si applica al caso concreto e che è al contempo adatta a quel caso nella sua particolarità significativa e valevole per tutti gli altri casi simili».

¹¹ Mi riferisco alle parole pronunciate da GUIDO ALPA in chiusura della presentazione – tenutasi alla Sapienza il 18 settembre 2017 e, come spesso capita, riascoltabile grazie alla consueta lungimiranza di Radio Radicale – del suo volume dedicato al contratto in generale e uscito nel 2014 nel 'Trattato Cicu-Messineo': www.radioradicale.it/scheda/519921/presentazione-del-libro-di-guido-alpa-dal-titolo-il-contratto-in-generale-fonti-teorie. Alpa sottolinea in particolare come la posizione italiana, sul punto, parrebbe estranea tanto rispetto alla giurisprudenza di Lussemburgo quanto soprattutto rispetto a quella di Strasburgo. La notazione è estremamente significativa.

scrive, ma, almeno, che sia in corso di revisione il senso più profondo della giuridicità non dovrebbe essere contestato (e su tutto ciò in Hayek troviamo affascinanti prospettive teoriche, ingiustamente trascurate, anche in ragione del metodo di lavoro hayekiano, radicalmente transdisciplinare).

A parte ciò, occorre dar conto del termine 'fiducia' di cui al titolo. Fiducia nella giurisdizionalizzazione del diritto, quale fenomeno sociale e politico che si caratterizza per l'idea che al centro del problema giuridico c'è l'individuo quale propulsore di giuridicità, grazie al filtro giurisdizionale. Una fiducia nel diritto, quindi, che è in larga parte fiducia nel diritto giurisprudenziale, e dunque fiducia nel giudice. Il che porta anche a dire che il nostro tempo, da questo punto di vista – cioè in riferimento alla teoria del diritto e al 'concetto' del diritto – è un tempo hayekiano (e leoniano) più di quanto non si vorrebbe, tenuto conto che entrambi, Friedrich Hayek e Bruno Leoni (con differenze pur notevoli, sulle quali qui sorvoliamo), hanno messo al centro della giuridicità l'agire umano (nella scia di Ludwig von Mises), e gli effetti, anche contro le intenzioni (effetti inevitabili, e spesso appunto benefici perché imprevedibili), di esso.

Si può altresì aggiungere (ne farò cenno anche più avanti) che, dei due, fu soprattutto Bruno Leoni (politicamente conservatore, e per certi aspetti anche antipaticamente reazionario) a tentar di abbozzare una teoria generale (poi rimasta incompiuta anche in ragione della precoce morte dello studioso) che guardasse al diritto quale prodotto della competizione tra pretese individuali che si fronteggiano all'interno del processo, e che quindi trovano nel giudice l'espressione istituzionalizzata di giuridicità. Il che dovrebbe portare allora a dire che, metodologicamente, Leoni fu senza dubbio più avanzato di quanto non lo fosse politicamente¹². Ma non c'è dubbio che gli stretti rapporti personali e intellettuali tra Hayek e Leoni fanno sì che essi siano figure oggi decisive in vista di un indispensabile riassetto di una teoria politico-giuridica di stampo liberale¹³.

2. Hayek tra liberalismo e democrazia

¹² Per un approfondimento si può vedere il mio *Perché non possiamo non dirci «leoniani»*, I. *Il diritto come pretesa individuale: frammenti per una teoria (con uno sguardo su Tullio Ascarelli)*, negli *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, vol. I, pp. 865 ss.

¹³ Basti qui il riferimento a R. CUBEDDU, *Ripensare il diritto, tutelare la libertà*, in B. LEONI, *Opere complete*, vol. II: *La libertà e il diritto* (nuova trad.it. di C. Lottieri), IBL Libri (ed. in e-book), 2017, pp. 1 ss.

Seguiamo allora il punto di osservazione adottato da Hayek nel suo *'The Political Order of a Free People'*, se non altro perché qui egli si dedica anche al problema della strutturazione di un ordine politico che non solo non sia incompatibile, ma anzi sia in linea con la teoria e la dottrina di un liberalismo adeguato all'età contemporanea – un liberalismo strenuamente difeso soprattutto nel primo volume della trilogia, *'Rules and Order'*.

Si possono individuare almeno tre grossi blocchi argomentativi rispetto a tre altrettanto grosse questioni teoriche, che schematizzo così:

- 1- il problema della democrazia, e in specie il problema della progressiva fuga della democrazia dalla *'rule of law'* classica¹⁴, donde l'effetto di una costante espansione, non già delle procedure democratiche (rispetto a ciò, e soprattutto rispetto al loro irrobustimento, non

¹⁴ Cfr. F. A. VON HAYEK, *Legge*, cit., ad es. p. 501: «Il problema più importante dell'ordine sociale è l'efficace limitazione del potere. Il governo è indispensabile per la formazione di tale ordine soltanto nel proteggere tutti dalla coercizione e dalla violenza. Ma, non appena a tal fine reclama ed ottiene il monopolio della coercizione e della violenza, esso diventa anche la minaccia principale della libertà individuale. Limitare questo potere fu il grande scopo dei fondatori del governo costituzionale nel XVII e XVIII secolo. Ma lo sforzo per contenere i poteri del governo fu quasi inavvertitamente abbandonato, quando si credette erroneamente che il controllo democratico dell'esercizio del potere fornisse una salvaguardia sufficiente contro la sua crescita eccessiva. Si è imparato da allora che proprio l'onnipotenza conferita alle assemblee rappresentative democratiche le espone alla pressione irresistibile di usare il proprio potere a beneficio d'interessi speciali, una pressione a cui una maggioranza con poteri illimitati non può resistere se vuole continuare ad essere maggioranza»; e p. 511: «Forse il termine che recentemente ha sofferto di più nel processo di perdita di significato è stato "democrazia". Il maggiore abuso è non applicarlo ad una procedura per giungere all'accordo su un'azione comune, ma dargli un contenuto sostanziale che prescriva quali debbano essere i fini di questa attività. [...] Il vero valore della democrazia è di servire come una precauzione sanitaria atta a proteggerci contro qualsiasi abuso di potere. Permette di mandare via un governo e di cercare di sostituirlo con uno migliore. In altre parole, è l'unica convenzione finora trovata che renda possibile cambiamenti di governo pacifici. Come tale è un valore importante per cui vale la pena di lottare, poiché qualunque governo di cui il popolo non può liberarsi con una procedura riconosciuta è destinato presto o tardi a finire in cattive mani. Tuttavia esso è lungi dall'essere il più importante valore politico, e una democrazia illimitata può essere ben peggiore di un governo limitato di tipo diverso. Nella sua attuale forma illimitata, la democrazia ha oggi perso ampiamente la capacità di servire da protezione contro il potere arbitrario. Ha smesso di essere una salvaguardia della libertà personale, un limite agli abusi del potere governativo, come si sperava di dimostrasse allorché si credette, ingenuamente, che sottoponendo il potere al controllo democratico si potesse fare a meno di tutti gli altri limiti al potere governativo. Invece la democrazia è diventata la causa principale di un aumento progressivo del potere e del peso della macchina burocratica».

è dubbio che Hayek non avrebbe nulla da obiettare, come infatti espressamente scrive), ma dello spazio della decisione politica (una decisione, appunto, assunta democraticamente a maggioranza e quindi sottratta all'individuo, che si troverà inciso da quella decisione anche quando non l'abbia condivisa), che va necessariamente a restringere lo spazio d'azione del singolo: è il problema del rapporto tra scelta collettiva e scelta individuale, e degli spazi politici di entrambe;

- 2- la relazione tra quelle che Hayek chiama regole di giusta condotta (come ad es. '*neminem laedere*', '*pacta sunt servanda*') e le regole di dettaglio, cioè i provvedimenti specifici il cui contenuto è spiccatamente funzionale al conseguimento di un risultato predeterminato (laddove, com'è evidente, le regole di giusta condotta sono, se vogliamo utilizzare una fraseologia ben nota al giurista, 'oppositive', perché si limitano a vietare determinate condotte, e non 'pretensive', appunto perché non tendono alla realizzazione di un obiettivo circoscritto). È dunque a questo proposito che emerge la frizione tra decisione collettiva e decisione individuale: laddove c'è più 'politica deliberativa', c'è meno libertà;
- 3- il ruolo istituzionale del giudice e della giurisdizione in una società libera (cioè aperta in senso popperiano).

Analizziamo partitamente le questioni individuate.

In '*The Political Order of a Free People*' il lettore si trova di fronte a una critica della democrazia contemporanea (Hayek scrive nel corso degli anni Settanta, ma non si può certo dire che il tema non sia ancora oggi attuale¹⁵, se non altro nelle sue linee di sfondo – e per certi versi, anzi, l'attacco sferrato contro la liberal-democrazia da forze politiche qualificabili almeno *prima facie* come 'populiste' fa sì che queste pagine trasmettano oggi una particolare emozione, perché Hayek è critico della democrazia affinché essa non divenga una 'democrazia totalitaria'¹⁶); una critica fondata appunto sul

¹⁵ Al riguardo cfr. L. VIOLANTE, *Democrazie senza memoria*, Torino, 2017.

¹⁶ Altri direbbe: una 'democrazia reale'. Alludo, se mi è qui lecito farlo, a un politico *sui generis* qual è stato Marco Pannella, che, può qui ricordarsi, conobbe anche una fase hayekian-leoniana, nei primi anni Duemila (in corrispondenza con il fenomeno culturale della 'riscoperta' di Bruno Leoni, soprattutto per l'iniziativa di Raimondo Cubeddu, a partire dalla metà degli anni Novanta), e che, appunto in senso critico, amava parlare, in termini sempre più insistiti nell'ultima fase della sua vita, di 'democrazie reali' (ma anche di 'democrazie') per evocare in parallelo la negatività del 'socialismo reale', e volendo in sostanza alludere alla cattiva attuazione del modello democratico, stigmatizzando in particolare il cosiddetto 'caso Italia'.

fatto che l'espansione della politica intesa come scelta collettiva è alla fin fine nociva tanto alla maggioranza quanto alla minoranza, proprio perché il procedimento democratico esteso a pressoché tutti gli ambiti dell'esistenza riduce necessariamente gli spazi di libertà e di azione e quindi anche di responsabilità dell'individuo.

Hayek esprime senza mezzi termini la sua disillusione per come la democrazia si è storicamente sviluppata¹⁷: «[C]i siamo così abituati a considerare come democrazia solo quel particolare insieme d'istituzioni che prevale oggi nelle democrazie occidentali – in cui la maggioranza di una assemblea rappresentativa emana leggi e dirige il governo –, da considerare questa come l'unica forma possibile di democrazia. Di conseguenza tendiamo a non affrontare il fatto che un tale sistema si è dimostrato impraticabile nella maggior parte di quei paesi le cui istituzioni democratiche non erano limitate da forti tradizioni concernenti i compiti che debbono spettare a un'assemblea rappresentativa. Poiché giustamente crediamo nell'ideale fondamentale ci sentiamo generalmente tenuti a difendere quelle particolari istituzioni che da lungo tempo sono state considerate come la sua incarnazione, ed esitiamo a criticarle perché ciò potrebbe minare il rispetto per un ideale che vogliamo preservare. [...] Sembra che la democrazia, dopo un primo periodo glorioso di sviluppo, in cui è concepita, ed effettivamente opera, come salvaguardia della libertà individuale, in quanto accetta i limiti di un *nomos* superiore, debba poi giungere (prima o poi) ad arrogarsi il diritto di decidere ogni questione particolare a seconda di come si accorda la maggioranza»¹⁸.

È l'ormai molto studiato problema della 'tirannia della maggioranza'. Ma, a ben vedere, se è tirannia, non è propriamente 'della maggioranza'¹⁹; piuttosto, è tirannia di quegli interessi espressi da gruppi di potere, interessi corporativi – secondo la consueta locuzione –, che in qualche modo imbrigliano l'azione politica degli stessi partiti: «In queste condizioni i partiti politici diventano poco più che coalizioni di interessi organizzati le cui azioni sono determinate dalla logica intrinseca ai loro meccanismi, piuttosto che da principi generali o ideali sui quali concordare. [...] Che tali sviluppi

¹⁷ F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., pp. 375 s.: «Dove le istituzioni democratiche non sono più limitate dalla tradizione del primato del diritto, si è giunti non soltanto alla “democrazia totalitaria”, ma col passar del tempo anche alla “dittatura plebiscitaria”».

¹⁸ *Ibidem*, pp. 371 e 372 (corsivo orig.).

¹⁹ *Ibidem*, p. 378: «Sembra che si sia stoltamente creato un meccanismo che rende possibile pretendere la sanzione di una presunta maggioranza per certe misure che di fatto non sono desiderate da una qualche maggioranza, e che possono perfino essere disapprovate dalla maggior parte della gente. Tale meccanismo è in grado di creare norme che non solo nessuno vuole, ma che, nel loro insieme, non potrebbero essere approvate da nessun essere razionale, perché autocontraddittorie».

siano inevitabili, in un sistema in cui il legislativo è onnipotente, lo si può chiaramente vedere chiedendosi come si forma una maggioranza unita e capace di condurre la politica come essa è correntemente condotta. L'ideale democratico originario si basava sulla concezione che i più condividesse un'idea comune di giustizia. Tuttavia, oggi la comunanza di opinione sui valori fondamentali non è sufficiente a determinare un'azione governativa programmata. Il programma specifico necessario ad unire i sostenitori del governo, o a mantenere insieme un partito, dev'essere basato sull'unione d'interessi diversi, unione che può venir raggiunta soltanto con un processo di contrattazione. Tale programma non sarà, quindi, espressione del desiderio comune di raggiungere particolari risultati; e poiché sarà legato all'uso delle risorse disponibili da parte del governo per scopi particolari, esso si fonderà, in generale, sul consenso dei diversi gruppi riguardo al fornire servizi particolari ad alcuni di essi in cambio di altri servizi resi ad ognuno dei gruppi medesimi»²⁰.

Nella linea fortemente critica di cui qui cerchiamo di dare conto, facendo parlare il più possibile l'autore (soprattutto in ragione del fatto che, come detto, questa riflessione è ancora largamente ignota tra i giuristi, o comunque ignorata – e non solo da noi), l'idea che mi pare centrale è che la democrazia va in sostanza liberata da tutti quegli impacci derivanti soprattutto dal fatto che parlamento e governo, entrambi intesi come organi legiferanti (cioè quali produttori di regole di dettaglio, di organizzazione, come tali funzionalizzate a uno scopo, e dunque mosse da una *ratio* costruttivistica, che, nella prospettiva hayekiana, è certamente rischiosa, perché comprime *in radice* quella libertà, protetta, invece, dalle regole di giusta condotta), agiscono come se non esistessero limiti esterni capaci di fermare il loro potere normativo in senso stretto, pervenendo a stravolgere il diritto (*'the law'* – in gran parte, ordine spontaneo: ma, all'interno della *'law'* esistono e sono irrinunciabili, gli spazi della *'legislation'*), sommergendolo con una massa di *'legislation'* (ordine costruito), la quale, al di là degli scopi specifici per cui è stata emanata (e potrà trattarsi anche di finalità condivisibili), ha il vizio d'origine consistente nell'idea che la programmazione è comunque superiore allo sviluppo spontaneo, ovvero l'ordine imposto è comunque superiore all'ordine spontaneo, il costruttivismo (anche giuridico: e oggi

²⁰ *Ibidem*, pp. 386-387. Si può aggiungere che, da noi, questo fenomeno per cui la politica, intesa in senso stretto quale attività e ruolo dei partiti, quasi inevitabilmente portati a divenire centri di potere intrecciati, anche oltre le intenzioni, con interessi costituiti, ha un nome. Mi riferisco ovviamente alla famigerata *'partitocrazia'*, termine che risale (o che o comunque fu impiegato per primo da lui, e con successo via via crescente) a Giuseppe Maranini, a fine anni Quaranta.

la questione riguarda precipuamente l'impronta ordoliberal dell'Unione europea, da cui, almeno in parte, la sua crisi²¹) è comunque superiore alla libertà²² (una libertà, com'è ovvio, che spesso erra, ma la fallibilità in questo senso è una risorsa, forse addirittura la principale, della libertà medesima, che è primariamente un meccanismo grazie al quale è possibile auto-correggersi, e infatti è il pilastro del mercato, quale meccanismo di produzione e di circolazione della conoscenza, fondato sul procedimento del 'tentativo-ed-errore'), e quindi le regole di dettaglio sono comunque preferibili alle regole generali e astratte (diciamo pure: ai principi e alle clausole generali²³, che però dovranno sempre essere adeguati a un contesto culturale che non può essere assunto come immutabile, a meno di non voler deviare verso il versante liberal-conservatore, appunto *à la* Leo Strauss); regole che si sono formate nel corso del tempo per evoluzione culturale e che hanno reso possibile il sorgere di quell'ordine del mercato con il quale è così fortemente intrecciata la nostra libertà individuale: in questo senso, mercato e libertà sono reciprocamente l'uno la condizione di possibilità dell'altra.

Qui ritorna una delle idee guida della prospettiva teorica del liberalismo hayekiano.

La maggior parte delle regole grazie alle quali la nostra vita è migliore di quanto non sarebbe in assenza di esse ha una radice strettamente e fortemente antropologica (di qui, ovvio il precisarlo, l'approccio transdisciplinare di Hayek), nel senso che si tratta di regole che si sono affermate sulla base di certe prassi, pratiche, comportamenti, a partire dai quali esse si sono stabilizzate perché hanno prodotto un beneficio sociale: appunto la possibilità di fare esercizio della libertà individuale, da cui una serie di vantaggi, tanto individuali quanto sociali.

All'interno di questo quadro, peraltro, bisogna subito aggiungere che Hayek ha poco o nulla del dogmatico, nel senso del rifiuto, per amore di tesi, di prendere atto della realtà, dunque di ciò che accade in un determinato momento storico appunto grazie all'esercizio della libertà (che in questo senso è una pratica sociale), ma ha molto – il che non è affatto un

²¹ In argomento (ma in una prospettiva almeno parzialmente diversa da quella di chi scrive) v. ora l'attenta analisi di FRANCESCA BENATTI, *Il diritto in un'Unione Europea in cerca di legittimità*, negli *Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, t. I, pp. 83 ss.

²² Sul punto è illuminante uno scritto poco conosciuto (nel quale viene recensito l'invece noto lavoro di Hayek sui 'due individualismi', quello 'vero' – di matrice anglosassone – e quello 'falso' – di matrice francese –) di B. LEONI, *I due individualismi*, ne *Il Mondo*, 18 marzo 1950, n. 11, p. 5.

²³ In proposito cfr. G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*. Presentazione di P. Grossi, Milano, 2017.

male – dell'*idéologue*, perché si sforza di dare una veste teorica a una certa concezione del mondo e a una certa assiologia, che è quella liberale, intesa essa quale dimensione del rispetto, della promozione della libertà e della responsabilità individuali, restringendo pertanto il più possibile lo spazio della decisione pubblica, e dunque della politica 'partitica' (vedremo infatti a breve che Hayek assegna al giudice un ruolo espressamente 'politico', e dunque sarebbe errato annoverarlo tra i molti liberali che tendono a tener distinti il diritto, in quanto mera tecnica, dalla politica, in quanto scelta di valore).

3. Hayek e il problema della libertà

Certo, bisogna tener conto della circostanza che, nel momento in cui Hayek scriveva, non era stata ancora elaborata la categoria del neo-costituzionalismo, e quindi i temi del 'contro-limite' dei diritti fondamentali e del ruolo sovrano delle Corti costituzionali in particolare (ruolo di garanzia liberal-democratica, presidio istituzionale della libertà dell'individuo, contro poteri privati e pubblici liberticidi; ruolo in questo senso benefico) sfuggivano a Hayek²⁴; ma si deve anche precisare che al giudice Hayek guarda appunto più con fiducia che non con timore, confidando in un giudiziario che in primo luogo controlli il governo e il parlamento appunto in quanto organi legiferanti (sì che la 'legislation' non travolga la 'law'): «Se nessun potere giudiziario superiore può impedire al corpo legislativo di accordare privilegi a gruppi particolari, non vi sono limiti ai ricatti cui il governo può essere soggetto»²⁵. In questa prospettiva non c'è dubbio che il ruolo assegnato da Hayek ai giudici sia incentrato sull'idea che il diritto giudiziario, in quanto diritto vivente, è (o comunque può e dovrebbe essere) il più vicino alle istanze sociali; istanze, le quali sono il perno della vita sociale. Qui emerge un Hayek storicista in quanto fiducioso nella forza della libertà quale prodotto antropologico dello sviluppo umano; il liberalismo storicista hayekiano, dunque, trova un alleato nel giudice, che è investito, in chiave di politica del diritto, del compito di conservare l'assiologia liberale dell'ordinamento. Ma la conservazione di un ordine politico e giuridico liberale non sarà questione di 'legal doctrine', quanto piuttosto di cultura diffusa nel

²⁴ Quando Hayek discorre di Corte costituzionale (*Legge*, cit., pp. 493 ss.) lo fa soprattutto con riguardo al potenziale conflitto di attribuzioni tra assemblea governativa e assemblea legislativa.

²⁵ *Ibidem*, p. 384.

corpo sociale, che necessariamente si proietta su quella giuridica, e, almeno in certa misura, viceversa²⁶.

Del resto, il problema dell'esercizio arbitrario di un potere, di una prerogativa (e, pertanto, l'esigenza di un loro controllo) si pone in riferimento a qualunque potere, e da questo punto di vista non c'è affatto un potere come tale 'buono' e un altro come tale 'cattivo'. A tal riguardo assume rilevanza la distinzione, molto praticata anche dal giurista, tra struttura e funzione. E l'approccio esclusivamente strutturale, come se la funzione non possa che essere l'esito della struttura, quasi che ogni struttura abbia in sé inscritta una determinata e immutabile funzione, è scarsamente produttivo. Sono le condizioni storiche, cioè il contesto, a individuare i caratteri concreti dell'esercizio del potere e l'opportunità di intervenire su tale esercizio, sulla base di una determinata politica del diritto, a partire dalla quale fissare modalità e scopo dell'intervento. Il problema, quindi, è innanzitutto e genuinamente culturale (del resto, torna forse utile rammentarlo, Hayek fu il fondatore, nel primo dopoguerra, di quel gruppo di intellettuali, la '*Mont Pelerin Society*' – che tuttora esiste, pur avendo a mio avviso perduto molto dello spirito originario –, volta appunto a promuovere la 'causa della libertà', libertà che può prosperare solo se la si ritiene un bene per la comunità).

Si alludeva, poco sopra, al ruolo delle istanze sociali, che incidono sulla giurisdizione, e quindi sul diritto, perché primariamente incidono su ciò che potremmo esprimere in termini di percezione sociale diffusa sul senso della vita comunitaria, che riguarda tutti. Quando Hayek pensa al contesto sociale, egli si riferisce a ciò che chiama la 'grande società' (e cioè la società che è moderna perché è aperta, nel senso che gli spazi della libertà individuale si allargano, e quindi il tempo del cambiamento diminuisce, e il

²⁶ C'è un passaggio (che si legge nel primo volume della trilogia cit., *ibidem*, pp. 86 ss.) inequivocabile: «Se uniti, i giuristi di professione possono [...] annullare talvolta l'intenzione del legislatore, non per dispregio del diritto, ma, al contrario, perché le loro tecniche li conducono a preferire quella che è ancora la parte predominante del diritto, e a collocarvi un elemento estraneo trasformandolo in modo da armonizzarlo con l'intero insieme. La situazione è comunque del tutto differente quando una filosofia generale del diritto non in accordo con la maggior parte del diritto esistente guadagna influenza. Gli stessi giuristi, mediante i medesimi abiti mentali e le medesime tecniche, e in generale altrettanto inconsapevolmente, divengono una forza rivoluzionaria, la quale è efficace nel trasformare il diritto stabilito in ogni suo dettaglio quanto prima lo era nel preservarlo inalterato. Le stesse forze che nel primo caso impediscono ogni movimento, nel secondo tendono ad accelerare il mutamento fino a trasformare l'intero corpo del diritto molto più di quanto chiunque avesse previsto o desiderato. Se questo processo condurrà ad un nuovo equilibrio o ad una disintegrazione dell'intero corpo del diritto nel senso in cui tuttora comprendiamo questo termine, dipenderà dal carattere della nuova filosofia».

soggettivismo – in senso più ampio, potremmo dire, la ‘doxa’ di husserliana memoria²⁷ – deve essere preso sul serio quale strumento di trasformazione e di costruzione sociale, anche in chiave teoretica e non solo empirica), la quale ruota intorno alla libertà individuale, fattore di costante sviluppo.

È appunto rispetto al rapporto tra libertà e società, o meglio tra società e possibilità di sopravvivenza della libertà, che pervengono a un punto di collisione i diversi approcci teorici alla libertà (basti fare ancora il nome di Leo Strauss per capire la delicatezza e la profondità del problema)²⁸. E la collisione, evidentemente, ruota proprio intorno al problema, già evocato, dello storicismo²⁹, cioè al rapporto tra storia e libertà – problema che, ad avviso di molti, per Hayek è ancora aperto.

Ma, al di là del carattere dello storicismo hayekiano, in senso più generale (e basterà evocare i nomi di Benedetto Croce, Ernesto de Martino, Arnaldo Momigliano per avere un vivissimo quadro della situazione), la questione della libertà nella storia (e di ciò che ne deriva in termini di teoria e di dottrina politica liberali e democratiche)³⁰ contiene in sé una prima risposta inevitabilmente tragica, perché non c’è dubbio che proprio e solo una società fondata sulla libertà dell’individuo possa e anzi debba inglobare gli elementi della propria autodistruzione, quale conseguenza, se non di un abuso di libertà individuale e di una successiva reazione contro tale abuso, almeno di un uso che susciti reazioni liberticide sufficientemente diffuse, o comunque di un uso che conduca a una restrizione della libertà. Anche qui si tratta di problemi genuinamente culturali, che certo non possono essere risolti a partire da un determinato modello teorico (perché si tratterebbe di una risposta aprioristica), ma solo in termini di prassi.

Allora, proprio in riferimento al problema della libertà e delle condizioni

²⁷ Richiama l’attenzione su ciò C. SINI, *Qualche riflessione sulla ragione filosofica e il suo destino*, in *In Circolo*, n. 3 – Giugno 2017, www.incolorivista filosofica.it/wp-content/uploads/2017/06/SINI-Qualche-riflessione-N-3.pdf, pp. 1 ss., a p. 5, in particolare a proposito «del lavoro costante delle pratiche di vita e di sapere che caratterizzano in modi infiniti e inesauribili l’umano», e della necessità di «inaugurare una nuova figura del sapere filosofico che ha finalmente imparato a far conto proprio dei caratteri di “relatività” che intramano l’intero mondo della vita [...]».

²⁸ Cfr. in tema G. ALPA, *Diritto naturale e storia*, in Id., *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 26 ss.; e si v. ora L. STRAUSS, *Scritti su filosofia e religione*, a cura di R. Cubeddu e M. Menon, Pisa, 2017.

²⁹ Si v. l’inquadramento molto chiaro di M. MASTROGREGORI, *Storicismo*, in *Encyclopedia Universalis. Dictionnaire des Idées*, Paris, 2005, pp. 745 ss. (anche in www.academia.edu/3066198/Storicismo).

³⁰ Cfr. le intense pagine di J. BENDA, *Le democrazie alla prova. Saggio sui principî democratici* (trad.it.), Torino, 1945.

della sopravvivenza di essa, un liberalismo storicistico (quello, tra i giuristi, soprattutto di Tullio Ascarelli, e in certa misura anche di Bruno Leoni e di Alessandro Pekelis, per richiamare personalità che intellettualmente – e nel caso di Pekelis, non solo – moltissimo a Croce dovettero) ben esprime la dimensione culturale della libertà, e il senso profondo dell'idea di religione della libertà sulla quale appunto Croce insistette. Se cioè la libertà è il principio vitale dell'individuo e della società, e se, in quanto principio vitale, è tale solo in quanto prodotto spontaneo dell'evoluzione umana³¹ – nel senso che la libertà non può essere né un concetto atemporale, perché eterna, né il frutto di un qualche costruttivismo razionalistico –, essa, appunto per ragioni storico-antropologiche, a partire dal momento in cui viene alla luce quale fattore interno di sviluppo umano, se potrà conoscere fasi di oblio o di attacco, troverà comunque sempre qualche difensore, perché – se si vuole utilizzare quest'immagine metaforica – è ormai divenuta carattere genetico e impronta culturale dell'umanità (o almeno di parte di essa)³². Si può altresì osservare che, appunto in chiave di prassi, nel momento in cui la libertà diviene una pratica, nel momento in cui si fa pratica della libertà, e quindi la libertà si conosce nel suo farsi e a partire da esso, si dà luogo a un sapere sociale (intimamente connesso a ciò che Carlo Sini ha espresso in termini di 'pensiero delle pratiche') che è impossibile vada interamente perduto; dunque, se non altro, la possibilità del recupero è sempre data. Ma allora, e appunto in chiave storicistica, le dottrine liberal-democratiche non possono comunque (e se anche potessero, non dovrebbero) impedire la pur tempo-

³¹ F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 515: «Non soltanto la maggior parte dei processi dell'evoluzione sociale ha luogo senza che nessuno li voglia o li preveda, ma è proprio per questo che essi hanno portato ad un'evoluzione culturale. Da un processo guidato non può che emergere niente di più di quel che può prevedere la mente direttrice. Essa sarebbe infatti l'unica che potrebbe approfittare dell'esperienza. Una società che si sviluppa non progredisce perché il governo le imprime nuove idee, ma per il fatto che nuovi modi e metodi vengono continuamente sottoposti ad un processo per prova ed errore. Per ripeterlo ancora una volta, sono le condizioni generali favorevoli che torneranno utili a persone sconosciute in circostanze ignote a produrre quei miglioramenti che nessuna autorità suprema sarebbe in grado di apportare deliberatamente».

³² E scrive Hayek al proposito, *ibidem*, pp. 550 ss.: «Non nego che il progresso possa essere più veloce di quanto ci piaccia, e non nego neppure che si sarebbe facilitati nell'assimilarlo, se esso fosse più lento. Tuttavia, sfortunatamente *il progresso non può essere dosato* (e neppure la crescita economica!). Tutto ciò che possiamo fare è di creare le condizioni favorevoli ad esso, e poi sperare per il meglio» (corsivo orig.). E a p. 551, in nota 56, leggiamo: «È forse triste che la cultura sia inseparabile dal progresso, ma le stesse forze che mantengono la cultura sono anche quelle che ci portano al progresso. Ciò che è vero per l'economia è anche generalmente vero per la cultura: essa non può rimanere in uno stato stazionario, e quando ristagna spesso declina».

ranea distruzione della libertà, perché, se lo facessero, negherebbero il valore fondativo (e in questo senso appunto antropologico) della libertà stessa, che non può sfuggire alle ragioni del contesto storico-sociale, perché appunto non è un valore sovrumano, trascendente, ma storicamente determinato.

Il rapporto tra libertà e storia è relativo e immanente al contesto sociale che, nella prospettiva dell'ordine spontaneo³³, cioè di una realtà storicamente cangiante, realizza quello storicismo integrale nel quale la libertà trova la sola possibilità di realizzazione. Un intervento che vada contro il contesto non potrà che assumere un carattere autoritario, e come tale illiberale, anche a fini salvifici (ma antistorici, e come tale prasseologicamente deboli e assiologicamente inappaganti); la libertà non può salvarsi se non a partire da se stessa³⁴. Nel momento in cui vengano meno i presupposti per i quali la libertà è avvertita quale primario fondamento sociale, ciò significa che il senso della libertà stessa è storicamente cambiato. Del resto, una concezione storicistica della libertà porta inevitabilmente a un incremento dei significati di tale termine, consentendo così che le varie concezioni di essa, operando in competizione, diano luogo a quelle trasformazioni della libertà in ragione del contesto. Il che non significa affatto che, di fronte a una libertà in pericolo, non si possa e non si debba agire, prima di tutto culturalmente, per difenderne quella specifica attuazione che, appunto storicamente, ha prodotto determinati benefici³⁵; ma ciò altresì significa che le battaglie culturali devono comunque accettare le trasformazioni del contesto, e non possono far valere una concezione eterna della libertà, che non esiste.

³³ Cfr. in questo senso le seguenti parole di Hayek, che si leggono *ibidem*, pp. 407 ss: «[L]a base dell'ordine sociale non risiede nella decisione volontaria di adottare certe regole comuni, ma nell'esistenza tra la gente di certe idee su quanto è giusto e sbagliato».

³⁴ Cfr. ancora *ibidem*, pp. 407 ss.: «Il concetto di sovranità poggia su una costruzione logica sviante, che comincia con l'assumere che le norme e le istituzioni esistenti derivino da un volere uniforme mirante alla loro creazione. Invece, lungi dal sorgere da una tale volontà preesistente capace d'imporre al popolo qualsiasi norma le piaccia, una società di uomini liberi presuppone che il potere sia limitato dagli ideali comuni che li fecero unire, e che laddove non vi è accordo non vi è alcun potere».

³⁵ *Ibidem*, p. 526: «Per quanto ciò possa spesso sembrare falso, il mondo sociale in realtà è governato, nel lungo periodo, da certi principi morali in cui crede una larga parte della gente. L'unico principio morale che abbia mai reso possibile lo sviluppo di una società avanzata fu il principio della libertà individuale, cioè che l'individuo è guidato nelle proprie decisioni da norme di mera condotta e non da ordini specifici».

4. Per una 'correzione' della democrazia: il ruolo del giudice

Di fronte al 'problema democratico', e cioè, in sostanza, all'illusione che decisioni assunte a maggioranza esprimano davvero ciò che la maggior parte delle persone facenti parte di quella comunità vuole, Hayek propone un correttivo: tener distinte due funzioni in senso proprio legislativo, da affidare a due diversi organi, a due assemblee elettive: la produzione delle regole di giusta condotta, generali e astratte, da un lato, e, dall'altro, la produzione di regole di dettaglio necessarie sulla base delle esigenze contingenti³⁶.

Si può peraltro osservare, a proposito della questione così spesso evocata della incompatibilità tra diritti e desideri, che Hayek non esita (e direi saggiamente)³⁷ ad affermare che questi interventi specifici e contingenti, provenienti – diciamo, in senso lato, – dal governo, con interventi adottati in via d'urgenza, per far fronte a una determinata esigenza, a una determinata richiesta, non potranno non essere conformi ai desideri delle persone, ovviamente sul presupposto che questi desideri abbiano assunto una certa consistenza sociale e abbiano quindi trovato una rappresentanza istituzionale. Quello che quindi sta maggiormente a cuore ad Hayek è l'evitare che un'intensa attività sostanzialmente legislativa (da qualunque parte provenga) porti al sovvertimento di quelle regole generali del vivere civile, del vivere aggregato, dalla quale esistenza dipende la salvaguardia dell'ordine di mercato e, vicendevolmente, le quali hanno e devono avere un determinato contenuto, perché hanno a presupposto l'ordine di mercato, che è appunto un ordine spontaneo, che non è il prodotto della progettazione razionale dell'uomo ma il frutto dell'evoluzione culturale.

C'è, a questo riguardo, un passaggio molto significativo contenuto nell'epilogo del volume che qui consideriamo, e che suona così: «*L'uomo non si è sviluppato nella libertà*. Come membro di quella piccola tribù a cui doveva aderire per sopravvivere, l'uomo era tutto meno che libero. *La libertà è un artefatto della civiltà*, che ha liberato l'uomo dagli ostacoli del piccolo gruppo, e dalle sue tendenze momentanee, e cui persino il capo doveva obbedire. La libertà fu resa possibile dall'evoluzione graduale della disciplina *della civiltà che è allo stesso tempo la disciplina della libertà*. Questa disciplina protegge l'uomo, mediante norme astratte impersonali, dalla violenza arbitraria degli altri, e permette ad ogni individuo di cercare di costruirsi una sfera

³⁶ *Ibidem*, p. 524: «Mentre la legislazione propriamente detta è una questione di principi a lungo termine e non di interessi particolari, tutte le misure particolari che il governo può adottare devono diventare questioni di politica quotidiana».

³⁷ *Ibidem*, p. 399.

individuale protetta in cui nessun altro ha il permesso d'interferire, e al cui interno può usare le proprie conoscenze per i suoi scopi. Noi dobbiamo la nostra libertà alle limitazioni della libertà. [...] Il grande cambiamento che produsse un ordine sociale sempre più incomprensibile per l'uomo, e per il cui mantenimento ci si dovette sottomettere a norme apprese che erano spesso in contrasto con i propri istinti, fu la transizione dalla società "faccia a faccia", o almeno composta da gruppi formati da membri noti e riconoscibili, ad una società aperta e astratta, non più unita da concreti fini comuni, ma solamente dall'obbedienza alle stesse norme astratte di comportamento. Quel che probabilmente fu più difficile da comprendere fu che gli unici valori comuni di una società libera e aperta non erano oggetti concreti (da ottenere), ma soltanto quelle comuni norme di comportamento astratte che assicuravano il mantenimento costante di un ordine egualmente astratto, il quale assicurava agli individui migliori prospettive di raggiungere i loro fini individuali, ma non dava loro diritti su cose particolari. Il comportamento necessario alla conservazione di una piccola banda di cacciatori e raccoglitori di cibo, e quello presupposto da una società aperta basata sullo scambio, sono molto diversi. Ma mentre l'umanità ha avuto centinaia di migliaia di anni per acquisire e per incorporare geneticamente le risposte necessarie alla prima, era necessario, perché sorgesse la seconda, che non soltanto egli imparasse ad acquisire nuove regole, ma che alcune di quelle nuove servissero precisamente a reprimere reazioni istintive, non più adatte alla Grande società. Queste nuove regole non erano sostenute dalla consapevolezza che fossero più efficaci. *Noi non abbiamo mai progettato il nostro sistema economico. Non eravamo sufficientemente intelligenti per farlo.* Vi siamo incappati, ed esso ci ha condotto a vertici imprevedibili, e ha dato origine ad ambizioni che potrebbero portarci a distruggerlo»³⁸.

Ora, non c'è dubbio che il modo con cui Hayek propone di uscire dalla crisi della democrazia, tema appunto oggi più che mai attuale, richiederebbe un'analisi che qui nemmeno intendo tentare. Mi soffermo invece soltanto sul ruolo del giudice.

In un passaggio contenuto in *'Rules and Order'*, Hayek chiarisce piuttosto bene come opera, a suo avviso, il rapporto tra legislazione e giurisdizione di fronte al diritto in senso proprio, cioè al diritto inteso come *'law'*, prodotto dell'azione umana, e perciò della cultura, della civiltà, dell'evoluzione culturale – della vita comunitaria; un diritto che in quanto tale è il fulcro della giuridicità.

Hayek scrive in sostanza che la legislazione, quale componente del dirit-

³⁸ *Ibidem*, pp. 542-544 (corsivo orig.).

to, è indispensabile quando la giurisprudenza, cioè la giurisdizione, non è al passo con i tempi, cioè non ha tenuto sufficientemente conto di fatti socialmente rilevanti e quindi in questo senso è rimasta arretrata. Siamo di fronte a una funzione suppletiva, integrativa, di supporto svolta dalla legislazione.

La pagina è giustamente famosa (e in essa troviamo anche una significativa critica alla proposta, per dir così, ‘ipersavignyana’ e ‘pangiurisprudenziale’, di Bruno Leoni, al quale in sostanza Hayek rimprovera un eccesso di zelo anti-legislativo), e merita di essere integralmente riferita nella versione originale:

«For a variety of reasons the spontaneous process of growth may lead into an impasse from which it cannot extricate it self by its own forces or which it will at least not correct quickly enough. The development of case-law is in some respects a sort of one-way street: when it has already moved a considerable distance in one direction, it often cannot retrace its steps when some implications of earlier decisions are seen to be clearly undesirable. The fact that law that has evolved in this way has certain desirable properties does not prove that it will always be good law or even that some of its rules may not be very bad. It therefore does not mean that we can altogether dispense with legislation. There are several other reasons for this. One is that the process of judicial development of law is of necessity gradual and may prove too slow to bring about the desirable rapid adaptation of the law to wholly new circumstances. Perhaps the most important, however, is that it is not only difficult but also undesirable for judicial decisions to reverse a development, which has already taken place and is then seen to have undesirable consequences or to be downright wrong. The judge is not performing his function if he disappoints reasonable expectations created by earlier decisions. Although the judge can develop the law by deciding issues which are genuinely doubtful, he cannot really alter it, or can do so at most only very gradually where a rule has become firmly established; although he may clearly recognize that another rule would be better, or more just, it would evidently be unjust to apply it to transactions which had taken place when a different rule was regarded as valid. In such situations it is desirable that the new rule should become known before it is enforced; and this can be effected only by promulgating a new rule which is to be applied only in the future.

Where a real change in the law is required, the new law can properly fulfil the proper function of all law, namely that of guiding expectations, only if it becomes known before it is applied»³⁹.

³⁹ F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of*

Il che, mi pare – almeno leggendo con un po' d'attenzione questo straordinario libro che è, e continuerà a essere, 'Law, Legislation and Liberty' –, ci dovrebbe portare a dire – nonostante quello che spesso si pensa di Heyek, e ancora più spesso si afferma su di lui, decisamente poco a proposito, che cioè fosse una specie di fanatico sostenitore della mano invisibile, un ingenuo seguace delle 'armonie economiche' à la Bastiat – che ci troviamo di fronte a un pensiero tanto profondo quanto anche piuttosto tormentato (e, a volte, senza dubbio anche contraddittorio – del resto, bisogna ribadire che Hayek rappresenta un esempio mirabile di interdisciplinarietà praticata; ed essere interdisciplinari è senza dubbio rischioso, ma si tratta di rischi che val sempre la pena di correre).

Il punto, allora, è che, in quest'ottica, Hayek assegna alla giurisprudenza un ruolo tutt'altro che marginale (ma, come notato, non esclusivo), e, soprattutto, un ruolo che va ben oltre l'idea (*rectius* la mitologia), almeno un tempo assai diffusa (e, in casa liberale, in certa misura condivisa semmai da Leoni, non da Hayek), di un giudice di *common law* che, in virtù di una saggezza quasi miracolosa, offre sempre la soluzione giusta, scoprendola all'interno dell'ordine di natura (e dico ciò pur sapendo che Hayek fu profondamente influenzato dalla *common law* inglese, anche per ragioni di biografia personale).

In Hayek abbiamo, se si può dir così, un giudice necessariamente interventista perché la realtà, il contesto, le pratiche individuali, e quindi sociali, cambiano: del resto, si può aggiungere, Hayek era troppo antropologo per confidare in un immobilismo assiologico (e proprio per questa ragione Hayek rifiuta l'idea, radicale, di Bruno Leoni di un diritto privato del tutto de-legislativizzato, e 'creazione-non-creativa' di una giurisprudenza e di una scienza giuridica fedeli, appunto, a quell'ordine di natura/*naturalis ratio* che però, solitamente, è spia di conservazione, soprattutto perché chi si appella a quest'ordine di natura è poi solitamente assai restio a riconoscere che *naturalia non sunt turpia*, anzi, al contrario, molto restringe il perimetro di quest'ordine 'di natura', ai fini di una preservazione conservativa, prima di tutto dell'ordine sociale, che è anti-storica).

Un giudice, allora, che necessariamente adegua il diritto, 'the law', al contesto sociale, ma che al contempo è guidato da una politica del diritto che si prefigga di difendere quell'ordine politico-giuridico all'interno del quale la libertà individuale ne sia, come sopra accennato, il valore fondativo: «Gli sforzi del giudice fanno pertanto parte di quel processo di adattamen-

justice and political economy, London, 1982 (repr. 1998, da cui cito), pp. 88-89 (e v. le corrispondenti pp. 114-115 della trad.it. cit. *supra*, nota 3).

to della società alle circostanze esterne mediante cui si sviluppa l'ordine spontaneo. Egli aiuta tale processo di selezione approvando quelle regole che, come quelle che hanno funzionato bene in passato, rendono l'incontro delle diverse aspettative più verosimile che non il loro conflitto. Egli diviene così uno strumento di quell'ordine. Persino quando egli, nell'adempimento di questa funzione, crea nuove regole, non diviene il creatore di un nuovo ordine, ma la sua opera resta al servizio del mantenimento e rafforzamento dell'ordine già esistente e funzionante. Ed il risultato dei suoi sforzi sarà un caratteristico esempio di quei "risultati dell'azione umana, ma non della progettazione umana" in cui l'esperienza raggiunta mediante i tentativi di numerose generazioni incorpora più conoscenza di quella che chiunque può cercare di possedere»⁴⁰.

Dunque, e al di là della mai sopita questione del giudice che crea o del giudice che scopre la regola da applicare (questione in certa misura ineliminabile e in certa misura anche stucchevole, perché ovviamente il giudice un po' crea e un po' scopre), l'aspetto di maggior interesse, direi, non è tanto teorico, quanto di politica del diritto e di filosofia politica, e cioè: fino a che punto il giudice può e deve creare diritto? Questo è del resto il problema che in Italia, nella seconda metà del Novecento, fu quasi ossessivamente indagato da Tullio Ascarelli, che appunto s'interrogava incessantemente sulla soglia fra continuità e discontinuità, fra tradizione e innovazione, fra creazione e riconoscimento di un qualcosa che storicamente già esiste, nella prospettiva di un avanzamento e di un rafforzamento della democrazia – avanzamento e rafforzamento che del resto stanno espressamente a cuore anche a Hayek.

5. Giudici e democrazia

⁴⁰ F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 149. E cfr. *ibidem*, p. 150: «Il fatto che il giudice debba mantenere e rafforzare l'ordine complessivo delle azioni, e debba prendere i propri parametri di giudizio da quello stesso ordine, non significa che il suo fine sia quello di preservare ogni tipo di *status quo* nelle relazioni tra i soggetti. Al contrario, è una caratteristica peculiare di tale ordine il fatto di poter essere mantenuto solo mediante costanti mutamenti particolari; ed il giudice tratta solo delle relazioni astratte, che devono mantenersi, mentre i particolari concreti cambiano. Un tale sistema di relazioni astratte non è un reticolato costante che mette in connessione elementi particolari, ma un sistema il cui contenuto particolare cambia continuamente. Sebbene la conformità allo *status quo* possa valere spesso per il giudice come una presunzione di ragione, il suo compito è sia di aiutare il cambiamento, sia di preservare la situazione esistente. Egli ha a che fare con un ordine dinamico che verrà mantenuto solo mediante continui mutamenti nelle situazioni dei soggetti. Tuttavia, sebbene compito del giudice non sia quello di sostenere un certo *status quo*, è suo compito quello di sostenere i principi su cui si fonda l'ordine esistente».

Concentriamoci a questo punto sul ruolo del giudice rispetto alla democrazia, cioè alla teoria democratica.

Se ci si pone su di un piano prescrittivo, come non mi pare improprio fare, si può affermare, molto in sintesi, che, all'interno di una società liberale, all'interno di una società libera e aperta – libera e aperta e quindi democratica, nel senso che i più rilevanti cambiamenti avvengono nella logica dell'interrelazione personale, del conflitto non distruttivo ma trasformativo⁴¹ –, il giudice diventa, ovvero potrebbe e dovrebbe diventare, un pilastro istituzionale, un'istituzione della libertà, cioè un fattore istituzionale (e quindi controllabile) di attuazione della libertà; il giudice, che interviene solo quando qualcuno lo sollecita, disponendo del potere di mutare la dimensione della giuridicità, si connota pertanto quale elemento di stabilizzazione democratica, cioè di trasformazione, di evoluzione non traumatica⁴², dato che – come scrive lo stesso Hayek richiamando Popper – ogni progresso ha bensì come punto di partenza la tradizione⁴³, ma ogni

⁴¹ *Ibidem*, p. 513: «Se la democrazia deve mantenere una società di uomini liberi, la maggioranza di un organo politico non deve certamente avere il potere di “modellare” la società o far servire ai suoi membri fini particolari, cioè fini diversi dall'ordine astratto che può venir assicurato solo facendo osservare norme di comportamento egualmente astratte. Il compito del governo è di creare un quadro di riferimento entro cui gli individui e i gruppi possano perseguire con successo i loro rispettivi fini, e, a volte, di usare i suoi poteri coercitivi per raccogliere fondi onde fornire servizi che, per varie ragioni, il mercato non può fornire. Ma la coercizione è giustificata soltanto per fornire tale quadro di riferimento entro cui tutti possono usare le proprie capacità e conoscenze per i propri fini, finché non interferiscono con la sfera individuale egualmente protetta degli altri».

⁴² Se in Hayek non c'è una compiuta teoria della giurisdizione, tuttavia, una lettura parallela di Hayek e di Leoni potrebbe forse consentire di recuperare fino in fondo quelle intuizioni leoniane cui si è fatto più sopra cenno, onde sviluppare, e probabilmente contro le intenzioni dell'autore, una teoria della giurisdizione che valorizzi attivismo e 'creazionismo' giudiziario (per impiegare un'espressione usata di recente, ma in senso polemico, da Mauro Barberis), a difesa di un 'liberalismo radicale'. Cautela è però ad es. espressa da F. VIOLA, *Tendenze attuali*, cit., p. 22, ove è detto che «non bisogna [...] sottovalutare i rischi [...] [del] processo in atto di mondializzazione della funzione giudiziaria [...]»: «La moltiplicazione dei rapporti fra le giurisdizioni nazionali e l'attivismo giudiziale oggi diffuso non debbono essere intese come l'emergere di una “global community of courts” o come il segno di un nuovo ordine mondiale. Al contrario sono rivelative di una situazione di disordine e dell'esigenza ancora insoddisfatta di un pluralismo ordinato». Decisamente critico è ora, con la consueta garbata fermezza, FRANCESCO BENATTI, *Quello che resta della “autonomia dei privati”*, negli *Studi in onore di Antonio Gambaro*, cit., t. II, pp. 1409 ss.

⁴³ Sul problema della tradizione è opportuno nuovamente richiamare Ascarelli, soprattutto perché era un giurista che aveva fiducia nel diritto non in quanto sistema chiuso, ma in quanto ordine sociale che, per essere compreso e spiegato, richiede all'osservatore lo

tradizione è sempre destinata a essere superata, o comunque innovata⁴⁴: del resto non risulta, storicamente, che il conservatorismo abbia mai avuto la meglio⁴⁵ – ciò sarebbe un ‘assurdo antropologico’.

Ora, quest’approccio hayekiano al diritto, e in particolare alla giurisdizione (un approccio che si connota, lo ribadisco, per il fatto che la giurisdizione segue autoritativamente ma non autoritariamente lo sviluppo del diritto in quanto ordine sociale, e che, pertanto, inevitabilmente si ritrova a essere il ‘punto di saldatura’ tra l’ordine del diritto e l’ordine della società, al di là del, e quando non anche contro il, legislatore – che è del resto ciò che oggi sta largamente avvenendo e con effetti, direi, largamente positivi), è particolarmente significativo rispetto al tema della fiducia sociale nel giudice (e dunque nelle istituzioni) e soprattutto rispetto a quella relazione così delicata e di particolare attualità (da noi, purtroppo e spesso, un’attualità emergenziale e patologica) tra democrazia e giurisdizione.

Forse c’è oggi uno spazio per provare a sostenere la tesi di una democrazia giudiziaria come concretizzazione a vocazione globale e come attuazione postmoderna del liberalismo politico. In questo senso: lo sviluppo che oggi ha raggiunto la libertà individuale, almeno negli ordinamenti fisiologicamente e positivamente democratici, è tale da indurre a un ripensamento circa gli spazi non già della politica come tale, quale attività teorica e pratica coesistente al vivere civico e civile, perché da questo punto di vista ogni scelta, individuale o collettiva, è intrinsecamente politica, ma gli spazi della scelta collettiva, che per forza di cose non possono che restringersi di fronte

sforzo di collocarsi all’interno di una prospettiva che sia la più ampia possibile, così spostando il punto di osservazione del giurista dalla tecnica alla politica del diritto (il che fa del diritto inevitabilmente un sistema aperto). E cfr. ora F. VIOLA, *Tendenze attuali*, cit., p. 8: «Una teoria giuridica del futuro dovrà portare in sé in modo consapevole la dimensione filosofica, cioè una visione generale del senso del diritto. La coordinazione sociale è pervasiva di tutta l’impresa giuridica e riguarda anche gli stessi fenomeni giuridici. Il diritto mette ordine nella vita sociale innanzi tutto facendo ordine in se stesso». In chiave giusprivatistica, v. i molti spunti che si leggono in S. PATTI, *Riflessioni sulla “Teoria del diritto privato”*. (A proposito di una recente antologia), in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1166 ss.

⁴⁴ F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 547: «Dobbiamo basarci sulla tradizione e possiamo soltanto correggere i suoi prodotti».

⁴⁵ *Ibidem*, p. 548: «I vari cambiamenti avvenuti nelle morali non rappresentarono quindi un declino morale, anche se spesso offendevano i sentimenti ereditati, ma una condizione necessaria per l’avvento di una società aperta di uomini liberi»; e cfr. anche p. 547: «È soltanto riconoscendo il conflitto fra una norma data e il resto delle nostre credenze morali che si può giustificare il rifiuto di una regola stabilita. [...] Per essere legittimate, le nuove regole devono ottenere una ampia approvazione della gran parte della società – non con un voto formale ma con una loro effettiva accettazione attraverso un graduale processo di diffusione».

a una libertà individuale che, espandendosi, limita il raggio di azione della scelta fatta da alcuni ma poi destinata a ripercuotersi su tutti⁴⁶.

Con questo non voglio affatto dire che tale ripensamento della politica debba portare a un indebolimento del parlamento quale luogo della rappresentanza, che va salvaguardato e al limite addirittura potenziato; il punto è quello della competizione tra giudiziario e legislativo rispetto allo spazio della decisione collettiva e di quella individuale. In chiave di politica del diritto, è auspicabile un contenimento della prima a favore della seconda – il che sta del resto già avvenendo, altrimenti non si spiegherebbe il successo della giurisdizione (di qui origina la necessità di un’elaborazione teorica, espressamente a sostegno della democrazia giudiziaria).

Si può forse allora aggiungere che le tradizionali distinzioni oppositive tra giurisdizione e legislazione e tra giurisdizione e politica, potrebbero essere recuperate all’interno di un’ottica congiuntiva⁴⁷, rafforzando cioè la portata politico-istituzionale della giurisdizione in riferimento ai problemi posti dall’esercizio della libertà individuale e dando così maggior ordine concettuale (indispensabile) – e che oggi è un ordine né meccanicisticamente sistematico né stucchevolmente retorico⁴⁸, ma argomentativo – a una politica del diritto liberal-democratica (e la giurisdizionalizzazione del diritto dovrebbe, o almeno potrebbe, appunto incentivare l’espansionismo liberal-democratico)⁴⁹. Una politicità giudiziaria in certa misura rinnovata e rinforzata, perché

⁴⁶ Cfr. R. CUBEDDU, *Le istituzioni e la libertà*, Macerata, 2006, spec. le parti I e II; nonché Id., *La natura della politica*, Siena, 2016.

⁴⁷ Cfr. G. BOTTIROLI, *Introduzione alla logica scissionale (congiuntiva)* [Relazione al ‘Seminario sui paradossi’, Università di Urbino, maggio 2006], in www.giovannibottirolit.it/it/categorie-modalit-e-logica-divisa/introduzione-alla-logica-scissionale-congiuntiva.html, pdf, pp. 1-25 [e in *Paradoxes*, a cura di S. Arduini, Roma, 2011], nonché Id., *La ragione flessibile. Modi d’essere e stili di pensiero*, Torino, 2013.

⁴⁸ Non so trattenermi dal citare il seguente rilievo (sulla percezione sociale del giurista in Italia e in Germania nei primi anni del Novecento) del come sempre formidabile G. PASQUALI, *Storia dello spirito tedesco nelle memorie di un contemporaneo* (1953), Milano, 2013, p. 66: «In Italia, paese meno progredito [della Germania], l’avvocato, il giurista, per lo più ignorante delle cose, ma maneggiatore abilissimo di metodi dialettici, è stato detronizzato solo dalla prima guerra mondiale» (come noto, lo scritto del filologo classico Pasquali – peraltro, figlio di prestigioso avvocato – è un’amplissima recensione delle memorie dell’archeologo Ludwig Curtius, uscite nel 1950).

⁴⁹ Cfr. di nuovo F. VIOLA, *Tendenze attuali*, cit., p. 23: «Se un modo giuridico di fare le cose offre buona prova di sé per la sua efficacia o per il rispetto di significativi valori, allora entra a far parte di un patrimonio giuridico a cui tutti i popoli e tutti gli ordini giuridici possono attingere. La ragion pratica nella sua applicazione al diritto ci presenta inella sua lunga storia una grande varietà di pratiche giuridiche concernenti lo stesso oggetto e differenti fra loro per il modo di risolvere il conflitto di valori e per le tecniche usate. Tra di esse quelle dei sistemi giuridici più sviluppati hanno un particolare valore e una particolare

si trova a essere primario fattore di quell'ordine spontaneo che si radica nella fattualità e che non può non beneficiare di un approccio al diritto saldamente ancorato altrettanto ai principi generali quanto alle fattispecie concrete: e proprio così, infatti, può schiudersi lo spazio per un giudice il quale sia attore trasparente di politica del diritto. Uno spazio – va precisato – oggi, e da tempo, già in espansione, se guardiamo all'Italia, ma non in virtù della ben nota funzione di supplenza di cui si parla da decenni (ché essa è fenomeno certamente patologico), quanto piuttosto in virtù del fatto che il giudice è l'elemento istituzionale di raccordo tra specificità fattuale e universalità giuridica globalizzata⁵⁰ e protettiva delle istanze individuali⁵¹.

Un'osservazione conclusiva.

Giacomo Marramao, in una recente discussione in tema di globalizzazione⁵², ha affermato che la libertà viene prima dell'uguaglianza, perché la libertà è il motore energetico fondamentale dell'uguaglianza. Una libertà e un'uguaglianza che, allora, ben possono trovare, in una giurisdizione globalizzata – diciamo pure una giurisdizione delle libertà, per evocare questa volta Mauro Cappelletti –, il fattore istituzionale più sensibile anche perché è il più veloce nel raccogliere, o quanto meno nel prendersi in carico, una certa pretesa fatta valere appunto in un giudizio⁵³.

Oggi, il tempo della postmodernità, che, nell'ambito politico-giuridico – e come peraltro sempre avviene in ogni momento di passaggio –, è alla ricerca di nuove coordinate che possano essere sufficientemente condivise per produrre un incremento del socialmente indispensabile tasso di fiducia istituzionale (la quale, forse, è prima di tutto fiducia in se stessi) – tant'è vero che, almeno tra i giuristi, il nome di Thomas Kuhn è ormai frequentemente

capacità di trascendere gli ambiti territoriali o culturali in cui sono sorte e in cui sono giunte a maturazione».

⁵⁰ Utili spunti di riflessione in C. PELANDA, *Nova Pax. La riorganizzazione globale del capitalismo democratico*, Milano, 2015, *passim*.

⁵¹ Del resto, GIULIANO AMATO, in una lezione tenuta alla Luiss il 27 aprile 2017, www.radioradicale.it/scheda/507188/giuliano-amato-il-diritto, ha con molta nettezza affermato che, se è vero che l'unità europea si è formata e rafforzata intorno alla 'rule of law' e cioè ai diritti fondamentali, allora è altresì vero che le Corti (e qui il riferimento è in particolare alla Corte di giustizia) si sono dimostrate più efficaci del legislatore nel processo di costante espansione della libertà individuale.

⁵² «Mario Ricciardi e Carlo Sini dialogano con Giacomo Marramao su 'Filosofia dei mondi globali'» ['Casa della Cultura Via Borgogna 3 Milano'], www.youtube.com/watch?v=5MT3ocYGE1k&t=2870s.

⁵³ In argomento va visto ora F. VIOLA, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?* (24 maggio 2017), pdf, pp. 1-19, www.academia.edu/33227138/Una_teoría_deliberativa_della_giurisdizione.

citato, ed è segnale significativo –, è il tempo della giurisdizione⁵⁴.

Proprio perciò, riprendere e ripensare la lezione di Hayek è raccomandabile.

Abstract

The legal centrality of the judiciary, which characterizes the law of contemporaneity, is an obvious fact.

This phenomenon, among other things, involves the need for a rethinking (or at least a critical thinking) of the democratic theory, so that the law, which is primarily an institutional order, may not be weakened (or even destroyed) by the analogous process of restructuring the sources of law (the debate is primarily about Europe).

In the background, we have what could be called competition (and, sometimes, open conflict) between legislation and jurisdiction, especially based on the 'time factor', that is, the speed of socially targeted intervention.

From this point of view, for example, the theme of 'direct democracy' (massive recourse to referendum and voting-rights practice, as moments of democratic participation, and democratic recovery in the face of judicial primacy) assumes specific relevance within the (more general) theme of the confidence that the 'people' shall put into law as an institution of liberal-democratic, open societies.

Hence, trust and confidence in justice, and trust and confidence in the judiciary are two indispensable pillars of the democratic order, and are the result of a certain idea of democracy in respect of which the jurist, and in particular the comparative scholar, must be vigilant and sensitive, since the relationship between trust on law and trust on democracy is biunivocal. That means that law and democracy are the factors that depend on institutional stability. In this sense, the third volume of the Hayekian trilogy 'Law, Legislation and Liberty' is still relevant.

⁵⁴ Si vedano i numerosi interventi ospitati nel numero monografico ('Il giudice e la legge') di *Questione giustizia*, 4/2016, disponibile integralmente in pdf: www.questione-giustizia.it/rivista/2016-4.php.

GIURISDIZIONE E SOCIETÀ:
LA PROSPETTIVA LATINO-AMERICANA

La proprietà collettiva indigena e la sua dimensione di ius dicere

SOMMARIO: 1. La questione della proprietà indigena nel quadro dell'ordinamento internazionale. La Convenzione ILO n. 107 del 1957. - 2. La Convenzione ILO n. 169 del 1989. Una visione assolutistica della proprietà collettiva. - 3. La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene del 2007. Un approccio pluralista basato sulla giurisdizione. - 4. La proprietà collettiva come problema di ius dicere. - 5. Situazioni proprietarie e ius dicere. - 6. La sovranità come funzione della proprietà nella costruzione storica del regime giuridico delle terre. - 7. La concezione di proprietà collettiva di ILO 169. I casi di Perù e Colombia. - 8. La proprietà collettiva di ILO 169 nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani. - 9. La proprietà collettiva indigena come diritto di matrice giurisdizionale. Il caso del Canada. - 10. Conclusioni.

1. *La questione della proprietà indigena nel quadro dell'ordinamento internazionale. La Convenzione ILO n. 107 del 1957*

Il tema dei diritti aborigeni sulla terra è presente ormai da sessant'anni nel diritto internazionale e nel diritto interno di molti paesi. Per tracciare un quadro di riferimento normativo e, allo stesso tempo, l'evoluzione dei termini di rappresentazione del problema, occorre necessariamente partire dalla *Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, adottata nel 1957 dall'*International Labour Organization*¹. La Convenzione fu ratificata da ventisette paesi. Essa prevedeva nella sua seconda parte l'obbligo per gli Stati parte di riconoscere come diritto la *ownership* dei singoli membri delle *popolazioni tribali* – questa era la definizione normativa – sulle terre che essi

* Professore Associato di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Padova, Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

¹ *Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, adottata a Ginevra nella quarantesima sessione ILC del 26 giugno 1957.

avevano sempre occupato per tradizione². L'obbligo di riconoscere questa proprietà era costruito dalla Convenzione come parte di un più generale dovere di rispetto delle consuetudini delle popolazioni, che a sua volta si traduceva nell'obbligo di non trasferire le popolazioni tribali, senza il loro consenso, dai territori da esse occupati.

Obbligo non assoluto: nel caso si fosse dovuto disporre tale trasferimento, lo Stato restava comunque nel dovere di mettere a disposizione delle popolazioni delle terre di qualità comparabile a quelle originarie o a pagare loro una compensazione in denaro, se questa fosse stata la soluzione preferita dalle collettività³.

In questo senso, il riconoscimento di una proprietà sui territori occupati per tradizione era uno fra molti strumenti finalizzati a tutelare le popolazioni indigene come insiemi di individui in evidente condizione di disparità sociale all'interno dello Stato di cui pure erano – almeno formalmente – cittadini. Una disparità sociale che si traduceva, nella massima parte dei casi, nella depredazione delle risorse su cui avevano sempre fondato la propria esistenza come comunità.

La Convenzione obbligava così gli Stati a rispettare le forme consuetudinarie di trasmissione della proprietà, col duplice limite della compatibilità con l'ordinamento interno e della funzionalità di tali modalità allo sviluppo economico delle popolazioni interessate⁴. Gli Stati avrebbero comunque dovuto porre in essere misure adeguate per impedire che soggetti estranei potessero avere vantaggi dalla protezione riservata alle collettività di cui venivano riconosciuti i diritti proprietari⁵. La Convenzione mostrava così il

² Convenzione ILO n. 107, art. 11: «*The right of ownership, collective or individual, of the members of the populations concerned over the lands which these populations traditionally occupy shall be recognised.*»

³ Convenzione ILO n. 107, art. 12: «*1. The populations concerned shall not be removed without their free consent from their habitual territories except in accordance with national laws and regulations for reasons relating to national security, or in the interest of national economic development or of the health of the said populations. 2. When in such cases removal of these populations is necessary as an exceptional measure, they shall be provided with lands of quality at least equal to that of the lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future development. In cases where chances of alternative employment exist and where the populations concerned prefer to have compensation in money or in kind, they shall be so compensated under appropriate guarantees. 3. Persons thus removed shall be fully compensated for any resulting loss or injury.*»

⁴ Convenzione ILO n. 107, art. 13: «*1. Procedures for the transmission of rights of ownership and use of land which are established by the customs of the populations concerned shall be respected, within the framework of national laws and regulations, in so far as they satisfy the needs of these populations and do not hinder their economic and social development.*»

⁵ Convenzione ILO n. 107, art. 13: «*2. Arrangements shall be made to prevent persons who*

principale problema di qualsiasi tutela da parte di uno Stato di una popolazione diversa per cultura residente sui suoi confini: la sua individuazione in rapporto col territorio.

Gli Stati parte restavano per il resto liberi di riconoscere la *ownership* tribale come diritto individuale dei singoli membri o come diritto collettivo della comunità. La Convenzione fu spesso criticata per questa perfetta alternativa, atteso che la forma della proprietà individuale e parcellizzata della terra era stata spesso il preludio della spoliazione dei popoli indigeni delle proprie risorse. Non era sembrata però un'opzione perseguibile in sede di redazione della convenzione impegnare gli Stati al riconoscimento di una forma specifica di proprietà. Si evidenziava da più parti come il riconoscimento di forme collettive di proprietà presupponesse un grado di coesione della comunità titolare che non esisteva generalmente fra le popolazioni indigene. Solo in taluni casi la proprietà collettiva delle terre avrebbe potuto rappresentare una soluzione adeguata rispetto ai fini perseguiti dalla Convenzione, che erano pur sempre quelli di un'integrazione delle popolazioni tribali nella comunità statale, attraverso un'opera di promozione sociale.

Per questo la Convenzione del 1957 fu costantemente accusata di avere un approccio paternalistico al tema⁶. Le comunità tribali venivano considerate sempre come soggetti meritevoli di una tutela che doveva provenire dall'esterno; da qui la necessità di lasciare gli Stati liberi di modulare nei propri ordinamenti interni il contenuto della proprietà indigena, in modo da garantire che essa non venisse usurpata. L'idea generale della Convenzione n. 107 era quella per cui, solo ove le collettività fossero state ritenute sufficientemente "mature" per una gestione comune del territorio, si sarebbe potuta riconoscere loro una proprietà piena delle terre, come tale alienabile. In difetto di tale "maturità" si riteneva che la proprietà collettiva avrebbe potuto essere il preludio per una sostanziale liquidazione dei diritti aborigeni. Dinanzi a questo rischio, si diceva fosse opzione preferibile riconoscere una proprietà individuale, ma sottoposta a un rigido vincolo di inalienabilità, ai singoli membri della comunità.

Il tutto si traduceva nell'ambivalenza nella definizione di proprietà indigena data dall'art. 11 della Convenzione ILO n. 107. Da una parte, la formula letterale della norma faceva pendere per una concezione della

are not members of the populations concerned from taking advantage of these customs or of lack of understanding of the laws on the part of the members of these populations to secure the ownership or use of the lands belonging to such members.».

⁶ C. TENNANT, *Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993* in *Human Rights Quarterly* 16 (1994) 1, 57, p. 13.

proprietà indigena come diritto originario delle popolazioni, che lo Stato avrebbe dovuto appunto solo “riconoscere” nella forma data dagli ordinamenti propri delle singole comunità. Dall'altra, gli Stati avrebbero avuto piena libertà nel costruire tale proprietà a partire da proprio ordinamento, dettando norme specifiche quanto al contenuto dei poteri, e sarebbero stati ulteriormente liberi nell'individuare il soggetto cui assegnarla, l'individuo o la collettività.

2. *La Convenzione ILO n. 169 del 1989. Una visione assolutistica della proprietà collettiva*

I limiti della Convenzione ILO 107 e del suo approccio complessivo apparvero sempre più evidenti, con il crescere dell'organizzazione politica delle minoranze etniche⁷. Il principio del riconoscimento dei diritti ancestrali di proprietà – pur un indubbio progresso introdotto dalla Convenzione – veniva letto come parte di un disegno di assimilazione delle popolazioni indigene, che la Convenzione del 1957 vedeva come il loro unico futuro possibile.

L'ILO iniziò così a metà degli anni Ottanta un percorso per la revisione della Convenzione n.107⁸, che condusse alla Convenzione n. 169 del 1989⁹, attualmente in vigore, ispirata a principi diametralmente opposti. ILO n. 169 rinuncia espressamente a ogni obiettivo di integrazione delle popolazioni indigene nella comunità statale, sancendo invece il diritto delle popolazioni a sviluppare in autonomia le proprie società¹⁰. Il multiculturalismo della Convenzione n. 169 si esprime innanzitutto nell'uso del termine “*people*” - al posto del termine “*population*” - per evidenziare il diritto di autodeterminazione delle comunità indigene rispetto alla sovranità sul territorio espressa dallo Stato¹¹.

⁷ A. UCHIDA, *Searching for Indigenous Alliances: International NGOs of the United States and Canada in the 1970s*, in *The Japanese Journal of American Studies*, 23 (2012) pp. 209 ss.

⁸ E. HOGETVEIT, *Revision of ILO Convention No. 107 on Indigenous and Tribal Populations (1957)* in *Menneskerog Rettigheter*, 5, 3, (1987), pp. 39-41.

⁹ *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, adottata nella settantaseiesima sessione dell'ILC a Ginevra, 27 giugno 1989.

¹⁰ A. YUPSANIS, *ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989-2009: An Overview*, in *Nordic Journal of International Law* 79 (2010) p. 436.

¹¹ L. SWEPSTON, *A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples:*

L'aspetto in cui l'approccio multiculturale si dimostra maggiormente è però la definizione della proprietà indigena. La Convenzione ILO n. 169 obbliga gli Stati a riconoscere ai popoli indigeni solo una proprietà collettiva, riferita nella sua titolarità alla comunità nel suo complesso, come diritto funzionalmente orientato al rispetto della sua specificità culturale. L'obbligo per gli Stati di riconoscere la proprietà dei popoli indigeni è sancito dalla Convenzione in funzione dei valori "spirituali e culturali" che connettono quei popoli alle loro terre ancestrali. Da qui la forma collettiva come unica proprietà indigena possibile, conseguenza naturale di questa relazione culturale tra uomini e terra¹².

L'estensione della proprietà indigena sul territorio deve infatti comprendere non solo le terre continuamente occupate da una popolazione, ma anche l'ambiente totale di cui questa usa¹³. Da qui l'obbligo per gli Stati di riconoscere non solo la proprietà collettiva delle terre occupate da popolazioni stanziali, ma anche i diritti che un popolo può avere su terre promiscuamente utilizzate con altri popoli per la propria sussistenza e per le altre esigenze dettate dalla loro cultura. Una definizione che la Convenzione estende esplicitamente ai popoli nomadi e alle attività di coltivazione tur-naria¹⁴.

In questa architettura trovano nuovo significato le norme riprese senza modifiche dalla Convenzione n. 107, come l'obbligo di rispettare le modalità tradizionali di trasmissione dei diritti di proprietà, o l'obbligo di impedire agli estranei l'esercizio di diritti spettanti unicamente al popolo indigeno. Trovano soprattutto spazio norme nuove, come l'art. 15, che impone l'obbligo di salvaguardare il diritto dei popoli indigeni alle risorse naturali presenti sui propri territori e di partecipare al loro uso e sfruttamento. Un

ILO Convention No. 169 of 1989 in Oklahoma City University Law Review, 15, 3 (1990), p. 692 ss.

¹² Convenzione ILO n. 169, art. 13: «1. *In applying the provisions of this Part of the Convention governments shall respect the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship.*»

¹³ Convenzione ILO n. 169, art. 13: «2. *The use of the term lands in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use.*»

¹⁴ Convenzione ILO n. 169, art. 14: «1. *The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.*»

diritto che si arresta alla superficie, ove lo Stato abbia la proprietà del sotto-suolo o comunque delle risorse naturali. Per questo – comunissimo- caso, la Convenzione prescrive l'obbligo per le parti contraenti di consultare i popoli indigeni coinvolti, per verificare quanto lo sfruttamento delle risorse naturali possa recare nocumento all'esercizio dei loro diritti originari, e individuare concordemente adeguate forme di compensazione.

Il dovere di consultazione è in realtà il principale strumento di tutela previsto dalla Convenzione n. 169 per qualsiasi dimensione della cultura indigena, quindi anche per il diritto di proprietà collettiva. L'art. 6 della Convenzione dispone in via generale che gli Stati contraenti debbano applicarne le varie previsioni, quindi anche quelle in materia di diritti sulla terra, attraverso tre misure specifiche: consultare le popolazioni attraverso i loro rappresentanti tutte le volte in cui un provvedimento amministrativo o legislativo potrebbe influire direttamente sui loro interessi; stabilire delle procedure mediante le quali consentire alle popolazioni indigene un grado di compartecipazione alle decisioni su politiche e programmi di governo che possano riguardarli almeno pari a quello riservato a altri settori della popolazione complessiva dello Stato; favorire, anche attraverso risorse materiali e finanziarie, lo sviluppo delle istituzioni proprie delle popolazioni indigene, in modo da assicurare la loro rappresentanza nelle sedi decisionali¹⁵. Il dovere di consultazione dovrebbe condurre al raggiungimento di accordi con le popolazioni interessate, ma la Convenzione non prevede strumenti di tutela per il caso in cui un consenso non si raggiunga¹⁶.

La Convenzione n. 169 conta a oggi ventidue ratifiche, la massima parte delle quali da paesi del Sudamerica. Solo quattro ratifiche da paesi europei – Spagna, Norvegia, Danimarca e Paesi Bassi – e solo una dall'Asia, il Nepal. Mancano all'appello, per quanto qui interessa, Stati come il Canada o l'Australia, che pure hanno nei propri ordinamenti interni discipline di effettivo riconoscimento dei diritti aborigeni sulle terre e, in generale, poli-

¹⁵ Convenzione ILO n. 169, art. 6: «1. *In applying the provisions of this Convention, governments shall: (a) consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly; (b) establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programmes which concern them; (c) establish means for the full development of these peoples' own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.*»

¹⁶ Convenzione ILO n. 169, art. 6: «2. *The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.*»

tiche consolidate di rispetto dei loro diritti originari.

3. *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene del 2007. Un approccio pluralista basato sulla giurisdizione*

Il terzo strumento internazionale che deve essere citato è ovviamente la *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* del 2007. A differenza dei primi due, esso è uno strumento non vincolante, e non a caso vi ha aderito un numero maggiore di Stati. L'art. 25 della Dichiarazione attribuisce ai popoli indigeni il diritto di mantenere e fortificare la loro "relazione spirituale particolare" con le terre da loro tradizionalmente "possedute, occupate o comunque usate" e a trasmettere questa relazione alle future generazioni. L'art. 26 parla invece di un diritto di "possedere, usare, sviluppare e controllare" le terre tradizionalmente occupate o comunque acquistate. La dichiarazione impegna gli Stati a dare riconoscimento legale e protezione ai territori posseduti dalle popolazioni indigene e specifica che tale riconoscimento deve essere operato con il dovuto rispetto per le loro consuetudini e per il loro specifico sistema di *land tenure*.

La vera differenza con la Convenzione ILO n. 169 è nella norma dell'articolo 27, la quale impone agli Stati di istituire un sistema equo e imparziale per il riconoscimento e l'aggiudicazione dei diritti sulle terre ancestrali. Tali sistemi dovrebbero essere individuati di concerto con le stesse popolazioni e rispettare, ancora una volta, i loro ordinamenti consuetudinari. Soprattutto, la dichiarazione attribuisce alle popolazioni indigene il diritto di rivendicare le terre su cui vantano diritti originari da chiunque le abbia occupate, confiscate, usurpate o altrimenti danneggiate. Ove la restituzione delle terre non dovesse essere possibile, alla popolazione deve essere riconosciuta una giusta compensazione, innanzitutto attraverso l'attribuzione di terre di eguale qualità.

Al di là dei principi profusi nei due strumenti, che si basano egualmente sul dovere di rispettare la relazione con la terra come parte del patrimonio culturale delle popolazioni indigene, l'impostazione della tutela della relazione proprietaria è radicalmente diversa tra la DRIP del 2007 e la Convenzione ILO n. 169.

Entrambi gli strumenti vedono nella permanenza su un dato territorio di una popolazione dotata di una specificità culturale il titolo di un diritto su quelle terre, ma mentre la ILO n. 169 lo costruisce nella sostanza come

diritto politico di una comunità, la DRIP lo costruisce come diritto reale, il cui contenuto deve essere determinato a partire dall'ordinamento giuridico della singola popolazione indigena. In altri termini, mentre nella ILO 169 esiste una sola possibile forma di proprietà collettiva, identificata come il diritto assoluto di una comunità che preesiste all'instaurazione della sovranità dello Stato su un territorio, la DRIP presuppone l'esistenza di una pluralità di forme di appartenenza collettiva, che lo Stato deve riconoscere per come sono state strutturate da un ordinamento che è presente sul suo territorio, ma che non è riconducibile alle sue norme, prodotte secondo la sua Costituzione.

4. *La proprietà collettiva come problema di ius dicere*

Perché il problema della proprietà indigena è un problema di *ius dicere*? Nella mia tesi, perché la proprietà collettiva non è configurabile fuori da un contesto giurisdizionale, e ciò si dimostra considerando come, muovendosi da un approccio antagonista della giurisdizionalità – come quello seguito dalla ILO 169- si riesca a costruire non una proprietà collettiva, ma una cosa diversa – una forma antagonista di sovranità – che non riesce a tutelare né la specificità culturale delle singole popolazioni indigene, né garantire effettivamente il loro rapporto con il proprio territorio ancestrale.

Ius dicere è espressione usata in più di un significato, nel dibattito giuridico attuale. In un'accezione minimale, largamente derivata dalla realtà degli Stati moderni, essa indica l'attività di risolvere una controversia mediante l'applicazione di una norma giuridica da parte di un soggetto che, terzo rispetto alle parti, lo è anche rispetto alla creazione della norma. Una *iurisdictio*, in termini moderni, si riconosce ovunque si possa trovare un giudice che abbia la competenza a risolvere un conflitto secondo una norma che egli non ha prodotto e dare tutela effettiva alla situazione giuridica vantata.

Questa concezione presuppone una serie di caratteri fondanti dello Stato che si definisce usualmente *amministrativo*: la subordinazione del giudice alla norma e la selezione da parte dell'ordinamento delle fattispecie assoggettabili alla risoluzione in via giurisdizionale, restando le altre a un diverso modo di risoluzione dei conflitti, quello attribuito alla diretta gestione di interessi sociali da parte del potere pubblico. *Amministrazione* è, in questa rappresentazione minima, la funzione complementare della *giurisdizione*: amministrare significa comporre interessi rilevanti di individui o di gruppi

sociali mediante un comando, laddove giudicare implica la composizione di eguali interessi mediante una sentenza.

Certamente appartiene all'immagine moderna l'idea di una qualità diversa degli interessi passibili di una soluzione amministrativa da quelli assoggettabili alla tutela giurisdizionale, in funzione di una rilevanza "pubblica" o "privata" degli stessi. Questa differenziazione è però l'effetto, non la causa, della nascita dello Stato amministrativo, in cui è un unico soggetto – il legislatore – a decidere cosa debba essere tutelato per comando e cosa per sentenza. A questa rappresentazione è indifferente l'esistenza di un vincolo di legalità dell'amministrazione, come la presenza di istanze giurisdizionali cui chiedere tutela contro gli atti di amministrazione. Parafrasando Napoleone Bonaparte, "giudicare dell'amministrazione è ancora amministrare": sottoporre a giudizio l'operato del pubblico potere non significa trasformare la modalità di composizione degli interessi coinvolti, portandola nell'area della giurisdizionalità, ma solo verificare il rispetto delle procedure e dei presupposti per l'esercizio di quel potere.

Non è un caso, ovviamente, che occorra rifarsi al creatore del primo Codice civile per illustrare le caratteristiche minime dello Stato amministrativo. Esso è il prodotto più autentico della Rivoluzione, l'alternativa perfetta al mondo che questa intese distruggere, e il suo risultato più duraturo, accolto, per come fu, in tutti gli Stati dopo la Restaurazione.

Il mondo cui la Rivoluzione si contrappose è appunto quello dello Stato giurisdizionale.

Questo è la forma di Stato in cui ogni possibile conflitto, tra individui come tra gruppi, è risolto in un procedimento, attraverso l'applicazione di una norma che, comunque prodotta, è intesa preesistere al giudizio. *Iusdicere*, in questi sistemi che rappresentano tutti l'evoluzione di un modello medievale, significa enunciare ("dicere", appunto) una norma che il giudice deve trovare nei fatti. In questi sistemi il giudice è individuato, in linea di principio, in funzione della materia del contendere, come quel soggetto che più e meglio di altri è in grado di enunciare la norma idonea alla risoluzione della controversia.

Nella società feudale, ad esempio, il giudice di una controversia tra feudatari per il possesso di un dato titolo nobiliare – da cui dipendono, in quell'ordinamento, rilevanti poteri su un determinato territorio – è un feudatario egli stesso, poiché è l'unico in grado di conoscere le norme, invariabilmente consuetudinarie, su cui risolvere la controversia. A parti invertite, il giudice di una controversia tra contadini per il possesso di un diritto sul fondo – di coltivare, portare al pascolo, prendere legna e simili – trova il

proprio giudice in un qualsiasi personaggio che possa individuare la norma da applicare al caso concreto, sia esso il prete o il vescovo, il feudatario del luogo o l'abate del monastero più vicino o, ancora, un membro della stessa comunità la cui anzianità lo metta in grado di conoscere meglio la consuetudine del luogo. Non si tratta – si badi – di giudizi arbitrari: chiunque ha il diritto di rivolgersi al giudice così individuato e questi ha il potere di citare dinanzi a sé la controparte.

Questa dinamica evolve nel tempo, ma non è mai superata fino alla piena costruzione dello Stato amministrativo. Nella maggiore complessità del medioevo cittadino e mercantile, essa porta all'individuazione di una pluralità di ordinamenti, che isolano altrettanti corpi sociali, i quali non competono tra loro per la creazione di un consenso politico, ma per l'opponibilità delle loro norme giuridiche agli appartenenti degli altri gruppi. Appena per fare l'esempio più semplice: se il mercante che non paga un debito garantito da pegno è esposto all'espropriazione e alla vendita della garanzia senza che il creditore debba ricorrere al giudice, questa norma può valere anche nel caso il pegno sia stato dato al mercante da un nobile, quindi a un soggetto che risponde a un altro ordinamento? Anche in questo caso, come in qualsiasi altro, la controversia tra nobile e mercante dovrà trovare il suo giudice, che possa reperire una terza norma tra quelle in conflitto.

L'accentramento di poteri nelle mani di un sovrano, carattere indefettibile dello Stato moderno, avviene prima della Rivoluzione, per via giurisdizionale. Il sovrano accentra su di sé la *iurisdictio* verso un numero sempre maggiore di conflitti, e assume – in continuità con la tradizione giuridica medievale – sempre più la legittimazione a introdurre d'ufficio il giudizio innanzi a sé. Ogni manifestazione del potere regale si restituisce infatti nella capacità di giudicare secondo diritto un conflitto, anche quelli generati tra i corpi sociali dallo stesso Sovrano e da lui introdotto dinanzi a sé come controversia giuridica. Ancora una volta, gli esempi sono quelli usuali alla storia giuridica: se vi è necessità di costruire una strada o un ponte tra due villaggi, il Sovrano promuove d'ufficio il conflitto tra questi due soggetti per decidere chi debba provvedervi; se una città deve pagare un tributo, e questo deve essere diviso in funzione della proprietà immobiliare o dei proventi di un'arte o del commercio, il conflitto tra gli interessati potrà diventare controversia giuridica a istanza di uno tra essi come a istanza del Sovrano, che in questo modo – ma solo in questo modo – potrà spostare il prelievo fiscale sui settori per lui più vantaggiosi, e così via.

La compressione dell'autonomia dei corpi – che sin qui abbiamo chiamato *sociali*, ma sono più correttamente definibili come corpi *intermedi*

– è un fenomeno inarrestabile nell’evoluzione della forma-Stato, ma essa fu sempre condotta nelle forme della giurisdizione, costruendo cioè qualsiasi conflitto di interessi tra soggetti sottoposti alla stessa sovranità come una controversia da decidere secondo una norma preesistente, di cui il Sovrano sarebbe stato sempre più spesso il giudice. Lo Stato amministrativo è il superamento di questo modo di concepire il potere come relazione giuridica, sostituendo alla funzione di risoluzione di controversie tra corpi, come tra individui e corpi intermedi, un governo per via di comandi, che si dirigono direttamente ai singoli individui. Una cesura epocale, che ha avuto bisogno appunto di una Rivoluzione.

5. *Situazioni proprietarie e ius dicere*

L’aspetto che occorre qui mettere in luce è che le relazioni giuridiche che possono configurarsi in uno Stato giurisdizionale non sono eguali a quelle che possono esistere in uno Stato amministrativo. L’esempio principe è proprio la proprietà fondiaria. Una proprietà individuale e assoluta *usque ad sidera et ad infera* come quella dei Codici moderni presuppone lo Stato amministrativo, perché necessita, da un lato, che taluni possibili conflitti attinenti alla terra siano avvocati alla risoluzione diretta da parte dello Stato per via di comando e, dall’altro, che esista un unico insieme di norme finalizzato a dare la struttura della relazione giuridica tra soggetto e cosa.

Nello Stato giurisdizionale, qualsiasi conflitto che abbia ad oggetto la terra si risolve in una controversia sul suo uso. Poiché il giudice deve trovare la norma dai fatti, e tra questi fatti vi è ovviamente la permanenza per un lungo periodo di un soggetto su di una terra, non può esistere una norma valida a escludere uno tra i più soggetti che usano della stessa terra se non vi è una situazione di conflitto tra utilizzi concorrenti. Se, nell’esempio più semplice, un soggetto ha diritto a coltivare una terra e, seguendo il ciclo naturale delle colture, usa della stessa per un certo periodo dell’anno, non vi è conflitto se un altro soggetto usa di quella stessa terra per un altro periodo dell’anno per pascolarvi il proprio bestiame. In questo esempio – uno dei più comuni nel mondo giuridico medievale – sta la radice della proprietà plurale o, se si preferisce adoperare la terminologia del diritto comune, del *dominio diviso*, la contemporanea presenza di più proprietà sulla stessa terra.

Nel lungo medioevo dello Stato giurisdizionale, ogni singolo pezzo di terra è sede sempre di più diritti di proprietà, appartenenti a due specie:

il dominio diretto, situazione vuota dell'esercizio di poteri sulla cosa, e il dominio utile, il diritto che su quella stessa cosa ha colui che la usa. Nella più gran parte dei casi, esiste su una medesima terra una pluralità di domini diretti e di domini utili. Il caso che ho fatto prima come esempio è l'ipotesi più semplice di una pluralità di proprietà utili: sia chi ha il diritto di coltivare, che chi ha il diritto di pascolo, sono proprietari utili del bene, e possono trasmettere liberamente questo diritto senza la collaborazione dell'altro, come senza la partecipazione del proprietario diretto.

In questo contesto, la proprietà collettiva è una forma naturale di appartenenza. I terreni marginali di bosco e pascolo, che producono risorse senza la coltivazione, sono intesi di proprietà collettiva fra i membri della comunità che vi insiste. Una proprietà che, ancora una volta, è il frutto della risoluzione giurisdizionale di una serie di conflitti. Il conflitto tra più comunità per l'uso di un bosco si definisce in giudizio con l'attribuzione dello stesso a una di esse, o per la sua divisione. Il conflitto tra due membri della stessa comunità sul modo di usarne si definisce attraverso la posizione di una o più norme che stabiliscono la quantità di risorse che ciascuno ha diritto di percepire. Ancora, il conflitto tra i membri di una comunità e colui che vanta un diritto concorrente sul bene (si pensi al diritto del Re o di un nobile di cacciare in un bosco dal quale gli abitanti di un villaggio traggono legna) si risolve nella posizione di norme che delimitano le modalità di esercizio degli stessi.

Nel lessico giuridico della proprietà purale, la proprietà collettiva è il dominio utile che spetta a un soggetto per il fatto di appartenere a una data comunità. Inutile chiedersi se il proprietario del bosco o del pascolo sia l'individuo o la comunità nel suo insieme. Entrambe le affermazioni potrebbero essere vere: talune ipotesi di conflitto descriverebbero come proprietario il singolo, poiché egli è l'unico legittimato a portarle in giudizio; quanto ad altre ipotesi, la pretesa dovrebbe essere fatta valere in giudizio dalla comunità.

Questa, in ogni caso, non agisce come organo politico. La comunità non può prendere decisioni che portino alla perdita del diritto ai singoli membri. La comunità non può alienare il diritto collettivo, né attraverso un atto traslativo come la vendita o la donazione, né attraverso un comportamento remissivo, che porti all'usucapione da parte di un terzo: nella prima ipotesi, l'atto traslativo non sarebbe opponibile ai singoli membri, che potrebbero continuare l'esercizio del loro diritto individuale; nella seconda, la decisione della comunità resterebbe priva di effetti dinanzi alla continuità dell'uso da parte dei singoli.

L'estinzione dei diritti collettivi, come delle altre forme della proprietà plurale, è potuta avvenire in Europa solo con la ridefinizione legale dei diritti di proprietà avvenuta con la Rivoluzione e i Codici civili, che si è risolta nel riservare la tutela in giudizio solo a uno tra i tanti diritti esistenti sulla terra, individuando nel suo titolare il proprietario pieno e assoluto del bene. Un processo governato secondo il disegno politico contenuto nelle singole Costituzioni: se per il Terzo Stato nella Francia della Rivoluzione era il titolare del dominio utile a meritare la piena proprietà del bene, contro gli interessi della proprietà diretta, invariabilmente intestata alla nobiltà o alla Chiesa, nel Regno delle Due Sicilie l'abolizione della feudalità andò a vantaggio di questi ceti, trasformando il dominio diretto, non più l'utile, nella piena proprietà moderna. Politiche opposte, che si fondarono tuttavia sullo stesso momento tecnico: la costruzione di un'unica legittimazione proprietaria che si ponesse come diritto concorrente verso tutti gli altri diritti esistenti sulla cosa, i quali vennero estinti attraverso varie leggi di affrancazione, e divenisse per questo l'unica tutelabile in giudizio. Il principio di tipicità dei diritti reali, pilastro del sistema dei Codici civili, pur se mai da questi espressamente enunciato, è il segno di questo mutamento epocale nelle relazioni proprietarie, che esclude per definizione la proprietà collettiva.

6. La sovranità come funzione della proprietà nella costruzione storica del regime giuridico delle terre

La pluralità delle relazioni proprietarie costituì anche la base tecnica per la costruzione della sovranità sul territorio. È su questo punto che si registra la differenza incolmabile tra due storie, quella degli stati europei e quella dei territori già sottoposti al loro dominio coloniale, che ha una indubbia influenza sul nostro tema.

In un ordinamento giurisdizionale, la costruzione della sovranità avviene, come abbiamo detto, in funzione dell'accentramento al Sovrano di funzioni giurisdizionali prima detenute da altri soggetti. Nel caso del territorio, questo fenomeno si sviluppa in Europa nello schema della proprietà plurale. Posto che ogni concessione di terra crea nel concessionario un proprietario utile, e nel concedente un proprietario diretto, il modello fondamentale di accentramento dei poteri di un Re sul proprio territorio avviene attraverso il riconoscimento di un suo dominio diretto anteriore nel titolo, e posteriore nell'esercizio, rispetto a qualsiasi altro diritto consimile. L'esempio più noto,

e assai rilevante ai nostri fini, è la *tenure* anglosassone.

Prima della conquista normanna, le terre erano tenute in Inghilterra seguendo tre morfologie proprietarie diverse (*folkland*, *bookland*, *laenland*), in una densa rete di rapporti feudali, in cui il Re doveva continuamente rinegoziare per via giurisdizionale un proprio potere sulla terra¹⁷. La prima forma di proprietà, il *folkland*, era un tipo di proprietà collettiva chiusa, limitata cioè ai membri di una famiglia o di un gruppo di famiglie¹⁸. Il secondo tipo di proprietà, il *bookland*, era il dominio utile che derivava da una qualsiasi concessione fatta non solo dal Re, ma da qualsiasi altro proprietario diretto, come i nobili o la Chiesa. L'iscrizione nel *book* rendeva questo tipo di dominio utile pienamente alienabile, senza la cooperazione del proprietario diretto¹⁹. La terza forma, il *laenland*, era invece una concessione di terra a lungo termine, a fronte o meno del pagamento di un canone in denaro o in natura, fatta di norma per la durata della vita del concessionario, e talvolta fino alla terza generazione²⁰. La sua alienazione implicava, almeno in linea di principio, la cooperazione del direttario concedente, che

¹⁷ E' interessante leggere oggi gli argomenti di Maitland: nella notte altomedievale i confini reciproci tra concetti come proprietà, usufrutto, dono e prestito sono destinati naturalmente a confondersi. Si può così dire che per il diritto inglese, soprattutto quello anteriore alla conquista normanna, l'usufrutto sia un dominio temporaneo e il dominio sia un usufrutto che può essere perpetuo. Questa confusione è per Maitland una tra le cause principali per il successivo invalersi della regola che vede il Re come proprietario ultimo della terra, che tale resterà per quante concessioni egli possa fare a soggetti privati. F.W. MAITLAND, *Domesday Book and Beyond – Three Essays in the Early History of England*, Cambridge, CUP, 1897, pp. 299-230 (ristampa 1907).

¹⁸ J. ALLEN, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London 1830, p. 143 parlava del *folkland* come di una proprietà della comunità che poteva essere goduta collettivamente o per porzioni attribuite ai singoli membri. In questo caso, il titolo di attribuzione sarebbe stato garantito dagli uomini liberi presenti. In quanto proprietà collettiva, il *folkland* non poteva essere alienato o diviso e pertanto, allo spirare del termine, la quota attribuita al singolo sarebbe tornata alla comunità, per essere nuovamente distribuita. Cfr. anche P. VINOGRADOFF, *Folkland*, in H.A.L. FISHER (ed.) *Collected Papers by Paul Vinogradoff with a Memoir* vol. I, Oxford 1928.

¹⁹ F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I* vol. I, 1895, p. 37: “*Alodium* (of which we have no English form) is a regular Latin translation of book-land. There is great reason to believe that a grant of book-land usually made no difference at all to the actual occupation of the soil. It was a grant of lordship and revenues, and perhaps of jurisdiction and its profits. The inhabitants rendered their services and dues to new lords, possibly enough to the same bailiff on behalf of the new lord, and things went on otherwise as before. The right of alienating book-land depended on the terms of the original grant.”

²⁰ W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, III ed., 1923, vol. 2, p. 70 parla di questa forma di proprietà come di un *loanland*, quindi di un prestito di terra, segnalando tuttavia che di simili prestiti non si ha documentazione scritta, altro che per grandi concessioni fatte dalla Chiesa a personaggi di lignaggio superiore.

avrebbe dovuto rinnovare la concessione in favore dell'acquirente. Ipotesi proprietarie le cui caratteristiche derivavano dalla risoluzione giurisdizionale di controversie.

Con la conquista normanna, i nuovi Re, come giudici delle controversie tra feudatari, costruirono una presunzione di dominio diretto in capo a loro di ogni terra non occupata, la *tenure*, avocando a sé quelle terre che si trovasse prive di altri legittimati. Ove il feudatario non avesse lasciato eredi del suo dominio diretto, il servizio dovuto dal proprietario utile sarebbe spettato al Re, come titolare della *tenure*²¹. Una vicenda che illustra bene un aspetto fondamentale dello Stato giurisdizionale: la costruzione di un nuovo diritto sulla terra, sia pure appartenente al Re, non può comportare la soppressione dei diritti proprietari esistenti, ma solo il riconoscimento di un'ulteriore forma di dominio, che in talune situazioni potrà porsi come concorrente rispetto ad altri titoli di legittimazione sul bene, in altri vi convivrà. In particolare, il regime della *tenure* non era in sé confliggente con l'ipotesi di una proprietà collettiva: dopo la conquista normanna si parlerà di una *tenure in ancient demesne*, termine nel quale non si fa fatica a riconoscere un'altra versione del termine *demanium*, per indicare il diritto di una pluralità di persone a trarre risorse da un territorio su cui vivevano, con l'onere di un servizio – anche minimo o simbolico – da rendere al titolare della *tenure* su quello stesso bene, in una relazione che nessuna delle due parti aveva titolo per cambiare unilateralmente, e che si sarebbe per questo perpetuata in eterno²².

Allorché l'Inghilterra iniziò la propria espansione coloniale, la dottrina della *tenure* aveva ormai perso nella madrepatria la sua centralità. Una costituzione del 1290 – ancora una volta, un atto giurisdizionale – aveva deciso per la libera alienabilità dei diritti sulla terra da parte di ogni persona libera, senza l'autorizzazione del concedente²³. La costituzione impediva così ai proprietari diretti, intermedi tra la *tenure* del Re e il proprietario utile (in pratica, i nobili feudatari), di chiedere la prestazione di oneri ai nuovi acquirenti di quest'ultimo diritto. La proprietà fondiaria sarebbe così divenuta una relazione diretta tra il potere reale, detentore della *tenure*, e l'acquirente della proprietà utile.

La costituzione *Quia emptores terrarum* ebbe successivamente grande

²¹ K.E. DIGBY, *An Introduction to the History of the Law of Real Property*, Oxford 1884, pp. 29-34.

²² F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, cit. pp. 266 ss. ritengono che l'*ancient demesne* consistesse nella particolare tutela dell'inalienabilità e non usucapibilità dei beni direttamente titolati dal Re.

²³ *Statute of Westminster* III, 18 Edward I, c. 1.

rilievo formale nella rappresentazione della proprietà fondiaria sulle terre coloniali: poiché la sovranità del Re d'Inghilterra si estese su di esse direttamente con la scoperta da parte di sudditi inglesi, senza la presenza di feudatari intermedi, ne conseguiva che queste erano giunte direttamente alla sua *tenure*²⁴. La Corona poteva quindi concedere direttamente ai propri sudditi un diritto su quelle terre che era pieno - perché non potevano esistere su di esse diritti concorrenti, che nella madrepatria provenivano da una tradizione che non poteva essere esistita nel Nuovo Mondo- e assoluto, perché liberamente trasferibile senza l'assenso del titolare della *tenure*. Questa diventava così una dimensione della sovranità che il Re aveva esteso sui suoi nuovi territori, e si risolveva nel potere di garantire la legittimità delle proprietà private, a fronte di un *quit rent*, l'onere reale dovuto al proprietario diretto, che poteva essere affrancato col pagamento di una capitalizzazione²⁵.

In questi termini la dottrina della *tenure* si fonde con quella, ampiamente riconosciuta nel diritto dell'epoca, della *terra nullius*: l'occupazione della terra appena scoperta da parte di una potenza europea vi instaurava una sovranità, che si estendeva al potere di garantire diritti di proprietà privata su quel territorio secondo il proprio ordinamento fondiario. Per l'ordinamento di *common law*, l'identificazione tra sovranità e regime di proprietà fondiaria fu sancita dal Privy Council nel 1722: ove un territorio fosse stato scoperto da naturali inglesi, e questo non fosse stato nella sovranità di alcuno, la legge inglese, comprensiva tanto di consuetudini quanto di statuti scritti, vi si sarebbe trasferita con loro, e quindi anche il suo sistema proprietario; ove, al contrario, il territorio fosse stato acquistato alla sovranità della Corona inglese dopo essere stato comunque soggetto ad altra sovranità europea, i diritti di proprietà riconosciuti da quella sovranità sarebbero stati mantenuti, salva la possibilità della Corona di concederne altri, su terre mai passate in proprietà di privati²⁶.

Su questa dottrina, i diritti delle popolazioni indigene sui propri territori ancestrali vennero derubricati a meri diritti di uso su terre che, passate con la conquista alla *tenure* della Corona, potevano da questa essere concesse a terzi in proprietà privata. In *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. R.* del 1888,

²⁴ W. VANCE, *The Quest for Tenure in the United States*, 33 Yale Law Journal (1924) p. 254.

²⁵ Il raddoppio del canone di affrancamento, disposto dal Re d'Inghilterra nel 1774, è portato tra le sue colpe nella Dichiarazione d'Indipendenza. B. EDGEWORTH, *Tenure, Allodialism and Indigenous Rights at Common Law: English, United States And Australian Land Law Compared After Mabo V. Queensland*, *Anglo-American Law Review* 23 (1994) p. 402 e W. Vance, op. cit., p. 260.

²⁶ Case 15-Anonymous, 2 P Wms 75, 75.

il *Privy Council* stabilì che la *tenure* degli *Indians* sul territorio era solo un diritto personale, totalmente dipendente dalla buona volontà del sovrano, non un diritto reale assimilabile alla proprietà²⁷.

La controversia concerneva alcune terre cedute nel 1873 da una tribù degli *Ojibbeway* al governo del *Dominion of Canada*, in rappresentanza della Corona, con un formale trattato. Il trattato prevedeva che gli indiani avrebbero mantenuto il diritto a cacciare e pescare su tutto il territorio ceduto, con l'eccezione "di quelle porzioni che potessero essere di volta in volta richieste o appropriate per la colonizzazione, l'apertura di miniere, il taglio del legname, o altri scopi". Il governo del *Dominion* ebbe poi a concedere alla *St. Catherine's Milling and Lumber Co.* il permesso di prelevare un milione di piedi cubi di legname da costruzione da una specifica porzione di questo vasto territorio. La società fu convenuta in giudizio dal Procuratore generale della Provincia dell'Ontario, la quale si affermava proprietaria del territorio e del legname e contestava la validità della concessione. Il *Chancellor of Ontario* accolse il ricorso, e la sentenza fu confermata all'unanimità dalla Corte d'appello dell'Ontario e poi, sia pure a maggioranza, dalla Corte suprema del Canada. Una questione che arrivò all'attenzione del *Privy Council*, richiesto dal governo del *Dominion*, che non era tra le parti del giudizio di merito, di stabilire quali conseguenze legali avesse avuto il trattato con le tribù indiane del 1873 nei rapporti fra sé stesso e la provincia dell'Ontario.

Scrivendo il giudizio del Council, Lord Watson negò che gli indigeni avessero mai avuto una proprietà di cui disporre per trattato. Ad essi poteva essere riconosciuto solo un insieme di diritti di uso, che insistevano sul dominio eminente della Corona, formatosi successivamente con la conquista²⁸. Con il Trattato del 1873, gli indiani *Ojibbeway* avevano pertanto estinto i loro diritti di uso, il che aveva reso solo più pieno il dominio eminente del Sovrano, che era stato sempre libero di concedere a terzi la proprietà privata di quelle terre come di qualsiasi altra.

Era una radicale rilettura della dottrina della *tenure*: l'occupazione e il godimento da tempo immemore, che avevano garantito per secoli alle

²⁷ *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen (Ontario)* [1888] UKPC 70 (12 December 1888). 14 App. Cas. 46, [1888].

²⁸ «*It was suggested, in the course of the argument for the Dominion, that in as much as the proclamation recites that the territories there by reserved for Indians had never been "ceded to or purchased by" the Crown, the entire property of the land remained with them. That inference is, however, at variance with the terms of the instrument, which show that the tenure of the Indians was a personal and usufructuary right, dependent upon the good will of the sovereign*» (p. 5).

comunità della madrepatria un dominio utile sulle terre comuni, *l'ancient demesne*, destinato a opporsi in perpetuo al dominio eminente del Sovrano, venivano intesi, se applicati alle popolazioni aborigene, come un onere su questo dominio, un diritto affievolito, esposto a ogni sorta di caducazione.

Alla base di questa rilettura era l'incomunicabilità tra la consuetudine indigena e la sovranità. Per come enunciato in una fondamentale sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1823, *Johnson v. McIntosh*, gli acquisti di terre dalle tribù indiane erano regolati dalla loro consuetudine: se questi avessero revocato unilateralmente tali vendite, non si sarebbe potuta individuare un'istanza giurisdizionale cui fare ricorso, a differenza di quanto sarebbe accaduto per il titolo di proprietà garantito dalla Corona, che trovava tale istanza nel giudice ordinariamente competente per le questioni relative alla proprietà²⁹. Dagli *Indians* si poteva così acquistare al più un diritto personale e non trasmissibile, che si sarebbe estinto con la morte del titolare, non un diritto di proprietà, che non avrebbe mai trovato la propria *iurisdictio*. In questo, l'evoluzione del common law era stata solo tecnicamente più fine nell'esplicitare l'argomento di fondo con cui le altre potenze coloniali avevano escluso nelle popolazioni indigene quei diritti collettivi di cui, al tempo della conquista del Nuovo Mondo, ogni loro suddito poteva pacificamente godere: l'appartenenza a una diversa antropologia. Il colonialismo iberico identificò le popolazioni aborigene come *homunculi*, incapaci di essere titolari di situazioni giuridiche attive³⁰. Il colonialismo francese elaborò, con gli strumenti del giusnaturalismo, la categoria degli abitanti *perpetui* distinta da quella dei cittadini: questi erano parte del corpo politico e partecipavano dei diritti che traevano causa da esso, come il riconoscimento delle proprietà private; quelli erano semplici occupanti del territorio che, per non far parte del corpo politico, non potevano godere altro che di taluni

²⁹ "The person who purchases lands from the Indians, within their territory, -incorporates himself - with them, so far as respects the property purchased holds their title under their protection, and subject- to their laws. If they annul the grant, we know of no tribunal which can revise and set aside the proceeding. We know of no principle which can distinguish this case from a grant, made to a native Indian, authorizing him to hold a particular tract of land in severalty." *Johnson v. McIntosh*, 593.

³⁰ L. BACCELLI, *Guerra e diritti. Vitoria, Las Casas e la conquista dell'America*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 37 (2008) p. 72. A. CASSI, *Ius Commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè 2004. L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, p.115. T. DUVE, *La condición jurídica del Indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano*, in M.G. LOSANO (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in sud America*, Milano, Giuffrè 2004.

di quei diritti, e solo per concessione³¹.

7. La concezione di proprietà collettiva di ILO 169. I casi di Perù e Colombia

Il riconoscimento della proprietà collettiva indigena dovrebbe essere, nel disegno di ILO n. 169, fra i principali strumenti per superare questa storia. Il limite di questo strumento è nel non imporre l'istituzione di una specifica istanza giurisdizionale per l'accertamento in concreto di tali diritti. Ciò ha condotto ad una prassi generalizzata di riconoscimento per via amministrativa dei diritti indigeni sul territorio, che ha avuto come conseguenza la costruzione di un modello impossibile di proprietà collettiva.

Nell'impossibilità di analizzare puntualmente una legislazione vastissima, basterà qui esaminare i casi del Perù e della Colombia. Il Perù, con la *Ley General de Comunidades Campesinas* del 1987, ha istituito le famiglie che "abitano e controllano determinati territori" in "organizzazioni di interesse pubblico" dotate di personalità giuridica³². La legge detta capillarmente il regime di amministrazione delle comunità, disponendo che ciascuna di esse sia retta da un'assemblea generale³³, dotata di proprie competenze, la quale elegge periodicamente un Direttivo, di minimo sei membri, tra cui un Presidente e un Vicepresidente, chiamati a eseguire il deliberato dell'Assemblea. Le comunità sono chiamate a gestire il "territorio comunal", che viene individuato da una legge specifica, e che per questo diventa impignorabile e imprescrittibile³⁴. Esso costituisce un "dominio" della comunità, che può

³¹ VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, libro I, c. 19, § 213: "Les habitants perpétuels sont ceux qui ont reçu le droit d'habitation perpétuelle. C'est une espèce de Citoyens d'un ordre inférieur: ils sont liés et soumis à la Société, sans participer à tous ces avantages". Ed. Leide 1758, p. 84.

³² Art. 2. l. n. 24656 del 14 aprile 1987: «Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país».

³³ Art. 17 l. n. 24656: «La Asamblea General es el órgano supremo de la Comunidad. Sus directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el Estatuto de cada Comunidad».

³⁴ Art. 7 l. n. 24656: «Las tierras de las Comunidades Campesinas son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros

estendersi per acquisti successivi³⁵; la legge conferisce difatti alle comunità un diritto di prelazione sulle vendite di terreni confinanti, come sull'assegnazione di terre pervenute allo Stato per abbandono dei proprietari³⁶.

La gestione economica del *territorio comunal* può avvenire solo all'interno della comunità stessa, attraverso l'assegnazione in uso ai soli membri della comunità³⁷ o a imprese costituite al suo interno³⁸. Le risorse minerarie, come quelle naturali, possono essere sfruttate dalle Comunità dietro concessione dello Stato, che deve privilegiarle rispetto a altre richieste. Per questo solo caso, le comunità possono entrare in società con terzi esterni³⁹. La legge dispone un dettagliato (e lodevole) programma di aiuti economici per le comunità così costituite.

La legge che individua il territorio ancestrale istituisce una procedura totalmente amministrativa per l'identificazione delle terre in proprietà collettiva. In sintesi, il *territorio comunal* si compone delle terre originarie della comunità, oltre a quelle acquisite nel tempo attraverso titoli di diritto privato, oltre a quelle assegnate all'esito di procedimenti di riforma agraria⁴⁰. Quando la comunità non può dimostrare titoli iscritti nei pubblici registri, o questi differiscono da quelli vantati, la comunità deve chiedere ad un organo di pubblica amministrazione – la Direzione regionale agraria competente per territorio – la predisposizione del piano definitivo del *territorio comunal*, offrendo qualsiasi mezzo di prova del suo possesso⁴¹. Il piano, così predisposto, viene pubblicato. A questo punto, qualsiasi proprietario privato confinante potrà chiedere alla pubblica amministrazione la correzione della linea di confine esibendo titoli debitamente iscritti nei pubblici registri, restando esclusa ogni richiesta che si fondi su titoli non iscritti. Se vi è contrapposizione tra il titolo debitamente iscritto e quanto preteso dalla comunità, la

calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal finalidad. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la Comunidad, y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado».

³⁵ Art. 23 l. n. 24656: «Son bienes de las Comunidades Campesinas: a) El territorio comunal cuyo dominio ejercen así como las tierras rusticas y urbanas que les adjudiquen o adquieran por cualquier título».

³⁶ Artt. 9 e 10 l. n. 24656.

³⁷ Art. 11 l. n. 24656.

³⁸ Art. 8 l. n. 24656.

³⁹ Art. 15 l. n. 24656.

⁴⁰ Art. 2 l. n. 24657 del 14 aprile 1987: «El territorio comunal está integrado por: las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos. En caso de controversia sobre esos títulos, el Juez competente calificará dichos instrumentos.»

⁴¹ Art. 3 l. n. 24657.

pubblica amministrazione invita le parti a una conciliazione, che avrà valore solo se approvata da almeno due terzi dell'assemblea generale della comunità stessa, espressamente convocata per questa finalità⁴².

In assenza di conciliazione, la pubblica amministrazione è tenuta a determinare il confine del territorio comunale secondo le risultanze dei pubblici registri di proprietà, delimitando l'area in controversia⁴³. Una norma fondamentale della legge esclude dalle aree in controversia le terre che, alla data di pubblicazione della legge, risultino comunque nel possesso della comunità, che quindi le vengono definitivamente assegnate, sempre con atto amministrativo⁴⁴. La Direzione regionale agraria deve inviare d'ufficio al tribunale civile competente il piano così predisposto perché questi si pronunci, con termini particolarmente ridotti, sulla questione, con una sentenza che accerterà definitivamente la proprietà della comunità in confronto con quella del privato, o viceversa⁴⁵. Se la controversia interviene fra due comunità, si segue lo stesso procedimento, ma nelle forme sommarie disposte dalla legge di riforma agraria⁴⁶. In tutti i casi, la qualificazione dell'area come "contesa" da parte dell'autorità amministrativa è condizione di procedibilità per rivolgersi al giudice ordinario.

La legislazione colombiana prevede anch'essa una procedura totalmente amministrativa di individuazione delle proprietà collettive, all'interno di un disegno di Riforma agraria che vede il generale potere di avocazione allo stato delle terre e la pianificazione della produzione agricola. La legge n. 160 del 1994, poi riformata nel 2003, attribuisce anche qui a un organo di pubblica amministrazione, l'Istituto Colombiano di Riforma agraria, il compito di studiare le necessità delle comunità indigene e di dotarle delle superfici indispensabili per il loro sostentamento e sviluppo⁴⁷. Spetterà poi all'autorità

⁴² La procedura descritta nel testo è quella degli artt. da 5 a 8 della l. n. 24657.

⁴³ Art. 10 l. n. 24657.

⁴⁴ Art. 8 3° comma l. n. 24657: «*Sólo se puede aceptar las controversias sobre las áreas que no estén en posesión de la Comunidad Campesina, a la fecha de la publicación de la presente ley*».

⁴⁵ Artt. 11 e 12 l. n. 24657.

⁴⁶ Art. 13 l. n. 24657.

⁴⁷ Art. 85 l. n. 160 del 3 agosto 1994, come modificata da ultimo per Decreto Legge n. 902 del 2017: «*El Instituto estudiará las necesidades de tierras, de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, y además llevará a cabo el estudio de los títulos que aquellas presenten con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos. Con tal objeto constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad. Así mismo, reestructurará y ampliará los resguardos de origen colonial previa clarificación sobre la vigencia legal de los respectivos títulos, con las tierras poseídas por los miembros de la parcialidad a título individual o colectivo, y los predios adquiridos o donados en favor de la comunidad por el INCOR au otras entidades*».

tradizionale della comunità di elaborare un quadro di assegnazioni di singoli appezzamenti alle famiglie, che sarà oggetto di verifica e di regolamentazione da parte dello stesso Istituto⁴⁸. A questo organo spetta comunque di verificare il “compimento della funzione sociale della proprietà” nelle comunità indigene, secondo quanto disposto dall’articolo 58 della Costituzione⁴⁹.

Un procedimento affine è quello previsto dal decreto n. 1745 del 1995 sulle “*comunidades negras*”. Anche qui, l’individuazione del territorio da assegnare in proprietà collettiva a queste comunità è il frutto di un’azione amministrativa dell’Istituto per la riforma agraria, il quale dovrà dettare le condizioni di uso delle terre. Allo stesso organo di pubblica amministrazione compete il potere di dirimere le controversie tra comunità limitrofe, come quello di delimitarne il territorio nei confronti dei “*resguardos indigenas*” previsti dalla legge precedente⁵⁰. Sia nel caso delle proprietà indigene, che in quello delle “*comunidades negras*”, non è previsto un ricorso in sede giurisdizionale contro le decisioni della pubblica amministrazione.

Pur nella loro diversa ispirazione, le legislazioni di Peru e Colombia hanno prodotto gli stessi esiti nell’applicazione fattane dalle Corti interne.

In Peru, la proprietà collettiva è stata al centro di talune pronunce del *Tribunal Constitucional*. La più importante ai nostri fini è la n. 1126/2011, con cui è stata dichiarata costituzionalmente legittima la chiusura del territorio della comunità al passaggio, su una viabilità pubblica, di automezzi appartenenti a soggetti non graditi dalla stessa. Un passo che si era reso necessario, così sosteneva la comunità, per evitare i numerosi furti di legname di cui da tempo soffrivano le foreste che costituivano la massima parte del suo territorio. La Corte Costituzionale, giudicando in *amparo*, costruisce un sillogismo assai semplice. La premessa maggiore è nell’affermazione, operata a partire dalla ILO 169, di una sovranità indigena sul territorio, in tempi precedenti alle moderne istituzioni politiche che implicava l’autonomia delle comunità nel prendere decisioni politiche rilevanti, incluso l’applicazione delle proprie norme consuetudinarie per la risoluzione dei conflitti interni⁵¹. La premessa minore è nei quattro tradizionali attributi della proprietà privata come diritto reale, assoluto, esclusivo e perpetuo⁵², caratteri-

⁴⁸ Art. 85 l. n. 160, par. 2.

⁴⁹ Art. 85 l. n. 160, par. 3.

⁵⁰ Art. 17 Decreto n. 1745 del 1995: «*Competencia. De conformidad con lo establecido en la Ley 70 de 1993, la Ley 160 de 1994 en sus disposiciones concordantes y el artículo 1º, inciso tercero, del Decreto 2664 de 1994, corresponde al INCORA titular colectivamente tierras baldías a Comunidades Negras, en calidad de “Tierras de las Comunidades Negras”.*».

⁵¹ *Tribunal Constitucional* del Peru, exp. n. 01126-2011-HC/TC, par. 19.

⁵² TCP exp. m. 00126-2011 HC/TC par. 20.

stiche che devono però essere interpretate alla luce del multiculturalismo proprio della ILO 169, come interpretata anche dalla Corte Interamericana dei diritti umani, in alcuni casi che saranno esaminati oltre. La soluzione è nel ricostruire la comunità indigena non come l'insieme dei proprietari collettivi, ma come un soggetto politico, che esercita poteri proprietari sul territorio nella sua totalità di gruppo. La proprietà collettiva viene intesa dalla corte costituzionale del Perù come un corollario del diritto di autodeterminazione dei popoli, e come tale deve essere posta in un bilanciamento con il diritto alla libera circolazione di persone e merci sul territorio dello Stato, dal quale esce vittoriosa⁵³

Non dissimile la situazione della Colombia, ove la convenzione ILO n. 169 è norma di rango costituzionale⁵⁴. Va qui citata la sentenza n. 39 del 1997 della Corte Costituzionale, adita per la dichiarazione di nullità di un'autorizzazione alla ricerca di idrocarburi con metodi sismici in un'area che vedeva la presenza di una comunità indigena, gli U'wa⁵⁵. Tra i punti in questione, era il diritto alla previa consulta della comunità al progetto, ovviamente invasivo dell'equilibrio naturale.

La società che richiese l'autorizzazione sostenne di aver proceduto alla consultazione, convocando una riunione con i membri della comunità cui parteciparono sessantotto persone, su oltre cinquemila componenti dell'etnia interessata. Alla riunione partecipò, oltre ai tecnici della società, una funzionaria del Ministero dell'Interno, responsabile della Direzione per gli affari delle popolazioni indigene, la quale ebbe a precisare che la comunità non era chiamata a dare il suo permesso all'esplorazione, ma la legge richiedeva che fosse debitamente informata. Nella riunione, per come la Corte accertò, i rappresentanti della comunità U'wa contestarono espressamente che almeno sei linee di esplorazione – la quale richiedeva l'uso di esplosivi – passassero attraverso le aree (*"resguardos"*) dichiarate di proprietà indigena. Un rappresentante della comunità lesse poi un documento preparato in un Congresso di tutte le comunità di etnia U'wa, in cui si riaffermava la totale contrarietà al progetto di esplorazione, poiché, nella cosmologia U'wa, i beni del mondo fisico non appartengono agli uomini, che non ne possono pertanto disporre, ma alla divinità, che chiama gli uomini a esserne custodi e a goderne secondo le leggi della natura. La comunità esigeva pertanto il

⁵³ TCP exp. m. 00126-2011 HC/TC par. 36.

⁵⁴ C. COURTIS, *Notes on the Implementation by Latin American Courts of the ILO Convention 169 on Indigenous People* in *International Journal on Minority & Group Rights* 18 (2011) p. 435.

⁵⁵ *Corte Constitucional de Colombia* SU-039/97.

rispetto di queste convinzioni religiose, e l'abbandono del progetto⁵⁶.

La Corte non invoca direttamente i principi della ILO 169 in materia di proprietà, semplicemente perché li vede assorbiti nel più generale obbligo di rispettare la diversità culturale dei popoli indigeni. Facendo seguito a un suo precedente – sempre riguardante la comunità U'wa–la Corte afferma che la comunità indigena, in generale, non deve essere più considerata come l'insieme dei propri membri, ma come un unico soggetto giuridico dotato di una propria individualità. Se così è, conclude la Corte, l'obbligo di previa consultazione con la comunità deve essere adempiuto in modo effettivo, non meramente formale. La Corte tuttavia non enuncia dei minimi elementi che debbono essere integrati per poter dire effettiva la consultazione, tranne uno: essa deve essere organizzata da autorità dello Stato e non lasciata all'iniziativa dei soggetti privati che richiedono le concessioni minerarie⁵⁷.

In questi termini, la proprietà collettiva indigena viene riconosciuta come una sovranità concorrente rispetto a quella dello Stato, che origina dalla diversità culturale della popolazione, e si traduce in un controllo del territorio intestato alla comunità come soggetto politico. Una legittimazione sul territorio, come nel caso della sentenza peruviana, che può porsi come limite per i cittadini dello Stato dal godere di diritti costituzionalmente garantiti, come quello alla libera circolazione, e che può portare, come nel caso trattato dalla sentenza colombiana, a conflitti con lo Stato che devono essere risolti non in una relazione di subordinazione dell'ordinamento comunitario a quello statale, ma attraverso l'individuazione di norme di conflitto tra ordinamenti paritetici.

8. *La proprietà collettiva di ILO 169 nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*

A questo risultato si arriva per la tendenza delle Corti a ricostruire la proprietà collettiva come una variante della proprietà privata, individuale e assoluta, propria delle codificazioni civili e della concezione amministrativa dello Stato. Poste di fronte al dato normativo del riconoscimento della proprietà indigena, le Corti non fanno altro che assumere la proprietà privata come unico possibile modello giuridico dell'appartenenza e titolarne la comunità come soggetto giuridico. Un'operazione semplificatrice che è

⁵⁶ SU-039/97 par. 5.3.

⁵⁷ SU-039/97 par. 5.6.

stata inaugurata dalla Corte interamericana dei diritti umani, la cui giurisprudenza ha operato come paradigma per tutti gli ordinamenti giuridici dell'America latina.

La prima pronuncia da considerare è *Mayagna (Sumo) AwasTingni Community v. Nicaragua*⁵⁸. La comunità AwasTingni, composta da circa seicento individui, aveva stipulato nel 1992 con una società per la lavorazione del legname un contratto per la gestione delle sue risorse forestali. Successivamente, nel 1994, fu stipulato un accordo tra questi due soggetti e il Ministero dell'Ambiente e le Risorse naturali, con cui quest'ultimo si impegnavano a facilitare le procedure di delimitazione dell'area su cui riconoscere la proprietà collettiva degli AwasTingni in confronto con quella di altre comunità, che vantavano diritti sullo stesso vasto territorio. Nel 1995, tuttavia, il Servizio nazionale delle Foreste, organo dello stesso Ministero dell'Ambiente, dette una concessione per il taglio di legname a un'altra società su un'area molto vasta, che comprendeva anche terre vantate dagli AwasTingni. Questa concessione fu dichiarata nulla in sede giurisdizionale, ma successivamente ratificata dal Ministero. La Commissione interamericana dei diritti umani promosse così il giudizio dinanzi alla Corte, lamentando tra l'altro la violazione dell'art. 21 della Convenzione americana sui diritti umani, che tutela il diritto di proprietà privata, perché il Nicaragua non aveva delimitato le terre degli AwasTingni e non aveva assicurato adeguata tutela ai loro diritti.

La Corte dichiarò che il Nicaragua era in violazione della Convenzione, su un'interpretazione dell'art. 21 che porta la proprietà collettiva come declinazione della proprietà privata, pur con un percorso argomentativo che sembra andare in direzione diversa. La Corte prende infatti in considerazione i lavori preparatori della Convenzione, e evidenzia come la prima formulazione dell'articolo, che tutelava espressamente la "*private property*", sia stata cambiata nella versione definitiva con la più ampia formula per cui ciascun individuo deve essere tutelato nell'uso e nel godimento della *sua* proprietà ("*his property*")⁵⁹. Sul principio interpretativo per cui i termini adoperati da un trattato internazionale assumono un significato proprio e specifico, in ipotesi lontano dal significato che lo stesso termine assume nel diritto interno, la Corte interamericana dei diritti umani comprende nella garanzia dell'art. 21 anche "i diritti dei membri delle comunità indigene nel quadro della proprietà comune (*communal property*)". Di questa proprietà comune la Corte enuncia solo due caratteristiche: essa è titolata alla comu-

⁵⁸ IACHR Case of the Nayagma (Sumo) AwasTingni Community v. Nicaragua, decisione sul merito del 31 agosto 2001.

⁵⁹ IACHR Mayagma /Sumo) v. Nicaragua par. 145 e 146.

nità, non ai singoli individui, ed è la veste formale di un rapporto culturale tra popolazioni indigene e terre ancestrali che trascende la mera dimensione patrimoniale⁶⁰. La proprietà comune indigena deve pertanto essere tutelata come mezzo per rendere effettivo il rispetto che si deve all'identità culturale di queste popolazioni.

La decisione della Corte poteva essere diversamente argomentata rispetto alla tutela richiesta. In causa era l'omissione dello Stato nell'applicare la sua stessa legislazione, che imponeva di delimitare le aree fra le diverse comunità indigene. La legge in vigore all'epoca dei fatti e della pronuncia della Corte riconosceva tuttavia come contenuto della proprietà indigena solo il diritto per i membri della Comunità di coltivare lotti di un territorio comunale di cui la stessa legge proclamava l'inalienabilità e l'imprescrittibilità, non il diritto di proprietà su tutte le risorse che il territorio può produrre, molte delle quali avocate dalla Costituzione alla proprietà pubblica dello Stato. Interpretando la norma dell'art. 21 della Convenzione nel modo descritto, la Corte fa della proprietà indigena una proprietà assoluta della comunità, che attende solo di essere spazialmente delimitata per poi opporsi, nella pienezza di questo diritto, alla sovranità dello Stato.

Agli stessi esiti la Corte interamericana dei Diritti umani è arrivata nel 2005 nell'affare *YakyeAxa v. Paraguay*⁶¹. La Costituzione del Paraguay prevedeva, all'art. 64, il diritto delle popolazioni indigene ad avere un proprio territorio comune, dall'estensione adeguata a conservare il proprio modo di vita, e faceva obbligo allo Stato di dotarne le popolazioni gratuitamente. La terra così assegnata sarebbe stata libera da imposte, inalienabile, imprescrittibile e impignorabile. La comunità YakyeAxa, appartenente a una cultura dedita principalmente alla caccia e alla pesca⁶², aveva da tempo un contenzioso per la delimitazione delle proprie terre collettive, in un comprensorio caratterizzato dalla presenza di grandi proprietà private, la cui presenza aveva portato, anche di recente, la comunità a trasferirsi. La comunità avviò così il procedimento amministrativo per l'assegnazione del proprio territorio ancestrale. L'autorità amministrativa, attraverso una complessa serie di atti, individuò un'estensione di circa diciottomila ettari, che chiese di acquistare dai proprietari privati e di cui poi, stante il loro rifiuto, propose l'espropriazione con assegnazione alla comunità. Questa rifiutò, e anzi chiese il ritiro del provvedimento di esproprio, affermando di non essere stata adeguatamente consultata, e di aver diritto a terre diverse. Queste erano state escluse

⁶⁰ IACHR Mayagma /Sumo) v. Nicaragua par. 149.

⁶¹ IACHR Case of the YakyeAxa Indigenous Community v. Paraguay, decisione sul merito del 17 giugno 2005.

⁶² IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 50.3.

dall'amministrazione del Paraguay perché, in conformità con la propria legislazione agraria, erano sottoposte dai proprietari a una razionale produzione agricola.

Il caso giunse alla Corte interamericana dei diritti umani per la violazione di numerosi articoli della Convenzione, tra cui l'art. 21. I rappresentanti della Comunità sostennero, tra le altre argomentazioni, l'obbligo del Paraguay, come parte, oltre che della Convenzione sui diritti umani, anche di ILO 169, di restituire alle popolazioni indigene i loro autentici territori ancestrali, senza la possibilità di sostituirli con altri, pena la violazione delle loro consuetudini⁶³. Questo diritto prevale rispetto al diritto di proprietà privata, perché dalla sua titolarità dipende il diritto alla vita e alla continuità come cultura specifica del gruppo indigeno. L'argomento della razionale coltura agricola, usato dallo Stato per negare le terre richieste era errato, soprattutto alla luce della Convenzione ILO n. 169⁶⁴.

Il Paraguay si difese ricordando che nel proprio ordinamento non era possibile acquistare la proprietà della terra solo con la testimonianza di una passata occupazione, e che il diritto di proprietà indigena sui territori ancestrali poteva essere riconosciuto con il possesso degli stessi, che è materia di giurisdizione⁶⁵. Ove un'area sia passata in proprietà privata e non sia espropriabile dallo Stato sulla base della propria legislazione – nel caso di specie perché sottoposto a razionale coltura agraria, come accertato dal giudice – l'unica soluzione possibile rimane l'assegnazione di un territorio diverso.

La Corte ha riproposto la propria lettura dell'art. 21 della Convenzione americana sui diritti umani, affermando che la tutela del diritto di proprietà deve, una volta applicata alla proprietà collettiva indigena, vedere in questa “la base fondamentale per la loro cultura, vita spirituale, integrità, sopravvivenza economica” nonché per la trasmissione di questo patrimonio culturale alle generazioni future⁶⁶. Sulle testimonianze dei rappresentanti della comunità, che hanno più volte ribadito l'infungibilità ai loro bisogni culturali e religiosi delle terre richieste, la Corte utilizza qui la Convenzione ILO 169 per esplicitare l'obbligo per gli Stati parte di rispettare la speciale importanza che talune terre possono avere per le popolazioni indigene⁶⁷. La Corte afferma quindi che il diritto degli YakyeAxa al riconoscimento della loro proprietà indigena non è stato effettivamente attuato dal Paraguay, il quale avrebbe dovuto attribuire alla comunità le terre vantate, subordinando

⁶³ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 121 lettera d).

⁶⁴ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 121 lettera j).

⁶⁵ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 122 lettere e) e f).

⁶⁶ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 131.

⁶⁷ IACHR YakyeAxa v. Paraguay par. 136.

a questa pretesa i diritti di proprietà privata esistenti. Entrambi sono tutelati dall'art. 21 della Convenzione sui diritti umani, prosegue la Corte, ma è la stessa convenzione a dire che gli Stati possono subordinare l'uso e il godimento della proprietà privata all'interesse sociale⁶⁸. Applicando questo principio alla proprietà indigena, consegue che lo Stato parte della Convenzione deve restringere, ove e come necessario, la proprietà privata, tenendo conto che la proprietà indigena è compresa in un concetto "più ampio e differente" di proprietà, che assicura il diritto alla sopravvivenza del gruppo. La conclusione è che solo la piena proprietà della terra è in grado di assicurare la continuità culturale dell'etnia indigena⁶⁹.

9. *La proprietà collettiva indigena come diritto di matrice giurisdizionale. Il caso del Canada*

In conclusione, per la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, la semplice affermazione della centralità di un dato territorio per la cultura specifica di un gruppo indigeno è sufficiente per assicurare ad esso una proprietà piena e assoluta, che estingue per ciò stesso ogni diritto concorrente. Questa situazione giuridica, che la Convenzione ILO 169 ha individuato come situazione patrimoniale della comunità si trasforma, nella giurisprudenza delle Corti, in una sovranità sul territorio, grazie a un'interpretazione estensiva dell'obbligo di previa consultazione. A ciò si arriva perché si rinuncia a descrivere le caratteristiche della proprietà collettiva nel suo contesto naturale di giurisdizionalità.

In un ordinamento giurisdizionale, la proprietà collettiva esiste perché sono intrinsecamente separati i due momenti della titolarità e dell'esercizio del diritto sul bene. La collettività è l'insieme dei legittimati al godimento individuale della terra, ma tale legittimazione deriva loro appunto dall'appartenenza al gruppo che ancestralmente vi insiste. Da qui una serie di caratteristiche intrinseche alla proprietà collettiva come situazione storicamente accertata, come l'inalienabilità e l'indivisibilità del diritto. In un contesto giurisdizionale, come abbiamo visto, la proprietà collettiva è inalienabile perché i singoli legittimati all'uso del bene non possono espropriare gli altri legittimati dall'esercizio del loro diritto, così come non possono espropriare le future generazioni. La vendita della proprietà si tradurrebbe nell'e-

⁶⁸ IACHR *YakyeAxa v. Paraguay* par. 143.

⁶⁹ IACHR *YakyeAxa v. Paraguay* par. 146.

stinzione della collettività come soggetto giuridico: da qui l'indisponibilità del diritto, che non è un limite imposto da un comando esterno, ma un carattere proprio e originario degli assetti collettivi.

Non appartiene così al modello di proprietà collettiva l'esclusione di diritti concorrenti sul territorio. Se in un contesto giurisdizionale i diritti di proprietà vengono modulati dalla risoluzione di altrettante controversie, è perfettamente ammissibile – e storicamente accertato – che sulla stessa terra possano esistere diritti di titolarità collettiva e diritti di titolarità individuale, ciascuno aventi ad oggetto utilità diverse tra quelle che la cosa può produrre.

L'assolutismo proprietario della ILO 169 è alla base del suo rifiuto da parte degli Stati che, anche prima della sua adozione, hanno elaborato a partire dai propri ordinamenti un alto grado di riconoscimento e tutela delle proprietà indigene, ma su un approccio totalmente diverso. L'esempio principale è quello del Canada.

Nel 1973 la Corte Suprema decise un primo caso, *Calder v. Attorney – General of British Columbia* con cui, pur respingendo le pretese della tribù Nishqa sulle terre vantate come ancestrali, iniziò a costruire il principio dell'*aboriginal title*: un titolo di proprietà collettiva spettante alle etnie indigene in quanto precedente al titolo di dominio eminente della Corona inglese⁷⁰. La Corte si divise in due, e il giudizio fu poi deciso contro gli appellanti solo sull'opinione del settimo giudice, fondata esclusivamente su motivi di procedura. Entrambe le opinioni partivano dall'esistenza di una proprietà aborigena acquistata per l'occupazione *ab immemorabili* da parte delle popolazioni indigene sulla base delle loro consuetudini. Esse si differenziavano sul ruolo da dare alla cd. *Royal Proclamation* del 1763, un atto della Corona britannica con cui veniva concessa protezione agli indiani che abitavano oltre la linea di colonizzazione e si vietava, in particolare, che gli stessi fossero molestati nel possesso di quelle parti del territorio che, pur sottoposte alla sovranità (e quindi al dominio eminente) del Re d'Inghilterra, non erano state cedute in concessione o vendute dalla Corona, e dovevano intendersi fino a quel momento loro riservate come "territori di caccia".

I tre giudici contrari alla domanda degli appellanti sostenevano che un "titolo aborigeno" di proprietà esistesse solo nei limiti della *Proclamation*, che non poteva applicarsi nel caso di specie, poiché i Nishqa non erano sottoposti nel 1763 alla Corona britannica e non potevano pertanto essere stati destinatari delle sue norme, visto che il *British Columbia* era arrivato alla sovranità britannica solo con il Trattato di Oregon del 1846. Sottratti alla *Proclamation*, i Nishqa avevano visto estinguere i propri diritti aborigeni

⁷⁰ SCC 1973 SCR 313.

sul territorio per effetto di una serie di concessioni di proprietà private fatte tra il 1858 e il 1863 dal Governatore dell'epoca, le quali avevano di fatto cessato l'uso del territorio da parte degli indigeni.

I tre giudici favorevoli alla domanda sostenevano al contrario che l'*aboriginal title* fosse autonomo dalla *Royal Proclamation* del 1763, che si era limitata a riconoscerlo, non a costituirlo. Per questa opinione, il titolo aborigeno di proprietà esisteva ove fossero esistite delle popolazioni indigene che avessero occupato un dato territorio, e si sarebbe estinto solo con la sua cessione alla Corona o attraverso specifici atti di legislazione, puntualmente indirizzati a questo fine. Ne conseguiva che le concessioni emanate all'epoca dai primi governatori del *British Columbia* non potevano ritenersi valide a estinguere questo diritto, da una parte perché non specificamente orientate a questo scopo, dall'altra perché questi soggetti non avrebbero comunque avuto la potestà di incidere questo titolo di proprietà⁷¹.

Questi principi furono poi applicati per il riconoscimento di una proprietà collettiva indigena nel 1980, con *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*⁷². Il caso riguardava un certo numero di gruppi Inuit che rivendicava la proprietà dei territori in cui avevano sempre esercitato la caccia e la pesca. La pronuncia partiva dal fatto che nella sentenza *Calder v. B.C.* tutti i giudici fossero d'accordo sulla configurabilità in astratto di un diritto aborigeno di proprietà come preesistente alla sovranità britannica. Questo diritto poteva essere accertato per gli Inuit, che avevano provato la ricorrenza di tre requisiti: l'esistenza di una società organizzata su base consuetudinaria, l'occupazione dei territori rivendicati in modo esclusivo, la perfezione del titolo nel momento in cui si era instaurata la sovranità britannica.

Il titolo aborigeno poteva coesistere, secondo la Corte, con il *radical title* della Corona britannica e anche con la concessione di proprietà private. Esso si sarebbe estinto solo attraverso chiari e specifici atti di legislazione diretta di in tal senso, non attraverso la sola occupazione fatta da soggetti che ricevevano titolo formale dalla Corona britannica. Nella specie, tali atti non erano mai esistiti: le terre in questione erano state concesse nel 1670 alla *Hudson's Bay Company*, ma questa non aveva potuto costituirvi un vero diritto di proprietà privata, limitandosi a tenere dei piccoli avamposti per il commercio

⁷¹ W. H. McCONNELL, *The Calder Case in Historical Perspective*, in *Saskatchewan Law Review* 38 1 (1974), pp. 88-122.

⁷² FC 1980, 1 518. D. W. ELLIOTT, *Baker Lake and the Concept of Aboriginal Title*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 18, 4 (1980), pp. 653-663. J. E. BICKENBACH, *The Baker Lake Case: A Partial Recognition of Inuit Aboriginal Title* in *University of Toronto Faculty of Law Review* 38, 2 (1980), pp. 232-249.

delle pelli, circondati dalle immense estensioni di terra ancora nel controllo delle popolazioni indigene. La *Hudson's Bay Company* restò quindi, per *Baker Lake*, sempre intestataria di un titolo prossimo a quello della Corona, e, al pari di questo, puramente formale. Esso non era quindi in grado di scalfire l'originario titolo di proprietà indigena, che era stato invece sempre provvisto di poteri concreti sul territorio. La sentenza rappresentava così un'importante cambio di prospettiva, perché riconosceva la persistenza di un titolo aborigeno di proprietà anche in un territorio che era sempre stato ritenuto colonizzato, e quindi non *nullius* nel senso tradizionale del termine.

In *Guerin v. The Queen*, del 1984, la Corte Suprema fissò un ulteriore principio⁷³. Il caso riguardava taluni terreni ceduti da una popolazione indigena alla Corona, perché questa li cedesse a sua volta in proprietà a privati per la realizzazione di un campo da golf. Effettuata la cessione del titolo aborigeno, la Corona realizzò con l'acquirente privato una cifra inferiore a quanto prospettato e cedette il terreno senza interpellare nuovamente le popolazioni interessate.

La Corte, sul principio ormai acquisito per cui il titolo aborigeno è un diritto preesistente alla *Royal Proclamation* del 1763 e non creato da questa, stabilì che se la Corona riceve questo titolo, precedente ai suoi diritti, per contrattarne con terzi, ciò deve fare in funzione dell'interesse degli *Indians*, cui è legata da una *equitable obligation*. Il titolo aborigeno fa dunque nascere un *fiduciary duty sui generis* nella Corona, che è l'unica possibile cessionaria del titolo aborigeno, secondo l'*Indian Act*, proprio per impedire che gli *Indians* vengano fraudolentemente spogliati dei propri territori.

La Corte portò però ancora più avanti la linea della tutela nel 1997 con *Delgamuukw v. British Columbia*, in cui definì positivamente le caratteristiche del titolo aborigeno, che deve essere tutelato come tale perché derivante da un possesso che nasce prima della sovranità britannica, e si distingue così da qualsiasi altro titolo nato dopo e in conseguenza di essa⁷⁴. L'anteriorità rispetto alla sovranità porta a un generale *fiduciary duty* della Corona, imposto dal generale riconoscimento dei diritti aborigeni fatto con il *Constitution Act* del 1982.

⁷³ SCC 1984 2 SCR 335. J. HURLEY, *The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. the Queen*, in *McGill Law Journal* 30, 3 (1985), pp. 559-602; R.H. BARTLETT, *You Can't Trust the Crown: The Fiduciary Obligation of the Crown to the Indians: Guerin v. The Queen*, *Saskatchewan Law Review* 49, 2 (1984-1985), pp. 367-374.

⁷⁴ SCC 1997 3 SCR 1010. *Delgamuukw* è una delle pietre miliari della giurisprudenza di common law, oggetto di vasta bibliografia. Tra i tanti contributi si può qui segnalare J. BORROWS, *Sovereignty's Alchemy: An Analysis of Delgamuukw v. British Columbia* in *Osgoode Hall Law Journal*, 37 3 (1999), pp. 537-596.

Con questa importante pronuncia la Corte affermò che il contenuto dell'*aboriginal title* si estende all'uso generale e esclusivo delle terre, per una varietà di fini che non si esauriscono negli usi tradizionali che pure lo hanno generato. La proprietà aborigena di oggi non può dunque restringersi nei limiti della caccia e della pesca, quindi dei fatti in cui si sostanziava la proprietà aborigena di ieri. Non per questo, tuttavia, il titolo aborigeno può condurre a un qualsiasi atto di godimento o di disposizione del territorio: la natura collettiva di questa proprietà comporta la sua inalienabilità, non potendo una generazione escludere le altre dal pari rapporto col bene.

Con *Delgamuukw* si concludeva così un percorso che ha portato l'*aboriginal title* dall'essere solo un onere che limita, finché non viene estinto, l'esercizio di un dominio formale della Corona, a diritto autonomo di proprietà collettiva inalienabile, il quale non solo non può essere limitato da un potere sovrano, ma deve trasmettersi intatto nel tempo, indisponibile anche dai suoi stessi titolari. L'indisponibilità non apparteneva al dibattito anteriore sul titolo aborigeno che, anzi, era fatto di pronunce che si occupavano innanzitutto di stabilire chi fosse legittimato a disporre privatisticamente del territorio, se il detentore della sovranità politica come titolare per questo di un dominio, o la comunità che occupava da tempo immemore la terra.

L'ultima pronuncia della Corte in materia è *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, del 2014⁷⁵.

La *Tsilhqot'in Nation* è l'insieme di sei tribù seminomadi viventi da secoli in un ampio territorio di valli, fiumi e montagne nel British Columbia. Il governo del British Columbia aveva concesso a una ditta privata un prelievo di legname da boschi di cui la nazione Tsilhqot'in si serviva come parte del proprio territorio ancestrale. La concessione si basava sul *Forest Act*, e presupponeva la proprietà della Corona su terre su cui non si era mai costituita, attraverso il *grant*, una proprietà privata. La tribù Xeni Gwet'in, una delle sei tribù riunite nella *Tsilhqot'in Nation*, chiese al governo locale una dichiarazione che proibisse anche per il futuro uno sfruttamento commerciale della terra, che fu negata. Gli Xeni Gwet'in, anche a nome di tutta la *Nation*, si rivolsero pertanto al giudice, per avere riconosciuta la proprietà aborigena sul territorio, contro il volere del governo federale e di quello provinciale.

Il giudice di primo grado stabilì che la *Tsilhqot'in Nation* aveva, da

⁷⁵ 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. J. BORROWS, *The Durability of Terra Nullius: Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, in *U.B.C. Law Review* 48 3 (2015), p. 705. Ruju J. *Lenses of Comparison across Continents: Understanding Modern Aboriginal Title in Tsilhqot'in Nation and Ngati Apa* in *U.B.C. Law Review* 48, 3 (2015), pp. 903-942. Hamilton R., *After Tsilhqot'in Nation: The Aboriginal Title Question in Canada's Maritime Provinces* in *University of New Brunswick Law Journal*, 67 (2016), pp. 58-108

prima dell'instaurazione della sovranità britannica, un'occupazione valida ad acquistare l'*aboriginal title*, secondo i parametri fissati dalla Corte Suprema nella sua giurisprudenza, il quale non poteva essere dichiarato in concreto solo per difetti di procedura. La Corte d'Appello del British Columbia accolse il ricorso della Provincia contro questa sentenza, applicando un criterio molto più specifico di occupazione, rispetto al quale non poteva dirsi provato il titolo aborigeno sull'intero territorio reclamato, ma solo su territori molto più piccoli e circoscritti, quelli ove le tribù risiedevano più o meno stabilmente. Questo titolo più ristretto, da chiedersi in ogni caso in un separato giudizio, non avrebbe comunque potuto comprendere la più parte del territorio che le *First Nations* occupavano solo per brevi periodi durante il loro nomadismo, secondo le stagioni. Su questi territori si sarebbero potuti riconoscere loro solo dei diritti di caccia o di pesca, ma non il pieno titolo aborigeno di proprietà.

La Corte Suprema del Canada decide nel giugno 2014 in favore dei ricorrenti, stabilendo che l'*aboriginal title* si estende a tutti i territori occupati da una data *Nation* secondo la propria cultura, quindi secondo le proprie consuetudini. La pronuncia sovverte i termini ordinari di prova del titolo aborigeno, richiedendo non più la dimostrazione della persistenza di un'occupazione in senso materiale, ma la prova di un fatto diverso: l'uso esclusivo del territorio sulla base del proprio ordinamento consuetudinario. Una conclusione che è richiesta, secondo la Corte, da quel "progetto di riconciliazione" con le *Nations* aborigene che esclude di poter trattare la materia nella rigidità di un approccio puramente tecnico agli ordinari principi in tema di domanda e di prova, il quale rischierebbe di dimenticare il profilo sostanziale della questione.

Su questa base la Corte arriva argomentando dai tre caratteri dell'*occupancy* per come formulati in *Delgamuukw v. British Columbia*: sufficienza, continuità e esclusività. Nessuno di questi può essere valutato separatamente dagli altri, e mai nella prospettiva esclusiva del *common law*, ma deve tenere conto anche quella della consuetudine indigena. Nel valutarla, sosteneva già la Corte in *Delgamuukw*, occorre tener conto della grandezza del gruppo che reclama il titolo aborigeno, nonché del suo modo di vivere, oltre alle peculiarità del territorio considerato. Anche considerando che il possesso per *common law* prescinde a volte da una fisica occupazione del bene, se ne inferisce che un uso regolare del territorio, anche ove si manifesti in atti di materiale occupazione distanti tra loro nel tempo, è da considerare "occupazione sufficiente" ad acquistare il titolo aborigeno.

La prova della *sufficiency* coincide con la dimostrazione che il gruppo

aborigeno ha sempre agito nei riguardi del territorio in modo da comunicare ai terzi che intendeva tenerlo come proprio. Una volta accertata la sufficienza, il giudizio circa la continuità dell'occupazione è implicitamente risolto: essa non si manifesta in un'ininterrotta catena di atti di possesso sul territorio, ma coincide con la prova della preesistenza dell'occupazione all'instaurazione della sovranità britannica. Ne consegue che, una volta provata l'esistenza attuale della tribù che reclama il titolo su quel territorio, si può presumere che la stessa vi insistesse nel periodo antecedente la sovranità britannica, salva una difficile prova in contrario.

Il cardine di tutta la costruzione di *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* è però l'esclusività. La Corte la definisce come "intenzione e capacità" di controllare quel determinato territorio al tempo di instaurazione della sovranità. Un giudizio di fatto, che procede tanto dalle caratteristiche del gruppo, quanto da quelle del territorio. L'esclusività può dirsi provata tutte le volte che si dimostri che il gruppo indigeno riuscisse ad impedire l'accesso di terzi o ingenerasse comunque in questi la convinzione di dover chiedere un permesso. La stipula di trattati può esserne l'indice.

Su questi presupposti la Corte accerta il titolo aborigeno nei ricorrenti, superando i rilievi della Province del *British Columbia* e del governo federale, centrati sul fatto che una popolazione di non più di quattrocento persone non avrebbe potuto occupare un territorio tanto vasto. Per la Corte Suprema, che aderisce alle conclusioni del giudice di primo grado, la *Tsilhqot'in Nation* ha occupato in concreto territori molto vasti pur frequentandoli per ridotti periodi annuali, poiché è provato, anche da testimonianze archeologiche e antropologiche, che li ha considerati propri e ha indotto le altre popolazioni con cui veniva in contatto a ritenerli tali. La situazione giuridica che ne deriva è, per come già stabilito dalla Corte Suprema in *Delgamuukw*, indivisibile e inalienabile, comprimibile da parte dello Stato solo a precise condizioni.

10. Conclusioni

L'ordinamento canadese presenta le stesse situazioni di tutela dei diritti indigeni di proprietà presente negli Stati latinoamericani che hanno massicciamente ratificato la ILO 169, ma in una forma radicalmente diversa. Il titolo aborigeno conferisce una proprietà estesa a tutte le utilità che il bene può produrre, non solo alla continuità di esercizio delle attività tradizionali

della comunità. Esso è inalienabile e indivisibile, al pari di ogni altra situazione collettiva.

La differenza tra l'*aboriginal title* e la proprietà indigena creata a partire da ILO 169 è nel fatto che il primo è creato come situazione giurisdizionale, la seconda no. L'*aboriginal title* viene individuato dalla Corte Suprema del Canada in oltre quarant'anni risolvendo specifici conflitti, che si sono tradotti in altrettante domande giudiziali, talune accolte, altre no. Attraverso la decisione di queste controversie, la Corte Suprema ha determinato i limiti e l'oggetto dell'onere probatorio di chi afferma l'esistenza di un titolo aborigeno, specificando che la sua estinzione non può derivare dalla concessione di proprietà private fatta dalla Corona, che pure non possono per questo essere revocate, perché provengono anch'esse da un titolo valido. Il riconoscimento di un *fiduciary duty* della Corona, se obbliga questa a non effettuare concessioni lesive della popolazione indigena, una volta che sia provato e accertato il suo titolo sulle terre, non impedisce a terzi l'acquisto di diritti concorrenti sul territorio, né rende nulle le concessioni una volta fatte.

La proprietà collettiva indigena canadese è pertanto una situazione il cui contenuto deve essere accertato in concreto, caso per caso, in confronto con diritti derivati dal dominio eminente della Corona, che ha potuto esercitarsi entro dati limiti prima del *Constitutional Act* del 1982, e in limiti più stretti dopo il riconoscimento costituzionale dei diritti indigeni. Considerata come diritto, essa non è una situazione assoluta, né esclude diritti concorrenti.

La proprietà collettiva dei sistemi latinoamericani è invece una situazione di dominio pieno e assoluto, istituita per legge, che non può concorrere con altri diritti i quali, anche se sorti precedentemente, restano esclusi. In quanto situazione assoluta, essa è del tutto indeterminata quanto al contenuto delle facoltà di cui la comunità titolare è investita.

La differenza è nel ruolo da assegnare alla consuetudine: norma da accertare in concreto nel modello giurisdizionale canadese, presupposto di fatto per l'applicazione di una disciplina autonoma nel modello latinoamericano.

Abstract

This paper deals with aboriginal peoples' collective ownership on ancestral lands.

An obligation to recognize such a right was set forth by two ILO Conventions, with the most recent one being Convention No. 169/1989 (hereinafter, ILO 169). The legal rationale behind ILO 169 provisions is that indigenous peoples

have retained rights on land even after the instauration of State sovereignty, because the State is entitled to neither eradicate cultures nor alter the relationship between indigenous people and land.

South America is definitely ILO 169's success story: fourteen countries have ratified it up to now, and in many of these Convention has a constitutional status. However, both National courts and the Inter American Court for Human Rights used the Convention to recognize aboriginal ownership as an absolute right on land entitled to a community as a whole. In that way, they built up a close replica of State sovereignty, which results in a lack of effective protection of indigenous rights. Once assessed in this form, aboriginal ownership is usually seen as antagonist by public administration.

This happens because collective ownership cannot be moulded in a general concept. Collective ownership encompasses different situations, each one resulting from a custom. In this sense, collective ownership is a matter of ius dicere, because each of those customs emerges from the resolution of a conflict, as historical evidence shows. In countries that never ratified ILO 169, such as Canada, aboriginal ownership is construed in a very different way. The Supreme Court of Canada, in a series of decision dating back from 1973, has developed some standard to assess the existence of aboriginal ownership on the basis of specific customs.

By comparing both IACHR case law and National legislation from Peru and Colombia on one side, Canadian case law on the other, the paper will show that collective ownership could be an effective tool to protect indigenous heritage when it is moulded on indigenous customs, in a pluralistic approach.

Serena Baldin*

*Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale
nell'ordinamento boliviano*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva - 2. L'etno-sviluppo - 3. La decolonizzazione nel sistema costituzionale boliviano - 3.1. Lo Stato plurinazionale - 3.2. Lo Stato interculturale - 4. Le fonti delle comunità autoctone e la giustizia indigena - 5. I criteri di coordinamento fra la giustizia indigena e le altre giurisdizioni - 5.1. I limiti e gli ambiti di esercizio della giustizia indigena - 5.2. La legge di delimitazione giurisdizionale - 6. Le funzioni del Tribunale costituzionale plurinazionale relative all'autoctonia - 6.1. La risoluzione dei conflitti di attribuzione fra giustizia indigena e altre giurisdizioni - 6.2. La *consulta* - 6.3. Il controllo costituzionale preventivo sui progetti di statuti delle comunità indigene - 7. L'America Latina fra *nuevo constitucionalismo* ed egemonia delle categorie giuridiche occidentali.

1. *Premessa introduttiva*

La costituzione boliviana del 2009 affonda le radici nella decolonizzazione assunta a ideologia del paese. Il nuovo ordinamento sorge dai progetti per un diverso modello statale provenienti dai gruppi indigeni emarginati dallo Stato monista precedente. Il presente contributo rivolge l'attenzione alla disciplina della giustizia indigena e alle funzioni del *Tribunal Constitucional Plurinacional* che incidono nella sfera dell'autoctonia per testare la solidità dell'impianto costituzionale. In via introduttiva giova specificare quali siano i caratteri distintivi dei popoli indigeni (§ 1) e delineare brevemente il significato dell'etno-sviluppo nel dibattito latino-americano (§ 2), onde poi comprendere l'imperativo decoloniale che ha forgiato il nuovo Stato boliviano, di tipo plurinazionale e interculturale (§ 3). Da ciò discendono tutta una serie di disposizioni relative ai diritti dei gruppi autoctoni nonché la pariordeinazione della giustizia nativa a quella ordinaria, con riflessi anche

* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Trieste, Dipartimento di Scienze politiche e sociali.

sulle funzioni dell'organo di giustizia costituzionale (§§ 4, 5, 6), impegnato a forgiare metodi interpretativi interculturali per ridurre la distanza fra il diritto egemone di matrice occidentale e il diritto ctonio (§ 7).

I popoli indigeni, oltre a essere in genere numericamente inferiori al resto della popolazione di uno Stato, si connotano per avere subito un processo di sovrapposizione da parte di un altro gruppo, che si configura come dominante. Gli autoctoni si considerano distinti dal resto della società e sono determinati a conservare, sviluppare e trasmettere alle future generazioni la loro identità etnica. In tutti i continenti presentano alcune caratteristiche comuni: una dipendenza molto stretta con i propri territori ancestrali e le risorse naturali; l'uso di un idioma diverso da quello nazionale; la produzione prevalentemente basata sulla sussistenza; la posizione svantaggiata come gruppo sociale; il mantenimento delle proprie istituzioni sociali e politiche¹. Inoltre, assieme all'elemento della continuità storica², il fattore che li contraddistingue è l'auto-identificazione. Indigeno è un individuo che appartiene a una di queste popolazioni mediante auto-identificazione (coscienza di gruppo) ed è riconosciuto e accettato dalla comunità quale suo componente (accettazione da parte del gruppo)³.

In ambito internazionalistico si sono compiuti sostanziali passi in avanti in ordine al riconoscimento dei diritti di tali popoli. Gli atti più significativi di questo percorso sono la Convenzione n. 169 adottata dalla conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro nel 1989, espressamente dedicata ai popoli indigeni e tribali⁴, e la Dichiarazione delle Nazioni unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 che, pur non essendo giuridicamente vincolante, rappresenta un fondamentale punto di arrivo nel processo

¹ Cfr. C. ECHAVARRÍA, *Reflexión sobre el sentido de territorio para los pueblos indígenas en el contexto del ordenamiento territorial y el desarrollo minero*, in R.C. VILLAS-BÔAS, R. PAGE (coord.), *La minería en el contexto de la ordenación del territorio*, III ed., Cnpq/Cyted, Rio de Janeiro, 2001, p. 225. Per una distinzione fra il concetto di popolo indigeno e quello di minoranza, v. R. PISILLO MAZZESCHI, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A.L. PALMISANO, P. PUSTORINO (a cura di), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici*, Iila, Roma, 2008, pp. 19 ss.

² La continuità storica può consistere nel mantenimento, per un lungo e ininterrotto periodo di tempo, di uno dei seguenti fattori: l'occupazione di terre ancestrali, o almeno di una parte di esse; l'ascendenza comune con i primi abitanti delle terre; la cultura in generale, o alcune sue manifestazioni; la lingua o la residenza in specifiche regioni del mondo.

³ Cfr. il c.d. Rapporto Cobo del 1983 stilato per conto dell'Onu, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Population*, in http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/mcs_xxi_xxii_e.pdf.

⁴ Tale atto fa seguito alla Convenzione Oil, n. 107/1957, connotata da un approccio di tipo paternalistico verso i popoli indigeni, incentrato sull'assimilazione. Cfr. M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 8 ss.

di riconoscimento dei diritti di questi gruppi⁵.

A fornire una definizione di popolo indigeno è la Convenzione, ove si statuisce che i popoli tribali «*si distinguono dalle altre componenti della comunità nazionale per le condizioni sociali, culturali ed economiche, e che si reggano totalmente o parzialmente secondo le consuetudini o le tradizioni loro proprie, ovvero secondo una legislazione speciale*» (art. 1, c. 1, lett. a). Vi si aggiunge poi che sono considerati indigeni i popoli che discendono «*dalle popolazioni che abitavano il Paese, o una regione geografica cui il Paese appartiene, all'epoca della conquista, della colonizzazione o dello stabilimento delle attuali frontiere dello Stato, e che, qualunque ne sia lo status giuridico, conservano le proprie istituzioni sociali, economiche, culturali e politiche, ovvero alcune di esse*» (lett. b). Il criterio dell'auto-identificazione si rinviene al c. 2, nei termini di un «*sentimento di appartenenza indigena o tribale*».

Diversamente, la Dichiarazione del 2007 rinvia al solo criterio della auto-identificazione (art. 33), essendo emersa nel corso dei dibattiti sul progetto l'opposizione ad altre formule definitorie. Da una parte, si sostiene che se il concetto di popolo indigeno si basasse su criteri volti a preservare l'identità etno-culturale e l'organizzazione delle comunità native, si potrebbero riconoscere soltanto i gruppi che siano riusciti a conservare tali tratti. Dall'altra, si segnala che se la tutela internazionale si apprestasse solo alle comunità i cui antenati vissero in determinate aree in epoca anteriore alla colonizzazione o alla conquista, potrebbero rimanere esclusi quei popoli africani e asiatici che non subirono l'assoggettamento europeo⁶.

Con particolare riguardo all'ordinamento boliviano, le nazioni e i popoli indigeni originari contadini sono le due categorie di gruppi riconosciute in costituzione, comprensive di «*tutta la collettività umana che condivide identità culturale, lingua, tradizione storica, istituzioni, territorio e cosmovisione, la cui esistenza è anteriore all'invasione coloniale spagnola*»⁷. L'art. 21, c. 1,

⁵ Prima della Dichiarazione delle Nazioni unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007, un salto di qualità sotto il profilo delle rivendicazioni era intervenuto con la Dichiarazione di Maastricht del 1993, relativa al diritto alla proprietà culturale e intellettuale dei popoli indigeni.

⁶ Si v. M. MAZZA, *op. cit.*, pp. 18 ss.

⁷ Art. 30, c. I, Cost. Durante i lavori dell'Assemblea costituente i vocaboli *campesinos* e *indigeni*, talvolta congiunti e talaltra distinti, furono oggetto di numerose discussioni, a causa della sovrapposizione non integrale fra appartenenza etnica e condizione lavorativa. Al contrario, il riferimento sia alla nazione sia al popolo non alimentò contrasti o dubbi di sorta. Secondo Martínez Dalmau, il concetto meta-complesso di «nazioni e popoli indigeni originari contadini» sta a indicare la ricerca di formule di auto-riconoscimento per esprimere a livello linguistico le molteplici identità che ambivano a trovare sede di rappresentanza nel testo costituzionale. Cfr. R. MARTÍNEZ DALMAU, *Plurinacionalidad y*

Cost. sancisce il diritto all'auto-identificazione culturale, per cui la mera auto-proclamazione di appartenenza a un gruppo autoctono è requisito valido affinché una persona sia considerata tale. In aggiunta, l'identità culturale degli appartenenti a questi gruppi può essere indicata nei loro documenti di identità, su richiesta dei diretti interessati (art. 30, p.to II, c. 3, Cost.).

2. *L'etno-sviluppo*

La succitata Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 sancisce, *ex art.* 3, il diritto all'auto-determinazione, che si inverte nel diritto a determinare liberamente il proprio statuto politico e a perseguire il proprio sviluppo economico, sociale e culturale. Esso non equivale alla rivendicazione dell'indipendenza di un territorio, con la conseguente secessione dallo Stato in cui si trova incorporato, come l'espressione potrebbe far supporre. L'esercizio di tale diritto comprende invece il diritto all'autonomia e all'autogoverno nelle questioni relative ai loro affari interni e locali, e a disporre dei modi e dei mezzi per finanziare le loro funzioni autonome (art. 4)⁸.

Un ambito di primaria importanza per mettere alla prova l'effettività dei diritti indigeni, in particolare le forme di autodeterminazione, è quello delle politiche di sviluppo. Per decenni le politiche di governi, istituzioni internazionali e organizzazioni non governative sono state improntate al miglioramento nelle condizioni di vita dei nativi nell'ottica del *desarrollo* (sviluppo). Le azioni prodotte sono state oggetto di aspre critiche e forme di resistenza non solo per la loro inefficacia nello sradicare la povertà, bensì anche per la forte connotazione etnocentrica, di stampo occidentale: i programmi non risultavano adeguati poiché non consideravano le *cosmovisioni*, le immagini mentali e gli stili di vita indigeni⁹.

pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas, in A. PIGRAU SOLÉ (ed.), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 275; S. SCHAVELZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS Plural editores, La Paz, 2012, pp. 93 ss.

⁸ Cfr. G. ARANGIO RUIZ, voce *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enciclopedia Giuridica*, VI, 1988, pp. 1 ss.; R. CAMMARATA, *I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione*, in *Sociologia del Diritto*, 1, 2006, pp. 45 ss.

⁹ In argomento, v. A. COLAJANNI, *Introduzione. Le popolazioni indigene e lo sviluppo: azioni, reazioni, interpretazioni*, in A. COLAJANNI, A. MANCUSO, *Un futuro incerto. Processi di sviluppo e popoli indigeni in America Latina*, Cisu, Roma, 2008, p. XI.

L'etnologo Guillermo Bonfil Batalla definisce lo sviluppo in chiave etnica, ossia l'*etnodesarrollo*, come «l'esercizio della capacità sociale di un popolo di costruire il proprio futuro, sfruttando gli insegnamenti derivati dall'esperienza storica e dalle risorse reali e potenziali della propria cultura, secondo un progetto che si definisca attorno ai rispettivi valori e ideali». Esso si sostanzia nella facoltà di un gruppo culturalmente differenziato di determinare il proprio specifico tipo di sviluppo, rifuggendo in questo modo da un benessere economico gestito da attori esterni e che va a scapito dei popoli indigeni¹⁰. Nella *Declaración de San José sobre etnocidio y etnodesarrollo en América Latina* del 1981, l'etno-sviluppo è inteso come un diritto inalienabile dei gruppi indigeni¹¹.

Negli anni Novanta affiora quella che José Bengoa chiama *emergencia indígena*, ove il termine evoca sia qualcosa che emerge sia qualcosa che va affrontato con urgenza. Il periodo è connotato dalla presenza di nuove identità ed espressioni etniche, dalle domande e dalle rivendicazioni per l'autonomia. Il loro fine è di esaltare l'auto-determinazione politica, economica e culturale all'interno dei rispettivi territori, vale a dire attuare il diritto all'etno-sviluppo. Un'ulteriore svolta nelle lotte per l'*etnodesarrollo* si registra nell'attuale contesto. In Bolivia, Ecuador e Guatemala, ossia dove i nativi rappresentano buona parte della popolazione totale, l'obiettivo è divenuto quello di ottenere il controllo delle istituzioni statali¹². Contestualmente, la crescita economica come fine incondizionato delle politiche di sviluppo e della riduzione della povertà è stata sostituita dalla nozione e dagli indici di sviluppo umano, che riguardano non solo aspetti legati al reddito pro capite bensì anche istruzione, salute, condizione femminile, e altri fattori.

¹⁰ Cfr. G. BONFIL BATALLA, *El etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización*, in G. BONFIL et al., *América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*, Flacso, San José, 1982, pp. 131 ss.

¹¹ Il concetto indica «la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que considere, e implican una organización equitativa y propia del poder. Esto significa que el grupo étnico es unidad político-administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo dentro de un proceso de creciente autonomía y autogestión». Si vedano i punti 2 e 3 della *Declaración*, reperibile in http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_leginternacional/seminario%20internacional%20sobre%20el%20etnocidio%20y%20el%20etnodesarrollo%20en%20america%20latina.htm.

¹² J. BENGÓA, *¿Una segunda etapa de la emergencia indígena en América Latina?*, in *Cuadernos de Antropología Social*, 29, 2009, pp. 8 ss.

Messa da parte la risalente *teoría de la dependencia*, che evidenziava l'inutilità delle politiche internazionali di aiuti ai Paesi sottosviluppati per risolvere le cause strutturali della povertà e metteva in risalto il disegno diseguale dell'economia mondiale con il progressivo aumento del debito e della dipendenza degli Stati e delle fasce di popolazione più povere nei confronti dei Paesi ricchi, attualmente gli esperti del settore segnalano che l'incremento esponenziale delle attività di sfruttamento delle risorse naturali è rivolto a ridurre il debito e la dipendenza dall'aiuto estero piuttosto che la povertà, senza curarsi del rispetto dei diritti territoriali indigeni. Nel rapporto stilato per conto delle Nazioni Unite "*Indigenous peoples and the millennium development goals*" nel 2005, si delinea il concetto di *development aggression*. Esso sottende l'imposizione di progetti e di politiche di sviluppo sotto l'etichetta di modernizzazione o di *nation-building* senza il preventivo e informato consenso dei destinatari. Per i popoli indigeni, tali programmi hanno una incidenza negativa notevole e sono divenuti una delle cause principali dei loro problemi, tanto esigere un cambio di impostazione. I risultati di questa aggressione sono visibili nella distruzione o nella perdita dei territori ancestrali, nella denigrazione delle cosmovisioni indigene, dei loro valori e dei loro sistemi politici, economici e socio-culturali, nonché nello sfollamento forzato, nella diffusione di violenza e nel degrado ambientale¹³.

Per contrastare queste tendenze, le elaborazioni politico-giuridiche delle organizzazioni indigene si sono ispirate all'idea di etno-sviluppo. Dal dibattito inaugurato oramai da tempo è dunque emersa la consapevolezza dello stretto legame fra le diverse declinazioni del vivere bene, ossia del vivere con dignità, e il concetto di autonomia, che hanno condotto a ripensare in termini critici le visioni occidentali del benessere e dello sviluppo¹⁴. Lo "sviluppo con identità" è divenuta la parola d'ordine dei progetti di cooperazione, un approccio assunto anche dalla Banca interamericana per riferirsi a quei processi che comprendono il rafforzamento dei popoli indigeni, l'armonia e l'interazione con l'ambiente, l'uso dei

¹³ Non sono solo gli interessi economici legati all'estrazione di minerali preziosi, alle colture intensive, alle deforestazioni, ad avere un impatto devastante sullo stile di vita di questi popoli. Anche il settore dei prestiti per l'educazione è uno strumento fondamentale che alimenta il modello di sviluppo dominante e l'agenda della modernizzazione; in definitiva, è un'ulteriore forma di *development aggression*. Si v. V. TAULI CORPUZ, *Indigenous Peoples and the Millennium Development Goals*, 2005, E/C.19/2005/4/Add.13, in <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Indigenous%20Peoples%20and%20the%20MDGs.pdf>.

¹⁴ Per un approfondimento si v. A. MANCUSO, *Il diritto all'autodeterminazione dei popoli indigeni e le politiche di sviluppo in America Latina*, in *Archivio Antropologico Mediterraneo on line*, 1, 2013, pp. 103 ss.

territori e delle risorse naturali, l'esercizio dell'autorità e il rispetto dei valori e dei diritti indigeni, tenendo conto delle loro cosmovisioni e dei loro sistemi di governo¹⁵. Pure la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 recepisce queste istanze, sancendo che tali gruppi hanno il diritto a determinare e a elaborare le priorità e le strategie al fine di esercitare il proprio diritto allo sviluppo (art. 23)¹⁶. Un principio ulteriormente ribadito all'art. 32, dove si afferma che gli Stati devono consultarsi e cooperare con i popoli indigeni in modo da ottenere il loro consenso informato prima dell'approvazione di qualsiasi progetto che riguardi le loro terre o altre risorse naturali.

Nell'ordinamento boliviano queste riflessioni si sono tradotte nel riconoscimento costituzionale del *vivir bien* (*suma qamaña* in lingua aymara), teso al pieno accoglimento del *modus vivendi* e dei sistemi di pensiero indigeni nel tessuto giuridico. Il termine indica la vita in armonia con la collettività e con la natura, dove la sfera privata e quella comunitaria, e la sfera materiale e quella spirituale, sono concepite come interdipendenti. Secondo la concezione indigena, tale concetto va inteso in riferimento a un territorio che comprende tre ambiti – la parte coltivata, il bosco e l'acqua – e che costituisce un mondo vitale in cui interagiscono elementi materiali e simbolico-spirituali. Per ottenere le risorse necessarie e per rapportarsi con i tre ambiti, agli individui sono richieste abilità che vengono apprese all'interno del gruppo di appartenenza e nelle quali si riflettono i valori di solidarietà, generosità, reciprocità, armonia¹⁷. Il diritto a perseguire i propri ideali nelle

¹⁵ Così L. GIRAUDO, *La questione indigena in America Latina*, Carocci, Roma, 2012, p. 61.

¹⁶ L'art. 23 prosegue affermando che «in particolare, i popoli indigeni hanno diritto a partecipare attivamente all'elaborazione e alla definizione dei programmi relativi a salute, alloggio e alle altre questioni economiche e sociali che li riguardano e, nella misura del possibile, hanno diritto ad amministrare tali programmi mediante le loro rispettive istituzioni».

¹⁷ Il contrario del *vivir bien* è il *mal vivir*, che può verificarsi nella casa, nella comunità, nel territorio. Quest'ultima ipotesi può accadere introducendo valori estranei alla cultura indigena che inducono i soggetti a ricercare beni e risorse per soddisfare aspirazioni egoiste e a sfruttare eccessivamente il territorio, e in definitiva causano lo sfaldamento della comunità. Il *mal vivir* può anche essere generato da fenomeni di urbanizzazione e dal deterioramento ambientale, in particolare dalla distruzione della biodiversità, con l'effetto di privare la cultura autoctona dei suoi elementi simbolico-spirituali. Si v. F. LONGATO, *Filosofie del buen vivir tra passato e futuro*, in S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, pp. 56 ss.; K. ARKONADA, *Mundo: crisis de civilización y vivir bien*, in <http://servindi.org/actualidad/18323>. Sul significato di *vivir bien* nella costituzione boliviana sia permesso rinviare a S. BALDIN, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Bol.*

sfere politica, sociale, economica e culturale consente a tali comunità di esprimere nella vita quotidiana le proprie modalità di etno-sviluppo, con l'ulteriore garanzia offerta dalla giustizia indigena per preservare tali valori e pratiche correlate.

3. *La decolonizzazione nel sistema costituzionale boliviano*

Lo Stato boliviano «*si fonda sulla pluralità e sul pluralismo politico, economico, giuridico, culturale e linguistico*», ai sensi dell'art. 1, c. 2, Cost. Da ciò consegue il riconoscimento della pluralità di centri di produzione delle fonti, ivi comprese le fonti prodotte dalle comunità indigene, e la pari ordinazione della giustizia ancestrale con la giustizia ordinaria. Il tutto, all'interno di un rinnovato ordinamento che si auto-qualifica plurinazionale e interculturale. L'imperativo decoloniale è alla base di queste trasformazioni, è parte del nucleo ideologico che informa la nuova architettura dello Stato, a partire dal preambolo dove si legge «*Lasciamo nel passato lo Stato coloniale*», per aspirare a «*costruire una società giusta e armoniosa, fondata sulla decolonizzazione, senza discriminazioni e sfruttamento, con piena giustizia sociale, per consolidare le identità plurinazionali*» (art. 9 Cost.). La decolonizzazione è intesa come «*il processo di ricostruzione territoriale delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini, di costruzione della soggettività e di destrutturazione coloniale*»¹⁸.

Nel denunciare forme più o meno occulte di sapere dominante praticato in sede politico-istituzionale e nel rivendicare la pari dignità fra le diverse culture, si intende attivare un processo di *decolonialidad* rispetto alla «superiorità» della cultura europea¹⁹. La prospettiva critica offerta dalla c.d. opzione decoloniale, ben presente nel dibattito latino-americano, verte sulle continuità fra epoca coloniale e post-coloniale per dimostrare che le relazioni di potere di stampo colonialista tuttora permeano politica, diritto, economia e anche la dimensione epistemica e culturale, escludendo i saperi

Mex. Der. Comp., 143, 2015, pp. 504 ss.

¹⁸ Cfr. M. YUCRA PÉREZ, *Descolonización*, in *Tribunal Constitucional Plurinacional, Principios y valores para construir una sociedad justa y armoniosa*, Sucre, 2015, p. 131.

¹⁹ Si v. S. RIVERA CUSICANQUI, *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2010, pp. 53 ss.; B. MARAÑÓN PIMENTEL, *Crisis global y descolonialidad del poder: la emergencia de una racionalidad liberadora y solidaria*, in ID. (coord.), *Buen vivir y descolonialidad. Crítica al desarrollo y la racionalidad instrumentales*, UNAM, México, 2014, pp. 36 ss.

e le conoscenze considerate subalterne²⁰. La società post-coloniale alimenta l'oppressione e la discriminazione razziale e si nutre di concetti come individuo, modernità, legge, giustizia occidentale, democrazia rappresentativa; ad essi i movimenti indigenisti oppongono ideali che si estrinsecano nella «*colectividad, la tradición y la costumbre, la justicia comunitaria y consuetudinaria y la democracia participativa*»²¹.

L'accettazione della «*diversità culturale quale base essenziale dello Stato plurinazionale*» (art. 98 Cost.) si irradia in molteplici versanti. In primo luogo è riconducibile all'impegno di cui all'art. 8, c. 1, Cost., di assumere e promuovere come principi etico-morali della società plurale *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (non essere pigro, non mentire, non rubare), *suma qamaña* (vita degna), *ñandereko* (promuovere la vita armoniosa), *teko kavi* (vivere la vita buona), *ivi maraei* (preservare una terra senza il male) e *qhapaj ñan* (procedere per un cammino di vita degna e nobile), ossia valori comunemente diffusi fra gli indigeni dell'area andina²². Si tratta di un modo per includere gli autoctoni nella sfera pubblica in modo più pregnante rispetto all'oramai classico riconoscimento di un nucleo di diritti culturali e dell'autonomia territoriale e giurisdizionale. Ciò in quanto tali principi sottendono la costruzione di un diverso tipo di ordinamento, che finalmente incorpora la cultura nativa e le sue visioni del mondo a pieno titolo e a pari livello della cultura di matrice occidentale²³.

3.1. *Lo Stato plurinazionale*

Il valore giuridico assegnato alla composita società boliviana si riflette nell'affermazione di uno Stato «*unitario sociale di diritto plurinazionale comunitario, libero, indipendente, sovrano, democratico, interculturale, decentralizzato e con autonomie*» (art. 1, c. 1). La mancanza di segni di punteggiatura nella locuzione «*unitario sociale di diritto plurinazionale comunitario*»

²⁰ Cfr. A. MÉDICI, *El nuevo constitucionalismo latino americano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, 3, 2010, pp. 4 s.

²¹ In questo senso, R. BARRAGÁN, *Comunidades poco imaginadas: Poblaciones envejecidas y escindidas*, in M. URIOSTE, R. BARRAGÁN, G. COLQUE, *Los nietos de la Reforma Agraria. Tierra y comunidad en el altiplano de Bolivia*, Fundación TIERRA, La Paz, 2007, p. 1.

²² Cfr. S. LANNI, *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, pp. 163 ss.

²³ In argomento si rinvia all'analisi di A.E. VARGAS LIMA, *Los principios ético-morales de la sociedad plural y el Bloque de Constitucionalidad. Configuración y desarrollo en la Jurisprudencia Constitucional boliviana*, in *Estudios Constitucionales*, 2, 2016, pp. 15 ss.

intende esprimere un principio meta-complesso²⁴, dove questi elementi sono complementari fra loro e di pari importanza²⁵. Questa configurazione fa perno sul principio pluralista e sul riconoscimento della pari dignità di tutte le componenti etniche del paese, esaltata con la consacrazione costituzionale dei diritti delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini e degli afrodiscendenti nel Capitolo IV (artt. 30-32 Cost.), a partire dal diritto alla libera determinazione delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini (art. 30, p.to II, n. 4, Cost.) che si inverte nell'autonomia quale esercizio di autogoverno (artt. 2 e 289 Cost.).

Già nella precedente costituzione, come riformata nel 1994, si riconosceva l'esistenza della società pluriculturale. Ora è lo Stato a essere plurinazionale. Si tratta del modo prescelto per sradicare il colonialismo e porre sullo stesso piano di eguaglianza le collettività che coesistono sul territorio, nessuna essendo superiore alle altre²⁶. Il proposito racchiuso nella nuova denominazione è il superamento dei precedenti modelli statali. Quello assimilazionista teso a una omogeneità meticcica a base culturale castigliana e, dopo le riforme degli anni Novanta, quello multiculturale, che non interviene nella subordinazione dei popoli autoctoni, sempre privi del controllo sul territorio e della libera determinazione²⁷.

Il riferimento alla nazione risale alle teorie emerse negli anni Settanta, quando il concetto filtra nei dibattiti delle organizzazioni indigene dell'America Latina. Esso è preferito a etnia, popolo e cultura in quanto rappresenta tali genti nel modo migliore, dotandoli di una dignità e di una proiezione verso il riconoscimento sociale che gli altri vocaboli non riescono a rendere²⁸. In Bolivia, le coeve tesi politiche delle associazioni *campesinas* enfatizzano l'identità nazionale dei quechua, degli aymara e dei tupiguaraní, sottolineando che la loro lotta non è solo economica, contro lo sfruttamento delle risorse naturali, bensì anche di liberazione e per lo sviluppo delle nazionalità oppresse. Nel 1983, nel documento finale a margine del II Congresso della

²⁴ La complessità è una delle caratteristiche delle più recenti costituzioni andine. Cfr. R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. Gen. Der. Públ. Comp.*, 9, 2011, pp. 17 ss.

²⁵ Così R. MARTÍNEZ DALMAU, *op. cit.*, pp. 274 ss.

²⁶ Cfr. B. CLAVERO, *Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 89, 2010, p. 200.

²⁷ Si v. S. SCHAVELZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, CEJIS Plural editores, La Paz, 2012, pp. 11, 92.

²⁸ F. GARCÍA SERRANO, *La situación jurídica dei popoli indigeni nella nuova costituzione ecuadoriana*, in S. LANNI (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Esi, Napoli, 2011, pp. 287 ss.

confederazione sindacale dei lavoratori contadini, viene accolto il termine plurinazionale (e non multinazionale, essendo associato alle imprese multinazionali). L'obiettivo è costruire una società che promuova le differenze di tutte le sue componenti, in seno a uno Stato unitario²⁹. Secondo la *Comisión Visión País* dell'Assemblea costituente, lo Stato plurinazionale comporta un modello di organizzazione politica volto alla decolonizzazione delle nazioni e dei popoli indigeni, che riafferma e fortifica le loro autonomie territoriali al fine di perseguire una vita piena³⁰. In questa prospettiva, la plurinazionalità esprime il riconoscimento di un concetto di nazione distinto da quello di stampo liberale fondato su presupposti di omogeneità culturale³¹.

La plurinazionalità indica l'esistenza di nazioni e popoli indigeni originari contadini, comunità interculturali e afroboliviane e boliviane e boliviani che nel loro insieme costituiscono il popolo boliviano. Questa definizione non si rinviene nel testo fondamentale, bensì all'art. 3, p.to 1, della *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional* n. 27 del 2010 (LTCP)³², quale principio (il primo di tredici) che guida la giustizia costituzionale. In costituzione, analogo significato si rinviene all'art. 3, ove però non ci si riferisce alla plurinazionalità bensì alla nazione boliviana, la quale costituisce nel suo complesso il popolo boliviano³³. Alle origini sorto su una identità nazionale monoculturale, escludente gli indigeni, ora lo Stato riconosce appieno la sua natura composita a partire dai vertici istituzionali: l'Assemblea legislativa plurinazionale, il Tribunale costituzionale plurinazionale, l'Organo elettorale plurinazionale sono gli organi supremi obbligatoriamente rappresentativi delle varie componenti del paese. Anche a livello territoriale si esalta l'elemento etnico, parificando i territori indigeni originari contadini agli altri enti periferici.

3.2. Lo Stato interculturale

²⁹ Cfr. X. ALBÓ, *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*, CIPCA, La Paz, 2008, p. 253.

³⁰ Cfr. la *declaración* del *Tribunal Constitucional Plurinacional* nr. 0006/2013 del 5 giugno 2013.

³¹ Si v. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010, p. 81; C. GONZÁLEZ, *Democracia e pluralità, da diritti etnici a costituzioni plurinazionali* (1991-2012), in *Confluenze. Rivista di Studi iberoamericani*, 2, 2014, p. 30.

³² E, analogamente, nella *Ley del Órgano Judicial*, n. 25 del 2010.

³³ Art. 3 Cost.: «La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano».

Il richiamo allo Stato interculturale sottende la volontà di decostruire le strategie politiche, culturali ed epistemologiche dominanti, che continuano a emarginare i popoli indigeni. Come osserva Clavero, lo Stato interculturale è quello che «*reconoce y garantiza el pie de igualdad entre culturas a fin de que puedan pacíficamente autogestionarse, desenvolverse y mutuamente enriquecerse*»³⁴. L'interculturalità pone l'accento sulla relazione, comunicazione e apprendimento permanente fra le persone e le comunità di saperi, valori, tradizioni e logiche distinte, per favorire il pieno sviluppo delle capacità dei singoli e dei gruppi, rompendo con lo schema egemonico di una cultura dominante e altre subordinate e sviluppando politiche di decolonizzazione e desubalternizzazione³⁵.

La complementarietà e l'interculturalità fra gruppi fondano una nuova istituzionalità plurinazionale lontana dalla logica coloniale, dove si attiva un processo di ricostruzione e di valorizzazione dei saperi e delle conoscenze ancestrali³⁶. Il dialogo interculturale assicura che i valori plurali supremi si complementino nella società e irradiano del loro contenuto tutti gli atti³⁷. Usando le parole di de Sousa Santos, l'interculturalità è un cammino che si compie strada facendo. È un processo storico complesso per due motivi: perché sottende la trasformazione delle relazioni verticali fra culture in relazioni orizzontali; e perché non può condurre al relativismo una volta che la trasformazione sia avvenuta in un dato quadro costituzionale, ove il riconoscimento della plurinazionalità è un mandato politico per la promozione dell'interculturalità³⁸. All'ordinamento è dunque affidato il compito di creare «*un percorso che consenta alle culture di essere "viste" non lasciando la*

³⁴ Cfr. B. CLAVERO, *Sociedad multicultural y Estado intercultural por América Latina entre historia y Constitución*, in S. BAGNI (a cura di), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia?*, AlmaActa, Bologna, 2017, p. 20.

³⁵ Si v. C. WALSH, *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Abya-Yala, Quito, 2009, pp. 41 ss.

³⁶ Cfr. la *declaración* del TCP nr. 0006/2013 del 5 giugno 2013.

³⁷ A tal riguardo, il Tribunale costituzionale plurinazionale afferma che: «*El reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico hace posible un diálogo intercultural entre derechos, pues ya no existe una sola fuente de Derecho y de los derechos; de donde éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlos como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto*»; v. sent. cost. n. 0790/2012, del 20 agosto 2012. V. altresì la sent. cost. nr. 1422/2012 del 24 settembre 2012.

³⁸ Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, pp. 102 ss.

*dimensione interculturale alla sola (buona) volontà politica, ma “istituzionalizzandola”*³⁹.

Secondo l'art. 98 Cost., l'interculturalità è uno strumento teso alla coesione e alla convivenza armonica ed equilibrata fra tutti i popoli e le nazioni, con estesi riflessi nella sfera educativa (artt. 9; 17; 30, p.to 12; 78; 79; 80, c. II; 91; 93; 95; 96 Cost.), nonché nell'ambito sanitario (art. 18, c. III, Cost.) e in quello della sicurezza sociale (art. 45 Cost.). In particolare, la *Ley de la Educación “Avelino Siñani - Elizardo Pérez”* n. 70 del 2010, all'art. 6, c. II, definisce l'interculturalità come lo sviluppo della interrelazione e interazione di conoscenze, saperi, scienza e tecnologia proprio di ogni cultura con le altre, che rafforza la rispettiva identità e l'interazione a parità di condizioni fra tutte le culture. Ai sensi dell'art. 3, p.to 3, LTCP, l'interculturalità declinata nell'ambito giudiziario implica il riconoscere l'espressione e la convivenza della diversità culturale, istituzionale, normativa e linguistica, e l'esercizio dei diritti individuali e collettivi. Il progetto interculturale deve assicurare che i valori plurali supremi si complementino nella società e irradiano del loro contenuto tutti gli atti⁴⁰.

4. *Le fonti delle comunità autoctone e la giustizia indigena*

Nell'attuale ordinamento boliviano, il pluralismo giuridico implica il riconoscimento della coesistenza di vari sistemi normativi. Mentre il monismo alimenta la supremazia del diritto di produzione statale nei confronti di qualsiasi altro sistema giuridico esistente al suo interno, il pluralismo si propone come sua alternativa, criticando l'uniformità veicolata dalla visione che sostiene una sola comunità e la cultura di una sola nazione e che nega la presenza di altre collettività culturali e politiche. La costituzione legittima gli atti e le decisioni giudiziali emesse dalle autorità indigene, che vincolano gli appartenenti alla comunità di riferimento. Ai sensi dell'art. 410, c. II, p.to 3, Cost., la legislazione posta in essere dalle autonomie indigene è pariordinata alle leggi nazionali, agli statuti autonomici, alle carte organiche, e alla legislazione dei dipartimenti e municipi. Inoltre, essendo la funzione giudiziaria uno strumento strategico per agevolare il processo di cambiamento e per «*descolonizar el derecho*»⁴¹, la giurisdizione ordinaria e quella indigena sono

³⁹ Così C. PICCOCCHI, *L'interculturalità come condizione di sostenibilità del multiculturalismo*, in S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *op. cit.*, p. 129.

⁴⁰ Cfr. la sent. cost. nr. 1422/2012 del 24 settembre 2012.

⁴¹ Si v. J.C. PINTO QUINTANILLA (coord.), *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso*

gerarchicamente parificate (art. 179, c. 2, Cost.)⁴².

L'ordinamento in questo modo si apre alle norme e ai procedimenti delle nazioni e dei popoli indigeni quali dirette manifestazioni giuridiche dello Stato plurinazionale. Il decentramento ha ricadute sul sistema delle fonti positive, che comprende anche quelle di origine autoctona provenienti dai territori indigeni, a partire dai loro statuti, soggetti a un controllo preventivo di costituzionalità (su cui *infra*, § 6.3). Territori dove vige pure la *costumbre*, a carattere orale, partecipativo, flessibile e orientato alla conciliazione, riconosciuta ex art. 30, c. II, p.to 2, Cost.⁴³. Ulteriore richiamo al diritto ctonio si ravvisa nei disposti che contemplano le «*normas propias*» delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini. Così gli artt. 210, c. III, Cost. (sul modo di eleggere i rappresentanti autoctoni nelle loro organizzazioni) e 403, c. I, Cost. (sulla facoltà di applicare le regole indigene nei rispettivi territori); e ancora, l'art. 397, c. II, Cost., relativo alla proprietà agricola e all'uso sostenibile delle terre. Dalle *costumbres* discendono norme che si conformano alle circostanze, secondo un modo di comprendere la realtà riconducibile alle cosmovisioni dei gruppi indigeni, ossia alle loro rappresentazioni del mondo⁴⁴. Lo Stato ha il compito promuovere «*usos y costumbres*» mediante il riconoscimento dei diritti collettivi delle nazioni e dei popoli indigeni anche nelle comunità di natura composita a seguito del processo di meticciato. Nonostante l'influenza di elementi che riflettono l'ibridazione, qualsiasi fattore di coesione collettiva, es. lingua, territorio ancestrale, riti, cosmovisioni, è inteso come indice di sottoposizione della comunità ai diritti collettivi, a cui si estendono gli effetti dell'art. 30 Cost. e del principio di libera determinazione delle nazioni e dei popoli indigeni⁴⁵.

Il sistema giuridico boliviano si compone dunque, oltre alle fonti statali, anche di norme positive e consuetudinarie di produzione indigena, delineando un sistema di interlegalità, ossia di fonti plurali autonome ma assiológicamente interdipendenti. L'interlegalità rappresenta la visione post-moderna del pluralismo giuridico. Mentre la concezione classica concepisce i vari centri normativi come entità separate, l'interlegalità li intende come

Constituyente Boliviano, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2009, tomo III, vol. 1, p. 200.

⁴² C.A. GOITIA CABALLERO, *La supremacía constitucional en Bolivia*, in *Foro Revista de Derecho*, 12, 2009, p. 209.

⁴³ E anche menzionata agli artt. 374, c. II, e 375, c. II, Cost., nell'ambito della gestione delle acque e delle risorse idriche, dei bacini per l'irrigazione, della sicurezza alimentare e dei servizi di base.

⁴⁴ Così la sent. cost. nr. 1016/2014, del 6 giugno 2014.

⁴⁵ Sent. cost. nr. 1422/2012 del 24 settembre 2012.

spazi che operano simultaneamente, interagiscono e si intersecano senza che vi sia un effettivo coordinamento⁴⁶. Non essendoci una sola fonte di produzione del diritto e dei diritti, la loro interpretazione sollecita un dialogo interculturale con l'intento di riempire di significato i diritti in occasione di ogni singolo caso concreto⁴⁷.

Nell'elenco delle materie di competenza esclusiva delle autonomie indigene originarie contadine figura l'esercizio della giurisdizione (art. 304, c. 1, p.to 8, Cost.). Nelle comunità indigene, il concetto di giustizia e di controllo sociale a essa sotteso è ben diverso da quello che informa l'apparato statale delle società modellate secondo i canoni della tradizione giuridica occidentale. Il sistema giuridico comunitario antepone gli interessi collettivi a quelli individuali. Il fine primario della giustizia all'interno di un gruppo indigeno è ristabilire la pace e l'equilibrio spezzato a causa delle azioni di un soggetto; non è quello di punire comportamenti pericolosi o devianti⁴⁸. La *costumbre* è applicata dalle autorità giurisdizionali indigene per risolvere e per prevenire conflitti a partire dai valori etnici locali, anche mediante sanzioni morali e simboliche che hanno il fine di ripristinare l'armonia all'interno del gruppo⁴⁹.

Il potere giudiziario, nell'alveo di una funzione unitaria, si compone di tre giurisdizioni: ordinaria, agro-ambientale e indigena (art. 179 Cost.), a cui si devono assommare altre eventuali giurisdizioni riconosciute per

⁴⁶ Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in *Sociologia del diritto*, 3, 1990, p. 28 ss.; C. OCHOA GARCÍA, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Cholsamaj, Guatemala, 2002, p. 112.

⁴⁷ V. la sent. cost. nr. 0572/20147 del 10 marzo 2014.

⁴⁸ In chiave l'antropologica, gli elementi che consentono di definire la normatività giuridica indigena come un sistema autonomo sono dati da: società semplici; i rapporti di proprietà; le autorità come organi di applicazione del diritto; il linguaggio; la parentela. Il primo aspetto si identifica nello spazio territoriale dove le norme sono vigenti. La proprietà si distingue in comunale e familiare, entrambe basate sull'identità culturale del gruppo e sui rapporti di parentela. L'applicazione del diritto ctonio presuppone l'accettazione dell'autorità, che sorge dal consenso reciproco fra i membri della comunità, per cui essi acconsentono che uno di loro farà parte della struttura che applicherà il diritto (assemblee, consigli degli anziani, governatori tradizionali, ecc.). Il codice linguistico, inteso come struttura discorsiva, muove dal principio di oralità e dà concretezza alle regole indigene. Infine, le famiglie sono i nuclei delle comunità indigene e hanno il compito di normare i processi di eredità e di trasmissione della ricchezza. Si v. C.H. DURAND ALCÁNTARA, *The indigenous legal tradition*, in *Seqüência (Florianópolis)*, 68, 2014, pp. 24 ss.

⁴⁹ Á. GARCÍA LINERA, *El Estado Plurinacional*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2009, pp. 7 ss., in http://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/discursos_ponencias_7.pdf.

legge. L'uso della parola giurisdizione rafforza il riconoscimento della parigierarchia del sistema indigeno con le altre diramazioni del potere giudiziario, eguaglianza da cui discende il divieto per la magistratura ordinaria di rivedere le decisioni assunte dalle autorità autoctone⁵⁰. La giustizia indigena non è più concepita quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie, come era in precedenza; si tratta invece del sistema che garantisce l'osservanza delle regole di convivenza all'interno delle autonomie originarie, ancorato agli stili di vita di questi gruppi. L'esercizio della giustizia indigena è demandato alle autorità preposte, che applicano i rispettivi principi, valori culturali, norme e procedure (art. 190, c. I, Cost.). Le autorità sono riconducibili ai componenti delle assemblee degli enti territoriali indigeni e delle organizzazioni locali; pure quanti hanno terminato il loro mandato di autorità designate possono mantenere un ruolo importante nel sostenere le decisioni prese in seno alla comunità⁵¹.

5. *I criteri di coordinamento fra la giustizia indigena e le altre giurisdizioni*

Laddove la giurisdizione indigena sia riconosciuta, fa sorgere la necessità di individuare dei criteri di coordinamento con il sistema giuridico statale. Secondo l'elaborazione offerta da Sagüés, le soluzioni prescelte ruotano attorno a regole di preferenza, di delimitazione e di articolazione. Il primo modello di coordinamento, basato su regole di preferenza, fa leva sulla superiorità che la costituzione assegna a uno o più elementi su altri. Da ciò discendono limiti all'applicazione della giustizia indigena individuabili nella costituzione stessa e/o nel rispetto dei diritti fondamentali e/o nella legge e/o nell'ordine pubblico. Il modello basato su regole di delimitazione inquadra le competenze della giustizia indigena secondo criteri personali (es. i non indigeni non sono sottoponibili a tale giurisdizione) e/o geografici e/o ambiti di materie. Il modello delle regole di articolazione tra la giurisdizione indigena, quella ordinaria e quella costituzionale si ravvisa laddove la costi-

⁵⁰ V. M. BAZURCO OSORI, J.L. EXENI RODRÍGUEZ, *Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad*, in B. DE SOUSA SANTOS, J.L. EXENI RODRÍGUEZ (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya Yala, Quito, 2012, p. 51.

⁵¹ H. Guarayo Llacsá, *Alcances e implementación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional: visión de las autoridades indígenas originarias de la Nación Yampara (Chuquisaca, Bolivia)*, in A. GÁLVEZ RIVAS, C. SERPA ARANA (eds.), *Justicia intercultural en los países andinos. Contribuciones para su estudio*, Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria, Lima, 2013, p. 111.

tuzione stabilisca che le autorità pubbliche debbano rispettare le decisioni rese dalle autorità autoctone, ed eventualmente che tali decisioni siano passibili di controllo di costituzionalità e/o che siano gli stessi indigeni a poter richiedere un parere al tribunale costituzionale in merito all'applicazione di norme⁵². Tali soluzioni sono tutte presenti nell'ordinamento boliviano.

5.1. *I limiti e gli ambiti di esercizio della giustizia indigena*

La Costituzione boliviana provvede a definire i limiti all'esercizio delle attività riconosciute agli enti esponentziali autoctoni e fissa gli ambiti soggettivo, materiale e territoriale della giurisdizione indigena, poi specificati nella *Ley de Deslinde Jurisdiccional* nr. 073 del 29 dicembre 2010 di disciplina dei rapporti fra autorità giudiziarie indigene e le altre giurisdizioni, dove si palesano alcune criticità (*infra*, § 5.2).

Limiti generali a cui soggiace la libera determinazione delle nazioni e dei popoli indigeni sono individuati nel rispetto dell'unità dello Stato e nella conformità alla costituzione e alle leggi (art. 2 Cost.). Il riferimento alla legge, se applicato alla giurisdizione indigena, stante la sua pariordinazione con le altre giurisdizioni statali, dovrebbe escludere qualsiasi atto ad eccezione della *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, nonché delle leggi di recepimento delle convenzioni internazionali sui diritti umani che rientrano nel blocco di costituzionalità. Siffatta interpretazione parrebbe avallata dal precetto che investe direttamente i sistemi giuridici autoctoni: ai sensi dell'art. 30, c. 2, p.to 14, Cost., il loro esercizio incontra solo il limite del rispetto della cosmovisione. Un richiamo che difficilmente, si reputa, potrebbe opporre ostacoli all'esercizio delle attività dei nativi.

Ancora, con specifico riguardo alla giustizia indigena, l'art. 190, c. II, Cost. afferma che essa è tenuta al rispetto del diritto alla vita, del diritto alla difesa e degli altri diritti e garanzie stabiliti in costituzione. Uno dei nodi più difficili da sciogliere nel momento in cui il sistema giuridico statale si coordina con altri sotto-sistemi vigenti al suo interno riguarda l'equilibrio fra diverse concezioni dei diritti e correlate garanzie nei confronti di singoli e gruppi. Il fatto che i diritti fondamentali siano enunciati nel linguaggio giuridico di impronta occidentale non ne avalla una concezione universalistica. Essi entrano nelle narrazioni dei gruppi ancestrali in base a cosmovisioni e logiche distinte. L'interlegalità richiede solo che si stabilisca un "minimo

⁵² N.P. SAGÜES, *Derechos de los pueblos originarios: ¿El derecho al propio derecho y a la propia jurisdicción?*, in *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, XIX, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2013, pp. 386 ss.

giuridico”, ossia un insieme di parametri, obiettivi e ideali che devono essere osservati sia dalla giurisdizione ordinaria che da quella indigena quali limiti alla loro attività e che si rispecchiano nei diritti fondamentali⁵³. La forte rappresentanza dei nativi nel momento costituente è indice del consenso preventivo a tali limitazioni.

Con riguardo agli ambiti della giurisdizione indigena, l'art. 191, c. II, Cost. afferma che sono sottoposti a tale giurisdizione i membri delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini in veste di attori o convenuti, denunciati o imputati, ricorrenti o riceventi ricorso; rinvia a una apposita legge la definizione dell'ambito materiale; sancisce che tale giurisdizione si applichi alle relazioni e ai fatti giuridici che si realizzano o i cui effetti si producono all'interno della giurisdizione di un popolo indigeno originario contadino. Nei lavori preparatori alla costituzione l'articolo in esame aveva un contenuto più ampio, privo delle restrizioni suindicate, riconducibili a categorie processuali occidentali, e dunque senza la necessità di un rinvio a una legge di delimitazione giurisdizionale. Nei progetti in discussione la giustizia autoctona avrebbe potuto conoscere tutti i casi relativi alla lesione di beni giuridici indigeni a opera di nativi e non nativi, con una competenza estesa anche al di fuori dei territori ancestrali⁵⁴.

In dottrina si sostiene che l'attuale disposto comporti una estensione graduale e progressiva della giustizia indigena, a partire dal vincolo personale, riconducibile all'identità culturale degli individui, comprendente narrative, saperi, cosmovisioni, logiche collettive, valori e modi di concepire la giustizia e il diritto. Obiettivo del pluralismo giuridico nel sistema boliviano non è quello di creare *enclaves* fra le comunità, bensì di consolidare le fondamenta giuridiche all'interno di ogni gruppo e di agevolare il dialogo fra gruppi e fra questi e lo Stato. Il pluralismo sottende l'incontro e l'interazione di linguaggi giuridici distinti e presuppone un cambiamento epistemologico al fine di comprendere concezioni ora equiparate a quelle dominanti. La terminologia impiegata nell'articolo non va dunque intesa in senso impositivo o coloniale. Il disposto va letto seguendo un linguaggio più duttile, tenendo presente, ad esempio, che i riferimenti alle posizioni giuridiche dei singoli, attive e passive, sono tipiche del diritto occidentale e sconosciute nei sistemi

⁵³ V. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Constitución Política del Estado anotada, concordada y comentada, Artículo 190*, 2013, in <http://econstitucional.com/menuanalysis.aspx?ID=190>.

⁵⁴ Cfr. R. Z. YRIGOYEN FAJARDO, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, in C. RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 153.

indigeni, ove non esiste nemmeno la logica dei codici processuali, bensì esistono vari modi per risolvere i conflitti che non sono fissati una volta per tutte; che la sfera materiale va ricondotta a ciò che siffatta giurisdizione può conoscere, ossia molte delle questioni che ricadono negli ambiti penale e civile; e che la giurisdizione stessa, generalmente riferita a un territorio, non si concilia, nella concezione dei nativi, con limiti geografici o con i confini delle autonomie indigene. Gli ambiti di vigenza della giurisdizione autoctona devono pertanto riflettere una costruzione collettiva e aperta a ulteriori sviluppi⁵⁵. L'interpretazione dottrinale dell'articolato segna l'emersione di un approccio esegetico pluralista. Esso è caratterizzato dalla flessibilità per accogliere altri modi di intendere il diritto e la giustizia. Un orizzonte interpretativo disatteso dal legislatore nella fase attuativa.

5.2. *La legge di delimitazione giurisdizionale*

Già negli anni Novanta il legislatore boliviano tentò di approvare una legge di coordinamento della giustizia indigena e ordinaria, sulla scia degli impulsi provenienti dalle organizzazioni internazionali. La *ratio* dell'atto avrebbe dovuto riguardare la disciplina delle situazioni di confine, i rapporti ricadenti nelle intersezioni fra le due giurisdizioni, per chiarire quale sistema applicare al caso concreto⁵⁶. L'approccio seguito tramite la *Ley de Deslinde Jurisdiccional* è diverso. Essa delinea il quadro normativo volto a evitare sovrapposizioni fra giustizia locale e le altre giurisdizioni indicando le materie sottratte alle autorità autoctone. Un primo profilo critico riguarda proprio la stessa *Ley*, indirizzata principalmente agli organi giudiziari indigeni e, per questo, potenzialmente lesiva dei canoni del pluralismo e della pari gerarchia fra giurisdizioni⁵⁷.

Nel dettaglio, il Capitolo I: Disposizioni generali della *Ley* si apre affermando che oggetto della legge è la regolazione degli ambiti di vigenza fra la giurisdizione indigena e le altre giurisdizioni riconosciute in costituzione. Essa ha inoltre l'obiettivo di stabilire i meccanismi di coordinamento e di cooperazione fra giurisdizioni, nel quadro del pluralismo giuridico (art. 1

⁵⁵ Cfr. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Constitución Política del Estado anotada, concordada y comentada, Artículo 191*, 2013, in <http://econstitucional.com/menuanalis.asp?ID=191>.

⁵⁶ Cfr. S. RAMÍREZ, *Reconocimiento pleno de la administración de justicia indígena en la nueva Constitución de Bolivia. La Ley de Deslinde Jurisdiccional: sus contenidos mínimos y alcances*, p. 4, in <https://docs.google.com/document/d/1x2xDx4NyfBzvdOAKfOtpbz-Q9FmVjzrgLA9B-Wf6d64A/edit?pli=1>.

⁵⁷ H. GUARAYO LLACSA, *op. cit.*, p. 111.

Ley). Il fondamento che giustifica queste previsioni è l'esistenza pre-coloniale delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini e il loro dominio ancestrale sui rispettivi territori, che si sostanzia nella libera determinazione nel quadro dell'unità statale. La legittimazione di quest'atto discende dalla costituzione, dalla legge nr. 1257 del 1991 di ratifica della Convenzione ILO 169 sui diritti dei popoli indigeni e tribali, dalla legge nr. 3897 del 2008 che recepisce la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei popoli indigeni, e dagli ulteriori strumenti internazionali sui diritti umani applicabili nell'ordinamento (art. 2 *Ley*).

I principi su cui si fonda la legge, di cui all'art. 4, riproducono quanto già fissato nella costituzione. Anzitutto si afferma che l'esercizio delle giurisdizioni riconosciute ha il fine di preservare l'unità e l'integrità territoriale dello Stato plurinazionale. Viene poi affermato il diritto dei nativi a mantenere e a rafforzare la relazione spirituale con le loro terre e le responsabilità nei riguardi delle generazioni a venire, e si constata il rapporto armonioso, di complementarità e di rispetto verso Madre Terra. La diversità culturale, l'interpretazione interculturale e il pluralismo giuridico paritario sono i pilastri più importanti su cui si fonda il nuovo ordinamento, non a caso riproposti nella *Ley*, essendo i principi che devono informare l'azione dei giudici e delle istituzioni giudiziarie. Del pari, si fissano i principi dell'indipendenza (relativa al divieto di ingerenza di una giurisdizione su un'altra) e della complementarità (ossia la concorrenza di sforzi e di iniziative di tutte le giurisdizioni riconosciute), i quali richiedono una rinnovata cultura giuridica e la traduzione interculturale del pluralismo giuridico⁵⁸ per non comprimere la giustizia locale, a rischio di sopravvivenza qualora non si radichi nel contesto di un dialogo democratico e partecipativo e di rispetto dei diritti collettivi⁵⁹. Nell'ottica del coordinamento fra giurisdizioni e della costruzione di un effettivo Stato interculturale, in dottrina si suggerisce di istituzionalizzare periodi di *stage* (*pasantías interculturales*) che consentano ai magistrati ordinari di soggiornare presso le comunità indigene per apprendere quei sistemi di regole e, viceversa, ai giudici indigeni di fare pratica dei procedimenti giudiziari statali e comprendere i principi che reggono la giustizia ordinaria⁶⁰. All'ultimo comma dell'art. 4 della *Ley* si afferma infine

⁵⁸ Si v. A. GRIJLAVA JIMÉNEZ, J.L. EXENI RODRÍGUEZ, *Coordinación entre justicias, ese desafío*, in B. DE SOUSA SANTOS, J.L. EXENI RODRÍGUEZ (eds.), *op. cit.*, p. 702.

⁵⁹ Cfr. Q. CONDE CHOQUE, *Hacia la construcción del pluralismo jurídico entendido como el derecho de acceso a la justicia: una pregunta sobre el «tribunal competente»*, in A. TOMASELLI, S. ORDÓÑEZ, C. WRIGHT (eds.), *Justicia y Formas de participación indígena*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nr. 74, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014, p. 20.

⁶⁰ Cfr. M.E. NEGRÓN PINO, *Diálogo intercultural para una efectiva coordinación y coope-*

che tutte le giurisdizioni sono tenute al rispetto e alla promozione dell'egualianza di genere, e alla garanzia delle pari opportunità di accesso all'esercizio dei diritti da parte di bambini, giovani, anziani, disabili. La tutela dei soggetti deboli si riverbera dunque in un limite all'applicazione della *costumbre* che non si adegui al disegno costituzionale, che ampia attenzione rivolge a queste categorie di individui⁶¹.

Il Capitolo II: Diritti fondamentali e garanzie costituzionali della *Ley* è composto da due articoli che riprendono e ulteriormente dettagliano i limiti a cui è sottoposta la giurisdizione locale. L'art. 5 ricorda che tutte le giurisdizioni riconosciute devono rispettare, promuovere e garantire il diritto alla vita e gli altri diritti costituzionali; che devono garantire l'esercizio dei diritti delle donne, la loro partecipazione, decisione, presenza e permanenza sia nell'accesso egualitario e giusto alle cariche sia nel controllo, decisione e partecipazione nell'amministrazione della giustizia. Con espresso riferimento alla giurisdizione indigena, si precisa che le autorità preposte non possono sanzionare anziani e disabili, per inadempienze nei doveri verso la comunità, con la perdita delle terre o con l'espulsione⁶². Il penultimo comma prescrive che le giurisdizioni riconosciute debbano proibire e sanzionare qualsiasi forma di violenza contro bambini, adolescenti e donne, vietando forme di conciliazione in tale ambito; e infine si proibisce il linciaggio. L'art. 6 vieta la pena di morte.

Affiora anche qui il possibile contrasto fra il diritto ctonio e il quadro delle garanzie individuali riconosciute a categorie di soggetti deboli, trattandosi di un aspetto particolarmente delicato che investe la concezione della *costumbre*. Tuttavia, mentre la costituzione fissa un minimo giuridico da interpretarsi interculturalmente, nella *Ley* si predilige un linguaggio spiccatamente coloniale. Il legislatore non è incline a un dialogo trasformativo di messa a confronto dei diversi punti di vista per ricercare formule più sensibili e rispettose della cultura tradizionale, qui presentata come veicolo di possibili atti discriminatori e di brutalità che potrebbero spingere la giustizia

ración entre sistema jurídicos: Pasantías interculturales in situ de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales, in *Rev. boliv. de derecho*, 13, 2012, pp. 107 ss.

⁶¹ Cfr. Sezione V: *Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud* (artt. 58-61); Sezione VII: *Derechos de las Personas Adultas Mayores* (artt. 67-69); Sezione VIII: *Derechos de las Personas con Discapacidad* (artt. 70-72).

⁶² L'espulsione, dall'organizzazione di appartenenza o dalla comunità stessa, è la massima sanzione che le autorità indigene possano comminare. Il provvedimento può riguardare sia persone fisiche che giuridiche, qualora esse non rispettino le norme, i principi e i valori desumibili dagli statuti autonomici, dai regolamenti comunitari e dagli *usos y costumbres*. L'espulsione in molti casi non è definitiva; essa assume il significato di un allontanamento dal cammino collettivo, che comprende la circostanza di un possibile ritorno.

autoctona a tollerare il linciaggio e la pena di morte.

Ancora meno giustificabili appaiono alcune restrizioni poste dalla legge di delimitazione giurisdizionale in merito ai criteri per l'esercizio della giustizia indigena. Il Capitolo III: Ambiti di vigenza della giurisdizione indigena originaria contadina della *Ley* (artt. 7-12) disciplina i requisiti soggettivo, materiale e territoriale per l'esercizio della giustizia locale, secondo il mandato di cui all'art. 191, c. II, p.to 2, Cost. L'art. 7 della *Ley*, a differenza della costituzione, statuisce che i tre requisiti debbano essere parimenti presenti per investire di un giudizio un'autorità comunitaria. La sfera personale individua i soggetti sottoponibili al giudizio, vale a dire i membri di una nazione o di un popolo indigeno originario contadino, in veste attiva o passiva. L'identificazione deve essere conforme alle regole delle rispettive comunità che, di norma, tengono un apposito registro in ossequio alla *Ley de Participación Popular*⁶³. Nella prassi, avallata dal Tribunale costituzionale plurinazionale, anche i non nativi, qualora residenti in una comunità indigena, sono sottoposti alla giurisdizione del luogo, al pari di quanto accade agli stranieri nell'ambito dello Stato (v. *infra*, § 6.1).

La sfera territoriale è definita dall'applicazione delle relazioni e dei fatti giuridici prodotti o i cui effetti si producano all'interno della giurisdizione locale. Riguardo all'articolazione della competenza, attualmente molti autoctoni risiedono nelle città; i territori indigeni ricoprono invece le zone rurali, le uniche a disporre della giustizia comunitaria⁶⁴. La scelta attuale, dunque, non si coniuga con aperture nei riguardi di coloro che, pur riconoscendo la validità della giustizia originaria, non possono rivolgersi ad essa vivendo al di fuori del relativo ambito di vigenza. La mancata previsione di una giurisdizione concorrente, subordinata al consenso delle parti, rende evidente la preferenza per il requisito territoriale rispetto a quello personale. Per i nativi residenti altrove, l'unica garanzia rinvenibile nella *Ley* riguarda l'interpretazione interculturale di cui all'art. 4, lett. d, secondo cui, nel somministrare la giustizia, le autorità sono tenute a prendere in considerazione le differenti culture dello Stato plurinazionale. In merito all'ausilio della perizia antropologica o sociologica, si osserva che questa soluzione è un palliativo di modesto effetto nell'ottica dello Stato plurinazionale, in quanto i consulenti altro non fanno che illustrare ai giudici ordinari la cultura e le pratiche

⁶³ Cfr. L.A. ARRATIA JIMÉNEZ, *Bases constitucionales de la Ley de Deslinde Jurisdiccional*, in A.A.V.V., *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, CONCED-GTZ, La Paz, 2010, p. 232.

⁶⁴ Si v. Z. QUISPE COLQUE, *Bolivia: La justicia indígena y la ley de deslinde jurisdiccional*, 2011, in <http://www.justiciaenlosandes.org/contenido/la-justicia-ind%C3%ADgena-y-la-ley-de-deslinde-jurisdiccional-bolivia>.

giuridiche indigene. Sono questi ultimi che, alla fine, decidono secondo i canoni del diritto occidentale e non del diritto ctonio.

Il requisito materiale individua la competenza negli ambiti che tradizionalmente sono stati affidati alle autorità comunitarie al comma I dell'art. 10, facendo un elenco delle materie escluse al comma II. Nella sfera penale, ad esempio, non ricadono i reati che rilevano nel diritto internazionale, i crimini contro l'umanità, quelli contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato, i reati di terrorismo, quelli tributari e doganali, i reati di corruzione e qualsiasi altro crimine ove lo Stato sia parte lesa, la tratta e il traffico di persone, di armi e il narcotraffico, i reati contro l'integrità fisica di bambini e adolescenti, i reati che comportino lesioni od omicidio. Nella sfera civile è escluso qualsiasi processo ove l'apparato amministrativo statale sia parte o terzo interessato, e le cause connesse al diritto proprietario. Sono inoltre lasciati fuori gli ambiti riconducibili al diritto del lavoro, della sicurezza sociale, tributario, amministrativo, minerario, di idrocarburi, forestale, informatico, internazionale pubblico e privato, e agrario, eccetto la distribuzione interna delle terre in quelle comunità che abbiano titoli legali o diritti proprietari collettivi sulle stesse. Infine, la *Ley* introduce ulteriori limiti all'attività giudiziaria nativa, laddove la clausola di chiusura prevede che saranno esclusi ulteriori ambiti che la costituzione e la legge riservino ad altre giurisdizioni.

L'elenco evidenzia chiaramente la marginalità delle attribuzioni indigene, che storicamente hanno sempre trattato anche reati di assassinio, corruzione, furto, e altri ancora, ora demandati alla giustizia ordinaria, come pure l'ambito relativo al diritto forestale, intrinsecamente connesso alla gestione delle terre comunitarie, e affidato alla giustizia agro-ambientale, con il rischio di svilire il precetto superprimario laddove si afferma che la funzione sociale rivestita dall'uso sostenibile della terra da parte dei nativi è basata sulle norme proprie delle comunità (art. 397, c. II, Cost.). Il fatto poi di prevedere ulteriori casi che potranno essere sottratti alla magistratura indigena per essere affidati ad altre giurisdizioni contravviene al principio costituzionale di pari gerarchia⁶⁵. Inoltre, disporre che l'intervento dello Stato in un giudizio determini automaticamente la competenza giurisdizionale non locale implica una ulteriore restrizione della sfera autoctona⁶⁶.

⁶⁵ In argomento si rinvia a E. RODRÍGUEZ VELTZÉ, *Ley de Deslinde Jurisdiccional - Derechos individuales y colectivos*, in E. CÓNDR (coord.), *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, KAS, Bolivia, 2011, pp. 141 ss.

⁶⁶ Così M. CARDUCCI, *Intervento*, nell'ambito del seminario "El desarrollo de las autonomías jurisdiccionales de los pueblos indígenas en las Constituciones ibero-americanas: el método negocial", 4 aprile 2014, Università degli Studi di Trento.

Il Capitolo IV: Coordinamento e cooperazione (artt. 13-17 *Ley*) enuclea i meccanismi per la mutua collaborazione fra giurisdizioni. Il coordinamento implica la concertazione dei mezzi e degli sforzi per perseguire la convivenza sociale, il rispetto dei diritti individuali e collettivi, e la garanzia effettiva dell'accesso alla giustizia ai singoli e alle comunità (art. 13). I meccanismi mediante cui le giurisdizioni operano la concertazione sono individuati nell'accesso trasparente alle informazioni su fatti e sui precedenti delle persone; in uno spazio di dialogo inerente all'applicazione dei diritti umani nelle loro decisioni e allo scambio di esperienze sui metodi di risoluzione delle controversie (art. 14). Quanto al dovere di cooperazione *ex art.* 15 *Ley*, atto a eseguire ed attuare gli accordi derivanti dal coordinamento, i relativi meccanismi esplicitati all'art. 16 si articolano in condizioni di equità, trasparenza, solidarietà, partecipazione e controllo sociale, celerità, opportunità e gratuità. Essi si individuano nelle autorità giudiziarie e nelle autorità del pubblico ministero, polizia, sistema penitenziario e altre istituzioni, chiamate a prestare immediata cooperazione e a fornire informazioni su richiesta della giurisdizione indigena, e viceversa; la rimessione delle informazioni e dei precedenti su questioni o controversie fra la giustizia comunitaria e le altre giurisdizioni. Il coordinamento e la cooperazione, ai sensi dell'art. 17, si configurano come obblighi, il cui mancato rispetto è sanzionato come grave mancanza disciplinare nelle giurisdizioni ordinaria, agro-ambientale e nelle giurisdizioni speciali, e nella giurisdizione indigena secondo i propri procedimenti.

6. *Le funzioni del Tribunale costituzionale plurinazionale relative all'autoctonia*

La plurinazionalità dell'ordinamento boliviano si riverbera nella composizione del Tribunale costituzionale plurinazionale e l'interculturalità assurge a metodo interpretativo nelle funzioni affidate a tale organo. Quanto al profilo strutturale, la costituzione si limita a sancire che il TCP è integrato da magistrato e magistrati eletti a suffragio universale secondo criteri di plurinazionalità, provenienti dalla magistratura ordinaria e da quella indigena originaria contadina (artt. 197, c. I, e 198 Cost.)⁶⁷. È la legge di attuazione

⁶⁷ In argomento si rinvia a F. REY, *Institutional Designs for Judicial Independence in comparative law. The Bolivian Plurinational Constitutional Court and the Colombian Constitutional Court*, in *JPs Working Papers*, 2, 2014, pp. 4 ss.; B. CLAVERO, *Tribunal*

a stabilire che il collegio sia composto da sette giudici titolari e da sette supplenti, e che almeno due giudici debbano provenire dal sistema indigeno originario contadino, per auto-identificazione personale (art. 13 LTCP).

Quanto al profilo funzionale, il TCP dà vita, secondo l'opinione di questo stesso organo, a un modello di giustizia costituzionale accentrato e plurale⁶⁸. Dall'inclusione dei sistemi giuridici autoctoni nella configurazione dello Stato discende un sindacato di costituzionalità atipico, di tipo plurale, esercitabile sia sulle fonti-atto sia sulle regole ancestrali dei nativi. Data poi la diversa natura dei due sistemi, indigeno e statale, i loro rispettivi principi non possono trovare applicazione al di fuori dell'alveo di riferimento; di conseguenza, spetta al TCP alimentare il pluralismo ed evitare l'uniformità del diritto avviando un dialogo con tali soggetti istituzionali per adempiere al mandato espresso nella rifondazione dello Stato. In merito alle competenze sottese alla sfera dell'autoctonia, il giudice delle leggi è incaricato di risolvere i conflitti di attribuzione fra giustizia indigena, ordinaria e agro-ambientale (art. 202, p.to 11, Cost.); può essere consultato, su istanza delle autorità autoctone, sull'applicazione delle loro regole in casi concreti (art. 202, p.to 8, Cost.); è tenuto a sindacare in via preventiva la costituzionalità dei progetti di statuti delle autonomie, ivi compresi quelli delle autonomie indigene originarie contadine (art. 275 Cost.); ed è chiamato a decidere sulle controversie fra governo plurinazionale, entità territoriali autonome e decentrate, e fra queste ultime (art. 202, p.to 3, Cost.). Inoltre, in quanto garante del rispetto e dell'effettività dei diritti e delle garanzie costituzionali, il TCP può revisionare le decisioni prese dalle giurisdizioni riconosciute dall'ordinamento, ivi comprese le autorità indigene, in via di *acción de libertad*, di *acción de amparo constitucional*, di *acción de protección de privacidad*, di *acción popular* e di *acción de cumplimiento* (art. 202, p.to 6, Cost.). Per il rilievo assunto dalle prime tre funzioni suindicate, e su queste che si appunta approfonditamente l'analisi.

Constitucional en Estado Plurinacional: El Reto Constituyente de Bolivia, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1, 2012, pp. 29 ss.; A.E. VARGAS LIMA, *Reflexiones críticas sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia*, in *Estudios Constitucionales*, 2, 2011, pp. 639 ss.

⁶⁸ Cfr. la sent. cost. 2143/2012 dell'8 novembre 2012.

6.1. *La risoluzione dei conflitti di attribuzione fra giustizia indigena e altre giurisdizioni*

Con riferimento ai conflitti di attribuzione fra giustizia indigena e altre giurisdizioni, è tramite siffatta tipologia di controversie che emergono le problematiche insite nelle sfere personale, territoriale e competenziale che concorrono a stabilire la giurisdizione nei casi concreti. Recenti decisioni del TCP estendono il profilo soggettivo anche ai non nativi e ampliano le garanzie di accesso alla giustizia indigena sotto il profilo materiale.

Quanto al primo aspetto, la sentenza nr. 0026/2013 statuisce che in casi eccezionali le persone estranee alla comunità indigena possano essere giudicate dall'autorità locale. Il fondamento della decisione si rinviene nel diritto collettivo ad amministrare la giustizia originaria, strettamente legato alla costruzione dell'identità autoctona. Per questo, si ammette che i non nativi si assoggettino alle regole ancestrali in via espressa o tacita, allorquando decidano di risiedere in un territorio indigeno. Il trattamento di favore nei riguardi del gruppo appare legittimo essendo in linea con il disegno costituzionale di valorizzazione dell'elemento autoctono. L'interesse alla sopravvivenza delle comunità e del loro portato giuridico, nonché al loro sviluppo, soverchia così i diritti dei singoli, che non possono pretendere automaticamente l'applicazione delle regole del sistema normativo ordinario qualora non si identifichino nella cultura nativa. Si tratta di una scelta che avrebbe potuto compiere il legislatore, specificando i casi di deroga alla regola generale. La *Ley de Deslinde*, al contrario, non si occupa delle situazioni di confine e impone invece la contestualità dei tre ambiti, in tal modo restringendo le fattispecie applicative del diritto ctonio. A sua volta, il TCP smentisce la necessaria concomitanza dei tre criteri, del resto non prevista in costituzione. Il collegio, peraltro, non dichiara l'illegittimità della norma contenuta nella *Ley*, né indica le ipotesi di eccezionalità che determinano l'avocazione della causa alla giustizia locale. Il richiamo alla subordinazione tacita dei non nativi alle regole ancestrali, così come alla residenza nel territorio indigeno, sembrano lasciare aperta la porta a molte fattispecie in cui la situazione giuridica gravita nell'orbita delle comunità. A ciò vanno aggiunte le considerazioni relative all'ambito materiale.

Secondo il TCP la distinzione per materie non è concepita dai popoli autoctoni e dunque il riconoscimento e la risoluzione dei casi che li riguardano deve partire da una comprensione integrale, ove il conflitto è un momento in cui rilevano pure l'elemento spirituale, religioso, e non

vi è differenza fra materia penale, civile, sociale, familiare. Inoltre, ogni gruppo ha un proprio sistema giuridico conforme alla rispettiva cosmovisione, alla cultura, a valori e regole, sulle cui basi risolve le controversie, e ha competenza a decidere in quali situazioni intervenire e quando demandare la causa ad altre autorità. Secondo questa linea giurisprudenziale, la giurisdizione indigena è abilitata a conoscere e risolvere i casi reputati di sua attinenza indipendentemente se siano considerati gravi o lievi, penali o civili, secondo il diritto statale. Inoltre, in virtù del principio di libera determinazione dei popoli indigeni, il contenuto di cui all'art. 10, p.to II, della *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, relativo alle materie residuali, attribuite alle altre giurisdizioni, a detta del tribunale deve essere reso compatibile con la costituzione e con i principi di plurinazionalità, pluralismo, interculturalità e decolonizzazione⁶⁹. Per questa via il TCP scavalca i disposti contemplati nella legge di delimitazione delle giurisdizioni, svuotando di significato il contenuto della *Ley* a suon di eccezioni.

In definitiva, l'unico requisito che sembra rimanere certo è il criterio territoriale, mentre le sfere personale e materiale sono interpretate in modo da ampliare il raggio di azione delle autorità locali. Il *Tribunal* sembra aderire a una impostazione "caso per caso", senza dichiarare invalide parti della normativa statale. Tale scelta lascia supporre che esso provvederà anche in futuro a definire gli ambiti della giustizia indigena, allontanandosi dai rigidi schematismi del legislatore e divenendo il punto di snodo, il massimo strumento di coordinamento e di regolamentazione per sanare eventuali contrasti fra giustizia ordinaria, agro-ambientale e indigena nonché fra situazioni in cui siano coinvolti indigeni e non indigeni.

6.2. La consulta

Con riguardo al parere (*consulta*) richiesto ai sensi dell'art. 202, p.to 8, Cost., questo si concreta, secondo la costituzione e le leggi attuative, in una istanza delle autorità indigene affinché il TCP decida se le loro norme, da applicarsi a una fattispecie determinata, siano conformi ai principi, valori e fini sanciti nel testo solenne, esercitando un sindacato di costituzionalità preventivo. Il controllo è operato da una sezione apposita, la *Sala Primera Especializada* (art. 32 LTCP). Entro trenta giorni dalla richiesta, l'organo è tenuto a decidere se la norma sia applicabile o meno al caso concreto; qualora ciò non sia possibile, esso propone soluzioni alternative, culturalmente adeguate alla fattispecie (artt. 139-140 LTCP). La decisione finale (*declara-*

⁶⁹ V. le sent. nr. 0037/2013 del 4 gennaio 2013 e nr. 0874/2014 del 29 maggio 2014.

ción) è vincolante per l'autorità richiedente (art. 202, p.to 8, Cost.).

Nella prassi, alla *Sala* è affidato un esercizio di interpretazione interculturale: la giustizia indigena segue logiche molto distanti da quelle della magistratura ordinaria, logiche da tenere presenti per giungere alla decisione. La giustizia interculturale sottende un quadro partecipativo fondato su un procedimento democratico e aperto, un processo dialogale che canalizza la polarizzazione e il conflitto sociale; alla base vi è il riconoscimento che ogni cultura ha proprie modalità per rendere giustizia, e suo obiettivo è quello di fissare regole condivise in quanto negoziate dai vari attori. La *consulta* attiva un dialogo interculturale fra TCP e autorità autoctone che rafforza la giurisdizione indigena nonché la giustizia plurale. Nell'ambito del nuovo meccanismo di controllo, il giudice delle leggi accoglie una linea ermeneutica atipica, che discende dalla comprensione della cosmovisione andina, secondo cui la *consulta* ha il fine di ristabilire l'armonia e l'equilibrio comunitario. È dalla concezione autoctona dell'istituto che il TCP è condizionato nel proprio svolgimento interpretativo: come nelle comunità la *consulta* si realizza mediante un accesso diretto, aperto, atemporale e flessibile alle autorità indigene, così essa deve concretizzarsi nella *Sala*. Per questo motivo, l'organo costituzionale afferma chiaramente che il suo intervento non si configura alla stregua di un sindacato previo di legittimità, né quale strumento di consultazione di tipo preventivo. La funzione di cui all'art. 202, p.to 8, cost. può essere avviata in qualsiasi momento: sia prima sia dopo l'applicazione della norma, assumendo i contorni di un meccanismo di natura costante, aperta e flessibile. Il TCP fa rinvio ai principi di pluri-nazionalità, pluralismo, interculturalità e decolonizzazione per sancire che l'istituto rientra in un ambito specifico e diverso dal sindacato costituzionale preventivo, non potendosi nemmeno applicare i criteri temporali e i requisiti formali per la sua attivazione, assicurando così che la *consulta* persegua il suo scopo, ossia ristabilire l'armonia e l'equilibrio in seno al gruppo. La *Sala Primera Especializada* può raccogliere informazioni sul caso concreto mediante udienze pubbliche con le autorità autoctone, visite nelle comunità interessate, resoconti della *Unidad de Descolonización*⁷⁰, e altre modalità, con l'intento di instaurare un dialogo interculturale con le nazioni e i popoli indigeni, da alimentare anche successivamente alla *declaración* per plasmare i valori plurali supremi⁷¹.

L'interpretazione plurale che il TCP è chiamato a svolgere deve trarre

⁷⁰ L'*Unidad de Descolonización* è una sezione tecnica affiliata all'organo con il compito di eseguire perizie culturali-antropologiche e di tradurre negli idiomi locali le sentenze del TCP.

⁷¹ *Amplius*, v. la *declaración* del TCP nr. 0006/2013 del 5 giugno 2013.

origine dalla cosmovisione e dai contenuti storici, linguistici, filosofici del decolonialismo. Essa si concreta in uno strumento ermeneutico di natura multidimensionale che si apre a nuove forme di osservazione, scaturite al di fuori del ragionamento giuridico di stampo coloniale che rappresenta un sofisticato esercizio di potere. La prospettiva plurale o multidimensionale non mira a interpretare le parole e i concetti, bensì le realtà concrete interrelate che sorgono nell'ambito geografico, etnico-culturale e politico. La fonte di questa attività, seguendo l'impostazione dei popoli indigeni, è il vissuto, l'esperienza, il "multidimensionale", le regole che sorgono dalla vita, nel fatto concreto, e si evolvono continuamente⁷².

La cornice ermeneutica dell'interpretazione plurale si definisce secondo quattro profili: la cosmovisione e la concezione filosofica connesse alle identità plurinazionali, che impongono di prendere in seria considerazione il pensiero dei popoli indigeni; la concomitanza di saperi storici, linguistici, culturali, sociali, economici e politici intesi in modo integrale, ossia trascendendo le frontiere disciplinari nel richiedere consulenze tecniche e perizie, che devono fuoriuscire dall'ambito giuridico per interpretare in senso plurale e interdisciplinare il diritto; la constatazione del vissuto e delle esperienze concrete degli attori, delle collettività e dei contesti, che richiede la presenza di giudici fra le nazioni e i popoli indigeni per comprendere l'*humus* che si vuole interpretare; l'interpretazione dal basso, che affiora dalla produzione orale e dalla pratica ermeneutica degli attori sociali secondo parametri "decolonizzatori", e che è il risultato del dialogo e dell'accordo sul modo in cui un istituto, una pratica o una regola indigena vada intesa⁷³.

6.3. *Il controllo costituzionale preventivo sui progetti di statuti delle comunità indigene*

La costruzione di una società giusta e armoniosa a cui tende la costituzione boliviana si manifesta, secondo il TCP, anche nei principi espressi negli statuti delle autonomie: nei territori a presenza indigena tali atti dovrebbero contenere un progetto alternativo, inclusivo, che parta dal *kawsay*, dalle energie vitali di terra, sole, aria e acqua espresse nelle cosmovisioni delle comunità ancestrali⁷⁴.

Il controllo costituzionale preventivo sui progetti di statuti delle autonomie indigene originarie contadine si fonda sull'art. 275 Cost., ove si statui-

⁷² Cfr. la *declaración* del TCP nr. 0030/2014, del 28 maggio 2014.

⁷³ Si v. la *declaración* del TCP nr. 0030/2014, del 28 maggio 2014.

⁷⁴ Così la sent. cost. nr. 0006/2014, del 12 febbraio 2014.

sce che ogni organo deliberativo degli enti territoriali elabora in modo partecipativo il progetto di statuto, da approvarsi a maggioranza dei due terzi del totale dei suoi componenti e, previo controllo di costituzionalità, entra in vigore a seguito di referendum confermativo. Nel Codice processuale costituzionale (legge nr. 254 del 5 luglio 2012) si esplicita che: l'oggetto del vaglio è quello di raffrontare il contenuto dello statuto con la costituzione e garantire la superiorità della costituzione (art. 116); il sindacato è obbligatorio (art. 117); nel caso delle autonomie indigene, sono legittimati a inoltrare la richiesta al TCP i soggetti designati in accordo alle loro rispettive norme (art. 118); il TCP può dichiarare la costituzionalità o incostituzionalità, parziale o totale, del progetto di statuto (art. 120).

Il progetto di statuto autonomico di Totora Marka, composto di ben 102 articoli, è il primo a essere stato sottoposto al vaglio del TCP⁷⁵. La *declaración* nr. 009/2013 del 27 giugno 2013 ha sancito la conformità costituzionale di 80 articoli, la compatibilità di altri 10 secondo l'interpretazione resa dal TCP, e altri 12 articoli sono stati ritenuti incostituzionali. La *declaración* evidenzia alcuni aspetti problematici relativi alla concezione ctonia delle regole che governano la vita nella comunità da una parte e la previsione di uno statuto dall'altra. Nella sua opinione concorrente, il giudice Cusi ha infatti sostenuto che l'elaborazione degli statuti dei territori indigeni dovrebbe essere volontaria e non obbligatoria, e che tali atti potrebbero essere espressi in forma orale e non necessariamente scritta, seguendo le norme consuetudinarie dei gruppi autoctoni. Nell'esprimere il voto contrario alla dichiarazione, la giudice Velásquez ha affermato che non si possa procedere al controllo costituzionale preventivo sugli statuti dei territori indigeni in quanto le autonomie indigene sono diverse dagli altri enti periferici, essendo espressione della libera determinazione dei popoli indigeni, e in quanto il vaglio non può espletarsi su norme di natura consuetudinaria inserite in tali atti⁷⁶.

7. *L'America Latina fra nuevo constitucionalismo ed egemonia delle categorie giuridiche occidentali*

⁷⁵ Lo statuto è reperibile in <http://ftierra.org/index.php/component/attachments/download/22>. Anche altri progetti di statuto sono stati successivamente vagliati dal TCP; cfr. *Tribunal Constitucional Plurinacional, Siete proyectos de Estatutos Autonómicos Indígena Originario Campesino avanzan en el control de constitucionalidad*, in <https://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/siete-proyectos-de-estatutos-auton%C3%B3micos-ind%C3%ADgena-originario-campesino-avanzan-en-el-control>.

⁷⁶ Cfr. *Tribunal Constitucional Plurinacional, TCP declaró 90 artículos constitucionales del Estatuto indígena originario campesino de Totora Marka*, in <https://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/tcp-declar%C3%B3-90-art%C3%ADculos-constitucionales-del-estatuto-ind%C3%ADgena-originario-campesino-de>.

In chiusura, va segnalata la distanza che continua a persistere tra la cultura occidentale dominante e le culture ctonie dell'America Latina, nonostante gli sforzi per affermare il c.d. *nuevo constitucionalismo*. Questo trascende il costituzionalismo di impronta occidentale, la cui prospettiva non incorpora le più recenti novità del diritto latinoamericano, rappresentando solo l'epifania formale e procedimentale del *nuevo constitucionalismo*, che invece è arricchito da concezioni culturali e filosofiche lontanissime da quelle ispiratrici del costituzionalismo europeo⁷⁷. I caratteri del costituzionalismo tipico di questa regione si individuano, secondo il *Tribunal Constitucional Plurinacional* boliviano, nel prodotto della volontà popolare emersa da lotte plurisecolari contro il colonialismo e dai movimenti di protesta degli ultimi decenni, che hanno reso possibile il processo costituente; nella plurinazionalità, una forma peculiare dello Stato, in cui sono le nazioni, i popoli, le collettività sociali storicamente escluse a riconoscere lo Stato, e non viceversa; nella decolonizzazione come smantellamento dello Stato nazionale e come creazione di una nuova identità; nell'aspirazione al *vivir bien* (*suma qamaña*), l'orizzonte alternativo al capitalismo, al neoliberalismo, e a qualsiasi forma di mercantilizzazione e reificazione della vita⁷⁸.

Purtuttavia, come autorevolmente evidenziato da Carducci, sebbene il *nuevo constitucionalismo* intenda superare tutta una serie di vincoli coloniali-linguistici, nel trasfondersi nella costituzione inevitabilmente ripropone schemi di dominazione, in quanto «*la scrittura costituzionale, al pari di qualsiasi altra scrittura, [è] il riflesso di una determinata società e, nella sua esportazione, [risulta] essere una delle conseguenze della promozione coloniale del potere [...] Identità, territorio, autonomia, partecipazione, consultazione preventiva su decisioni di interesse indigeno, sviluppo, sono e restano formule imposte che, ancorché filtrate dal "riconoscimento culturale", con la forza (del testo costituzionale) vengono dichiarate e solo ed unicamente grazie a questa forza possono essere garantite ed attuate. Non a caso, alcune comunità indigene rifiutano il riferimento alla propria giuridicità come "diritto consuetudinario", ossia come insieme di usi e continuità razionalmente ricostruibili ex post dall'osservatore, in quanto è l'idea stessa di osservazione razionale dei fatti (giuridici)*

⁷⁷ Si v. L. PEGORARO, *Diritto, diritto comparato, altre scienze nello studio del nuevo constitucionalismo e del buen vivir andino*, in S. BALDIN, M. ZAGO (a cura di), *op. cit.*, p. 390; R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *op. cit.*, pp. 1 ss.; M. CARDUCCI, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, in *DPCE*, 2, 2012, pp. 319 ss.

⁷⁸ Cfr. la *declaración* del TCP nr. 0030/2014, del 28 maggio 2014.

che sfugge a molte di quelle identità giuridiche»⁷⁹.

Non si può nascondere il fatto che questa sia anche la cornice epistemologica che soggiace all'impianto giuridico boliviano; è dunque legittimo chiedersi come l'ordinamento possa aprirsi alla tradizione giuridica ctonia tanto da pariordinarla a quella occidentale quando i suoi assi cardinali riflettono in via esclusiva le categorie del diritto europeo.

Da un lato, le riforme summenzionate puntano alla costruzione di nuovi canoni epistemologici tesi a revisionare le premesse culturali ancorate al paradigma neocoloniale. Il fine insito nell'edificazione dello Stato plurinazionale e interculturale boliviano è di ampio respiro, volto ad affermare una epistemologia del Sud che annetta integralmente la cultura autoctona nell'identità latinoamericana⁸⁰. Non si tratta soltanto di prevedere istituti giuridici per pariordinare i gruppi, bensì di operare una trasformazione profonda e complessiva della società e delle sue istituzioni per condurre a un modello civilizzatorio alternativo a quello tuttora prevalente. All'interculturalità spetta il compito di rimuovere gli elementi del pensiero dominante che postulano la relazione del rispetto e della tolleranza fra le diverse culture senza sradicare in concreto i fattori che alimentano forme di sottomissione. Obiettivo dell'interculturalità «critica» deve essere quello di ricercare soluzioni per garantire l'eguaglianza fra gruppi subalterni ed egemoni e per assicurare una democrazia aperta agli usi e ai costumi dei popoli indigeni⁸¹, onde affermare il *nuevo constitucionalismo*.

Dall'altro lato, sul piano fattuale inevitabilmente si notano tensioni fra il dettato della costituzione e le regole e le prassi attuative. La potestà indigena non è speculare al sistema della giustizia statale. L'equiordinazione postulata nel testo solenne non comprende la divisione simmetrica delle competenze con la magistratura ordinaria. E alcune previsioni della *Ley de Deslinde Jurisdiccional* – atto che segue i canoni del diritto occidentale e pertanto non si conforma al sistema di pensiero indigeno, finendo per essere criticato da molti esponenti delle comunità –, contribuiscono a ridurre ulteriormente gli spazi della giustizia locale. Spazi che il Tribunale Costituzionale Plurinazionale sembra intenzionato a restituire alle autorità indigene.

⁷⁹ Così M. CARDUCCI, «Talcualismo», «decolonizzazione» o «utopia arcaica» del Diritto Costituzionale?, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 2, 2014, pp. 13 e 17.

⁸⁰ Si v. B. DE SOUSA SANTOS, *Una epistemologia del Sur. La reinvenção del conocimiento y la emancipación social*, Siglo XXI, Madrid, 2009.

⁸¹ Cfr. M. BAILONE, *El Bien vivir: una cosmovisión de los pueblos originarios andino-amazónicos*, in E.R. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, Ed. Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2012, p. 154.

È noto che le Corti costituzionali influenzano la forma di Stato⁸². Simmetricamente, esse sono condizionate dalla forma di Stato nell'esercizio delle loro funzioni. Come palesato nell'indagine, il *Tribunal Constitucional Plurinacional* abbraccia la teoria del *nuevo constitucionalismo* e il disegno plurinazionale e interculturale per supportare l'effettività dei principi costituzionali volti alla tutela dei popoli indigeni e alla promozione dei loro valori, sistemi giuridici e stili di vita. Per la forte rottura col sistema preesistente e per la carica innovatrice, il *nuevo constitucionalismo* obbliga le istituzioni, incluso il giudice delle leggi, a ricercare forme alternative di interpretazione, che promanino dal basso, cimentandosi in un dialogo dove entrano in gioco paradigmi altrui e distinte pratiche ed esperienze. L'interlegalità che permea l'ordinamento dispiega i suoi effetti a livello di esegesi del testo fondamentale lasciando spazio a idee differenti, parallele alla versione ufficiale che segue essenzialmente gli stilemi occidentali. L'interpretazione flessibile della costituzione in chiave pluralista è emblema dell'apertura alle visioni autoctone della giustizia. Un ulteriore esempio è dato dall'impegno della *Sala Primera Especializada* a consolidare una pedagogia costituzionale interculturale, volta alla comprensione dei principi, valori e regole dei popoli autoctoni, per collocarli su un piano paritario con quelli sinora imperanti. Si può obiettare che questo metodo offuschi la chiarezza delle norme e la certezza del diritto. Tuttavia, gli organi giudiziari di uno Stato plurinazionale e interculturale necessitano di approcci più sfumati al diritto per rispettare appieno il mandato costituente, criteri da legittimare mediante processi deliberativi di natura aperta e inclusiva⁸³.

Resta ancora un'ultima osservazione: a modesto avviso di chi scrive non si tratta di un percorso verso una effettiva equiordinazione fra culture e correlati sistemi giuridici, bensì di un passo doveroso da compiere se si vuole procedere alla rivalutazione di comunità emarginate e discriminate. Un cammino che però non può condurre alla piena affermazione di un diritto ctonio che sia parallelo a quello egemone, se non al prezzo di una (utopica) "ri-conquista" di Abya Yala (il nome ancestrale del continente americano) da parte dei popoli indigeni.

Abstract

⁸² Cfr. L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 251 ss.

⁸³ Sul pensiero multivalente applicato al diritto, che appare utile nelle società contemporanee, v. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 572 ss.

This essay focuses on the Bolivian indigenous justice system and on the functions performed by the Plurinational Constitutional Tribunal related to the autochthonous sphere with the aim to test the effectivity of the constitutional design. After a brief introduction, section II outlines the meaning of the so called etnodesarrollo in the Latin American debate in order to better understand, in section III, the decolonial ideology that underpins the new constitutional order. The consolidation of the Bolivian Plurinational and Intercultural State implies the recognition of a set of rights to the indigenous groups, as well as the equivalence between indigenous justice and ordinary justice, and the elaboration of new interpretative methods by the constitutional judges, as it is explained in sections IV, V, VI. The final section is devoted to some reflections on the distance between the Western legal categories that permeate Latin America and the chthonic law, notwithstanding the significant role played by the Bolivian Constitutional Tribunal to strengthen the indigenous values in this country.

*Plurisoggettività delle violazioni dei diritti fondamentali
e l'azione di tutela: il caso colombiano*

SOMMARIO: 1. Premessa; - 2. Decisioni con effetti c.d. ristretti: l'apparente riduzione della complessità delle violazioni di diritti fondamentali; - 3. La complessità presa sul serio: decisioni con effetti amplificati; - 4. Una norma non espressa: ampliamento della competenza per estendere gli effetti del giudicato; - 5. Effetti *inter communis*: azione di *tutela* collettiva e obbligatoria; - 6. Il lato oscuro dell'azione di *tutela* con effetti *inter communis*; - 6.1. L'instabilità delle decisioni di tutela nel caso di una violazione plurisoggettiva di diritti fondamentali; - 6.2. Il test dell'intersezionalità ovvero la precarietà del giudizio sulla omogeneità.

1. *Premessa*

Le mie riflessioni riguardo alla giustiziabilità dei diritti fondamentali (anche, e soprattutto, sociali) avranno come punto di riferimento la giurisprudenza della Corte costituzionale colombiana (d'ora in poi "la Corte"), benché le conclusioni possono essere in parte estese ad altri sistemi.

Si tratta di una scelta che, lungi dall'essere arbitraria, ha un ampio potenziale esplicativo. Come succede in altri sistemi a livello globale, la giurisprudenza della Corte si produce in un contesto normativo caratterizzato da una tendenza egemonica della fonte giurisprudenziale¹ e da un uso inflazionato

* Professore di Diritto Comparato presso l'Universidad Externado de Colombia, nonché docente di "Diritto delle Americhe" e di "Lingua giuridica spagnola" presso l'Università di Ferrara e docente di "Theory of Comparative Law" nel master "Global Rule of Law and Constitutional Democracy" presso l'Università di Genova

¹ Come precisa bene M.R. FERRARESE, *Transjudicial Dialogue and Constitutionalism: A Risk or an Opportunity for Democracy*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2009, p. 120, attualmente «We could say that the global world has become a sort of immense judge-made world of law. Where law consists not so much of statutes and other forms of written laws, but rather of judicial or quasi-judicial decisions»: V. anche Ead., *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, spec. capitolo V. In termini più dettagliati, sulle coincidenze e sulle differenze nella manifestazione di una possibile egemonia della giurisprudenza, v. ad esempio (con una

del linguaggio dei diritti fondamentali, compresi i diritti sociali, prescritti in costituzioni rigide dotate di controllo di costituzionalità. Un sistema munito di strumenti costituzionali ad hoc per la loro tutela, fortemente condizionato da strumenti normativi regionali e internazionali, nonché caratterizzato dall'uso, da parte dei giudici locali, della giurisprudenza foranea.

Tuttavia, al di là di queste caratteristiche che sicuramente possono predicarsi di tanti altri sistemi giuridici, anche nel nord del mondo, la giurisprudenza in materia di diritti sociali della Corte si è venuta consolidando negli studi latinoamericani come un punto di riferimento irrinunciabile in materia di giustiziabilità di diritti. Questo anche perché, oltre a essere la giurisdizione con il maggior numero di pronunce in materia nella regione, risponde senza dubbio ai profili considerati attualmente caratteristici del c.d. nuovo costituzionalismo latinoamericano²: una dottrina che, nonostante alcune ambiguità, è sempre caratterizzata, non solo da un atteggiamento di apertura nei confronti della tutela dei diritti delle minoranze etniche e dei meccanismi di partecipazione democratica diretta, ma anche da istanze (sebbene ambigue) a favore di meccanismi redistributivi della ricchezza. Senza contare la ricorrente esaltazione del potere del giudice quale soggetto chiamato a specificare il contenuto dei diritti fondamentali³.

Non si può dimenticare, infine, che il Latino America è un luogo tristemente celebre per i suoi alti indici di disuguaglianza sociale: ancor di più se prendiamo in considerazione quei paesi classificati come paesi di introiti medio-alti come Colombia, Brasile o Cile. E questa disonorevole proprietà, che sfugge necessariamente alle analisi dedicate al nord del mondo è, invece, una variabile fondamentale in qualsiasi analisi che, in una prospettiva contro-egemonica, si occupi della relazione tra la distribuzione della ricchezza e

prospettiva né euro-centrica, né statunitense-centrica), D. KAPISZEWSKI; G. SILVERSTEIN; R. KAGAN *Judicial Roles in Global Perspective*. New York: Cambridge University Press, 2013, in particolare le conclusioni degli editori: *Conclusion of Judicial Ships and Winds of Chance*.

² Sul punto, v. ad esempio R. UPRIMNY, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and Challenges*, in *Texas Law Review*, 2010-2011, pp. 1587 ss. E R. GARGARELLA, *Social rights and the "engine room" of the constitution*, in C. RODRÍGUEZ-GARAVITO (ed.), *Law and Society in Latin America. A new map*, Routledge, New York, 2015, pp. 84-85.

³ Quanto a questo rafforzamento del potere del giudice, sicuramente si tratta di una prospettiva riconducibile a varie teorie normative dell'interpretazione costituzionale denominate come "neocostituzionaliste" che suggeriscono, tra le altre cose, una relazione non contingente, ma necessaria, tra attivismo giudiziale e interpretazione delle costituzioni politiche. Sul punto, per una prospettiva critica, v., tra gli altri, R. GUASTINI, *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 55ss. e R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.

le decisioni giudiziali, così come dei possibili conflitti che sorgono tra attivismo giudiziale, da una parte, e certezza giuridica, principio deliberativo e separazione dei poteri, dall'altra.

2. Decisioni con effetti c.d. ristretti: l'apparente riduzione della complessità delle violazioni di diritti fondamentali

Detto questo, mi concentrerò ora sull'inevitabile fenomeno della pluri-soggettività delle violazioni di diritti fondamentali (anche sociali) come un possibile dispositivo utile a uno scopo specifico: analizzare i discorsi che giustificano l'estensione degli effetti del giudicato delle decisioni di *amparo*, a partire dall'identificazione di una distinzione capace di promuovere, in una prospettiva teorica-normativa, l'opportunità, o no, di una funzione giudiziale proattiva nella formulazione di rimedi rivolti ad assicurare la giustiziabilità collettiva di diritti fondamentali.

In effetti, la plurisoggettività della violazione di diritti fondamentali, soprattutto sociali, può condurre a una distinzione specifica, prendendo in considerazione che la relazione tra giustiziabilità di diritti fondamentali e decisione giudiziale può essere caratterizzata diversamente in relazione ai soggetti destinatari della decisione e al modo in cui si costruiscono i rispettivi rimedi.

In quest'ottica, credo che possano essere identificati due possibili tipi di decisione.

Il primo tipo, che rappresenta la regola generale, è dato da sentenze, il cui giudicato produce effetti solo nei confronti dei soggetti che hanno partecipato direttamente alla controversia: gli effetti del giudicato sono cioè *inter-partes* e un'eventuale applicazione futura della stessa decisione dipende esclusivamente dal grado di efficacia delle regole del precedente giudiziale. Denomino questo tipo di sentenze "decisioni con effetti ristretti".

Il secondo tipo, che invece rappresenta l'eccezione alla regola, è dato da sentenze che denomino "decisioni con effetti amplificati". Si tratta di sentenze in cui il giudice, anche in ragione dei rimedi adottati, decide di estendere gli effetti della propria decisione a soggetti che non hanno partecipato al processo. Ciò senza la mediazione, almeno non esplicitamente, dei tradizionali strumenti offerti dalle azioni collettive, quale che sia la loro denominazione.

Nel delineare la distinzione proposta ho in mente, in ogni caso, decisioni

adottate nel contesto dell'azione di *tutela* prevista dall'ordinamento giuridico colombiano, ossia, almeno sulla carta, un tipo di azione processuale configurata come un rimedio nei confronti della violazione di diritti fondamentali con effetti solo *inter-partes*.

Inoltre, non sto pensando a casi facili in cui la soluzione adottata dal giudice è libera da disaccordi interpretativi e il rimedio adottato nel giudizio di *tutela* si riduce a imporre un'obbligazione disciplinata con relativa chiarezza dall'ordinamento. Sto pensando, piuttosto, a casi difficili, ossia a decisioni che sono il prodotto di ragionamenti giudiziali che, in un modo o in un altro, richiedono un atto creativo del giudice che si occupa di colmare lacune "fittizie" o "vere" mediante la formulazione di norme inespresse.

Decisioni in cui il giudice costituzionale dà vita a una serie di rimedi (norme) che vengono imposti a carico del soggetto che lo stesso giudice ha identificato come titolare del dovere correlativo al diritto fondamentale che è stato violato.

Detto questo, e per tornare alla distinzione tra sentenze con effetti ristretti e sentenze con effetti amplificati, c'è da notare che tipicamente a ciascun tipo di sentenze corrisponde un certo tipo di rimedio. Nel primo caso, ossia nel caso delle sentenze con effetti ristretti, i rimedi possono essere catalogati come rimedi semplici, però forti. Si tratta cioè di rimedi che non sono complessi (né per il loro contenuto, né per il numero di soggetti coinvolti), ma sono radicali, nonché frutto della creazione esclusiva del giudice⁴.

Tuttavia, questo tipo di rimedi sono costruiti, nonostante la loro radicalità, sulla base di una riduzione solo apparente della complessità che caratterizza la violazione di diritti sociali. Infatti, nei casi difficili, a cui, come detto, si riferiscono le decisioni di cui mi occupo, la violazione di diritti sociali è generalmente connessa con l'assenza di politiche pubbliche idonee a garantirli. In questo senso, la violazione di diritti sociali in casi difficili è, quasi per regola generale, pluri-soggettiva, ossia colpisce non un individuo singolo (colui o colei che richiede *tutela*) ma un gruppo di soggetti.

Inoltre, è difficile immaginare che una pluri-violazione di diritti sociali

⁴ Mi riferisco, ad esempio, al caso in cui il giudice ha imposto a una banca l'obbligo di rinegoziare un mutuo ipotecario a favore di un soggetto in mora malato di AIDS o, ancora, al caso in cui una certa impresa erogatrice del servizio pubblico di acqua è stata obbligata a ripristinare il servizio a favore di soggetti con disabilità nonostante la loro messa in mora. Su questo tipo di decisioni, v. ad esempio, P. MORENO-CRUZ, *FREEDOM of contract and constitutional values. Some exceptional cases from The colombian Constitutional Court*, in P. G. MONATERI (ed.), *Comparative Contract Law*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2017, pp. 216-241 o; ID., *Libertà contrattuale e azione di amparo in Colombia. Il caso dell'inapplicabilità delle clausole contrattuali*, in M. GRONDONA (ED.), *Libertà, persona, impresa, territorio*, Aracne, Roma, 2016, pp. 51-68.

richieda soluzioni inquadrabili in rimedi semplici, benché forti. Non dimentichiamo che stiamo facendo riferimento a contesti sociali caratterizzati da un'accentuata disuguaglianza, frutto di fratture traumatiche del territorio e di deliberati dispositivi di oppressione, nonché di consolidati meccanismi di esclusione dall'ambito di politiche pubbliche efficaci.

In questo modo, le decisioni con effetti *inter-partes* che risolvono un caso concreto possono risultare problematiche. Questo perché creano diritto con vocazione (per dirlo con Monateri) iperbolica⁵, però ignorano la complessità della violazione – ossia la sua dimensione plurisoggettiva e il suo carattere endemico e strutturale –.

3. La complessità presa sul serio: decisioni con effetti amplificati

È in questo scenario che si apre spazio, nell'ambito della giurisprudenza della Corte, a decisioni con effetti amplificati (tra questo tipo di decisioni, costituiscono il caso più chiaro le c.d. sentenze strutturali⁶, denominabile come decisioni con effetti *stricto sensu* amplificati). Si tratta fondamentalmente di decisioni che cercano di rimediare alla riduzione, solo apparente, di complessità che deriva da decisioni con effetti ristretti: in altri termini, si tratta di decisioni che, nell'ambito di casi difficili, si confrontano con il problema della pluri-soggettività delle violazioni e della loro origine strutturale ed endemica.

Decisioni – alcune delle quali fondate sulla dichiarazione di uno “Stato di cose incostituzionale” (*Estado de Cosas Inconstitucional*, ECI), ossia, una

⁵ P. G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma, 2013, pp. 102 ss., descrive il consolidamento di questa pretesa come un atto “iperbolico sovrano”, come un atto di esagerazione (nel senso di un ingrandimento) volto a promuovere una specie di perfezione politica mediante la cattura (per mezzo della scrittura) del diritto e della sua eccedenza (il residuo) in un unico corpo.

⁶ Credo che la definizione usata da C. RODRÍGUEZ-GARAVITO; D. RODRÍGUEZ-FRANCO, *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socio economic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, New York, 2015, p. 6, sia esauriente ai fini di questo scritto: «*Borrowing from the literature on structural remedies in U.S. public interest litigation, we define structural cases as those that (1) affect a large number of people who allege a violation of their rights, either directly or through organizations that litigate the cause; (2) implicate multiple government agencies found to be responsible for pervasive public policy failures that contribute to such rights violations; and (3) involve structural various government agencies to take coordinated actions to protect the entire affected population and not just the specific complainants in the case.*».

dichiarazione che funge da dispositivo di identificazione dell'omogeneità di una massiccia, persistente e sistematica violazione di diritti fondamentali – che permette alla Corte di ampliare, mediante la formulazione di norme inesprese, l'ambito della propria competenza in (almeno) due direzioni specifiche.

In primo luogo, non solo nel caso conclamato delle sentenze strutturali, il potere di formulare rimedi, non semplici, bensì complessi, che fondamentalmente definiscono, con differenti gradi di specificità, una serie di politiche pubbliche considerate idonee a sovvertire l'endemica e strutturale situazione di esclusione e/o oppressione che dà luogo e consolida la pluri-soggettiva violazione oggetto della decisione.

In secondo luogo, non solo nel caso delle sentenze strutturali, il potere di estendere gli effetti della decisione di *tutela* a una classe di soggetti più ampia, senza che tali soggetti abbiano partecipato al processo. In altri termini, si tratta del potere della Corte di modulare gli effetti della decisione mediante la dichiarazione degli effetti c.d. *inter communis*.

La prima forma di ampliamento della propria competenza, ossia l'auto-legittimazione ad adottare decisioni mediante rimedi complessi, non sarà oggetto privilegiato di analisi in questa sede. Tuttavia, preciso che si tratta di un potere che è stato destinatario di critiche, non solo in ragione dell'inefficacia imputata alle decisioni rese nell'esercizio di tale competenza, ma anche a motivo della tensione tra attivismo giudiziale, da un lato, e il principio di separazione dei poteri, il principio democratico e la sicurezza giuridica, dall'altro. Critiche a cui, comunque (e, per esempio) in Colombia, alcuni autori hanno replicato mediante argomenti favorevoli alle sentenze strutturali.

In particolare, Rodríguez-Garavito e Rodríguez-Franco⁷, a partire (anche) da un'analisi empirica, hanno elaborato un modello teorico-normativo che, a loro dire, consentirebbe di legittimare l'esercizio di questa competenza da parte del giudice costituzionale, aumentando l'efficacia di questo tipo di decisioni – sempre che l'analisi empirica sull'efficacia non si limiti alla constatazione degli effetti diretti e materiali dei provvedimenti, ma si estenda anche a verificare gli effetti indiretti e simbolici della decisione⁸.

Si tratta di un modello teorico-normativo che, muovendosi nella corni-

⁷ *Ibidem, passim*.

⁸ Questa distinzione tra effetti è caratterizzata a partire da una distinzione tra l'approccio neorealista e l'approccio strutturalista. Aderendo alle premesse descrittive del secondo approccio, gli autori adottano una prospettiva ampia sulla constatazione dell'efficacia delle sentenze strutturali – i.e. si prendono in considerazione non solo gli effetti diretti e materiali, ma anche gli effetti simbolici e indiretti *Ibidem*–, *Ibidem, passim*.

ce del c.d. attivismo giudiziale dialogico⁹, suggerisce tre requisiti normativi necessari: i) che il sistema assuma una nozione forte di giustiziabilità dei diritti sociali; ii) che i rimedi siano, non forti, bensì moderati, ossia non indichino la politica pubblica che dev'essere implementata, ma si limitino a delineare linee guida rivolte alle istituzioni incaricate di prescriberle e implementarle in maniera coordinata; iii) e che, come unica eccezione alla moderazione dei rimedi, si preveda un rimedio forte durante tutta la fase di implementazione della decisione: la Corte (o altra istituzione ad hoc) rimane cioè competente a monitorare sull'adempimento della decisione e (eventualmente) a indicare modifiche e specificazioni che, nell'ambito dei limiti fissati dalla stessa decisione, risultino opportune in considerazione delle necessità emerse nel processo di deliberazione.

Si tratta dunque di un modello che, tra le possibili opzioni di sentenze con effetti amplificati (a iniziare da quelle con pretese del tutto eroiche) sembra più adeguato per superare le critiche contro l'attivismo giudiziale in un contesto dove il giudice è inevitabilmente chiamato a coprire uno spazio che gli altri poteri non riescono a occupare. Un modello che, tuttavia, forse non presta sufficiente attenzione a un aspetto rilevante: un tassello mancante nel modello che può essere catturato solo se non si perde di vista che, al di là della funzione quasi-legislativa assolta dalla Corte con le sue decisioni con effetti amplificati, le decisioni di questo tipo (anche se strutturali) sono comunque il prodotto di un processo giudiziale.

In effetti, si tratta d'un modello che, credo, dovrebbe prendere in considerazione una variabile addizionale: le conseguenze – sul piano della garanzia del diritto al *due process* – della estensione degli effetti del giudicato nei confronti di un gruppo considerato (dal giudice) come omogeneo.

In altri termini, un modello rivolto a costruire la struttura normativa idonea ad assicurare l'efficacia di decisioni con effetti amplificati, deve occuparsi, sì di legittimare il potere del giudice nella formulazione di rimedi complessi, ma anche, nell'ambito della garanzia del giusto processo, deve occuparsi, nella cornice della complessità processuale, e prima dell'adozione della decisione, di legittimare, nella misura del possibile, la costruzione del gruppo destinatario della decisione, con tutte le difficoltà che questo comporta, anche sul piano probatorio.

⁹ Un attivismo giudiziale che non impone in modo dettagliato i rimedi volti all'attuazione di politiche pubbliche, ma incentiva la cooperazione tra poteri pubblici, favorendo anche i processi di deliberazione democratica. Un attivismo che, se si vuole, non si costruisce sulla base di un giudice che, con pretese iperboliche, pretende di catturare in un testo scritto, in forma definitiva, la soluzione a un problema strutturale sulla redistribuzione della ricchezza, bensì una sorta di giudice che decide, sì iperbolicamente, ma per poi delegare.

Di qui la rilevanza di prendere sul serio la stretta relazione esistente tra complessità dei rimedi e pluri-soggettività delle violazioni.

4. *Una norma non espressa: ampliamento della competenza per estendere gli effetti del giudicato*

Quanto alla riformulazione della competenza del giudice costituzionale nei termini del potere di estendere gli effetti del giudicato a soggetti non presenti nel processo di *tutela*, gli usi mostrano che la stessa opera non solo in casi in cui si dichiara un ECI. In altri termini, mentre l'adozione di decisioni che dichiarano uno ECI richiede necessariamente l'ampliamento degli effetti della decisione a soggetti assenti, l'estensione degli effetti del giudicato a soggetti assenti, secondo quanto avviene nella pratica, solo contingentemente richiede (suppone) l'adozione di rimedi complessi nella decisione.

In questo modo, non tutte le decisioni che estendono gli effetti della decisione a soggetti non presenti nel processo risolvono casi (almeno secondo il giudice) caratterizzati da un'endemica e strutturale violazione dei diritti sociali fondamentali. Così, e tornando alla distinzione tra decisioni con effetti ristretti e decisioni con effetti amplificati, non tutte le decisioni dove si estendono gli effetti del giudicato possono essere catalogati (guardando agli usi) come sentenze con effetti *stricto sensu* amplificati.

Più in là di questa specificità, è certo che in entrambi i casi (ossia a prescindere dalla mediazione di una dichiarazione di ECI) opera una riformulazione della competenza del giudice costituzionale in questo senso: il giudice costituzionale crea una norma non espressa che conferisce una competenza (un potere) per estendere gli effetti del giudicato a un gruppo di soggetti che, benché non abbiano preso parte a un processo, si trovano esposti, secondo il giudice, a una omogenea (anche solo potenziale, però imminente) violazione del diritto fondamentale oggetto della controversia¹⁰.

¹⁰ Quest'affermazione ricorre in quasi tutti i provvedimenti che hanno adottato l'estensione degli effetti *inter communis* in decisioni di *amparo* in Colombia. Per esempio, per citarne uno, Corte Costituzionale, T-025 de 2015: «*Por regla general, los efectos de las providencias que profiere la Corte Constitucional en su labor de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela son inter partes, es decir, que solo afectan situaciones particulares de quienes intervienen en el proceso de revisión. Sin embargo, en los términos definidos por la jurisprudencia de esta Corporación, la Corte, con estricto apego a la Constitución, también puede determinar o modular los efectos de sus fallos, decidiendo en un caso concreto cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales fundamentales y garantiza su plena eficacia. Haciendo uso de esa potestad, esta Corte ha proferido numerosas sentencias de tutela a las que*

La creazione giurisprudenziale della norma non espressa che amplia la competenza della Corte per estendere gli effetti della decisione a soggetti assenti si realizza mediante un ragionamento ricorrente della Corte. Ragionamento che può essere brevemente sintetizzato in questi termini.

In primo luogo, la Corte considera, sulla base dell'interpretazione di differenti enunciati interpretativi sui diritti fondamentali, a partire da varie tesi dogmatiche e dalle proprie concezioni di giustizia e ideologie sulle fonti di diritto, che le norme espresse che prescrivono, in buona sostanza¹¹, che *la Corte, in sede di revisione dell'azione di tutela, è competente a pronunciarsi solo sul caso concreto (ossia che la Corte può decidere solo con effetti inter partes)*, hanno un ambito di applicazione troppo ampio e indifferenziato.

In altri termini, il giudice considera che la norma esistente è insoddisfacente e, per questo motivo, mediante la tecnica della dissociazione, interpreta restrittivamente gli enunciati normativi in questione in modo che, per dirlo con Pierluigi Chiassoni¹², il caso concreto non possa essere sussunto nelle fattispecie previste negli enunciati condizionali delle norme considerate come sub-ottimali.

Si noti che, in questo modo, la Corte sta creando una lacuna normativa o, meglio, per essere più precisi, una lacuna (non in senso proprio ma) "ideologica" o "assiologica"¹³: in effetti, benché il caso concreto sia regolato alla luce di un'interpretazione letterale degli enunciati normativi che prescrivono, in buona sostanza, che *la Corte, in sede di revisione¹⁴ dell'azione di tutela, è competente a pronunciarsi solo sul caso concreto [...]*, la Corte considera, invece, che è ingiusto che sia così, ritenendo che nel sistema manchi una norma che (almeno) escluda dalla classe prevista da questi enunciati certi casi di revisione di sentenze di *tutela* da parte della Corte, così da evitare la

ha dotado de efectos que tienen un alcance mucho mayor al meramente inter partes, cuando advierte en un determinado asunto que amparar exclusivamente los derechos invocados por quien promueve la acción, sin considerar los efectos que tal decisión tendría respecto de quienes en circunstancias comunes no acudieron a dicho mecanismo, podría implicar el desconocimiento de otras garantías fundamentales. A estos efectos se les ha denominado inter comunis».

¹¹ Sono vari gli enunciati normativi del decreto 2591 del 1991 (che disciplina, assieme ad altri, l'azione di *tutela* in Colombia, alla luce di quanto prescritto nell'art. 86 della Costituzione del 1991), dalla cui interpretazione letterale si potrebbe ottenere questa norma espressa; tuttavia, a fini esplicativi, le accomuno nell'enunciato formulato nel testo.

¹² P. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 250.

¹³ Sulle lacune assiologiche v. R. GUASTINI, *INTERPRETARE e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, 134-137; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 208-228.

¹⁴ La Corte è competente a rivedere (*revisar*), quando lo considera opportuno, qualsiasi sentenza di tutela che sia stata pronunciata in prima o seconda istanza da qualunque tipo di giudice colombiano.

conseguenza ivi prevista.

Il passo successivo nel ragionamento del giudice è colmare questa lacuna assiologica mediante la produzione di una norma inespressa e ottimale per risolvere il caso concreto. E lo fa mediante la deroga (inapplicazione)¹⁵ delle norme sub-ottimali, ossia mediante l'identificazione *ex post* di eccezioni o condizioni negative dell'applicabilità delle conseguenze da queste previste – *obbligatorio decidere inter partes* – benché si verifichino le condizioni positive di applicabilità – *per ogni revisione di sentenza di tutela da parte della Corte* –.

In questo modo la Corte, sulla base di diversi argomenti – soprattutto sulla base del richiamo ai principi di eguaglianza sostanziale, sicurezza giuridica e accesso effettivo alla giustizia – ottiene una norma considerata ottimale e che potrebbe essere formulata nei seguenti termini: *la Corte, in sede di revisione di sentenze di tutela, ha la competenza di decidere solo con effetti inter partes; però, eccezionalmente, quando da questa limitazione derivi una violazione di diritti fondamentali di soggetti che non hanno partecipato al processo di tutela, la Corte ha la competenza ad estendere gli effetti della decisione a soggetti assenti*.

Infine, a partire da questa norma implicita¹⁶, la Corte, mediante ulteriori esercizi argomentativi, procede a sedimentare il suo contenuto in differenti decisioni, aprendo così spazio a diverse tecniche di estensione degli effetti della decisione di *tutela* a soggetti assenti.

5. *Effetti inter communis: azione di tutela collettiva e obbligatoria*

Nell'ambito delle diverse forme o tecniche di modulazione degli effetti delle decisioni di *tutela* (in relazione al criterio dell'estensione soggettiva del giudicato), la dichiarazione degli effetti c.d. *inter communis* da parte della Corte ha una particolare rilevanza. Si tratta, come dicevo, di una tecnica processuale mediante la quale la Corte, considerando che, nel caso concreto, l'applicazione degli effetti *inter partes* comporterebbero la violazione di diritti fondamentali di un gruppo assente nel processo¹⁷, decide di estendere gli

¹⁵ Sto facendo riferimento al fenomeno della defettibilità. Per differenti analisi sull'argomento v. ad esempio, J. FERRER; G. B., RATTI (Eds.). *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹⁶ Sulle norme non espresse v. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 427-438.

¹⁷ In considerazione degli usi della Corte, si enfatizza, soprattutto il rischio di una violazione del diritto all'eguaglianza sostanziale. Tra le molte decisioni, v. per esempio:

effetti della decisione a un gruppo che, secondo il giudice, si trova esposto a un'omogenea violazione dei propri diritti fondamentali.

Si tratta, dunque, d'una tecnica processuale che fondamentalmente trasforma un'azione processuale individuale in un'azione collettiva: un'azione collettiva di creazione giurisprudenziale che, inoltre, dispone una serie di rimedi obbligatori (favorevoli) per i destinatari assenti nel processo. Ossia, a dirla tutta, trasforma l'azione di *tutela* in un'azione collettiva e obbligatoria.

In effetti, mediante la dichiarazione di effetti *inter communis*, il giudice costituzionale restringe in maniera radicale la portata del diritto d'azione e del diritto al governo del processo, almeno se intendiamo questi diritti nell'accezione tradizionale, ai soggetti assenti destinatari della decisione. E opera in questo modo proprio sul presupposto di un'irrinunciabile, o considerata tale dal giudice, necessità che deriva dal riconoscimento del carattere di omogeneità ai diritti oggetto di controversia.

Però, in termini più precisi, che cosa s'intende per omogeneità nel caso delle decisioni con effetti *inter communis*?

In primo luogo, la proprietà dell'omogeneità è contingente e si configura, in ultima istanza, come conseguenza della decisione del giudice di ascrivere tale proprietà a un gruppo di diritti soggettivi.

In secondo luogo, la proprietà dell'omogeneità non si predica, in senso stretto, in relazione al diritto fondamentale oggetto di violazione o imminente violazione, bensì del diritto soggettivo che si configura come conseguenza della violazione o imminente violazione del primo. In altri termini, l'inadempimento dei doveri correlativi ai diritti fondamentali del *tutelante* e l'inadempimento dei doveri correlativi ai diritti fondamentali dei soggetti assenti a cui si estenderanno gli effetti della decisione configurano, in capo a ogni soggetto, diritti individuali funzionali alla giustiziabilità dei diritti fondamentali vulnerati, i cui nuclei sono (almeno) una *pretesa* di imporre, in capo alla parte passiva della controversia, un'obbligazione di fare o non fare.

È di questi diritti soggettivi funzionali alla garanzia dei diritti fondamentali oggetto di violazione o imminente violazione (d'ora in poi: diritto soggettivo funzionale) di cui si predica la proprietà dell'omogeneità¹⁸.

Corte costituzionale colombiana, T-622 de 2016: «*En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del demandante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado*».

¹⁸ È evidente il riferimento all'analisi logico-concettuale di W. N. HOHFELD, *Fundamental*

In termini più specifici, un diritto soggettivo funzionale è considerato dal giudice come omogeneo rispetto a un altro diritto soggettivo funzionale in quanto considera (invero, prevede) che i rispettivi inadempimenti ai doveri correlativi ai diritti fondamentali del *tutelante* e ai diritti fondamentali dei destinatari assenti della decisione si verificarono o imminente si verificheranno in circostanze di fatto che non sono distinguibili.

La proprietà dell'omogeneità ascritta a questo tipo di diritti soggettivi implica, quindi, in prima battuta che, nel modo di ragionare operante nel caso della giustificazione dell'uso di un precedente giudiziale, il giudice prevede che nella giustificazione interna della sua decisione¹⁹ impiegherebbe le stesse norme nella configurazione del (o della catena di inferenze che conduce al) sillogismo decisionale e che, pertanto, sussumerebbe, senza distinzioni né eccezioni, i fatti del caso (per intenderci, i fatti di ogni caso che coinvolge ciascun membro del gruppo) nelle fattispecie previste dalle norme che impiegherebbe nella decisione di *tutela* oggetto della estensione dei suoi effetti.

Evidentemente, questo discorso traslascia però di considerare un aspetto quantomeno problematico: l'ascrizione della proprietà dell'omogeneità risulta poco più di un'ipotesi costruita sulla base di una semplificazione di differenze (tra soggetti e tra fatti) che risponde a precise scelte normative. Un aspetto che nel caso della dichiarazione di effetti *inter communis* risulta ancor più problematica considerando che il gruppo è definito solo al momento di proferire la decisione di *tutela* e non, come normalmente succede nelle azioni rappresentative, durante il processo.

Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale University Press, New Haven, 1923 e agli sviluppi successivi di tale analisi, come la distinzione tra macro-diritti e micro-diritti soggettivi (C. WELLMAN, *Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997 pp. 3-16, 74-84) e la distinzione tra diritto soggettivo principale e diritto soggettivo funzionale alla tutela del diritto soggettivo principale (v. R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 46).

¹⁹ Sulla giustificazione interna della decisione giudiziale, v. originariamente, J. WRÓBLEWSKI, *Legal Decision and Its Justification*, in *Études de Logique juridique*, C. PERELMAN (DIR.), Bruylant, Bruxelles, 1969.

6. *Il lato oscuro dell'azione di tutela con effetti inter communis*

Proprio in considerazione dell'instabilità del giudizio relativo all'omogeneità, per poter caratterizzare gli effetti *inter communis* (e, in generale, qualsiasi atto processuale di estensione degli effetti del giudicato dei giudizi di *amparo*) come un meccanismo capace di contrastare le situazioni di violazione pluri-soggettiva dei diritti fondamentali, non sembra sufficiente la adozione di un modello giustificativo basato sul dialogo tra i giudici e gli altri poteri pubblici. In effetti, proprio dalla limitazione del diritto di azione dei membri assenti sorgono alcune difficoltà che non possono essere ignorate, soprattutto perché anche da queste dipendono i problemi di efficacia delle decisioni con effetti amplificati.

A differenza di quanto si verifica nelle azioni collettive tradizionali - si pensi, ad esempio, al caso della *class action* federale statunitense, ma anche all'azione di gruppo colombiana - nel caso dell'azione di *tutela* collettiva e obbligatoria, la definizione del gruppo destinatario della decisione (che mai è definitiva) non si verifica fino al momento della produzione della sentenza.

In che modo, quindi, i soggetti presenti nel processo possono agire come rappresentanti del gruppo assente se non ne conoscono le caratteristiche specifiche? Come potrebbe essere identificato un conflitto di interessi tra il rappresentante del gruppo e/o l'avvocato e i componenti assenti? E, tra le molte altre domande da porsi, come può essere garantito, in termini generali, il diritto al *due process* dei destinatari assenti nella decisione se il giudice ancora non ha chiaro se l'azione effettivamente sarà collettiva e chi saranno i soggetti destinatari dei rimedi adottati nella decisione?

In effetti, l'agire processuale del rappresentante virtuale di un gruppo (un gruppo che, invero, ancora non esiste nel mondo del processo) sicuramente è sminuito dall'impossibilità di generare la forza dissuasiva e il riequilibrio di poteri nei confronti della controparte - effetti che deriverebbero dall'effettivo raggruppamento dei vari soggetti coinvolti -; inoltre, risulta compromesso il ruolo che, alla luce della normativa sulla garanzia del giusto processo, il rappresentante virtuale (così come il giudice costituzionale) dovrebbe tenere in difesa del diritto all'adeguata rappresentanza dei soggetti assenti.

E non mi riferisco solo alla possibilità che i soggetti assenti, se lo desiderano, intervengano nel processo: tale potere di partecipazione certamente non risulta del tutto soddisfatto dall'intervento, a volte poco istituzionalizzato, di soggetti che, in qualità di *Private Attorney General*, agiscono in difesa degli interessi in gioco. Mi riferisco anche ai comportamenti concreti che compensano l'assenza del soggetto destinatario della decisione: mate-

rializzazione del diritto all'adeguata rappresentanza che non solo si limita al controllo sull'idoneità del rappresentante e ad evitare i conflitti di interesse, ma si manifesta anche nelle differenti tappe del processo, compresa, ovviamente, l'eventuale pratica delle prove dirette ad accertare, non solo la violazione, o imminente violazione, dei diritti fondamentali in gioco, ma anche, in prima battuta, l'omogeneità tra le posizioni normative di vantaggio.

6.1. *L'instabilità delle decisioni di tutela nel caso di una violazione plurisoggettiva di diritti fondamentali*

La struttura processuale degli effetti *inter communis*, come conseguenza delle difficoltà appena enunciate, genera una difficoltà ulteriore dagli esiti controproducenti: nella cornice dell'eventuale mancanza di tutela dei membri assenti – dovuta, tanto alla mancata definizione durante il processo del gruppo destinatario degli effetti della decisione, quanto alla conseguente impossibilità di garantire adeguatamente i diritti processuali fondamentali dei membri del gruppo – è certo che questa struttura, che parrebbe soffocare definitivamente alcune opportunità processuali, mostra la propria debolezza in quanto destinata (molto probabilmente) a frantumarsi in momenti successivi alla decisione.

In effetti, anche a causa dell'eventuale inefficacia, parziale o totale della decisione, soprattutto, ma non solo, nei casi di decisioni con effetti amplificati, si attivano nuove controversie che, fondamentalmente, anche sotto forma di una *collateral attack*, trasferiscono, a un momento successivo alla decisione, il dibattito sull'esigibilità dell'attuazione dei rimedi (non solo) complessi, sull'iscrizione del carattere di omogeneità tra i diritti funzionali e (eventualmente) sull'adeguata rappresentanza degli interessi dei membri assenti.

Un'eventualità che, a sua volta, si accompagna alla necessità di riaprire il dibattito processuale, combinando rivendicazioni sia sulla qualità di essere (o no) ricettore degli effetti della *res iudicata*²⁰, sia sulla portata della regola del precedente giudiziale della sentenza oggetto dell'estensione dei suoi effetti²¹. In quest'ultimo caso, al dibattito sull'omogeneità tra i diversi

²⁰ «Así las cosas, si una persona considera que, a pesar de no ser parte formal dentro de una acción de tutela que culminó con una sentencia proferida por la Corte Constitucional, pero que sobre ella recaen sus efectos, puede solicitar su cumplimiento o tramitar un incidente de desacato ante el juez de primera instancia que conoció de la acción que se revisó por esta Corporación»: Corte costituzionale colombiana, A.158 de 2017.

²¹ «En esta hipótesis, las personas que se encuentran en la misma situación que los peticionarios

diritti soggettivi funzionali alla tutela dei diritti fondamentali oggetto di entrambe le controversie, si sommano, eventualmente, le riflessioni proprie delle tecniche di distinzione (interpretazione restrittiva) o di armonizzazione (interpretazione estensiva) del precedente giudiziale.

Questa situazione eventuale e paradossale – in cui gli effetti *inter communis* finiscono per materializzare i rischi che normativamente dovrebbero evitare – può essere, in alcuni casi, conseguenza di un'atomizzazione dell'unità soggettiva che si è costruita sulla base dell'ascrizione della proprietà di omogeneità; ascrizione che opera come cerniera tra una pluralità di soggetti le cui specificità, tuttavia, sono sempre capaci di minare un ragionamento che si è consolidato in loro assenza.

Questo però non dovrebbe sorprenderci: in relazione all'ascrizione della proprietà dell'omogeneità, sempre possono essere identificate ragioni sufficienti per distinguere i casi. L'omogeneità è una questione di grado ed è anche il risultato di una scelta di politica del diritto da parte del giudice che, per ragioni normative, considera opportuno o inevitabilmente necessario non distinguere tra quello che (pur non sempre forzosamente) sempre è distinguibile.

E a questo scenario – dato dalla ricaduta in un nuovo momento di etero-litigiosità che riapre questioni “già discusse” – si somma un'ulteriore difficoltà che si manifesta all'interno dello stesso processo di *tutela* oggetto degli effetti *inter communis*, precisamente nella fase di esecuzione o attuazione della decisione.

6.2. *Il test dell'intersezionalità ovvero la precarietà del giudizio sulla omogeneità*

In concreto, soprattutto nel caso delle decisioni con effetti *stricto sensu* amplificati, anche a causa delle ampie dimensioni del gruppo destinatario degli effetti del giudicato, inizialmente le diverse caratteristiche specifiche dei soggetti assenti necessariamente si diluiscono in una massa, più o meno indistinta, i cui interessi risultano regolati mediante rimedi abbastanza generali e astratti. Tuttavia, tali caratteristiche riappaiono quando durante le fasi

en un proceso en el que el amparo fue concedido con efectos inter comunis, pueden optar por impulsar la garantía de sus derechos ante el juez encargado de asegurar el cumplimiento de la sentencia, o, acudir a una nueva acción de tutela. En ambos eventos la autoridad judicial debe contrastar la situación del solicitante con los supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia que dictó los efectos comunes y, en caso de encontrar acreditada la identidad entre un caso y otro, dar aplicación a las medidas de protección ordenadas en dicha decisión»: Corte costituzionale colombiana, T-272 de 2014.

di monitoraggio (se previste) si iniziano a ristrutturare i rimedi complessi, anche in relazione al risultato del “dialogo” tra i destinatari (attivi e passivi della decisione): dialogo che, tra le altre cose, entra a sanare, però solo in parte, l’assenza dello stesso nei momenti anteriori alla definizione del gruppo dei membri assenti.

Durante questo processo di (eventuale) riformulazione dei rimedi inizia una fase di ridefinizione e specificazione del gruppo destinatario dei rimedi. Ebbene, questo fenomeno potrebbe essere letto, da un punto di vista tecnico, come il processo di identificazione delle *subclasses* o sottogruppi²² all’interno del gruppo destinatario degli effetti del giudicato.

Si tratta di un effetto che entra a sdoppiare la “cartografia” costruita durante la fase precedente all’esecuzione della decisione. Questo è il risultato, sicuramente, di una specie di de-costruzione del soggetto collettivo in corrispondenza di un fatto innegabile: le persone – pensando, per esempio, agli sfollati, oggetto di pronuncia nella famosa sentenza strutturale T-025 del 2004²³ – sono collocate, sono ascritte e, al tempo stesso, si auto-ascrivono, non a una sola categoria, ma a un incrocio, a un’intersezione di più categorie o gruppi di appartenenza.

Non solo. Questo dato di fatto, facilmente riscontrabile sul piano empirico, noto come fenomeno dell’intersezionalità – introdotto nel dibattito dalla massima esponente del femminismo nero Kimberlé Crenshaw²⁴ – non esclude, ma al contrario contribuisce a generare, due fenomeni ben precisi. In virtù del primo fenomeno, le pretese avanzate dal gruppo di soggetti che popolano una intersezione tra categorie variano rispetto alle pretese dei gruppi di persone che, popolandolo una stessa categoria preponderante, non condividono le altre categorie della intersezione. Il secondo fenomeno segue al precedente: mi riferisco agli inevitabili conflitti che possono crearsi tra le

²² Proprio in relazione alla garanzia del diritto all’adeguata rappresentazione dei membri assenti del gruppo, le *subclasses* sono previste durante il rispettivo processo, per esempio, nella *class action* federale statunitense: R23(c)(5): «*Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule*».

²³ Corte costituzionale colombiana, T-025 de 2004.

²⁴ Cfr., per la prima volta, K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *The University of Chicago legal forum*, 1989, pp. 139-167. Cfr. Anche EAD., *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 43, 1991, pp. 1241-1299 e EAD., *Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Anti-racist Politics*, in H. LUTZ; M.T. HERRERA VIVAR; L. SUPIK (eds.), *Framing Intersectionality. Debates on a Multi-faceted Concept in Gender Studies*, Ashgate, Burlington, 2011, pp. 25-42 e anche il *Postscript*, pp. 221-233.

pretese rivendicate dai gruppi che popolano diverse intersezioni.

Sottovalutare il fenomeno dell'intersezionalità (assieme al suo potenziale epistemologico) è senza dubbio controproducente. Detto brevemente, e prestando qui attenzione solo alle conseguenze di tale fenomeno sul piano dell'ascrizione della proprietà dell'omogeneità a un gruppo di soggetti nel contesto della qui denominata "azione di *tutela* collettiva obbligatoria", c'è da notare che la pluri-appartenenza a differenti categorie implica la necessaria considerazione delle intersezioni tra le diverse categorie, senza credere che la situazione specifica del soggetto possa essere catturata semplicemente mediante la somma aritmetica delle sue differenti appartenenze. La pretesa di caratterizzazione del gruppo è possibile, piuttosto, nella *complicata* e *concorrente* analisi delle multiple dimensioni che si configurano come conseguenza della concomitante appartenenza delle componenti del gruppo ad altre categorie²⁵.

Di fatto, l'analisi intersezionale, proprio concentrandosi sugli incroci tra categorie, mira anche a catturare l'inevitabile dinamismo, mutabilità, non-staticità, dei gruppi. Inoltre, si tratta di una prospettiva idonea a cogliere quelle mancanze che sono oscurate dai gruppi (anche, se a loro volta minoranze) egemonici.

In questo modo, se per esempio nel caso dei soggetti sfollati, si tende a costruire l'omogeneità solo prendendo in considerazione la condizione di sfollato e si ignorano altre categorie di appartenenza (genere, etnia, e così via), è ampio il rischio di costruire un gruppo con pretese falsamente omogenee. In effetti, la conseguenza di questo approccio non attento alla complessità può generare una specie di ri-vittimizzazione del soggetto destinatario di tutela in quanto, precisamente, oscura certe differenze, generando, nuovamente, questo processo di esclusione dalla cornice di riferimento delle politiche pubbliche idonee a sovvertire tale stato d'oppressione.

Per questo motivo, per dirlo con Nancy Fraser, l'analisi dei gruppi e delle ragioni che generano differenti tipi di ingiustizia (caratterizzata sempre da pluri-violazioni di diritti fondamentali), richiede, non solo una differenziazione del gruppo nei confronti di altri gruppi non rilevanti – ossia un'analisi "*inter-gruppale*" – ma deve estendersi sempre a un'analisi all'interno di ciascun gruppo (analisi intra-gruppale), ossia a un'analisi dei possibili effetti che derivano da qualsiasi rimedio a favore del gruppo, per determinare i suoi

²⁵ Per un'introduzione al dibattito sull'intersezionalità v. S. MARCHETTI, *Intersezionalità*, in C. BOTTI (ed.), *Le etiche della diversità culturale*, Le Lettere, Firenze, 2013, pp. 133 ss. e B. G., BELLO, *Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 15, 2015, pp. 141-172.

effetti sulle diverse componenti di esso²⁶.

Ovviare a quest'analisi, con specifico riferimento all'iscrizione della proprietà di omogeneità ai membri assenti del gruppo durante il processo di azione di *tutela* collettiva obbligatoria, produce un'esclusione (e dunque una ri-vittimizzazione) dei membri assenti del gruppo nella tappa del processo giudiziale rivolto precisamente a garantire la giustiziabilità dei suoi diritti. Si tratta, per dirlo in breve, alla luce della teoria tridimensionale della giustizia di Fraser, di un'ingiustizia (soprattutto) per mancanza di politiche di rappresentanza, in entrambi i suoi possibili livelli (ordinario e di cornice)²⁷: tale ingiustizia deriverebbe, insomma, (i) tanto dalla mancanza di norme giurisprudenziali che regolano la rappresentanza adeguata dei membri assenti nel processo (ii) quanto della impossibilità di cogliere le specificità dei propri membri con riguardo alle categorie che essi occupano; impossibilità che, a sua volta, scatena l'invisibilità di alcuni di loro al momento dell'adozione dei rispettivi rimedi nella cornice di una decisione con effetti amplificati.

Evidentemente, un'analisi di questo tipo è molto complessa e difficile da realizzare, però non del tutto impraticabile. Di fatto, e solo per fare un esempio, alcuni provvedimenti di monitoraggio, nella cornice dei rimedi complessi che sono derivati dalla sentenza strutturale sullo sfollamento forzato, mostrano come una prospettiva di questo tipo abbia trovato spazio. E lo ha trovato (e continua a trovarlo) proprio nel fatto che, durante la fase di

²⁶ «In such cases, the principle of participatory parity must be applied twice. It must be applied, first, at the intergroup level, to assess the effects of institutionalized patterns of cultural value on the relative standing of *minorities vis-à-vis majorities*. Then, it must be applied, second, at the intragroup level, to assess the internal effects of the minority practices for which recognition is being claimed»: N. FRASER, *Feminist politics in the age of recognition: A two-dimensional approach to gender justice*, in *Studies in Social Justice*, 1, 2007, p. 31.

²⁷ Secondo N. FRASER, *Reframing Justice in a Globalizing World* in *New Left Review*, 36, 2005, pp. 76-77, l'ingiustizia per la mancanza di rappresentanza opera su due livelli differenti. A un primo livello, si manifesta come «mancanza di rappresentazione ordinaria»: un'ingiustizia che si identifica nelle norme sulla presa di decisioni. Per ciò che qui interessa, questo tipo di ingiustizia si manifesterebbe come conseguenza delle norme (per ora solo di matrice giurisprudenziale) che regolano la rappresentanza dei membri assenti del gruppo all'interno del processo di azione di *tutela* collettiva obbligatoria (anche quando la rappresentanza opera attraverso una sorta di *Private Attorney General*); norme che, in base a certi orientamenti etico-normativi, possono essere lette come norme che «*wrongly deny some of the included the chance to participate fully, as a peers*». A un secondo livello, molto più complesso e molto più significativo, la ingiustizia per mancanza di cornice (*misframe*): «that sort of *misframing* is a kind of 'political death'» in quanto «*the injustice arises when the community's boundaries are drawn in such a way as to wrongly exclude some people from the chance to participate at all in its authorized contests over justice*. In such cases, *misrepresentation takes a deeper form, which I shall call misframing*»: N. FRASER, *Reframing Justice in a Globalizing World*, p. 77.

attuazione della decisione, le specificità dei membri del gruppo si sono rese manifeste (e continuano ad esserlo) e, conseguentemente, l'unità soggettiva – l'ascrizione della proprietà di omogeneità – inizia a mostrare i suoi limiti.

In concreto, in questo gruppo di provvedimenti di monitoraggio (ora con nuove conseguenze in altri scenari, anche legislativi) si adotta un c.d. approccio differenziale²⁸ che, richiamando l'attenzione sulle specificità del gruppo minoritario considerato omogeneo (vittime di sfollamento), svela omogeneità sospettose, sulla base della constatazione, innegabile, che lo sfollamento forzato non tocca sempre tutti i gruppi nella stessa maniera e con la stessa intensità²⁹.

In termini più precisi, da una prospettiva intersezionale, suscita sospetto – ancor di più, credo quando l'omogeneità è caratterizzata sulla base di un approccio etico-normativo comunitarista³⁰ – la costruzione di un gruppo del quale si predica l'omogeneità, quando tra i suoi componenti si trovano, indifferenziati, sotto gruppi che popolano le differenti intersezioni. Risulta quindi sospettoso, per intenderci, che in un gruppo del quale si predica l'omogeneità possano essere identificati, al contempo, sfollati-uomini-bianchi-imprenditori e donne-nere-sfollate. Sospettoso perché, soprattutto nello scenario della garanzia di giustiziabilità dei diritti sociali, in contesti socio-economici caratterizzati da un'endemica e strutturale esclusione e oppressio-

²⁸ Riguardo ai gruppi indigeni e agli altri gruppi etnici (approccio etnico) assieme alle donne (approccio di genere), ai bambini, alle persone con disabilità, e così via. Per esempio v. provvedimenti: 92 del 2008; 251 del 2008, 4 e 5 del 2009; 6 del 2009, 98 del 2013; 443 de 2015.

²⁹ Solo come esempio, in relazione ai gruppi più toccati dallo sfollamento forzato in Colombia, e prendendo in considerazione solo una delle intersezioni del gruppo "sfollati" (*desplazados*), con particolare riguardo al criterio dell'etnicità – i.e.: *indigena-sfollato e nero-sfollato* – questo risulta evidente. Si stima che il 14% della popolazione etnica colombiana sia stata vittima di *desplazamiento* forzato (Centro Nacional De Memoria Histórica, *Una nación des plaza da: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*, CNMH-UARIV, Bogotá, 2015, p. 37) e che il gruppo indigeni-sfollati, un gruppo che rappresenta più o meno il 10% della popolazione che si auto-riconosce come indigena, corrispondente al 17% della popolazione etnica vittima di sfollamento in Colombia e quindi a circa il 2% dei più di 6 milioni di *desplazados* finora registrati. Riguardo al gruppo neri-sfollati, il 15% della popolazione nera è stata vittima di sfollamento: percentuale che rappresenta l'80% della popolazione etnica vittima di *desplazamiento* e, quindi, quasi l'11% dei più dei 6 milioni di sfollati in Colombia (*Ibidem*, p. 39).

³⁰ Come pone bene in evidenza, tra le altre, I. M. YOUNG, *Justice and the Politic of Difference*, Princeton U.P., Princeton, 1990, il comunitarismo «esprime un desiderio di reciproca fusione tra i soggetti, che in pratica funziona in modo da escludere coloro con i quali il gruppo non si identifica: e nega e rimuove la differenza sociale, il fatto che l'ordinamento politico non può realisticamente essere pensato come un'unità in cui tutti i partecipanti condividano una comune esperienza e valori comuni».

ne, l'egemonia dei gruppi, anche se minoritari, hanno la forza di oscurare – al punto di escluderli dal dibattito pubblico – le minoranze all'interno di questi gruppi già minoritari³¹.

Un fenomeno, quello della distinzione all'interno dei gruppi, anche minoritari, che di nuovo si lega alle difficoltà che discendono dall'ascrizione della proprietà di omogeneità e che, da un punto di vista processuale è molto rilevante nell'ambito della (se si vuole) "compensazione" normativa che, sulla base della prospettiva della garanzia del diritto all'adeguata rappresentanza, dovrebbe derivare dal sacrificio del diritto di azione e del principio dispositivo come conseguenza della dichiarazione degli effetti *inter communis*. In effetti, la prospettiva differenziata all'interno dei gruppi è importante in quanto serve a identificare: (i) i conflitti di interesse tra chi agisce come rappresentante del gruppo e alcuni dei membri assenti che fanno (o faranno) parte di esso e (ii) le *subclasses* esistenti all'interno del gruppo.

Nell'ambito di processi complessi, vi è una tendenza inevitabile alla dissoluzione del soggetto, delle sue specificità, come contropartita per ottenere un effettivo accesso alla giustizia. E benché non vi sia dubbio che l'estensione degli effetti della decisione sotto forma degli effetti *inter communis* – che conduce alla "azione di tutela collettiva obbligatoria" – ha generato effetti favorevoli sul piano della giustiziabilità dei diritti fondamentali, altrettanto certo è che, nella sua struttura processuale, questa versione inedita di azione rappresentativa merita alcuni aggiustamenti nel corso del processo (e non solo in fase di esecuzione), principalmente in materia di ascrizione della proprietà di omogeneità e nella struttura processuale idonea a "compensare" – mediante politiche di rappresentanza di primo e secondo livello – il sacrificio del diritto di azione e del principio dispositivo da parte dei soggetti che, obbligatoriamente, risulteranno destinatari dei rimedi adottati nella rispettiva decisione con effetti amplificati.

Abstract

³¹ Dunque, un problema fondamentalmente di intersezioni: il possibile problema delle "minoranze nelle minoranze", secondo la locuzione già usata in A. EISENBERG; J. SPINNER-HALEV (ed.). *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

*Through a distinction between decisions with restricted effects and decisions with amplified effects, the author analyzes the decisions of the Colombian Constitutional Court on fundamental rights that extend the effects of *giudicato* to subjects who were not part of the procedure. The goal is to develop a problematic aspect that has escaped the analysis of these types of decisions, that is to say, decisions that are faced with the problem of complex litigation deriving from massive and structural violations of fundamental rights. In fact, the author shows some problems that arise due to the instability and precariousness of the assertion of property homogeneity among the different rights of the subjects to whom the remedies are addressed.*

Alberto Vespaziani*

Jus Dicere in Terrae Brasilis: *Politica, Ermeneutica, Letteratura*

SOMMARIO: 1. Genealogia del controllo di costituzionalità in Brasile; - 2. Il sistema di controllo di costituzionalità attuale e il caso della sentenza sull'aborto; - 3. Orientamenti della dottrina contemporanea: dall'ermeneutica critica al movimento "*Direito e Literatura*".

1. *Genealogia del controllo di costituzionalità in Brasile*

La crisi costituzionale in Brasile ha assunto le forme di una forte giudiziizzazione della politica. L'inchiesta *Lava Jato* domina le cronache da più di tre anni ed ha profondamente scosso l'intero sistema politico. Il Tribunale Supremo Federale (d'ora in poi TSF) viene visto e criticato come un attore al centro degli equilibri politici. Questo intervento discute gli indirizzi più recenti della giurisdizione costituzionale brasiliana e della dottrina costituzionale che la rincorre.

Se Tocqueville viaggiasse oggi a Brasilia, non potrebbe fare a meno di notare che in Brasile, prima o poi, tutte le questioni politiche finiscono per essere decise dalla Corte Suprema Federale. Come si è giunti a questa condizione? Vista l'enorme incertezza che caratterizza il sistema politico brasiliano attuale, il presente contributo si ispira all'antico detto indiano secondo cui "se non sai dove stai andando, voltati, e cerca di capire da dove vieni". Per far ciò si rivolge alle due dimensioni della comparazione giuridica, quella sincronica e quella diacronica; con la prima volge l'attenzione allo stato attuale del ruolo della giurisdizione costituzionale in Brasile, con la seconda ricerca nella storia costituzionale i fattori che hanno condotto al presente stato di cose, ma anche modelli alternativi che sono stati scartati, ma che costituiscono ancor oggi modelli di ispirazione per una configurazione alternativa della realtà politico-istituzionale.

E bene ricordare che in Brasile la giustizia federale fu istituita con l'idea di

* Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università del Molise; LL.M. (Harvard)

contrastare maggioranze parlamentari reazionarie, monarchico-centraliste. Infatti, prima che iniziassero i lavori dell'Assemblea costituente, il governo provvisorio organizzò la giustizia federale mediante il decreto 848 dell'11 ottobre 1890. La relazione di accompagnamento al decreto spiegava che "la magistratura che ora si insedia nel Paese, grazie al regime repubblicano, non è uno strumento cieco o un mero interprete nell'esecuzione degli atti del potere legislativo. Prima di applicare la legge, le spetta un diritto di esame, potendo conferirle o rifiutarle una sanzione, nel caso in cui le appaia conforme o contraria alla legge organica. Il potere di interpretare le leggi, disse l'onesto e saggio giudice americano, implica necessariamente il diritto di verificare se esse sono o no conformi a Costituzione, e, in quest'ultimo caso, le spetta dichiarare se esse sono nulle e senza effetto. Mediante questo ingegnoso meccanismo si riesce ad evitare che il legislatore, riservandosi la facoltà di interpretazione, si venga a collocare nell'assurda situazione di essere giudice nella sua propria causa. Nelle società moderne si va estinguendo la volontà assoluta delle assemblee legislative, così come si vanno estinguendo le dottrine dell'arbitrio del sovrano potere esecutivo. La funzione del liberalismo nel passato fu di opporre un limite al potere violento dei re; il dovere del liberalismo nell'epoca attuale è opporre un limite al potere dei parlamenti. Questa missione spetta, senza dubbio, al potere giudiziario".

Rispetto al radicamento delle idee monarchiche e centraliste, stabilizzatesi in una società che fu una delle ultime ad abolire la schiavitù, l'istituzione di una giustizia federale rispondeva all'esigenza di costruire un contropotere rispetto alle fazioni locali.¹ Notiamo che sin nella genesi dell'organizzazione federale del potere giudiziario e del controllo di costituzionalità l'esperienza brasiliana ha guardato oltre i propri confini, e si è ispirata a modelli stranieri, nel caso delle origini alla cultura giuridica statunitense.

Benché l'idea del controllo di costituzionalità emerga chiaramente dalla relazione di accompagnamento al Decreto 848 del 1890, con chiara ispirazione nel modello di *Judicial review* nordamericano, è solamente con la costituzione del 1891 che la tesi repubblicana guadagna forma e struttura a partire dalla designazione di un organo di vertice del potere giudiziario con la competenza di effettuare tale controllo. Si può quindi affermare che la teoria costituzionale brasiliana nasce insieme alla Repubblica e alla Costituzione del 1891. Fu essa che stabilì lo *judicial review*, per merito principalmente di Rui Barbosa, grande ammiratore del sistema nordamericano. Nella sua opera si trova l'interpretazione classica del costituzionalismo brasiliano delle

¹ LENINE NEQUETE, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência. II. República*. Porto Alegre, 1973, p.12 e João Barbalho, *Constituição Federal brasileira: comentários*. Rio de Janeiro, 1902.

origini: un pensiero che interpreta le problematiche politiche a partire dal diritto, ed individua nell'esistenza di una costituzione liberale e democratica il presupposto per la legittimità e stabilità delle istituzioni. Per Barbosa il diritto è una garanzia di razionalità dello stato, e la costituzione protetta dal potere giudiziario è una garanzia di razionalità dell'ordinamento giuridico. La sua visione fu accusata di idealismo da parte di correnti realiste, che l'accusavano di essere inadeguata per la realtà sociologica della società del tempo, e di guardare troppo al diritto e troppo poco allo stato. Questa linea di pensiero antiliberalista contribuì a costruire la matrice autoritaria e nazionalista di gran parte del pensiero giuridico brasiliano.²

La costituzione del 1891 stabilì da un lato un sistema di giurisdizione unica, sopprimendo il contenzioso amministrativo, ed affidandone le funzioni alla giurisdizione comune, dall'altro lato creò un sistema a due livelli, visto che i principi repubblicani e federali richiedevano una coesistenza di giurisdizione statale e federale.

Si istituì quindi un sistema di controllo costituzionale di tipo diffuso, originariamente ristretto al controllo delle sole leggi statali. L'art.59 prevedeva infatti che il TSF avesse la competenza per giudicare ricorsi avverso le sentenze emesse dai tribunali statali: a) quando si disputa sulla validità o sull'applicazione di trattati e leggi federali; b) quando si contesta la validità di leggi o atti dei governi degli Stati rispetto alla Costituzione, o di leggi federali, nel caso in cui la decisione del tribunale statale abbia considerato validi tali o atti o tali leggi impugnate.

Notiamo che il sistema originario prevedeva l'ipotesi del controllo indiretto sulla legislazione federale solo attraverso l'impugnazione della legge statale che su di essa si fondava. Fu solo con la L.221/1894 che si estese il controllo anche alle leggi federali; nell'art.13 si prevedeva infatti che *"i giudici e i tribunali controlleranno la validità delle leggi e dei regolamenti e cesseranno di applicare ai casi loro sottoposti le leggi manifestamente incostituzionali ed i regolamenti manifestamente incompatibili con le leggi o la Costituzione"*. Da una parte dunque questa legge ampliò lo spettro del controllo di costituzionalità attribuendo sia al TSF sia a tutti i giudici la competenza a pronunciarsi sulla validità delle leggi federali, dall'altra non specificò la funzione nomofilattica del TSF, il quale, anche per le biografie intellettuali dei suoi membri, non si curò dell'esigenza di uniformare gli indirizzi interpretativi. È bene ricordare che il TSF nacque con 15 giudici, nominati 48 ore dopo la promulgazione della Costituzione e installatisi 4 giorni dopo a Rio de Janeiro, in rua do

² LEONEL SEVERO ROCHA, *A democracia em Rui Barbosa. O projecto politico liberal-racional*. Rio de Janeiro, 1995, pp.137-139.

Lavradio. La prima corte vide 4 ultrasessantenni, sette sessantenni e solo 4 membri con meno di 60 anni. Alcuni erano visconti e baroni. Non sorprende dunque che una corte creata dai repubblicani per il mantenimento dell'unità nazionale, come un vero e proprio "tribunale della federazione", si astenne dall'elaborare criteri ermeneutici evolutivi che le consentissero di procedere all'uniformizzazione della giurisprudenza, contribuendo così all'indebolimento istituzionale del paese.

Ci volle la revisione costituzionale del 3 settembre 1926 per specificare le competenze del TSF come di una Corte costituzionale e di cassazione, disponendo nel suo art. 60 che *"avverso le sentenze delle Corti di giustizia degli stati vi sarà ricorso in ultima istanza di fronte al Tribunale Supremo Federale: a) quando si disputa sulla vigenza o validità delle leggi federali rispetto alla Costituzione e la decisione del tribunale statale abbia negato la loro applicazione; b) quando si contesta la validità le leggi o atti dei governi statali rispetto alla Costituzione o alle leggi federali, e la decisione del tribunale statale abbia considerato validi tali atti o le leggi impugnate; c) quando due o più tribunali locali abbiano interpretato in modo differente la stessa legge federale, potendo il ricorso essere presentato da ognuno dei tribunali coinvolti o dal Procuratore Generale della Repubblica; d) quando si tratta di questioni di diritto penale o internazionale privato"*.

Nonostante il progresso raggiunto mediante l'istituzione di un organo di vertice del potere giudiziario, in posizione di indipendenza e dotato del potere contromaggioritario di sancire l'incostituzionalità di leggi statali e federali, il TSF incontrò molte critiche da parte della dottrina; secondo alcuni infatti tra i poteri statali, il potere esecutivo fu sempre più progressista e recettivo rispetto alle aspirazioni popolari, il Congresso più controriformista e reazionario, la Giustizia fu sempre favorevole alle forze dominanti.³ Tuttavia ci furono episodi di scontro tra il TSF e altri poteri dello stato, come in occasione dell'annullamento del Codice penale militare, o di pronunce relative a diritti civili collegate alla rivoluzione federalista del Rio Grande do Sul nel febbraio del 1893. Il problema principale di questo periodo della storia della giurisdizione costituzionale brasiliana era la mancanza di un meccanismo che consentisse di dar un effetto vincolante *erga omnes* alle pronunce del TSF. Importando la *judicial review of legislation* in un sistema di *civil law*, la giurisprudenza costituzionale non aveva nel proprio arsenale una dottrina del precedente o dello *stare decisis*, il che produceva conflitti tra indirizzi interpretativi divergenti. Gli effetti della decisione de TSF rimanevano infatti *inter partes* e quindi, anche quando il

³ LEDA BOECHAT RODRIGUES, *História do Supremo Tribunal*, Rio de Janeiro, 1991, p.5.

TSF aveva dichiarato una legge incostituzionale, questa poteva continuare ad essere applicata da un altro giudice che fosse di diverso avviso.

Le caratteristiche principali del controllo diffuso di costituzionalità consolidatosi, e in vigore ancor oggi, sono state così riassunte da Lúcio Bittencourt: *“Il potere giudiziario si pronuncia solo su casi concreti per la cui decisione è rilevante un esame di costituzionalità della legge applicabile; gli atti del Congresso godono di una presunzione di costituzionalità; nel dubbio, decidere a favore della conformità a Costituzione; preferire l’interpretazione adeguatrice; l’applicazione tradizionale dei principi di una legge, senza che si ponga in dubbio la sua costituzionalità è un elemento importante del suo riconoscimento; non si dichiarano incostituzionali gli scopi della legge, se questa nel suo testo non è contraria a Costituzione, i giudici non possono negarle efficacia; nell’apprezzamento dell’incostituzionalità, il giudiziario non si lascerà influenzare dalla giustizia, convenienza o opportunità dell’atto del Congresso; l’incostituzionalità è imprescrittibile, potendo essere dichiarata in ogni tempo”*.⁴

Il costituzionalismo brasiliano conobbe una notevole evoluzione con la “rivoluzione costituzionalista” del 1930 che aspirava all’instaurazione di una nuova Repubblica mediante l’istituzione di un’assemblea costituente, che si riunì il 15 novembre 1933 nel Palazzo Tiradentes in Rio de Janeiro. I modelli costituzionali cui si ispirarono i costituenti furono essenzialmente la Costituzione di Weimar del 1919 e la Costituzione repubblicana spagnola del 1931. Una delle innovazioni della costituzione del 1934 era costituita dal ruolo del Senato nell’ambito del controllo diffuso di costituzionalità, nonché l’istituzione dell’efficacia *erga omnes* delle sentenze del TSF. Per quanto riguarda il primo aspetto, l’art. 91 della Carta prescriveva che il TSF, dopo aver dichiarato l’incostituzionalità di un atto normativo in sede di ricorso straordinario o nel corso di un giudizio ordinario, dovesse comunicare la decisione al Senato, al quale competeva il potere di disporre la sospensione dell’esecuzione della legge. Questo meccanismo di collaborazione tra l’organo giudiziario e un organo politico, produceva la situazione secondo cui gli effetti della decisione del TSF rimanevano *inter partes*, ma potevano essere estesi al resto della società mediante la pronuncia del Senato. Ciò denotava la componente liberal-individualista del sistema giuridico che relegava la costituzione a un piano secondario, lasciando la legislazione infracostituzionale, adottata per la regolazione delle relazioni private, nel posto di comando delle relazioni sociali.⁵ Si produsse così una

⁴ LUCIO BITTENCOURT, *O controle jurisdicional de constitucionalidade e das leis*, Rio de Janeiro, 1941, pp. 91 ss.

⁵ COSÌ LENIO LUIZ STRECK, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, São Paulo, 2013, p.511

tensione tra le componenti sociali della Costituzione e la forma di controllo di costituzionalità. In realtà durante i lavori dell'assemblea costituente c'era stato il tentativo di Nilo Alvarenga, che aveva proposto un emendamento volto all'istituzione di un sistema di controllo di costituzionalità di tipo accentrato, affidato ad una corte di giustizia costituzionale ispirata al modello kelseniano, ma il suo tentativo fallì.

Le altre innovazioni introdotte dalla costituzione del 1934 riguardanti il controllo di costituzionalità erano l'introduzione di un'azione diretta, del *mandado de segurança* e, soprattutto, la proibizione che l'art.68 imponeva al potere giudiziario di decidere "questioni esclusivamente politiche". Infine, oltre alla dottrina delle *political questions* sancita nel testo costituzionale si segnalava all'art.91 la competenza del Senato di esaminare la compatibilità con le leggi dei regolamenti emanati dal potere esecutivo e la facoltà di disporre la sospensione dell'esecuzione delle disposizioni illegali. Nella breve vigenza del testo costituzionale del 1934 questa prerogativa non fu mai esercitata, tuttavia rimane significativa di una concezione del controllo di costituzionalità più politica, che intendeva coinvolgere il Senato accanto al potere giudiziario.

Successivamente la costituzione del 1937, decretata da Vargas manteneva il controllo diffuso di costituzionalità (eliminando la possibilità di rinvio al Senato) e permetteva al Capo del Governo di sottomettere al Parlamento leggi dichiarate incostituzionali, nel caso in cui egli ritenesse rilevante e necessario per il benessere del popolo e per la difesa di interessi nazionali. Se il Parlamento avesse approvato con maggioranza di 2/3 la sentenza del STF sarebbe rimasta inefficace. Ma la Costituzione "polacca" non entrò mai in vigore, essendo sospesa dallo stato di emergenza dichiarato secondo il suo stesso art.186.⁶

Il secondo dopoguerra presentò molte trasformazioni nella politica brasiliana. Dopo la deposizione di Vargas il 29 ottobre del 1945, il paese attraversò un periodo di ri-democratizzazione. Il 30 novembre del 1945 fu promulgata la legge costituzionale 16 che revocava l'art.186 della costituzione del 1934. La nuova costituzione mantenne i principi liberali e sociali della precedente nonché la legislazione corporativa dell'era Vargas. È interessante notare come in questa fase il costituzionalismo brasiliano non si orientò verso l'imitazione delle grandi evoluzioni che interessavano il costituzionalismo europeo, ma seguì la traiettoria iniziata nel 1891 e interrotta nel 1937, con poche innovazioni. Per quanto riguarda il controllo di costituzionalità non ci furono novità sostanziali.

⁶ OSCAR VILHENA VIEIRA, *A Constituição e sua reserva de justiça*, São Paulo, 1998, p.213.

Si può dire che la costituzione del 1946 fu una copia di quella del 1934, reistituendo il controllo diffuso con rinvio al Senato, sul presupposto di una dichiarazione di incostituzionalità resa a maggioranza assoluta dal TSF (negli stessi termini dell'art. 97 della attuale costituzione del 1988). L'unico elemento di novità era rappresentato dall'introduzione di un giudizio di fondatezza da parte del giudice remittente, mantenendo l'efficacia *inter partes* del giudizio del STF.

Con il golpe militare del 1964, l'Atto Istituzionale del 9 aprile ampliò i poteri del Governo militare e stabilì una serie di atti immuni al controllo di costituzionalità, tra cui gli atti del Comando Supremo della Rivoluzione e del Governo federale, nonché le deliberazioni delle Assemblee legislative relative alla destituzione di Governatori, Deputati e Prefetti. Ma durante il regime militare fu promulgata la Emenda costituzionale n.16 del 26 novembre 1965 che istituì il ricorso da parte del Procuratore Generale della Repubblica avverso la incostituzionalità di atti normativi federali o statali.

È un paradosso che il regime militare istituì il controllo accentrato, rafforzando il sistema di giustizia costituzionale e la tutela dei diritti individuali? Secondo Streck ciò rispondeva alla preoccupazione del regime militare di stabilire un meccanismo rapido ed efficace per evitare che giudici democratici ostacolassero le decisioni dell'*establishment* attraverso il controllo diffuso.⁷ Occorre anche tener presente che la specificità della dittatura brasiliana, in questo diversa da quella cilena o argentina, consistette in una preoccupazione legalistica, contando sulla collaborazione dei giuristi per offrire una copertura alle azioni politiche.⁸ L'autonomia del diritto toccò il livello minimo e si raggiunse l'apice della strumentalizzazione dei principi e degli istituti giuridici in favore delle esigenze burocratico-autoritarie del regime militare. Una conseguenza dello stato di eccezione fu il *court packing* che permise la nomina di 5 nuovi giudici supremi, militanti storici della UDN, per effetto della quale il numero dei "Ministri" aumentò da 11 a 16. Successivamente tre giudici non allineati furono collocati autoritativamente in pensione.⁹

Riflettendo una delle tante contraddizioni del costituzionalismo brasiliano, proprio in uno dei suoi punti più bassi, nel 1977 l'Emenda 7 introdusse il principio dell'effetto vincolante dell'interpretazione fissata dal STF. Insieme alla possibilità di concedere misure cautelari, il TSF fu

⁷ LENIO LUIZ STRECK, *op.cit.*, p.519

⁸ ANTHONY PEREIRA, *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil no Chile e na Argentina*, São Paulo, 2010.

⁹ EMÍLIA VIOTTI DA COSTA, *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, São Paulo, 2006, pp.166.168.

rafforzato mediante l'introduzione dell'azione di interpretazione del diritto federale.

2. Il sistema di controllo di costituzionalità attuale e il caso della sentenza sull'aborto

La Costituzione del 1988 ha mantenuto le acquisizioni evolutive del costituzionalismo brasiliano affiancando al controllo diffuso previsto all'art.97 (in cui tutti i giudici, anche di prima istanza, possono disapplicare un atto normativo che ritengono incostituzionale) il controllo accentrato.¹⁰ I costituenti decisero dunque di non imitare il modello kelseniano di controllo accentrato, con l'istituzione di un organo giudiziario sottratto al circuito politico, dotato del monopolio del sindacato di costituzionalità. L'art.101 fissa il numero di giudici costituzionali ad 11, specificando i requisiti di età (più di 35 e meno di 65) e richiedendo una "notevole conoscenza giuridica e una reputazione illibata". I giudici del TSF vengono nominati dal Presidente della Repubblica, con l'assenso a maggioranza assoluta da parte del Senato federale.

Per quanto riguarda la modalità del controllo diffuso con rinvio al Senato, l'art.52 X mantiene la previsione che consente a questo di "sospendere l'esecuzione, in tutto o in parte, della legge dichiarata incostituzionale da una decisione definitiva del TSF", consolidando una tradizione costituzionale nazionale che ha attraversato le costituzioni del 1934, 1946, 1967 e 1969.

Da rimarcare l'introduzione dell'azione di incostituzionalità per omissione, ispirata dal costituzionalismo portoghese e jugoslavo (prima della disintegrazione della federazione), nonché, 11 anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, dei procedimenti di azione diretta di incostituzionalità ad opera della L.9.868/1999. Occorre ricordare che la Costituzione del 1988 non ha previsto una riserva di legge costituzionale per la giurisdizione costituzionale, dunque il legislatore federale ha sempre la possibilità di dettare norme in questa materia.

Ad uno sguardo complessivo si può dire che oggi quindi il controllo costituzionale può essere politico o giudiziario, diretto o incidentale, diffuso o concentrato, concreto o astratto, per omissione, con effetto vincolante. È bene sottolineare che nell'ordinamento brasiliano non esistono né il

¹⁰ V. Cost. Sezione II, artt. 101-103.

conflitto inter organico né l'*amparo*. Il sistema brasiliano attuale di controllo di costituzionalità può dunque essere qualificato come ibrido, o eclettico. Rispetto ai suoi antecedenti storici, il sistema disegnato dalla Costituzione del 1988 ha significativamente ampliato l'esercizio della giurisdizione, ponendo fine al monopolio del Procuratore Generale della Repubblica in relazione alla proposizione dell'azione diretta di incostituzionalità. Con la nuova carta il controllo in via principale può essere attivato da un ampio numero di soggetti, elencati nell'art.103: il Presidente della Repubblica, le Presidenze del Senato, della Camera dei Deputati e delle Assemblee legislative, i Governatori statali, il Procuratore Generale della Repubblica, il Consiglio Federale della OAB, le confederazioni sindacali o entità di classe di ambito nazionale. Ovviamente l'ampliamento della legittimazione attiva ha contribuito all'allargamento della sfera di influenza della giurisdizione costituzionale; ciò ha fatto dire ad autorevole dottrina che *"la giudiziariizzazione è un fatto, una circostanza del disegno istituzionale brasiliano. L'attivismo invece è un'attitudine, la scelta di un modo specifico e interventista di interpretare la Costituzione, espandendo il suo significato e la sua portata"*.¹¹

La giurisdizione costituzionale in Brasile oggi non sembra svolgere una funzione contro maggioritaria nel controllo diffuso, dove svolge una funzione nomofilattica, infatti il numero di leggi federali dichiarate incostituzionali dal TSF, vigente la Costituzione del 1988, è stato relativamente basso¹². Diverso il caso delle azioni dirette, dove si nota una maggiore tensione tra maggioranze politiche e TSF.

Il protagonismo giudiziario è insomma una spia del debole costituzionalismo brasiliano, di una autonomia relativa del diritto rispetto ad una politica invadente oltre che corrotta. La debolezza della cultura costituzionale liberale, che riposa sulla distinzione tra l'eccezionalità della politica costituzionale e la normalità della politica ordinaria, tra costituzione e legge, si riflette da una parte nella frenetica attività di revisione costituzionale (a dispetto di un procedimento rigidissimo previsto dall'art. 60 che richiede una doppia approvazione con la maggioranza qualificata di 3/5 di ciascuna camera, dal 1988 la costituzione è stata emendata più di cento volte!), dall'altra nella espansione incontrollata dell'ambito di intervento e influenza

¹¹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, 2012, p.795.

¹² Un'indagine del Segretariato del Management strategico del TSF ne contava 93 su 5379 prodotte. Cit. in LUÍS ROBERTO BARROSO, *Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts*, Chapter in: *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and Legitimacy of Constitutionalism*, Springer, 2016.

del TSF che si è spinto per cinque volte sino a dichiarare l'incostituzionalità di leggi di revisione costituzionale.¹³

Per illustrare il dibattito intorno al protagonismo giudiziario del TSF e ai metodi ermeneutici da esso impiegati, si può prendere come caso paradigmatico la recente sentenza sull'aborto, che ha avuto ampia risonanza nell'opinione pubblico-giuridica. Qui non interessa discutere il contenuto della decisione, quanto piuttosto l'iter argomentativo scelto dalla corte, nonché lo stile della sua motivazione. Introdotto mediante un procedimento di *habeas corpus*, il ricorso aveva per oggetto la costituzionalità degli art. 124 e 126 del codice penale, che punivano l'aborto anche nel primo trimestre di gestazione. Per decidere di questa controversa materia, un classico *hard case*, il TSF, nell'opinione resa dal prestigioso giudice costituzionalista Luís Roberto Barroso, esordisce asserendo che *“la rilevanza e la delicatezza della materia giustificano una brevissima incursione nella teoria generale dei diritti fondamentali [...] I diritti fondamentali vincolano tutti i poteri statali e rappresentano un'apertura del sistema giuridico di fronte al sistema morale”*¹⁴. Per rafforzare questa netta di presa di posizione anti-positivista il giudice estensore cita la Teoria dei Diritti fondamentali di Robert Alexy, e, poco più avanti, per giustificare il ricorso al canone della proporzionalità, un articolo del giudice israeliano Aharon Barak, nonché il suo proprio corso di Diritto costituzionale contemporaneo. Occorre qui sottolineare l'uso normativo tanto delle opinioni della dottrina – persino della propria dottrina! – quanto del diritto comparato. Non a caso, nella sezione della motivazione dedicata a “Violazione dei diritti fondamentali della donna” il TSF appone la nota n.7 in cui indica i riferimenti bibliografici di dottrina, brasiliana e statunitense, da cui si intuisce già il senso della decisione: si citano opere di commento a *Roe v. Wade* della Corte suprema federale statunitense, per suffragare l'importazione del tipo di decisione. Si noti qui che la ricezione tanto di giurisprudenza quanto di dottrina straniera dovrebbe aumentare l'onere argomentativo da parte della corte, che dovrebbe motivare le ragioni di tale ricezione ed i motivi che sottendono alla scelta del modello importato, nonché le ragioni dell'esclusione di modelli alternativi, cosa che in questo caso non è avvenuto. L'argomentazione della corte culmina infatti nel terzultimo paragrafo, il n.46, in cui si legge che *“come la Corte Suprema USA ha dichiarato nel caso Roe v. Wade, l'interesse dello stato nella protezione della vita prenatale non supera il diritto fondamentale della donna di realizzare*

¹³ CF, art.60, §4, che prevedendo dei limiti enumerati al potere di revisione (la forma federale dello stato; il voto diretto, segreto, universale e periodico; la separazione dei poteri; i diritti e le garanzie individuali), ha consentito al TSF di pronunciarsi in materia.

¹⁴ TSF, *Julgamento do Habeas Corpus* (HC) 124306, §15.

un aborto. Nello stesso senso, la decisione della Corte Suprema di Giustizia del Canada, che dichiarò l'incostituzionalità dell'articolo del codice penale che criminalizzava l'aborto nel paese, per violazione della proporzionalità. Secondo la Corte canadese, nell'impedire che la donna prenda la decisione di interrompere la gravidanza in tutte le sue fasi, il Legislativo avrebbe mancato di stabilire uno standard capace di equilibrare, in giusta forma, gli interessi del feto e i diritti della donna. Si noti, infine, che praticamente nessun paese democratico e sviluppato del mondo tratta l'interruzione della gestazione durante la fase iniziale della gestazione come un crimine, inclusi gli Stati Uniti, la Germania, il Regno Unito, il Canada, la Francia, l'Italia, la Spagna, il Portogallo, l'Olanda e l'Australia". Si noti lo stile argomentativo: ricezione della dottrina alexiana, ricezione della giurisprudenza costituzionale straniera, tesi della connessione tra diritto e morale, principiologia, bilanciamento e proporzionalità. Questo mix di canoni neocostituzionalisti e argomenti comparativi è emblematico di uno stile argomentativo che parte della dottrina considera una copertura ideologica al servizio dell'attivismo e protagonismo giudiziario.

3. *Orientamenti della dottrina contemporanea: dall'ermeneutica critica al movimento "Direito e Literatura"*

La Cost. "*Cidadã*" si è ispirata al modello europeo post-autoritario, ma alla sua entrata in vigore non ha corrisposto un subitaneo cambio di paradigma della dottrina, che ha inizialmente continuato ad operare secondo i vecchi schemi. La soluzione per il superamento della risacca costituzionale è stata l'utilizzo del diritto comparato, sia da parte della dottrina sia da parte della giurisprudenza. In particolare le esperienze europee hanno modellato il diritto costituzionale brasiliano contemporaneo.

Mentre la dottrina tradizionale continuava ad operare secondo i consueti schemi positivistici, la nuova costituzione si ispirava ai modelli europei post-autoritari, con una forte enfasi nella tutela dei diritti sociali, delle disposizioni di principio e del sindacato di costituzionalità. Per superare la resistenza del positivismo arcaico larga parte della dottrina costituzionalistica brasiliana aderiva entusiasticamente al c.d. neo-costituzionalismo,¹⁵ eleggendo Roland Dworkin e Robert Alexy a stelle polari dei nuovi paradigmi dell'interpretazione

¹⁵ Avanguardistico in questo senso il lavoro di ECIO OTO RAMOS DUARTE e SUSANNA POZZOLO, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria de direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, São Paulo, 2010.

costituzionale. All'osservatore esterno sembra poter affermare che in Brasile il ruolo della dottrina è molto superiore a quello che essa svolge ad esempio in Europa, o ancor meno negli Stati Uniti; le opinioni dei professori sono tenute in alta considerazione e vengono spesso citate dai giudici nelle motivazioni di decisioni giurisdizionali. All'interno della dottrina, poi, si osserva una lotta comparatistica volta spesso ad importare teorie e dottrine, nella maggior parte dei casi tedesche e italiane, talvolta statunitensi, per prevalere in argomenti o casi relativi alla realtà giuridica brasiliana. Anche la resistenza al paradigma neocostituzionalista, oramai maggioritario tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si avvale degli strumenti comparatistici: da qui il grande successo della ricezione di Guastini o Ferrajoli in Brasile. In quel contesto infatti, l'adesione ad una visione panprincipialista viene spesso tacciata di offrire una copertura ideologica al decisionismo occulto del TSF. In questo senso è stata particolarmente influente l'opera di Lenio Luiz Streck che ha articolato una critica ermeneutica al positivismo assiologico-giurisprudenziale della dottrina e della giurisprudenza costituzionale. Streck ha proposto una teoria della decisione giudiziaria, specificando cinque principi fondamentali per l'adozione di un'ermeneutica adeguata al progetto costituzionale brasiliano. I principi sono: 1) preservare l'autonomia del diritto; 2) effettuare un controllo ermeneutico dell'interpretazione costituzionale; 3) rispettare effettivamente l'integrità e la coerenza del diritto; 4) il dovere fondamentale di giustificare le decisioni o di come la motivazione non è uguale alla giustificazione; 5) il diritto fondamentale a una risposta costituzionalmente adeguata.¹⁶

I tentativi teorici di costruzione di una teoria ermeneutica capace di contenere l'attivismo giudiziario senza ricadere nel paleopositivismo sono stati affiancati più di recente da una fiorente produzione di scritti del movimento "*direito e literatura*", molto attivo in Brasile, che si sono concentrati sui modelli di giudice rinvenuti nelle opere letterarie, al fine di rinnovare le fonti di ispirazione per l'edificazione di una cultura ed un'educazione giuridica che non si limiti all'esegesi giurisprudenziale.

Come ha notato André Karam Trindade, "*La letteratura ci mostra che esistono diversi modi di dire le cose. Mentre gli enunciati giuridici cercano di fornire una descrizione presuntivamente neutra e oggettiva di un Diritto separato dalla sua esistenza fattuale, le narrazioni letterarie preferiscono il contrario. In esse il Diritto si trova immerso nella realtà culturale cui appartiene, ampliando significativamente, in questo modo, gli orizzonti del significato. [...] In verità, è sufficiente un rapido sguardo all'operatività geometrica del Diritto*

¹⁶ LENIO LUIZ STRECK, *op.cit.*, pp. 322-348.

*per percepire che la realtà non affina la sensibilità dei giuristi; i racconti, invece, sì. È per questo che, a mio modo di vedere, la letteratura offre una soluzione interessante. Essa può costituire il percorso per la formazione di una cultura letteraria del diritto”.*¹⁷

Di fronte alla crisi dell'economia e dell'ordine pubblico, dello stato democratico di diritto, del costituzionalismo e della globalizzazione, una via di uscita per la dogmatica giuridica può essere rappresentata dalla contaminazione tra il giuridico e il letterario. In questo la dottrina brasiliana dimostra una vitalità invidiabile ed i risultati delle sue ricerche sono già oltre lo stadio avanguardistico per configurarsi come nuovi testi classici dell'ermeneutica giuridica contemporanea.¹⁸

Abstract

The contribution is divided into three parts: in the first part it sums up the genealogy of constitutional adjudication in Brazilian history; in the second one it highlights some aspects of the mixed system of constitutional control established since the 1988 constitution; in the third part it discusses some doctrinal postures and some critical receptions of foreign doctrines. The thesis I intend to argue is that constitutional jurisprudence is subject to analysis in Brazil from three main points of view: jurisprudential exegesis, critical hermeneutics and the movement of Law and Literature. The latter, in particular, has distinguished itself for producing fine analysis of the patterns of justice found in literature.

¹⁷ ANDRÉ KARAM TRINDADE, *Costituzionalismo e letteratura brasiliana*, in F. PETRILLO e A. VESPAZIANI (a cura di), *Dialoghi tra Diritto, Letteratura e Politica*, Chieti, 2007, p.75.

¹⁸ Splendido il volume di LENIO LUIZ STRECK e ANDRÉ KARAM TRINDADE (a cura di), *Os Modelos de Juiz, Ensaios de Direito e Literatura*, São Paulo, 2015.

What do we mean for “jurisdiction” in contemporary, globalized, societies? How is this age-old notion changing? What are the new challenges facing us and the new waters that need to be explored?

Thirty-four scholars from Italy, Europe and other legal cultures offer, in English and Italian, the updated and enriched papers that were presented at the 24th biennial colloquium of the Italian Association of Comparative Law (AIDC).

The contributions are all placed in a broad and comparative perspective, looking at the different existing models, at experiences of success and failure, at models that could – or cannot – be transplanted. “Jurisdiction” must be constantly measured through its relation with other constitutional powers, with the emergence of new conflicts and actors, with legal and political theory.

Through its commitment to open access digital publications Roma TrE-Press aims at further disseminating in these two volumes, widely and freely, the results of academic research, in this field as in many others.



IUS DICERE IN A GLOBALIZED WORLD

VOLUME TWO



Edited by

Chiara Antonia d'Alessandro
Claudia Marchese

Studies in Law
and Social Sciences **3**

Studies in Law & Social Sciences

3

IUS DICERE
IN A GLOBALIZED
WORLD

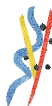
A COMPARATIVE OVERVIEW

VOLUME TWO

Edited by

CHIARA ANTONIA D'ALESSANDRO

CLAUDIA MARCHESE



Roma TrE-Press

2018

Questo volume è stato realizzato con il contributo finanziario del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre e della Associazione Italiana di Diritto Comparato

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press* ©

Roma, marzo 2018

ISBN: 978-88-94885-96-5

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

Coordinatore

ANDREA ZOPPINI

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.

Indice

VOLUME II

PARTE II

...IN A GLOBALIZED WORLD

GIUDICI E GLOBALIZZAZIONE

GARY LAWSON – GUY SEIDMAN, <i>Deference and National Courts in the Age of Globalization: Learning, Applying and Deferring to Foreign Law</i>	431
ANNA MASTROMARINO, <i>Separazione linguistica o comunitarismo giurisdizionale? Ragionando di Reflective judiciary in Belgio</i>	459
LUIGI FUMAGALLI, <i>La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche</i>	485
FRANCESCO CONTINI, ALINA ONTANU, MARCO VELICOGNA, <i>How many cases? Assessing the comparability of EU Judicial datasets</i>	497

PROCESSO CIVILE, CLASS ACTION, ADR

FABIO SANTANGELI, <i>Norme processuali nelle giurisdizioni statali tra prassi, regole e principi nel mondo occidentale</i>	539
PIERVINCENZO PACILEO, <i>Online dispute resolution: la “piattaforma UE” come nuovo modello di internet jurisdiction</i>	599
ALESSANDRO PALMIERI, <i>Consumatori, tutela collettiva, arbitrato: di miti (americani) infranti e timidi risvegli (europei)</i>	637
GIACOMO PAILLI – CRISTINA PONCIBÒ, <i>The transformation of Consumer Law Enforcement: an Italian perspective</i>	653
SALVATORE CASABONA, <i>Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'Alternative Dispute Resolution all'Alien Dispute Resolution</i>	691
KOESRIANTI KOESRIANTI, <i>Legalization and Adjudicative Legitimacy of the ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism</i>	725
CESARE GALLI, <i>The Unified Patent Court and its Rules of Procedure, between EU and National Laws and Jurisdictions</i>	753
ERGÜN ÖZSUNAY, <i>Involvement of the laypersons in the Turkish adjudication system</i>	763

NOVA REMEDIA DEL POTERE GIURISDIZIONALE

LUCIA SCAFFARDI, <i>Iudex peritus peritorum? L'utilizzo del DNA nel processo penale e il ruolo del giudice</i>	779
NICOLA BRUTTI, <i>Funzione "espressiva" del rimedio: un dialogo tra giudice e comunità</i>	801
ENRICO MAESTRI, <i>Giurisdizione e rete: effettività versus legalità?</i>	819
Indice degli Autori	851

PARTE II
...IN A GLOBALIZED WORLD

GIUDICI E GLOBALIZZAZIONE

Gary Lawson*, Guy Seidman**

*Deference and National Courts in the Age of Globalization:
Learning, Applying, and Deferring to Foreign Law*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. What is ‘Deference’ (and Why Does This Concept Merit a Book)? – 3. When Courts Use Foreign Legal Materials – 4. Are Courts ‘Inspired,’ ‘Persuaded’ or Deferential?

1. *Introduction*

The 24th Biannual Colloquium of the Italian Association of Comparative Law (*Associazione Italiano di Diritto Comparato* or AIDC)¹ convened in Naples in June 2017 to discuss “*Ius Dicere in a Globalized World*.” The term “*ius dicere*” – “to speak the law” – corresponds to the common-law term “jurisdiction,” which refers to the power and duty of adjudicators to identify and apply (speak) the governing law in cases before them. In a world of sovereign nations, one naturally assumes that governing law, including the relevant choice-of-law rules, will come from the tribunal’s domestic institutions. The colloquium’s call for papers, however, suggested that the growth of interconnections among legal systems might challenge this traditional sovereignty-based understanding of jurisdiction through “fragmentation,” as legal norms no longer derive solely from within the nation-state and its own court system.² At least one manifestation of such fragmentation might involve national courts deferring to the legal views of other national or supra-national actors. Accordingly, we here pose, and try to frame an outline for answering, two questions: To what extent can one

* Philip S. Beck Professor, Boston University School of Law, USA

** Professor of Law, Interdisciplinary Center, Herzliya, Israel

¹ We are very grateful to Prof. Alessandro Somma of the organizing committee of the AIDC for extending an invitation to us to present at the colloquium and to Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich, AIDC President, for allowing us to contribute in writing.

² See esclh.blogspot.co.il/2016/11/notice-colloquium-ius-dicere-in.html.

observe this kind of deference to foreign legal sources, and to what extent does engaging in it threaten national sovereignty?

The first question immediately raises a profound definitional problem: What is “deference,” and how might one distinguish deference from other forms of reference to legal sources? As it happens, we are presently writing a book for Oxford University Press on the legal concept of “deference,” which, at least in the common law world, is a term very often used and very rarely analyzed. For purposes of this paper, we understand the term “deference” to mean the *discretionary* decision by one fully competent agency of government to shift the power to make a decision (“to say what the law is”³) to another interpretative agent. One can certainly use the concept of deference also to describe non-discretionary transfers of decision-making power that are authoritatively dictated by positive law, as when a constitution or statute requires a court or other body to give way to someone else’s decision. Our book will explore those uses of “deference” as well, and we will very briefly touch upon them here. Our present focus, however, is on deference as a voluntary, discretionary decision by a competent branch of government to yield its judgment of the law to another actor, described by Michal Bobek, in the specific context most relevant to this article, as “non-mandatory references to foreign law by a national judge in interpreting domestic law for the purposes of solving a domestic dispute.”⁴ Such behaviour may seem chivalrous or polite to some, a shirking of legal duties to others, or simply puzzling and counterintuitive given the usual inclination of public officials to increase power, budgets, staff, turf, or, in short, *jurisdiction*.⁵ We cannot here give a comprehensive account of this phenomenon, even in the limited context of use of foreign legal sources, but we hope to provide a framework for further study.

The present paper has three short sections. Part 2 discusses some of the features of the judicial practice that in this paper we call “deference,” in order to provide a framework through which to assess the use of foreign law. Part 3 briefly looks at the practice of national judges with respect to use of foreign legal materials, especially judgments of fellow – if foreign – judges. Part 4 links the earlier two sections, asking whether or when the use of foreign precedents constitutes an act of deference and whether it raises concerns regarding national sovereignty.⁶ We emphasize that we are

³ US Supreme Court, 1803, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 178.

⁴ M. BOBEK, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013, p. 19.

⁵ See, e.g., W. A. NISKANEN JR., *Bureaucracy and Representative Government*, New Brunswick & London, 1971.

⁶ These potential concerns about sovereignty have often been noted. See, e.g., E.

primarily familiar with common law jurisdictions, and we especially look forward to comments and corrections from jurists familiar with civil law and other legal systems.

2. What is 'Deference' (and Why Does This Concept Merit a Book)?

The term “deference” has long been extensively used in common law jurisdictions. The term has many different meanings in different contexts, and our long-term project aims, among other things, to sort out those various meanings. For present purposes, we use it quite narrowly to mean the discretionary decision by one agency of government to subject its jurisdiction – its power to speak the law – to the views of another competent agency.

While deference is a phenomenon that can and does occur in all branches⁷ of government (and in everyday life), we observe it most clearly in the judicial branch. Perhaps this reflects our observational bias as common lawyers, but for several reasons the judiciary, and especially a judiciary with a supreme court, is the easiest branch in which to observe interpretative behaviour of any kind. *First*, other branches are usually much more complex and multi-layered institutions. Even unitary executives, in which all executive power is theoretically exercisable by a single official,⁸ in practice carry out almost all functions through a Byzantine network of subordinates; witness the difficulties that President Donald Trump is having with the so-called “deep state.”⁹ Locating effective

BENVENISTI, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, in *American Journal of International Law*, 2008, p. 241 (noting these concerns without endorsing them).

⁷ Eighteenth-century terminology in the United States used the term “branch” to describe the different houses of a multicameral legislature and described the larger institutions (legislative, executive, judicial) of government as “departments.” See S. G. CALABRESI & K. H. RHODES, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, in *Harvard Law Review*, 1992, p. 1153, 1156 n. 6. We nonetheless speak of the legislative, executive, and judicial “branches” because we believe this usage to be more familiar to modern readers.

⁸ We believe that the President of the United States is constitutionally unitary in this respect, though many scholars (and judges) disagree, and modern practice does not reflect a strictly unitary conception of the executive. See G. LAWSON & G. SEIDMAN, *The Jeffersonian Treaty Clause*, in *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 1, 22-43.

⁹ See www.foreignaffairs.com/articles/2017-08-15/trump-and-deep-state; www.theguardian.com/us-news/2017/aug/13/donald-trump-white-house-steve-bannon-rich-higgins.

exercises – or failures to exercise – interpretative authority within the executive or within a large multi-member legislature is a task calculated to, as James Madison said in another setting, “puzzle the greatest adepts in political science.”¹⁰ Failures to exercise authority are especially elusive. Even for courts, “negative choices remain in most cases undetected”¹¹; the task of locating them within complex legislative or executive institutions is much harder. *Second*, courts, at least appellate courts in the common law tradition, explain their decisions and are willing to expose disagreements between majority and dissenters in their panels. To be sure, many executive decisions, in the form of either rules or adjudications, also come with explanations (and sometimes dissents in the case of decisions by multi-member administrative agencies), and legislatures are often prolific producers of “legislative history,” but common law courts have a more thoroughly developed tradition of transparency. *Third*, and perhaps most importantly, the judiciary is a reactive branch. It does not, at least in common-law countries, initiate disputes but merely passes judgment on cases and controversies brought before it by others. Accordingly, a court’s decision *not to intervene*, when the reason is grounded in what we consider to be deference, is a relatively easily observable occurrence. This helps explain why failures of executives or legislatures to act, on grounds of deference or otherwise, are much harder to identify and analyze. *Fourth*, and finally, courts have systematically developed a long list of formal concepts and doctrines which cover somewhat similar ground to the idea of deference. Consider such doctrines as abstention, comity, political question, and purposeful hesitation, for example. They all represent a court’s decision to walk away and not review a decision by another branch. Courts thus display a consciousness of the act of deference, if not necessarily a full awareness of the meaning and implications of the concept of deference, that makes it easier to observe and describe their actions.

The term and idea of judicial deference has been around for a long time – certainly long enough so that one would expect to find an extensive body of judicial and academic commentary exploring its varied meanings and applications. One might especially expect modern judges and scholars in the United States to devote much attention to the idea of deference,

¹⁰ THE FEDERALIST No. 37, at 183 (James Madison) (G. W. Carey & J. McClellan eds., 2001). For an intriguing account of one aspect of decisional fragmentation in the United States executive department, see R. INGBER, *The Obama War Powers Legacy and the Internal Forces that Entrench Executive Power*, in *American Journal of International Law*, 2016, p. 680.

¹¹ BOBEK, *supra* note 4, at 20.

given the extraordinary prominence of the idea in the federal administrative law of the United States, most notably through a doctrine that is widely (if erroneously) attributed to the 1984 decision of the United States Supreme Court in *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Def. Council, Inc.*¹² A brief look at that doctrine explains why and how it seems to place the concept of deference at the center of American jurisprudence.

Administrative agencies interpret their organic statutes -- that is, the congressional acts that create administrative agencies and state their powers and goals -- in the course of exercising their responsibilities. In a world in which restrictions on delegation (or, more precisely, sub-delegation) of legislative power are relaxed or even non-existent,¹³ that interpretative authority is often very substantial, as many statutes are open-ended or ambiguous. Since the agency acts before its decision is reviewed by a court, the question is always raised what weight, if any, is to be given on judicial review to the agency's view of the law. As a general rule, American statutory law does not dictate a rule of judicial deference for such agency interpretations, though statutes almost universally prescribe a strong measure of deference to agency factual determinations.¹⁴ Indeed, to the extent that statutes speak to the matter at all, they seem to counsel against any such deference.¹⁵ Nonetheless, from a fairly early date in the emergence of the administrative state, U.S. courts began voluntarily deferring to some agency legal conclusions, at least when those conclusions were closely bound up with factual determinations¹⁶ and sometimes (it was not clear exactly when and why) even to so-called

¹² See US Supreme Court, 1984 *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837.

¹³ On the demise of the subdelegation principle in the United States, see G. LAWSON & G. SEIDMAN, *A Great Power of Attorney: Understanding the Fiduciary Constitution*, UP Kansas, 2017, pp. 104-126. For a perspective on United States law from outside the United States, see B. IANCU, *Legislative Delegation: The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism*, Springer, 2012.

¹⁴ See, e.g., 5 U.S.C. § 706(2)(E) (2012) (instructing courts to uphold agency factual findings in formal proceedings if they are supported by "substantial evidence"); US Supreme Court, 1998, *Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB*, 522 U.S. 359, 366-67 (suggesting that "substantial evidence" is merely enough to allow a "reasonable jury" to reach a conclusion).

¹⁵ See 5 U.S.C. § 706 (2012) ("the reviewing court shall decide all relevant questions of law"). For careful study of how a doctrine of deference emerged prior to and shortly after enactment of this statute, see A. BAMZAI, *The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation*, in *Yale Law Journal*, 2017, p. 908.

¹⁶ See, e.g., US Supreme Court, 1941, *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402.

“pure” or abstract legal determinations.¹⁷

In *Chevron*, a unanimous (though shorthanded) U.S Supreme Court,¹⁸ per Justice Stevens, wrote language seeming to say that federal courts, when conducting review of a federal administrative agency’s action, must always defer to the agency’s legal interpretation of the federal law that it administers¹⁹ when statutory meaning is unclear, there is therefore room for disagreement about proper interpretation, and the agency’s answer is based on a permissible – *i.e.*, reasonable – construction of the statute.²⁰

The language in *Chevron* did not distinguish between “pure” or “mixed” questions of law, but seemed, on its face, to be categorical. It is nonetheless clear that the Court in *Chevron* did not mean to prescribe any change in pre-existing standards of judicial review; Justice Stevens himself made that clear at his first opportunity to clarify the opinion that he authored.²¹ Lower courts, however, seized on the *Chevron* language to construct an elaborate edifice of wide-ranging deference to administrative legal determinations, and the Supreme Court eventually accepted the lower courts’ expansive version of *Chevron* through a process of accretion and default.²² The so-called *Chevron* doctrine of deference has been among the centerpieces of American administrative law for more than thirty years.

Given the importance of the *Chevron* doctrine, one might expect its emergence to lead to significant legal and scholarly discussion of deference as a general concept. But while *Chevron* is, we believe, the most cited case in American law – it has been cited almost 83,000 times to date, including more than 18,000 times in secondary sources, which are typically academic analyses²³ – and *Chevron* deference is among the best-known topics in American scholarship and jurisprudence, the precise substantive meaning of the term “deference,” in the context of *Chevron* or otherwise, has not enjoyed serious academic analysis. Indeed, outside of our own very

¹⁷ See, e.g., US Supreme Court, 1981 *FEC v. Democratic Senatorial Campaign Committee*, 454 U.S. 27.

¹⁸ Because of recusals, only six of the nine justices participated in the decision.

¹⁹ The notion of an agency “administering” a statute is technical; agencies apply and enforce many statutes that they do not “administer” in this specialized sense. See G. LAWSON, *Federal Administrative Law*, 2016, 7 ed., pp. 591-595.

²⁰ See *Chevron*, 467 at 842-43.

²¹ See US Supreme Court, 1987, *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 445-448.

²² For a lengthy, case-by-case account of this process, see G. LAWSON & S. KAM, *Making Law Out of Nothing At All: The Origins of the Chevron Doctrine*, in *Administrative Law Review*, 2013, p. 1.

²³ WESTLAW’s Keycite lists a total of 82,947 citing references to *Chrvron*, of them 15,295 cases and 18,217 secondary sources (last checked September 13, 2017).

modest work on the subject, the most notable scholarship in the United States of which we are aware that makes a serious effort to analyze the concept of deference does so very briefly, in the context of working out some applications to the law of free expression.²⁴ This is truly remarkable. It would be comparable to having human rights take center stage as a legal-political idea for decades without anyone seriously analyzing the concept of rights of which it is one application.

The analytical neglect of “deference” is striking. *Black’s Law Dictionary*, long the pre-eminent legal dictionary in the United States, for many editions did not contain a definition for the term “deference” at all. The Fifth Edition, acquired by one of us in law school, has no entry for “deference,” and its only account of “defer” is “Delay; put off; remand; postpone to a future time.”²⁵ The term “deference” did not merit an entry in this dictionary until its Seventh Edition in 1999, which offered: “To show deference to (another); to yield to the opinion of ...”²⁶ This at least nods towards a judicial attitude of giving way to another’s view. The most recent Tenth Edition, however, takes a step backwards. It moves the previous definition of “deference” to “defer” (which is, in fact, grammatically more appropriate for the definition as it is written), and “deference” becomes merely a linguistic rather than a legal concept, describing rather old-fashioned courteous social conduct: “1. Conduct showing respect for somebody or something; courteous or complaisant regard for another. 2. A polite and respectful attitude or approach, esp. toward an important person or venerable institution whose action, proposal, opinion, or judgment should be presumptively accepted.”²⁷ It is somewhat jarring to see a term as old, central, and vibrant as “deference” receive such dismissive treatment.²⁸

Interestingly, older legal dictionaries were much more attentive to the importance of deference as a legal concept. The newly revived *Bouvier Law Dictionary*, which reprints and updates a classic 1853 dictionary, offers a much fuller, but verbose and meandering, definition of “deference,” which both speaks to the term’s complexity and highlights some of the concerns that we address in this article about its implications:

²⁴ See P. HORWITZ, *Three Faces of Deference*, in *Notre Dame Law Review*, 2008, p. 1061.

²⁵ *Black’s Law Dictionary* (5th ed.), St. Paul, MN, West Publishing Co. 1979, p. 379. The definition unhelpfully adds: “The term does not have, however, the meaning of abolish.”

²⁶ *Black’s Law Dictionary* (7th ed.), St. Paul, MN, West Publishing Co., 1999, p. 432.

²⁷ *Black’s Law Dictionary* (10th ed.), St. Paul, MN, Thomson Reuters, 2014, pp. 513-14.

²⁸ “Chevron deference,” incidentally, now gets its own entry. *Ibid.*, p. 289.

[D]eference (defer)

To yield to someone or something else, at least for a time. Deference is an act of restraint by a person or entity with the authority or power to act but who chooses not to do so in order to abide the result of another's action, or at least to await the completion of another's action to determine whether to act. Deference in law is essential to the functioning of the legal system, in which a single legal determination depends on a division of labor, so that a legal official tasked with one component of a decision must defer to other officials in their respective tasks. The allure of deference in allowing the official to evade responsibility for a decision or action committed to the office, however, endangers the legal system at least as much as the risk of failures of deference. The proper limit of deference may be the same as the proper scope of discretion, but deference, inherently, must fall within the scope of discretion: an official may only defer when the official has the power to act. As such, deference does not ultimately foreclose the possibility of action, as the deferring official retains an obligation to act if the official to which deference is given fails to act or acts unlawfully in some manner.

Deference, in general, is appropriate by one official or entity towards another, when the law creating their officers delegates a particular task or experience to one and not the other. Courts defer to one another in this way, as well as to legislatures and executives, and legislatures and executives defer to one another and to the courts. This is both the essence of separation of powers and the basis of a reasonable division of labor among the creation, execution, and interpretation of law – recognizing that such categories are never perfect.

Courts in the United States defer routinely to one another, so that trial courts defer to courts of appeal and supreme courts on matters of the interpretation of law, and appellate courts defer to trial courts on matters of trial discretion, such as the admission or significance of evidence. Judges defer to juries on matters found by the jury as fact, and juries defer to judges on matters of law. In addition, federal courts defer to Congress on matters of legislative authority to the agencies, which are created by legislation, to execute and interpret the legislative matters committed to the agency. Both executives and legislatures defer to courts on constitutional matters and on matters in which the courts have a customary expertise or commitment, such as their own rules.²⁹

The *Bouvier* definition has elements with which we agree, but it sweeps more broadly than we hope to do in this paper, because it lumps together several quite distinct ideas. All of those ideas can plausibly bear the label “deference” in some contexts, but much is lost by not keeping those ideas clear and distinct from each other.

²⁹ *The Wolters Kluwer, Bouvier Law Dictionary*, New York, 2011, p. 317. This dictionary was used by the likes of Daniel Webster, Abraham Lincoln, and Oliver Wendell Holmes.

At the outset, *Bouvier* identifies “deference,” as do we in this article, as (with emphases added) “an act of *restraint* by a person or entity with the authority or power to act but who *chooses* not to do so in order to abide the result of another’s action.” Most of the definition’s subsequent examples of deference, however, such as the obligation of lower courts to follow the rulings of higher courts, the deference given by courts to juries, and at least some of the relationships among courts and executive and legislative actors, do not involve *choice* by the “deferring” agent. Many of those relationships of “deference” are commanded by positive law, either constitutional or statutory. The United States Constitution, for example, explicitly prescribes the appropriate judicial role with respect to jury verdicts,³⁰ and it least implicitly prescribes a binding hierarchical relationship between lower appellate courts and the Supreme Court.³¹ Statutes often mandate a measure of deference by appellate courts to fact-finding by lower courts (and administrative agencies).³² As we have said before, there is nothing wrong with using the word “deference” to describe both mandatory and discretionary submissions to the authority of another actor, and a full account of the concept of deference must address both usages, but analytically they describe distinct phenomena that require separate treatment. It is one thing for a court to follow someone else’s understanding of the law because the court is ordered to do so by a legitimate authority. It is another thing altogether for a court to follow someone else’s understanding of the law because the court elects to do so.

Relatedly, the *Bouvier* definition also folds the idea of appellate review into the concept of deference. Again, this is a possible way to use the term “deference.” We use it more narrowly in this paper, and as we use it, the relationship between deference and standards of appellate review is complex

³⁰ See U.S. CONST. amend. V (forbidding double jeopardy); amend. VII (“In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law”).

³¹ See S. G. CALABRESI & G. LAWSON, *The Unitary Executive, Jurisdiction Stripping, and the Hamdan Opinions: A Textualist Response to Justice Scalia*, in *Columbia Law Review*, 2007, p. 1002.

³² See, e.g., FED. R. CIV. PROC. 52(a) (providing that findings of fact by federal trial judges in bench trials “shall not be set aside unless clearly erroneous”). This idea may be generalizable to other countries as well. For example, in the French general court system (with jurisdiction over private and criminal law) there is differentiation between issues that “are treated as one of fact (for the ‘sovereign power of assessment’ of the *juges du fond*) or of law for the control of the *Control of the Court de cassation*.” See J. BELL, S. BOYRON & S. WHITTAKER, *Principles of French Law*, Oxford, 2008, p. 3-4.

and contingent. Much of the time, as we just noted above, standards of review are fixed by statutes or constitutions. When American courts review findings of fact by administrative agencies under the Administrative Procedure Act, they may only reject those findings if they are “arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law” or if they are “unsupported by substantial evidence.”³³ These sound like deferential standards, and on at least one understanding of deference they are exactly that. But when courts use these provisions to uphold agency factual findings that they think are probably wrong, they are doing so because they have been ordered to do so by a legislature. The court and the agency are both authorized agents of the State. Both have official powers and both are taking part in a process in which they employ judgment and discretion. The agency is entrusted with carrying out functions, and the court is entrusted with making sure that the agency does so in accordance with law. That is not “deference” in the narrow sense used in this article. It would be deference if the court yielded to the agency’s view of whether the agency decision was actually supported by substantial evidence, but the use of a statutorily prescribed “substantial evidence” rather than “preponderance of the evidence” standard of review is not what we mean by deference. The *Chevron* doctrine, by contrast, is a genuine act of deference, because it is judge-made rather than commanded by positive law.

The *Bouvier* definition also correctly identifies two of the main rationales which might make it appropriate for a competent agency to subject its judgment to that of another agency. One of those rationales might be called “legitimation,” or perhaps “competence.” A more descriptive term would be “separation of powers,” but that term is already taken, and much of what goes under the heading of “separation of powers” is what we have described as *mandatory* deference that is commanded by positive law rather than the exercise of choice by a legal actor. Nonetheless, separation of powers in a loose, functional sense is clearly one of the major justifications behind some decisions by an official that, while she may have the authority to act, it is advisable for her to not employ her own discretion and instead to defer to another officials’ judgment. While more than one branch may formally have power over a decision, one specific branch may have the greater legitimacy – under the constitutional and political order – to be the final arbiter on the

³³ 5 U.S.C. § 706(2)(A), (E) (2012). The procedural format of the agency decision determines which of those two standards, which many but not all American courts consider to be equivalent, applies to a given finding.

matter.³⁴ This is the origin of court-created doctrines such as abstention,³⁵ the political question doctrine,³⁶ or primary jurisdiction,³⁷ under which courts choose to defer to their co-ordinate branches.

A second rationale focuses on the expertise of the decision-maker whose judgment is followed. A trial judge, for example, develops expertise regarding the real-time application of evidence rules in particular trial contexts, so that is a reason to defer to his judgment on the matter. We can generalize this rationale: Oftentimes, in the exercise of independent judgment to figure out the best answer to a problem, one will realize that someone else is actually in a better position to reach that best answer. Someone else's decision can be strong, and perhaps even the best available, evidence of the right answer. One therefore defers, not as an abandonment of independent judgment but as the result of an exercise of that independent judgment. One of us has called this reasoning process (somewhat unfortunately, he now thinks) "epistemological deference,"³⁸ to indicate that deference is here serving as a vehicle for ascertaining the best answer from the standpoint of the deferring decision-maker.

A third potential rationale for deference, which is perhaps implicit in *Bouvier's* statement that "[d]eference in law is essential to the functioning of the legal system, in which a single legal determination depends on a division of labor," focuses on the costs of reconsideration. There is economy in letting prior decisions stand. Reconsideration is costly, and full reconsideration is costlier still. Even if one does not think that the prior decision is necessarily the best evidence of the right answer, one might still defer to it if the benefits of full reconsideration, either in the particular case or in the class of cases represented by the specific example, are unlikely to justify the effort.

As we will later see, this is by no means an exhaustive account of the

³⁴ See Benvenisti, *supra* note 6, at p. 242.

³⁵ In the United States, abstention comes in several varieties, see M. H. REDISH, *The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Carolina AP, 1991, p. 49, but all involve a decision by a federal court not to exercise jurisdiction in order to allow a state court to rule on a matter in the first instance.

³⁶ As with abstention, the political question doctrine involves a refusal by federal courts to exercise granted jurisdiction, on the ground that another branch of the national government is better suited to decide the question. See M. S. PAULSEN, S. G. CALABRESI, M. W. MCCONNELL & S. L. BRAY, *The Constitution of the United States*, 2010, p. 580-600.

³⁷ "The doctrine of primary jurisdiction concerns whether actions filed directly in court should be referred to an agency for initial consideration." See LAWSON, *supra* note 19, at p. 1151. In this respect, it is similar to abstention, except that the body to which the court defers its jurisdiction is a federal agency rather than a state court.

³⁸ LAWSON & KAM, *supra* note 22, at p. 10-11.

possible reasons for deferring to another's judgment of the law. Obviously, a full account of deference would require fleshing out, in much more detail, both the varieties of and the rationales for deference. That is the project of our book. Hopefully, this brief summary is enough to provide a framework for the present article, as we apply that framework to the use of foreign legal sources.

At first glance, deference may not fit easily into the judicial role. A core idea in Anglo-American law over the past two and a half-centuries – an idea that has resonance world-wide – is that courts are supposed to exercise judgment independent of the identity of the parties before them and independent of the wishes of executive and legislative actors. Judicial independence, in short, is a crucial feature of modern conceptions of separation of powers.³⁹ When a court *defers* to the judgment of another actor, does this ever raise concerns whether the court has, in fact, abandoned its duty to employ its own independent reasoning and has, in effect, wrongfully delegated its authority to decide?

One of the prime instances that might raise such concerns, and the topic that we chose to discuss in the present colloquium, concerns the practice of judges in national courts of relying upon “foreign law” – constitutions, statutes, and most notably case law of judges of other nations or of international or supranational courts such as the European Court of Human Rights and European Court of Justice. There are many instances in which domestic law *requires* that foreign law be employed in a specific case. More on this, in Part II, below. When judges are *required* to apply foreign law, there is no possible question about loss of national sovereignty from the judicial act itself, because it is precisely the law of the national sovereign that prescribes the rule of decision. (Whether the legislature or constitution has sacrificed sovereignty by making foreign law domestically applicable and instructing courts to apply it is a question we leave for political theorists.) We are instead addressing cases in which judges choose – using their discretion and within their jurisdiction – to base their ruling on foreign legal materials such as foreign case law.

³⁹ See, e.g., P. HAMBURGER, *Law and Judicial Duty*, Harvard, 2008; M. H. REDISH, *Judicial Independence and the American Constitution: A Democratic Paradox*, Stanford, 2017.

3. *When Courts Use Foreign Legal Materials*

Every independent nation in the world has the authority to set up its own legal system. Democracy never was a requirement for sovereignty in the post-Westphalian world order. Most nations set up court systems to provide for resolution of conflicts. We typically divide the authorities that courts use to decide cases into primary (binding) and secondary (nonbinding) sources. The former are the norms of applicable law, which courts must, as a non-discretionary matter, apply in their decisions. The latter are sources such as scholarly writings. Courts sometimes look to these secondary sources where the primary sources are unclear; they do not affirmatively need to do so, and those sources are generally consulted for their persuasive rather than authoritative value.

On some occasions, national courts, from both common law and civil law countries, use foreign legal materials, *i.e.*, materials that do not originate within their sovereign jurisdiction. They use those materials as both primary and secondary sources. These simple observations require some elaboration.

As Professors Markesinis and Fedtke explain in their 2006 book *Judicial Recourse to Foreign Law – A New Source of Inspiration?*,⁴⁰ national courts' use of foreign legal materials has become commonplace. They explore an overt or covert practice of using foreign law in at least seven major jurisdictions: the United States, where the legitimacy of the practice sometimes draws a rich debate between the liberal and conservative wings of the U.S Supreme Court;⁴¹ Italy and France, whose courts use foreign law, but do not overtly admit to it;⁴² England and Germany, whose courts openly cite foreign materials;⁴³ and Canada and South Africa, whose courts make wide-ranging use of foreign law.⁴⁴ American scholars have further documented the long-standing practice of U.S. courts to cite and employ foreign law.⁴⁵ The precise scope and contours of this practice are not important for our project; it is enough for now to observe simply that the practice of referring to foreign law is widespread.

⁴⁰ See B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law – A New Source of Inspiration?*, London, 2006 ('Markesinis & Fedtke')

⁴¹ See *id.* at p. 54-62.

⁴² *Id.* at p. 62-66.

⁴³ *Id.* at p. 66-82

⁴⁴ *Id.* at pp. 82-108.

⁴⁵ S.G. CALABRESI, S.D. ZIMDAHL, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, in *William and Mary Law Review*, 2005, p. 743ss.

Some of these uses of foreign law are mandated by domestic law, either because domestic norms incorporate foreign law as part of its content or because domestic choice-of-law rules require recourse to foreign law as a primary source. In all of these cases, the foreign law cannot really be considered totally “foreign” to the jurisdiction, and its use, because non-discretionary, does not amount to deference for our present purposes.

Of course, it is not always obvious whether use of foreign law is discretionary or mandatory. Take, for example, the case of the Abbott family, which came before the U.S. Supreme Court in 2010.⁴⁶ The case concerned a married couple that moved to Chile and then separated. Under Chilean law, the parents each had the *ne exeat* right to veto a decision by the other parent to take their child out of Chile. When Ms. Abbott moved to Texas with the couple’s minor son, Mr. Abbott filed a suit in federal court seeking his son’s return to Chile under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Convention) and the implementing statute, the International Child Abduction Remedies Act (ICARA).⁴⁷ The question was whether that *ne exeat* right amounted to a right to “custody” within the meaning of the Convention. The statute implementing the Convention contained a number of legislative “declarations,” including a declaration that “[i]n enacting this chapter the Congress recognizes . . . the need for uniform international interpretation of the Convention.”⁴⁸ Is that “declaration” enough to make it mandatory for courts to consider the views of countries other than the United States regarding the scope of the term “custody”? The case did not directly resolve that question. The majority opinion made reference to that legislative declaration and considered the views of other signatory nations to be among several considerations supporting a broad view of “custody,”⁴⁹ while the dissent cautioned that “we should not substitute the judgment of other courts for our own.”⁵⁰ Both opinions are consistent with viewing the legislative declaration as either binding or non-binding, as both gave foreign sources a measure of consideration without explaining whether or not they felt obliged to do so. The dissenting justices simply found those sources trumped by what they

⁴⁶ See US Supreme Court, 2010, *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1.

⁴⁷ See 42 U. S. C. §11601 et seq. (2012).

⁴⁸ See 9 U.S.C. § 9001 (2012).

⁴⁹ See 560 U.S. at 16-21.

⁵⁰ See *id.* at 43 (Stevens, J., dissenting). See F.E. MAROUS, *The Role of Foreign Authorities in U.S. Asylum Adjudication*, in *New York University Journal of International Law and Policy*, 2013, p. 391, p. 409-413. See generally P.R. DUBINSKY, *International Law in the Legal System of the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 455.

regarded as the plain meaning of the relevant Convention and statute.

In any event, the line between discretionary and mandatory application of foreign law is a separate topic. Wherever that line is drawn, we exclude from our study cases in which national courts apply sources of foreign origin because they have no discretion to do otherwise but are simply following the domestic rules for choice of law of primary legal sources. With no discretion, any talk of deference, as we are using the term here, is moot.

Many national courts use foreign, or comparative, law not because they must do so, as instructed by primary sources, but because they choose to do so as a matter of their own discretion. The practice has, at times and in some contexts, been very controversial, especially when foreign sources are employed to help interpret domestic public law instruments such as constitutions.

One critique of the practice focuses on the known methodological weaknesses of comparative law. In more than a century of research and study in the modern era, comparative law has failed to adopt or evolve a clear methodology stating how comparisons are to be made, and the result is often a free-for-all in which partisans pick their favorite sources without rigorous guiding principles. A judge who has an interest in comparative law can try to persuade his brethren to take into account-- or reject-- the law of any other jurisdiction – of any size, continent, legal history, or socio-economic makeup – that she sees fit. A second critique argues that discretionary reliance on foreign sources in practice becomes, especially in constitutional cases, a political tool employed primarily by “liberal” or “progressive” judges to impose what they regard as the more enlightened, civil-rights-protecting practices of other nations. Even if one approves of the results in those cases (as the two of us often do), there might be something less than neutral about the process; after all, when liberal judges find themselves in the avant-garde, where they cannot point to an established practice of liberal nations, they do not always draw the equivalent comparative law conclusion.⁵¹ More broadly,

⁵¹ A recent example of this phenomenon would be two Israeli Supreme Court cases regarding prison facilities. In the first, the Court declared in 2009 prison privatization to be unconstitutional *per se* in Israel. It knowingly set a precedent ruling against a backdrop of contradictory comparative law. In the 2017 case, the Supreme Court relied heavily on comparative law regarding incarceration conditions in ordering the State to immediately and significantly reduce prison overcrowding. See Israel Supreme Court, November 19, 2009, case of Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance (HCJ 2605/05) available at: elyon1.court.gov.il/files/05/050/026/n39/05026050.n39.pdf (Hebrew) elyon1.court.gov.il/files_eng/05/050/026/n39/05026050.n39.pdf (English); Israel Supreme Court, June 13, 2017, The Association for Civil Rights in Israel v. The Minister of Internal Security (HCJ 1892/14). Analyzed in: H. SOMMER & G. I. SEIDMAN,

when judges advocate the use of comparative law, they say, in essence, “*why can’t we be more like country X*,” and this raises two difficulties: that they mostly refer to a very specific subset of rich, liberal nations, and secondly, that those source nations often have characteristics that cannot readily be copied domestically in other nations.⁵²

We note these critiques without endorsing or rejecting them. Any activity, including but not limited to discretionary use of foreign law, can be done well or badly. Rather, we want to focus on an aspect of the use of foreign law which involves not the mechanics or consistency of its application but its underlying relationship to sovereignty. We want to go beneath and behind the debates over methodology, bias, and political skew to something more basic. Are courts that discretionarily use foreign law deferring to other actors and, if so, should this raise concerns for those who value national sovereignty? Neither question is as simple as it might seem.

4. *Are Courts ‘Inspired,’ ‘Persuaded,’ or Deferential?*

In order to link together the two previous sections, one must know exactly what national courts do when they elect to look into foreign legal materials. Even more, one must know *why* they are doing it. Why would a judge ever choose to take into account the legal ideas, interpretations, and theories – as distinct from facts and descriptions that may be a relevant part of the record upon which a decision is made – of a foreign jurist who is not one of the judges deciding the case?⁵³

Courts, Prisons, Budgets and Human Dignity: An Israeli Perspective, in *Arizona State University Law Journal for Social Justice*, 2017.

⁵² Consider, for example, Business Insider’s list of the best countries to live in for 2017, where Norway ranks highest for the 13th consecutive year, or Forbes’ best countries for business list for 2016, topped by Sweden, New Zealand, Hong Kong and Ireland, all territories of fewer than 10 million inhabitants; see www.forbes.com/best-countries-for-business/list/; www.businessinsider.com/best-countries-to-live-in-2017-3/#2-australia-education-makes-up-over-5-of-the-national-gdp-in-this-country-which-tied-with-switzerland-the-un-found-that-most-students-go-to-school-for-around-20-years-in-australia-10.

⁵³ To be sure, one can ask the same question regarding citation of domestic secondary authorities, such as scholarly works. The practices of courts, and sometimes of judges on the same court, vary widely in the extent to which they rely on scholarly sources for guidance. This may be especially true in common law jurisdictions, where the gap between the academy and practice is often enormous, prompting some judges to doubt the value of scholarship to judicial decision-making. Consider, in this regard, the comments of U.S. Chief Justice John Roberts: “Pick up a copy of any law review that you see, and the first

In the first part of this Article, we suggested a framework for analyzing the possible reasons why judges might rely on foreign (or any other secondary) authority as persuasive in a formal legal sense. They might do so out of concerns for *legitimacy* if they believe that another interpretative source has better claim to answer a question, though this is much more likely to occur with respect to other domestic institutions under a regime of separation of powers. It may be hard for people in developed legal systems to imagine a court regarding a foreign body whose rulings are not authoritatively binding as having more legitimacy than domestic institutions, though perhaps that is not far-fetched in the case of developing legal systems that can, and may seek to, draw upon the knowledge and experience of other bodies.⁵⁴ A full exploration of this possibility must be left to legal anthropologists or others better trained than are we in social science.

A second reason we identified for reliance on other interpreters is *epistemological*: One might reasonably and after due consideration regard another body as better situated to finding the right answer to a legal question. Here, reliance on foreign sources results from a good-faith effort to discern the right domestic answer; for whatever reason, the judge regards a foreign source as the best source of evidence for the meaning of domestic law. In a world in which concepts are broadly shared across borders and in which legal systems borrow structures and norms from each other, this is far from fanciful. As two American authors have said: “Just as free markets account for information pertaining to costs better than governments ..., and just as large groups are likelier to make better decisions than smaller groups, we think there is inherent value in looking to other sovereign nation states’

article is likely to be, you know, the influence of Immanuel Kant on evidentiary approaches in 18th Century Bulgaria, or something. If the academy wants to deal with the legal issues at a particularly abstract, philosophical level, that’s great and that’s their business, but they shouldn’t expect that it would be of any particular help or even interest to the members of the practice of the bar or judges.” www.c-span.org/video/?300203-1/conversation-chief-justice-roberts; www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/03/21/chief-justice-roberts-reads-law-reviews-after-all/?utm_term=.e124b390b4f8. One law professor decided to fill “the gap in the literature by exploring Kant’s influence on evidentiary approaches in eighteenth-century Bulgaria.” See harpers.org/archive/2015/09/enlightenment-error/; www.washingtonpost.com/news/volokhconspiracy/wp/2015/06/25/final-version-of-the-influence-of-immanuel-kant-and-what-the-chief-really-said/?utm_term=.4ec126a7e3bd; online.wsj.com/public/resources/documents/kantbulgaria_kerr.pdf. The role of scholarly works in judicial practice is beyond the scope of this Article, though it raises issues analogous to those that we address here.

⁵⁴ See BENVENISTI, *supra* note 6, at p. 243. Smaller states may also be more likely than large states to free-ride on the lawmaking efforts of other nations. See BOBEK, *supra* note 4, at p. 41-42.

courts to see how they have resolved the difficult questions that have arisen in our own legal system and that this process may enable American courts to reach better outcomes.”⁵⁵ U.S. Justice Stephen Breyer has made a similar point: “cases sometimes involve a human being working as a judge concerned with a legal problem, often similar to problems that arise here, which problem involves the application of a legal text, often similar to the text of our own Constitution, seeking to protect certain basic human rights, often similar to the rights that our own Constitution seeks to protect.”⁵⁶ Sometimes an independent search for a best answer leads outside one’s chamber.

A third reason we call *economic*: Sometimes reliance on someone else who has already dealt with a problem saves time and other resources. Perhaps such reliance will not yield the absolutely best answer by the criteria of the domestic legal system, but it is an interesting jurisprudential question whether courts are or should be aiming at the best answer without regard to costs. Perhaps an adequate answer that comes cheaply is better than a perfect answer that comes at the expense of many other potentially adequate answers in other cases. As we have said in another context, “[a]nyone who says there is no price tag on justice understands neither price tags nor justice.”⁵⁷ If a foreign actor has already considered a question similar enough to the one before the court, perhaps there are grounds of economy for giving weight to that prior decision.

All of these reasons have in common that they focus on how consideration of foreign sources affects determination of the law, either to find the legally right answer (epistemological reasons), to find the legally appropriate answerer (legitimacy reasons), or to find a legally acceptable answer at an appropriate cost (economic reasons). A judge who applies any of these reasons when choosing to give weight to a foreign legal source can fairly be said to have deferred. The scope of the deference can range from taking the foreign answer as definitive to placing that answer within the set of reasonable choices, but it will be an act of what we here call deference.

But there is another possible reason for a court to embrace foreign legal sources that is sharply different from the ones just described, both in its rationale and in its relationship to deference. Do judges employ these authorities because they are convinced by the opinions of the wise and

⁵⁵ See S. G. CALABRESI, B. G. SILVERMAN, *Hayek and the Citation of Foreign Law: A Response to Professor Jeremy Waldron*, in *Michigan State Law Review*, 2015, p. 1, 17-18.

⁵⁶ See N. DORSEN, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 519, 523.

⁵⁷ LAWSON, SEIDMAN, *supra* note 13, at p. 170.

deeply learned authors, or because the writings happen to support the views that the judges already have, and the judges cite “external” sources merely in an effort to strengthen the persuasiveness of their opinion in the eyes of readers, whether those readers be jurists, scholars, or lay persons, present and future? Perhaps the rationale for reliance on foreign law concerns rhetorical strategy and judicial reputation rather than law determination.

The idea that judges might use references to authorities as signaling devices rather than as tools for law determination is hardly new. Eyal Benvenisti has postulated that some courts use citation of foreign sources as a signaling device to fellow courts in order to promote judicial cooperation in restraining supra-national forces that threaten national sovereignty.⁵⁸ More broadly, Professor Shai Dothan, another Israeli scholar now at Copenhagen University, has argued at book length that both national and international courts seek to enhance their reputations through the strategic exercise of judicial power.⁵⁹ His point is that as a court’s reputation improves, so does the incentive to comply with its judgments. On this reasoning, self-restraint by a court through its alignment, by deference, with stronger actors (nationally or internationally) can serve the interests of the court, if such deference is understood as adoption of views widely regarded as correct.

This kind of reputation-enhancing signaling seems very plausibly to explain much of what one observes in the behavior of at least some courts. For example, it is hardly surprising, given that American legal academia is perceived to be “left-leaning,”⁶⁰ that “[t]he more liberal judges were more likely to cite academic work.”⁶¹ Perhaps one reason for this practice, and for the related practice of citing foreign legal materials in public law cases, is that liberal judges want to make clear that they are supported by and are intellectually part of what they consider to be the morally (and hopefully legally) correct view. It may be a form of what is sometimes called “virtue signaling,” in which one demonstrates one’s membership in a particular social group. At the same time, it may put pressure on

⁵⁸ See BENVENISTI, *supra* note 6, at p. 251-52.

⁵⁹ See S. DOTHAN, *Reputation and Judicial Tactics: A Theory of National and International Courts*, Cambridge, 2014.

⁶⁰ See prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2016/08/liberal-bias-in-legal-academia.html; en.wikipedia.org/wiki/Liberal_bias_in_academia; chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2376&context=law_and_economics; brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=blr. The generally right-leaning American author of this article, who is the only person on a law faculty of about sixty who openly self-identifies in that fashion, would delete the phrase “perceived to be” from this sentence.

⁶¹ See www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/03/21/chief-justice-roberts-reads-law-reviews-after-all/?utm_term=.505dbe18a9ea.

conservative judges to find matching support, especially when they are defending the constitutionality of practices, such as the death penalty or prohibitions on same sex marriage, that enjoy little support among the intellectual elite that dominate legal education and the governing tiers of the legal profession. It also places such judges at a disadvantage when they have to point to specific nations that support conservative ideas.⁶² This signaling function, to the extent that it really operates, makes sense with reference to citation of foreign materials as well as with domestic scholarly sources. The United States is almost singular, among rich, Western nations, in not providing universal health care,⁶³ in keeping and applying the death penalty,⁶⁴ in not participating in the International Criminal Court,⁶⁵ and in its limited control over private ownership of firearms.⁶⁶ Whether one likes it or not,⁶⁷ there is a reason for these differences, and they are deeply rooted in American constitutionalism, tradition, and public policy. It would not be entirely strange for judges, who are people who likely have some regard for their reputations, to use the tools at their disposal to situate themselves along these divides.

References to foreign precedents may be one of the places where these intellectual and cultural fault lines show up in opinions. One of our colleagues wrote eloquently on the gap between the views of liberal elites and the general population in America on citing foreign precedent. "This," he wrote "is a tale of two cultures."

⁶² Consider this: the only nations not party to the Paris climate accord are Syria and Nicaragua; the only European country to hold an execution in 2016 was Belarus; and the only countries to execute persons who were underage when they committed the offense were Iran and Saudi Arabia; see www.sfgate.com/columnists/morfordredesign/article/Here-are-the-countries-not-in-the-Paris-Climate-11186190.php; en.wikipedia.org/wiki/Capital_punishment_by_country.

⁶³ See www.salon.com/2017/05/21/why-the-us-does-not-have-universal-health-care-while-many-other-countries-do_partner/.

⁶⁴ See www.businessinsider.com/top-5-death-penalty-countries-in-the-world-us-2017-4; www.thesun.co.uk/news/2525739/death-penalty-how-many-people-executed-world-each-year/.

⁶⁵ See en.wikipedia.org/wiki/United_States_and_the_International_Criminal_Court.

⁶⁶ See www.pbs.org/newshour/rundown/how-do-u-s-gun-laws-compare-to-other-countries/.

⁶⁷ One of us dreads the prospect of socialized medicine, is fine with the death penalty, suspects that the ICC is likely to be a vehicle for politicized anti-Americanism, and is a life member of the National Rifle Association.

The first culture is that of the United States Supreme Court and the lawyerly elite. In that culture, it is not only socially acceptable for the Court and law professors to rely on foreign law in deciding American cases, it is obligatory that they do so.... The other culture... is the popular culture of the vast majority of American citizens, as shaped by those citizens' political leaders and opinion elites. In this second culture, there is a decidedly different view of the relationship between the United States and foreign legal systems. American popular culture overwhelmingly rejects the idea that the United States has a lot to learn from foreign legal systems, including even those of countries to which we are closely related like the United Kingdom and Canada. Most Americans think instead that the United States is an exceptional country that differs sharply from the rest of the world and that must therefore have its own laws and Constitution.⁶⁸

We will get to the implications of this signaling function for deference and sovereignty shortly, but first a brief detour: If justices, and especially liberal justices, are using references to foreign law as signaling devices, what exactly is the likely consequence of that signal? Using such a signal, as opposed to persuasion and debate employing conventional domestic legal norms, to try to influence their more conservative colleagues by noting how the United States is a holdout among Western nations, may work occasionally, but it is doubtful that this would be an effective path to achieve widespread social, economic, and political reform, especially if the electorate, along with their colleagues, resists such changes.⁶⁹ Indeed, it may achieve exactly the opposite result. If the justices' allies can perceive the signal, so can their opponents, and the signal may reinforce the notion that the justices ally themselves with foreign sovereigns or, perhaps even worse, with an international elite of jurists rather than with "true" American interests. As politicians from John Kerry to Hillary Clinton can verify, this is not always going to be a winning position with many Americans.⁷⁰ Professor Calabresi's conclusion that "American mass culture is thus sharply at odds with the Supreme Court's elite lawyerly culture on the issue of whether U.S.

⁶⁸ See S. G. CALABRESI, *'A Shining City on a Hill': American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Precedents*, in *Boston University Law Review*, 2006, pp. 1335, p. 1336-1337.

⁶⁹ Cf. en.wikipedia.org/wiki/The_Hollow_Hope.

⁷⁰ And not only Americans. Israeli Court President Aharon Barak was sharply criticized for adjudicating with a lofty, and liberal, "enlightened community" standard in view. Cf. www.economist.com/node/197143; also: newrepublic.com/article/60919/enlightened-despot; www.daat.ac.il/daat/ezrachut/english/hillel.html; www.academia.edu/1916766/From_Oslo_to_Gaza_Israel_s_Enlightened_Public_and_the_Remilitarization_of_the_Israeli-Palestinian_Conflict.

courts have a lot to learn from foreign law”⁷¹ thus holds important lessons about the likely effects of using foreign law as a method of virtue signaling.

In this light, consider the recommendation of many American legal academics, primarily on the left, that the U.S. Supreme Court should “engage in a ‘dialogue’ with their foreign counterparts.”⁷² They may come to regret that advice.

To be clear: Neither of us (including the one of us who self-identifies on the right and the other who holds socio-economic views that are much more to the left) is unsympathetic to intellectualism, elitism (at least where the elites deserve that label through deeds and do not claim it simply by virtue of social position and credentials), the wish to raise the standards of human rights, or the wish to be considered among the world’s leading nations on such matters. Nor are we saying that a strong argument cannot be made for justices to take note of foreign legal norms in a world with ever growing ties.⁷³ We just think it wise to be aware (a) of the importance of judges being careful not to advance the law (significantly) faster and farther than the electorate will allow, (b) of the importance of the judiciary, more than any branch of government, maintaining the widest public trust possible, including trust beyond the judges’ no doubt modest social circles, and (c) of the need, in a highly politicized federal judiciary, for judges to be aware that their use of foreign legal materials, setting their eyes to the norms of (a select part of) the international community and viewing themselves as part of an international judicial community, is considered provocative, if not incendiary, by a large part of the electorate, which may not be isolationist but is clearly focused on the idea of “America first.” In short, judges should be wary both of runaway elitism *and of signaling their support* for that runaway elitism. It may win them friends in faculty lounges and cocktail parties, but it may lead to things like Brexit and President Trump in the bargain. Perhaps they will be happy with that trade-off, but perhaps not.

We can now, at last, answer the main question(s) that prompted this article: Does discretionary citation to a secondary foreign source constitute deference and, if so, does it threaten national sovereignty in any recognizable way?

Whether it is deference depends. It depends very much on *why* the court

⁷¹ Calabresi, *supra* note 68, at p. 1337.

⁷² See for detail and critical review in: R. J. DELHUNTY, J. YOO, *Against Foreign Law*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2005, p. 291, 294.

⁷³ For such a work from a “liberal” perspective, see S. BREYER, *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, 2015. For a perhaps surprisingly similar view from a “conservative” perspective, see CALABRESI, SILVERMAN, *supra* note 55.

makes reference to foreign law. If it is done in pursuit of the determination of the appropriate legal norm, whether for legitimating, epistemological, or economic reasons, then it does constitute deference. At least part of the process of legal decision is being passed off, or delegated, to another (in this case foreign) interpreter. We will address below whether that is in any way jurisprudentially problematic. But if the rationale for a reference to foreign law is some kind of signaling function, then we doubt whether it is plausibly viewed as a kind of deference. In the case of pure signaling, the judge simply does not use foreign law as part of the decision process. It is used as a way to communicate something, which may or may not be an essential part of the decision itself, to an outside audience. The decision process is not actually affected, so no deference to the foreign source takes place. Of course, it is possible that deference and signaling are being combined in any particular case. That is, the foreign source may *both* serve as part of the decision process *and* have a signaling function. The judge is deciding through a particular method that gives weight to foreign law and is also indicating to the target audience that this is in fact what happened. The bottom line is that one cannot determine whether deference is taking place in any given instance without knowing what role, if any, the foreign source plays in the actual decision-making process. Because judges typically do not announce that they are engaging in signaling, it can be very difficult to identify instances of deference when they actually happen.

We have no algorithm for determining when a reference in an opinion is best understood as a signal or as a source of law. Much of the time, we think we can tell when judges are really using foreign law as sources of law, but we have no rigorous methodology for making that judgment. As with many things in the law, we may have to be content with muddling through.

Assuming that we can identify clear instances of deference, as we have defined it, is there any reason for people concerned about sovereignty or the judicial role to oppose the practice?

One worry might be that such a practice is a form of delegation of the court's power to decide – or at least its authority to interpret a specific question of law. If one believes, as we do of courts in the United States, that public officials who exercise constitutionally delegated power have an obligation personally to exercise that power,⁷⁴ a related concern involves judicial independence. This constitutionally protected (in the United States) principle was hard fought and is still widely considered vital: “[l]egal

⁷⁴ We develop this point about a “fiduciary” obligation for U.S. federal judges personally to exercise their “judicial Power” in LAWSON, SEIDMAN, *supra* note 13, at p. 127-29.

scholars, political scientists, international organizations, and human rights activists all have posited the potentially important role an independent judiciary can play in securing constitutionally promised human rights – indeed, some assert that it is the indispensable link in the machinery for securing individual protection against states’ human rights abuses.”⁷⁵ Is judicial independence threatened by discretionary acts of deference?

There is an easy formalistic answer to these questions: Judges who discretionarily use secondary materials, especially foreign materials reflecting the views of foreign sovereigns, are often careful to state that they are aware that such legal documents do not apply directly and do not have the force of law, and that they look at it because they think it appropriate – again for reasons of either legitimacy, epistemology, or economics – to bring into account all the pertinent opinions and views. As one scholar notes: “[n]o one argues that foreign institutions should control constitutional meaning. Jurists and scholars do not suggest—indeed would be foolish to suggest—that ... foreign rulings are legally binding on American courts; or [that] courts may impose foreign perspectives upon Americans through constitutional interpretation.”⁷⁶ In *Roper v. Simmons*,⁷⁷ one of the most controversial uses of foreign law in the U.S., in which a majority of the Court held unconstitutional the execution of persons under the age of eighteen, Justice Kennedy in the majority opinion wrote that “[i]t is proper that we acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty.”⁷⁸ It is not clear what is meant by the word “proper.” He somewhat clarified matters in stating “[t]he opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions.”⁷⁹ Thus, the opinion does not fully delegate the decision to another actor but merely(?) takes that actor’s view as part of the overall mix of considerations. Of course, if that addition to the mix actually made a difference and was not merely a signal or a makeweight, then there is nothing “mere” about its addition to the analysis. Similar considerations apply to the 2003 landmark case of *Lawrence v. Texas*,⁸⁰ in which the U.S. Supreme Court struck down

⁷⁵ See www.utdallas.edu/~linda.keith/JudicatureJudicialIndependence.pdf.

⁷⁶ See A. L. PARRISH, *Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court’s Use of Foreign Law*, in *University of Illinois Law Review*, 2007, pp. 637, 649 & fns. 69-70 (citing Profs. Bruce Ackerman and Sanford Levinson).

⁷⁷ See 543 U.S. 551 (2005).

⁷⁸ *Id.* at 578.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ See 539 U.S. 558 (2003).

sodomy laws in 14 states.⁸¹ A clearer example is a recent case where Israeli Supreme Court Vice President Justice Elyakim Rubinstein made use of foreign law to reach the conclusion that prisoner overcrowding in Israeli prison was unacceptable and had to be remedied immediately. On the use of foreign legal materials, he wrote:

The topic of the proper living space for prisoners and detainees engaged many countries in the world, of all kinds, both those considered well-ordered and those who have not acquired a good reputation in this area....

While we have not overlooked respondents' position, arguing for caution in comparing foreign laws to the balance made by the Israeli legislator, and while clearly every country has its nature, needs and capabilities, I am of the opinion that the sheer scope of comparative law treatment of the issue at hand – together with the fact that, to a large extent, this is a universal issue of human dignity – require that we also cast our look overseas. Clearly, this does not mean the outright adoption of the regime applicable at a certain state into our legal system; the survey is only meant to enlighten us, as we seek a solution to an issue that is at our doorstep. The inmate-man in of himself is one and the same across the universe. History and literature are laden with interpretation and stories on incarceration and incarceration conditions in regimes to which we have neither been nor will we be alike in any form and fashion, not only in past eras but also in generations close to us and in our generations, between calaboose and gulag. Israel wishes to be to be seen as the most orderly of states, and this topic, while physically in the 'back yard,' is normatively front window.⁸²

If the judges are really still deciding for themselves, there is neither delegation nor loss of independence. The key, of course, is whether the judges are really still deciding for themselves. If they defer as a result of an independent process of analysis that leads to the conclusion that a foreign source is likely to be very good evidence of the right answer (what we have called "epistemological deference"), then there is no delegation or loss of independence. The judges are deciding a matter of domestic law using the best available materials. If those materials happen to come from a foreign source, there is no obvious reason why use of that source to help get the right answer is not a full execution of the judicial function. But if deference

⁸¹ See D. A. FARBER, *The Supreme Court, the Law of Nations, and Citations of Foreign Law: The Lessons of History*, in *California Law Review*, 2007, p. 1335, 1336 (noting that Justice Kennedy, who on behalf of the Court majority cited a ruling by the European Court on Human Rights, "clearly did not claim that the ECHR's ruling had controlling weight; at most those rulings were one of several bases for his arguments").

⁸² *The Association for Civil Rights in Israel*, supra note 49, Rubinstein J, §48 (our translation from Hebrew).

results from either a concern about political legitimacy or a desire to save on costs, there does seem to be an inescapable element of delegation and at least a modest sacrifice of judicial independence. We are not arguing here that deference of that kind is therefore illegitimate. That would require a complex judgment grounded in a deep theory of jurisprudence that we neither have nor present here. But it does seem to be a feature of the practice that is worth noting.

Whether there is any loss of sovereignty in the process depends on the same considerations. When strict application of national law in pursuit of a right answer points outward, there is no more reason to fear loss of sovereignty from that process than to fear it from mandatory applications of foreign law. The judges are determining domestic law as best they can, and they are merely following where the evidence leads. The domestic courts themselves perform the relevant acts of interpretation. That is no more delegation or loss of independence than is consideration of the briefs and arguments of parties. However, if courts defer to foreign sources in the determination of domestic law out of concerns regarding legitimacy or cost savings, then at least part of the decision has seemingly been “outsourced” to foreign interpreters. Again, we say nothing here about whether that practice is good or bad. We simply observe its consequence for anyone who finds it interesting.

In sum, one needs to know *why* a court defers before one can say much about the merits or consequences of that act of deference. We think this is true universally of all instances of deference, and it is therefore true of the particular case of deference to foreign legal sources. We cannot emphasize too strongly that all of these conclusions, and the analytical framework on which they are based, are tentative. We are not jurisprudes or philosophers of law. Nor are we social scientists. We are doctrinal scholars trying to understand and describe some very complex, underanalyzed phenomena. We welcome comments, criticisms, and corrections from all corners, especially civil law corners with which we might be unfamiliar.

Abstract

“Deference” is among the most under-analyzed concepts in legal theory. The term “deference” can describe many different phenomena, ranging from full adherence to another’s decision to non-trivial weighting of a prior determination; and it can result from many different legal (and non-legal) sources, ranging from

constitutional command to voluntary abstention. We plan to explore the entire scope of the concept of deference in a forthcoming book, but in this paper we focus solely on deference as the discretionary decision by one fully competent agency of government to shift the power to make a decision to another interpretative agent. All government institutions can act deferentially, but we specifically address the practice of deference by the judiciary. Judicial deference is an interesting subject given the constitutional role of judges, the independence that they enjoy, and the critique of deference as an illegitimate delegation of powers. We examine a specific example of this practice, which we believe is of concern to jurists in all jurisdictions: national judges' discretionary decisions to apply foreign legal materials, especially that of fellow judges from other jurisdictions. Our analysis focuses on the delicate differences between a court being "inspired" or "persuaded" by or "deferential" to foreign legal materials. We conclude that much of what sometimes goes by the label "deference" does not meet the definition that we employ, and we further examine the implications of actual instances of deference for national sovereignty. As we emphasize in the paper, as common law jurists, we look forward to comments and corrections from jurists familiar with civil law and other legal systems.

Anna Mastromarino*

*Separazione linguistica o comunitarismo giurisdizionale?
Ragionando di Reflective judiciary in Belgio*

SOMMARIO: 1. Il divorzio linguistico in Belgio - 2. L'approdo al federalismo - 3. L'organizzazione della giustizia in Belgio - 4. Separatismo linguistico nel sistema giudiziario belga - 5. Bagliori di *Reflective Judiciary* in Belgio - 6. Il "no" al *communautarisme juridictionnel* - 7. Separatismo linguistico e *belgitude* - 8. Oltre il separatismo linguistico: quando la comunicazione si interrompe.

1. *Il divorzio linguistico in Belgio*

La struttura istituzionale, nonché quella giuridica, sociologica e culturale riflettono una frattura che divide concretamente in due la società del Belgio, dove ogni scelta che concerne l'organizzazione del Paese risponde alla necessità di preservare l'esistenza delle due comunità linguistiche: quella fiamminga e quella francofona.

La separazione linguistica non fu fra le esigenze tenute in conto nel corso dei lavori costituenti che portarono al testo del 1831¹: del resto i moti rivoluzionari del 1830, prodromici alla nascita del Regno del Belgio,² avevano visto fiamminghi e francofoni combattere fianco a fianco per la loro indipendenza dalla Corona dei Paesi Bassi.

Il *divorce belge* si consuma solo a partire dal Novecento, quando nel primo dopoguerra comincia ad emergere con forza un'identità fiamminga in contrapposizione alla cultura francofona, che sino ad allora aveva

* Professore associato di diritto pubblico comparato presso l'Università di Torino.

¹ La Costituzione del 1831, di impianto liberale, da un punto di vista formale parve piuttosto incline verso l'accettazione di un multilinguismo di fatto, dichiarando "facoltativo" l'uso delle lingue parlate in Belgio.

² Per un inquadramento storico del Belgio si rimanda a M.T. BITSCH, *Histoire de la Belgique*, Paris, 1992; X. MABILLE, *Histoire politique de la Belgique. Facteurs et acteurs de changement*, Bruxelles, 1997.

monopolizzato la vita politica, economica e sociale del regno.

Sono diversi i fattori che contribuirono all'emergere delle rivendicazioni fiamminghe e successivamente condussero al progressivo imporsi della questione linguistica nell'agenda politica del Belgio: la crisi economica che investì l'industria vallona del carbone, acuita dagli scioperi e dalla contestazione proletaria; l'introduzione dell'istruzione obbligatoria nel 1914, che trasforma la scuola in un potente mezzo di emancipazione della cultura fiamminga; la riforma costituzionale degli anni 1920-1921 e la conseguente introduzione del suffragio universale maschile, che trasforma inevitabilmente la predominanza demografica dei fiamminghi in predominanza di seggi in Parlamento.

È in questo rinnovato contesto socio-politico che le Fiandre, per decenni schiacciate dalla tradizionale egemonia francofona, cominciano a rivendicare spazi di libertà pubblica all'interno dei quali manifestare la propria identità: i fiamminghi non chiedevano più solo il diritto di esistere, ma pretendevano spazi definiti entro cui farlo. Anche per questo, l'idea del movimento di rivendicazione della cultura fiamminga fu sin dall'inizio quella di creare una società in cui potessero convivere e persistere due diverse comunità linguistico-culturali; il bilinguismo non appariva più come una strada percorribile. La supremazia della lingua e della cultura francese su quelle fiamminghe, infatti, aveva condotto i fiamminghi a ritenere che solo un sistema fondato sul separatismo linguistico avrebbe potuto preservare le Fiandre dalla progressiva assimilazione rispetto al modello dominante francese.

È a questo punto che il Paese, istituzionalmente e territorialmente ancora unitario, si trova a dover gestire le prime profonde fratture, le stesse che ancora oggi dividono diametralmente la società: nel secondo dopoguerra la deriva linguistica appariva ormai inarrestabile, sino a condurre al progressivo sgretolamento del sistema politico del Belgio, cui si è tentato di ovviare con la trasformazione in senso federale dell'ordinamento.

2. L'approdo al federalismo

Il Belgio approda al federalismo nel 1994. Non si trattò, come ricordato, di una scelta drastica, quanto piuttosto di un processo lento e graduale che portò alla progressiva disarticolazione territoriale del potere centrale.

Nato per contenere le istanze secessioniste di alcune forze politiche, laddove forme più deboli di dissociazione avevano fallito, il modello costituzionale

belga rappresenta un *unicum*. Esso è al contempo un *fédéralisme de dissociation* (dal momento che nasce dal processo di dissociazione di uno Stato inizialmente unitario), un *fédéralisme de superposition* (che dà vita a collettività di diversa natura, quali le regioni e le comunità, che si sovrappongono dal punto di vista territoriale), un *fédéralisme de confrontation* (per rispondere alle esigenze di convivenza di una società multidimensionale)³.

La federazione belga è costituita da sei diverse entità: tre comunità, quella francofona, quella fiamminga e quella dei germanofoni, e tre regioni, la Vallonia, le Fiandre e la Regione di Bruxelles-Capitale. In Belgio, pertanto, ogni cittadino è soggetto a tre diversi livelli di autorità, quello regionale, quello comunitario e quello federale.

Nel proporsi di dare una risposta giuridica al conflitto che attraversa il corpo sociale, il modello costituzionale belga si fonda, pertanto, su due diverse realtà, tentando di far convivere due tipi di federalismo, teoricamente inconciliabili fra loro: da una parte con il rafforzamento delle tre comunità linguistiche, introduce un sistema a carattere personale, che fa perno sulle distinzioni culturali; dall'altra, secondo la teoria federale più classica, con la ridefinizione delle regioni, unisce al dato soggettivo l'elemento territoriale. Il risultato è un articolato sistema di ripartizione di spazi e competenze, che sovrappone la componente soggettiva dell'appartenenza al gruppo a quella oggettiva del territorio e che fa, per l'appunto, dell'appartenenza e della territorialità i criteri cardine dell'organizzazione e del funzionamento del sistema federale, seppure ormai in forma semplificata rispetto all'originario progetto costituzionale⁴.

Negli anni, infatti, si è assistito, anzitutto, ad una progressiva definizione in termini territoriali del sistema comunitario, anche per quel che concerne quelle materie di natura culturale inizialmente assegnate alla competenza delle comunità e, dunque, vincolate all'affiliazione linguistica dei cittadini e non alla loro residenza, al punto che l'aspetto volontaristico dell'adesione ad un gruppo linguistico è stato, di fatto, soppiantato da un concetto, per così dire, oggettivo di appartenenza, determinato dal luogo di dimora.

Inoltre, progressivamente, il sistema ha saputo dare vita a un modello politico più corrispondente alle sensibilità di ciascun gruppo linguistico. Nei primi anni di attuazione della riforma, infatti, è stata favorita, quantomeno nella pratica, una riduzione dei soggetti federati, dal momento che le competenze e gli organi della regione fiamminga sono stati via via assorbiti nel loro complesso dalla Comunità fiamminga, mentre per quanto riguarda

³ Si veda F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, 2000, spec. p. 388 ss.

⁴ Per un approfondimento sul punto sia consentito il rinvio a A. MASTROMARINO, *Belgio*, Bologna, 2012, spec. p. 28 ss.

le istituzioni della Comunità francese, pur continuando a esistere di fatto, esse hanno devoluto una parte delle loro competenze alla Regione vallona.

A ciò si aggiunga il fatto che, a differenza dei più classici esempi di federalismo per aggregazione, il Belgio si fonda su un tradizionale principio di uguaglianza fra enti federati, che non trova espressione nei fatti: riproponendo quella che essenzialmente è la frattura sociale che percorre tutto il territorio nazionale, infatti, l'ordinamento belga, nel tempo si è bipolarizzato finendo con far ruotare le proprie dinamiche istituzionali attorno alla storica divisione fra francofoni e fiamminghi, con buona pace di ogni proposito di parità fra le entità substatali.

Non vi è aspetto della vita politica e istituzionale del Belgio che non rispecchi questa dicotomia: il sistema dei partiti è diviso; il sistema elettorale è organizzato sulla base di un rigido sistema di circoscrizioni linguistiche; in Parlamento, ai più tradizionali gruppi parlamentari, si affiancano i gruppi linguistici cui ogni eletto deve necessariamente aderire; il sistema dei servizi sociali, quello sanitario, quello scolastico si fondano sul principio della territorialità linguistica e rispondono alla regola del monolinguisimo, il cui regime è andato consolidandosi negli anni, attraverso emendamenti ed integrazioni che non hanno mai comportato un ripensamento sostanziale del separatismo linguistico vigente in Belgio⁵.

È su questa separazione che si è costruita la *paix communautaire* belga⁶.

⁵ Il regime linguistico del Belgio si delinea attraverso un percorso a tappe il cui inizio può essere sicuramente fatto coincidere con l'approvazione, il 28 giugno 1932, di una legge sull'uso della lingua in ambito amministrativo e con l'adozione il 15 giugno 1935 di una normativa specifica per l'impiego delle lingue per quel che concerne il sistema giudiziario. Da allora, la divisione del territorio nazionale in regioni monolingue (eccezione fatta per il caso di Bruxelles-Capitale) non venne più revocata in dubbio. Anzi, piuttosto confermata e irrigidita, nei primi anni Sessanta, quando con le leggi dell'8 novembre del 1962 e del 30 luglio e 2 agosto del 1963 si è proceduto a quello che è comunemente conosciuto come "congelamento" dei confini linguistici.

⁶ Il termine *paix communautaire* è mutuato dalla denominazione con cui comunemente è indicata la legge del 9 agosto 1988, approvata dal Parlamento al termine di un lungo periodo di tensioni alimentate dall'applicazione rigida del separatismo linguistico in corrispondenza dei comuni a regime speciale (*à facilités linguistiques*), ossia di quei municipi, situati lungo la linea di confine delle regioni linguistiche, in cui la lingua parlata dalla maggioranza degli abitanti è diversa da quella ufficiale. Con la legge dell'88, esempio eloquente del pragmatismo belga e della sua vocazione al compromesso, si introduce una insolita e insuperabile presunzione di conoscenza della lingua ufficiale in capo a coloro che siano stati eletti a ricoprire una carica comunale. L'esigenza di garantire uniformità linguistica e verificare come normativamente richiesto la conoscenza della lingua ufficiale da parte degli amministratori pubblici viene così ad essere non derogata, quanto piuttosto bypassata per mezzo di una presunzione legale «*qui pourrait permettre de vivre en paix linguistique et de vaquer à d'autres*

Su questa separazione e grazie ad un costante ricorso al compromesso che porta spesso il sistema a stalli superati per mezzo di soluzioni all'apparenza surreali (degni di un quadro di Magritte), ma nei fatti efficaci al fine di mantenere quell'equilibrio instabile su cui si regge il regno del Belgio. Lo dice bene il giurista Paul Martens, così individuando un tratto trasversale ad ogni altra divisione e comune a tutti i belgi: *«Au Nord comme au Sud, nous avons, prétend-on, une aversion pour les questions simples: il suffit qu'un problème soit soluble pour qu'il cesse de nous intéresser. Par contre, nous raffolons des questions qui nous divisent et qui nous permettent de disputer sans fin. Nous en avons un stock inépuisable: question royale, question scolaire, question linguistique. Nous ne leur donnons jamais une solution tranchée. Nous laissons les positions antagonistes sur un point d'équilibre et nous en faisons un compromis. Nous avons une inaptitude à la raison syllogistique: nous faisons de la dialectique mais en laissant le syllogisme inabouti. Souvent, nous nous opposons sur des points mineurs: nous avons la capacité de prendre l'anodin au tragique. Et les solutions que nous imaginons finissent par contenter chaque partie parce que chacune d'elles est convaincue qu'elle l'a emporté, grâce à la polysémie du texte finalement adopté. Nous avons le talent de bien nous entendre sur des malentendus. Nous sommes modérément cartésiens. Le surréalisme belge existe aussi dans notre droit»*⁷.

préoccupations plus urgentes: l'objectif de pacification valait bien qu'on malmenât quelque peu la raison». Cfr. P. MARTENS, *Les cours constitutionnelles: des oligarchies illégitimes?*, in *La république des Juges*, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, Liège, 1997, p. 53 ss, spec. p. 63. È lo stesso Paul Martens ad insistere (richiamando il caso della creazione del distretto di Bruxelles-Hal-Vilvorde) sul pragmatismo belga che a volte rasenta il surrealismo e che spesso comporta un *vulnus* del regime di separatismo a beneficio di quella che lui stesso definisce *pax belgica*, ossia di un compromesso che rappresenta il raggiungimento di un difficile equilibrio fra gli interessi delle diverse comunità e fra le comunità e lo Stato federale (ancora P. MARTENS, *Le communautarisme, le multiculturalisme, le nationalisme et l'universalisme en Belgique à la lumière de la jurisprudence de sa Cour Constitutionnel*, in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, 2011, p. 205 ss. La stessa giustizia costituzionale sembra aver fatto propria questa prospettiva quando nella sentenza n. 73/2003 richiamando espressamente la necessità di salvaguardare ad ogni costo la *paix communautaire* ricorda come il Belgio rappresenti uno spazio di neutralizzazione delle passioni ricorrendo permanentemente al compromesso; ma anche nel caso riguardante l'ispezione delle scuole francofone a regime speciale, situate sul territorio fiammingo, risolto con le decisioni n. 95/2010 e 124/2010, definite dall'autore *«prototypé des décisions de pacification par lesquels la Cour, tout en reconnaissant l'homogénéité de principe de la Communauté flamande, tempère son application en solidifiant les accords qui ont été conclus et les dérogations qui doivent être accordées»*.

⁷ Così P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, 2003, p. 249. Altrove, in *Le Libre.be*, del 5 ottobre 2010, il medesimo autore parla

3. *L'organizzazione della giustizia in Belgio*

Il sistema giuridico belga è un sistema che appartiene alla tradizione del *civil law*. La competenza per quel che concerne l'organizzazione del potere giudiziario (la cui indipendenza e autonomia è sancita dalla Costituzione) e della giustizia costituzionale spetta alla federazione.

L'accesso alla magistratura ordinaria giudicante (in qualità di giudice di pace o membro del *tribunal de police, du travail, du commerce* o *de première instance*) avviene per nomina regia.

A partire dal 1991 il legislatore è intervenuto al fine di rendere più rigido il processo di selezione. Oggi è previsto l'intervento di una commissione di nomina, istituita in seno al Consiglio superiore della Giustizia (organo di autogoverno del potere giudiziario), la cui scelta deve cadere fra candidati che hanno superato un concorso nazionale ed essere presentata successivamente al sovrano in forma di proposta. Fra i criteri di separazione deve essere ricordato quello linguistico, determinato indiscutibilmente dal titolo di laurea ossia dalla ubicazione in una o l'altra regione linguistica dell'università che ha rilasciato il titolo.

L'appartenenza al gruppo linguistico del magistrato, dedotta inesorabilmente dal suo percorso di studi, così come l'ubicazione geografica (e quindi linguisticamente connotata) del ruolo vacante che deve essere coperto, definiscono, senz'altro, il profilo del potenziale candidato: ciò perché a partire dal 1935 anche la giustizia si è adeguata al regime di monolinguisimo che vige in ogni altro ambito amministrativo in Belgio.

In un sistema completamente diviso su base linguistica, in cui non vi è spazio pubblico che possa dirsi immune dal fattore "lingua", in cui non vi è spazio pubblico in cui lo stesso cittadino possa dichiararsi *laico* dal punto di visto linguistico, l'organizzazione della giustizia non sfugge alla logica della separazione.

Il quadro sinora tratteggiato, infatti, non lascia dubbi circa la proiezione

di un '*réalisme fantastique*' tipico del sistema belga anche per quel che concerne la sua giurisprudenza, capace di «*mettre dans la même décision les concessions de l'uns et des autres, permettant à chacun d'estimer que les concessions qu'on leur fait sont au moins aussi satisfaisantes que celles qu'ils font*». Come esempio mirabile di realismo fantastico giurisprudenziale si rimanda ancora alla pronuncia della Corte costituzionale n. 124 dell'ottobre 2010, dove mentre si conferma la competenza esclusiva del governo fiammingo a svolgere la funzione di controllo ed ispezione sulle scuole ubicate nelle Fiandre, al contempo si aggiunge che la Comunità fiamminga è obbligata ad accordare una deroga sul punto per quel che concerne le scuole in lingua francese attive nei comuni à *facilités linguistiques*.

anche in ambito giudiziario (ovverossia in un ambito la cui competenza, è stato detto, appartiene esclusivamente alla federazione) di quella dicotomia linguistica che caratterizza la vita politica, istituzionale e sociale del Belgio. A riprova del fatto che la “lingua” nell’ordinamento belga non è una materia la cui competenza possa essere assegnata al centro o alla periferia: essa è piuttosto il codice utile a decifrare l’intero sistema.

Ne consegue che, nel rispetto di quei principi che regolano l’incardinamento di un giudizio presso un tribunale o l’altro, sulla base di criteri di competenza per territorio e materia, anche il sistema giudiziario si impronta ad un regime di separatismo linguistico, secondo i principi assunti, e mai abbandonati, a partire dalla legge del giugno del 1935 sull’uso della lingua nell’amministrazione giudiziaria; ne consegue che l’intero procedimento si svolgerà nella lingua ufficiale della regione in cui è ubicato l’organo giudicante, fatti salvi i diritti concernenti la difesa delle parti.

A ciò si aggiunga che, anche quando l’organo è unico ed ha competenza su tutto il territorio nazionale, come nel caso della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato o, per quel che riguarda la giustizia costituzionale, della Corte costituzionale, il dato linguistico rileva comunque in termini di organizzazione e di composizione del collegio, dal momento che si garantisce la pari partecipazione di membri dell’uno e dell’altro gruppo linguistico e/o la creazione di sezioni omogenee dal punto di vista linguistico.

4. Separatismo linguistico nel sistema giudiziario belga

È innegabile che in Belgio l’attenzione delle comunità linguistiche dedicata alla separazione linguistica nei servizi giudiziari è andata crescendo nel tempo, non solo per quel che concerne l’uso dell’una o dell’altra lingua, ma anche per quel che riguarda la formazione del personale giudiziario, in particolare dei giudici.

Ciò, però, non pare affatto essere dipeso dal progressivo riconoscimento al singolo di un diritto di matrice “comunitarista” ad essere giudicato da un soggetto che ne condivide l’affiliazione etnico-linguistica, al fine di garantire, così facendo, un pieno diritto alla difesa. Piuttosto questa separazione, sempre più netta, sembrerebbe dipendere dalla stretta applicazione del principio di territorialità linguistica e dall’adozione del monolinguisimo come regime preferenziale, ovverossia da una scelta sistemica adottata a fondamento della struttura statale belga.

La prospettiva entro cui stiamo scegliendo di muoverci pare oltremodo confermata dall'analisi dei diritti linguistici riconosciuti alle parti in giudizio. Se il procedimento è incardinato presso una regione in cui la lingua ufficiale è diversa da quella parlata da una delle parti, i diritti all'uso della lingua loro riconosciuti sono limitati, se pure bisognerà distinguere l'ambito penale da quello civile.

Il sistema appare assai complesso e per questo difficilmente sintetizzabile in questa sede.

Non di meno, vale la pena ricordare che in materia civile vige il criterio di territorialità nella definizione nella lingua di lavoro dell'organo giudicante: se entrambe le parti ne fanno istanza il procedimento potrà essere trasferito ad una corte o tribunale di pari grado istituita in altra regione linguistica. Per quanto riguarda la Regione di Bruxelles-Capitale, tenuto conto della natura bilingue dell'ente, il procedimento avrà luogo nella lingua della regione in cui il convenuto è domiciliato: se è domiciliato nella Regione di Bruxelles-Capitale stessa o all'estero la scelta della lingua del processo è nella disponibilità del ricorrente. Al convenuto è data facoltà di presentare istanza, *in limine litis*, affinché il giudizio si svolga nella lingua della regione in cui è domiciliato. Il giudice, in ogni caso, può respingere la domanda qualora ritenga che il convenuto sia in possesso delle conoscenze necessarie per comprendere il processo nella lingua in cui esso è stato incardinato, ossia quella del ricorrente.

Anche in ambito penale è il principio di territorialità a prevalere; nella Regione di Bruxelles-Capitale sarà il domicilio dell'imputato a determinare la lingua del processo. Non di meno, quando l'imputato conosca solo una lingua, diversa da quella in cui dovrebbe svolgersi il procedimento, oppure se la sua conoscenza della lingua del procedimento non è sufficiente a garantire il pieno godimento del suo diritto alla difesa, egli potrà domandare di essere rinviato ad un organo che opera nella sua lingua. Spetta al giudice valutare caso per caso la bontà dell'istanza, accogliendola o rigettandola, fatto salvo, in quest'ultimo caso, il diritto dell'imputato di ottenere la traduzione dei fascicoli giudiziari.

La stessa adozione della legge del 19 luglio 2012 sembra rispondere a questa vocazione dell'ordinamento belga alla separazione linguistica.

La legge fa parte di un più ampio pacchetto di interventi normativi, anche di rango costituzionale, che costituiscono la base dell'accordo politico per quella che è conosciuta come la sesta riforma dello Stato belga⁸.

⁸ Cfr. A. MASTROMARINO, *Modificaciones constitucionales en Bélgica. La sixième réforme de l'État: un proceso en marcha*, in *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, n. 22/2015, p. 64 ss.

In particolare con essa si è proceduto alla modifica del distretto giudiziario di Bruxelles-Hal-Vilvorde (BHV), determinando la duplicazione delle sedi giudiziarie, la scissione degli uffici della procura su base linguistica (con la creazione del XII *arrondissement* di Bruxelles), nonché la ridefinizione delle norme per l'impiego della lingua in materia giudiziaria nei territori interessati dalla divisione della circoscrizione.

Orbene, per quel che riguarda il piano elettorale, la natura bilingue dell'ormai dissolto distretto BHV aveva contribuito a generare nel tempo un'insostenibile tensione politica che con atti formali aveva finito più volte con il coinvolgere anche il Parlamento ed impegnare la Corte costituzionale⁹: la ricerca di una soluzione che necessariamente sarebbe dovuta passare per la divisione del distretto appariva inevitabile.

Diversamente per quel che concerne l'ambito giudiziario, dove l'esistenza del distretto bilingue BHV aveva generato, anche sul piano giuridico, dibattiti meno accesi.

Le ragioni della riforma che ha portato a comprendere nella scissione anche il distretto giudiziario, quindi, devono essere cercate altrove. La scissione, infatti, sembrerebbe dipendere, in primo luogo, dall'opportunità di imporre al distretto una divisione a tutto tondo, che interessi tutti gli ambiti possibili; ma anche da ragioni di carattere strettamente politico¹⁰. Con essa è possibile effettivamente mettere bene in luce la centralità che riveste il principio di territorialità nel sistema belga e la conseguente inesorabile tendenza dell'ordinamento a ridurre al minimo (ossia quando ve ne sia davvero bisogno o non sia possibile fare diversamente) l'esistenza di ambiti bilingue, forieri di tensioni socio-istituzionali e di zone d'ombra nell'applicazione del diritto.

La legge del 2012 (la cui analisi dettagliata esula dal quadro del presente articolo¹¹), infatti, non punta a smentire o modificare il quadro legislativo

⁹ Per una ricostruzione della questione del distretto elettorale BHV, prima della sua scissione, sia da un punto di vista storico che istituzionale si rimanda a B. BLERO, *Bruxelles-Hal-Vilvorde, couronne d'épines de l'État fédéral belge?*, in *Pouvoirs*, 136, 2010, p. 97 ss.

¹⁰ Vale la pena ricordare che la Corte costituzionale belga, con sentenza n. 96 del 30 giugno 2014, si è pronunciata sulla costituzionalità della legge per la divisione del distretto giudiziario BHV.

¹¹ A tal fine si rimanda a F. GOSSELIN, *La réforme de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire*, in F. GOSSELIN (dir.), *La réforme de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles. Première approche pratique*, Bruxelles, 2012, p. 69 ss.; dello stesso autore si veda anche *La loi du 19 juillet 2012 portant réforme de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles*, in *Journal des tribunaux*, del 16 febbraio 2013, p. 113 ss.

della legge del 1935. Piuttosto a imporre una semplificazione che va proprio nel senso dell'applicazione del regime di separatismo linguistico nell'uso delle lingue nei distretti di Hal-Vilvorde e in quello bilingue di Bruxelles, estendendo ad essi l'applicazione delle regole che già sono normalmente applicate negli altri *arrondissements*.

Non sembrerebbe esserci, dunque, un'impellente ragione di ordine pubblico alla base della divisione del distretto giudiziario BHV (come invece è sul piano elettorale), quanto piuttosto il desiderio di garantire e confermare quelle basi politico istituzionali a fondamento della salvaguardia e del consolidamento della già richiamata *paix communautaire* che nel regime del monolinguisimo e della separazione linguistica trova una roccaforte.

In questa direzione sembra muovere la stessa revisione al testo costituzionale che accompagna la legge e che ha comportato l'introduzione dell'art. 157 *bis* in Costituzione, con cui si prescrive il ricorso alla legge speciale nella definizione o modifica degli elementi essenziali che concernono l'uso della lingua in ambito giudiziario. Secondo le parole dello stesso legislatore costituzionale, infatti, la disposizione si è resa necessaria dal momento che «*la réforme touche au cœur des grands équilibres qui sous-tendent la paix communautaire, par analogie avec ce qui prévoient d'autres dispositions de la Constitution qui touchent également à ces grands équilibres*»¹².

5. *Bagliori di Reflective Judiciary in Belgio*

Non è nuova la tendenza della giustizia a cercare di consolidare la legittimazione dei suoi operatori anche attraverso la selezione di membri capaci di essere rappresentazione del corpo sociale. Si pensi alle regole non scritte che determinano la composizione della Corte suprema degli Stati Uniti; alle prassi che animano l'applicazione delle norme sulla presenza della componente quebecchese nella Corte suprema canadese; alle disposizioni costituzionali o legislative di quei paesi che, soprattutto negli ultimi anni, hanno codificato la selezione dei giudici, costituzionali in primo luogo, ma a volte anche ordinari, di modo che sia tenuta in conto, anche in seno alla giustizia, la rappresentazione della diversità (di genere, linguistica, etnica, religiosa...) propria del corpo sociale. Il punto risulta assai delicato se si presta attenzione al fatto che proprio con riferimento all'atto della rappresentanza si è soliti tracciare la differenza fra la funzione del legiferare

¹² *Ann. Parl.*, Ch., 2011-2012, *Discussion générale*, 20 juin 2012.

e quella del giudicare.

Le ragioni di questa aspirazione possono essere molte, e di fatto il tema da un punto di vista teorico risulta essere, nell'insieme, ancora poco studiato per poter trarre delle conclusioni definitive.

Quel che è certo è che la questione relativa alla legittimazione del potere giudiziario tende a farsi assai spinosa e ad assumere caratteri particolari in corrispondenza di ordinamenti contrassegnati da corpi sociali frammentati dal punto di vista etnico-nazionale. In questo caso le tensioni fra i diversi *cleavages* tendono a monopolizzare la vita istituzionale, soprattutto laddove le minoranze lamentano un deficit di visibilità e tutela. A ciò si reagisce, spesso, ricorrendo ad una parcellizzazione del potere, al fine di riflettere e dare risposta alle divisioni della società.

Questo fenomeno finisce con l'avere particolari ricadute in ambito giudiziario per quel che concerne la legittimazione del corpo giudicante. Metodi di legittimazione diversi rispetto a quelli propri del circuito della rappresentanza (la stessa autorevolezza, ad esempio, o l'alta competenza), infatti, possono perdere di valore se impiegati in un clima di diffidenza e di sfiducia nei confronti di chi, operando in nome dello Stato, si ritiene agisca per conto di una parte sola, quella della maggioranza, senza essere in grado di immedesimarsi e comprendere la cultura giuridica in cui la minoranza si muove¹³.

Siamo ben oltre le questioni che la protezione dei diritti alla difesa può sollevare in presenza di una minoranza linguistica.

Siamo di fronte ad una prospettiva che chiama in causa lo stesso *reasoning* del corpo giudicante, che segna un confine culturale fra il "noi" ed il "loro", che finisce con l'investire l'unità della giurisdizione, sollevando il tema del possibile condizionamento dell'affiliazione di colui che decide rispetto alla sua autonomia, ma non nel senso di garantire l'imparzialità della pronuncia rispetto al *background* socio-culturale del giudice¹⁴. Al contrario, al fine di assicurare le parti che la decisione è stata maturata in un determinato orizzonte di senso (che è quello cui essi appartengono e che l'organo giudicante conosce poiché ne è parte), al fine di garantirne la sua equità.

¹³ Per una riflessione sulla legittimazione del potere giudiziario nella democrazia costituzionale sia consentito il rinvio a A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in R. TONIATTI, M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, p. 17 ss.

¹⁴ ...attraverso quel processo che P. MARTENS, *Le métier de juge constitutionnel*, in F. DELPÉRÉE, P. FOUCHER (dir.), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, 1988, p. 25 ss., spec. p. 29, ha plasticamente definito 'miracle de transfiguration'.

Il rischio di una perdita in termini di autonomia da parte dell'organo giudicante, di uno smembramento del mito dell'unità della giurisdizione, pare essere assunto di buon grado da alcuni ordinamenti al fine di assicurare la concreta applicazione di un altro principio: quello del giudice naturale "per affiliazione", capace di comprendere meglio la posizione di chi è parte in giudizio perché è "uno di noi". E non si tratta di aspettarsi un trattamento di preferenza, che nell'appartenenza al medesimo gruppo troverebbe la sua ragione d'essere: si tratta, piuttosto, di coltivare la certezza, da cui promanano legittimazione e fiducia, che colui che è chiamato a giudicare ha gli strumenti culturali per comprendere fino in fondo le ragioni delle parti o dell'imputato e, di conseguenza, per giudicare equamente. Il passaggio è sottile ma sottintende uno slittamento da un livello meramente procedurale (predeterminazione per legge del giudice) ad un piano in cui, ad arricchire la riflessione, intervengono fattori di sociologia, quando non di psicologia giuridica.

Orbene, alla luce di quanto detto, appare lecito domandarsi se è possibile annoverare il Belgio fra i casi paradigmatici in grado di meglio rappresentare l'impianto teorico cui abbiamo fatto riferimento, ben definito dalla locuzione *Reflective Judiciary* che comincia timidamente a farsi strada in dottrina.

Rispondere appare complesso, seppure, anticipando le conclusioni, va detto sin da ora che, nell'opinione di chi scrive, l'esito al quesito debba essere sostanzialmente negativo, nonostante l'esistenza di alcuni fattori che potrebbero indurre a considerazioni diverse: fattori che innanzitutto rimandano ad un'analisi di natura socio-giuridica e che invitano a riflettere sulla eventuale esistenza di una diversa cultura giuridica in seno alle due comunità linguistiche di maggioranza; fattori che, a loro volta, come è stato descritto nei precedenti paragrafi, finiscono con l'avere un'influenza immediata sull'organizzazione schietta del sistema giudiziario da un punto di vista linguistico, ma anche sull'emergere di un *Judiciary Federalism* che evidenzia un certo divario per quel che concerne la concreta articolazione della funzione giurisdizionale nelle diverse regioni del Paese, nonostante la competenza esclusiva sia formalmente assegnata dalla Costituzione alla federazione. Si avrà modo di soffermarsi su questo punto nell'ultimo paragrafo.

Intanto, se si vuole comprendere la *Belgique juridique* (ed eventuali connessioni con il fenomeno del *Reflective Judiciary*) sarà prima necessario interrogarsi sulla *Belgique sociologique* e ribadire la centralità di due gruppi sociali che, per desiderio di semplificazione, sono definiti di solito su base linguistica.

In realtà la lingua, presso i fiamminghi così come presso i francofoni, rappresenta piuttosto il cuore pulsante di un'identità più ampia, che nella

lingua trova il suo veicolo di espressione ed il suo punto di forza, pur non rappresentando l'unico *fait différent* fra le due comunità.

La frattura fra le due comunità, infatti, non è solo di natura linguistica. Essa è anche culturale e ideologica, nonché economica e sociale, sino ad interessare l'idea stessa di comunità e quella di Stato coltivata da francofoni e fiamminghi, conducendo ad un diverso concetto di nazionalismo (con tutto quello che ne discende sul piano del simbolismo nazionale) concepito in seno alle due collettività¹⁵.

È stato ipotizzato che la frattura possa arrivare ad interessare la stessa tradizione giuridica delle due comunità, condizionando l'applicazione e interpretazione dei testi giuridico-normativi in seno ai due gruppi¹⁶. Si pensi, in tal senso, alle conclusioni cui giunge il Consiglio di Stato nella sentenza n. 11.749 del 1966, meglio conosciuta come *arrêt Molulin et de Coninck*, dove il giudice nel formulare la propria decisione sembra lasciarsi guidare non tanto, o non solo, dalle disposizioni in vigore (prima fra tutte lo stesso art. 42 della Costituzione), ma da altri elementi infra o para-legali¹⁷. Siamo negli anni Sessanta, ossia circa trent'anni prima della

¹⁵ Il nazionalismo originario cui rimanda la comunità fiamminga parrebbe essere un nazionalismo che prevalentemente fonda la sua idea di coesione sociale su dati di ispirazione romantica, mentre il concetto di nazione cui rimandano i francofoni è piuttosto il risultato di un atto dell'intelletto, che invita a far convergere le differenze all'interno di un progetto di vita comune. Un nazionalismo più che altro difensivo e congiunturale. Questa distinzione, seppure successivamente stemperata in particolare in favore di ragioni di natura economica, ha trovato plastica rappresentazione al momento della creazione degli enti federati e nella definizione dell'autonomia ad essi concessa. Con il tempo, infatti, in Belgio hanno trovato spazio (anche a livello istituzionale) due diverse concezioni del Paese. L'una – quella più vicina al “sentire” delle Fiandre, fondata sul dato soggettivo dell'appartenenza ad un gruppo e legata, più che altro, alla concezione germanica di popolo – ha puntato sin dall'inizio sul riconoscimento di tre distinte comunità, quella francofona, quella germanofona e quella fiamminga; l'altra – radicata sul concetto territoriale di regione e tesa a riproporre un'idea francese di Stato prediligendo un'ottica volontaristica nella definizione della comunità – ha sempre chiesto l'istituzionalizzazione di tre diverse regioni, la Vallonia, le Fiandre e quella di Bruxelles-Capitale.

¹⁶ P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, cit., spec. p. 248 a p. 249, insiste sul punto affermando che: «*juristes néerlandophones et francophones ne se présentent pas avec un patrimoine culturel identique lorsqu'ils abordent l'interprétation d'un texte. Les francophones ont, pour l'essentiel, un fonds de culture cartésienne et positivisme qui les conduit à chercher le sens de la loi, indépendamment des contingences historiques ou politiques de son élaboration. Les néerlandophones sont imprégnés d'une culture d'affirmation et de revanche qui éclaire les textes d'un sens qui n'est pas lisible par le lecteur d'une autre culture*».

¹⁷ Il riferimento è all'impianto concettuale proposto da H. DUMONT, *Le pluralisme*

trasformazione in senso federale dello Stato belga e comunque prima che si desse inizio al processo di decentramento territoriale che sarà avviato costituzionalmente con la riforma del 1970; ciononostante, la pronuncia fa espresso riferimento alla divisione in regioni linguistiche dello Stato belga che può essere ragionevolmente considerata, secondo il Consiglio, una divisione adatta a condizionare l'esercizio di un servizio pubblico (anche quello radiotelevisivo, nel caso di specie), assodata l'esistenza di una "*partie flamande du pays*" che evidentemente presuppone l'esistenza di una parte francofona contrapposta. Nonostante al momento del fatto (1961) la divisione in regioni linguistiche non fosse formalizzata in nessun testo in vigore, il Consiglio sembra, così, voler valorizzare alcuni fattori socio-culturali ipotizzando che le due comunità linguistiche, che si dà per scontato coesistono in Belgio, possano nutrire esigenze diverse che come tali devono essere soddisfatte dall'amministrazione pubblica¹⁸.

Il tipo di ragionamento condotto dal Consiglio di Stato d'altra parte sembra finire con il dire troppo ipotizzando - lo si legge in controluce fra le righe della sentenza - l'esistenza di una differenza fra il *modus decidendi* del giudice francofono di formazione latina e quello dei giudici il cui *raisoning* predilige il metodo della scuola anglo-sassone o germanica, come nel caso dei magistrati fiamminghi: un metodo assai meno legato alla lettera del testo e molto più orientato verso una interpretazione teleologica della

idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge, vol. 1, Bruxelles, 1996, e ripreso proprio per analizzare il caso Moulin-de Coninck da P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, cit., in part. p. 244.

¹⁸ I signori Moulin e De Coninck, segretari del Partito comunista belga, si erano rivolti al Consiglio di Stato contestando la legittimità del regolamento adottato nel 1961 dal consiglio di amministrazione della sezione fiamminga della radio-televisione belga, in forza del quale veniva riservato accesso agli spazi di tribuna politica alle sole forze politiche rappresentate da almeno un seggio "*dans la partie flamande du pays*". Potendo essi contare sulla presenza di eletti nella regione di Bruxelles-Capitale e in quella vallona, ma non nelle Fiandre, lamentavano la loro infondata esclusione dal circuito radiotelevisivo in questa parte del paese. Al tempo del ricorso, infatti, il rimando all'esistenza di una pretesa "parte fiamminga" non trovava fondamento nel diritto positivo che non faceva menzione né della nozione di regione né di quella di comunità. Nonostante potesse, al contrario, essere citato a sostegno della posizione dei ricorrenti il dettato dell'art. 42 dell'allora testo costituzionale, nel quale si dichiarava che gli eletti rappresentano la nazione e non solo la provincia nella quale sono stati eletti, il Consiglio di Stato nel 1966 si pronunciò rigettando il ricorso, fondando la legittimità del regolamento impugnato direttamente su fattori geopolitici e sociologici, prima che normativi. Fra gli altri si rimanda a P. MARTENS, *Le Droit peut-il se passer de Dieux: six leçons sur le désenchantement du droit*, Namur, 2007, p. 114 ss.; H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, cit., p. 286 ss.

disposizione¹⁹. Difficile davvero poter seguire fino in fondo questa strada senza sollevare un legittimo dubbio sulla tenuta di un comune sistema interpretativo dell'ordinamento nazionale.

6. *Il “no” al communautarisme juridictionnel*

Non mancano, dunque, elementi che potrebbero indurre nella tentazione di annoverare senz'altro il Belgio fra gli ordinamenti da prendere paradigmaticamente in considerazione al fine di avviare uno studio sistematico dei fenomeni di *Reflective Judiciary*: composizione delle corti su base linguistica; differenziazione geografica; peso del fattore sociologico connesso all'appartenenza etnico-linguistica nella formulazione della decisione; l'ipotesi che possa essere individuata una certa distanza fra la cultura giuridica in cui si sono formati e operano i giudici fiamminghi e quella dei francofoni.

Non di meno, un'analisi che non si limiti a fotografare il presente, spingendosi piuttosto sino alle ragioni che hanno condotto alle scelte progressivamente assunte in termini di riconoscimento e rappresentazione in ambito giudiziario delle diverse identità, potrebbe gettare nuova luce sulla riflessione inducendo piuttosto ad una lettura dei dati nell'ottica del più generale contesto federale belga e delle sue peculiarità dal punto di vista dell'organizzazione territoriale dei poteri dello Stato.

Fatte salve alcune considerazioni sul lungo periodo che verranno svolte in sede di conclusioni, è possibile escludere, infatti, che le scelte compiute in ordine all'organizzazione ed al funzionamento del potere giudiziario in Belgio siano state adottate per rispondere innanzitutto ad esigenze di “rappresentazione del diverso” in ambito giurisdizionale.

In questo senso, la stessa Corte costituzionale, nella pronuncia n. 195 del 2009, ha escluso che la giustizia belga possa essere in qualche modo ispirata da velleità di *communautarisme juridictionnel*, per cui solo giudici appartenenti alla medesima comunità delle parti o dell'imputato sarebbero legittimati a giudicare²⁰.

I caratteri del sistema giudiziario e della giustizia costituzionale in

¹⁹ Ricorda P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, cit., spec. p. 244, il «*problème d'une telle méthode pose sur l'identification de la finalité à satisfaire: peut-on interpréter des textes belges à la lumière des fins que poursuit une partie de la population de l'État belge?*».

²⁰ P. MARTENS, *Le communautarisme, le multiculturalisme, le nationalisme et l'universalisme en Belgique*, cit., in part. p. 208.

Belgio, linguisticamente connotati, sarebbero, piuttosto, la diretta reazione ad una pressione di carattere strutturale, che coinvolge tanto le istituzioni che il corpo sociale, al punto da condizionare le aspettative che i cittadini nutrono verso il sistema da un punto di vista organizzativo.

Si prendano in considerazione in primo luogo i peculiari criteri di composizione e la segmentazione su base linguistica degli organi di vertice della giustizia o di quelli la cui competenza si estende su tutto il territorio nazionale (come accade ad esempio nella giustizia costituzionale).

Essi sono da ricondurre innanzitutto ad una esigenza di tipo istituzionale essendo legate alla tensione che l'ordinamento vive rispetto alla ricerca e al mantenimento di un equilibrio istituzionale in grado di preservare l'integrità dello Stato facendo convivere istanze politiche di natura etnico-nazionale altrimenti contrapposte.

Esistono in Belgio due comunità che parlano due lingue diverse: è a partire da questa differenziazione che è stato costruito il federalismo belga; su questa differenziazione si fondano le istituzioni belghe; ed è al mantenimento di un instabile equilibrio fra questa differenziazione e unità dello Stato punta il peculiare sistema federale belga.

È la ricerca dell'equilibrio (un equilibrio instabile, evidentemente...) la chiave di lettura dell'ordinamento belga, direttamente connessa al costante ricorso al compromesso come dinamica politica preferente al fine di evitare la prevalenza di una forza politica sull'altra o degli interessi di una comunità sull'altra.

Difficile dire se sia ancora la distanza fra le due comunità ad alimentare questa separazione istituzionale o se al contrario sia la separazione istituzionale a mantenere vivo il divario socio-culturale fra le due comunità. Quel che è certo è che questa separazione/divisione è divenuta fisiologica e caratterizza l'ordinamento, ne garantisce la tenuta. Rappresenta, altresì, l'orizzonte di senso su cui ciascun belga costruisce la propria identità di cittadino sin dalla nascita.

Il cittadino, infatti, è inserito *ab origine* in un contesto pubblico dicotomico, in cui tutto è definito linguisticamente: come, dunque, potrebbe non esserlo il sistema giudiziario? Come potrebbe non essere così, tenuto conto che proprio nel "non essere così" si manifesterebbe un tratto di originalità sconosciuto all'ordinamento, in grado di generare diffidenza nei cittadini e mettere in pericolo quell'equilibrio che è la base del vivere insieme belga? In un mondo dove tutti dal commerciante all'alto funzionario parlano la lingua della comunità di residenza, come potrebbe un cittadino avere fiducia in un'istituzione allofona?

Detto altrimenti: il sistema giudiziario in Belgio non può che essere diviso perché tutto il sistema istituzionale lo è; perché tutto il sistema attraverso la demarcazione di spazi di autonomia esclusiva tende ad un equilibrio che garantisce la convivenza e la pace fra due comunità altrimenti contrapposte.

Dove possibile questo equilibrio è stato perseguito e salvaguardato attraverso il principio della territorialità e la preferenza per regimi monolingue. Diversamente, l'equilibrio è perseguito assicurando la pari partecipazione della componente fiamminga e di quella francofona. Così in ogni ambito istituzionale; così nel sistema giudiziario; così anche a per quel che concerne la giustizia costituzionale dove *«la règle de la parité ne peut être assimilée à une disposition sur l'usage des langues au sein de l'institution de justice. Elle doit être comprise dans une perspective plus institutionnelle. Elle est révélatrice de la structure dualiste de la société politique. Elle entend apaiser les craintes de l'une et de l'autre des Communautés les plus importantes qui sont organisées en son sein. Elle met surtout la cour à l'abri des critiques de partialité que pourrait lui valoir une composition déséquilibrée»*²¹.

Ne consegue che sia la composizione della Corte costituzionale (paritaria dal punto di vista linguistico), sia la selezione dei suoi membri (i giudici sono scelti sulla base di liste linguisticamente determinate, stilate a turno dalla Camera bassa e dal Senato), sia la sua organizzazione interna (essa conta sulla presenza di due presidenti, appartenenti ciascuno ad una delle due comunità linguistiche e sull'assistenza di referendari anch'essi divisi in gruppi linguistici) rispondono alla necessità di mettere la Corte nella condizione di poter espletare la sua funzione di garante dell'equilibrio istituzionale, prevedendo una struttura paritaria dal punto di vista linguistico non essendo possibile organizzare sezioni di lavoro monolingue come accade in altri tribunali di ultima istanza²².

Non è un caso se è opinione condivisa che la Corte costituzionale in Belgio *«contribue à un fonctionnement ordonné et pacifié de l'entreprise*

²¹ Cfr. F. DELPÉRÉE, *La Cour d'Arbitrage et le fédéralisme belge*, in E. ORBAN (coord.), *Fédéralisme et Cours suprêmes*, Bruxelles, 1991, p. 167ss, spec. p. 174.

²² ...nella convinzione che la *«règle de la parité linguistique de la Cour constitutionnelle est une illustration particulière d'un constat général: la composition d'une juridiction constitutionnelle doit être adaptée aux spécificités des attributions qui lui sont confiées»*: M. VERDUSSEN, *Le mode de composition de la Cour constitutionnelle est-il légitime*, in *Revue de Droit constitutionnel belge*, n. 1/2103, p. 67-86, spec. p.74. Riflette più generalmente su *La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*, T. GROPPi, in R. TONIATTI, M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, cit., p. 297 ss. Sul punto si rimanda al volume curato da M. CALAMO SPECCHIA, *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011.

*fédérale*²³: in questo senso finisce con il rappresentare meglio di qualunque altro organo quella vocazione all'unità nella diversità su cui si fonda il Belgio. Così come non è un caso che a lei sia stato assegnato il controllo del rispetto della cosiddetta *loyauté fédérale*²⁴, «*ingrédient essentiel de la cohésion de l'État belge*»²⁵ che «*rappelle aux différents sacteurs politiques qu'au-delà du respect formel de compétences, il faut assurer la finalité du projet politique*»²⁶ e che la dottrina non abbia esitato a mettere in connessione questo principio cardine con la già richiamata idea della *paix communautaire*, fondamento del *vivre ensemble*²⁷ nel Regno belga.

In quest'ottica fra Corte costituzionale, separazione linguistica e lealtà federale viene a costituirsi un nesso inscindibile²⁸, che amplifica il ruolo della

²³ Cfr. M. VERDUSSEN, *Le douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, 2004, spec. p. 27 a p. 28.

²⁴ Ispirata dal diritto tedesco, la lealtà federale trova cittadinanza nel testo costituzionale belga (art. 143) con la riforma federale del 1993. Considerata da molti una norma di *soft law*, una «*norme de conduite politique ayant une signification pédagogique et socio-psychologique importante*» (così nel corso dei lavori di revisione costituzionale: *Revision du Titre III, Chapitre III bis, de la Constitution en vue d'y ajouter des dispositions relatives à la prévention et au règlement des conflits d'intérêts*, Rapport Benker, Doc. parl., Sénat, s. e. 1991-1992, n° 100- 27/8, p. 11) essa è stata per lungo tempo oggetto di un'applicazione ambigua da parte del giudice costituzionale che ha preferito generalmente ricorrere ad altri principi quali la proporzionalità o in senso più strettamente giuridico alle regole del riparto di competenze. In realtà il concetto di *loyauté fédérale* non si esaurisce affatto nell'assetto di divisione delle competenze centro-periferia dal momento che esso si connette piuttosto alla «*nécessité de rechercher avec constance, au sein de la fédération, un équilibre viable entre l'autonomie des entités fédérées et l'intégrité de la communauté de destins que représente l'ensemble fédérale*» (P. DERMINE, *La loyauté fédérale et la Sixième réforme de l'État - Essai d'interprétation*, in *Administration publique: Revue du droit public et des sciences administratives*, n. 2/2015, p. 211 ss., spec. p. 212. Fra le altre cose, la sesta riforma dello Stato ha inteso superare questa ambiguità inserendo l'art. 143 nel cosiddetto blocco di costituzionalità e riformando la legge speciale in tema di Corte costituzionale (L.S. 6 gennaio 1989). L'obbligo di lealtà federale riveste oggi, dunque, il ruolo di autonomo parametro di costituzionalità cui la Corte è tenuta a riferirsi ogni qualvolta la federazione o le entità federate vengono meno al loro dovere di rispettare e salvaguardare, nell'esercizio delle loro competenze, l'equilibrio del sistema nel suo insieme.

²⁵ Così M.-F. RIGAUX, *La loyauté fédérale ou la polysémie d'une norme*, in *La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, 1996, p. 311ss., spec. 312.

²⁶ Si veda: E. CEREXHE, *La loyauté, concept moral ou juridique*, in *Liber amicorum Henri-D. Bosly*, Bruxelles, 2009, p. 71 ss., spec. p. 75.

²⁷ In questo senso: A.C. RASSON, *Le principe du «vivre ensemble» belge: un épopée constitutionnel. Réflexions autour de la loyauté fédérale et de son intégration dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle*, in *C.D.P.K.*, 1, 2012, p. 25 ss.

²⁸ In questo contesto, invita alla riflessione la ricostruzione proposta da B. DEJEMEPPE, *La loi du 18 juillet 2002 relative à l'emploi des langues en matière judiciaire: un nou-*

Corte quale custode dell'ordine federale e quale garante dell'affidabilità del sistema rispetto alle istanze dei cittadini²⁹.

7. *Separatismo linguistico e belgitude*

È possibile, dunque, affermare che la separazione linguistica e le rigide regole che dominano l'organizzazione del potere giudiziario in Belgio rispondono in prima battuta ad una esigenza istituzionale. Sono espressione del sistema federale belga e non, come sembrerebbe emergere in altre esperienze di *Reflective Judiciary*, manifestazione di una rivendicazione di rappresentazione della propria identità a livello giurisdizionale, al fine di instaurare un buon livello di empatia con il giudice che così, si pretende, meglio potrà comprendere le ragioni delle parti e calarsi nel loro contesto culturale.

In quanto istanza istituzionale, la separazione e l'organizzazione su base linguistica degli organi e uffici giudicanti non costituisce, dunque, che un aspetto della dinamica politica del Paese; non rappresenta che uno fra i tanti componenti che pesano sul piatto, quello che registra il grado di differenziazione e disaggregazione socio-politica del corpo sociale, che sulla bilancia è compensato dalla spinta verso l'unità: una spinta che esiste, nonostante il radicarsi delle forze indipendentiste nel sistema politico belga³⁰,

veau pari pour le bilinguisme des magistrats, in *Journal des tribunaux*, del 25 gennaio 2003, p. 61 ss. Egli sostiene, infatti, che la «*loyauté fédérale passe, dans ce pays par le connaissance et la reconnaissance linguistiques*» (p. 65), con ciò proponendo non solo di puntare, come già accade, su un regime di indefettibile separazione linguistica, ma anche sullo studio e la conoscenza della lingua dell'altro. L'idea sembra trovare rispondenza in un più ampio progetto denominato Plan Marnix, che punta ad un ripensamento del valore sociale della lingua. Attraverso la previsione di un percorso di immersione che preveda l'uso obbligatorio e contestuale nel sistema scolastico del francese, fiammingo e inglese nella regione bilingue della capitale, l'idea è quella di cambiare progressivamente il modo di intendere la lingua, da veicolo di identità a strumento di comunicazione. Cfr. P. VAN PARIJS, *Le multilinguisme n'est pas nocif*, in *Le Soir*, del 27 settembre 2013. Dello stesso autore sul *Plan Marnix*, si vedano, *Alterité et diversité: le défi de l'autre en Europe*, in *France Forum*, n. 53, 2014, p. 27 ss.; *Multilingual Brussels: past, present and future*, in E. CORIJN, J. VAN DER VEN (eds.), Brussels, 2012, p. 269ss.

²⁹ P. POPELIER, *The Belgian Constitutional Court: Guardian of consensus democracy or venue for deliberation?*, in *Liberæ cogitationes liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, 2013, p. 499 ss., spec. p. 503 dove si afferma che la Corte: «*serves as a watchdog over the federal consensus democracy in several ways*».

³⁰ Nelle elezioni federali del 25 maggio 2014 il partito indipendentista fiammingo N-VA

ed è ben rappresentata dal consolidarsi di un patrimonio di caratteri comuni a tutta la popolazione belga, a prescindere dall'appartenenza comunitaria.

È da tempo, effettivamente, che in Belgio si parla di *belgitude* facendo riferimento all'emergere di un'identità comune che si è costruita in contrapposizione alla storica divisione fra fiamminghi e francofoni e che evidenzia alcuni tratti comuni fra le due comunità.

L'espressione, coniata da Claude Javeau nel 1976 per la prima volta³¹, ha contribuito negli ultimi anni ad evidenziare una certa omogeneizzazione del Paese anche sul piano dei valori, delle aspettative, degli usi coltivati dai cittadini belgi - a prescindere dalla loro affiliazione linguistica - testimoniata da alcuni sondaggi svolti negli ultimi anni e dai quali risulta che, al di là di alcune evidenti differenze fra le due grandi regioni del Paese, «*c'est leur proximité qui frappe. Ainsi en matière religieuse, la différence autrefois sensible entre le deux a presque complètement disparu. On ne note que très peu de différence entre elles en ce qui concerne la libre disposition du corps et de la permissivité sociale, si ce n'est que le néerlandophones se montrent quelque peu plus tolérant à l'égard des nouvelles formes de vie communes*»³².

E di *belgitude jurisdictionnelle* si giunge a parlare proprio anche in ambito giurisdizionale³³, riferendosi all'azione della Corte costituzionale, a riprova della sua attività in termini di coesione del sistema, di neutralizzazione del conflitto, in funzione unificante, talmente forte da rappresentare un ostacolo per le prospettive di "evaporazione" del Belgio accarezzate dagli indipendentisti fiamminghi³⁴. Forse anche per questo, essi non hanno esitato, con alcuni attacchi diretti, a tentare di minare la credibilità di cui gode la Corte nell'opinione pubblica del Paese, nonché la sua reputazione di organo *super partes*, sollevando polemiche circa la sua

ha ottenuto il 20,3% dei voti confermandosi il primo partito del Paese. Nelle Fiandre, per il rinnovo degli organi comunitari e regionali, ha raccolto circa il 33% dei consensi.

³¹ Si rimanda al contributo di C. JAVEAU, *Y a-t-il une belgitude?*, destinato al dossier "L'autre Belgique", diretto, per la Rivista *Nouvelles Littéraires*, 1976, da Paul Martens.

³² L. VOYÉ, *Les Belges et leurs valeurs*, in *Outre-terre*, n. 40/2014, p. 191 ss., spec. 205.

³³ Ancora P. Maddens nell'intervista pubblicata per *LeLibre.be*, del 5 ottobre 2010.

³⁴ Per sostenere le proprie rivendicazioni, gli indipendentisti fiamminghi, negli ultimi tempi, hanno preferito utilizzare espressioni decisamente «estrane» al linguaggio giuridico, ma non per questo meno evocative. Si è parlato così di "evaporazione" dello Stato belga, richiamando plasticamente l'idea che l'indipendenza delle Fiandre non sarà ottenuta mediante un atto violento o repentino di separazione dal resto del regno, quanto piuttosto al termine di un percorso, la cui durata non può essere definita a priori, caratterizzato dal progressivo svuotamento delle prerogative della federazione in favore degli enti federati, sino al completo dissolvimento del livello statale» (917): mi sono occupata della questione nel mio *Evaporazione vs solidificazione: la sfida belga*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2014, p. 909 ss..

eccessiva politicizzazione, provocatoriamente ed assai poco coerentemente. Polemiche rivolte, in ultima istanza, a favorire la nomina alla Corte di giudici di orientamento independentista, trasformando i criteri linguistici di composizione dell'organo da criteri di natura istituzionale a dati di connotazione nazionalista, per ciò stesso caratterizzati da un forte trasporto anche emotivo³⁵. L'intento, allo stato attuale sostanzialmente fallimentare, parrebbe quello di colpire l'unità del Paese, colpendo una delle istituzioni che più di altre hanno saputo mantenere un atteggiamento estraneo alla tensione nazionalista pur facendo propria la filosofia del separatismo linguistico belga.

8. Oltre il separatismo linguistico: quando la comunicazione si interrompe

Da diverso tempo il discorso secessionista fiammingo sembra aver adottato un linguaggio del tutto peculiare per farsi strada nell'agenda politica belga. Un linguaggio in linea con quella che è la dinamica istituzionale del Paese, modellata sui caratteri del federalismo disaggregativo³⁶, che è animato incessantemente da spinte centrifughe con la progressiva allocazione delle competenze presso gli enti federati ed il conseguente svuotamento della funzione legislativa federale.

In questa prospettiva raramente gli independentisti parlano di separazione delle Fiandre dal resto del Belgio. L'ipotesi secessionista, in questi termini, non sembra apparire più neppure all'interno del programma elettorale della Nuova alleanza fiamminga, forse nella consapevolezza, qualora effettivamente realizzata, essa potrebbe produrre effetti devastanti sul Paese, determinandone la sostanziale dissoluzione.

Gli independentisti fiamminghi sembrerebbero puntare, piuttosto, verso un assetto confederativo del sistema. Un assetto in cui all'interno di un medesimo Stato possano convivere più realtà istituzionali sostanzialmente autonome fra loro, seppur legate ad un medesimo progetto costituzionale: nulla a che vedere con la storica esperienza confederale di Stati Uniti,

³⁵ A titolo d'esempio si rimanda alle osservazioni di B. MADDENS, *Hetmachtigste parlement van België*, comparse in De Redactie.be dell'8 giugno 2015, cui non è mancata la secca e immediata risposta di alcuni giuristi, anche fiamminghi: P. POPELIER, J. DE JAEGERE, *Het Grondwettelijk Hof: Belgische restauratie noch Vlaamsvoorrechterschap*, in *De juristenkranten actuele kijk op het recht*, del 24 giugno 2015.

³⁶ Sia consentito il rinvio a A. MASTROMARINO, *Federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Milano, 2010.

Germania o Svizzera...piuttosto l'estrema evoluzione del progetto disaggregativo fatto proprio dal Belgio nel 1994, capace, evitando scontri intestini, laceranti per il sistema (come mostrano da ultimo le vicende spagnole), di adattarsi ai cambiamenti del corpo sociale e politico³⁷.

Il sistema giudiziario non sembra sfuggire a questa tendenza centrifuga: anzi diviene esso stesso un caso di studio per analizzare il fenomeno e per sottolineare alcuni rischi che se non evitati potrebbero, al contrario, minare in profondità il progetto (con)federale del Belgio.

È stato ricordato che quella giudiziaria è una competenza esclusiva statale. Significa che compete *a priori* alla federazione disciplinare l'organizzazione del sistema giudiziario, il reclutamento del suo personale, le regole del suo funzionamento.

D'altra parte, è stato ricordato anche che organizzazione, reclutamento e funzionamento, rispondendo ad un'esigenza di pacificazione ed equilibrio che è propria delle istituzioni federali nel loro complesso, sono stati pensati al fine di assicurare il rispetto di un principio cardine dell'ordinamento belga, il separatismo linguistico, con ciò adattando la funzione giurisdizionale ad un dato pregiuridico, geopolitico, se vogliamo, ovvero la esistenza in Belgio di due comunità etnico-linguistiche separate e territorialmente radicate.

Quello che ancora resta da sottolineare sono gli effetti che quella preferenza, via via accordata alla potestà legislativa delle entità federate rispetto alla federazione, favorendo un flusso centrifugo, finisce con il produrre sull'assetto del sistema giudiziario sinora descritto, nonché, in un'ottica di medio-lungo periodo, gli effetti che potrà generare rispetto a quel bilanciamento tra fattori istituzionali e fattori identitari, di cui abbiamo dato conto nei precedenti paragrafi, che anima il sistema giudiziario e che ancora oggi vede una prevalenza dei primi sui secondi, anche grazie ad un netto rifiuto della Corte ad accogliere qualsivoglia deriva di *communitarisme juridictionnel*.

Basterà a tal fine richiamare due fenomeni.

In primo luogo la vicenda relativa alla creazione per mano delle medesime entità federate di nuove giurisdizioni, seppure a competenza decisamente specializzata.

Se è vero che il sistema belga si fonda su un rigido riparto di attribuzione delle competenze fra centro e periferia senza lasciare spazio alla potestà concorrente, è pur vero che il ricorso alla cosiddetta teoria delle competenze implicite ha permesso più di una volta alle collettività

³⁷ Ancora A. MASTROMARINO, *Evaporazione vs solidificazione: la sfida belga*, cit., p. 923 ss.

territoriali di intervenire nella competenza dello Stato federale, nei limiti del loro territorio, qualora ciò fosse necessario per assicurare l'esercizio di una competenza ad essa costituzionalmente attribuita³⁸.

Orbene, non solo le entità federate hanno spesso fatto ricorso alla teoria dei limiti impliciti in ambito giudiziario, ma la stessa Corte ne ha avallato l'applicazione. Ed è possibile registrare un certo consolidamento della pratica, nonché l'aumento dell'incidenza delle interferenze nel tempo: nel 2001, con sentenza n. 19, la Corte costituzionale dichiara costituzionalmente legittime le deroghe, seppur limitate, approvate dalla Comunità fiamminga al Codice giudiziario belga in tema di Corte d'Appello; nel 2003, con la pronuncia n. 49, il giudice costituzionale considera legittima la creazione in territorio vallone di una commissione di appello, incaricata di sindacare i ricorsi avverso le decisioni dell'amministrazione vallona in tema di aiuto alle persone disabili; successivamente con la sentenza 8/2011 la Corte giunge a riconoscere legittima la decisione della Regione fiamminga di creare una giurisdizione amministrativa specializzata nel diritto urbanistico. Le conseguenze pratiche della sentenza sono notevoli, laddove si presti attenzione al fatto che prima dell'adozione del decreto fiammingo in tema di giurisdizione urbanistica, il Consiglio di Stato stesso era chiamato a pronunciarsi in prima istanza e che ora, delineandosi un quadro di *Judicial Federalism*, va marcandosi una evidente differenza nell'organizzazione della giustizia amministrativa fiamminga rispetto a quella vallona e della Regione di Bruxelles-Capitale, dove il Consiglio di Stato continua ad essere giudice di unica istanza.

Un secondo ordine di considerazioni pare poter ancora meglio rappresentare il progressivo marcarsi di un solco fra le due comunità anche dal punto di vista dell'organizzazione giurisdizionale, al di là dell'attribuzione di una competenza esclusiva in capo alla federazione e ben oltre l'applicazione in termini di strumento meramente istituzionale del principio della separazione linguistica.

Il riferimento è all'uso della traduzione degli atti e pronunce giudiziari e alle immediate ricadute sulla formazione o meno di una giurisprudenza unitaria.

Il separatismo linguistico vigente in Belgio impone il monolinguismo procedurale e non prevede la traduzione degli atti, neppure delle decisioni.

Questo stato dei fatti avrebbe potuto in potenza dare origine a due diversi scenari: un sistema giudiziario in cui vige una sorta di

³⁸ A questo requisito se ne aggiungono altri due che rendono legittimo il ricorso alle competenze implicite: che l'intervento legislativo non determini effetti definitivi e gravi sulla competenza della federazione e che la materia di cui si tratta si presti ad una regolazione differenziata.

autoreferenzialità comunitaria, in cui cioè, in assenza di traduzione e di conoscenza della lingua dell'altro, quelle caratteristiche in termini di cultura giuridica che abbiamo detto essere proprie dell'uno o dell'altro gruppo linguistico vanno evidenziandosi acuendo le distanze anche sul piano della pratica interpretativa, essendo venuta a mancare la possibilità di scambio; oppure, una seconda ipotesi, in cui il desiderio e la necessità funzionale di confrontarsi con l'altro, che opera nel mio medesimo ordinamento, determina un circuito virtuoso che spinge gli operatori del diritto a conoscere la giurisprudenza della comunità cui pure non appartengono, imparando la lingua o servendosi di traduzioni.

La realtà come sempre accade, ha dato prova di sé, mostrandosi inevitabilmente un po' più complicata della teoria. In Belgio pertanto si registrano elementi dell'uno e dell'altro scenario a seconda della materia. Esistono, infatti, settori del diritto, come quello amministrativo, particolarmente legato al territorio, l'abbiamo detto, dove il ricorso alla traduzione è sempre più raro e la giurisprudenza sempre più "comunitaria". Ciò perché, il diritto amministrativo, pur conoscendo una competenza che concerne i principi generali in capo alla federazione, è oramai un settore per lo più attribuito alla competenza degli enti federati. Ciò incide profondamente sull'effettivo interesse dei giudici amministrativi a conoscere la giurisprudenza dell'altra comunità linguistica: un interesse minimo, perché minima la possibilità di incappare nell'applicazione del diritto altrui, assimilato nei fatti a quello di un paese straniero.

E se non c'è interesse, non c'è mercato: dunque vengono meno le traduzioni dei privati, ma anche quelle ufficiali (è noto il peso delle traduzioni sulle voci della spesa pubblica!), sino al punto che lo stesso Consiglio di Stato finisce con il pubblicare (salvo eccezioni) le sue sentenze solo nella lingua in cui la causa è stata discussa.

Quanto detto sarebbe confermato *a contrario* dall'esperienza della Corte di Cassazione, le cui decisioni, viceversa, sono tradotte e trovano diffusione in tutto il Paese, in virtù del peso che ancora rivestono su tutto il territorio nazionale, contribuendo a consolidare una giurisprudenza comune rispetto alle due comunità.

Dalle riflessioni svolte sembrerebbe, dunque emergere un rischio, affatto trascurabile: il principio del separatismo linguistico roccaforte della pacificazione comunitaria, pensato, anche in ambito giudiziario, per favorire la convivenza linguistica in un medesimo assetto costituzionale, potrebbe in ultima istanza convertirsi in fattore di disunione, contribuendo, soprattutto se letto in combinato disposto con le regole che disciplinano

la divisione delle competenze fra centro e periferia, a determinare un cortocircuito istituzionale e accelerando il processo di allontanamento delle due comunità.

Il rischio è che la separazione degeneri in incomunicabilità e che la incomunicabilità inneschi un processo non già di mero comunitarismo giudiziario, quanto piuttosto di nazionalizzazione degli organi della giustizia, anche costituzionale, come abbiamo ricordato poc'anzi.

D'altra parte, nessun processo in Belgio è mai meramente unidirezionale. Alla spinta verso la separazione corrisponde periodicamente una contropinta alla unità. A volte latente, ma mai assente.

Si potrebbe ipotizzare che accanto alla conferma del regime di netto separatismo oggi vigente, vada facendosi strada l'idea e consolidandosi la convinzione della necessità pratica, prima che ideologica, di conoscere la lingua dell'altro, di colui che con me condivide un progetto costituzionale che pure se spesso sottoposto a manutenzione, non sembra essere revocato in dubbio. Ciò nella convinzione che «*apprendre la langue de l'autre ce n'est pas trahir sa communauté*»³⁹. Piuttosto significa attivare strategie di interculturalismo, di comunicazione, forse cominciando proprio dal sistema giudiziario, immaginando un percorso di formazione comune per coloro che operano nel diritto, che non vada a sostituire quello oggi previsto, linguisticamente connotato, ma che si inserisca in un momento successivo, al fine di creare una piattaforma comune tanto sul piano dell'interpretazione dei testi a partire dalla lettera della disposizione, quanto sul piano della cultura giuridica che influenza, in quanto fattore precognitivo, l'atto stesso dell'interpretare⁴⁰.

Come sempre trattando del Belgio, le conclusioni con possono che essere "inconcluse". O per meglio dire sospese in attesa di una nuova evoluzione del sistema, che di solito, in un senso o nell'altro, non si fa aspettare molto.

³⁹ Così P. VAN PARIJS, *Le multilinguisme n'est pas nocif*, in *Le Soir*, del 27 settembre 2013.

⁴⁰ Sul valore del plurilinguismo quale principio ispiratore del costituzionalismo contemporaneo si veda A. MASTROMARINO, *Promozione e tutela dei diritti linguistici. Il difficile cammino del legislatore nello Stato plurale*, in *Rev. Fac. Direito Sao Bernardo do Campo*, V.1, n. 21/ 2015, p. 1 ss.

Abstract

Belgium's institutional, legal, sociological and cultural context reflects a fracture that tangibly splits the country in two, with every decision concerning the country's organisation responding to the need to preserve the existence of the two major linguistic communities: Flemish and French. The aim of this paper is to assess whether, as regards the judiciary, the typically Belgian linguistic division does not reflect a simple issue of representation of different National groups within Institutions, or whether this division reflects a general ideological approach strongly embedded in the federal structure: regardless of their impact, whether demographic, political or economic, the Flemish and Francophone communities must be balanced. All state powers, including the judiciary, must engage in maintaining this difficult balance. We seek to demonstrate this argument

Luigi Fumagalli*

La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche

SOMMARIO: 1. L'ordinamento sportivo internazionale: elaborazioni concettuali e dati acquisiti – 2. La necessaria derivazione internazionale delle regole dello sport e l'autonomia organizzativa dei relativi procedimenti di giustizia – 3. Il Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) – 3.1 (*segue*): la natura delle pronunce TAS – 3.2 (*segue*): l'identificazione delle regole applicabili al merito della controversia – 3.3 (*segue*): l'efficacia delle pronunce quale elemento di chiusura – 4. Valutazione conclusiva.

1. *L'ordinamento sportivo internazionale: elaborazioni concettuali e dati acquisiti*

Il quesito intorno alla concorrenza o alla complementarità tra giustizia pubblica e giustizia privata (“*Public Justice / Private Justice. Competition or Complementarity?*”) presenta un interesse del tutto particolare, e si presta a significativi svolgimenti, se, per offrire una risposta ad esso, si affrontano i temi legati alla organizzazione dello sport, quale fenomeno giuridico del tutto particolare, che appare per definizione svolgersi (in maniera uniforme) al di là dei limiti segnati dagli ordinamenti degli Stati. Tale tema presenta poi un interesse accentuato per l'internazionalista, abituato a confrontarsi con l'esistenza di un fenomeno giuridico che si pone in una propria sfera e risponde a regole proprie, anche nei rapporti tra “funzione giurisdizionale” e “funzione legislativa”¹ e dunque in relazione alla pluralità di funzioni che

* Professore ordinario di diritto internazionale nell'Università degli Studi di Milano.

¹ Sul tema mi sia consentito il rinvio ai miei brevi svolgimenti in *L'incidenza sul diritto sostanziale della funzione giudiziaria nell'ordinamento internazionale*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 13 ss. Soprattutto, però, cfr. G. BARILE, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, in *Comunicazioni e Studi*, 1953, vol. V, p. 141 ss.; e P. ZICCARDI, *La consuetudine internazionale nella teoria*

l'esercizio della giurisdizione può coinvolgere; ma mi pare significativo anche per il comparatista, in quanto offre il campo per l'analisi di un fenomeno organizzativo sviluppatosi con caratteristiche peculiari.

Una risposta a siffatto quesito lambisce infatti uno dei temi che più affascina, ma anche affatica, il giurista che esamina il fenomeno della disciplina giuridica dello sport, ricercando in una dimensione teorica il fondamento che ne legittimi l'esistenza e ne giustifichi la forza vincolante: ossia la verifica della possibilità di identificare un "ordinamento giuridico dello sport" e di definirne le caratteristiche, soprattutto in riferimento ai rapporti con l'ordinamento giuridico dello Stato². E dunque in tale ricerca si è esplorata la possibilità di costruire un ordinamento giuridico dello sport quale originario, ossia poggiato su elementi di legittimazione dallo stesso posti, per giungere alla conclusione che la conferma, ovvero, sul lato opposto, alla valutazione che la nega. In una prospettiva "negatoria", infatti, potrebbe ritenersi che il sistema giuridico dello sport esista solo in quanto l'ordinamento dello Stato lo consente, riconoscendo in capo agli enti sportivi, soggetti (anche) di "diritto interno", un potere regolatorio e di garanzia (di apparenza "giurisdizionale"), se del caso di fondamento contrattuale, nei confronti dei soggetti associati dell'osservanza delle regole associative, ma allo stesso tempo riservando agli organi dello Stato la "parola finale" sull'attività degli stessi enti sportivi, in quanto incidente su "ordinarie" posizioni giuridiche soggettive.

Il tema dei rapporti tra ordinamento giuridico dello Stato e sistemi normativi che si pretendono (o assumono) autonomi rispetto ad esso non è invero né nuovo né peculiare solo della discussione relativa al sistema dello sport. Tale dibattito si è svolto, ad esempio, e a conferma del particolare interesse del tema per l'internazionalista, in relazione ai rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, per arrivare ad una loro (più o meno

delle fonti giuridiche, in *Comunicazioni e Studi*, 1960, vol. X, p. 187 ss.

² I contributi dottrinali sul tema sono innumerevoli e non è possibile, nel quadro del contributo a un dibattito in occasione di una tavola rotonda, darne conto in maniera esaustiva. Si vedano, per limitarsi ad alcune opere nella dottrina italiana: I. MARANI TORO, A. MARANI TORO, *Gli ordinamenti sportivi*, Milano, 1977, p. 389 ss.; M. TORTORA, C.G. IZZO, L. GHIA, G. GUARINO, C. DANESE, U. NUCCI, G. NACCARATO, D. CASOLINO, F. NOVARINA, *Diritto sportivo*, Torino, 1998, p. 2 ss.; R. CAPRIOLI, *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Napoli, 1997; L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999; M. COCCIA, A. DE SILVESTRI, O. FORLENZA, L. FUMAGALLI, L. MUSUMARRA, L. SELLI, *Diritto dello sport*, 2^a ed., Firenze, 2008, p. 1 ss.; L. COLANTUONI, *Diritto sportivo*, Torino, 2009; M. MANCINI, *Attività sportive "ufficiali", intervento pubblico e sussidiarietà*, Padova, 2012, p. 10 ss. In una prospettiva più ampia cfr. L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010.

definitiva) sistemazione in termini dualisti: il diritto internazionale esiste quale sistema di regole originarie, vigenti in una propria sfera, derivate da proprie fonti e garantite da propri strumenti, e non quale “diritto pubblico esterno” allo Stato³. Tale dibattito si svolge, poi, attraverso innumerevoli scritti e contributi dottrinali, anche in riferimento ad altri aspetti della “vita giuridica internazionale” (o di frammenti di essa): si pensi al dibattito circa la possibilità di definire l’esistenza e il carattere vincolante di una *lex mercatoria*⁴ o di regole oggettive del commercio internazionale⁵, o (addirittura) di un “ordinamento giuridico dell’arbitrato commerciale internazionale”⁶. In definitiva, la ricerca di una (auto)definizione in termini di originarietà appare espressione di un’aspirazione a una patente di nobiltà del sistema, in quanto non traente la propria legittimazione da sistemi ad esso estranei.

Se i termini di tale dibattito non possono essere qui ripresi, opportuno peraltro appare da essi trarre due elementi che mi sembrano “acquisiti” e rilevano ai fini della risposta al quesito di partenza.

In primo luogo, può sottolinearsi che la ricerca di un’effettività nei confronti di propri soggetti attraverso i meccanismi di giustizia offerti dagli ordinamenti interni non è, di per sé, incompatibile con la riconducibilità delle regole così garantite ad un sistema ricostruibile come ordinamento giuridico originario: ciò avviene, ad esempio, per il diritto internazionale, in riferimento al quale si è correttamente rilevato che molte delle norme da esso poste (si pensi a quelle sulle immunità o a quelle sulla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali) sono destinate ad essere applicate non solo nel foro internazionale, ma anche di fronte ai giudici degli Stati⁷. Ed è indubitabile che gli Stati, soggetti primari di diritto internazionale, possano, nella loro sfera, essere allo stesso tempo soggetti di diritto interno.

In secondo luogo, poi, deve rilevarsi, in termini più generali, che il dibattito circa la identificabilità di ordinamenti giuridici diversi da quelli dello Stato sconta un “pregiudizio” insito nella stessa nozione di “ordinamento giuridico”. Infatti, l’ordinamento giuridico dello Stato viene assunto a paradigma della nozione stessa di ordinamento giuridico, con

³ Cfr. P. ZICCARDI, *Ordinamento giuridico (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 766 ss.

⁴ Cfr. B. GOLDMAN, *Lex mercatoria*, Deventer, 1984; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale*, Padova, 2003; S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994.

⁵ M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1976.

⁶ Cfr. E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, The Hague, 2008, p. 60 ss.

⁷ Per tutti, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2015, 10^a ed., p. 8 s.

la conseguenza che ogni assieme normativo che presenta caratteristiche diversa da quelle dello Stato si vede negata la qualificazione di “ordinamento giuridico”, laddove invece quella statale è solo una possibile declinazione di tale fenomeno. Pertanto, non può negarsi la possibilità che modalità organizzative dei rapporti umani, esistenti al di là della volontà di disciplina espressa dagli Stati della società da essi governata, siano riferibili ad ordinamenti giuridici diversi da quello statale, nei quali (tra l'altro) la contrapposizione tra giustizia pubblica e giustizia privata perde significato ⁸.

Non resta dunque che prendere atto di una possibile duplicità di prospettive (e dunque di valutazioni): la sussistenza di regole interne applicabili ai rapporti giuridici sportivi non esclude che essi possano svolgersi anche al di fuori degli ordinamenti interni, ed in particolare nel quadro di fenomeni organizzativi diversi, dotati di propria originarietà. Ma allo stesso tempo sottolineare come le visioni indipendenti possano essere tra loro coordinate.

2. La necessaria derivazione internazionale delle regole dello sport e l'autonomia organizzativa dei relativi procedimenti di giustizia

Proprio in relazione a tale ultimo aspetto, e posto, senza pretese di particolare approfondimento teorico, quanto precede, è opportuno sottolineare come il fenomeno sportivo sia, per propria natura, idoneo a svolgersi in ambienti sociali non separatamente riconducibili a quelli dei diversi ordinamenti statali. In altre parole, lo sport si organizza attraverso regole destinate ad applicarsi “senza frontiere”: il gioco del calcio, ad esempio, è identico ovunque praticato; ed anzi il successo (anche commerciale) di uno sport si misura sul grado di sua diffusione internazionale, che per definizione deve essere uniforme. Lo stesso deve dirsi, si noti, anche in riferimento a regole “trasversali” ai vari sport, che richiedono una applicazione uniforme da parte di tutti gli enti di governo: si pensi alle regole sul contrasto al doping, fondate sul Codice Mondiale Antidoping, applicabile (necessariamente in modo uniforme) nei “sistemi” dei vari enti sportivi che lo hanno adottato ⁹. D'altra parte, la derivazione

⁸ Cfr. N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, per un'accurata ricostruzione, anche in chiave storica, dei rapporti tra giurisdizione ed apparato statale.

⁹ Ulteriori indicazioni sul Codice Mondiale Antidoping possono essere tratte dal sito Internet della Agenzia Mondiale Antidoping (World Anti-Doping Agency: WADA): www.wada-ama.org.

delle regole “domestiche” (in quanto governate da enti a dimensione nazionale) da un più ampio sistema è riconosciuto dalla stessa legge italiana: il d.l. 19 agosto 2003 n. 220, convertito in l. 17 ottobre 2003 n. 280, indica espressamente, infatti, che la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale “quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale”, e a siffatta autonomia è ricollegata la riserva in capo all'ordinamento sportivo della disciplina delle questioni aventi ad oggetto l'osservanza e l'applicazione delle norme di quell'ordinamento al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive, i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione e l'applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive.

Dunque, la stessa legge italiana riconosce che il fenomeno dello sport postula per definizione la riferibilità a regole adottate, amministrate e garantite da strumenti propri. E tale autonomia organizzativa si manifesta (come espressamente riconosciuto) anche sul piano dei procedimenti (in senso lato) di giustizia, ossia dei procedimenti volti ad assicurare l'osservanza da parte dei consociati delle norme vigenti nel sistema sportivo.

Siffatto rilievo, peraltro, deve essere meglio precisato, per non rimanere confinato sul piano della genericità. Sul punto, infatti, una fondamentale distinzione deve essere introdotta tra le diverse forme attraverso le quali siffatta funzione è organizzata e svolta: se complessivamente i meccanismi di giustizia partecipano di una funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo, essi possono essere riferibili ad organi interni all'ente, oppure essere esterni ad essi ¹⁰.

Al primo gruppo possono essere ricondotti i procedimenti di fronte agli organi disciplinari “interni”, istituiti dagli stessi enti sportivi nell'esercizio della propria autonomia: questa infatti non comporta solo il potere di adottare regole di comportamento, ma anche di dotarsi di procedimenti per attuarle, adottando misure disciplinari, sulla base di un giudizio strutturato in forma “contenziosa”. L'esito di siffatti giudizi esprime poi la volontà disciplinare dell'ente nei confronti dell'associato: partecipano dunque, dal punto di vista sostanziale, della amministrazione della vita dell'ente.

Al secondo gruppo invece, appartengono i meccanismi arbitrali, volti a garantire, nei confronti degli enti sportivi, il rispetto delle regole da essi poste, con efficacia anche “esterna” al sistema da essi governato ed in particolare nell'ordinamento dello Stato. In effetti, in forza della già ricordata duplicità di prospettive, le decisioni degli organi disciplinari (ossia

¹⁰ Anche su questo punto mi sia consentito il rinvio a quanto esposto nel mio *La risoluzione delle controversie sportive. Metodi giurisdizionali, arbitrali ed alternativi di composizione*, in *Riv. dir. sport.*, 1999, p. 245 ss.

le decisioni rese all'esito dei procedimenti del primo tipo), oltre a qualificarsi nella vita interna dell'ente come decisioni di giustizia, si presentano all'esterno di esso come provvedimenti idonei ad incidere sui "beni della vita" (quale il diritto di praticare uno sport) tutelati anche nell'ordinamento dello Stato, resi da enti che pure "godono" di un riconoscimento normativo nel sistema dello Stato (principalmente come associazioni di diritto privato, ma talvolta anche come enti pubblici). E dunque si pone la necessità di garantire il rispetto delle regole che ne definiscono condizione e svolgimento attraverso meccanismi di giustizia incardinati nel sistema sportivo ma idonei a produrre risultati efficaci anche per il sistema interno dello Stato: a tal fine, dunque, sono istituiti meccanismi arbitrali, riconosciuti negli ordinamenti degli Stati dal loro punto di vista come idonei a garantire le posizioni giuridiche da questi definite, ed allo stesso tempo assicurare, ai fini propri dell'ordinamento sportivo, la corretta applicazione delle regole. In altre parole, lo strumento (arbitrale) di giustizia (privata) istituito nel sistema dello Stato consente di svolgere funzioni di tutela efficaci allo stesso tempo sia nell'ordinamento interno che nell'ordinamento sportivo.

3. *Il Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS)*

Il più importante (ma non l'unico: si vedano i meccanismi arbitrali riferibili alle competizioni di *America's Cup* di vela, oppure al *Basketball Arbitration Tribunal*)¹¹ di siffatti meccanismi è quello costituito dal Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS), assai conosciuta istituzione con sede in Losanna, Svizzera, chiamata ad amministrare procedimenti arbitrali per la soluzione di controversie relative allo sport.

Di siffatta istituzione sono note le caratteristiche: dunque, inopportuno appare esporre nuovamente le modalità attraverso le quali essa si organizza e con le quali svolge la funzione ad essa affidata¹². Opportune sono solo alcune sintetiche osservazioni intese a sottolinearne il ruolo dei procedimenti svolti

¹¹ H. PETER, *The America's Cup Arbitration Panel*, in *Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage*, 2003, p. 249 ss.; E. HASLER, *The Basketball Arbitral Tribunal – An Overview of Its Process and Decisions*, in *Yearbook of International Sports Arbitration*, 2015, p. 111 ss.

¹² Anche sul TAS la letteratura scientifica è imponente. Cfr. in Italia A. MERONE, *Il Tribunale Arbitrale dello Sport*, Torino, 2009. Essenziale, per un'illustrazione dei meccanismi arbitrali TAS, è il lavoro di D. MAVROMATI, M. REEB, *The Code of the Court of Arbitration for Sport. Commentary, Cases and Materials*, The Hague, 2015; ma anche A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Basel, 2005.

secondo le sue regole nel quadro della complessiva funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo (soprattutto nella sua dimensione internazionale). Tali osservazioni possono essere limitate alla questione della natura delle pronunce, al rilievo dell'attività del TAS per la elaborazione delle regole del sistema sportivo e alla garanzia da esso offerta di chiusura del sistema. Sulla base di ciò potrà essere poi tratta una telegrafica conclusione in relazione al quesito dal quale si è partiti.

3.1 (segue): *la natura delle pronunce TAS*

Il primo punto attiene alla natura delle sue decisioni. La natura arbitrale delle pronunce rese dai collegi arbitrali (con sede in Svizzera) operanti nel sistema TAS pareva definitivamente risolta in senso positivo per effetto delle decisioni del Tribunale federale svizzero¹³ nei casi *Gundel* (sentenza del 15 marzo 1983) e *Lazutina e Danilova* (sentenza del 27 maggio 2003)¹⁴, ma era stata revocata in dubbio nel caso *Pechstein* esaminato dalle corti tedesche (LG Monaco, 6 febbraio 2014, e OLG Monaco, 15 gennaio 2015)¹⁵, per essere (credo definitivamente)¹⁶ confermata con la sentenza del *Bundesgerichtshof* (BGH) in data 7 giugno 2016¹⁷. In questa, infatti, si è ancora una volta riconosciuto che il TAS è sufficientemente indipendente e neutrale rispetto alle parti (e dunque non è strutturalmente sbilanciato a favore degli enti sportivi in danno degli atleti), e allo stesso tempo confermata la legittimità della clausola arbitrale che ne istituisce la giurisdizione (ancorché “imposta” dagli enti che governano la pratica sportiva, quale condizione di

¹³ In quanto svizzero (e in quanto lodo), la pronuncia TAS può essere impugnata secondo le disposizioni del diritto svizzero. In particolare, laddove l'arbitrato TAS possa essere considerato “internazionale” ai sensi della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato (la LDIP), il lodo può essere impugnato di fronte al Tribunale federale svizzero per uno (o più) dei motivi tassativamente enumerati dall'art. 190 comma 2 LDIP. Ed è evidente, in tale quadro, che la questione della natura arbitrale (prima che internazionale) della pronuncia TAS si è posta (nel caso *Gundel*) ed è stata valutata per giudicare la “ricevibilità” del ricorso, ammesso solo avverso vere e proprie pronunce arbitrali.

¹⁴ Pubblicate in DTF 119 II 271 e DTF 129 III 445.

¹⁵ Rispettivamente in *SchiedsVZ*, 2014, p. 100 ss., e *SchiedsVZ*, 2015, p. 40 ss.

¹⁶ Risulta infatti ancora pendente un giudizio avviato dall'atleta contro la Confederazione elvetica di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo (ric. 67474/10), nonché un procedimento presso la Corte Costituzionale tedesca. Una qualche cautela è dunque opportuna.

¹⁷ In *SchiedsVZ*, 2016, p. 218 ss. U. HAAS, *The German Federal Court on Treacherous Ice – A final point in the Pechstein case*, in C. MÜLLER, S. BESSON, A. RIGOZZI, *New Developments in International Commercial Arbitration*, Zürich, 2016, p. 219 ss.

partecipazione alle competizioni da essi organizzate).

Ne risulta, dunque, un pieno riconoscimento delle decisioni rese da collegi TAS come suscettibili di essere assunte negli ordinamenti interni, in cui possano esplicitare la loro efficacia quale “equivalente” dei mezzi giurisdizionali ordinari di risoluzione delle controversie: la conferma della natura arbitrale apre infatti la via alla loro circolazione internazionale, sotto riserva della verifica della rispondenza di ciascun lodo ai requisiti stabiliti dalle norme applicabili in materia e soprattutto dalla convenzione di New York del 10 giugno 1958 per il riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, applicabile anche ai lodi emessi da istituzioni arbitrali permanenti alle quali le parti si siano volontariamente sottoposte.

Ne consegue un dato essenziale, che merita di essere sottolineato. Il meccanismo TAS si presenta come strumento nato nel sistema sportivo, che allo stesso luogo svolge una duplice funzione: esso infatti garantisce il rispetto delle regole vigenti nei rapporti tra i partecipanti al fenomeno sportivo sia con efficacia per l’ordinamento dello sport che per l’ordinamento generale dello Stato, ponendosi come alternativa, efficace in esso, rispetto alla giustizia “pubblica” dello stesso, il cui intervento viene dunque escluso.

3.2 (segue): *l’identificazione delle regole applicabili al merito della controversia*

Il pieno incardinamento del meccanismo TAS nel sistema dell’ordinamento sportivo internazionale si manifesta anche in relazione alle norme sostanziali la cui applicazione il TAS contribuisce a garantire. Tale considerazione si combina poi con la considerazione del tipo di controversie sottoposte al giudizio TAS e al rilievo dell’attività del TAS per la elaborazione delle regole del sistema sportivo, e ciò in forza delle enucleazioni di principi a questo riferibili.

Infatti, quanto al tipo di controversie deducibili in un arbitrato TAS, deve sottolinearsene la particolare ampiezza.

Da un lato, nella forma ordinaria di arbitrato, si offre, unendosi i caratteri procedurali a quelli sostanziali dell’arbitrato, un vero metodo di soluzione di controversie, in senso lato ricollegabili al fenomeno sportivo, di carattere economico, e comunque relative a diritti disponibili equivalente e sostitutivo di quello offerto dalle ordinarie giurisdizioni nazionali. Pertanto, in arbitrato TAS potranno essere dedotte controversie di carattere “privato” e di natura contrattuale (quali, ad esempio, relative al lavoro sportivo, alla sponsorizzazione, al *merchandising*, all’organizzazione di eventi). dall’altro lato si rende possibile anche la risoluzione, attraverso una procedura arbitrale

d'appello, di controversie, ivi comprese quelle collegate all'uso di sostanze proibite (*doping*) o relative alla *governance* degli enti sportivi (rispetto delle regole etiche, correttezza dei procedimenti elettorali, ecc.), relative a decisioni di tribunali disciplinari di federazioni, associazioni o organismi sportivi, nella misura in cui siffatto potere sia previsto dagli statuti di tali organismi o da uno specifico accordo. Si realizza così un procedimento di natura arbitrale per la soluzione di controversie tradizionalmente oggetto dei procedimenti di giustizia sportiva privi del carattere arbitrale, quale meccanismo di revisione esterna (con efficacia per l'ordinamento giuridico generale) degli stessi. Ponendosi come alternativa, riconosciuta dal diritto dello Stato, all'esercizio della giurisdizione statale, dunque, il sistema TAS consente, per una serie assai ampia di controversie, la loro soluzione all'interno del sistema sportivo, ma con effetti anche esterni ad esso.

La disciplina relativa all'individuazione del diritto applicabile al merito della controversia è invero oggetto di due norme distinte, poste in relazione alle diverse procedure arbitrali (ordinarie e d'appello) previste nel sistema TAS. Per quanto riguarda la forma ordinaria di arbitrato si prevede (art. R45) che gli arbitri decidano in base alle regole di diritto scelte dalle parti, ovvero, in mancanza di scelta, applichino il diritto svizzero. In relazione alla procedura d'appello, pure si prevede (art. R58) in via principale l'applicazione, oltre che delle pertinenti regolamentazioni sportive, delle regole di diritto scelte dalle parti; tuttavia, per il caso di mancata scelta, si indica come applicabile in via sussidiaria il diritto del paese nel quale la federazione o l'organismo sportivo la cui decisione è impugnata ha sede oppure le norme la cui applicazione il collegio ritenga appropriata¹⁸. Ne è derivata dunque l'elaborazione, attraverso la "giurisprudenza" dei collegi TAS, di principi generali, di valenza sia sostanziale che procedurale, del diritto transnazionale dello sport, tratti da ordinamenti interni, ma con essi non coincidenti, tanto che in essi si è vista l'espressione di una vera e propria *lex sportiva* anazionale¹⁹.

¹⁸ Il rilievo delle regole interne della federazione in questione è sottolineato ed ampiamente giustificato da TAS 2005/A/983 & 984, *Peñarol c. Bueno e altri*.

¹⁹ Tanto che in essi alcuni hanno visto l'espressione di una vera e propria *lex sportiva* anazionale: S.M. CARBONE, *Il contributo della lex mercatoria alla precisazione della lex sportiva*, in E. Greppi, M. Vellano, *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2005, p. 227 ss. Si veda in proposito la giurisprudenza TAS citata da D. HAHN, *Présentation de la jurisprudence du TAS*, in *Recueil TAS* 1993, p. 7 ss., in cui si dà rilievo ai principi del *fair play* (lodo CAS 86/01 30 gennaio 1987), della buona fede (lodo CAS 87/10, 15 luglio 1989), della uguaglianza e non discriminazione (lodo CAS 90/44, 24 settembre 1991). Particolarmente significativo è poi il lodo reso il 25 marzo 1993 (CAS 92/80): in assenza di designazione ad opera delle parti della legge applicabile al merito della controversia, gli arbitri hanno rilevato l'insufficienza del collegamento della fattispecie con un l'uno o l'altro ordinamento nazionale e ritenuto

E tali valori potranno essere efficaci negli ordinamenti interni, poiché la Convenzione di New York, salvo il limite dell'ordine pubblico, non consente il riesame del merito deciso con il lodo del quale si chiede l'esecuzione²⁰.

3.3 (segue): *l'efficacia delle pronunce quale elemento di chiusura*

Alle brevissime osservazioni che precedono deve aggiungersi un ulteriore elemento ad esse collegato. Può infatti affermarsi come il TAS finisca per rappresentare l'elemento di chiusura del sistema sportivo, quale garanzia riconosciuta dall'ordinamento dello Stato anche per le posizioni giuridiche soggettive definite dal suo diritto interno. Ciò si realizza anche per le particolari modalità con le quali il sistema dello sport si organizza: laddove infatti il mancato adempimento di una decisione TAS sia ritenuto costituire un illecito disciplinare nel sistema sportivo (potendo dare luogo a sanzioni sportive: squalifiche, esclusione dai campionati, ecc.), la cooperazione e dunque l'atteggiamento, dello Stato finisce per non essere più necessario anche per la garanzia coattiva dell'osservanza delle valutazioni degli organi del sistema sportivo²¹. Questo, in altre parole, finisce per trovare in sé stesso l'elemento di garanzia, senza necessità di ricorrere agli strumenti offerti dai sistemi nazionali.

di dover trarre la soluzione esclusivamente dalle normative statutarie e regolamentari della Federazione internazionale pallacanestro (FIBA). Infatti, a parere del collegio, *“le droit fédératif adopté par cette fédération constitue une réglementation de droit privé, ayant une vocation internationale, voire mondiale, à s'appliquer dans le domaine des règles de sport régissant le basketball. Pour résoudre ce litige, le tribunal arbitral a donc appliqué ce droit fédératif, sans recourir à l'application de telle ou telle loi nationale au fond. Il a interprété les dispositions de ce droit fédératif à la lumière des principes généraux du droit”*. Più di recente un altro collegio (lodo CAS 98/2000, 20 agosto 1999, *AEK Athens and Slavia Prague c. UEFA*, in *CAS Digest*, III, pp. 38 ss., 103) ha sottolineato come *“sports law has developed and consolidated along the years, particularly through the arbitral settlement of disputes, a set of unwritten legal principles – a sort of lex mercatoria for sports or, so to speak, a lex ludica – to which national and international sports federations must conform, regardless of the presence of such principles within their own statutes and regulations or within any applicable national law, provided that they do not conflict with any national “public policy” (“ordre public”) provision applicable to a given case”*.

²⁰ Cfr. A. GIARDINA, *L'inapplicabilità ai lodi arbitrali stranieri dell'istituto della revisione del merito*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 292 s.

²¹ Nella sentenza del 5 gennaio 2007, 4P.240/2006, poi, il Tribunale Federale Svizzero, ha confermato la legittimità delle norme sportive che appunto prevedono tale meccanismo, rigettando un ricorso contro un lodo TAS che ne aveva confermato l'efficacia. Rimane ovviamente ferma, dal punto di vista dello Stato, la possibilità di una verifica della compatibilità delle regole sportive, e delle decisioni che le hanno applicato, con i principi d'ordine pubblico.

4. Valutazione conclusiva

L'attività degli strumenti arbitrali (e più in particolare del TAS) consente dunque una brevissima conclusione relativa al quesito di partenza e mostrano come in riferimento al sistema organizzato dello sport il dialogo tra giustizia privata e giustizia pubblica non possa essere sciolto né nel senso della contrapposizione né in quello della complementarietà. Esso si risolve infatti nel senso della coincidenza, quanto a natura e funzione, della dimensione pubblica e di quella privata dell'esercizio della giurisdizione sportiva. Invero, uno strumento prettamente privatistico, se considerato con le categorie del sistema interno, quale quello dell'arbitrato, svolge nel sistema dello sport un ruolo di garanzia della sua efficacia e tenuta complessiva (e dunque un ruolo "quasi-costituzionale") per la risoluzione di ogni tipo di controversia, tutelando sia interessi privati che aspettative pubblicistiche. E ciò costituisce un importante segno di peculiarità dell'ordinamento sportivo internazionale.

Abstract

The discussion relating to competition or complementary between public justice and private justice raises interesting questions, for the international law scholar, when the peculiar way in which sport is organized is considered. Sport, in fact, has an intrinsic nature making it suitable for practice worldwide, irrespective of the boundaries of domestic legal orders, and the rules that govern it have by their nature an a-national character. Such peculiarity is relevant also when the judicial function in the sports legal order is examined. This function is indeed shared by distinct proceedings before different bodies: however, a basic distinction can be identified. In fact, in addition to proceedings before bodies internal to the sports organizations, acting as their organs, proceedings before entities external to those organizations play a relevant role. Those entities find themselves to be placed at a crossroads between sports organizations and domestic legal orders. The chief example for these entities is given by the Court of Arbitration for Sport (CAS), which settles by way of arbitration sports related disputes. The examination of its procedures, of the law applied to the merits of the dispute and of the effects of CAS decisions, shows that there is no opposition (to be solved in terms of competition or complementary) between public and

private justice, as they appear to coincide: a private instrument (arbitration) performs a public function and confirms the peculiarity of the international sports legal order

Elena Alina Ontanu^{*}, Marco Velicogna^{**}, Francesco Contini^{***}

How many cases?
Assessing the comparability of EU Judicial datasets

SUMMARY: 1. Introduction - 2. Methodology - 2.1. The Scoreboard's data ecosystem - 2.2 The subset of the Scoreboard's data analysed in the research - 2.3. Data consistency check: countries selection - 2.4. Data consistency check: selecting variables - 3. Evolution of the Scoreboard and CEPEJ data - 3.1. Evolution of the CEPEJ data - 3.2. Evolution of the Scoreboard - 4. Conceptual matters – significance of terminology and definitions - 4.1. Assessment of conceptual consistency: the question of efficiency - 4.2. Assessment of caseload or workload? - 4.3 Counting the cases: assessing the case flow - 5. Number of cases: a journey in search of consistency and comparabilità - 5.1 Case definition and case typology - 5.2 Data inconsistency: identifying the causes in the CEPEJ Report - 5.3 Consequences of inconsistencies in case categories - 5.4 Possible solutions for identified inconsistencies - 6. Concluding remarks.

1. *Introduction*

Efficiency is often considered a key component of any well functioning justice system. A growing body of comparative studies explore how judicial reforms leading to a greater efficiency or effectiveness are positively correlated with economic growth (e.g. Global Competitiveness Report of the World Economic Forum, Doing Business Report of the World Bank, Judicial Reforms in Europe Report of the ENCJ, The Economics of Civil Justice

^{*} Assistant professor of Private International Law, Erasmus University Rotterdam; Ricercatrice, Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, Consiglio Nazionale delle Ricerche.

^{**} Ricercatore, Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, Consiglio Nazionale delle Ricerche.

^{***} Primo ricercatore, Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, Consiglio Nazionale delle Ricerche.

of the OECD). At EU level, the European Commission has launched tools like the EU Justice Scoreboard ('the Scoreboard') to help the Member States to improve the effectiveness of their justice systems.

The Scoreboard, on which this paper focuses, is part of a wider effort.¹ This instrument is formally directed toward strengthening the rule of law, the functioning of national justice systems, and upholding more effective justice. The comparison of the efficiency of justice systems is identified as a specific means to reach these objectives. The belief is that more effective and efficient justice systems will drive stronger economic growth, since 'effective justice systems are a prerequisite for an investment and business friendly environment'.² The Scoreboard evaluation seeks to focus on parameters that are essential for an effective justice system, regardless of the model of the national justice system or the legal tradition a Member State belongs to.³ Efficiency, quality, and independence are singled out as key elements of effective justice systems, and the Scoreboard indicators are grouped around these three categories.

This paper undertakes an in-depth analysis of the key quantitative variables that are presented and considered by the Commission to be indicators for what should be an efficient justice system in the Scoreboard discourse: the numbers of cases. However, it should be noted that the concept of efficiency as used by the Scoreboard and CEPEJ studies refers to effectiveness and caseload. Due to this inconsistency between the Scoreboard discourse and standard economic definitions, the paper takes two perspectives. One is internal to the Scoreboard, the other external. The internal perspective considers the internal consistency of the Scoreboard approach. The external perspective puts the Scoreboard concepts and definitions into a broader context.

Efficiency and effectiveness are just two – out of several – basic features of justice systems. An efficient (or effective) justice system could potentially suffer from a lack of independent judiciary and/or miss fairness of procedures and quality of judicial service. However, the paper does not want to challenge the efficiency approach on these grounds. The focus of our analysis is to verify to what extent the data on efficiency used in academic and political discourses that are provided by the Scoreboard is sound enough to

¹ A. DORI, *The EU Justice Scoreboard - Judicial Evaluation as a New Governance Tool*, MPI Luxembourg Working Paper Series, (2015) 2, p. 12; N. PERŠAK, J. ŠTRUS, *Legitimacy and Trust-Related Issues of Judiciary: New Challenges for Europe*, in N. PERŠAK (ed.), *Legitimacy and Trust in Criminal Law, Policy and Justice. Norms, Procedures, Outcomes*, Ashgate Publishing Limited, 2014, p. 105.

² EUROPEAN COMMISSION, *The 2016 EU Justice Scoreboard*, COM(2016) 199 final, p. 1.

³ EUROPEAN COMMISSION, *ibidem*.

make empirically grounded comparative (historical series or cross-countries) statements. Any attempt to make cross-country comparisons has to rely on comparable datasets that are used for the exercise. If this basic condition is not respected, judicial reform, policies, and the growing body of studies based on Scoreboard and CEPEJ data should be seriously questioned.

Another scholar - Marco Fabri - explores the question of the comparability of human resources data (i.e. judges) that in organisations relying intensively on the labour factor such as courts can be considered to be the key production factor.⁴ This paper explores a different area, complementing Fabri's work. The researchers choose to explore the case-flow indicators presented by the Scoreboard which bases its analysis on the number of incoming, pending, and resolved cases. In the Scoreboard discourse, the number of cases a court system handles in a year is considered emblematic for its efficiency. Even if that were true (see Sec. 4.1 for a critical appraisal), previous analyses suggest that the comparability of such data are problematic in many areas, particularly the consistency of the answers across time (at the state level), and between countries within the same period.⁵ The paper explores how the data provided by the Member States to fill apparently simple categories of cases like civil and commercial litigious or non-litigious case, and administrative cases vary, making a comparison at least problematic over time and across justice systems. The analysis will deal with the comparability of these data and shows that such comparability cannot be taken for granted. The definition of a 'case' as well as of the different 'case types' and their status (i.e. incoming, pending, and resolved) may differ quite consistently across countries.

In seeking to answer the question of soundness, reliability, and comparability of data provided by the EU Justice Scoreboard on the number

⁴M. FABRI, *Too few judges? Methodological issues in the comparative analysis of the number of judges in European countries, Regulating the number of judges in society*, Onati Seminar June 30-July 31, 2016.

⁵M. FABRI, *ibidem*; M. VELICOGNA, *Study on Council of Europe Member States Appeal and Supreme Courts' Lengths of Proceedings Edition 2015 (2006-2012 data)*, CEPEJ(2015)7Rev, Strasbourg, 7 September, p. 10-15; G. PALUMBO, G. GIUPPONI, L. NUNZIATA, J. S. MORA SANGUINETTI, *The Economics of Civil Justice. New Cross-Country Data and Empirics*, OECD Economics Department Working Papers No. 1060, 2013, p. 13 (available at dx.doi.org/10.1787/5k41w04ds6kf-en); A. UZELAC, *Efficiency of European Justice Systems. The strength and weaknesses of CEPEJ evaluations*, International Journal of Procedural Law, 1(2012)1, p. 127-128; M. VELICOGNA, *The EU Justice Scoreboard and the challenge of investigating the functioning of EU justice systems and their impact on the economy of the Member States*, XXVII Convegno annuale della Società Italiana di Scienza Politica (SISP), 12-14 September 2013, Firenze, Italy.

of cases (as indicators of efficiency), the researchers considered:

- 1- the evolution of the questionnaires and reports that provided the indicators;
- 2- the consistency of the conceptual framework; and
- 3- the causes of the data inconsistency and possible solutions that can improve the present situation.

The paper is structured in six parts. Section 2 is dedicated to the methodology. The section introduces the “Scoreboard data ecosystem” and the data sources, the means used to carry out the assessment, and the Member States chosen to conduct the necessary checks to assess the ways the cases are counted and categorised. The consistency of the data will be verified across historical series and through the analysis of documents that rely on the same data collection source. Section 3 provides an overview of the evolution of the Scoreboard and CEPEJ data on which the Scoreboard relies. Then, section 4 is dedicated to conceptual matters, conceptual consistency of key terminology used by the Scoreboard: namely, the concepts of ‘efficiency’, ‘caseload’ or ‘workload’, and the ‘case flow’. Section 5 looks first into what is considered to be a case according to national approaches in the selected Member States and the typology of cases included in the case categories that are part of the Scoreboard evaluation. In the exercise particular attention is given to the consistency of the categories of cases and historical data series, and the consequences that inconsistencies can have for the evaluation of the analysed justice systems. Possible solutions for identified deficiencies are explored before concluding on the findings of this analysis. Section 6 sums up on the possibilities of comparison available under the present data format and series.

2. Methodology

2.1 The scoreboard’s data ecosystem

The EU Justice Scoreboard relies on various sources for its data. A large part of the statistical data is provided by the CEPEJ (Council of Europe Commission for the Evaluation of the Efficiency of Justice) with which the

European Commission has concluded an agreement for the preparation of an annual study.⁶ The “CEPEJ methodology” is used for this purpose (i.e. CEPEJ Questionnaires and Explanatory Note, data validation process, etc.).⁷

Together with the CEPEJ data, a number of other sources are used. These vary to a certain extent from one edition to the other of the Scoreboard based on the indicators used and the focus a certain edition has. Between the additional sources of data used for the making of the Scoreboard, the following can be indicated:

- a group of contact persons on national justice systems (designated by the Member States),⁸
- the European Network of Council of the Judiciary (ENCJ),
- the Network of the Presidents of the Supreme Judicial Courts of the EU,
- the Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the EU (ACA),
- the European Competition Network,
- the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE),
- the Communication Committee,
- the European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights,
- the Consumer Protection Cooperation Network,
- Eurostat,
- the European Judicial Training Network (EJTN),
- the World Bank, and
- the World Economic Forum.⁹

These other sources of data that are addressing various punctual topics selected by the Scoreboard are not part of the present analysis.

Figure 1 illustrates how the different reports and documents interrelated.

⁶ EUROPEAN COMMISSION, *The 2016 EU Justice Scoreboard*, COM(2016) 199 final, p. 1.

⁷ EUROPEAN COMMISSION, *ibidem*.

⁸ <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&-groupID=3022> .

⁹ EUROPEAN COMMISSION, *ibidem*.

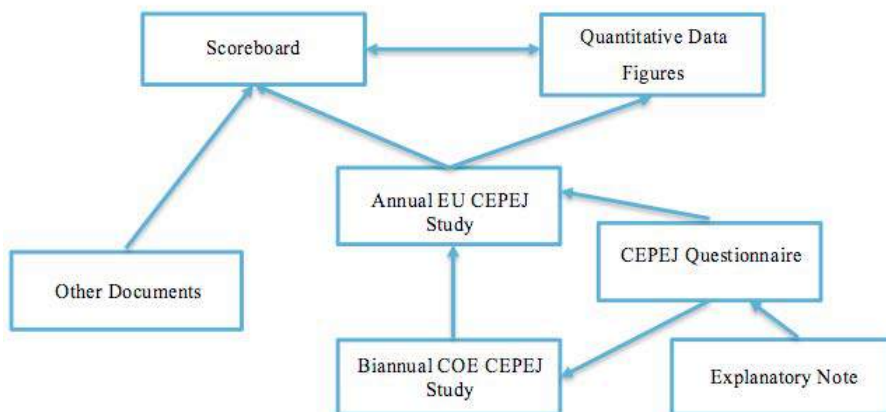


Fig. 1. Interrelation between the documents forming the Scoreboard data ecosystem

2.2. The subset of the Scoreboard's data analysed in the research

In assessing the soundness and comparability of data concerning the number of cases as presented in the analysis undertaken by the European Commission in the EU Justice Scoreboard a number of evaluation documents are analysed (Table 1). These are the 2016 Scoreboard,¹⁰ the Quantitative Data Figures for the 2016 Scoreboard (Quantitative Data Figures), the CEPEJ Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and Figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014 (Annual EU CEPEJ Study),¹¹ the Explanatory Note to

¹⁰ EUROPEAN COMMISSION, *The 2016 EU Justice Scoreboard*, COM(2016) 199 final.

¹¹ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 2*, CEPEJ(2015)15Part2rev2 (available at http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/cej_study_scoreboard-country-fiches_2016_en.pdf).

the Scheme for Evaluating Judicial Systems (Explanatory Note),¹² and the Studies No. 23 (Biannual COE CEPEJ Study).

2016 Scoreboard	EU Justice Scoreboard, 2016 edition
Quantitative Data Figures	Quantitative Data Figures for the 2016 Scoreboard
Annual EU CEPEJ Study	CEPEJ Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and Figures
CEPEJ database	CEPEJ structured database containing all data collected through the questionnaire filled by the CoE and EU Member States and by the follow-up comments provided by the Member States
CEPEJ Questionnaire	Scheme for Evaluating Judicial Systems
Biannual COE CEPEJ Study	CEPEJ Studies No. 23
Explanatory Note	Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems

Table 1. The key documents and database forming the Scoreboard data ecosystem

¹² CEPEJ, *Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems*, 2014-2016 Cycle, 2 June 2015 (available at [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ\(2015\)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ(2015)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true)).

The documents and database that form the Scoreboard statistical data ecosystem are interrelated. The European Commission has requested the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) to conduct a study that would provide the data on the functioning of the judicial system of the Member States.¹³ The data the Biannual COE CEPEJ Study provides are used to prepare an Annual EU CEPEJ Study for each edition of the Scoreboard.¹⁴ The Annual EU CEPEJ Study is based on the data analysis and comments provided by the Member States as part of the Biannual COE CEPEJ Study (2010, 2012, and 2014) and a specific questionnaire¹⁵ filled by the CEPEJ's national correspondents for the years not covered by the biennial CEPEJ evaluation. The EU Justice Scoreboard and the Quantitative Data Figures rely on the Annual EU CEPEJ Study data for the indicators regarding the number of cases (incoming, pending, and clearance rate). The Quantitative Data Figures is an additional document containing a selection of the Scoreboard's graphs together with the quantitative data values used for drawing the graphs. The Biannual COE CEPEJ Study is based on the CEPEJ Questionnaire: namely, the Scheme for evaluating judicial systems, filled in by the national CEPEJ correspondents/members. The responses are statistically processed and analysed by the CEPEJ. The Explanatory Note to the Biannual COE CEPEJ Study provides the operative definition of the variables that are common for both Biannual and Annual CEPEJ Studies.

When useful for the argument discussed or for illustration purposes, reference to prior to 2016 editions of the analysed documents is made.

2.3. Data consistency check: countries selection

To carry out a data consistency verification of the 2016 Scoreboard three justice systems were chosen. These are France, Italy, and Romania. The choice of justice systems to carry out the verification is not random but

¹³ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 2*, CEPEJ(2015)15Part2rev2, p. 3.

¹⁴ The 2016 edition of the study is available at http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/cepj_study_scoreboard-indicators_2016_en.pdf, as well as the countries' data fiches http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/cepj_study_scoreboard-country-fiches_2016_en.pdf.

¹⁵ This is the "Scheme for evaluating judicial systems" used by the CEPEJ for the Biannual CEPEJ Study. See CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 1*, CEPEJ(2015)15Part1rev2, Strasbourg, 14 March 2016, p. 11.

is based on the scholars' familiarity and knowledge of the justice systems analysed, as well as languages competencies that allow easy access to primary sources of information in the chosen jurisdictions. Furthermore, the three systems belong to the Latin legal tradition that makes them relatively homogeneous. This would reduce the risks of over-estimating differences and inconsistencies that may arise when comparing judicial systems belonging to different legal traditions (such as German or Nordic), not to mention civil and common law countries).

2.4. Data consistency check: selecting variables

The consistency of the Scoreboard data for France, Italy, and Romania have been checked for the different case categories the evaluation uses (i.e. civil, commercial, administrative and other cases, civil and commercial cases, and administrative cases). These variables were chosen due to their use by the Scoreboard as key elements to estimate the efficiency of the national proceedings.

The data consistency check are carried out in steps comparing the values of the variables and indicators across the sections of the Quantitative Data Figures of the Scoreboard and Annual EU CEPEJ Study, and between annual editions of the Annual EU CEPEJ Study evaluations. The first step focuses on the reliability of the historical data series. This means checking the consistency of the Quantitative Data Figures of the Scoreboard in Figures 2-3 corresponding to incoming cases, Figures 7-9 concerning the rate of resolved cases, and Figures 10-12 regarding pending cases with the corresponding data in the Annual EU CEPEJ Study. The comparison is carried out between the values of the indicators contained in the two evaluation documents. This verification is necessary because the Quantitative Data Figures variables rely on the results of the Annual EU CEPEJ Study (Table 2). Thus, it is crucial for the data consistency that the values of the variables correspond.

Quantitative Data Figures of the Scoreboard	Annual EU CEPEJ Study
Figure 2, Number of incoming civil, commercial, administrative and other cases (first instance/per 100 inhabitants)	Indicator 3: The performance of courts at all stages of the proceedings Table 3.1.1.1 to 3.1.4.4 First instance courts: Number of other than criminal cases (Q91)
Figure 3, Number of incoming civil and commercial litigious cases (first instance/per 100 inhabitants)	Indicator 3: The performance of courts at all stages of the proceedings Table 3.1.1.1 to 3.1.4.4 First instance courts: Number of other than criminal cases (Q91)
Figure 7, Rate of resolving civil, commercial, administrative and other cases (first instance/in %)	Table 3.2.1.1 to 3.2.1.8 First instance courts: Clearance rate and disposition time in different type of other than criminal cases (Q91) Table 3.2.2.1 to 3.2.2.4 First instance courts: Variation of clearance rate and disposition time in different type of other than criminal cases (Q91)
	Table 3.10.1 to 3.10.6 First instance courts: Disposition time and clearance rate for other than criminal cases, litigious civil and commercial cases and administrative cases (Q91)

Quantitative Data Figures of the Scoreboard	Annual EU CEPEJ Study
	Table 3.2.1.1 to 3.2.1.8 First instance courts: Clearance rate and disposition time in different type of other than criminal cases (Q91) Table 3.2.2.1 to 3.2.2.4 First instance courts: Variation of clearance rate and disposition time in different type of other than criminal cases (Q91) Table 3.10.1 to 3.10.6 First instance courts: Disposition time and clearance rate for other than criminal cases, litigious civil and commercial cases and administrative cases (Q91)
Figure 8, Rate of resolving litigious civil and commercial cases (first instance/in %)	Table 3.2.1.1 to 3.2.1.8 First instance courts: Clearance rate and disposition time in different type of other than criminal cases (Q91) Table 3.2.2.1 to 3.2.2.4 First instance courts: Variation of clearance rate and disposition time in different type of other than criminal cases (Q91) Table 3.10.1 to 3.10.6 First instance courts: Disposition time and clearance rate for other than criminal cases, litigious civil and commercial cases and administrative cases (Q91)
Figure 9, Rate of resolving administrative cases (first instance/in %)	Indicator 3: The performance of courts at all stages of the proceedings Table 3.1.1.1 to 3.1.4.4 First instance courts: Number of other than criminal cases (Q91)
Figure 10, Number of civil, commercial, administrative and other pending cases (first instance/per 100 inhabitants)	

Quantitative Data Figures of the Scoreboard	Annual EU CEPEJ Study
Figure 11, Number of litigious civil and commercial pending cases (first instance/per 100 inhabitants)	Indicator 3: The performance of courts at all stages of the proceedings Table 3.1.1.1 to 3.1.4.4 First instance courts: Number of other than criminal cases (Q91)
Figure 12, Number of administrative pending cases (first instance/per 100 inhabitants)	Indicator 3: The performance of courts at all stages of the proceedings Table 3.1.1.1 to 3.1.4.4 First instance courts: Number of other than criminal cases (Q91)

Table 2. Variables/Indicators whose consistency is checked against each other across the Annual EU CEPEJ Study and Quantitative Data Figures of the Scoreboard (year 2016)

The second step of the verification concerns the annual series of variables between the 2016 edition of the Annual EU CEPEJ Study with the previous editions of the Annual EU CEPEJ Studies and explanations regarding the data provided by the Member States. This exercise verifies whether there is any existing data variation because the 2016 Annual EU CEPEJ Study contains a methodological disclaimer warning about data values that do not coincide.¹⁶

The third step consists of a cross-check between the case categories of CEPEJ and the clarifications provided by the chosen Member States. The check is carried out in two stages. First, it considers the evolution of the content of the CEPEJ case categories by comparing the 2013 and 2015 Explanatory Notes against each other. Then, the CEPEJ case categories are compared with the explanation provided by France, Italy, and Romania about the type of cases they included in each of the CEPEJ categories analysed. Hence, seeking to identify for each justice system the type of cases the national statistics include in the analysed categories: namely,

¹⁶ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 2*, CEPEJ(2015)15Part2rev2, p. 11-12.

civil, commercial, administrative and other cases, civil and commercial cases (litigious and non-litigious), and administrative cases. This exercise offers a clearer image of the comparability of the case categories and their content in the analysed jurisdictions providing the tools to assess the soundness, reliability, and comparability of data concerning the number of cases.

3. Evolution of the Scoreboard and CEPEJ data

Over the years, the Scoreboard evolved in two directions. On the one hand, there are the changes in the CEPEJ data, which are reflected in almost automatic manner in the Scoreboard data, leading to a series of invisible changes. On the other hand, the scope of the Scoreboard evolved. In its first version, the Scoreboard was a ‘tool to support the efficiency of justice in EU Member States’¹⁷ and ‘to achieve more effective justice by providing objective, reliable and comparable data on the functioning of the justice systems of all Member States’,¹⁸ while the most recent versions have taken a softer and more comprehensive approach.

3.1. Evolution of the CEPEJ data

In Europe, the CEPEJ is the primary collector of data from the Member States through CEPEJ members and national correspondents.¹⁹ The CEPEJ data are collected biannually and are published in the ‘CEPEJ Evaluation of European Judicial Systems Report’. To provide annual data for the Scoreboard, since 2014 an additional data collection is carried out in the missing years. This exercise, called Annual EU CEPEJ Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, involves only the EU Member States, and fills in an important gap in the completeness of the historical dataset series.

¹⁷ M. VELICOGNA, *The EU Justice Scoreboard and the challenge of investigating the functioning of EU justice systems and their impact on the economy of the Member States*, XXVII Convegno annuale della Società Italiana di Scienza Politica (SISP), 12 -14 September 2013, Firenze, Italy, p. 1.

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION, *The EU Justice scoreboard*, COM(2013) 160 final, p. 3.

¹⁹ The national correspondents are often part of the Ministry of Justice of the Member State.

The data collected by the Member States and provided for the Biannual COE CEPEJ Study are often gathered by the Member States for their own internal institutional purposes. Hence, they are likely based on different categories and operational definitions than those of the CEPEJ.²⁰ This also applies to the Annual EU CEPEJ Study that complement the baseline data the Scoreboard is built upon.

Shifting case categories - Over the years, the CEPEJ cases categories used for the CEPEJ Report and Study were amended several times. The 2016 edition of the evaluation contains references to different amendments related to the CEPEJ categories as well as modification of national statistics methodology for some Member States (changes in national categories definition, changes in the aggregation of national categories to provide aggregated data to CEPEJ). This modification impairs on the comparability of indicators as part of historical data series.²¹ As a result, the long-term goal of CEPEJ data collection: namely, 'to define a core of quantitative and qualitative key data to be regularly collected and dealt with in a similar manner in all states, bringing out shared indicators on the quality and the efficiency of court activities in the Member States of the Council of Europe (...) and highlighting organisational reforms, practices and innovations in a view to enabling the further improvement of the service provided to court users'²² is far from being achieved in practice.

3.2. *Evolution of the scoreboard*

The evolution of the Scoreboard is two folded. One of the evolution lines follows the changes registered by the CEPEJ data which reflect automatically on the Scoreboard variables. The Justice Scoreboard has, since its first edition in 2013, made a systematic use of the statistical data collected by the CEPEJ.²³

The other line of evolution is related to the scope of the Scoreboard.

²⁰ R. MOHR, F. CONTINI, *Conflicts and Commonalities in Judicial Evaluation*, Oñati Socio-legal Series, 4(2014)5, p. 846.

²¹ For example, the notices under Table 3.9.1 First instance courts: Caseload in the EU in 2014 (incoming cases per 100 inhabitants) CEPEJ Study based on the CEPEJ Reports.

²² CEPEJ, *European Judicial Studies. Efficiency and Quality of Justice, CEPEJ Studies No. 23, Edition 2016 (data 2014)*, p. 8 (available at <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%2023%20report%20EN%20web.pdf>).

²³ R. MOHR, F. CONTINI, *Conflicts and Commonalities in Judicial Evaluation*, Oñati Socio-legal Series, 4(2014)5, p. 846.

As noticed, the original aim of the Scoreboard was to assist the Member States to achieve ‘more effective justice by providing objective, reliable and comparable data on the quality, independence and efficiency of justice’.²⁴ However, the switches in the operative definition of the data provided by the CEPEJ data series have not always and consistently been indicated in the various editions of the Scoreboard and in the Quantitative Data Figures. In such circumstances, and particularly in the first editions of the Scoreboard, the whole body of additional information that qualifies the CEPEJ data disappeared from the Scoreboard charts, as well as any caution about the comparability of the data provided.²⁵ As remarked by Mohr and Contini, the ‘objectified rank’ which results from this process ‘becomes the only relevant information’ repudiating ‘the very *raison d’être* of the CEPEJ study, which is to give an overview of the situation of the European judicial systems, not to rank the best judicial systems in Europe, which would be scientifically inaccurate and would not be a useful tool for the public policies of justice’.²⁶ To avoid this trap, the reader of the Scoreboard and dedicated fiches should be aware of these data details. With the latest editions of the Scoreboard, the ranking approach has been softened by the inclusion of additional information and clarifications on the datasets changes and national particularities that influence the results. While this approach is a welcomed development, the information and clarifications provided are not sufficient. For example, in the 2016 Scoreboard the Figures 2-3 and 7-12 regarding the number of cases and clearance rates do contain some notices reporting changes in methodology for data collection and categorisation, but the same warning is not included in the corresponding Quantitative Data Figures charts. The Quantitative Data Figures charts, when read separately from the Scoreboard and the CEPEJ Study warnings, create the impression that the

²⁴ EUROPEAN COMMISSION, *The EU Justice Scoreboard. A tool to promote effective justice and growth*, COM(2013) 160 final, Brussels, 27.3.2013, p. 2. “Given the importance of national justice systems for the economy, the [...] Scoreboard focuses on the parameters of a justice system which contribute to the improvement of the business and investment climate.”; EUROPEAN COMMISSION, *EU Justice Scoreboard 2013*, p. 4; EUROPEAN COMMISSION, *The 2014 EU Justice Scoreboard*, COM(2014) 155 final, p. 3; EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 EU Justice Scoreboard*, COM(2015) 116 final, p. 3; EUROPEAN COMMISSION, *The 2016 EU Justice Scoreboard*, COM(2016) 199 final, p. 1. On an in-depth analysis of the data, see further section 3.3.

²⁵ R. MOHR, F. CONTINI, *Conflicts and Commonalities in Judicial Evaluation*, Oñati Socio-legal Series, 4(2014)5, p. 846.

²⁶ R. MOHR, F. CONTINI, *Conflicts and Commonalities in Judicial Evaluation*, Oñati Socio-legal Series, 4(2014)5, p. 847.

data presented are fully comparable.

Figure Caption	2016	2015	2014	2013
Number of incoming cases				
Number of incoming civil, commercial, administrative and other cases per 100 inhabitants	Figure 2	Figure 2		
Number of incoming civil and commercial litigious cases per 100 inhabitants	Figure 3	Figure 3		
Clearance rate				
Rate of resolving civil, commercial, administrative and other cases	Figure 7	Figure 7	Figure 5	Figure 5 ¹
Rate of resolving civil and commercial cases	Figure 8	Figure 8	Figure 6	Figure 6
Rate of resolving administrative cases	Figure 9	Figure 8	Figure 7	Figure 7
Pending cases				
Number of civil, commercial, administrative and other pending cases	Figure 10	Figure 10	Figure 8	Figure 8 ²
Number of civil and commercial pending cases	Figure 11	Figure 11	Figure 9	Figure 9
Number of administrative pending cases	Figure 12	Figure 12	Figure 10	Figure 10

Table 3.Scoreboard evaluation figures correspondence regarding the number of cases (2013-2017)

Further, from an internal perspective, the Scoreboard indicators are grouped around three categories of indicators: efficiency, quality, and independence. These categories can be identified in all editions, even though the way the data are presented evolved over the years. The number of Scoreboard indicators regarding the number of cases included in the various editions of the evaluation since 2013 can be seen in Table 3. The number of indicators has varied little over the years. The indicators have been steadily used by the Scoreboard evaluation, but the way in which they have been built has varied during the exercises. This aspect will be analysed in detail in the following sections.

4. *Conceptual matters – significance of terminology and definitions*

The concepts should be uniformly used by the Member States collecting the data and by the studies analysing the data. Uniformity is a key prerequisite to secure comparability of variables and indicators. In analysing the datasets and the content of the studies we identify a few conceptual matters that are certainly problematic. This section deals with the assessment of some key concepts used in the Scoreboard report, namely: efficiency, case flow, and category of cases.

4.1. *Assessment of conceptual consistency: the question of efficiency*

The concept of ‘efficiency of justice system’ is not defined by the Scoreboard or by the CEPEJ Studies (i.e. Annual EU CEPEJ Study and Biannual COE CEPEJ Study). Nevertheless, both evaluation exercises make use of indicators that the CEPEJ uses to qualify court efficiency. From an external perspective, based on the standard economic definition, ‘efficiency’ is to be understood as obtaining the same results with the smallest possible inputs, or getting the maximum possible output from given resources.²⁷ Hence, efficiency can be defined as the ratio between inputs (resources) and outputs (resolved cases) of the system.²⁸ From this definition, the efficiency of a judiciary can be calculated on the basis of the number of cases resolved for a given amount of resources, basically cost per case. Its calculation must build upon proper definition and measurement of the two factors (inputs/resources and outputs/resolved cases).

From an internal perspective, the indicators used by the Scoreboard for assessing the efficiency of court activities are mainly related to the length of the proceedings (disposition time), clearance rate, and number of pending cases.²⁹ These indicators do not make a connection between the input in terms of resources used and the output achieved based on

²⁷ JOHN BLACK, *Dictionary of Economics*, Oxford University Press, 1997, p. 139.

²⁸ For a more technical discussion of the concept of efficiency, see for example M. J. FARRELL, *The measurement of productive efficiency*. *Journal of the Royal Statistical Society. Series A (General)*, 120(3), 1957, p. 253-290; R. FÄRE, C. K. LOVELL, *Measuring the technical efficiency of production*. *Journal of Economic Theory*, 19(1), 1978, p. 150-162.

²⁹ EUROPEAN COMMISSION, *The 2016 EU Justice Scoreboard*, COM(2016) 199 final, p. 5; CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 2*, CEPEJ(2015)15Part2rev2, p. 5 (available at ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/cej_study_scoreboard-country-fiches_2016_en.pdf).

the resources used. In analysing the Scoreboard concept of ‘efficiency’, this does not seem to be used in a manner that reflects on the input of resources and outputs achieved with such resources. The Scoreboard does not link input and output indicators to measure or compare efficiency. The concept of ‘efficiency’ as used by the Scoreboard (and by the CEPEJ) comes closer to the concept of ‘effectiveness’, namely: the degree to which objectives are achieved and the extent to which targeted problems are solved.³⁰ This creates some confusion as to what exactly is assessed with regard to the functioning of the justice systems of the Member States.

Finding 1: The Scoreboard uses effectiveness indicators instead of efficiency.

4.2 Assessment of Caseload or Workload?

According to the 2016 Scoreboard, ‘the relevance of Member States efforts to improve the effectiveness of their justice systems is also confirmed by the consistently high workload for courts over the years, although the situation varies between Member States, as shown by the figures below’.³¹ From an internal perspective of the Scoreboard, several aspects need to be singled out. While reference in the text is made to ‘workload’, the ‘figures below’ present just the variables related to the ‘Number of incoming civil, commercial, administrative and other cases (first instance/per 100 inhabitants)’³² (Figure 2) and the ‘Number of incoming civil and commercial litigious cases (first instance/per 100 inhabitants)’³³ (Figure

³⁰ www.businessdictionary.com/definition/effectiveness.html.

³¹ EUROPEAN COMMISSION, *The 2016 EU Justice Scoreboard*, COM(2016) 199 final, p. 4.

³² Under the CEPEJ methodology, this category includes all civil and commercial litigious and non-litigious cases, non-litigious land and business registry cases, other registry cases, other non-litigious cases, administrative law cases, and other non-criminal cases. Notice of existing differences is given for Italy (‘IT: A different classification of civil cases was introduced in 2013, so comparing different years might lead to erroneous conclusions’) and Denmark (‘DK: An improved business environment reportedly explains that courts on all levels received fewer cases’).

³³ Litigious civil and commercial cases concern disputes between parties, e.g. disputes regarding contracts, under the CEPEJ methodology. By contrast, non-litigious civil (and commercial) cases concern uncontested proceedings, e.g. uncontested payment orders. Commercial cases are addressed by special commercial courts in some countries and handled by ordinary (civil) courts in others. Notice of existing differences is given for Spain (‘ES: The introduction of court fees for natural persons until March 2014 and the exclusion of payment orders reportedly explain variations’), Greece (‘EL: Methodological changes introduced in 2014’), and Italy (‘IT: A different classification of civil cases was introduced

3).³⁴ This is puzzling. Furthermore, the Scoreboard renames the CEPEJ category ‘Total of other than criminal law cases’ into ‘Number of incoming civil, commercial, administrative and other cases’. In verifying the data value, the categories correspond, but this change can create doubts as to the content of the ‘other cases’ referred to by the Scoreboard.

From an external perspective, confronting the Scoreboard and the questionnaire understanding of ‘workload’ with a dictionary definition for the same concept, there seems to be some confusion in the way this is used. The Merriam-Webster dictionary defines ‘workload’ as ‘1: the amount of work or of working time expected or assigned [...] and] 2: The amount of work performed or capable of being performed (as by a mechanical device) usually within a specific period’. The same dictionary defines caseload as ‘the number of cases handled (as by a court or clinic) usually in a particular period’.³⁵

Looking back at the documents on the basis of which the data is collected, it can be discovered that the Commission at least initially asked the CEPEJ to investigate the workload of courts and justice systems.³⁶ Furthermore, it looks also clear that the CEPEJ team working at the first edition of the Annual EU CEPEJ Study had a notion of the difference between caseload and workload. In fact, within the Study, the following definition of workload is provided: ‘Workload – it may be defined as the whole of the work handled by a court, while the caseload only

in 2013, so comparison between different years might lead to erroneous conclusions’).

³⁴ EUROPEAN COMMISSION, *The 2016 EU Justice Scoreboard*, COM(2016) 199 final, p. 5.

³⁵ For a more technical definition, the National Center for State Courts, refers to the caseload as the number of pending cases e.g. active pending caseload (www.courttools.org/-/media/Microsites/Files/CourTools/courttools_Trial_measure4_Age_Of_Active_Pending_Caseload.ashx), while workload refers to the amount of judicial work required to dispose of those cases (www.ncsc.org/Topics/Court-Management/Workload-and-Resource-Assessment/Resource-Guide.aspx).

³⁶ M. VELICOGNA, *The EU Justice Scoreboard and the challenge of investigating the functioning of EU justice systems and their impact on the economy of the Member States*, XXVII Convegno annuale della Società Italiana di Scienza Politica (SISP), 12-14 September 2013, Firenze, Italy. The Scoreboard Questions, prepared by the European Commission – DG Justice as guidelines for the preparation of first edition of the Annual EU CEPEJ Study, included the following question: ‘7. Workload of courts on a disaggregated level (e.g. court districts, regions, cities), including the number of incoming and resolved cases for each court district (alternatively regions, cities) and the number of judges and non-judge staff for each court district (alternatively regions, cities)’ (E. DUBOIS, C. SCHURER, M. VELICOGNA, *The functioning of judicial systems and the situation of the economy in the European Union Member States, Cepej-CoE Report* prepared for the European Commission (Directorate General JUSTICE), Strasbourg, 15 January 2013, p. 14).

refers to the number of cases handled by a court.³⁷ The study provides a definition also for the caseload, which is the actual value the CEPEJ tries to provide: ‘Caseload – it is the number of cases that a court has to deal with in a period of time.’³⁸ As the experts clearly stated, though, ‘the extreme differentiation in the composition of the caseload³⁹ and the level of delegation of judicial or quasi-judicial activities to non-judicial staff and non-professional judges, result in very different judicial workloads. As result, any comparative analysis of this kind of variables becomes, at least potentially, extremely misleading’.⁴⁰ Therefore, in the 2013 Annual EU CEPEJ Study the following three indicators of caseload were used as a partial and only possible reply to the workload question: ‘Incoming first instance non-criminal cases in 2010/Professional judges sitting in courts full time’; ‘professional judges sitting in courts on occasional basis, non-professional judges, and Rechtspfleger for countries which have such category’; and ‘Incoming first instance non-criminal cases in 2010/ (judges and administrative personnel)’. These values are accompanied by a notice that strongly qualifies them, pointing out that what can be provided is not even the caseload but a very general indicator of the ‘other than criminal cases’ caseload.⁴¹

³⁷ E. DUBOIS, C. SCHURRER, M. VELICOGNA, *The functioning of judicial systems and the situation of the economy in the European Union Member States, Cepej-CoE Report* prepared for the European Commission (Directorate General JUSTICE), Strasbourg, 15 January 2013, p. 686.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ The type of cases that are included in the various categories, their relative ratio and their procedural complexity.

⁴⁰ M. VELICOGNA, *Study on Council of Europe Member States Appeal and Supreme Courts’ Lengths of Proceedings Edition 2015 (2006-2012 data)*, p. 1.

⁴¹ ‘Data on the workload of courts at a disaggregated level are not available. Furthermore, available data on incoming and resolved cases are collected per case action not per court level. Caseload in terms of incoming and resolved cases cannot be calculated by comparing incoming and resolved cases with the number of judges and administrative staff available at each court level. What can be done is to take the number of incoming cases at first instance, considering it as the actual number of cases which the court system needs to deal with, or system caseload (appeals do not introduce new cases but merely imply that cases need further processing after the work already done), and dividing it by the number of judges and administrative staff that the court system employ to deal with it. In particular, three caseload indicators are calculated, incoming non-criminal cases at first instance per professional judge sitting in courts full-time; incoming non-criminal cases at first instance in 2010 per judge-like agents (this includes professional judges sitting in courts full-time, professional judges sitting in courts on occasional basis, non-professional judges (it may include lay judges), and Rechtspfleger for countries which have such a category); and incoming non-criminal cases at first instance in 2010 per judge-like and administrative

In the 2014-2016 editions of the Annual EU CEPEJ Study, only the caseload in the EU has been indirectly defined in some table headings as the number of first instance incoming cases and the number of pending cases per 100 inhabitants (e.g. 'Table 3.9.1: First instance courts: Caseload in the EU in 2014 (incoming cases per 100 inhabitants) (Q1, Q91)'⁴² and 'Table 3.9.2: First instance courts: Caseload in the EU in 2014 (pending cases on 31 Dec. per 100 inhabitants) (Q1, Q91)'⁴³). Regrettably, in these subsequent editions of the study, no explicit definition of 'workload' or 'caseload' is provided.

Finding 2: The Scoreboard uses caseload variables rather than providing data on court workload as initially intended by the Commission.

The distinction between caseload and workload, which was initially clear at least in the Annual EU CEPEJ Study, seems to be now abandoned.

4.3. *Counting the case assessing the case flow*

In seeking to identify the national caseload flow in the three Member States selected for a more in-depth comparison, a number of documents are analysed: the 2016 Scoreboard, the Quantitative Data Figures, the Annual EU CEPEJ Study, and the Biannual COE CEPEJ Study.

From an internal perspective, the 2016 Scoreboard addresses the matter of courts caseload at first instance with a fragmented approach by relying on a number of indicators taken from the Annual EU CEPEJ Study. The indicators considered to be relevant for the Scoreboard are: (1) the number of incoming civil, commercial, administrative and other cases (Figure 2);⁴⁴ (2) number of incoming civil and commercial litigious cases (Figure 3);⁴⁵

agent.', E. DUBOIS, C. SCHURRER, M. VELICOGNA, *The functioning of judicial systems and the situation of the economy in the European Union Member States, Cepej-CoE Report* prepared for the European Commission (Directorate General JUSTICE), Strasbourg, 15 January 2013, p. 684.

⁴² CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part, 1*CEPEJ(2015)15Part1rev2, p. 249.

⁴³ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 1*, CEPEJ(2015)15Part1rev2, p. 250.

⁴⁴ Under the CEPEJ methodology, this category includes all civil and commercial litigious and non-litigious cases, non-litigious land and business registry cases, other registry cases, other non-litigious cases, administrative law cases, and other non-criminal cases.

⁴⁵ Litigious civil and commercial cases concern disputes between parties, e.g. disputes

(3) number of civil, commercial, administrative and other pending cases (Figure 10);⁴⁶ (4) number of litigious civil and commercial pending cases (Figure 11); and (5) number of administrative pending cases (Figure 12). Another three indicators can be considered in the assessment of the caseload flow at the national level. These are the clearance rates for the national courts: namely, resolving civil, commercial, administrative and other cases (Figure 7), for resolving litigious civil and commercial cases (Figure 8), and for resolving administrative cases (Figure 9). Indirectly, they can provide information on the national caseload, but additional variables should be available for this purpose, such as the number of pending cases at the beginning of the year (1 January) and the number of resolved cases.

In comparison with the Annual EU CEPEJ Study, the Scoreboard uses only part of the indicators that compose the annual caseload flow of national courts, leaving some of the collected information aside from the main overall evaluation. The indicators regarding the number of pending cases at January 1 as well as the number of cases resolved are left aside. This might leave the reader wondering whether the clearance rate indicators in the Scoreboard (Figures 7-9) are intended to supplement or indirectly reflect on the indicators chains that are left out of the annual case-flow assessment.⁴⁷ No explanation as to the choice of indicators is provided by the Scoreboard evaluation. The consequence of this approach is an incomplete image of the case flow and court activity the Scoreboard presents annually to the reader as absolute facts.⁴⁸ The number of cases pending on 1 January is part of the courts' caseload, together with the incoming cases, the resolved cases and the pending cases at the end of the year.⁴⁹ For the CEPEJ

regarding contracts, under the CEPEJ methodology.

⁴⁶ The Scoreboard Chart does not clarify whether the number presented in the chart concern pending cases at the end of the year (31 December) or at the beginning at the year (1 January). The position of the chart after the clearing rates charts hints to an end of the year indicator that is confirmed by comparing the Quantitative Data Figures of the 2016 Scoreboard (Figure 10) with the CEPEJ Study data for the same period (Table 3.10.7), hence, total number of pending cases at first instance/100 inhabitants at 31 December.

⁴⁷ The use of a clearance rate indicator is not actually able to fill in the gap for the missing quantitative indicators as the Scoreboard and the Quantitative Data Figures do not provide the indicators concerning the number of pending cases on 1 January and the number of resolved cases.

⁴⁸ The number of cases pending on 1 January is part of the courts caseload, together with the incoming cases, the resolved cases and the pending cases on 31 December.

⁴⁹ E. DUBOIS, C. SCHURRER, M. VELICOGNA, *The functioning of judicial systems and the situation of the economy in the European Union Member States, Cepej-CoE Report* prepared for the European Commission (Directorate General JUSTICE), Strasbourg, 15 January 2013, p. 628-629; CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member*

Questionnaires, the Member States are required to provide information on the number of pending cases within the previous year (pending cases on 1 January) and for the reference year (pending case on 31 December), as well as incoming and resolved cases.⁵⁰

	Pending 1 st January	Incoming during the year	Decided during the year	Pending 31 st December
Number of civil, commercial, administrative and other cases	Missing	Figure 2	Missing	Figure 10
Number of civil and commercial litigious cases	Missing	Figure 3	Missing	Figure 11
Number of administrative cases	Missing	Missing	Missing	Figure 12

Table 4. Categories of case charts contained in 2016 Scoreboard, in comparison with the variables available in the Annual EU CEPEJ Study

While providing all these values, the Annual EU CEPEJ Study (2014-2017) also presents data on the so called ‘courts caseload’, which are represented by two variables, incoming cases per 100 inhabitants and pending cases on 31 December. From an internal perspective, an explanation on why these two variables are used is not provided. Probably

States, Facts and figures from CEPEJ evaluation exercises, CEPEJ 2012-2014, CEPEJ(2014)4 final, p. 70-71; CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States. Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013*, Annex 4 Extract of the explanatory note to the scheme for evaluating justice systems, CEPEJ(2014)17final(v2.0 – 16 feb.2015), p. 890; CEPEJ, *Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems, 2014-2016 Cycle*, Strasbourg, 2 June 2015, CEPEJ(2015)2, Questions 91 to 100 (available at [wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2015\)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2015)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)).

⁵⁰ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States. Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013*, Annex 4 Extract of the explanatory note to the scheme for evaluating justice systems, CEPEJ(2014)17final(v2.0 – 16 feb.2015), p. 890; CEPEJ, *Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems, 2014-2016 Cycle*, Strasbourg, 2 June 2015, CEPEJ(2015) 2, Questions 91 to 100.

on the basis of this choice of the Annual EU CEPEJ Study, the Scoreboard limits itself to this couple of variables and does not provide the number of cases pending at the beginning of the year or the number of resolved cases.⁵¹ This choice limits the availability of information needed to grasp the case flow dynamics. The fact that the Scoreboard provides clearance rate data coupled with the incoming cases and pending cases offers at least an indirect indication of the resolved cases and the effectiveness of justice systems in handling the number of cases they receive.

Another aspect that creates difficulties in assessing the annual case flow as resulting from the Scoreboard and the Quantitative Data Figures is the presence of significant inconsistencies in the numbers of cases. Such inconsistencies can be clearly identified confronting data on pending cases. The Annual EU CEPEJ Study includes two types of data on pending cases: number of pending cases on 1 January and the number of pending cases on 31 December. The Scoreboard and the Quantitative Data Figures use the number of pending cases reported by the Member States on 31 December.⁵² A verification of the Annual EU CEPEJ Study (Part 2) data on the three selected Member States reveals differences between the two sets of pending cases variables. This aspect is further addressed in Section 5.2. Furthermore, from an internal perspective, it would be desirable that future editions of the Scoreboard would make the information on the number of pending cases clearer for each of the categories. A cross-check of the statistical data in the Quantitative Data Figures (Figures 10-12) with a number of tables in the Annual EU CEPEJ Study (Tables 3.1.1.1 to 3.1.4.4 (Q91) of the country fiches for France, Italy, and Romania) reveals that the values regarding the number of pending cases on 31 December match for both evaluations. Clear information is key for an appropriate understanding of the data and the information presented with regard to justice systems and would improve comparability.

These identified aspects and gaps in the presented national cases statistics make the assessment of the courts' caseload difficult from a Scoreboard internal perspective. Furthermore, the Scoreboard reader is offered a partial image of the number of cases as information is missing or needs to be identified in the additional documents that provide the data used (i.e. Annual EU CEPEJ Study, Biannual COE CEPEJ Report).

⁵¹ This clarification is not included also in the Quantitative Data Figures corresponding charts, leaving the reader hesitant over which set of data is used - pending at beginning or end of the year - although it can be surmised it is the later in view of the Scoreboard information and cross-check with the values in the Annual EU CEPEJ Study.

⁵² EUROPEAN COMMISSION, *The 2016 EU Justice Scoreboard*, COM(2016) 199 final, p. 9.

Finding 3: The Scoreboard uses only part of the variables of the Annual EU CEPEJ Study that compose the annual first instance courts case flow. While a selection of key data may help not overload the reader, in this case, the result is that key data are missing for various categories (e.g. number of pending cases on 1 January, the number of resolved cases).

The selection criteria for the basic data included in the Scoreboard is not clear.

Future editions of the Scoreboard should make the information presented on the number of pending cases clearer for each category.

5. Number of cases: a journey in search of consistency and comparabilità

5.1. Case definition and case tipology

The Annual EU CEPEJ Study⁵³ and the 2016 Scoreboard do not contain a specific definition with regard to what is considered to be a case for the purpose of the gathering of the statistical data and for the evaluation of the activity carried out by the national courts. The concept remains under the competence of each Member State and the national statistics methodology used for the collection of data. Sometimes the ‘case’ definitions used by the Member States domestic statistics are implicit and could depend on technical aspects based on which cases are registered and/or data registered. Therefore, the definition of what is considered a case for the national statistics can sometimes not be directly available for consultation with the published statistics reports as the notion is implicitly understood.⁵⁴ For example, in Romania, the series of modifications of the Code of civil procedure concerning the request of initiating enforcement proceedings, the writ of execution (*încuviințarea executării silite*), changed the status of the act a couple of times within the period of a few years. These modifications moved the competence for the issuance of the document from court to

⁵³ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 1*, CEPEJ(2015)15 Part1rev2, Strasbourg, 14 March 2016.

⁵⁴ For example, France, ‘cause - Au sens large, désigne une affaire dont est saisi un juge’, see Mots clés de la justice (available at www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/definitions-et-methodes-12718/concepts-27118.html), the Council of the Magistracy Statistics in Romanian do not contain a definition of the ‘case’ concept.

bailiffs and back to the court.⁵⁵ These changes have not been singled out in the datasets provided by Romania. Furthermore, there can be situations in practice when there is some delay between the date of the lodging of the case or the closing of a case following the issuance of a judgment and the actual registration of the case within the court's case system as incoming or closed due to registry office overload (i.e. Italy). Situations such as these can also influence the number of incoming and pending or closed cases.

When it comes to the definition of 'case types' used by the Scoreboard, the EU evaluation relies on the CEPEJ Study indicators that are based on the CEPEJ Database, the CEPEJ questionnaires and the CEPEJ Explanatory Note for evaluating judicial systems. The definitions provided in the Explanatory Note are periodically amended to 'assist the national correspondents and other persons entrusted with replying to the questions'⁵⁶ to make sure that the concepts and categories are addressed according to a common understanding. However, the definitions of the categories of cases are not exhaustive in the type of cases that are to be included in each of them but leave space for appreciation to the Member States and the national correspondents entrusted with providing the requested data. Furthermore, some of the categories of the CEPEJ Questionnaire that are part of the present analysis, have registered an evolution from the 2010-2012 cycle to the 2014-2016 cycle Quantitative Data Figures charts. This is, for example, the case of the definition of 'litigious civil (and commercial) cases' and the 'general non-litigious civil (and commercial)' between the 2012-2014 cycle and the 2014-2016 one. However, these amendments seem to be related to a certain refining and further clarification of the type of cases that are to be included in each of them. The numerical value of the presented data has not been amended in subsequent reports, apart from some computation of the number of cases for the 'general non-litigious civil (and commercial)' cases. This raises some questions as to whether the data were also previously

⁵⁵ Initial text of the code than modified by Law No. 138/2014 in October 2014 that established that a judicial decision is no longer required to issue a writ of execution (*încuviințarea executării silite*) (Article 641 Code of civil procedure). Government Emergency Ordinance No. 1/2016 modifies it giving it back to court to decide (see Article 666).

⁵⁶ CEPEJ, *Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems, 2012-2014 Cycle*, CEPEJ(2012)13Rev, 23 May 2013, (available at [wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ\(2012\)13Rev&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCf2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ(2012)13Rev&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCf2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true)); CEPEJ, *Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems, 2014-2016 Cycle*, CEPEJ(2015)2, 2 June 2015, (available at [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ\(2015\)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCf2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ(2015)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCf2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true)).

included in the aforementioned category, and the definition used was not sufficiently precise in indicating it or whether this change in the definition of the type of case was triggered by the type of cases the Member States generally include in the category of 'litigious civil (and commercial)' cases. There are also other possible additional explanations. One could be that the change of definition is ignored by the Member State and upon CEPEJ request for updated data, the Member States provide the same dataset. Another explanation could be related to the fact the dataset is described as homogenous, but in reality, this is subject to various changes and a plethora of case types that are not always clearly reported as included in a certain category of cases. From the 2012-2014 Explanatory Note, the 'cases relating to enforcement' definition, it appears that the litigious enforcement procedures were not included in this category, but should have been included in the litigious civil (and commercial) claims.⁵⁷ Furthermore, what was previously indicated as being 'cases related to enforcement' are now included in the category of 'general civil (and commercial) non-litigious cases'. The separation of litigious and non-litigious enforcement cases and absorption within the litigious and non-litigious civil (and commercial) cases categories has not led to an amendment of the previously published results of the two categories of datasets compared to previous editions of the CEPEJ Studies. This raises some question as to whether all cases previously labelled as enforcement cases were actually non-litigious cases.

With regard to the category of 'general non-litigious civil (and commercial) cases', the 2014-2016 Explanatory Note clarifies that the category should not include 'non-contentious register cases and/or other cases'.⁵⁸ The present data indicated as non-litigious land registry and business registry cases were also previously provided in a separate format when available at the national level; thus, this reference does not seem to change the already used categories.

An additional aspect that needs to be raised with regard to the typology of cases is that besides the CEPEJ definition of what should be understood to be included in categories such as 'litigious civil (and commercial) cases',

⁵⁷ CEPEJ, *Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems, 2012-2014 Cycle*, CEPEJ(2012)13Rev, 23 May 2013, p. 16 (available at [wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ\(2012\)13Rev&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ(2012)13Rev&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true)).

⁵⁸ CEPEJ, *Explanatory Note to the Scheme for Evaluating Judicial Systems 2014-2016 Cycle*, CEPEJ(2015)2, 2 June 2015, (available at [wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ\(2015\)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ(2015)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true)).

‘general non-litigious civil (and commercial) cases’, ‘administrative law cases’, there are no uniform and steady information provided by each Member State to indicate the type of cases they include or are able to include in the CEPEJ established categories. It is not clear whether this is only the type of data that are specified as example in the definition or also additional type of cases that are considered to fall under the indicated categories in the statistics collected. This raises questions as to the comparability of the data among different national systems and the soundness of the way the data is currently presented. A good example in this regard is the ‘administrative law cases’, the type of cases included in this category differs across jurisdictions (e.g. asylum cases, traffic fines, tax cases, procedures concerning incapable persons). The Annual EU CEPEJ Study and Biannual COE CEPEJ Study, as well as the Scoreboard, do not make it clear for each country what this category includes. This certainly affects the comparability of data among the Member States as well as that of datasets, if amendments have been made over time. For example, the administrative jurisdiction in the three analysed jurisdictions concern:

- In France, the administrative courts have jurisdiction over disputes concerning public liberties; any litigation involving a public person or entity; irregular immigration; regulation of GMOs; administrative police; taxes; public contracts; the civil service; public health; competition rules; environmental law; and urban and regional development disputes;⁵⁹
- in Italy administrative courts have jurisdiction to handle cases that concern the legitimate interests (*interessi legittimi*) (e.g. expulsion of third States nationals; compulsory medical treatments; procedures regarding public recruitment of public administration employees; labour relations that remain completely within the public law sphere not being privatised; lawfulness of the negotiation phase of public procurement contract; award damages for infringement of legitimate interests and consequential to economic rights; disputes concerning the exercise or non-exercise of public power related to undertaken measures, acts, agreements or behaviour (even when indirectly linked to the exercise of public power);⁶⁰
- in Romania administrative and tax sections of the courts will handle all requests related to administrative acts and documents issued by

⁵⁹ english.conseil-etat.fr/Judging; <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Juger-l-administration>; www.conseil-etat.fr/Tribunaux-Cours/Missions.

⁶⁰ www.treccani.it/enciclopedia/giurisdizione-amministrativa/.

the central or local public administration, or administrative acts not issued within the legal timeframe by the public administration; tax and customs fees; infringement of legitimate interests and rights by an administrative act with individual character or concerning a third party.

Although common points can be identified in the competence of the administrative courts of the three jurisdictions, there are also differences that cannot be ignored. These differences or possible changes are not always made clear by the Scoreboard or by the CEPEJ Studies. On the basis of the Annual EU CEPEJ Study data provided by the national contacts, the 2016 Scoreboard edition flagged out changes that have been communicated with regard to the collection of data, reorganisation of courts, type of cases included in the CEPEJ categories, and methodology used (e.g. Figures 2-3 and Figures 10-12).⁶¹ From an internal perspective of the Scoreboard, this is a welcomed step in identifying modifications and consistency of the data, and the way these are collected and aggregated in the CEPEJ categories. Changes can affect the comparability of historical datasets as well as compatibility of categories between various jurisdictions. However, from an internal perspective, this approach of singling out modifications that are not always detailed does not fully answer the need of having clear information on the type of cases that are selected and included in each CEPEJ category used for the Scoreboard. Additional action should be taken in this respect for future evaluation and data collection.

Findings 4: There is no specific definition of what should be considered a case for the collection of statistical data or its interpretation.

Some categories of cases in the CEPEJ questionnaire that are part of the present analysis, have registered an evolution from the 2010-2012 cycle to the 2014-2016 cycle Quantitative Data Figures charts.

Member States provide no uniform and steady information on the type of cases they include or are able to include in the CEPEJ established categories.

⁶¹ EUROPEAN COMMISSION, *The 2015 EU Justice Scoreboard*, COM(2015) 116 final, p. 5 and 9-10.

5.2. *Data inconsistency: indentifying the causes in the CEPEJ Report*

As the Scoreboard relies on CEPEJ collected data, the data of the Scoreboard are sound and homogeneous to the extent the data collected for the CEPEJ studies (i.e. Annual EU CEPEJ Study and Biannual COE CEPEJ Study) have these characteristics. Hence, a reverse engineering process is advisable to check data inconsistency in the CEPEJ reports.

Historical data series inconsistencies

As the previous section indicates, the CEPEJ and Scoreboard evaluations are likely to encounter difficulties in securing the comparability of data concerning the number of cases in the various categories used. The data comparability cannot be taken for granted, and data have to be interpreted and handled with care. More reason for this as the Methodology section of the Annual EU CEPEJ Study includes a disclaimer mentioning that annual data might differ across editions of the report due to updates and validations done by the Member States during subsequent periods; hence, data published in the latest reports might not coincide with data published in previous reports.⁶² In verifying the data series between the 2016 Annual EU CEPEJ Study countries fiches and the 2016 Quantitative Data Figures some small differences often appear in the values of the overall number of incoming cases per 100 inhabitants and the overall number of pending cases per 100 inhabitants. This is the case in all the three studied jurisdictions and often seem to be due to the way the data are presented, summed up, and rounded up (the variation is of ± 0.1). An exception seems to be the case of Italy where for the overall number of Annual EU CEPEJ values and the pending cases for the period 2010-2013 there are more significant difference in values between the Quantitative Data Figures (variations are between ± 0.5 to 0.8). This can create doubts to the reader and raise the question as to the soundness of the data when variations of results for the same period are more significant between the different studies.

Another point of inconsistency is revealed by a comparative assessment of the pending cases data series in 2016 Annual EU CEPEJ Study containing country fiches. The study uses two types of pending cases: namely, 'Pending cases on 31 December' and 'Pending cases on 1 January' for each of the case category assessed (e.g. total of other than criminal cases; civil (and commercial)

⁶² CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 1*, CEPEJ(2015)15Part1rev2, Strasbourg, 14 March 2016, p. 11-12.

litigious and non-litigious cases; registry cases; administrative cases, etc.). In checking this information for the 31 December 2012-1 January 2013 and 31 December 2013-1 January 2014 datasets in France, Italy, and Romania significant inconsistencies emerge at times as revealed by Table 5.

	31 December 2012- 1 January 2013	31 December 2012- 1 January 2013
France		
Total other than criminal law cases	Not consistent (-7.566 cases)	Not consistent (+7.448 cases)
Civil (and commercial) litigious cases	Consistent	Consistent
Civil (and commercial) non-litigious cases	Consistent	Consistent
Administrative law cases	Not consistent (-7.566 cases)	Not consistent (+7.448 cases)
Italy		
Total other than criminal law cases	Not consistent (+130.443 cases)	Not consistent (+376.768 cases)
Civil (and commercial) litigious cases	Not consistent (+137.268 cases)	Not consistent (-91.830 cases)
Civil (and commercial) non-litigious cases	Not consistent (-6.819 cases)	Not consistent (+170.378 cases)
Administrative law cases	Not consistent (-1.168 cases)	Not consistent (+4.472 cases)
Romania		
Total other than criminal law cases	Consistent	Not consistent (+301.347 cases)
Civil (and commercial) litigious cases	Consistent	Not consistent (+316.420 cases)
Civil (and commercial) non-litigious cases	Consistent	Not consistent (-54.899 cases)
Administrative law cases	Consistent	Not consistent (+35.409 cases)

Table 5. Consistency of data regarding the pending court cases at 31 December compared to 1 January of the next year

The differences between the ‘Pending cases on 31 December’ and ‘Pending cases on 1 January’ of the next year are significant (i.e. sometimes hundreds of thousands of cases differences between 31 December and 1 January). The reasons behind these discrepancies are not steadily provided by the country fiches or the explanations included in the Annual EU CEPEJ Study. From the three analysed jurisdictions, only Romania offers an explanation to the possible existing discrepancies between the number of pending cases on 31 December 2013 and 1 January 2014. This is due to a change in the data collection, new definitions for the fields ‘stocks’ and ‘closed’ and the moment a case is considered ‘closed’.⁶³

The significant differences between the two categories raise questions as to the consistency of the data provided by the national contacts and the content of the different cases categories, as well as the soundness of the data used by the Scoreboard on pending cases (Figures 10-12).

Another element that is likely to create inconsistencies and limit the comparability of the historical datasets is related to the changes in the classification of cases. The Annual EU CEPEJ Study flags modifications in the classification and methodology for data collection. The Scoreboard is lately also briefly warning the reader on such changes. However, the explanation offered by the Member States in the Annual EU CEPEJ Studies is broader (even if often still insufficient) and would be useful to be read together with the absolute values presented by the Scoreboard charts.⁶⁴

Findings 5: General small variations in the results of the variables regarding the overall number of incoming or pending cases can be found in the Quantitative Data Figures and the Annual CEPEJ EU Study due to the use of approximation in the summing up of different categories of cases.

There are systematic differences between the ‘Pending cases on 31 December’ and ‘Pending cases on 1 January’ of the next year in the analysed Member States, and at times these differences are significant without the reasons behind it being always clear.

⁶³ According to the explanation provided by the Romanian CEPEJ contact, a case is considered to be ‘closed’ only when the final decision, including its reasoning is drafted, signed and communicated to the parties’, and for this reason the number of pending cases on 31 December 2013 cannot be identical to the number of pending cases on 1 January 2014. CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 1*, CEPEJ(2015)15Part1rev2, Strasbourg, 14 March 2016, p. 279.

⁶⁴ See for example the case of Italy and the explanation this Member State provides with regard to changes made in 2013 for the classification of civil cases influencing the split between the litigious and non-litigious cases (2014, 2015 CEPEJ Studies).

Changes in the classification of cases at national level limit the comparability of the historical datasets and warnings in this sense are useful.

Inconsistencies related to the categories of cases

As previously remarked in section 5.1, the way Member States aggregate the data regarding the type of cases required by the case categories of the Biannual COE CEPEJ Study, and Annual EU CEPEJ Study is not clear. The explanation the French, Italian, and Romanian national contacts provide in relation to the typology of national cases included in the CEPEJ case categories is often not exhaustively clarified. Additionally, in some cases the Member States offer an indication in this regard only in certain editions of the reports, or sometimes mention that there have been modifications in the type of cases computed within a certain category. For example, Italy in the 2016 edition of the Annual EU CEPEJ Study mentions that for 2010, 2012, and 2013 the category of ‘civil and commercial non-litigious cases’ contains the same typology of cases: namely, separation and divorce by mutual consent, interdiction and incapacitation, protective measures for underage, guardianship and trusteeship, etc. From 2014 evaluation, the category includes uncontested payment orders, uncontested divorces, technical appraisals, judicial interdiction and incapacitation, hereditament, etc.⁶⁵ Moreover, apart from not being able to check what type of cases are covered by the ‘etc.’, from 2014 onwards the combination of cases in the same category contains significant differences. This makes the data hardly comparable within the same Member State, let aside across jurisdictions. An exhaustive list of the type of cases included in a CEPEJ category would be more helpful approach when it comes to the comparability of the data across jurisdictions. An example in this regard appears to be France. According to the 2016 Annual EU CEPEJ Study, the French ‘non-litigious civil cases’ include: divorces by mutual consent, legal separation, change in matrimonial regime, child custody demands, adoption, medically assisted procreation, the incapacity of a minor, inheritances, compensation for violation of privacy, change of surname, marital status, nationality, the functioning of a grouping and the disciplining of notaries and ministerial officers. To these cases, in 2014 the ‘non-litigious enforcement cases’ have been included in the ‘non-litigious civil (and commercial) cases’ category. Table 6 below offers a visual example of the comparability of the same

⁶⁵ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 1*, CEPEJ(2015)15 Part1rev2, Strasbourg, 14 March 2016, p. 277.

data category between the analysed Member States.

Civil (and commercial) non-litigious cases, 2016 Annual CEPEJ Study	Member State
Divorces by mutual consent	FR, IT ³ , RO
Legal separation	FR, IT
Change in matrimonial regime	FR
Child custody demands	FR
Adoption	FR, RO ⁴
Medically assisted procreation	FR
Incapacity of a minor	FR, IT ⁵ , RO
Inheritances	FR, IT ⁶
Compensation for violation of privacy	FR
Change of surname	FR
Marital status	FR
Nationality	FR
Functioning of a grouping	FR
Disciplining of notaries and ministerial officers	FR
Non-litigious enforcement cases	FR, IT ⁷ , RO ⁸
Guardianship and trusteeship	IT
Uncontested payment orders	IT ⁹
Technical appraisals	IT ¹⁰
Granting of legal personality	RO
Modification of the constitutive acts of legal persons	RO
Requests related to unions	RO
Other non-litigious requests according to the Civil Procedure Code and the Civil Code (civil, litigation with professionals, minors and family)	RO
Etc.	IT

Table 6. Types of case categories included by three different member states in the CEPEJ ‘Civil (and commercial) non-litigious cases, 2016’

Such situations show that the comparability of data in the CEPEJ case categories is more a desirable achievement than the actual reality. This reinforces the conviction that the comparability cannot be taken for granted and improvements should be considered for future evaluations.

Further, it is not clear whether significant differences among the type

of cases included in a CEPEJ case category or flagged by the Member States as being included in a specific category of cases are due to the structural limitations. Thus, a limitation that is due to the way the cases are registered and collected, the detail of information included in the registration of the case within the courts' systems, or whether there are additional reasons such as the respondents' individual perceptions or interpretation of the question. Other reasons that could lead to case categories inconsistencies are the differences in domestic approaches towards what would be considered a litigious or non-litigious case, or whether certain requests are dealt with by administrative authorities or the courts. All these differences and inconsistency in datasets affect the coherence of the data and its quality. Hence, Member States data that is not equivalent is directly compared against each other without sufficient cautions.

Findings 6: The typology of national cases included in the CEPEJ case categories is often not exhaustively clarified by the Member States.

The comparability of data in the CEPEJ case categories cannot be taken for granted, at the moment it is more a desirable achievement than a reality.

The inconsistencies are sometimes related to the different domestic approaches towards how a certain case would be qualified: civil (and commercial) case litigious or non-litigious or an administrative case.

Inconsistencies related to the nature of a case

On the basis of punctual information provided by the Member States on the type of cases they count for the CEPEJ case categories, another element that leads to inconsistencies in datasets across various jurisdictions is related to the legal nature of particular cases. The legal nature of the case, meaning whether a specific claim is an administrative, civil and/or commercial, litigious or non-litigious, is established by domestic legislation.

An example in this regard is the way the cases of interdiction and incapacitation are categorised in France and Italy. In France, there is an indication that at least part of such cases are handled and counted as civil litigious cases. According to an explanation provided by the French CEPEJ contact, since 2014 the cases regarding persons in psychiatric care are counted as litigious civil cases. In Italy, cases regarding interdiction and incapacitation are counted in the category 'civil (and commercial) non-litigious cases'.⁶⁶ Therefore, information with regard to the specific type of

⁶⁶ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States*,

cases and their inclusion in a category or other of the Annual EU CEPEJ Study cannot be taken for granted, as national differences exist and they might not be immediately visible to the reader based on charts information.

Findings 7: Information on the specific types of cases and their inclusion in a category or other of the Annual EU CEPEJ Study cannot be taken for granted.

The legal nature of a case is established by domestic legislation, national differences exist, and they might not be immediately visible to the reader based on charts information.

Inconsistencies related to the status of a case

The status of a case according to the CEPEJ categories can be ‘incoming’, ‘pending’ or ‘resolved’. Inconsistencies appear to be especially related to ‘pending’ and ‘resolved’ cases, as this status depends on national legislation. Hence, what is considered to be a ‘pending’ or a ‘resolved’ case might differ from a Member State to another, or even within the same legal system, if domestic legislation has been amended over the years. An example in this regard is Romania. As Table 5 above shows and the CEPEJ Study clarification reveals an amendment of the national norms regarding the registration of cases in the court registration system – ECRIS - has led to differences between the number of registered pending cases at 31 December and 1 January of the following. According to Decision No. 46/2012 of the Superior Council of Magistracy amending the definition of the indicators of the court registration system, a case will be considered ‘closed’ only when ‘the final decision, including its reasoning, is drafted, signed and communicated to the parties’.⁶⁷ Thus, since 2014 when the new registration methodology applies, there is a discrepancy between the two indicators as indicated in Table 5. For the two other analysed national systems it is not clear why such inconsistency exist between the pending number of cases on 31 December and 1 January of the following year, or why for certain categories of cases there is a consistency of the statistical data and for the others not, as it is the case in France.

Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 1, CEPEJ(2015)15Part1rev2, Strasbourg, 14 March 2016, p. 275 and 277.

⁶⁷ According to the explanation provided by the Romanian CEPEJ contact, a case is considered to be ‘closed’ only when the final decision, including its reasoning is drafted signed and communicated to the parties’, and for this reason the number of pending cases on 31 December 2013 cannot be identical to the number of pending cases on 1 January 2014. CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013-2014, Part 1, CEPEJ(2015)15Part1rev2, Strasbourg, 14 March 2016, p. 279.*

Such differences between the two indicators can be problematic from an internal perspective, especially as the Scoreboard relies only on one of these indicators, the number of pending cases on 31 December for the evaluation of the efficiency Member States' justice systems. This can create additional distortions in the way the data presented are interpreted and used.

Further, the national approach to consider a case 'closed', therefore, no more pending, influences the results of a justice system in terms of effectiveness and time needed to resolve a certain type of case. This certainly affects and influences the results of a Member State justice system in the Scoreboard charts.

Findings 8: Inconsistencies appear with regard to the 'pending' and 'resolved' status of a case, as this status depends on national legislation.

The national approach to consider a case 'closed', influences the results of a justice system in terms of effectiveness and the time needed to resolve a case.

5.3. Consequences of inconsistencies in case categories

The way various types of national cases are counted and registered in a certain national and/or CEPEJ category of cases, together with the nature of the cases according to domestic legislation and their status at a particular moment in time can have important implications for the results of a justice system (i.e. length of judicial proceedings and clearance rate). For example, a case in France where the judge is required to verify acts and confer authenticity to a document, such as for the homologation of an agreement resulting from methods of alternative dispute settlements (mediation, conciliation, transaction or participative procedure) is likely to require a shorter period of time. Additionally, the case is less complex than other civil claims where there is a dispute between the parties such as regarding the validity of a title or the existence of the debt.⁶⁸ Another example in this regard is the opposition to administrative sanctions, such as traffic fines. These cases are considered civil cases in Italy. In other jurisdictions, such as Romania, the case will be considered administrative.⁶⁹ Additionally, according to the explanations provided by the Italian Ministry of Justice for the 2015 Annual CEPEJ Study, the introduction of a court

⁶⁸ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States. Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013*, CEPEJ(2014) 17final (v2.0 – 16 feb.2015) Strasbourg, 16 February 2015, p. 131.

⁶⁹ *Ibidem*; for traffic offences in Romania, see Government Ordinance No. 2/2012 regarding the legal regime of contraventions.

fee for oppositions to administrative sanctions resulted in a significant drop in the number of incoming cases which further resulted in an improvement of the clearance rate.⁷⁰ Hence, in comparing the clearance rate between the two countries, the improvements might not be related to an improvement of the effectiveness of court activity, but to other factors, such as court fees and barriers to access to justice.⁷¹ Furthermore, it would be difficult to compare the results in this area between Romania and Italy as the case would be counted for different CEPEJ categories. The result is that data are not actually comparable, or can be compared only in carefully selected cases, with warnings and data tunings.

Further, inconsistencies and discrepancies in the CEPEJ datasets can create more distortions of data interpretation and comparability between the results of various Member States justice systems when taken over by other evaluations such as the Scoreboard. This becomes particularly important when these results that contain inconsistencies and discrepancies contribute to the country's assessment and recommendations regarding justice improvements as part of the European Semester.

Further research should be carried out to weight the impact of the errors identified and to better map the case categories used in the various Member States in order to reduce such error.

5.4. Possible solutions for identical inconsistencies

In the short term, a number of aspects could be considered by the European Commission in addressing data inconsistencies and clarifying this in the Scoreboard and related documents. First, from an internal perspective, it would be useful if the Scoreboard would use complete data series for addressing the court's caseload argument. This would make certain implicit variables (i.e. number of resolved cases and number of pending cases on 1 January) immediately visible to the reader. Second, it would be useful for the Quantitative Data Figures to include, below the charts, the

⁷⁰ CEPEJ, *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States. Facts and figures from the CEPEJ questionnaires 2010-2012-2013*, CEPEJ(2014) 17final (v2.0 – 16 feb.2015) Strasbourg, 16 February 2015, p. 131.

⁷¹ In Italy a court fee for opposition to administrative acts was included in 2010 and this influenced the number of incoming cases (Decree of the President of the Republic No 115/30 May 2012). In Romania a court fee for contesting traffic fees as administrative acts was introduced in 2013 (Art. 19 Government Emergency Ordinance No. 80/2013), but the contact point for Romania has not made any remarks in the evolution of caseload determined by this amendment in court fees.

same type of warnings the Scoreboard includes with regard to particular data distortions, modifications in the collection of data methodologies in certain Member States, and particular national situations that influence the results of the variables. Another welcomed development that could be easily achievable would be for the European Commission to publish an additional document to the Scoreboard which includes all the additional information and clarifications that can explain the values and results of the datasets used, giving the interested reader the full possibility of understanding and analysing in-depth the results of a particular justice system in a specific area of law or category of variables/indicators. Only detailed and clear information on the results and actions undertaken in a justice system can serve as an example for other justice systems that seek to achieve similar results.

Further, in the short to the long term, steps should be taken to clarify and address identified inconsistencies in the Member States' historical data series in the Annual EU and Biannual CEPEJ Studies as well as in the information provided by Member States. Some of these actions require coordinated or concerted measures between the Member States and the CEPEJ. This concerns particularly the improvement of the soundness of the statistical data and data series that can facilitate comparison at national and European level. In addition, each Member State should make clear and exhaustive the type of cases it includes in each of the CEPEJ categories. Having a clear image of the type of cases that are included in a particular category can facilitate the understanding of the results, of the way a certain justice system performs, works, and where particular actions to improve results are necessary. In managing to have a clearer understanding of the typology of cases included in the CEPEJ categories, in the medium to long term, consideration should be given to the possibility of carrying out more in-depth analysis of results in clusters of Member States that have a similar approach in terms of categories of cases. This could make data more easily comparable.

6. Concluding remarks

This paper identified two fundamental problems which undermine the EU Justice Scoreboard: a problem of definition, where the concept of efficiency but also of workload and caseload are concerned, as well as a problem of data, both in terms of quality and comparability.

The findings of this analysis on the variables concerning the number of cases in the Scoreboard together with similar problems associated with measuring the number of judges identified by another scholar (Marco Fabri) suggest that extreme caution should be exercised in the use of such indicators for comparative purposes among justice systems in the academic and political debate. The quality and soundness of the present data can hardly allow a political or legislative comparative discourse based on efficiency between EU jurisdictions due to inconsistencies and comparability deficiencies.

A full or partial comparability of data regarding the cases a justice system receives, resolves and remain pending across jurisdiction will be possible only if factors that lead to inconsistencies, as identified by this paper, are set aside or isolated. Otherwise, results must be considered with great caution and any kind of comparability on the existing datasets between the Member States must be addressed with care and in a broader framework that provides all the particular details that characterise the registered values.

Abstract

The paper discusses the consistency, reliability, and compatibility of the data set and the appropriateness of indicators used by the EU Justice Scoreboard to assess the efficiency of European justice systems. The EU Commission has introduced the Justice Scoreboard as a tool providing objective, reliable, and comparable data on the functioning of the justice systems of all Member States (EU Commission 2013, p.3). This instrument is formally directed toward strengthening the rule of law, the functioning of national justice systems, and upholding more effective justice. The tool identifies the comparison of the efficiency of Member States justice systems and of other variables as specific means to reach such objectives.

This paper analyses conceptual flaws and data quality problems, which undermine the use of the tool. From a conceptual perspective, the study makes clear that caseload data are used to measure workload. Furthermore, the Scoreboard uses the numbers of cases (incoming, pending and resolved) and indicators of effectiveness like clearance rate and length of proceedings to measure the efficiency of justice systems.

The assessment of how Member States count apparently simple categories of cases as administrative and litigious or non-litigious civil and commercial cases shows cross-country inconsistencies that make a cross-country comparison at least problematic.

While suggesting some clear actions to improve the flaws, the paper advice to take an extremely cautious approach in using such indicators for comparative purposes in the academic debate and policy-making.

(Endnotes)

1 Rate of resolving non-criminal cases.

2 Number of non-criminal pending cases.

3 The 'uncontested divorces' indicated in this category since 2014 by Italy appears to correspond to the previous 'divorces by mutual consent'.

4 Possibly this could be included in the broader indicated category 'Other non-litigious requests according to the Civil Procedure Code and the Civil Code (civil, litigation with professionals, minors and family)'.

5 This category might be the equivalent of the Italian category 'protective measures for underage'.

6 The 'hereditament' cases indicated in the 'civil (and commercial) non-litigious cases' since 2014 might concern 'inheritances cases', but this cannot be verified on the basis of the CEPEJ Study explanations provided by Member States.

7 Included on the basis of statistical data presented with regard to the 2010-2013 datasets though not expressly indicated by the Italian national contact for CEPEJ. In the 2016 CEPEJ Study the enforcement cases have been included in the 'Other' category of cases.

8 Included on the basis of statistical data presented with regard to the 2010-2013 datasets although not expressly indicated by the Romanian contact for CEPEJ in the 2016 CEPEJ study.

9 Since 2014 included in the 'civil (and commercial) non-litigious cases'.

10 Since 2014 included in the 'civil (and commercial) non-litigious cases'.

PROCESSO CIVILE, CLASS ACTION, ADR

Fabio Santangeli*

Norme processuali nelle giurisdizioni statali tra prassi, regole e principi nel mondo occidentale

SOMMARIO: Introduzione - Prima Parte. Tre utili premesse 1. Prima premessa. Il processo nel diritto europeo medievale e moderno come magistrale esempio di possibile radicale diversità nella scelta delle fonti - 2. (*segue*) Seconda premessa. I principi di ordine pubblico processuale quale elemento da rispettare imprescindibile per qualunque “positore” di regole processuali - 3. (*segue*) Terza premessa. Chi decide quale (giudice e quale) processo. Tra giurisdizione privata e giurisdizione e giurisdizione statale – Seconda Parte. 4. La giurisdizione statale. Chi pone e come le regole del processo - 5. Il legislatore - 5a. (*segue*) Suggerimenti per la redazione di leggi processuali “integrali” e non atomisticamente parcellizzate. Puntualizzazione sul ruolo dei principi - 5b. (*segue*) Suggerimenti per la redazione di migliori leggi in campo processuale - 6. I giudici. Attraverso i precedenti giudiziali - 6a. (*segue*) Le regole processuali dei giudizi determinate da giudici di ultimo grado - 6b. (*segue*) Come migliorare la “qualità” dei precedenti giudiziali in materia processuale così da garantire soluzioni migliori – 6c. (*segue*) Le regole processuali tra binding precedent e prospective overruling – 7. (*segue*) Organismi – 8. Le parti. Regole elastiche del processo – 9. Le regole del processo. Tra duttilità e rigidità. – 10. Considerazioni conclusive. I principi di garanzia come elemento essenziale del processo. Conoscenza, condivisione, democraticità come elemento qualificante dei migliori processi decisionali per la formazione di migliori regole del diritto processuale.

Introduzione

Il tema che tratterò è ampio, ma circoscritto.

Mi propongo di analizzare i vari metodi di approccio alla individuazione (creazione) delle norme processuali e di individuare le migliori dinamiche per la costruzione del diritto processuale civile.

* Professore ordinario di diritto processuale civile presso l'Università di Catania.

- Parte Prima - Tre utili premesse

1. *Prima premessa. Il processo nel diritto europeo medievale e moderno come magistrale esempio di possibile radicale diversità nella scelta delle fonti.*

Il tema della individuazione dei soggetti o delle istituzioni deputate a imporre le regole processuali è ovviamente risalente nel tempo, e diversamente trattato e risolto nelle diverse epoche storiche¹.

Fermiamoci, per avere una dimensione temporale limitata e tuttavia suggestiva, alla formazione del diritto processuale civile nei secoli XVII e XVIII nel diritto europeo².

È il momento affascinante dello scontro tra due visioni contrapposte. La prima, di derivazione romanica, costruisce il processo nel contraddittorio³, nella corretta regolamentazione del dialogo, nell'esaltazione del metodo dialettico, della verità probabile; in ambito istruttorio valorizza la testimonianza⁴ e l'assunzione della stessa in giudizio (e non *aliunde*), in un processo che è caratterizzato dal ruolo importante attribuito agli avvocati, e l'inquadramento del giudice come figura di operatore professionale.

La seconda, di derivazione germanica⁵, esalta il concetto dell'ordine nel processo; esplicita la svalutazione del ruolo degli avvocati, laddove il

¹ Per una attenta analisi dei rapporti tra giurisdizione e sovranità nel diritto processuale europeo, con la chiara dimostrazione di come la tradizionale affermazione della giurisdizione come emanazione della sovranità e funzione fondamentale dello Stato sia semplicemente errata sotto un profilo storico, N. PICARDI, *Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statale*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, p. 685 ss.

² La letteratura in materia è sterminata. Rinvio a PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, p. 104 ss., ivi anche per ulteriori citazioni. Di particolare interesse il raffronto operato sulle concezioni di due giuristi del Seicento, l'italiano Sigismondo Scaccia ed il germanico Althusius, particolarmente sensibili ai problemi generali del processo e del giudizio.

³ GIULIANI, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Atti del X Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Bari, 3-5 ottobre 1974, a cura di R. ORECCIA, Milano, 1976, p. 169 ss.

⁴ GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961, p. 115 ss.

⁵ La concezione "germanica", va rammentato, si pone anche come reazione al fenomeno delle cd. *Litis immortales* che la applicazione deteriora della idea romanica del processo nei fatti spesso provocava; si comprende, così, il fascino per regole più autoritarie ma sperabilmente più efficaci, e il tentativo di individuare criteri decisori della controversia fondate su regole di automatica applicazione, guidate da criteri "matematici", piuttosto che fondati su logiche dialettiche.

giudice è ritenuto il migliore avvocato delle parti⁶. Definisce il ruolo statale del giudizio, la prevalenza del documento sulla testimonianza, l'aspirazione alla verità materiale o formale, ma comunque non alla verità "probabile"⁷. Determina l'inquadramento del giudice come funzionario dello stato, e non quale figura tecnico-professionale come invece l'avvocato⁸.

Ora, nella idea romanica, il processo non è regolato da leggi statali, ma da leggi logiche, e da regole desunte da avvocati e giudici insieme, dalla prassi; anzi, le regole processuali non possono essere decise da una legge⁹. Al

⁶ Del resto, già Leibniz aveva ridimensionato la funzione dell'avvocato, sostenendo che il giudice è, d'ufficio, l'avvocato generale delle parti; confr. GRUA, *La justice humaine selon Leibniz*, Paris, 1956, p. 263.

⁷ PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, cit. 117, rammenta come, secondo questa concezione, alla concezione classica della verità «probabile» subentrava la fiducia nell'esistenza di una verità oggettiva, assoluta, precostituita, diversamente individuata sulla base di postulati razionalistici, con la verità «materiale» o con la verità «formale». E queste verità possono, secondo tali teorie, essere attinte anche al di fuori del contraddittorio. Correlativamente, in quest'epoca, si delineava la tendenza a svalutare la prova testimoniale e la tendenza a privilegiare il documento, la prova precostituita e la prova legale. Il nuovo *ordo* presenta, in definitiva, un carattere «asimmetrico» in quanto fondamentalmente impostato sull'autorità, sulla gerarchia e sulla logica burocratica (GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, p. 85 ss, lo distingue dall'ordine isonomico che connota invece l'*ordo iudiciarius*, fondato sull'uguaglianza.).

⁸ Il ruolo del giudice era così radicalmente mutato. La funzione giudiziaria veniva spersonalizzata ed attribuita ad un giudice concepito come *homo burocraticus*, il cui compito era prevedibile, fungibile e controllabile. La *iurisdictio* era ormai considerata come *pars summi imperii*.

⁹ PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, 114, "Fino all'età moderna la procedura era considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione della prassi dei tribunali e della dottrina. In effetti, durante il tardo diritto comune, in Italia si sosteneva ancora che lo Stylus o consueto *curiae pro lege habetur*. Anzi, la prassi, purché fosse *rationabilis*, doveva essere osservata anche se *contra ius*, altrimenti sarebbero stati nulli gli atti processuali («*nulla sit citatio facta contra stylum*») ed il giudice sarebbe stato esposto a responsabilità («*non observans stylum litem suam facit et tenetur in Syndicatu*»). In altri termini, si riconosceva al tribunale il potere di stabilire i modi stessi del suo operare; la procedura, con il suo carattere pubblico, argomentativo e giustificativo, rappresentava un capitolo della dialettica. L'*ordo iudiciarius* aveva natura originaria e, in un certo senso, extra statutale: nessuno, neppure il papa, avrebbe potuto prescindere. L'intervento del principe, o comunque di una volontà esterna, avrebbe rappresentato una *perversio ordinis* e si sarebbe tradotto in un'azione odiosa, quanto quella di alterare la moneta. In definitiva, all'*ordo iudiciarius* (inteso come *ordo quaestionum* e *ordo probationum*) veniva riconosciuto un carattere extra statutale nel senso che esso dipendeva non da una volontà ordinatrice esterna, ma dagli stessi principi della dialettica. L'*ordo* mirava a garantire l'uguaglianza fra i governanti ed i governati, «*princeps citationis defectum supplere non potest*». Il giudice, che rivestiva un carattere professionale e non burocratico,

contrario, seconda la visione germanica, la giurisdizione è necessariamente statale¹⁰, e da ciò discende che le regole del processo le determina ovviamente la legge statale.

Dunque, regole processuali antitetiche, ricavate da poteri di creazione delle stesse antitetici¹¹; evidente la correlazione, e la conclusione della dimensione politica nella individuazione del soggetto istituzionale chiamato a determinare le regole.

Ma c'è tuttavia un automatico insegnamento da trarre quanto alle regole processuali che, ad esempio, disegnerà la prassi piuttosto che il legislatore, come è stato per il processo europeo del diritto moderno? Tenderei ad escluderlo. Un esempio immediato oggi può ricavarsi dall'ordinamento Italiano; quando le regole processuali di fatto sono affidate alla prassi, questa non rappresenta una prassi condivisa da giudici e avvocati, ma scelte che in pratica sono esclusivamente espressione delle determinazioni dei giudici. Si tratta, dunque, pur sempre dell'espressione di un potere statale; nel diritto legislativo, un potere esterno al processo, con regole almeno indirettamente democratiche, nel secondo caso, un potere pur sempre statale perché riservato ad un giudice-funzionario, quanto dunque di più lontano dalle prassi realizzate nell'approccio logico-dialettico del processo romanico in epoca moderna.

assumeva una posizione neutrale, ma non passiva, in quanto la sua funzione era quella di scegliere, nel contraddittorio delle parti, fra due ipotesi argomentative (*fecisti* – non *fecisti*), evitando ogni *perversio ordinis*. L'ordo iudiciarius, in quanto garanzia di uguaglianza, ben può essere definito, pertanto, un tipico esempio di «ordine isonomico».

¹⁰ Con la formazione degli Stati moderni, pur fra notevoli resistenze, si andò, invece, affermando l'opposto principio della statualità del processo: il sovrano rivendicò il monopolio della legislazione in materia processuale. Già nel XVII secolo vennero realizzati i due primi codici di procedura, quello sassone (115) e quello francese (116), con effetto abrogativo rispetto alla prassi. Solo a partire dal XVIII secolo le legislazioni processuali trovarono, però, risvolti e prolungamenti sul piano culturale. Le riforme vennero imposte su più livelli (dall'educazione giuridica all'ordinamento giudiziario e al processo) ed assunsero colorazioni efficientistiche, con particolare attenzione al momento organizzativo. Esempio può essere considerata la *Justiz reform* prussiana che, con il *Prozess-Ordnung* del 1781 (118), realizzò un modello di processo che si colloca agli antipodi del modello italiano.

¹¹ Nell'Europa Continentale, l'ideologia germanica ha avuto il sopravvento, fino ai nostri giorni; e però la riflessione si farebbe ancora più interessante se allargata anche alla dimensione della giurisdizione privata-arbitrale, laddove la prevalenza dell'ideale Romanico può indurre a differenti letture dell'attuale risposta giudiziaria nel continente Europeo.

2. (segue) *Seconda premessa. I principi di ordine pubblico processuale quale elemento da rispettare imprescindibile per qualunque "positore" di regole processuali*

Oggi, però, esistono dei principi e delle regole minimali, definite come ordine pubblico processuale, che debbono essere rispettate tanto nei processi privati che nei pubblici, ed a prescindere da chi dispone principi e regole processuali nel singolo processo o nel singolo ordinamento.

a) *Scontato in prima battuta il riferimento alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e alla giurisprudenza maturata in tema dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo in particolare, ma non soltanto¹², per come ricavata dagli artt. 6¹³ e 13 della Convenzione dalla giurisprudenza di*

¹² V. ad es. l'art. 10 della «*Déclaration universelle des droits de l'homme*» adottata dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Ricordiamo pure l'art. 14 (1) del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, adottato a New York il 16 dicembre 1966. Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta.

¹³ La Corte di Strasburgo nella sua opera di interpretazione e ricostruzione della portata precettiva delle garanzie strutturali del giusto processo, enunciate nell'art. 6 della Convenzione, quali il principio del contraddittorio fra le parti, di imparzialità e indipendenza del giudice, di precostituzione del giudice, di ragionevole durata del processo, di pubblicità delle udienze e delle decisioni, ne ha ampliato il contenuto riconoscendo ad esempio, il principio generale dell'obbligo di motivazione delle decisioni ricompreso nel diritto ad un equo processo, obbligo che però può variare in funzione della natura della decisione e delle circostanze del caso, (v. sentenza *Hirvisaari c. Finlandia*, 27 settembre 2001, punto 30, "*Although Article 6 §1 obliges courts to give reasons for their decisions, it cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument*"); il diritto alla tutela giurisdizionale, non espressamente sancito dagli artt. 6 e 13, che affermano un diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, non necessariamente giurisdizionale. (Al riguardo paradigmatica è la sentenza del 1974 *Golder c. Regno Unito*, in cui la Corte riconosce al diritto di accesso ai tribunali il valore di parte integrante del diritto del giusto processo). Pronuncia che ha poi condotto all'affermazione del diritto al gratuito patrocinio in materia civile, quale strumento di garanzia di un esercizio "reale ed effettivo" dei diritti di difesa e di accesso alla giustizia a favore di chi non ha i mezzi necessari per pagare un difensore (v. sentenza *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, § 26, Serie A n. 32; *Anghel c. Italia*, 25 giugno 2013, in cui la Corte rileva che pur non esistendo una clausola per le cause civili, a differenza che per le cause penali, l'art. 6 §1 può talvolta obbligare lo Stato ad accordare l'assistenza di un avvocato, laddove tale assistenza si dimostri indispensabile per garantire l'effettivo accesso a un tribunale perché la rappresentanza legale è resa obbligatoria, come richiesto dal diritto nazionale di alcuni Stati contraenti in vari tipi di controversie oppure perché la procedura o la causa sono particolarmente complesse). E ancora, il principio della certezza giuridica su cui si fonda l'intangibilità del giudicato "*However, the requirements of*

*Strasburgo*¹⁴.

Notevole, in tali ambiti, il ruolo svolto nel determinare le scelte in materia processuale nei differenti Stati; si veda, ad esempio, per il diritto processuale inglese lo *Human Right Act* 1998, che ha incorporato la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo nell'ordinamento inglese, e che impone al giudice di interpretare le leggi inglesi (anche in materia processuale) in modo da evitare violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione, fino a dichiarare l'incompatibilità della legge interna¹⁵.

b) Ma deve farsi anche riferimento ad altre espressioni normative di rango sovranazionale nelle parti in cui dettano espressamente principi e regole in materia processuale, che impegnano tuttavia solo gli Stati che aderiscono espressamente.

Un esempio particolarmente significativo può ricavarsi dalle disposizioni in materia dell'Unione Europea. Per i principi di ordine processuale che variamente si ricavano, sia indirettamente attraverso l'opera della Corte di giustizia nell'enucleazione di principi di ordine pubblico processuale (il cui

legal certainty are not absolute; in certain circumstances, reopening of proceedings may be the most appropriate reparatory measure where Article 6 requirements have not been satisfied", (V. Gridan ed altri c. Romania, 4 giugno 2013, (nn. 28237/03, 24386/04, 46124/07 e 33488/10), §14-15; Brumărescu c. Romania, 28 ottobre 1999, (28342/95), § 61-62.

¹⁴ L'art. 13, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo a favore di ogni persona i cui diritti e libertà fondamentali riconosciuti dalla Convenzione stessa siano stati violati, inizialmente relegato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ad un ruolo residuale rispetto all'art. 6, a partire dalla sentenza *Kudla*, 20 ottobre 2000, (*Kudla c. Polonia*, n°30210/96) ha assunto un'importanza cruciale nell'interpretazione della Corte, volta ad attribuire una maggiore attenzione all'adeguatezza dei rimedi offerti dagli Stati per la tutela dei diritti violati. Ivi la Corte afferma che l'art. 13 "guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an "arguable complaint" under the Convention and to grant appropriate relief. The scope of the Contracting States' obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint; however, the remedy required by Article 13 must be "effective" in practice as well as in law", e ravvisa una violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione da parte del governo polacco, in quanto la legislazione interna non prevedeva alcun rimedio "efficace", nel senso sia di prevenire la presunta violazione o la sua continuazione, o di offrire un adeguato risarcimento per una violazione già avvenuta, che consentisse al ricorrente di far valere il suo diritto ad un "processo entro un termine ragionevole".

¹⁵ V. *Human Right Act* 1998, Section 4, paragraph 2. In arg. DE LUCA, *La riforma costituzionale tra modernizzazione e continuità*, in DE LUCA (a cura di), *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal constitutional reform act*, Torino, 2016, p. 78 ss.

rispetto è ritenuto necessario dall'art. 45 n. 1 reg. UE n. 1215/2012 affinché una sentenza resa in uno Stato sia obbligatoriamente eseguita negli altri Stati membri¹⁶); sia direttamente dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali

¹⁶ Seppur entro i ristretti limiti che consentono alla Corte di Lussemburgo e ai giudici interni di accertare la contrarietà della decisione ai principi considerati essenziali, cioè la grave violazione delle garanzie processuali, l'ordine pubblico si pone come un ulteriore meccanismo che conduce all'adeguamento dei sistemi processuali degli Stati membri ai canoni comunitari del processo equo. Lo spazio di operatività della clausola è infatti delimitato dall'intensità della violazione, in quanto solo una violazione palese può determinare la negazione del riconoscimento, e dall'onere di far valere già nel corso del giudizio *a quo* la contrarietà ai principi processuali fondamentali, non potendo rinviare la censura al momento del riconoscimento della decisione, salvo in caso di mancata disponibilità dei mezzi di impugnazione nell'ordinamento dello Stato di origine. In tal senso, DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2008, p. 623 ss. In base ad un orientamento ormai consolidato della Corte di giustizia, avviato con la sentenza del 28 marzo 2000 *Dieter Krombach c. André Bamberski*, causa C-7/98 (pronunciata nell'interpretazione dell'art. 27 n. 1 della Convenzione di Bruxelles, 27 settembre 1968), tra i principi fondamentali che compongono il nucleo dell'ordine pubblico vi è anche il principio generale di diritto comunitario per cui ciascuno ha diritto ad un processo equo che si svolga in osservanza delle garanzie processuali ad esso connesse, tutelate sia dalla CEDU sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Il rispetto dell'equo processo, e dei diritti connessi, costituisce quindi un requisito che condiziona il riconoscimento o l'*exequatur* dei provvedimenti stranieri, in forza della clausola dell'ordine pubblico. Nell'impostazione della Corte ad essa non spetta il compito di definire il contenuto dell'ordine pubblico di uno Stato membro, in quanto riservato esclusivamente allo stesso, ma essa è tuttavia tenuta al controllo dei limiti entro i quali il giudice dello Stato richiesto può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una pronuncia resa da un giudice di un altro Stato contraente (v. *Krombach*, punto 23; *Gambazzi/DaimlerChrysler*, 9 aprile 2009, C-394/07, punto 26; *Apostolides*, 28 aprile 2009, C-420/07, punto 57). I limiti della clausola dell'ordine pubblico comunitario rientrano, infatti, nell'attività di interpretazione del Regolamento (e prima della Convenzione di Bruxelles) a cui la Corte di giustizia può essere chiamata in via di rinvio pregiudiziale (*Krombach* punto 22). Ciò implica due ordini di conseguenze: 1) La Corte ove adita a verificare l'operatività della clausola con riferimento al riconoscimento di una sentenza straniera può giungere a identificare il principio di ordine pubblico processuale che si presume violato dalla decisione, allorché esso sia riconducibile ad una fonte di diritto dell'Unione europea. Ed è per questa via che i giudici del *Kirchberg* hanno enucleato dei principi processuali fondamentali, come il diritto di difesa, il principio del contraddittorio, il principio dell'accesso alla giustizia, che assurgono al rango di principi di ordine pubblico comunitario e intervengono, oltre il limite dell'ordine pubblico nazionale degli Stati membri, nell'ambito della procedura di riconoscimento delle pronunce straniere. Non è peraltro da escludere che la ricostruzione della nozione (aperta) di ordine pubblico ad opera della giurisprudenza comunitaria potrà nel tempo arricchirsi di altri valori processuali, quale riflesso anche di un mutato sentire. 2) La nozione di ordine pubblico e la valutazione che il giudice dovrà compiere nel caso in cui la sentenza da riconoscere sia censurata sotto il profilo della violazione dell'ordine pubblico,

dell'Unione Europea¹⁷, e dalla lettura che ne viene data dalla giurisprudenza della Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale¹⁸. Tale disposizione enuncia esplicitamente il principio della effettività della tutela giurisdizionale¹⁹ e individua le caratteristiche che deve avere ogni processo civile come strumento di tutela delle situazioni giuridiche

abilita i vari giudici nazionali ad esaminare l'osservanza delle garanzie processuali europee nell'ambito del processo svolto nello Stato di origine, ed affida anche a loro la possibilità di enucleare i principi e i valori ascrivibili all'ordine pubblico comunitario.

¹⁷ L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, rubricato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale» nella versione italiana e «*Right to an effective remedy and to a fair trial*» nella versione inglese, ha elevato il diritto al ricorso effettivo al rango di diritto fondamentale dell'Unione. La disposizione stabilisce che: «*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.*».

¹⁸ Che a sua volta tiene conto dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento alle regole del giusto processo sancite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, divenuta vincolante anche per l'Unione europea in forza del rinvio contenuto nell'art. 6 §2 del Trattato UE. Pare opportuno ricordare che il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha modificato l'articolo 6 del Trattato UE, il quale adesso prevede, da una parte, che i diritti fondamentali, quali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e, dall'altro, che l'Unione aderisce alla CEDU. Per una panoramica sul percorso evolutivo di formazione giurisprudenziale dei principi processuali, v. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.

¹⁹ Principio che aveva trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Johnston*, 15 maggio 1986, C-222/84, (punto 18), con cui ha statuito che il diritto ad una tutela effettiva costituisce un principio generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sancito anche dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e che nell'ambito del diritto comunitario si deve tener conto dei principi ai quali è ispirata la convenzione. Sull'art. 47 *ex plurimis*, COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2001, p. 477 ss.; TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1173 ss.; DIEZ-PICAZO, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: la prospettiva spagnola*, in *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002, p. 43 ss.; BORRACCETTI, *Art. 47 della Carta, Corte di giustizia e Tribunale di primo grado*, in *Le scommesse dell'Europa. Diritti. Istituzioni. Politiche*, Roma, 2009, p. 233 ss.

soggettive garantite dalle norme sostanziali dell'Unione²⁰; caratteristiche che, fatta eccezione per il diverso ambito di applicazione, corrispondono alle garanzie dell'equo processo offerte dalla CEDU²¹.

A questi principi generali si aggiungono delle regole processuali ben precise, dettate dai vari regolamenti europei con l'obiettivo di sviluppare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri nelle materie civili con implicazioni transfrontaliere²², e dalle direttive riguardanti singole materie, come la parità di trattamento tra le persone e il divieto di discriminazione²³,

²⁰ L'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione limita l'ambito di applicazione della stessa Carta "esclusivamente" all'attuazione del diritto dell'Unione.

²¹ Come evidenziato dalle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", sub Art. 47, pubblicate in G.U.U.E. del 14 dicembre 2007, C303 ss., l'art. 47 riproduce, rispettivamente al primo e secondo comma, l'art. 13 e 6, par. 1, della CEDU, e si pone in linea di continuità, nel terzo comma, con la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo nel prevedere il patrocinio a spese dello Stato, qualora l'individuo non disponga di mezzi sufficienti ed ove la mancanza di un'assistenza legale renderebbe inefficace la garanzia di un "accesso effettivo alla giustizia". Il contenuto omogeneo all'art. 6 della CEDU implica, in virtù del principio di omogeneità sancito all'art. 52, par. 3, della Carta, che ad esso sia riconosciuto lo stesso significato e la stessa portata dell'articolo 6 CEDU, tenuto conto anche dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, il che però non preclude che il diritto dell'Unione (o la Corte di giustizia) conceda una protezione più ampia. Ciò emerge dalle Spiegazioni sub art. 53, ove si legge "Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea [...] La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU".

²² Quali ad esempio, il Reg. n. 44/2001 e Reg. n. 1215/2012, sulla competenza giurisdizionale e riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale; il Reg. n. 2201/2003, sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale; il Reg. n. 805/2004, sul titolo esecutivo europeo; d) Reg. n. 1896/2006, sul procedimento di ingiunzione europea; il Reg. n. 1206/200 sull'assunzione delle prove in materia civile o commerciale; il Reg. n. 1393/2007, in materia di notificazione; il Reg. n. 861/2007, sulle controversie di modesta entità; il Reg. n. 1/2003, in materia di concorrenza; il Reg. n. 4/2009, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari.

²³ V. Direttiva 2006/54/CE sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione; Dir. 2004/113/CE sulla parità di trattamento tra uomini e donne per l'accesso a beni e servizi; Dir. 2000/43/CE sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; Dir. 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione indipendentemente dalla religione o convinzioni personali, dall'orientamento sessuale, dall'età e dalle disabilità. Tali direttive, al fine di assicurare un livello più efficace di protezione contro la discriminazione, dettano norme specifiche riguardanti l'obbligo degli Stati membri di introdurre i provvedimenti necessari

il risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza²⁴, la tutela dei consumatori²⁵ (gli aiuti di Stato illegalmente concessi²⁶), che incidono variamente in materia di legittimazione ad agire, onere della prova, misure di tutela tempestive ed efficaci etc., in favore della parte “debole”.

per consentire alla vittima di una discriminazione di accedere a procedure giurisdizionali e/o amministrative, la legittimazione ad agire anche agli enti esponenziali collettivi, l'onere della prova a carico dell'autore della discriminazione nel caso in cui vi sia una presunzione di discriminazione; e anzi proprio l'errata attuazione della regola europea che alleggerisce l'onere probatorio a carico della vittima di discriminazione ribaltando sul convenuto la dimostrazione dell'insussistenza della discriminazione, aveva portato all'avvio da parte della Commissione di una procedura di infrazione contro l'Italia e l'Austria. Cfr., DI SALVO, *The right to equality and non-discrimination. Recent case-law of the EU Court of Justice concerning the burden of proof*, in *Acts of the conference European Convention on Human Rights. New perspectives and challenges*, 2016, p. 225 ss; OPOLSKA POLYTECHNIC, *Anti-discrimination law on the grounds of Religion within the Italian Legal system: substantive and procedural aspects*, in *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, Vol. 64, Br. 3, 2016, p. 94 ss.

²⁴ V. direttiva 2014/104/UE “relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea”, in particolare artt. 6, 7 e 9, sull'agevolazione nell'accesso alle prove dei fatti, sull'alleggerimento dell'onere della prova a carico del consumatore attraverso il riconoscimento della vincolatività per il giudice civile, ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, della decisione resa da un'autorità nazionale garante della concorrenza sulla violazione del convenuto di una norma di diritto della concorrenza, sulla natura di prova di *prima facie* della decisione di un giudice di un altro Stato membro. Direttiva di recente recepita dal legislatore italiano: v. d.lgs. n. 3 /2017 e, per un primo commento, SASSANI (a cura di) *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, Pisa, 2017. In arg., DE SANTIS, *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in *romatrepress.uniroma3.it*, 2017.

²⁵ V. ad esempio direttiva 93/13/CEE in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (art. 7 sulla legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori per far accertare il carattere abusivo delle clausole redatte per un impiego generalizzato e far cessare l'inserimento); direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (art. 18 sulla risoluzione giudiziale delle controversie stabilisce che gli Stati membri prevedano che le attività dei servizi della società dell'informazione possano essere oggetto di ricorsi giurisdizionali che “consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa”); dir. 98/27/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, che impone agli Stati membri di designare gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative competenti a deliberare su ricorsi o azioni proposti dagli enti legittimati al fine di ordinare con la debita sollecitudine e, se del caso, con procedimento d'urgenza, la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione (art. 2). Per una ricostruzione del quadro normativo europeo, ZENO-ZENCOVICH-PAGLIETTI, “Verso un diritto processuale dei consumatori”, in *Nuova giur. Civ. com.*, 2009, p. 251 ss.

²⁶ In arg. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1413 ss.

L'osservanza dei principi e delle regole processuali provenienti dal diritto europeo costituisce dunque un limite all'esercizio dell'autonomia processuale dei singoli Stati membri²⁷, delimitata dalla necessità che la disciplina interna sia conforme ad esso ed integri gli *standard* di protezione dei diritti di origine comunitaria, elaborati dalla Corte di giustizia al fine di rafforzarne la tutela. Il rispetto delle norme europee impone altresì, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo, al giudice nazionale di adottare una interpretazione adeguatrice della norma processuale interna quando essa non sia compatibile con i principi e le regole di matrice europea. Laddove poi l'interpretazione della disposizione interna ad opera del tribunale nazionale non riesca ad attribuire un significato conforme alle norme europee, il giudice deve procedere, nell'ambito della controversia di cui è investito, alla disapplicazione della norma confliggente, sia essa precedente o successiva alla norma dell'Unione²⁸, senza dover chiedere o attendere la previa rimozione

²⁷ Sull'autonomia processuale degli Stati membri, v. C. giust., 16 dicembre 1976, *Rewe-ZentralfinanzeG e Rewe-Zentral AG*, causa C 33-76, punto 5; C. giust., 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, causa C-50/00, Racc. [2002], I-6677, punto 41, "spetta agli Stati membri stabilire un sistema di vie di ricorso e di procedure che garantisca il rispetto della protezione giuridica effettiva dei diritti derivati dal diritto comunitari".

²⁸ È interessante notare che la Corte costituzionale italiana, chiamata a pronunciarsi più volte sui rapporti tra le norme dell'Unione e le norme interne, si è gradualmente uniformata all'interpretazione della Corte di giustizia. V. sentenza *Granital*, 8 giugno 1984, n. 170 (e, da ultimo, C. giust. 5 dicembre 2017, causa C-42/17) in cui la Corte cost. pur muovendo dalla diversa premessa che l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale sono autonomi e distinti, anche se coordinati tramite un'articolazione di competenze, afferma che laddove vi sia competenza comunitaria in base al Trattato, i giudici comuni a fronte di una normativa interna incompatibile con il diritto comunitario direttamente applicabile, devono procedere all'applicazione di quest'ultimo e alla non applicazione della norma interna confliggente, anteriore e successiva; e osserva che "in tutti indistintamente gli ordinamenti degli Stati membri, quale che poi, in ciascuno di essi, possa essere la giustificazione di siffatto regime alla stregua delle rispettive previsioni costituzionali. Ed è, certamente, significativo che il controllo sulla compatibilità tra il regolamento comunitario e la norma interna, anche posteriore, sia lasciato alla cognizione del giudice ordinario pur dove un apposito organo giudicante è investito, analogamente a questa Corte, del sindacato di costituzionalità sulle leggi. Così accade, sebbene per ragioni in parte diverse da quelle sopra spiegate, nell'ordinamento federale tedesco. Il criterio ora sancito gode, dunque, di generale osservanza. Il che conferma che esso serve a stabilire e garantire condizioni di parità, sia degli Stati membri, sia dei loro cittadini, di fronte al modo come funziona la disciplina, e la stessa organizzazione, del Mercato Comune [....] Vanno denunciate in questa sede quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari".

della stessa da parte degli organi interni competenti.

Ma vi è di più. Anche nell'ipotesi in cui il legislatore europeo non abbia dettato delle norme processuali specifiche, dirette a garantire la tutela dei diritti di origine comunitaria spettanti ai singoli, il giudice nazionale ha tuttavia il dovere di interpretare le modalità procedurali applicabili al ricorso di cui è investito *«per quanto possibile in modo tale che dette modalità possano ricevere un'applicazione che contribuisca al perseguimento dell'obiettivo [...] di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto»* (principio dell'effettività)²⁹, modalità che non possono *«essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale (principio di equivalenza)»*³⁰. Ciò vuol dire che anche in mancanza di specifiche disposizioni europee concernenti i meccanismi giurisdizionali di tutela dei diritti conferiti dall'Unione può ugualmente configurarsi un contrasto tra la disciplina processuale statale e la disciplina europea se gli istituti processuali predisposti dai singoli ordinamenti non assicurano un'adeguata protezione ai diritti comunitari o offrono un livello di tutela inferiore rispetto a quello garantito ai diritti attribuiti dalle norme nazionali. Le norme nazionali saranno in tal caso confliggenti con il diritto all'effettività della tutela.

Il principio di effettività della tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario e il principio di equivalenza divengono, quindi, dei criteri di valutazione dell'eventuale difformità delle norme processuali statali al diritto europeo o agli obiettivi di settore dello stesso, in grado di incidere sulla legislazione processuale degli Stati membri o mediante l'attività interpretativa della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale o mediante l'operato dei giudici nazionali³¹.

L'applicazione di questi principi si spinge infatti fino ad attribuire al giudice dello Stato membro speciali poteri (pur non previsti dall'ordinamento processuale del singolo Stato), volti a garantire l'efficace protezione delle situazioni soggettive accordate dal diritto europeo o di determinate categorie di soggetti, meritevoli di particolare protezione³². E mentre il

²⁹ V. Corte di giustizia, 13 marzo 2007, causa C-432-/05, *Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, punto 44.

³⁰ Corte giust., *Rewe*, cit., punto 5.

³¹ CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, cit., p. 506 ss., il quale rileva che *«l'esercizio da parte degli Stati membri dell'autonomia processuale è stato modulato, attraverso gli orientamenti forniti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in sede di sindacato dei mezzi processuali nazionali, sino a renderlo «servente» rispetto al generale scopo di garantire effettività alle libertà fondamentali e alle disposizioni europee che le concretizzano, secondo un rapporto di sostanziale sussidiarietà»*.

³² Assumono particolare rilievo in tal senso, ad esempio, alcune sentenze della Corte di

principio di equivalenza impone al giudice nazionale solo di ricorrere alla disposizione processuale già presente nell'ordinamento interno per la tutela di posizioni soggettive analoghe, il principio di effettività della tutela dei diritti di derivazione europea esige invece che il giudice nazionale adotti un'interpretazione conforme della norma processuale interna non idonea a garantire l'effettività dei diritti dell'Unione che può spingersi *“sino ad imporre la creazione di una regola ex novo idonea a fornire una adeguata*

giustizia che in virtù dell'obiettivo di assicurare l'effettività della tutela del consumatore, soggetto debole nei confronti del professionista, hanno inciso sulla disciplina processuale degli ordinamenti nazionali; v. ad esempio, Corte giust., 27 giugno 2000, C-240/98 e C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA*, ove si afferma il potere/dovere del giudice nazionale di valutare d'ufficio la nullità delle clausole abusive del contratto di cui è causa anche se l'ordinamento interno non preveda tale facoltà; Corte giust. 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis CA c. Fredout*, ha ritenuto incompatibile il limite temporale previsto dall'art. L. 311-37 del *Code de la consommation* francese per la rilevanza, d'ufficio o a seguito di un'eccezione, del carattere abusivo di una clausola contrattuale nei procedimenti aventi ad oggetto l'esecuzione di clausole abusive promossi da professionisti nei confronti di consumatori, rilevando al riguardo che *“ritenere che una norma processuale che vieti al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata da un consumatore l'abusività di una clausola la cui esecuzione viene richiesta dal professionista è idonea a rendere eccessivamente difficile, nelle controversie in cui i consumatori sono convenuti, l'applicazione della tutela che la direttiva intende loro garantire”*; Corte giust., 9 novembre 2010, causa C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt c. Ferenc Schneider*, investita dal *Budapesti II. és III. kerületi bíróság* (Tribunale dei distretti II e III di Budapest) della questione pregiudiziale se *“la tutela dei consumatori garantita dalla direttiva (...) richieda che il giudice nazionale valuti d'ufficio – indipendentemente dalla natura del procedimento, sia esso o meno contraddittorio – anche senza una specifica richiesta al riguardo, nell'ambito dell'esame della sua competenza territoriale, il carattere abusivo di una clausola contrattuale ad esso sottoposta”*, ha stabilito che il giudice nazionale, al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva contenuta nel contratto abbia carattere abusivo deve adottare d'ufficio misure istruttorie, attribuendo il tal modo al giudice un potere istruttorio non sempre previste dai sistemi processuali nazionali, come ad esempio il sistema inglese e quello spagnolo. Sul potere di rilievo officioso del giudice spagnolo, v. NIEVA FENOLL, *La actuación de oficio del juez nacional europeo*, in *Diario La Ley*, n. 9000, 2017.

*protezione giurisdizionale del diritto*³³, o proceda alla sua disapplicazione³⁴.

c) *Codici modello e soft law*

Inoltre, ad esempio per i paesi del Sud America, spesso è determinante il riferimento a testi, regole, principi, espressioni di alcune associazioni-istituzioni, i cui “prodotti” assumono una importanza notevole nelle determinazioni dei singoli paesi, pur in assenza di un vincolo normativo.

Così, ad esempio, il *Codigo Modelo Procesal Civil*³⁵, il *Código Modelo*

³³ Cfr. CARRATTA, A., *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, cit., 508, secondo cui “Il sindacato fondato sul principio di effettività consente in effetti alla Corte di analizzare le normative processuali nazionali dal punto di vista del livello di tutela giurisdizionale da esse assicurato alle posizioni giuridiche derivanti dal diritto dell’Unione e, indirettamente di verificare quanto queste normative siano conformi alle libertà fondamentali fissate dal Trattato”. L’autore individua nella giurisprudenza della Corte di giustizia tre diverse linee di tendenza nell’affermare la supremazia del principio di effettività rispetto alla disciplina processuale dei singoli Stati membri che si differenziano per il grado di incisività sugli ordinamenti processuali interni; sul principio di effettività v. anche TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l’opera della Corte di giustizia*.

³⁴ V. Corte giust., 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame Ltd*, ove ha giudicato contrastante con il diritto comunitario una norma inglese che osta alla concessione di provvedimenti provvisori in attesa della pronuncia sull’esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario; Corte giust., 14 dicembre 1995, Causa C-312/93, *Peterbroeck*, nella pronuncia resa sulla questione posta dalla *Cour d’appel* di Bruxelles, vertente sull’interpretazione del diritto comunitario quanto al potere del giudice nazionale di valutare d’ufficio la compatibilità del diritto nazionale con il diritto comunitario, ha affermato che la norma processuale belga che preclude al giudice di rilevare tale incompatibilità, ove non invocata dal singolo, deve essere disapplicata.

³⁵ Il *Código Procesal Civil “Modelo o Tipo”*, è stato approvato nel 1988 nell’ambito delle *XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Rio de Janeiro) per dare impulso ad una trasformazione dei sistemi processuali allora vigenti, per lo più influenzati dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil Española* del 1855 e ritenuti ormai inefficienti. Esso si fonda su taluni principi base come l’oralità, l’immediatezza, la concentrazione e la pubblicità degli atti, l’imparzialità e l’indipendenza del giudice, l’accesso alla giustizia, l’uguaglianza delle parti, la deformalizzazione dei procedimenti civili; cfr. GELSI BIDART A., TORELLO L., VESCOVI E., *Hacia la preparaciòn de Codigos Procesales Modelos: las bases para la reforma*, in *Codigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamerica*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 25 ss.; GELSI BIDART A., *Código tipo y reforma del proceso en América Latina: Entre derecho común o uniforme*, in *Un “codice tipo” di procedura civile per l’America Latina*, (a cura di) SCHIPANI-VACCARELLA, Padova, 1990, pp. 41 ss.; sugli antecedenti progetti, v. VESCOVI E., *El proyecto de Código procesal uniforme para America Latina*, in *Rev. Inst. Colombiano de Der. Proc.*, n. 4/1986.

*Procesal Penal*³⁶, il *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*³⁷ e le *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*³⁸, elaborati dall'*Instituto Iberoamericano de Derecho*

³⁶ Il *Código Modelo Procesal Penal*, ispirato ad un modello teorico accusatorio, si fonda su principi base come ad esempio la separazione delle funzioni processuali di accusa, difesa e giudizio, l'effettività delle garanzie del giusto processo, l'inammissibilità della prova ottenuta illecitamente, l'attenuazione del principio dell'obbligo di azione legale in talune ipotesi, v. per tutti, BERTOLINO P., *La situación del procesopenal y la influencia del Código Modelo Procesal Penal para Iberoamerica*, in *Roma e America. Dir. Rom. Com.*, 2004, p. 322 ss.

³⁷ Approvato nel 2004 nell'ambito delle XIX *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Caracas) allo scopo di garantire la tutela effettiva degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori; a tal fine le preesistenti regole dei diversi ordinamenti processuali iberoamericani in materia di protezione giurisdizionale degli interessi superindividuali (come ad esempio quello brasiliano), vengono arricchite e perfezionate creando così un modello di tutela originale. Tra le peculiarità di questo modello processuale vi è il rafforzamento della posizione del giudice nella conduzione del processo, l'attribuzione della legittimazione ad agire agli enti esponenziali, l'adozione di misure cautelari, il potere di iniziativa probatoria del giudice, l'efficacia *erga omnes* della sentenza passata in giudicato, salvo che la domanda sia stata rigettata per insufficienza di prove. Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, A., *Le azioni collettive ibero-americane: nuove questioni sulla legittimazione e la cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 10 ss.; ID, *Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, in *Roma e America. Dir. Rom. Com.*, 2004, p. 258 ss.; BUJOSA VADELL, *La posición del juez en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, in www.ambito-juridico.com.br.

³⁸ Cfr. www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf; "Reglas" approvate nel 2008 durante il XIV *Cumbre Judicial Iberoamericana* (struttura di cooperazione e coordinamento composto dai vertici delle massime autorità giudiziarie iberoamericane) con l'intento di promuovere l'adozione da parte degli operatori del sistema giudiziale di misure volte a facilitare l'accesso alla giustizia dei soggetti in condizione di vulnerabilità, in modo da ridurre o eliminare le difficoltà e gli ostacoli al pieno esercizio dei loro diritti. Secondo la classificazione contenuta in queste regole, costituiscono, tra gli altri, elementi di vulnerabilità, l'età, la disabilità, la povertà, l'appartenenza a comunità indigene, il genere e la mancanza di libertà. Tali misure sono già state implementate in alcuni paesi iberoamericani, come il Paraguay, la Colombia, il Messico e il Perù che ha approvato il 7 aprile 2016 il "*Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021*". V. ANDREUGUZMAN, F.- COURTIS, C., *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, in *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 25 ss.; SILVINA RIBOTTA, *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia*, in *Revista Electrónica Iberoamericana*, www.urjc.es/ceib, 6/2012.

Procesal e dalla *Cumbre Judicial*. Si tratta di regolazioni di *soft law*, create allo scopo di fornire un modello-base di processo civile³⁹, di processo penale e di processo collettivo, e tuttavia recepiti negli ordinamenti nazionali⁴⁰ in virtù dell'autorevolezza e del pregio riconosciuto a questi corpi organici elaborati da giuristi⁴¹.

d) *Principi e regole processuali di ogni singolo ordinamento, in definitiva, non sono più "liberi", ma si costruiscono all'interno di una cornice da cui non si può più prescindere.*

³⁹ E promuovere altresì la diffusione di un unico "*modus operandi*" processuale nei paesi dell'America Latina, in grado di favorire l'integrazione e la cooperazione giudiziale. Cfr. GELSI BIDART A., *Código tipo y reforma del proceso en América Latina: Entre derecho común o uniforme*, cit., p. 57.

⁴⁰ Ad esempio, il *Código Procesal Civil Modelo* è stato integralmente recepito nel *Código general del Proceso* dell'Uruguay e parzialmente nel *Código Procesal Civil* peruviano del 1992, nelle province argentine della Terra del fuoco, nelle riforme del sistema processuale brasiliano. Sull'applicazione del Codice Modello in America Latina, v. SIMON L. M., *La aplicación del Código Procesal Civil en Iberoamérica*, in *Revista uruguya de derecho procesal*, 2003, *passim*; con riferimento al codice dell'Uruguay, da ultimo SANTIAGO PEREIRA CAMPOS, *Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, in *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2009, p. 1 ss.; con riferimento al codice peruviano, MONROY GALVEZ J., *La reforma del proceso civil peruano quince años después*, in *Reforma procesal civil*, OTEIZA E., coord., Buenos Aires, 2009, p. 125 ss.; con specifico riferimento alle modifiche del codice di rito brasiliano v. PELLEGRINI GRINOVER, A., *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño*; BARBOSA MOREIRA, *Os novos rumos do processo civil brasileiro entre dois mundos*, in *Oitava Serie*, 2004, p. 41 ss.; BERIZONCE, R. O., *El nuevo CPC brasileño. Hacia la efectivización de los derechos y garantías fundamentales*, in *Revista de informação legislativa*, 48, n. 190, 2011, p. 203 ss.; da ultimo, WAMBIER ARRUDA ALVIM T., *Le novità del codice di procedura civile brasiliano.....*; con riferimento al codice dell'Uruguay, da ultimo SANTIAGO PEREIRA CAMPOS, *Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, in *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2009, p. 1 ss. Il codice per i processi collettivi è stato recepito in Uruguay e Argentina.

⁴¹ Giuristi che avanzano anche proposte di attualizzazione di questi corpi, talora allo scopo di adeguarli ai nuovi diritti economici, sociali e culturali riconosciuti dalle più recenti Costituzioni nazionali e dalle Convenzione Americana sui diritti umani; con riferimento al codice modello del processo civile, v. ad esempio BERIZONCE, R. O., *Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica*, in *Civil Procedure Review*, n. 2/2011, p. 104 ss., il quale osserva che "*se gestan nuevos desafíos para el legislador, y no menos acuciantemente para los jueces, llamados todos a imaginar nuevos y más complejos instrumentos y técnicas procesales de todo tipo, para asegurar en concreto la virtualidad y operatividad de todo el catálogo de los nuevos derechos y garantías*".

3. Terza premessa. Chi decide quale (giudice e quale) processo. Tra giurisdizione privata e giurisdizione statale

La terza e ultima premessa attiene all'esigenza di individuare, prima delle regole processuali, quale sia il giudice deputato a decidere la controversia in materia civile; in particolare, se la scelta debba ricadere sulla giurisdizione statale, o se le parti possano alternativamente rivolgersi anche ad una giurisdizione privata.

È questa, nella più parte dei casi, la soluzione adottata nei diversi ordinamenti; sono, cioè, le parti concordemente a decidere se affidarsi all'una o all'altra giurisdizione (ferma l'attribuzione alla giurisdizione statale in ipotesi di disaccordo); e tuttavia, alcuni Stati ritengono di riservare una "fetta" di giurisdizione esclusivamente alla giurisdizione statale, come ad esempio nell'ordinamento Italiano, che impedisce l'accesso alla giurisdizione privata per i c.d. "diritti disponibili"⁴².

Beninteso, la scelta di adire una giustizia privata o pubblica non è poi non così libera, dato che è fortemente condizionata dal comportamento dello Stato in cui la decisione dovrà essere utilizzata. Se l'ordinamento statale "adotterà" la decisione arbitrale attribuendole la stessa efficacia di una decisione di un giudice, questo sarà una spinta alla libera scelta delle parti; se invece non la riconoscerà, o frapperà forti limiti e condizioni al riconoscimento, allora i privati saranno indirettamente spinti a ricorrere

⁴² Note le ragioni di tale limitazione, difesa pel tramite di vari argomenti (vedine, ad esempio, in RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002) ma non indiscussa (cfr. tra le altre le opinioni G. VERDE, o di RICCI, E. F., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 951 ss., che a suo tempo osservava di non riuscire a comprendere il "legame tra arbitrabilità della controversia e carattere disponibile dell'oggetto in lite, perché mi pare che di tale oggetto si disponga non tanto mediante la scelta di un arbitro in luogo di un giudice togato, quanto mediante la scelta di un giudizio di equità in luogo del giudizio di diritto"; adde CAPONI, "Natura" dell'arbitrato e controversie arbitrabili, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Scritti offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 123 ss.; tutti favorevoli alla previsione dell'arbitrato anche in liti su diritti indisponibili). Si aggiunga che la nozione di indisponibilità è soggetta a mutamenti, nel tempo e nello spazio, per ragioni sovente di carattere ideologico: BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, Torino, 1999, I, p. 59-62 che definisce la indisponibilità come un "concetto assai vasto ed al contempo assai vago, legato al carattere prioritario che in un momento storico l'ordinamento attribuisce a taluni diritti sulla base di valutazioni solo in parte di ordine giuridico e assai spesso di matrice politica e sociale, di cui il legislatore non offre una definizione comprensiva ed unitaria ma del quale si ritrovano sparsi nella disciplina normativa, sia sostanziale che processuale, cenni e riferimenti". Precisando poi che "l'evanescenza si coniuga così con l'estrema mutevolezza, per cui diviene frequente rilevare l'esistenza di situazioni qualificate come indisponibili che divengono disponibili e viceversa".

alla giurisdizione statale⁴³. Un esempio estremo in argomento si può ricavare dalle differenti posizioni che gli ordinamenti assumono nei confronti dei c.d. *faith based arbitration*, nei cui confronti il differente approccio da parte dei vari Paesi rivela la maggiore o minore tensione dello Stato laico e multiculturale all'accettazione di moduli decisori fondati su differenti valori⁴⁴.

Quando poi le parti decidono di affidare la controversia ad una giurisdizione privata, il tema della posizione delle regole processuali va diversamente declinato; la scelta può ricadere su organismi arbitrali dotati per lo più integralmente di regole proprie (il c.d. Arbitrato amministrato), oppure le parti potranno influire più direttamente sulla scelta degli arbitri, come anche delle regole processuali da adottare, se del caso attribuendo anche agli arbitri questo potere⁴⁵.

E poi, certo, le parti possono scegliere invece di affidarsi alla giurisdizione statale o alle giurisdizioni internazionali quando competenti. In questo caso, la situazione cambia.

Ed è questo il tema centrale delle mie riflessioni in questo contributo, cui dedico la seconda parte di questo scritto.

⁴³ Tra le altre ragioni volte a favorire la scelta arbitrale dipendenti da istituti apprestati dai singoli ordinamenti potrebbero altresì menzionarsi il conferimento agli arbitri del potere di emettere provvedimenti cautelari o, più in genere, la quantità e qualità di meccanismi di assistenza giudiziaria all'arbitrato (si pensi all'assistenza necessaria in materia di istruzione probatoria): v. diffusamente FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, Torino, 2014, p. 175 ss., nonché, circa i poteri cautelari, 178 nt. 195.

⁴⁴ ABBAMONTE, *L'esperienza dei faith-based arbitrations*, in Ontario, Stati Uniti e Inghilterra, p.1 ss, in *Studi in onore di Nicola Picardi*, I, Pisa, 2016.

⁴⁵ A tal proposito, si enucleano talune disposizioni o principi inderogabili, scorrendo di garanzie processuali minime, incompressibili in arbitrato sia se per iniziativa degli arbitri che per comune accordo tra le parti, identificate nei principi facenti parte del concetto di giusto processo. In arg., FABBI, *Art. 816-bis c.p.c.*, in COMOGGIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, Milano, 2014, C.3; in precedenza, FAZZALARI, *L'arbitrato*, Milano, p. 54, nonché CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 146, per l'affermazione secondo cui l'ordinamento non può mai abdicare a principi generali di "ordine pubblico", quali l'insieme di garanzie e regole "che oggi potremmo definire del giusto processo e che troviamo codificate nell'art. 111 Cost. (il contraddittorio; l'imparzialità; la motivazione; l'impugnativa per vizio di legittimità)"; RICCI, G. F., *sub art. 816-bis*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, p. 466; AULETTA, *Autonomia delle parti, poteri degli arbitri e procedimento arbitrale*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2011, 2, p. 385 ss.

- Parte seconda - La giurisdizione statale

4. *La giurisdizione statale. Chi pone e come le regole del processo*

Nella giurisdizione nazionale più sono i soggetti che nei diversi ordinamenti, ed in modi diversi, possono porre le regole da applicare, nella individuazione del giudice, nella definizione della competenza, nella determinazione delle regole processuali⁴⁶.

Può essere direttamente il legislatore, attraverso le leggi processuali. Possono essere i giudici, per delega del legislatore, o per “autoattribuzione”. Possono essere organismi per questo creati dal legislatore o per “autoinvestitura”. Possono essere le parti del processo.

Ogni soluzione ha, come sempre, pregi e difetti.

E va parametrata, peraltro, con una contestuale riflessione, ovvero, la figura del giudice nella giurisdizione statale, che in alcuni ordinamenti è pubblico funzionario a seguito di concorso, in altri organismo elettivo, in altri nominato dal potere politico⁴⁷ o con il concorso di organismi indipendenti⁴⁸, in altri ancora nominato per cooptazione. È naturale come questo aspetto svolga una funzione centrale in qualunque riflessione sulle fonti e sulle dinamiche di posizione delle regole processuali nei vari ordinamenti; data l'ampiezza, questo contributo non conterrà tuttavia alcuno approfondimento sul punto, pur nella consapevolezza della assoluta importanza di questa riflessione.

⁴⁶ Rimando tuttavia al § 2. *I principi di ordine pubblico processuale quale elemento da rispettare imprescindibile per qualunque “positore” di regole processuali*, per il richiamo delle disposizioni e dei principi processuali che vincolano comunque qualunque “positore” nazionale di regole processuali, fino all'estremo all'obbligo di riconoscere direttamente alcuni diritti nel processo ad opera del giudice anche quando non previsti (dalla legislazione, dagli organismi delegati, dal diritto giurisprudenziale, o dal diritto convenzionale previsto dalle parti per il singolo processo)

⁴⁷ Si pensi alla nomina dei giudici federali Statunitensi, nominati dal presidente degli Stati Uniti, con ratifica del Senato.

⁴⁸ V. ad esempio in Inghilterra l'organismo, indipendente dal Governo, denominato *Judicial Appointments Commission*, che effettua la selezione dei nuovi giudici con il successivo coinvolgimento del *Lord Chancellor*.

5. Il legislatore

In alcuni casi, le regole processuali sono dal singolo ordinamento riservate esclusivamente o principalmente al diritto legislativo.

Nell'ordinamento Italiano, fatta salva la diversa declinazione in concreto, addirittura l'art. 111 della Costituzione è stato talora⁴⁹ inteso come indice di una riserva assoluta di legge, che impone che il processo sia regolato esclusivamente in tale guisa.

Affermazione, invece, non così riprodotta in altri paesi Europei di *civil law*, pur se quella della determinazione legislativa sembra la soluzione maggiormente adottata, per fare un ulteriore ed antitetico esempio, la legalità processuale nel sistema francese è anche intesa, ad un livello inferiore, quale riserva di regolamento e/o di consuetudini, ed è espressamente definita come differente da quella valida in materia penale⁵⁰.

Ma anche in Inghilterra, nella patria del *common law*, l'evoluzione del processo passa oggi da soluzioni prevalentemente legislative.

L'introduzione nell'ordinamento inglese delle *Civil Procedure Rules* del 26 aprile 1999: (con la contemporanea introduzione delle c.d. *practice directions*), sposta infatti l'asse di produzione normativa a favore del legislatore.

E verosimilmente altrettanto sembra potersi affermare osservando l'evoluzione del sistema processuale Americano che induce a ritenere che anche in quel sistema di c.d. *judge-made law* il diritto processuale, per comprensibili esigenze di certezza, tende ad essere predeterminato il più possibile ed a priori da apposite fonti di diritto scritto⁵¹.

Più complesso, invece, è definire come il legislatore si propone di esercitare il suo potere in materia.

Credo si possa in realtà affermare che due sono le linee evolutive che si contrappongono. Almeno in ambito europeo, infatti, l'evoluzione normativa

⁴⁹ BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, p. 23; per la concezione del carattere assoluto della riserva v. per tutti AULETTA, *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Padova, 1999, spec. p. 80; in senso differente cfr. tra gli altri, in tempi non sospetti, TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2001, p. 381.

⁵⁰ Lo rammenta FABBÌ, "New" Source of Civil Procedure Law: First Notes for a Study, in Cadiet-Hess-Requejo Isidro, *Procedural Law at the Crossroads of Different Generations*, Baden-Baden, 2014, spec. par. (I), che cita a tal proposito il saggio di Cadiet, *La legalité procédurale en matière civile*, in *Bulletin d'information*, 2006, p. 636.

⁵¹ Questa la conclusione raggiunta in FABBÌ, *Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense*, in BRIGUGLIO-MARTINO-SASSANI-PANZAROLA, *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016, p. 1004 ss. e spec., per le conclusioni riportate nel testo, 1030.

nelle materie di diritto civile per il tramite di regolamenti e direttive della Unione Europea ha indotto gli organismi legislativi comunitari a prevedere un “segmento” processuale come rafforzativo delle disposizioni in materia civile, con una esplosione pertanto quasi atomistica delle regole processuali speciali del singolo processo per la determinata materia⁵². All’opposto, tuttavia, sembra crescere il numero dei Paesi che si dotano di regole comuni per i diversi processi; non solo e non tanto come “libro unico” nel quale ricomprendere tutta la legislazione processuale (sostanzialmente una raccolta di leggi), ma come libro dotato di armonia tra le varie parti, con una parte generale, con regole tendenzialmente applicabili, salvo espresse eccezioni o ricavate incompatibilità, a tutti i processi generali e speciali ivi previsti.

A loro volta, nei Paesi in cui si predilige almeno tendenzialmente l’idea del codice processuale, la stessa dinamica ricostruttiva di questo strumento sembra oggetto di una ulteriore evoluzione. I testi legislativi processuali, quantomeno nei Paesi di *civil law*, hanno teso a disciplinare i processi come fondati su precise e analitiche “regole”⁵³; questo consente di ottenere un risultato tradizionalmente ritenuto essenziale nel processo civile, ovvero la certezza nell’applicazione, tanto ritenuta importante che spesso si è affermato come fosse preferibile una regola “brutta”, ma sicura, che una regola “bella”, ma incerta⁵⁴. Affermazione che ben si accompagna con la diffusa contrarietà ad applicare regole pur migliori a processi tuttavia già in corso, per la condivisa ragione che induce a non cambiare le regole di una partita mentre questa è già iniziata⁵⁵. In quest’ambito è tuttavia evidente la

⁵² Su questa evoluzione, TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 111 ss.

⁵³ V. ancora FABBI, “*New*” *Sources*, cit., passim e su questo specifico aspetto lo studio, che testimonia la affatto antitetica esperienza inglese, di ANDREWS, *Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos*, in Kramer-van Rhee, The Hague, 2012, p. 19.

⁵⁴ V. ad esempio più avanti alla nota 82, per la maggiore importanza della tutela dell’affidamento proprio in campo processuale.

⁵⁵ Affermazioni comuni alla Corte Europea dei diritti dell’uomo. In argomento, ad esempio, la Corte di Strasburgo riafferma che, se in principio, non è vietato al potere legislativo di disciplinare in materia civile, con delle nuove disposizioni ad effetto retroattivo, dei diritti scaturenti dalle leggi in vigore, il principio di preminenza del diritto e la nozione dell’equo processo consacrati dall’art. 6 della Convenzione vi si oppongono, salvo imperiosi motivi d’interesse generale, all’ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia con lo scopo di influenzare la risoluzione giudiziaria della lite ((V. da ultimo, CEDU sentenza *Caso di Agrati e altri c. Italia* del 7 giugno 2011: “Se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall’articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative di interesse generale, all’ingerenza del legislatore nell’amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la

tensione ad un non indifferente cambiamento di ottica; nelle più recenti riforme processuali le nuove codificazioni processuali esordiscono con la enumerazione di principi generali del processo (diversamente individuati e declinati da Paese a Paese⁵⁶), cui poi in genere seguono le disposizioni che dettano analitiche regole per i processi di cognizione e di esecuzione.

Ben si è notato⁵⁷ che “Attualmente le nuove codificazioni in materia processuale esordiscono con la enumerazione dei principi generali del processo. Per non dire delle *Civil Procedure Rules* (CPR) inglesi⁵⁸ o del c.d.

risoluzione di una controversia (sentenza *Raffinerie greche Stran e StratisAndreadis*, cit., 49, serie A n. 301-B; *Zielinski e Pradal c. Gonzales* e altri cit., 57). *L'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte* (v. in particolare, causa *DomboBeheer BV c. Paesi Bassi*, dal 27 ottobre, 1993, 33, Serie A, No. 274, e *Raffinerie greche Stran e StratisAndreadis*, 46).” Tale decisione assume particolare importanza sotto un duplice profilo. In primo luogo, viene ribadito il consolidato orientamento della Corte di Strasburgo sulla retroattività degli atti legislativi; inoltre, la sentenza in esame si caratterizza per avere la Corte Europea accertato una violazione della Convenzione in precedenza negata dalla Consulta in sede di giudizio di legittimità costituzionale *ex art. 117, primo comma Cost.*). Se può apparire incerta la necessità piena della tutela dell'affidamento per quei diritti in relazione ai quali al momento della modifica non si sia ancora iniziata un'azione giudiziaria civile - in mancanza di una posizione univoca della Corte EDU sul punto - (La Corte di Strasburgo talora sembra tuttavia limitare la garanzia di cui all'art. 6 esclusivamente ai procedimenti in corso. Sul punto cfr. CEDU sentenza *Organisation nationale des Syndicats d'Infirmiers Libéraux O.N.S.I.L. c. Francia* del 29 agosto 2000, nonché CEDU sentenza *Clinique du Chateau de la Maye c. Francia* del 27 luglio 2004), la tutela dell'affidamento per la parte già in giudizio anche nei confronti del legislatore “innovatore” è ormai acquisita dai giudici della Corte europea (Cfr. CEDU sentenza *Zielinski et Pradal c. Gonzales c. Francia* del 28 ottobre 1999; CEDU sentenza *Raffineries grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 9 dicembre 1994; CEDU sentenza *Papageorgiou c. Grecia* del 22 ottobre 1997).

⁵⁶ La Rule 1 delle *Civil Procedure Rules* inglesi contiene, alla rubrica “*The overriding objective*”, una elencazione di principi, tra i quali è per ben due volte menzionato il concetto di proporzionalità, riferito a costi proporzionati, nonché alla necessità che, affinché la trattazione del caso sia giusta, essa sia compiuta “*in ways which are proportionate*”; il rif. è poi è alla ben nota, e assai risalente nel tempo, introduzione in Francia dei principi c.d. *directeurs du procès civil*; ovvero alla Rule 1 delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi; all'ordinamento tedesco, dove si applicano con costanza, ma con maggior enfasi in tempi più recenti (Stürner, *Die Rolle des dogmatischen Denkens*, in *Zivilprozessrecht*, ZZP, 2014, 3, pp. 271 ss.) molteplici principi generali. Peraltro, l'incedere per principi ed il loro impiego in materia processuale è ben noto anche al diritto processuale di emanazione euro-unitaria: in proposito, v. Hess, *Europäisches Zivilprozess recht: ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2010, ad es. p. 73 sul principio di proporzionalità, e ancora Fabbi, “*New Sources*”, cit., III.

⁵⁷ Si riporta nel testo principale per esteso con minime modifiche un brano di PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 680 ss.

⁵⁸ Dove peraltro se ne parla sotto il titolo “*The overriding objective*”, come visto alla nt.

codice italiano del processo amministrativo (c.p.a.)⁵⁹, basti richiamare per dimostrarlo i codici di procedura civile brasiliano del 2014⁶⁰ e portoghese del 2013⁶¹, quello svizzero del 2008, il primo codice unico per tutti cantoni elvetici⁶². Molti codici latino-americani dedicano una parte introduttiva alla indicazione dei principi del processo. Si pensi ai titoli preliminari del *Código Procesal Civil* peruviano del 1993⁶³ e del *Código de procedimiento civil* venezuelano del 1990⁶⁴ oppure al *Código General del Proceso* dell'Uruguay del 1988⁶⁵, ecc. L'esempio più importante è però costituito dal «nouveau» *code de procédure* civile (NCPC⁶⁶) francese del 1975, i cui primi ventiquattro articoli pongono i principi fondamentali⁶⁷ del processo civile, denominati – recependo la indicazione di René Morel – «principi direttivi», dietro i quali si scorgono i Grundprinzipien tedeschi, penetrati nella cultura francese con la mediazione del celebre comparatista Robert Wyness Millar⁶⁸ e con la sua opera sui «*Formative Principles of Civil Procedure*»⁶⁹. Il fenomeno in atto si distacca dalla impostazione seguita nelle tradizionali «disposizioni generali» dei codici di procedura civile precedenti, compreso il *Code judiciaire* belga del 1967⁷⁰. Il fascino esercitato da questa tendenza è testimoniato anche dai progetti di riforma dei codici di rito, ufficiali e non⁷¹. Se ne indovina una convalida non meno patente altresì nella predisposizione di principi

35 che precede.

⁵⁹ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (artt. 1-3).

⁶⁰ Artt. 1-12.

⁶¹ Il titolo I del libro I (artt. 1-9).

⁶² L.P. COMOGLIO, *Principi e garanzie fondamentali del nuovo processo civile elvetico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011, p. 652 ss.

⁶³ Artt. 1-10.

⁶⁴ Artt. 1-27 (nonché a proposito dei doveri delle parti- artt. 170 ss.).

⁶⁵ V. i primi undici articoli.

⁶⁶ Al dicembre 2007 semplicemente «*code de procédure civile*»

⁶⁷ Cfr., per tutti, lo studio monografico di M. SCHILLING, *Die «principes directeurs» des französischen Zivilprozesses*, Berlin, 2002.

⁶⁸ L. CADIET, *The International sources of French civil procedure*, in AA.Vv., *The Reception and Transmission of civil Procedural Law in the Global Society*, a cura di M. DEGUCHI e M. STORME, *Antwerpen-Apeldoorn*, 2008, pp. 261 ss.

⁶⁹ R.W. MILLAR, *The Formative Principles of civil procedure*, in AA.Vv., *A History of Continental Civil Procedure*, a cura di A. ENGELMANN et al., Boston 1927, rist. Buffalo-New York 1999, pp. 3 ss. Il volume è recensito da P. CALAMANDREI, in *Riv. Dir. Proc.*, 1924, I, p. 115.

⁷⁰ Se pure contempla una prima parte dedicata ai «*Principes généraux*» (artt. 1-57), vi figurano, insieme a veri e propri principi fondamentali, regole organizzative nei settori più vari.

⁷¹ Cfr. il progetto di A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1 /artt. 0.1-0.25).

transnazionali del processo dai quali irradiano regole procedurali di dettaglio. In questo senso il cosiddetto *soft-law* è la riprova della capacità ordinante che si è proclivi a riconoscere al «principio» quando si punti all'accostamento di ordinamenti differenti e alla omologazione di tradizioni giuridiche diverse⁷². L'asse portante di questa embrionale forma di «diritto processuale» va spostandosi dal comando di un legislatore al prodotto dell'esperienza collettiva raccolta con l'attività razionale dei giuristi⁷³.

5a. (segue) *Suggerimenti per la redazione di leggi processuali "integrali" e non atomisticamente parcellizzate. Puntualizzazione sul ruolo dei principi*

Esprimo una convinta predilezione per la scelta del legislatore di produrre codici processuali a carattere generale, piuttosto che una congerie di leggi speciali non collegate, pur motivate dalle diverse peculiarità delle fattispecie disciplinate.

È molto più semplice, io credo, costruire un tutto armonico per il tramite di una legge processuale generale, con un corpo di principi generali che precedano la puntuale enucleazione delle regole, per orientarne l'interpretazione, o meglio in particolare con un codice di procedura civile⁷⁴.

Una riflessione più ampia sulle comuni esigenze processuali verosimilmente condurrà a soluzioni più mature e ragionate, ferma naturalmente l'esigenza di adattare ed adottare regole speciali per fattispecie, o per quella parte delle fattispecie speciali che ciò richieda. Ed anzi, iscrivere queste peculiarità all'interno di una riflessione comune può condurre tanto ad un loro ridimensionamento, se caratterizzate da motivazioni superabili, che essere addirittura strumento utile per rivedere e rivisitare le regole di taglio più generale che ben possono essere migliorate sulla base dell'esame di nuove ancorché particolari esigenze, che spesso manifestano tensioni di

⁷² Cfr. i *Principles of Transnational Civil Procedure* elaborati congiuntamente nel 2004 dall'Unidroit e dall'ALI (*American Law Institute*), per la definizione delle liti in materia commerciale. Cfr. la edizione dei principi pubblicata da Cambridge University Press: ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge 2006. Abbiamo consultato la rist. 2007 in brossura. Si veda pure il *Código Procesal Civil modelo para Iberoamerica* del 1988, elaborato su iniziativa dell'Istituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

⁷³ Lo nota, con riferimento al diritto privato, P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in I., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 162.

⁷⁴ SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, in AAVV, *Il controllo di legittimità avanti la Suprema Corte di Cassazione*, Pisa, 2017, p.112.

carattere ben più generale.

Una riflessione più perplessa intendo invece affidare alla attuale tendenza a costruire i codici processuali utilizzando i primi articoli per porre dei principi a carattere generale, cui poi fare seguire le vere e proprie “regole” del processo.

Ma le perplessità, in tutta franchezza, intendo rivolgerle all'utilizzo della categoria dei principi generali⁷⁵, categoria invero oggi immanente nei Paesi Occidentali, come strumento in ogni materia del diritto (non dunque particolarmente nel campo processuale), che è di fatto utilizzato da parte della giurisprudenza per destrutturare, sconvolgere preesistenti ordini costituiti. I principi generali vengono spesso ricavati dagli interpreti, sovente con una certa libertà, da principi internazionali, o costituzionali (per quegli ordinamenti che hanno una costituzione), o altro⁷⁶; questo dà quasi sempre luogo ad incertezze⁷⁷, a differenti quando non contrapposte opinioni tra i giuristi, sia quanto alle forme ermeneutiche adottande, quanto alle scelte nella individuazione dei principi, e più ancora nella loro concreta declinazione, e nei rapporti tra un principio ed un altro, spesso in reale o apparente contrapposizione, come anche sulla concreta ampiezza di incisione sulle regole. L'utilizzo “massivo” in chiave ermeneutica dei principi generali ci consegna così a soluzioni incerte ed esiti contraddittori per non brevi periodi, così aprendo la strada a quell'incertezza applicativa che è fenomeno comunque non apprezzabile⁷⁸, tanto più nel processo civile, e che

⁷⁵ Si tratta di una nozione su cui la letteratura espressasi è naturalmente sterminata, così da sconsigliare una nota di richiami.v. se vuoi, per un esame in chiave europea, F. RICCI, *I principi e le clausole generali nel sincretismo dei metodi giuridici*, in *Scritti in onore di Picardi*, III, Pisa, 2016, p. 2175 ss.

⁷⁶ Come notorio, a seconda dei diversi contesti culturali, i principi generali sono ritenuti talora norme generali inesprese ma ricavabili dalle norme particolari del sistema positivo, talaltra invece si sono ritenuti desumibili dalla coscienza civile o invece da leggi universali al di sopra delle leggi positive, etc.

⁷⁷ Riferite anche ai soggetti tenuti al rispetto dei principi, laddove talora si ritiene che queste direttive siano ad esempio rivolte al legislatore ordinario, da altri invece direttamente ai giudici.

⁷⁸ *“In nome dei principi, insomma, in un modo o nell'altro, si perviene alla destrutturazione dell'ordine fondato sulle regole. Ecco allora che lo studioso del processo civile avverte l'esigenza di ripensare una prassi che sembra aver perduto oggettività e – proprio per questo – riconoscibilità. Sceglie di scendere in campo «in difesa della norma processuale». Questa scelta registra il timore del processualista di perdersi nella più angosciosa delle vertigini, dinanzi alla incommensurabile prepotente invadenza del principio. Per arginare questo effetto destabilizzante, la forma conchiusa della regola appare come un comodo antidoto, un tranquillante ritorno all'ordine consueto, in ogni caso come una vera e propria forza frenante. In questo quadro, la regola, come manifestazione del katechon, del «freno», si contrappone alla deriva associata alla vaghezza*

potrebbe essere evitata proprio al contrario con l'adozione di nuove regole processuali espresse, e rispettose delle nuove esigenze.

D'altro canto, anche in riferimento al processo civile, la categoria dei principi generali del processo si alimenta di principi talora anche in contraddizione gli uni con gli altri. Ai principi tradizionali, che esaltano il diritto di difesa, del contraddittorio, etc. si affiancano, e forse in certo senso anzi si contrappongono negli esiti concreti oggi *“principi di recente, se non recentissima elaborazione, filtrando i valori iscritti nelle Costituzioni o recependo le indicazioni delle Corti supreme, nazionali e non: i principi di proporzionalità, di efficienza ed effettività, di buona fede, quelli che favoriscono l'accesso alla giustizia o reprimono l'abuso del processo o sollecitano la collaborazione fra il giudice e le parti o invitano alla concisione nella redazione degli atti giudiziari, etc.”*⁷⁹.

La stessa genesi di questi nuovi principi è spesso oscura, e non appare chiaro chi sia deputato a distillarli, da dove debbano essere ricavati, e in particolare se gli ordinamenti ne possano ricavare anche una graduatoria in ordine di importanza. Alla opportuna elasticità nella interpretazione anche in chiave evolutiva delle “regole” della legge processuale che il principio generale consente, si contrappone quindi una incertezza i cui danni non vanno taciuti.

Ma, da questo punto di vista, appare comunque un deciso passo avanti che i principi vengano espressamente indicati nella parte iniziale dei codici, con indicazioni anzi non generiche e inoltre auspicabilmente con la puntualizzazione dei criteri di prevalenza; con la speranza che attraverso i principi generali “espressi” dal legislatore si possano acquisire elementi più definiti che, al di là delle convinzioni o degli interessi contingenti del singolo interprete (che altrimenti li ricerca e li ricava da sé), possano guidare con maggiore univocità nella interpretazione poi delle “regole”, fornendo quegli strumenti ermeneutici che la crisi del metodo dommatico ulteriormente impone⁸⁰. Si tratta, dunque, di non esagerare; ma di usare con moderazione

*del principio. In effetti, però, quel che si lamenta e ciò di cui si ha paura è la discrezionalità del giudice in materia processuale. Anzi la sua discrezionalità «sfrenata»: se la discrezionalità può rassomigliarsi al «buco di una ciambella»» (R. DWORKIN, *Taking Rights seriously*, rist. London, 2012, 48, a proposito del carattere relativo della nozione di discrezionalità («like the hole in a doughnut»), ora il processualcivilesta inizia a pensare che pian piano la giurisprudenza gli stia sottraendo da sotto gli occhi proprio la «ciambella»». Così PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv.dir.proc.*, 2015, p. 693*

⁷⁹ PANZAROLA, op.cit., p. 685.

⁸⁰ “Non è un caso, allora, che oggi è posto in discussione il metodo stesso per investigare la fenomenologia del processo, imperniato su un elevato grado di astrazione, contraddistinto da uno spiccato concettualismo e ordinato intorno a principi formali e assoluti che strutturano

i principi nella costruzione del processo e nella interpretazione delle regole. E, per il legislatore, dunque, di individuare con precisione quali siano i principi, e la portata degli stessi.

In conclusione, quindi, l'adozione di veri e propri completi codici processuali, inaugurati da espresse e puntuali indicazioni dei principi generali, appare il metodo migliore per la redazione di testi legislativi in materia processuale.

I limiti autoimposti in questo contributo mi impongono di evitare di sovrapporre mie considerazioni su quali poi in concreto debbano essere i principi generali del processo da privilegiare, per il legislatore; mi limiterò così a manifestare, in chiave quasi apodittica la mia convinzione della indispensabilità che le tecniche organizzative e le misure acceleratorie, pur se innalzate alla dignità di principio processuale generale, mantengano comunque un carattere recessivo nella comparazione con l'indispensabile rispetto delle garanzie del contraddittorio, della difesa, e della azione⁸¹.

5b. (segue). *Suggerimenti per la redazioni di migliori leggi in campo processuale*

Se volessi poi “espandermi” a valutare come il legislatore deve operare quando costruisce le leggi processuali, dovrei partire dalla difficoltà particolare nel determinare principi e regole di una materia francamente per “specialisti”, che appare proibitivo provare a regolamentare con efficacia

un «sistema» del diritto processuale civile tanto raffinato quanto rarefatto. Le coordinate logiche del metodo dogmatico (70) vacillano. Ad una logica del necessario e dell'assoluto legata alla dimostrazione di principi evidenti, si oppone una logica argomentativa che sollecita una ricerca affidata al metodo dialettico e che, come tale, non aspira a cogliere verità assolute ma si accontenta di tendere a verità probabili, oggetto di continua discussione. Assieme o in luogo della logica formale, la logica argomentativa si presta a fornire gli strumenti per studiare il processo civile. E, nell'ottica di una logica giuridica intesa come teoria della argomentazione, muta lo statuto stesso dei principi, non più costruzioni astratte o assiomi o verità evidenti e metastoriche, ma, pur nella loro natura fondamentale, «frutto di una logica del senso comune» e destinati «a facilitare l'interpretazione basata sulla ragionevolezza», un po' come le antiche *regulae iuris*. Se al logicismo tradizionale subentra un approccio dialettico, facilmente i principi non accampano più pretese esclusivistiche di auto-evidenza, ma mostrano invece un carattere relativo, mutevolezza nel tempo e variazioni nello spazio, che a loro volta sono il fomite per analisi storiche e ricerche comparative che concorrono a profilare, al posto del tradizionale monismo metodologico, un vivace sincretismo dei metodi. Così intesi, i principi fondamentali del processo paiono senz'altro utili, tanto più nell'epoca presente contrassegnata dalle imprevedibili fluttuazioni delle regole e dalla loro incerta formulazione e provvisorietà”. Così PANZAROLA, *op.cit.*, p. 691.

⁸¹ V. *amplius* al par. 10.

con le necessariamente limitate conoscenze che un assemblea legiferante in genere ha in materia.

Bisognerà pertanto evitare sul punto il rischio di una devastante autoreferenzialità, mai come in questo caso pernicioso per chi pone le regole, ma anche all'opposto di subire una "dettatura delle regole" da parte di soggetti più o meno rappresentativi.

Al tempo stesso, va acquisita la consapevolezza di come la materia processuale sia spesso estremamente tecnica, e da tecnici applicata, e di come pertanto per legiferare bene (dettando regole concretamente applicabili) siano richieste particolari conoscenze tecniche; e tuttavia anche che alcune scelte tecniche manifestano determinazioni politiche, che è comprensibile siano riservate ad un corpo espressione di criteri democratici.

Il diritto italiano può essere una base di riflessione. Esistono più modi di intervenire per il legislatore. Con una legge, di iniziativa governativa o parlamentare, con passaggi ai rami del parlamento; talora tramite il decreto legge, e successiva conversione; talora con il ricorso alla fiducia posto dal governo sui disegni di legge per evitare che il testo venga modificato. Talora con il meccanismo della legge delega, ovvero quando il parlamento emette una legge che si occupa di fissare i principi che dovranno caratterizzare la nuova disciplina, delegando poi la redazione minuta e tecnica del testo e delle regole al legislatore delegato, che dovrà attenersi ai principi dettati.

In via generale, la scelta della legge delega sembra la soluzione che in teoria dovrebbe assicurare i migliori risultati per le leggi sul processo civile.

Con la legge delega, il successivo necessario passaggio dei decreti delegati consente al governo (che di regola nomina di volta in volta apposite commissioni per la redazione dei decreti) che le questioni tecniche vengono riservate ai tecnici, e questo in una disciplina complessa come quella in genere del processo è probabilmente la soluzione migliore. Anche in questa ipotesi, però, il profilo centrale comunque dirimente è la scelta da parte del governo dei tecnici che dovranno occuparsi di tradurre in tecnicità i principi individuati dalla legge delega, il problema della qualità e della effettiva rappresentatività degli stessi, della capacità di rappresentare adeguatamente tutti gli interessi coinvolti.

Un positivo esempio di qualità e rappresentatività dei soggetti incaricati della redazione delle soluzioni legislative in materia processuale è dato dal meccanismo di formazione delle *civil procedure rules* inglesi del 1998, adottate ai sensi del civil Procedure Act del 1997 che sono state ricavate dal *Civil Procedure Rules Committee* (creato per espressa previsione legislativa).

Nel *committee* preposto alla loro elaborazione, accanto a giudici e avvocati,

è stata tra l'altro prevista anche la presenza di esperti rispettivamente in materia di consumo e di organizzazioni di consulenza non profit. *“In secondo luogo, la procedura per l'emendamento delle Rules inizialmente adottate prevede che la proposta elaborata dal committee venga emanata dal Lord Chancellor sotto forma di normativa secondaria (ma questi può anche emendare o rigettare il testo). Il controllo del Parlamento continua ad essere esercitato tramite la possibilità che i regolamenti entrati in vigore vengano annullati a seguito della deliberazione di una delle due camere”*⁸².

6. I giudici. Attraverso i precedenti giudiziali

Altri ordinamenti, in particolare i paesi di c.d. *Common law*, almeno tradizionalmente assegnavano ai giudici il compito di ricavare le regole processuali, in genere comunicate alla comunità giuridica attraverso appunto i precedenti giudiziali.

Come abbiamo notato prima⁸³, la realtà dell'area della *common law* oggi è assai più composita. D'altro canto, nei paesi della c.d. *civil law* il potere del giudice di dettare le regole processuali, almeno in alcuni casi, è esponenzialmente cresciuto; e così anche il potere di interpretare le regole processuali poste dal legislatore con una tale radicale libertà, da indurre una riflessione pragmatica a ritenere effettivamente che in non pochi casi sia di fatto la categoria dei giudici, sempre attraverso l'uso dei precedenti giudiziali, a porre direttamente regole in campo processuale.

Così è, di fatto. E questo può legittimamente condurre ad una riflessione in chiave di legittimazione democratica (quando il giudice non sia espressione di una volontà popolare concretantesi in una elezione diretta) di grande fascino ma che esula dai limiti imposti alla presente trattazione⁸⁴.

La riflessione che intendo svolgere è invece centrata sul piano funzionale; e la posizione delle regole processuali attraverso i precedenti giudiziali, a mio giudizio, in via generale ha i suoi pro, ma certo anche (soprattutto) i suoi contro.

A mio parere, esigenze di ricostruzione di un sistema armonico in

⁸² DE LUCA, *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal constitutional reform act*, Torino, 2016, p. 6. Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice, London, 2013, p. 51-52.

⁸³ V. retro al § 5.

⁸⁴ E del resto non è specifica esclusivamente quanto alla posizione delle regole in campo processuale.

materia processuale potrebbero indurre a prediligere, per questa materia così complessa ed articolata tale da richiedere soluzioni generalizzate a carattere legislativo (come appunto un codice di procedura civile), piuttosto che una costruzione fondata su singoli precedenti giurisprudenziali necessariamente obbligati a risolvere solo alcuni dei problemi sui tanti collegati, da lasciare necessariamente a successive soluzioni, che giungeranno poi secondo ritmi e riti che spesso non saranno governabili.

Ma, anche a prescindere da questo, ulteriori riflessioni vanno approfondite.

La costruzione delle regole processuali è un lavoro spesso difficile, incerto; in una realtà, poi, quella processuale, in cui tradizionalmente si insegna che è meglio un brutto processo, che regole migliori ma incerte, ed in cui la Corte Europea dei diritti dell'Uomo assegna un valore particolare al principio dell'affidamento⁸⁵.

Difficile generalizzare, molto dipende dai poteri attribuiti o autoattribuiti ai giudici in materia; le considerazioni divergono a seconda dell'efficacia vincolante o no del precedente giudiziale, se esiste o no la regola del *binding precedent*, ed in assenza se il precedente ha una più o meno forte efficacia persuasiva, e se è o no riconosciuto l'istituto dell'*anticipatory* o del *prospective overruling*⁸⁶.

Soccorrono ulteriori ragioni poi che rendono difficile fornire indicazioni di taglio generale sull'efficacia della costruzione del diritto processuale tramite precedenti giudiziali, anche perché se non sono accettate o accettabili, diventa difficile (se non esiste la regola del *binding precedent*) arrivare ad assunti condivisi.

E la qualità delle decisioni dipende da tante cose; ad esempio, dal numero delle pronunce, dalle competenze dei giuristi chiamati a decidere ed a applicare le decisioni, dalla chiarezza delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, dall'attenzione nel rendere la motivazione della decisione, elemento fondamentale, per decidere meglio, convincere, consentire una piena pronosticabilità delle decisioni, dalla maggiore o minore autoreferenzialità del corpo decidente (conoscere la posizione di altri interpreti, della dottrina, dei corpi sociali interessati prima di decidere è profilo fondamentale)⁸⁷.

Tutto nasce, poi, anche da un altro fenomeno di impossibile attuale

⁸⁵ SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling*, con particolare riguardo al precedente in materia processuale, in *Judicium.it.*, p. 8.

⁸⁶ V. più avanti al § 6.c.

⁸⁷ SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 62-95.

generalizzazione, ovvero la composizione degli organismi giurisdizionali, specie quando chiamati di fatto a porre delle regole che abbiano un valore di precedente, come anche dalla “platea” di coloro chiamati a recepirle; la qualità e il numero dei soggetti interessati alla posizione, alla ricezione ed all’applicazione della costruzione giurisprudenziale delle regole processuali gioca un ruolo spesso fondamentale sul successo o no di questa forma di produzione di principi e regole⁸⁸.

La valutazione, in definitiva, della opportunità o no nell’affidare alla giurisprudenza attraverso i precedenti giudiziali è assai complessa, forse inutile dunque come giudizio in via generale, perché soggetta a troppe variabili.

6.a. (segue) *Le regole processuali dei giudizi determinate da giudici di ultimo grado*

Una riflessione a parte su quali giudici debbono semmai porre le regole.

Da questo punto di vista, una riflessione sulle regole dei giudizi di merito; se debbono essere poste dagli stessi giudici di merito chiamati ad applicarle, oppure dai giudici di ultima istanza.

Nei sistemi di *civil law*, è assunto assolutamente pacifico che il compito di unificazione della giurisprudenza anche in campo processuale sia comunque riservato alle Corti di Cassazione. Ma si tratta, tuttavia, di una soluzione che, sotto il profilo dell’efficacia, andrebbe a mio avviso probabilmente ripensata.

Da questo punto, di vista, esemplare è la posizione della *United Kingdom Supreme Court*, che esprime il più delle volte una forte riluttanza nel pronunziarsi su problemi di procedura dei gradi di merito, lasciandoli tendenzialmente alle pronunce della *Court of Appel*, proprio per il fatto di avere una maggiore esperienza e pratica nella applicazione di quelle disposizioni⁸⁹.

6.b. (segue). *Come migliorare la “qualità” dei precedenti giudiziali in materia processuale così da garantire soluzioni migliori*

La valutazione della funzionalità nella posizione di regole per il tramite dei precedenti giudiziali non è dunque di facile generalizzazione.

Come ricordato retro, a prescindere da ogni valutazione in chiave di sufficiente democraticità, determinare la qualità e comunque l’efficacia (concetto non identico) di questo modo di procedere, dipende da vari

⁸⁸ V. più avanti § 6.b.

⁸⁹ JACOB, *The fabric of English Civil Justice*, London, 2013, cap.II, §5.1

fattori, su cui tuttavia si può e si deve lavorare per migliorare i risultati che si possono ottenere.

Questo servirà per ottenere regole migliori nei sistemi di *binding precedent*, ed inoltre anche per ottenere regole più accettate ed efficaci nei sistemi di non *binding precedent*.

Le esigenze che lo sviluppo giurisprudenziale deve soddisfare sono molteplici. Si tratta in primo luogo di proporre una corretta interpretazione della legge, di colmare eventuali lacune con soluzioni coerenti e condivisibili, o di determinare soluzioni processuali efficaci quando il compito (di porre regole processuali generali) sia esclusivamente attribuito ai giudici; e poi di far sì che le soluzioni ermeneutiche possano sicuramente “consolidarsi” in modo che su di esse, possa più decisamente formarsi un affidamento effettivo, o comunque si possa con buone prospettive quantomeno pronosticare se le decisioni saranno o no seguite, e come evolverà la giurisprudenza.

Ma se la qualità in termini di corretto uso degli strumenti ermeneutici non è elevata, o se le decisioni comunque non incontrano la sensibilità dei successivi giudicanti, la spinta alla “ribellione”, a scegliere successivamente soluzioni diverse è anche comprensibilmente fortissima.

Se invece la giurisprudenza nel porre le regole processuale tramite precedenti giudiziali esercita bene il proprio compito, invece, è ovvio che sarà quasi naturale e comunque più agevole pretendere il rispetto del precedente giudiziale da parte dei giudici che seguono. Inoltre diventa anche più giusto pretendere che il precedente venga seguito; fermo l’aspetto autoritativo puro, è dal tendenziale buon livello delle decisioni che si legittima ulteriormente il rispetto del precedente, che oltre alla tutela dell’affidamento può godere di ulteriori ragioni per vedere la sua efficacia rafforzata.

Ma come migliorare la qualità delle decisioni? Riuscire a ridurre il numero delle sentenze che i giudici sono oggi chiamati a rendere è la via più sicura; renderebbe più agevole una adeguata preparazione per decidere le controversie, ed un maggiore spazio di tempo consente di ricavare il tempo per studiare, estendere e maturare le proprie riflessioni (oltre a rendere più facilmente conoscibili le sentenze, se rese in numero più limitato)⁹⁰.

Per migliorare la tutela dell’affidamento dunque, per garantire un maggiore rispetto delle precedenti decisioni, per favorire uno sviluppo sincronico della giurisprudenza, allora, è fondamentale agire anche sul grado di convincimento che si ricava dalle pronunce.

Grado di convincimento che talora discende anche da considerazioni che solo parzialmente incidono sulla presunta giustezza della decisione adottata.

⁹⁰ SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 62-65.

Se, ad esempio, le motivazioni della sentenza⁹¹ saranno rese in maniera piana ed esaustiva, tenendo nel giusto conto le posizioni giurisprudenziali e dottrinarie espresse sul punto, sarà più agevole ottenere dalle successive decisioni di legittimità e di merito il rispetto del precedente giudiziale, anche a prescindere dalla stessa condivisione della decisione⁹².

Appare poi fondamentale eliminare il rischio della autoreferenzialità nella decisione; conoscere la posizione di altri interpreti, della dottrina, dei corpi sociali interessati prima di decidere è profilo fondamentale per più ragioni.

Utilizzare più elementi di cognizione, conoscere e valutare letture differenti o alternative, fornisce comunque spunti utili per la riflessione che avrebbero potuto non essere conosciuti, accresce il substrato dialettico da cui originerà la pronuncia; elementi che faciliteranno il raggiungimento di una migliore decisione.

Inoltre, va riconosciuto un elemento ulteriore rispetto alla migliore “qualità” di una pronuncia non autoreferenziale, ovvero, che la conoscenza e la valutazione preventiva delle ragioni del corpo sociale cui la decisione necessariamente si rivolge rende più facile l'accettazione della pronuncia da parte degli stessi; dunque, con una tendenziale tutela dell'affidamento della decisione poi resa, nei cui confronti sarà tendenzialmente più difficile ipotizzare la “ribellione”, così raggiungendo proprio l'obiettivo che ci si prefigge, facilitare l'evoluzione sincronica della giurisprudenza, anche attraverso il rispetto del precedente con il risultato della tutela dell'affidamento. Più in generale, sapere che le ragioni pro o contro una decisione sono state oggetto di conoscenza, analisi ed attenzione prima che la decisione sia resa, renderà più facile adeguarsi alla stessa, aderire anche quando non si condivide, già da parte della giurisprudenza di merito. Perché riduce le speranze del cambiamento (anche quando non si condivide la soluzione alla fine resa), che sono invece più forti quando le obiezioni non sono state preventivamente conosciute, ciò che legittimamente può condurre a ritenere che la decisione sia frutto di uno sbaglio che potrà venire corretto⁹³.

Si tratta, dunque, di superare il principio di autoreferenzialità.

⁹¹ La motivazione rappresenta dunque, un profilo centrale ed ineludibile della decisione. Inaccettabili, pertanto, soluzioni che tendano a ridurre il contenuto argomentativo di questo essenziale aspetto della decisione. Come decisa reazione ai tentativi di ridimensionare il ruolo della motivazione, v. le chiare indicazioni del nuovo codice di procedura civile brasiliano. J.R. CRUZ e TUCCI, *Le garanzie costituzionali della pubblicità degli atti processuali e della motivazione delle decisioni nel nuovo c.p.c. brasiliano*, in *Judicium.it*. In arg., v. anche più avanti alla nota 115.

⁹² SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 60-61.

⁹³ SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 98-99.

Per il cui superamento è poi possibile adottare altre soluzioni: *de iure condito*, va promossa (come di recente nel processo brasiliano) l'introduzione dell'*amicus curiae*⁹⁴; ovvero consentire quantomeno per le decisioni più importanti, l'intervento (adesivo) di terzi che possano fare valere le ragioni di gruppi interessati alla decisione, rappresentare con efficacia gli interessi sottesi in gioco, come spesso le parti del giudizio, in specie quando una delle due sia un contraente "debole", non è detto siano in condizione di fare⁹⁵.

Se ci si pensa un attimo, la soluzione è ovvia. Il precedente giudiziale ha comunque un valore oltre le parti in causa, esplicando una certa efficacia anche per le fattispecie successive comparabili; consentire agli interessati dunque di difendersi solo successivamente rischia in concreto realmente di depotenziarne le difese. Se dunque si vuole realmente garantire il diritto di difesa è quasi necessario individuare nuovi strumenti che consentano questo esercizio in via preventiva laddove utile e necessario.

Anche la dottrina può contribuire ad assolvere questo compito, che deve ascrivere tra gli incombenti che le sono propri. Si tratta, dunque, di modificare il proprio stile, che ha prediletto il commento solo dopo la pronuncia della sentenza, onde evitare quella che sotto certi profili potrebbe essere intesa come una indebita turbativa; in argomento, si deve proporre un deciso cambio di prospettiva, ad esempio, nell'ordinamento italiano in riferimento alle ordinanze di rimessione alla Sezione Unite della Corte di Cassazione⁹⁶. È compito della dottrina, oggi, pubblicarle, farle conoscere, commentarle, prendere posizione, fornire indicazioni. Non basta più

⁹⁴ L'istituto è un classico negli ordinamenti di *common law*; v. ad es. Abraham H.J., *The Judicial process*, 1962, p. 209 ss. Da ultimo, nel nuovo codice di procedura civile brasiliano, quando (art. 927 comma 2) le corti ravvisino la necessità di un cambiamento dell'orientamento giurisprudenziale, si prevede la convocazione di udienze pubbliche e la partecipazione di amici curiae per discutere con pienezza sulle tesi giuridiche. MENDONCA SICA, *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, par. 6, *Judicium.it*.

⁹⁵ Un ruolo per certi versi simile nell'ordinamento Italiano avrebbe potuto essere assunto dal pubblico ministero interveniente necessario nel giudizio civile avanti alla Corte di Cassazione. Sul ruolo del P.M. in Cassazione, da ultimo Russo, *Il P.M. presso la sezione civile! Chi era costui Appunti sugli artt. 75 e 81 del D.L. n. 69 del 2013*, in *www.Judicium.it*.

⁹⁶ Nell'ordinamento Italiano, il Presidente della corte di cassazione può disporre che la Corte pronunci a Sezioni Unite sui ricorsi in cassazione che presentino una questione di diritto già decisa in senso difforme dalla corte di cassazione, o su questioni di particolare importanza. In queste ipotesi la controversia viene dunque rimessa alla decisione della Corte con una particolare composizione, ovvero un numero maggiore di giudici (e rappresentativi delle diverse sezioni che compongono la Corte). La rimessione (che è debitamente motivata) è un provvedimento, dunque, che consente di conoscere previamente di come la Cassazione si prepari ad emettere una decisione di importanza particolare

aspettare la decisione per poi sottoporla a critica.

La stessa magistratura poi, dovrà sempre più dotarsi in via organizzativa di strumenti, ad esempio grazie agli uffici del massimario o studiando altre strategie in piena trasparenza, atte a garantire le necessarie conoscenze tecniche ai giudici chiamati a decidere specie in determinati campi del diritto (in particolare i campi non esclusivamente a carattere giuridico, non riferibili dunque al diritto processuale).

Il vizio dell'autoreferenzialità si supera dunque con un attento esame da parte del giudice delle differenti tesi già espresse sulle fattispecie oggetto di decisione.

Il punto ulteriore è se il giudice sia o no tenuto non solo a conoscere, ma anche a seguire le tesi della comunità giuridica o della dottrina e quindi, se in qualche modo la libertà del giudice nel determinare l'interpretazione del diritto, e uniformarla tramite la nomofilachia, debba essere sottoposta a dei limiti; se si debba o no suggerire di andare oltre il superamento del principio di autoreferenzialità, attraverso un necessario adattamento a soluzioni aliunde sponsorizzate e promosse.

Il tema del rapporto dell'adeguamento dell'attività ermeneutica ai criteri accettati in una data cultura giuridica è tema generale nell'interpretazione dell'atto giuridico: alla luce della impossibilità di fondare razionalmente le basi idonee ad evitare i pericoli del più acuto soggettivismo e del più incontrollabile decisionismo, si spiega vieppiù l'estrema attenzione oggi dedicata alla posizione della "comunità giuridica" nella scelta interpretativa da compiersi, e più puntualmente nell'ammonimento a modellare quella scelta in consonanza ai criteri accettati in una data cultura⁹⁷. Il che, da parte

⁹⁷ L'attenzione alle reazioni al comune agire in ambito giuridico, non è, come talvolta sembra, opera della ermeneutica giuridica, ma è patrimonio comune ad una precedente vasta messe di contributi. Ad. esempio, in tal senso, vedi BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 129-132, e CAPOGRASSI, *Opere*, Milano, 1959, p. 53 ss. Già la topica, laddove procede alla catalogazione dei "topoi", si basa su quelli generalmente riconosciuti, sui quali cioè si è già raccolto un consenso. Sotto più particolari profili, nell'integrazione del criterio assiologico espresso da norme positive, alcune correnti della c.d. giurisprudenza dei valori si richiamano in pieno a norme di matrice giurisprudenziale (la giurisprudenza dei valori "oggettiva") o alle idee di valore generalmente riconosciute dalla maggioranza dei cittadini (la giurisprudenza dei valori "sociale"). Per un attento esame ed esaurienti indicazioni bibliografiche su queste teoriche si rimanda a PAWLOSKI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, Milano, 1993, p. 139 ss. Da ultimo v. sul concetto di *Legal community* (comunità giuridica), AARNIO - ALEXY - PECZENIK, *The foundation of Legal Reasoning, in Rechtstheorie*, 1, 1981, p. 438, trad. it. di GUASTINI in *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino 1989, p. 178, e ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990, p. 105-108 (ivi anche per ulteriori indicazioni bibliografiche in argomento), che accredita invece in senso più specifico (e a suo dire

delle più avvedute tra le teorie in esame, si accompagna all'avvertenza che una scelta in tal senso si giustifica non in termini di verità, sebbene di maggiore accettabilità rispetto ad altre eventuali proposte interpretative pur in astratto sempre lecite e possibili. Se l'opportunità di legare in parte l'interprete alla consapevolezza del flusso giuridico può dirsi opinione generalizzata, tale superficiale concordanza di vedute si frantuma peraltro laddove si scenda nello specifico; v'è infatti profonda divergenza nel definire la «comunità giuridica» o la «comunità dell'interpretazione giuridica». Né, ad esempio, è spesso chiaro se ci si riferisca preferenzialmente alle posizioni dottrinali, o invece alle giurisprudenziali, o se ancora si pretenda di considerare globalmente anche le opinioni della collettività non ristretta ai tecnici» del diritto. Né appare chiaro come nell'ambito di tali valutazioni debbano interagire, o comporsi, eventuali differenze tra soluzioni interpretative adottate in uno specifico contesto giuridico, e, una diversa sensibilità giuridica generale⁹⁸.

Questo metodo dunque assiste comunque non in termini di verità, ma semmai di maggiore accettabilità del risultato. Una posizione peraltro da valutare caso per caso, posto che è ben possibile che le posizioni assunte da

meglio rispondente alle teorie della moderna ermeneutica giuridica, e agli apporti di Apel, Esser, Kuhn, Fish) la nozione della comunità dell'interpretazione giuridica che sottolinea l'impossibilità di prescindere nell'attività interpretativa dal "*sostrato comune di testi giuridici, precedenti, consuetudini, orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, opinioni pratiche dell'esperienza comune, effettivamente accettati come materiale giuridico...*". Prima ancora del momento giuridico, le teorie in oggetto si incontrano in filosofia con la "teoria consensuale della verità" di Habermas (v. osservazioni propedeutiche per una teoria della competenza comunicativa, in HABERMAS - LUHMAN, *Teoria della società o tecnologia sociale*, Milano, 1973, p. 67. ss.) Su tale teoria ed i rapporti con l'ermeneutica giuridica v. ZACCARLA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984., p. 215-220 che sottolinea tra l'altro come, anche a trasporre in chiave giuridica la teoria habermasiana, "*mai l'interpretazione giuridica potrà configurarsi come procedimento totalmente libero, se è vero che essa deve fare i conti con l'esserci di una o più norme, dotate di struttura prescrittivo sanzionatoria: dunque la ricerca della verità si svolge nella rete categoriale del diritto*". V. ESSER, *Precomprensione scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., spec. p. 112, 55. Per l'importanza delle reazioni dell'interprete e dei lettori v. anche le teoriche di Derrida e Rorty su cui vedi SANTANGELI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Milano, 1996, p. 52 ss. V. comunque MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus*, 1985, spec. p. 475 ss. per la considerazione che il consenso della maggioranza non è da solo sufficiente per fondare (col carattere dell'evidenza) la verosimiglianza di un giudizio di valore, e dunque non basta a giustificare l'imposizione di certe scelte normative alle minoranze. Per un esame in concreto di queste problematiche applicate alle risoluzioni dei dubbi ermeneutici e valutativi sulla sentenza v. SANTANGELI, *Il precedente giudiziale*, op. cit., p. 159 ss.

⁹⁸ SANTANGELI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Milano, 1996, p. 74 ss.

alcuni gruppi sociali non discendano da una corretta lettura ermeneutica ma da un pur legittimo interesse egoistico ad un certo tipo di interpretazione della disposizione che non è certo compito del giudice assecondare. Anche a valutare come contesto di riferimento invece la dottrina, gli esiti non vanno esasperati; scegliere le soluzioni “dottrinarie”, suggerire che il giudice limiti i suoi poteri ermeneutici nell’interpretazione della legge nella scelta di una tra le più interpretazioni già offerte dalla dottrina non è normativamente giustificato e francamente non è del resto in linea con il comune disinteresse per le opinioni della dottrina che la comunità purtroppo (ma forse meritatamente) manifesta⁹⁹.

Dunque, rimane il diritto del giudice all’innovazione ed al pieno distacco da opinioni o assunti anche se dei più condivisi; unitamente, non può che ripetersi, il fondamentale ruolo della motivazione, della dimostrazione di avere tenuto in conto tutti gli assunti delle tesi avversate, non foss’altro per garantire il rispetto dei percorsi culturali ed argomentativi non accolti, e per spiegare così che la semplice riproposizione di quelle ragioni, appunto già attentamente considerate, assai difficilmente sarà elemento sufficiente per imporre una rivalutazione e modificare la posizione assunta dalla giurisprudenza¹⁰⁰.

La qualità ed il grado di convincimento della decisione si caratterizza diversamente anche secondo la differente composizione degli organismi giurisdizionali, specie quando chiamati di fatto a porre delle regole che abbiano un valore di precedente.

D’altro canto, quegli organismi giurisdizionali di stampo anglosassone, ma anche per la Corte di Giustizia, o la Corte delle Comunità Europee, che hanno effettivamente il compito nomofilattico di interpretare leggi, regolamenti e trattati (con efficacia anzi vincolante), e che manifestano una consapevole tensione ad una decisa nomofilachia giurisprudenziale, sono organi sì giurisdizionali ma strutturati in modo tale da avere ben poco del giudice funzionario-burocratico di *civil law*; sono pochissimi giudici, scelti per un ruolo direi para-politico, per il caso degli organismi internazionali per lo più direttamente dai governi dei vari stati.

Non devono essere stati necessariamente giudici, prima della nomina; sono stati anzi, spesso avvocati, professori, o talora addirittura direttamente personalità pubbliche non necessariamente connotate da un profilo tecnico-giuridico.

Assomigliano più a un comitato di saggi, che ad un collegio di magistrati

⁹⁹ SANTANGELI, *Il precedente giudiziale*, p. 230-233.

¹⁰⁰ SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 100-107

burocraticamente inteso (ciò che, indirettamente, potrebbe essere adottato anche in paesi di *civil law*; ad esempio, in Italia per la Corte di Cassazione utilizzando pienamente le indicazioni costituzionali sui meccanismi di selezione dei giudici con avvocati e professori universitari di cui già all'art. 106 cost.¹⁰¹).

In particolari materie tecniche, peraltro, un organismo composto con canoni diversi dalla partecipazione di soli giuristi (o comunque predisposto istituzionalmente ad audizioni o incarico ad esperti), potrebbe tendenzialmente rendere soluzioni più adeguate¹⁰².

Come, è talora possibile che, se si dovesse chiedere una profonda funzione invasiva nella definizione di istituti e meccanismi in materie in cui la legislazione si limita all'individuazione di soli principi, forse risponderebbe meglio sia a criteri funzionali che a criteri democratici l'affidarsi ad un organo che veda al proprio interno rappresentati più riccamente le categorie interessate all'applicazione in concreto¹⁰³.

Un'ulteriore riflessione sulla funzionalità delle regole processuali elaborate attraverso i precedenti giudiziali, attiene all'aspetto della facilità della conoscenza di queste regole, e soprattutto delle mutate interpretazioni, per i soggetti del processo; questo modulo per la definizione delle regole sconta spesso la difficoltà di raggiungere efficacemente una vasta platea di avvocati e giudici.

Anche in questi casi, tuttavia, è difficile generalizzare, e molto dipende in particolare dalle qualità ed il ruolo della magistratura e degli operatori

¹⁰¹ Si riporta il testo dell'articolo 106 comma 3° della costituzione italiana: su designazione del Consiglio Superiore della Magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori.

¹⁰² In Italia, ad esempio, sono istituite sezioni specializzate che si occupano delle cause agrarie, che decidono in composizione collegiale, con la presenza di due esperti in materia agraria. Quanto alle controversie per i minorenni, è istituito il tribunale dei minorenni, composto da giudici giuristi ma anche da due giudici onorari, un uomo ed una donna "benemeriti dell'assistenza sociale, scelti tra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia...". In materia di acque sono poi istituite appositi tribunali, che decidono anche con la presenza di funzionari del genio civile in prima istanza, e anche con esperti, iscritti nell'albo degli ingegneri, nelle fasi di impugnazione.

¹⁰³ SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 108-109. Ed un organismo diversamente composto potrebbe avere una diversa interlocuzione con il potere politico, e nei limiti dello svolgimento del proprio ruolo nomofilattico, avvertire l'opinione pubblica ed il legislatore della necessità di affrontare determinati problemi con un catalogo di strumenti, ad es. l'imposizione di tasse, sovvenzioni ecc...che eccedono l'attività della nomofilachia

del diritto nel singolo ordinamento. Valgano le riflessioni sulle difficoltà della formazione delle regole processuali nel diritto italiano: “difficoltà, ad esempio, che si avvertono sotto il profilo della incertezza che altrimenti per lungo tempo attanaglia gli operatori del processo; non si tratta, tuttavia, soltanto della incompressibile tensione con l’esigenza di mantenere una interpretazione costante della legge processuale proprio alla luce del rischio delle “vittime innocenti” che qualunque modifica interpretativa quasi inevitabilmente produce, quanto, piuttosto, alla luce dell’ulteriore difficoltà, nel processo civile per come oggi strutturato, che una più libera interpretazione della legge processuale da parte dei giudici possa condurre ad una uniformità applicativa in tempi sufficientemente brevi, esigenza ovviamente centrale per una buona riuscita dell’attività ermeneutica. È l’ampio numero dei giudici civili di primo grado, la monocraticità della decisione, la distribuzione capillare se si vuole, ma che naturalmente rende più difficile il rapido formarsi di prassi condivise¹⁰⁴, a rendere praticamente impossibile che questo modo di operare possa condurre a soluzioni uniformi in tempi accettabili; né, a questi fini, sono sufficienti i rimedi individuati dal legislatore, quali la possibilità di investire tempestivamente la Cassazione, per iniziativa del procuratore generale, perché eserciti la funzione nomofilattica prima del fisiologico giungere della causa dopo il giudizio di primo e secondo grado, e non ottengono risultati sul punto integralmente soddisfacenti neanche il fiorire dei tentativi pur lodevoli di rapida “codificazione” delle c.d. *best practices* nei vari tribunali, l’attento lavoro nella formazione continua dei magistrati svolta dal Consiglio Superiore della Magistratura sia a Roma che in sede decentrata, l’utilizzo riservato dello strumento informatico, delle *mailing list* riservate in particolare ad alcuni giudici civili “specializzati”, quali i giudici delle procedure concorsuali, ed il giudice dell’esecuzione.

E, d’altro canto, assai discutibile la tesi di una forte comunanza culturale e di casta dei magistrati che distribuiscono la giustizia civile (il che, per chi come me teme le omologazioni, non è poi detto sia cattiva cosa); riterrei invece trattarsi di una categoria fortemente eterogenea nella composizione, per le capacità tecniche, negli orizzonti culturali, nella interpretazione del ruolo, che anche da questo punto di vista rende assai arduo ipotizzare ad essi l’attribuzione fruttuosa di un compito di uniformazione delle

¹⁰⁴ Non casualmente, o forse frutto di una felice coincidenza, sono le scelte del legislatore di ridurre il numero dei tribunali competenti a decidere in materia industriale (sono state istituite sezioni specializzate solo in 22 tribunali) e, da ultimo, nella materia delle *class actions* (la competenza è riservata a 12 tribunali); campi in cui, a me pare, sia auspicata una maggiore partecipazione creativa dei giudici alla puntualizzazione della tutela di alcuni partecipanti al processo, ed alla posizione di regole non soltanto processuali ma sostanziali.

regole. Diversa, naturalmente, ad esempio, la possibilità per i giudici amministrativi, di gran lunga inferiori nel numero¹⁰⁵, distribuiti in un numero assai limitato di sedi giudiziarie, chiamati esclusivamente a decisioni collegiali, facilitati ad un confronto con gli avvocati amministrativisti dal numero più accettabile degli stessi, e pertanto strutturalmente in condizione, salva questo punto l'incapacità degli stessi, di garantire l'intento di favorire il sorgere di prassi condivise e comunque di decisioni uniformi. Del resto nel campo del processo civile anche nelle ipotesi in cui la magistratura riesca a raggiungere soluzioni applicative condivise all'interno in tempi ragionevoli, si pone comunque, sotto il profilo dell'equità applicativa, l'ulteriore ed a mio avviso oggi non risolubile problema dato dallo scarso livello tecnico e dall'elevatissimo numero degli avvocati chiamati alla difesa avanti alle corti civili¹⁰⁶ e con grande difficoltà saranno in condizioni di recepire gli intendimenti ed interpretazioni giurisprudenziali in materia di applicazione delle leggi processuali, e men che meno di riuscire con coerenza a intendere che precorre negli esiti della riflessione giurisprudenziale, così da rendere purtroppo comunque ingiusto il formarsi per questa via di un "nuovo diritto" la cui conoscenza sarebbe limitata esclusivamente agli avvocati più avveduti, se non naturalmente per i più importanti arresti giurisprudenziali che oggi riescono lodevolmente a diventare di dominio immediato e pubblico grazie allo svilupparsi delle nuove tecnologie. E, non sembra possibile modificare la situazione se non attraverso una drastica riforma dell'accesso alla professione forense, di cui oggi non si vede l'approdo.

È, anche in questo caso, impossibile generalizzare; certo, appare più facile l'utilizzo del diritto giurisprudenziale nella posizione e nell'evoluzione di regole processuali quando in quegli ordinamenti in cui i giuristi si avvalgono di una vicinanza anche nella formazione e nell'individuazione dei partecipanti al processo, il giudice gli avvocati, laddove i magistrati spesso sono diretta espressione della classe forense, in cui appare più facile ricavare in tempi ragionevoli soluzioni comuni, condivise, conosciute¹⁰⁷.

È evidente, pertanto, di come sia praticamente indispensabile creare le opportune condizioni a livello tecnico, e ordinamentale, per facilitare il

¹⁰⁵ I giudici del primo grado nei tribunali amministrativi sono in tutto poco meno di trecento, a fronte delle varie migliaia dei giudici che decidono le cause civili, divisi tra giudici di pace e giudici di tribunale.

¹⁰⁶ In Italia ci sono oggi circa 4 avvocati ogni mille abitanti, e la maggior parte esercita la professione in campo civile; per dare un ordine di grandezza, gli avvocati in Italia sono in percentuale più del triplo rispetto alla media degli avvocati nei paesi dell'Unione Europea.

¹⁰⁷ SANTANGELI, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 113-116

compito della giurisprudenza nel porre regole in materia processuale, e per diffonderne con semplicità la conoscenza, se si vuole perseguire con successo questo obiettivo.

6c. (segue) *Le regole processuali tra binding precedent e prospective overruling*

In via generale, nel precedente paragrafo sono state individuate alcune riflessioni su come migliorare la tutela dell'evoluzione del diritto giurisprudenziale ed insieme della tutela dell'affidamento in materia processuale agendo sulle decisioni (che dovrebbe questo affidamento fondare), suggerendo come possano essere "migliorate" a questo fine, e come evitare quegli "errori" nella decisione, o nella stesura della motivazione, che rendono quella decisione meno efficace (nonché agendo sulla conoscibilità effettiva e tempestiva degli orientamenti).

Tuttavia, anche a prescindere dalla bontà o no delle soluzioni ricavate in materia processuale con lo strumento dei precedenti giudiziali, rimane ferma la necessità avvertita con sempre maggiore consapevolezza anche nel diritto continentale, e non solo nei giudizi di *common law*, di valutare se tutelare comunque il legittimo affidamento del cittadino (parte processuale), pur ferma restando la necessità altresì di garantire l'evoluzione del diritto giurisprudenziale, quando il cambiamento si attui per *revirement* di precedenti soluzioni¹⁰⁸. Ed il profilo dell'affidamento è di regola ritenuto di portata non uniforme, ma diversamente declinato a seconda dei campi del diritto cui la controversia insiste, e di regola il campo processuale (come ad esempio quello del diritto penale) è ritenuto dai più come uno di quelli da tutelare con particolare attenzione, onde non mutare le regole di una partita spesso già in corso¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Un profilo, naturalmente, non esclusivo per la posizione con questo meccanismo delle regole di diritto processuale, ma che proprio per le regole di diritto processuale registra significative differenziazioni.

¹⁰⁹ La prevedibilità, peraltro, non assume il medesimo valore per tutti i campi del diritto. Quanto al diritto penale, ad esempio, nell'ordinamento italiano anche alla luce della sentenza della Corte Cost. 364/88 interpretativa dell'art. 5 c.p., che ha delimitato l'ambito della non colpevolezza per ignoranza della legge penale, potrebbe ritenersi addirittura l'impossibilità di condannare nell'ipotesi in cui l'incertezza giurisprudenziale incida realmente tanto da far apparire incerta la caratterizzazione penale di un certo comportamento. In campo civile per grandi linee questa esigenza è molto forte, ad esempio, per le questioni processuali perché in materia di procedura è logico e naturale che le parti in successivi giudizi facciano affidamento sulle precedenti statuizioni e da queste si conformino per articolare il proprio

Come raggiungere questo obiettivo?

Il profilo più radicale è quello di giungere a cristallizzare le precedenti decisioni come elementi superabili non più da successive sentenze, ma solo da successive norme di legge; una tale previsione, tuttavia, urterebbe in alcuni ordinamenti (quale ad esempio quello italiano) probabilmente con la necessaria libertà attribuita al singolo giudice nell'interpretazione della legge anche nei confronti della magistratura nel suo insieme¹¹⁰, oltre a sacrificare eccessivamente le esigenze alla base della necessità del cambiamento, spesso necessario per garantire soluzioni più efficienti ed al passo con i mutamenti giuridici, economici, sociali intervenuti, che appare eccessivo delegare esclusivamente al legislatore. Del resto, anche negli ordinamenti in cui è più forte la tutela dell'efficacia del precedente, non si nega l'*overruling* "orizzontale"¹¹¹.

operato. Ad es. DENTI, *A proposito di Corte di Cassazione e di nomofiliachia*, in *Foro it.*, 1986, V, col. 419-420, nota la maggiore esigenza di stabilità (sulla bontà della soluzione) per le questioni processuali e per alcuni settori di diritto sostanziale, rispetto ad altre fattispecie. Particolare importanza a questo valore va dato anche in materie lato sensu contrattuale o pattizia, perché anche gli accordi presi possono basarsi su un orientamento giudiziario, e pertanto un cambiamento giurisprudenziale metterà in dubbio o renderà illecite soluzioni che erano state prese proprio affidandosi alle soluzioni precedentemente recepite dalla giurisprudenza. Quanto invece alle azioni per lesioni personali, o per alcune fasi della responsabilità extracontrattuale, sembra meno preoccupante che l'opportunità di eventuali mutamenti giurisprudenziali possano essere contestate sotto il profilo dell'affidamento di un soggetto su precedenti decisioni giudiziarie. CARDOSO, *Il giudice e il diritto*, *Selected writings of Benjamin Nathan Cardoso*, Firenze 1961, p. 70 ritiene invece più forte l'esigenza di uniformazione laddove siano impliciti diritti soggettivi "sostantivi" piuttosto che allorquando si tratti del diritto dei mezzi di tutela giuridica. Questo autore, poi, a pag. 123 ricorda l'opinione di Roscoe Pound, che riconosce come bisognoso di particolare stabilità la materia delle eredità e delle successioni, i vari diritti relativi alla proprietà e le vicende sulle obbligazioni, mentre sarebbero preferibili criteri elastici per il diritto dei fatti illeciti, dei servizi pubblici, dei rapporti fiduciari e di quelli che attengono alla condotta umana. In argomento, vanno poi considerate quelle branche del diritto in costante evoluzione come alcuni momenti del diritto commerciale e del diritto di famiglia.

¹¹⁰ Cfr SANTANGELI, *La sentenza civile come precedente giudiziale*, Catania, 1996, p. 40 ss.

¹¹¹ V. ad es. l'ordinamento inglese, laddove, ben prima delle recenti modifiche all'organizzazione della giustizia il profilo orizzontale dello *stare decisis* era venuto meno, per la *House of Lords* (adesso abolita), già nel 1966 in base ad un *Practice Statement del Judicial Committee*. Sebbene il cambiamento avesse riguardato formalmente soltanto la Camera dei Lords, nella prassi si assistette ad un progressivo temperamento delle posizioni tradizionali anche per gli altri gradi del giudizio. Per la *High Court*, ad esempio, si distingueva fra decisioni opera di una sezione, o *Divisional Court*, e le decisioni opera invece di un giudice unico; perché, la *High Court* è sempre vincolata dalle decisioni delle corti superiori (Lords e Appello), ma solo la *Divisional Court* si ritenne più rigidamente vincolata dalle proprie decisioni, mentre il giudice unico non è vincolato dai precedenti resi dai suoi colleghi, e

La regola del *binding precedent* è stata da ultimo in certa misura valorizzata nel nuovo codice di procedura civile brasiliano, che prevede diversi tipi di decisioni giudiziali collegiali destinate ad assumere efficacia di precedente vincolante; in particolare, le decisioni emanate nell'ambito degli incidenti di esecuzione di domande ripetitive, e la c.d. *Sumula* (decisioni tuttavia che hanno caratteristiche affatto particolari e difficilmente riconducibili a fattispecie di precedente vincolante); comprensibili, tuttavia, le critiche alle nuove disposizioni, in particolare laddove si nota come così ben possa essere compromessa la "rappresentatività adeguata della collettività che subirà gli effetti dalla decisione emanata nel "caso pilota", nel quale si ha una sfida diseguale tra la parte litigante individuale e la parte litigante abituale"¹¹².

non era indiscusso il suo vincolo ai precedenti della stessa *Divisional Court*.

¹¹² Così MENDONCA SICA, *op.cit.* Voglio meglio precisare che nell'ordinamento brasiliano alla valorizzazione del precedente, tuttavia si accompagna una necessaria contropartita: ossia l'integrazione del ragionamento dell'organo decidente. Il nuovo codice di procedura brasiliano, infatti, nel rinnovare il concetto di "motivazione delle decisioni giudiziarie" individua una serie dettagliata di parametri per fondare le decisioni. Tra questi parametri merita particolare rilievo in relazione al tema la disposizione dell'art. 489 c.p.c. brasiliano che arriva a ritenere "non correttamente fondata" la decisione che si limita a citare (od a negare l'applicazione) di un precedente (o una *sumula*) senza procedere ad una dimostrazione della relazione col caso concreto. C'è da fare inoltre una precisazione. La formazione della "*sumula*" (per cui non sembra azzardata la traduzione con "massima"), che ha il compito di uniformare proprio la giurisprudenza, deve essere basata sull'analisi degli elementi fattuali che hanno comportato la sua adozione. Se da un lato l'art. 926 c.p.c. introduce l'obbligo di ciascun Tribunale di uniformare la propria giurisprudenza, d'altro canto si permette anche una modifica. Più in particolare, si viene a creare un vero e proprio sistema di modifica e di "gestione" delle *sumule* da parte dei singoli tribunali, che possono procedere a "modificarle solo attenendosi alle circostanze fattuali dei precedenti che hanno indotto alla sua adozione" (art. 926, II c, c.p.c.). Pertanto, in questo senso l'applicazione del diritto giurisprudenziale non si ridurrebbe ad una mera applicazione della *sumula* calata dall'alto, ma permetterebbe un giudizio comparativo sugli elementi fattuali del caso, così come avviene in sostanza negli ordinamenti di *common-law*. In maniera complementare, l'art. 927 definisce come i precedenti guideranno la stabilità della giurisprudenza. L'art. 927 c.p.c. infatti, rinforza il carattere vincolante delle decisioni del Tribunale Supremo Federale e del Tribunale e delle *sumule* vincolanti. Stabilisce la norma: che "i giudici devono attenersi: a) alle decisioni del Supremo Tribunale Federale insede di controllo di costituzionalità; b) alle pronunce di *sumule* vincolanti; c) le pronunce sulla competenza e sulla risoluzione di "domande ripetitive"; d) ai contenuti delle *sumule* del STF in materia costituzionale e del STJ in materia "infracostituzionale" (vale a dire tutte le materie che rientrano nella competenza del Tribunale; il STJ ha la stessa funzione della corte di cassazione, salvo che non ha giurisdizione sul alcune materie (lavoro, militare, elettorale); e) agli orientamenti dell'organo superiore a cui siano vincolati. Il comma IV del 927 c.p.c. indica la maniera in cui deve procedersi per l'alterazione dei precedenti già affermati, il che deve avvenire attraverso "udienze pubbliche e di partecipazione di persone, organi o enti che possano

Si tratta, comunque, di soluzioni che prevedono pur sempre la possibilità dell'*overruling* orizzontale, e del *prospective overruling*, in presenza di determinate circostanze.

Si adotta, in alcuni ordinamenti una differente ma comunque intensa forma di tutela dell'affidamento, tramite l'individuazione di nuovi poteri in capo alla stessa magistratura nella determinazione del momento da cui le nuove regole giurisprudenziali saranno efficaci nei confronti di cause aperte facendo affidamento su orientamenti consolidati precedenti. In queste ipotesi, si è quindi proposto di pronunciare nella fattispecie in esame seguendo la vecchia giurisprudenza, enunciando al contempo un nuovo principio, diverso da quello espresso nell'orientamento seguito nelle precedenti decisioni, e dettando dunque anche le regole che saranno adottate nelle pronunzie successive¹¹³. In altri termini, in queste ipotesi, si pronuncia il nuovo principio arrogandosi tuttavia la potestà di limitare nel tempo gli effetti della sentenza, negandone ad esempio la retroattività e non applicandola neanche al caso in specie

Queste dinamiche si adottano da tempo nei paesi di *common law*¹¹⁴, e vengono denominate *prospective overruling*¹¹⁵, e anche la Corte di Giustizia

contribuire alla ridiscussione della tesi". In questa maniera si arriva a flessibilizzare la potenziale stagnazione che si realizzerebbe nell'adozione dello *stare decisis* puro e semplice.

¹¹³ Altro, invece, è l'istituto del c.d. *anticipatory overruling*, nell'ambito del *common law* e dunque di tendenziale rispetto dei precedenti delle Corti Superiori, si ha quando la corte inferiore decide di rifiutarsi di seguire un precedente della Corte Superiore perché ritiene che nel caso di specie la Corte Superiore non si conformerebbe più all'orientamento che aveva espresso in precedenza.

¹¹⁴ GORLA, *I tribunali Supremi negli Stati Italiani tra i secoli XVI e XIX quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione tra Stati*, in *Relazione al III congresso Internazionale di Storia del Diritto*, I, Firenze 1977, che al par. 6 sottolinea che il *prospective overruling*, naturalmente sotto altro nome, già esisteva nelle Rote del XVI-XVIII secolo

¹¹⁵ Così, negli Stati Uniti, se da un lato si riconosce alle corti il *power of overrule*, dall'altro, si ammette che "le persone che hanno costituito rapporti giuridici regolandosi in base al precedente possono vantare diritti quesiti (*vested rights*) oppure aspettative consolidate (*settled expectations*) devono essere protette". Proprio al fine di rispettare tali esigenze, l'ordinamento nordamericano ha costruito l'istituto del c.d. *prospective overruling*, nel quale il giudice asserisce la necessità di modificare l'orientamento espresso in precedenti decisioni, e pertanto detta le regole per le decisioni successive, ma decide secondo la precedente giurisprudenza nel caso che ha in esame, allo scopo di non deludere l'affidamento che le parti avessero fatto sulla precedente giurisprudenza. Il *prospective overruling* si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata. In materia, v. *Stare decisis in lower Courts: predicting the demise of Supreme Court precedent*,

dell'Unione Europea si è autoattribuita detto potere¹¹⁶ (così come in ipotesi eccezionali ha fatto anche la Corte Costituzionale Italiana¹¹⁷), e da ultimo, questo istituto è stato espressamente disciplinato dal nuovo codice di

in *60 Wash Law Review*, 1984, p. 97 e p. 309 ss. sul *prospective overruling*, per esaurienti indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche sull'attenta ricostruzione di come nella dottrina e nella giurisprudenza si siano fatte strada queste nuove figure, le critiche contro queste avanzate, le modifiche che determinano nei rapporti tra *ratio* e *obiter*, e più in generale nella teoria dello *Stare Decisis*; TRAYNOR, *Prospective overruling: a question of judicial responsibility*, in *Hastings law journal*, 1999, p. 771. In Inghilterra – diversamente da quanto accade negli Stati Uniti, il cui sistema è da taluni considerato come un sistema di *stare decisis* temperato dall'*overruling* – la *Court of Appeal* rimane vincolata, almeno formalmente, al proprio precedente, anche se, nella realtà, il sistema si è avvicinato di molto a quello nordamericano. Come già accennato (v. nota 68), in Inghilterra, il profilo orizzontale dello *stare decisis* è venuto meno, per la *House of Lords*, nel 1966 in base ad un *Practice Statement del Judicial Committee*. In particolare, tramite il *practice statement*, emanato in base ad un potere di autoregolamentazione, i Lords hanno riconosciuto che la funzione di certezza, alla quale assolve il precedente, non può assumere un grado di rigidità tale da inibire del tutto lo sviluppo del diritto, in modo tale da rendere ingiustizia nel caso concreto. Da qui la conclusione secondo cui è possibile “dipartirsi dalle precedenti decisioni quando appaia giusto farlo”; tuttavia, ciò senza “disturbare retroattivamente” i rapporti già sorti, in campo civile, e le peculiari esigenze della materia penale. In argomento v. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. di I. Mattei, Milano 1995, p. 205, per un primo esame della nozione di *prospective overruling* in Inghilterra, e delle critiche a questa rivolte sotto il profilo della distorsione della funzione giudiziaria. Del resto, l'opportunità che le corti “*may choose whether to overrule a previous decision retrospectively*”, è stata avanzata anche nell'ordinamento Anglosassone già in alcuni *dissenting speech*, pur se ciò è ancora escluso. In argomento, CROSS - HARRIS, *Precedent in English law*, Oxford, 1991, p. 228 ss.

¹¹⁶ V. ad es. CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone/ Commissione*; CGCE, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, con nota di SIMONCINI, *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1960. Per una riflessione sulle sentenze della Corte di Giustizia della Comunità Europea che, nel vigore dei privilegiati art. 173, 174 e 177 del trattato C.E.E., si arrogano il potere di limitare nel tempo (vietandone, ad esempio, la retroattività), v. se vuoi SANTANGELI, *La sentenza civile come precedente giudiziale*, Catania, 1996, p. 18 ss.

¹¹⁷ Sulla possibilità, per la Corte Costituzionale, di autolimitare l'efficacia retroattiva delle proprie decisioni, v. BELLOCCI – GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte Costituzionale di Ungheria*, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010, in www.cortecostituzionale.it, dove è contenuta un'ampia rassegna di pronunzie in cui la Consulta ha esercitato detto potere. Cfr. ancora tra gli altri F. POLITI, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale nel recente dibattito dottrinale*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3013, ed in particolare G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quad. Cost.*, 1989.

procedura civile brasiliano¹¹⁸. Non così, invece, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che non ha ancora ritenuto di dotarsi dell'istituto del *prospective*, o comunque di ipotizzare soluzioni in qualche modo simili, ed anzi continua a permettere l'applicazione retrospettiva dei propri mutamenti di giurisprudenza (da questo si desume che l'istituto del *prospective* non è visto dalla Corte Europea come uno strumento indispensabile per la tutela dell'affidamento)¹¹⁹. L'istituto è stato di recente adottato in via giurisprudenziale dalla Corte di Cassazione Francese¹²⁰, ed

¹¹⁸ Art. 927 comma 4.

¹¹⁹ 52 V. CEDU sentenza *Demir e Baykara c. Turchia* 12 novembre 2008, con allegata separate opinion di Zagrebelsky, che ritiene, invero, che la Corte debba trovare adeguate soluzioni per evitare l'applicazione retroattiva delle pronunce, che configgerebbe con la tutela dell'affidamento. Si riportano alcuni passaggi della *separate opinion*: (...) "*However, in my opinion, the act of departing from precedent raises a particular problem, because the interaction between the new interpretation and the law, as previously contemplated, will give rise to a new "law" whose content is different to that of the previous "law". The retrospectiveness of the new "law" is problematic with regard to the requirements of foreseeability and legal certainty. I would compare this to the problems raised by the retrospective effect of an Act interpreting a previous Act, justifying a certain resistance on the part of the Court. The requirements terms of the quality of the law, and particularly that of the foreseeability of its application, entail a need for a similar approach to the nature of judicial interpretation to that obtaining in the situation of laws succeeding each other in time, for which transitional provisions are often made. (...) In the light of the foregoing, I would have preferred it if the Court had stipulated the time from which the right in question "became" (paragraph 154 of the judgment) one of the essential elements of the right set forth in Article 11. In my own opinion, it would seem legitimate to doubt that this could already have come about by 1995, when the Turkish Court of Cassation disposed of the case at domestic level. I moreover find it regrettable that the Court has once again allowed the "natural" retrospectiveness of judicial interpretation to impugn an approach that, at the material time, was (probably) not in breach of the Convention*" (...).

¹²⁰ In Francia, lo strumento del *prospective overruling* fa il suo ingresso per la prima volta nel panorama giurisprudenziale con la sentenza dell'8 luglio 2004, *Cour de cassation*, 2° chambre civile, la quale adotta come sostegno argomentativo e teorico di tale istituto la costruzione giurisprudenziale elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento all'art. 6, § 1 della CEDU. In particolare la Corte francese afferma che: "*que si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*" [che, se è a torto che la corte d'appello ha deciso che il richiedente non dovesse reiterare trimestralmente la sua intenzione di proseguire l'azione intentata, la censura della sua decisione non ha riguardato questo capo, in quanto l'applicazione immediata di questa regola di prescrizione nel giudizio in corso porterebbe a privare la vittima di un processo equo, ai sensi dell'art. 6.1. della CEDU]. Al di là dei riferimenti alle fonti comunitarie, la giurisprudenza ha poi talora invocato a giustificazione dell'utilizzo del *prospective*, l'art. 2 cod. civ., che

in via meno intensa dall'ordinamento tedesco¹²¹, e più recentemente, dalla

disciplina i principi che regolano l'applicazione delle norme nel tempo e che investe anche il problema della non retroattività di atti legislativi. Con riferimento all'individuazione dell'organo giudiziario competente ad operare il prospective, l'orientamento prevalente ritiene preferibile attribuire detto potere esclusivamente alla Corte di Cassazione, meglio se in adunanza plenaria, e non già alle Corti di merito. Infine, in Francia, l'operatività dello strumento in questione – che può dirsi senz'altro consolidata, sulla base di una serie costante di pronunce del Giudice di Legittimità volta a sancire, non senza qualche resistenza, il principio della irretroattività del *revirement* giurisprudenziale – sembra riguardare esclusivamente il campo del diritto processuale, con esclusione pertanto dei mutamenti giurisprudenziali interessanti l'assetto normativo di carattere sostanziale.

¹²¹ Diversa – e sicuramente meno intensa – affermazione applicativa del prospective si registra nell'ordinamento tedesco, dove è tuttavia, parimenti, avvertita la necessità – oltre di garantire l'esigenza di certezza del diritto - di accordare, ai sensi del terzo comma dell'art. 20 del *Grundgesetz* (Costituzione tedesca), adeguata tutela all'affidamento riposto dalla parte in un consolidato assetto esegetico-normativo, improvvisamente travolto da inversione giurisprudenziale. (V. LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, Dresden, 1996, p. 116). A tal riguardo, si è fatto spesso riferimento ai criteri elaborati dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* (Corte Costituzionale tedesca) al fine di determinare la legittimità costituzionale di atti legislativi con efficacia retroattiva, nonché relativi alla retroattività delle proprie pronunzie, discutendosi circa estensibilità di tali principi al campo dei mutamenti e delle innovazioni giurisprudenziali. (Cfr. tra i tanti GUCKELBERGER, *Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung*, Bonn, 1997, p. 16). Interessante al riguardo la posizione del *Bundesgerichtshof* (Corte di Cassazione tedesca), la quale, superando il valore enfatico della distinzione tra atto legislativo ed atto giurisprudenziale, ha talora fatto propri i criteri elaborati dal Giudice delle leggi. V. tra le tante BGH del 20.09.2000, V ZB 58/99, in BGHZ 145, 158, secondo cui “*Hat die von derrückwirkenden Rechtsprechungsänderung belastete Partei auf die Anerkennung der bisherigen Rechtslage vertraut, und gebührt diesem Vertrauen bei Abwägung mit den Interessen des Prozessgegners und den Belangen der Allgemeinheit der Vorrang, griffe eine Rückwirkung in rechtlich geschützte Positionen ein; führt die Änderung zu unzumutbaren Härten, könne die neue Rechtsprechung ausnahmsweise nur für die Zukunft gelten*”. [il mutamento giurisprudenziale può valere soltanto per il futuro quando la parte la cui posizione risulta aggravata ha legittimamente fatto affidamento, nel compimento della propria condotta, sulla situazione giuridica attuale; il legittimo affidamento della parte deve essere temperato con i legittimi interessi della parte avversa, e ritenuto prioritario; la retroattività della modifica farebbe sorgere un onere ingiusto ed iniquo a carico della parte]. Altre pronunce in cui il *Bundesgerichtshof* fa uso della tecnica del prospective sono BGH 7.3.2007, VIII ZR 125/06, juris; BGH 21.1.2002, II ZR 2/00, BGHZ 150, 1,5; BGH 7.4.2003, BB 2003, 1081; BGH 23.1. 2003, NJW 2003, 1805, 53. Quanto all'affidamento nel precedente giurisprudenziale, si distinguono quindi le ipotesi in cui lo stesso viene ritenuto meritevole di tutela da quelle in cui non appare giustificabile una limitazione all'efficacia retroattiva dell'*overruling*. A tal riguardo si richiede che il mutamento giurisprudenziale comporti una restrizione delle facoltà e dei poteri della parte, un onere ulteriore suo carico, idoneo a pregiudicarne l'esercizio dei diritti. Occorre, inoltre che, a seguito di un contemperamento di interessi con l'altra parte che riceverebbe invece un immediato vantaggio dal nuovo orientamento (e che quindi,

Corte di Cassazione Italiana¹²²; si è di fatto raggiunta, e non a caso proprio e solo in materia processuale, l'adozione da parte della giurisprudenza di legittimità dell'autoattribuzione del potere di modificare una giurisprudenza ormai pacificamente consolidata, ma solo "per il futuro", applicando in pratica il precedente orientamento alla fattispecie in decisione ed alle altre fattispecie in cui le parti abbiano fatto appunto legittimo affidamento su un orientamento considerato correttamente come pacifico, laddove il cambiamento dovesse danneggiarle. Con queste modalità, si coniuga il principio di tutela dell'affidamento con le esigenze di modificare il precedente orientamento giurisprudenziale; e la tutela dell'affidamento non mai sacrificata, neanche in ipotesi limitate, alle esigenze sottese al cambiamento, che peraltro a loro volta appaiono soddisfatte. Ed anzi, potrebbero discutersi gli effetti del *prospective* sulle esigenze di cambiamento, più liberamente evase proprio in considerazione del fatto, che, con l'istituto in esame, una più rapida modifica non conduce tuttavia al sacrificio del principio di affidamento. La novità, negli ordinamenti di *civil law*, non è tuttavia di poco momento, e l'istituto è guardato con perplessità¹²³.

7. (segue) *Organismi*

Altri ordinamenti valorizzano la differente costruzione delle regole processuali attraverso le indicazioni espresse da alcuni organismi, variamente composti, con il precipuo compito anche di adattare le prescrizioni alle mutate esigenze¹²⁴.

in un certo senso, avrebbe "diritto al mutamento"), quest'ultima non debba ritenersi irragionevolmente pregiudicata dall'applicazione del *prospective*, e quindi "dall'artificioso differimento della vigenza della nuova regola giurisprudenziale". L'affidamento non viene invece ritenuto meritevole di tutela – in quanto non incolpevole – quando la parte avrebbe dovuto conoscere l'affiorare del mutamento e comportarsi di conseguenza, improntando la propria condotta all'osservanza del *Vorsorgeprinzip* ["principio di precauzione"]. Vi è, poi, chi richiede che il problema dell'applicabilità della tecnica del *prospective* vada risolto attraverso l'introduzione di un'apposita disciplina legislativa; così KLAPPSTEIN, *Die Rechtsprechung sanderungmit Wirkungfur die Zukunft*, Berlin, 2009, p. 460.

¹²² L'istituto è stato definitivamente introdotto nell'ordinamento Italiano dalla Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza Cass. S.U.11 luglio 2011 n.15144, in www.cortedicassazione.it. In argomento, SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling. Con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, in *Judicium.it*.

¹²³ SANTANGELI, *op. ult.cit.*, per un esame delle opinioni a favore e contrarie.

¹²⁴ Precipuamente la Francia, dove è da tempo diffusa la prassi di regolamentazione

Si tratta di un modo di porre principi e regole processuali di indubbio interesse.

Si riconoscono e valorizzano dunque accordi di regolamentazione collettiva ovvero, quantomeno, proposte che - preso atto della indubitabile rilevanza della prassi all'interno della disciplina del processo - di tale prassi suggerisca una adeguata "catalogazione" o raccolta, che garantisca la necessaria conoscibilità.

Talora sono fenomeni che si autopromuovono, si autoinvestono e si autoassegnano questo ruolo; altra volta, la loro attività è legittimata da una investitura da parte del legislatore¹²⁵.

Anche a prescindere dalla natura legislativa o no dell'attribuzione, conosciamo forme differenti di declinazione del meccanismo; differente, ad esempio, il tasso di democraticità, che discende dal numero delle categorie coinvolte. Altro è un organismo composto esclusivamente da magistrati oppure esclusivamente da avvocati, rispetto invece ad una struttura che metta insieme tutti i partecipanti al processo, così da potere valutare con pienezza tutti i punti di vista e le conoscenze prima di decidere, come accade nell'ordinamento francese, ove sono appunto gli esponenti della classe forense e della magistratura a concordare sul contenuto di accordi di regolamentazione collettiva del processo¹²⁶. Anche in queste ipotesi, è fondamentale la condivisione per evitare i risultati negativi cui in genere conduce una riflessione autoreferenziale di una categoria.

Ed, ancora, maggiore è lo sforzo democratico e funzionale se a queste categorie si affianca una presenza ulteriore (in particolare se realmente rappresentativa) della società civile, capace spesso di introdurre elementi di lettura innovativi e di ricordare le reali esigenze per cui le regole si pongono, e di suggerire soluzioni radicalmente differenti da antiche e non sempre commendevoli abitudini altrimenti destinate ad una stanca reiterazione. Si è già rammentata, ad esempio, l'esperienza Inglese del *Civil Procedure Rules Committee* (creato per espressa previsione legislativa), laddove sono

del processo tramite accordi collettivi: v. *infatti amplius* sul tema CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2/2010, p. 549 ss. Una menzione di tale innovazione, riferita al sistema italiano (per cui v. *infra*, nel testo ed in nota) di tali peculiari fonti è anche in BLAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, p. 21, pur cauto sul loro inquadramento nel sistema delle fonti.

¹²⁵ Si pone al riguardo il problema della rappresentatività degli usi nella loro formazione, ben presente alla dottrina francese: aspetto per cui v. CADIET-JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2013, p. 20.

¹²⁶ V. ancora CANELLA, *Gli accordi processuali francesi*, cit., ed anche FABBI, "New" Sources, cit., (III) ss.

nominati soggetti che sono appunto espressione di categorie interessate, da magistrati ed avvocati fino alla presenza di esperti rispettivamente in materia di consumo e di organizzazioni di consulenza non profit¹²⁷.

Un elemento di grande importanza attiene allora alla reale rappresentatività dei soggetti esponenziali chiamati a manifestare conoscenze ed esigenze delle varie categorie. In Italia, ad esempio il fenomeno della regolamentazione del processo per via di accordi “collettivi” ha avuto una sua prima assai embrionale e timida manifestazione con l’esperienza degli osservatori sulle buone prassi del processo¹²⁸, nonché - in misura più limitata - per l’attuazione della normativa primaria e secondaria in materia di processo civile telematico, con riguardo alla quale, nel tempo, vari protocolli son stati redatti d’accordo tra la rappresentanza forense e quella dei magistrati¹²⁹. Del resto, ciò sembrerebbe essere accaduto, più di recente, anche con i protocolli sulla redazione dei ricorsi per cassazione¹³⁰: la nostra esperienza in proposito, tuttavia (e per ragioni assurde al notorio), è l’esempio emblematico del fatto che la pratica dell’accordo (e così il tema dei c.d. “usi moderni”) pone un problema di rappresentatività.

8. *Le parti. Regole elastiche del processo*

Esiste, poi, una ulteriore possibilità per la posizione delle regole processuali; che le regole del singolo processo siano concordemente¹³¹ disegnate dalle parti, come accordi privati, superando le disposizioni legislative e i poteri attribuiti al giudice.

¹²⁷ V. retro al § 5.

¹²⁸ Ampiamente trattato, anche con indagini intorno alla valenza di tali direttive, in CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011, p. 57 (ove pure altri contributi in arg.).

¹²⁹ V. a titolo meramente esemplificativo, il “Protocollo sul processo civile telematico” siglato tra il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati ed il Tribunale di Roma il 19 giugno 2014.

¹³⁰ In proposito, FRASCA, *Intorno al Protocollo fra Corte di cassazione e C.N.F. sui ricorsi civili*, in *Giur. It.*, n. 12/2016, p. 2768 ss.; CARPI, *La redazione del ricorso in Cassazione in un recente protocollo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, n. 1/2016, p. 359 ss.; CONSOLO, *Il Protocollo redazionale CNF-Cassazione: glosse a un caso di scuola di “soft law” (... a rischio di essere riponderato quale “hard blackletterrule”)*, in *Giur. it.*, n. 12/2016, p. 2775 ss.

¹³¹ Eventualità non così comune, se si riflette come il processo sia per le parti luogo di confronto (spesso aspro), che non induce ad accordi pur limitati

L'autonomia che i soggetti di diritto manifestano nella loro facoltà di disposizione del diritto sostanziale potrebbe così tradursi anche nella disposizione concorde delle regole processuali.

Questo, si è già retro¹³² chiarito, è patrimonio comune laddove si ammette che le parti possano addirittura scegliere una giurisdizione privata in luogo di quella pubblica, e conseguentemente definirne o concorrere a definire anche le regole processuali.

Meno immediato, invece, aderire alla tesi che il diritto di disporre autonomamente regole processuali competa alle parti anche quando queste decidono invece di assoggettarsi ad una pubblica giurisdizione, (caratterizzata secondo letture datate dalla presenza dello Stato e di interessi pubblici inderogabili dalla volontà delle parti)¹³³.

Ad un attento esame, tuttavia, le aperture offerte da molti ordinamenti sono notevoli. Questa previsione è più adottata di quanto comunemente si ritiene, così consentendo una maggiore elasticità delle regole processuali tramite la scelta delle parti di cambiare le regole del gioco per meglio adattare alle loro esigenze e alle esigenze del singolo giudizio (anche per potere così avere maggiore voce in capitolo, ad esempio, nella determinazione dei costi giudiziali da sostenere).

Una visione non autoritaria ma autoregolamentata dell'ordinamento processuale, che valorizza il ruolo delle parti, e che ritengo debba essere condivisa e privilegiata.

Del resto, nella quasi totalità degli ordinamenti, una parte delle regole processuali può già pacificamente essere integrata dalle concordi decisioni delle parti, assunte nel corso del processo, o addirittura precedentemente al suo inizio¹³⁴. Così, ad esempio, spesso si consente alle parti di intervenire nella determinazione della competenza, alla facoltatività della difesa tecnica, ai limiti delle eccezioni proponibili o dei mezzi di prova che possono farsi valere, ai limiti all'intervento di terzi, alla rinuncia a taluni mezzi di impugnazione ecc¹³⁵, alla possibilità di scegliere concordemente il consulente

¹³² Retro al par. 3.

¹³³ Su tali opinioni e sulla evoluzione storica del ricorso alla figura degli accordi, con analisi focalizzata sulla analisi delle ideologie, CABRAL, *Accordi processuali nel diritto brasiliano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 773 ss.; più ampiamente, dello stesso a. v. *Convenções processuais. Entre publicismo e privatismo*, Sao Paulo, 2015.

¹³⁴ CAPONI, *Autonomia privata e processo civile*, in *Accordi di parte e processo*, Milano, 2009, p. 99 ss.; sul tema, più di recente, anche CHIZZINI, *Konventional prozess e poteri delle parti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 1, p. 45 ss.

¹³⁵ Una rassegna, con specifica analisi di varie fattispecie di accordo configurabili nel diritto processuale nordamericano e con spunti circa il sistema italiano, è in FABBÌ, *Appunti*, cit., p. 1015 ss.

tecnico che il giudice dovrà designare.

La tendenza sembra consolidarsi. Il nuovo codice del processo Brasiliano ha introdotto una nuova previsione che consente, addirittura, qualunque accordo processuale che le parti desiderino concludere, lasciando di fatto ai giudici solo il compito (non semplice) di effettuare un controllo di validità in proposito¹³⁶.

Laddove, semmai, più in dubbio rimane se questi poteri necessitino o no di un previo “lasciapassare” assicurato dalla necessità di una norma generale permissiva da parte dell’ordinamento¹³⁷, come ad esempio tradizionalmente ritenuto dalla scienza processualista italiana, che tuttavia più di recente suggerisce una diversa e più permissiva lettura per quegli accordi che si rivelino meritevoli di tutela¹³⁸.

Incertezze comuni anche ad altri ordinamenti, quali quello statunitense, laddove la maggioranza delle Corti sembra ritenere l’ammissibilità anche nel silenzio sul punto delle Federal Rules, anche in questo caso come risultato di una decisa evoluzione concettuale; se tradizionalmente gli accordi processuali erano ritenuti contrari all’ordine pubblico, si assiste oggi ad una rilettura più aperta del fenomeno¹³⁹.

Ammesso che il processo sia regolato da accordi tra le parti, occorre però affrontare il tema degli eventuali limiti ai poteri delle parti nel determinare lo svolgimento del processo per accordo.

a) In via generale, va affrontato il tema del processo su diritti che hanno ad oggetto materie di particolare importanza anche sociale¹⁴⁰, se esistano divieti o particolari precauzioni quantomeno per i processi che dunque hanno ad oggetto tali diritti, laddove la maggiore o minore indisponibilità

¹³⁶ Cfr. spec. il nuovo art. 190 che recita che “*Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade*”.

¹³⁷ FABBÌ, *Appunti*, cit., p. 1006, per una rassegna delle diverse opinioni al riguardo e così p. 1029 ss. per delle conclusioni.

¹³⁸ La lettura tradizionale è in SATTA, voce *Accordo*, in *Enc. Dir.*, 1958, Milano, p. 300 ss. e in seguito BONGIORNO, voce *Accordo processuale*, in *Enc. Giur.*, 1988, I, p. 1 ss.; su tale aspetto, cfr. però, per la recente e più permissiva opinione citata nel testo, CAPONI, *Accordi*, cit., p. 107.

¹³⁹ FABBÌ, *Appunti*, cit., spec. p. 1027.

¹⁴⁰ In Italia, è il tema dei processi su diritti c.d. “disponibili” (su cui, BARLETTA, *La ‘disponibilità’ dei diritti nel processo di cognizione e nell’arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, p. 978 ss.).

all'autonomia delle parti nel liberamente disporre del diritto sostanziale dovrebbe riverberarsi in conseguenti limitazioni di disporre nel diritto processuale¹⁴¹. E se determinate tutele è bene siano previste poi anche per altre fattispecie laddove le parti versano in una soluzione di disparità (ad es. contratti con i consumatori) che non deve essere aggravata ulteriormente da iniqui accordi in materia processuale¹⁴²; nulla escludendo, peraltro, che in tali casi sia proprio il ruolo del giudice a doversi attivare sua sponte per la protezione del versante più debole del rapporto.

b) Ancora, nelle materie tradizionalmente dispositive, occorre valutare se si mantengano esigenze pubblicistiche legate ad interessi irrinunciabili delle parti o dei terzi che impongono limiti alla facoltà di disposizione concorde dei privati¹⁴³.

c) Va, infine, conclusa questa riflessione sul rapporto tra le scelte dei privati ed i compiti ed i doveri del giudice, con un'ultima considerazione; se davanti ad una giurisdizione privata è comprensibile che le parti possano pretendere dagli arbitri anche un supplemento (foss'anche inutile) di attività istruttoria, la situazione deve essere diversamente letta davanti alla giurisdizione statale. La pratica dell'accordo dovrà incontrare dei limiti, che nascono dalla ovvia constatazione che la machinery giudiziale mette in campo risorse pubbliche delle quali non si può permetterci alle parti di far uso senza alcun limite. Il criterio di proporzionalità delle difese può per accordo dunque essere superato se implica un pluslavoro solo per i soggetti privati, non anche se coinvolge il giudice della controversia.

¹⁴¹ Ciò che ad esempio si è soliti ritenere in materia di prova legale; da notare che, nel sistema americano, si parte da premesse opposte: v. su tale aspetto il già citato studio di FABBI, *Appunti*, cit., p. 1010-1014.

¹⁴² CABRAL, *Accordi*, cit., p. 783-784, 790, ove si tratta di rapporti coinvolgenti soggetti "vulnerabili", nonché il già analizzato comma 2 dell'art. 190 del codice di procedura brasiliano.

¹⁴³ Vero è, per altro verso, che le opinioni sull'ampiezza di questi principi e così sui giusti confini alla prassi degli accordi, variano non di rado nel tempo e da un sistema all'altro: così FABBI, *Appunti*, cit., p. 1028-1029 e p. 1030-1035, rispettivamente per la esperienza nordamericana e italiana.

9. Le regole del processo. Tra duttilità e rigidità

La regola processuale la può quindi in teoria porre in via generale il legislatore, o la magistratura tramite i precedenti giudiziali, o gli organismi e le *best practices*. Ma anche alle parti del giudizio può essere dunque riconosciuto tale diritto, evidentemente nel singolo processo oggetto della trattazione; naturale porsi il problema della possibilità che ciò avvenga, sempre nel singolo processo, ad opera del giudice, cui potrebbe essere assegnato il compito di porre le regole del processo che sta affrontando (come può accadere espressamente nella giurisdizione privata, laddove talora le parti attribuiscono espressamente agli arbitri l'onere di determinare le regole processuali per quello specifico arbitrato).

Si abbraccia, sotto varie forme, il tema centrale della flessibilità del processo, e dei limiti della stessa; sotto questo profilo, è un tema che forse sarebbe opportuno trattare¹⁴⁴. Ma ci si incammina verso una tradizionale riflessione, sulla rigidità o elasticità delle regole processuali, che esula dallo spazio di questo scritto¹⁴⁵. Il principale oggetto delle mie riflessioni riguarda l'individuazione dei soggetti deputati a disporre le regole processuali, il problema di "chi" dunque deve scegliere le regole processuali, non di "quali" regole processuali si debbono scegliere.

Da questo limitato punto di vista, mi limito a precisare che: a) i processi elastici sono quelli in cui in ogni processo il giudice (o le parti) caso per caso cambia le regole per meglio adattarle, e questo potere del giudice per ogni caso singolo lo può prevedere il legislatore, la giurisprudenza consolidata, la prassi, le *best practices* ecc.; b)....i processi rigidi sono quelli in cui ci sono delle regole prefissate che vanno adottate una volta per tutte, e queste possono essere fissate; dal legislatore, dalla giurisprudenza consolidata, dalla prassi, dalle *best practices*.

¹⁴⁴ Significativa l'evoluzione verso il *judicial case management* in diritto Inglese e Americano: v. ad es., per una prospettiva generale, DE CRISTOFARO, *Case management, riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, p. 282 ss.; ma anche FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, spec. p. 91 ss. sulla evoluzione del processo civile inglese.

¹⁴⁵ L'aspetto è trattato da CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, p. 1442 ss. Che si tratti di dibattito assai tradizionale è confermato dalla lettura della Relazione al Re di accompagnamento al codice di procedura civile, il cui par. 16, come noto, era dedicato al c.d. "principio di adattabilità del procedimento alle esigenze della causa" (Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli, presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940-XVIII, per l'approvazione del testo del Codice di procedura civile).

Rimando dunque ad altre trattazioni riflessioni sulla necessità o no di una previa regola generale che preveda il potere ed i limiti di disposizione del giudice nel singolo processo¹⁴⁶; e comunque dei margini, ad esempio anche in termini di diritti di difesa e contraddittorio effettivi, comunque da garantire, anche in termini di sufficiente conoscenza delle regole da applicare a quel singolo processo¹⁴⁷, ovvero per tutelare terzi che a quel processo siano estranei.

10. *Considerazioni conclusive. I principi di garanzia come elemento essenziale del processo. Conoscenza, condivisione, democraticità come elemento qualificante dei migliori processi decisionali per la formazione di migliori regole del diritto processuale*

L'esame ha condotto in più punti a riflettere sulla necessità del perseguimento di alcuni obiettivi, essenziali per l'idea stessa del processo, a prescindere dal "positore" delle regole processuali. L'argomento tuttavia sembra quasi esulare dal tema della trattazione, e ne darò una lettura sintetica.

L'analisi anche empirica effettuata ha avvertito della pluralità dei principi che, nell'attuale momento storico, sono chiamati a reggere il processo civile, e di come tra gli stessi sia difficile ricavare una lettura armonica, trattandosi spesso di soddisfare esigenze che, nella loro dimensione più ampia, contrastano e contraddicono altri assunti fondamentali. In particolare, il sempre più prepotente manifestarsi dei principi in tema di durata ragionevole dei processi, e del principio di proporzionalità, dovranno pur sempre essere completati e temperati dal rispetto dei diritti di azione, difesa, contraddittorio, anche nella loro dimensione soggettiva più "tradizionale".

Ben si è espresso chi¹⁴⁸ ha sottolineato come "*In particolare, il pur*

¹⁴⁶ Supra, nt. 141, nonché, per ulteriori riferimenti, FABBÌ, *Appunti*, cit., spec. p. 1029 ss.

¹⁴⁷ Circa i "giusti" limiti da prevedere nell'impiego degli accordi processuali, la situazione nei vari sistemi sembrerebbe potersi dire assai variegata, laddove, come accennato, in ordinamenti come quello statunitense tuttora si discute sulla estensione del controllo giudiziale rispetto agli stessi (FABBÌ, *Appunti*, cit., spec. p. 1026 ss.), mentre in altri, si pensi a quello tedesco, non pochi aderiscono al principio in *dubio pro libertate* (Chizzini, *Konventionalprozess*, cit., p. 45 ss., citando Schlosser); tema che ancora necessita di una adeguata analisi, in fin dei conti e all'evidenza legato ad ideologie, dove da un lato vi è l'esigenza di limitare la discrezionalità del giudice, dall'altro quella di favorire, pur senza avallare eccessi, i poteri ed il controllo delle parti sul processo.

¹⁴⁸ Riporterò adesso nel testo principale un brano tratto da PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv.dir.proc.*, 2015, p. 695.

comprensibile desiderio di accelerare la definizione dei processi non deve pregiudicare le garanzie millenarie a tutela delle parti. Occorre evitare che si crei uno jatus pericoloso fra una esigenza contingente ed un bisogno eterno..... Sicché le tecniche organizzative e le misure acceleratorie, pur se innalzate alla dignità di principio, debbono recedere – ieri come oggi – rispetto alle garanzie del contraddittorio, della difesa e della azione in giudizio. Sono, questi, i principi che davvero costituiscono quel unus spiritus che sostiene ed è la sostanza stessa dell'ordinamento del processo.”.

Certo, il tema della contemperazione tra le differenti esigenze va diversamente declinato, sotto alcuni profili, anche necessariamente allora agendo sul profilo delle risorse economiche da assegnare da parte dello Stato al settore giustizia; determinazioni, tuttavia che, poiché sacrificano contestualmente la copertura di altre necessità che lo Stato tutela, o impongono un sacrificio ulteriore ai cittadini sul versante della tassazione generale o specificatamente sulle spese necessarie di giustizia per sostenere un processo, è forse opportuno siano rese da chi è almeno indirettamente deputato dai cittadini ad occuparsi in via generale della cosa pubblica, e ne possiede una visione d'insieme, ovvero tendenzialmente l'organo legislativo.

Può costruirsi, in definitiva, una classifica ideale dei “soggetti” più adatti a porre le regole processuali?

Difficile generalizzare su cosa sia meglio o cosa peggio, dipende dal *sentiment* di ognuno di noi, in realtà.

Personalmente (fermo il rispetto dei principi generali di ordine pubblico processuale¹⁴⁹ e la doverosa attenzione al criterio di proporzionalità¹⁵⁰) manifesto la mia ragionata convinzione sulla opportunità di valorizzare le scelte congiunte delle parti liberamente prese nel determinare le regole processuali¹⁵¹.

In via generale, poi, le riflessioni svolte hanno contribuito a rafforzarmi nel convincimento della tendenziale superiorità in materia processuale del ricorso a principi e regole adottate per via legislativa¹⁵², piuttosto che giurisprudenziale.

Quanto comunque al contesto giurisprudenziale, laddove si voglia efficacemente valorizzare questa produzione in materia processuale, vanno necessariamente adottate una serie di accorgimenti per rendere questo contesto il più possibile efficace¹⁵³; considerazioni in certa misura comuni

¹⁴⁹ V. al § 2.

¹⁵⁰ V. al § 2 ed al § 8.

¹⁵¹ V. al § 8.

¹⁵² V. al § 5.

¹⁵³ V. al § 6.b e 6.c.

al formarsi delle regole giudiziali tramite appositi organismi e le c.d. *best practices*¹⁵⁴.

Comunque sia è fondamentale che chi pone le regole sia pienamente consapevole. Il diritto processuale è una materia per tecnici, che i tecnici conoscono e applicano spesso su posizioni contrapposte; le regole debbono allora essere attentamente maturate e va necessariamente data grande importanza ai pareri dei tecnici, anche per evitare fenomeni di rigetto nell'applicazione.

Così, se si opta per il legislatore, ad esempio, si è compiuto solo una parte della riflessione; sotto il profilo della funzionalità, è importante che il legislatore per ben legiferare conosca i problemi, si sia confrontato nel processo di formazione della legge con i tecnici, o abbia delegato i tecnici per gli aspetti necessari¹⁵⁵. E lo stesso vale se sono i giudici a porre le regole; è comunque indispensabile confrontarsi quantomeno con gli avvocati e la dottrina per avere una visuale completa del fenomeno processuale su cui si vuole incidere; se poi è il giudice della corte Superiore a porre regole per i giudici delle corti inferiori, il confronto culturale deve manifestarsi anche con quei giudici prima di decidere, ecc.

In definitiva, l'analisi ha confermato la necessità di evitare il principale rischio delle decisioni sulle regole processuali, le scelte autoreferenziali; e questo, vale per chiunque ponga le regole.

Abstract

The paper critically analyses the various system of the sources of civil procedure with particular reference to the countries of Central Europe, North America and South America, and the rules and principles of supra-national bodies (which today need necessarily to be sought and applied in different legal systems).

It also offers a historical reconstruction until the most recent innovations. From procedural laws (laws based on rules and laws based on principles), to the parties' agreement regarding the specific proceedings, to the discipline dictated by institutional and representative bodies, to the application practices, to the rules and principles elucidated by the jurisprudence. The positive and

¹⁵⁴ V. al§ 7.

¹⁵⁵ V. al§ 5 b.

negative aspects of the different forms of production are identified, and the features are discussed, and proposals are made to identify the best dynamics for the construction of the civil procedure.

On line dispute resolution: la “piattaforma Ue” come nuovo modello di internet jurisdiction

SOMMARIO: 1. La nozione di O.D.R. (On line Dispute Resolution) nella disciplina comunitaria. – 2. Prospettiva comparatistica in materia. – 3. Una peculiare ipotesi applicativa: il sistema WIPO. – 4. La recente normativa in tema di mediazione telematica. – 5. Lo European Extra Judicial Network (c.d. ECC-Net) – 6. La piattaforma ODR promossa dall’Unione Europea. – 7. Delocalizzazione della procedura ODR ed internet jurisdiction. – 8. Criticità del regolamento 524/2013/UE. – 9. Conclusioni.

1. *La nozione di O.D.R. (On line Dispute Resolution) nella disciplina comunitaria*

Il ricorso ormai quotidiano alla negoziazione digitale solleva numerose questioni qualora sorgano vertenze tra i relativi contraenti, soprattutto per quanto concerne i profili dell’immediatezza e della transnazionalità degli scambi¹.

In tale contesto, è particolarmente meritevole il *favor* verso l’introduzione degli strumenti telematici di risoluzione delle controversie, le cd.dd. ODR (*On line Dispute Resolutions*), espresso dal legislatore comunitario già nella direttiva 2000/31/CE, la quale proponeva varie forme di incentivo per una maggiore cooperazione tra gli organismi extragiudiziari ed una maggiore visibilità di tali strumenti nei confronti dei consumatori e, in particolare, nel proprio art. 19, nel prendere atto della necessità di adeguamento dei mezzi di tutela, sanciva che il prestatore dei servizi di società dell’informazione ed

* Professore associato presso l’Università San Raffaele di Roma.

¹ In argomento v. AA.Vv., *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella Società dell’Informazione*, Milano, 2006, *passim*; A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico. Profili civilistici delle ODR*, Napoli, 2016, *passim*; E.M. APPIANO, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contr. Impr./Europa*, 2013, 2, p. 965-984; G. KAUFMANN-KOHLER - T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, The Hague, 2004, *passim*.

il destinatario potevano adire detti organi di composizione extragiudiziale delle liti, operanti anche *on line*.

Questi ultimi, in forza della loro connaturata idoneità ad operare nel *cyberspazio*, superando gli ostacoli di natura spazio-temporale e, dunque, rispettando il carattere transnazionale di internet, si configurano quali misure di sostegno agli investimenti delle imprese nel settore dell'*e-commerce* e di promozione della fiducia dei consumatori nella contrattazione *on line*, in risposta all'inderogabile esigenza di garantire un'essenziale effettività, tali da contrastare efficacemente l'impressionante rapidità e la notevole estensibilità dal punto di vista geografico con cui gli utenti virtuali possono, potenzialmente, subire danni in rete, mediante l'introduzione di innovative azioni giuridiche appropriate.

Il perseguimento di tale obiettivo è possibile, secondo il legislatore comunitario, attraverso la previsione di procedure in grado di soddisfare criteri minimi che garantiscano l'imparzialità dell'organismo, l'efficacia della procedura, la sua pubblicità e la sua trasparenza, ferma restando la preliminare necessità di rimozione di ogni sproporzione tra la portata economica della controversia ed il costo della soluzione giudiziaria.

In tale contesto, l'ODR adotta regole e procedure non contrastanti con alcuna legislazione nazionale di ogni parte in causa, distinguendo, generalmente, tra due tipologie di vertenza:

- 1) quelle "di internet", inteso quale ambito territoriale in cui emerge, si svolge e si definisce la controversia;
- 2) quelle "con internet", qualificato quale strumento attraverso cui si risolve il contenzioso.

Dopo una prima fase in cui sono state le stesse agenzie di ADR ad iniziare a proporre la propria attività anche nell'ambiente digitale, a cavallo del secondo millennio si è imposta la nascita, soprattutto negli Stati Uniti, di numerosi siti ed organismi privati volti a promuovere gli innovativi strumenti di ODR, cui è seguito il moltiplicarsi, a livello istituzionale, degli sforzi tesi a disciplinare il fenomeno, tra cui spiccano quelli, da un lato, della *Federal Trade Commission* e del *Departement of Commerce* statunitensi² e, dall'altro, dell'allora Comunità Europea, la quale ha emanato, in argomento la Raccomandazione 98/257/CE, prima, e quella 2001/310/CE, poi, il cui sesto considerando evidenziava espressamente che le nuove tecnologie possono contribuire allo sviluppo di sistemi elettronici di composizione delle controversie costituendo organismi

² Cfr. L.M. PONTE - T.D. CAVENAGH, *Cyberjustice. Online Dispute Resolution (ODR) for E-commerce*, Upper Saddle River, 2004, *passim*.

volti a risolvere efficacemente le liti che interessano diverse giurisdizioni senza il bisogno di una comparizione fisica delle parti e, quindi, andrebbero incoraggiati mediante principi volti ad assicurare *standards* coerenti ed affidabili, atti a suscitare la fiducia degli utenti³.

In materia, nel successivo regolamento 524/2013/UE (il c.d. “regolamento sull’ODR per i consumatori”), da applicarsi alla risoluzione extragiudiziale di controversie avviate da consumatori residenti nell’Unione Europea nei confronti di professionisti stabiliti nella medesima e disciplinate dalla direttiva 2013/11/UE, il legislatore comunitario auspica nuovamente “la disponibilità di un sistema di risoluzione delle controversie online affidabile ed efficiente” quale fattore decisivo per perseguire il rafforzamento della sicurezza percepibile da consumatori e professionisti qualora effettuino operazioni *on line* nel contesto di un mercato interno in cui la dimensione digitale sta diventando sempre più essenziale⁴; atteso che i consumatori e i professionisti continuano a incontrare difficoltà in particolare nel trovare soluzioni extragiudiziali alle controversie derivanti da operazioni transfrontaliere effettuate *on line* e, pertanto, tali dispute restano spesso irrisolte, “*il fatto di disporre di mezzi di facile utilizzo e a basso costo per la risoluzione delle controversie può aumentare la fiducia dei consumatori e dei professionisti nel mercato unico digitale*”⁵.

Dunque, affinché siano eliminati i molteplici ostacoli che frenano inopportuno lo sviluppo generale del commercio elettronico, l’ODR deve offrire una soluzione extragiudiziale facile, efficace, rapida e a basso costo per le controversie derivanti da operazioni *on line* (sia nazionali,

³ La mediazione telematica è stata oggetto anche di una recente sentenza, emessa dalla Corte di Giustizia U.E. il 18 marzo 2010, la quale ha ribadito che “*l’art. 34 della direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, dev’essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali. Neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l’unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l’urgenza della situazione lo impone*”.

⁴ Cfr. considerando 6, regolamento 524/2013/UE.

⁵ Cfr. considerando 7, regolamento 524/2013/UE.

sia, soprattutto, transfrontaliere)⁶ e detenere caratteristiche, sia di natura sostanziale che di natura procedurale, assolutamente indipendenti dalle specifiche normative applicate in ciascuno Stato, pur rispettando i molteplici principi di diritto relativi alla giustizia del caso concreto; infatti, proprio in conformità con quanto dettato dal legislatore comunitario, l'ODR consente, per assicurare la miglior tutela dei contraenti telematici, la risoluzione stragiudiziale di controversie direttamente *on line* con l'ausilio di sistemi informatici quali *chat room*, *webcam* ed *e-mail* (con, tuttavia, alcune fasi che ancora non possono non svolgersi necessariamente *off line*).

Rispetto al fine, più limitato, della tradizionale ADR di promuovere una maggiore accessibilità alla giustizia, l'innovativa ODR persegue i seguenti obiettivi:

- 1) favorire lo sviluppo di un mercato telematico;
- 2) assicurare l'esercizio effettivo delle libertà in tale contesto;
- 3) facilitare alle vittime di *damages on line* un accesso efficace alla soluzione delle controversie;
- 4) semplificare i rapporti sia tra imprese, nell'ambito dell'*e-commerce business to business*, così producendo maggiori efficienza aziendale ed autoregolamentazione delle medesime, sia tra queste e gli utenti telematici, nel contesto dell'*e-commerce business to consumer*.

Pertanto, se l'ODR inizialmente costituiva il cd. "aspetto telematico" dell'ADR, oggi non può e non deve ridursi ad una mera trasposizione in rete di quest'ultima, bensì deve rappresentare ormai una categoria dogmatica autonoma a sé stante⁷.

2. *Prospettiva comparatistica in materia*

Nell'analisi della tematica in esame, appare sicuramente utile il ricorso allo studio comparatistico e prezioso lo sforzo di ravvicinare i diversi ordinamenti, al fine di individuare delle *guidelines* di un possibile regime comune⁸.

⁶ Cfr. considerando 8, regolamento 524/2013/UE.

⁷ Così E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in Id. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, Napoli, 2016, p. 8-9.

⁸ Sul punto v. A. PERA - GIOV. M. RICCIO, *Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011, *passim*; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*.

In tale prospettiva, le origini degli strumenti di risoluzione alternativa delle dispute devono cogliersi nei sistemi di *common law* ed in particolare nel modello statunitense; infatti, nel 1976, la c.d. *Pound Conference*, organizzata dall'*American Bar Association* sul tema "*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*", segnò un punto di svolta nell'evoluzione della giustizia civile statunitense in virtù della formulazione di una proposta volta a sottrarre alle Corti Civili americane alcune categorie di controversie ed assegnarle alle ADR (acronimo di *Alternative Dispute Resolution*), intese quale categoria in cui ricomprendere tutti i diversi organi di decisione estranei all'apparato giurisdizionale (dalle procedure di arbitrato, conciliazione e mediazione predisposte dalla citata *American Bar Association* e dal *Judicial Arbitration and Mediation Services*, alle sempre più numerose associazioni, enti ed uffici operanti nel settore dei metodi ADR) di natura privata ed operanti secondo regole tali da configurare un procedimento flessibile ed informale ed assicurare una tutela civile privata e differenziata.

Nell'ordinamento giuridico statunitense l'arbitrato endo-processuale non è *binding*, ovvero vincolante, nel risultato, ma la sua attivazione preventiva è *mandatory*, obbligatoria; di conseguenza, i sempre più diffusi sistemi di ADR si sono ormai evoluti da rimedi con fondamento giuridico consensuale in tipologie *ex lege* endo-processuali, in quanto momento prodromico al processo ordinario, integrandosi nel contesto della giustizia pubblica quali modelli di giustizia privata sottoposti a procedimenti di normazione processuale differenziati, in ottemperanza alle cc.dd. *local rules*.

Per altro verso, trova ormai diffusa applicazione l'esperimento preventivo delle procedure ADR, quale condizione processuale di procedibilità dell'azione innanzi al giudice ordinario, anche nel sistema giudiziario concernente le Corti Federali statunitensi di primo grado, limitatamente alle cause di valore inferiore ai centocinquantamila dollari; segnatamente, qualora la parte rimanga insoddisfatta dalla pronuncia arbitrale, la medesima può non impugnarla, ma, più semplicemente, adire senza indugio il giudice naturale avviando, in tal modo, il processo di primo grado.

La trasposizione di dette metodologie nei sistemi di *civil law* è stata abbastanza rapida; della tematica in esame l'Unione Europea se ne occupa fin dal 1993, anno in cui fu pubblicato il Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico.

In seguito, la Raccomandazione 98/257/CE ha esplicitato alcuni

principi guida per gli organi responsabili di ciascun ADR: trasparenza, indipendenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza.

All'inizio del nuovo millennio, dopo che il Consiglio dell'Unione Europea, mediante la *Resolution on a Community-wide network of National bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes*, 2000/C 155/01, aveva rilevato che numerosi sistemi di risoluzione stragiudiziale di tipo facilitativo/consensuale (ad esempio, la conciliazione) non rientravano nell'ambito di applicazione della citata Raccomandazione, la Commissione Europea ha emanato la Raccomandazione 2001/310/CE, contenente i principi-base ai quali deve ispirarsi quest'ultima tipologia di ADR, mentre nel 2002, dopo la pubblicazione di un nuovo Libro verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, è stata emanata la direttiva 2002/52/CE sulla medesima materia.

Più recentemente, la direttiva 2008/48/CE (sui contratti di credito ai consumatori) esamina i sistemi di ADR con norme dotate di un crescente grado di prescrittività: se secondo la direttiva 2002/65/CE gli stati membri “*shall promote the setting up or development of adequate and effective out-of-court complaints and redress procedures*”, secondo la Direttiva 2008/48/CE “*member States shall ensure that adequate and effective out-of-court complaint and redress procedures [...] are put in place*”.

Atteso che la tutela consumeristica è andata progressivamente emancipandosi, fino a guadagnarsi un'attenzione specifica ed una legittimazione autonoma nel diritto comunitario, appare fondamentale il dettato dell'art. 81, comma II, lett. g), Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (il c.d. TFUE), in base al quale il Parlamento Europeo e il Consiglio adottano misure volte a garantire “lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie”, estremamente vantaggiosi per i costi limitati ed i tempi notevolmente più brevi rispetto alla giustizia ordinaria.

In tale ottica, ha suscitato un grandissimo interesse un amplissimo studio dell'ottobre 2009 sull'impatto dei sistemi di ADR nell'Unione Europea che ha proposto anche alcune *best practices* collegate ai principi già sanciti dalle citate Raccomandazioni emanate dalla Commissione Europea.

Nel descritto quadro generale formulato dal legislatore comunitario in materia di tutela del consumatore devono inserirsi le norme e gli strumenti di tutela elaborati negli ordinamenti dei singoli Stati membri; se il comune recepimento degli obblighi di derivazione comunitaria ha posto le basi per un assetto comune a tutti i Paesi, quest'ultimo non può non essere integrato da specifiche scelte assunte a livello nazionale necessariamente imposte dagli orientamenti di fondo espressi sia dalla regolamentazione prodotta, sia dalla

tradizione giuridica consolidata di ciascun Stato.

In tale contesto, alcuni Paesi hanno deciso di raccogliere la normativa consumeristica in un testo unico (Francia e Spagna); altri hanno optato per l'affidamento dell'*enforcement* ad un'Autorità amministrativa indipendente (Regno Unito)⁹.

Eventuali, possibili problemi di sovrapposizione di attribuzioni in materia consumeristica tra differenti autorità competenti sono risolvibili attraverso accordi di collaborazione o, come nel caso del Regno Unito, di formale individuazione dei criteri di ripartizione dei compiti e delle modalità di scambio delle informazioni.

Ciò si traduce, sul piano applicativo, nel rafforzamento dell'elemento che, in ciascun ordinamento, era tradizionalmente meno sviluppato; di conseguenza, se nel Regno Unito è stato rafforzato il profilo della regolamentazione, in Francia¹⁰ e Spagna¹¹ è stata posta una rinnovata enfasi sulla tutela del consumatore.

In Francia, fin dal 1973 è stato istituito il *Médiateur de la République*, autorità amministrativa indipendente titolare della funzione di mediazione tra cittadini e Pubblica Amministrazione, che gestiva, ai sensi della *loi* 73-6, i reclami presentati da cittadini ed imprese contro casi di cattiva amministrazione degli apparati pubblici transalpini.

Successivamente, il legislatore francese, spinto dalla sollecitazione da parte della normativa comunitaria verso una riduzione del contenzioso giurisdizionale, ha avviato un processo di destrutturazione della difesa civica e di ripartizione delle proprie funzioni a livello sia di territorio, sia di competenze, onde garantire l'efficienza a fronte della crescita esponenziale dei carichi di lavoro e della complessità delle procedure amministrative, nonché un'assistenza diretta ai cittadini d'oltralpe.

Negli ultimi decenni si sono diffusi nel territorio francese organi di

⁹ In argomento v. V. VARANO, *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, *passim*; P. CORTES, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Londra, 2010, *passim*.

¹⁰ Sul punto v. R. GOLA, *Le nouveau cadre de la résolution en ligne des litiges de consommation au sein de l'Union européenne: vers un mode approprié de résolution des conflits?*, in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2014, p.73-85.

¹¹ In argomento è opportuno il rinvio a A.E. VILALTA - R. PEREZ MARTELL, *E-Commerce, ICTs and Online Dispute Resolution. Is this the beginning of a new professional profile?*, in *International Journal of Online Dispute Resolution*, 2015; A.E. VILALTA, *La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2014, 33, p. 1-35; A.E. VILALTA, *Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, 732, p. 2067-2149.

mediazione in materia di lavoro, scuola e università, ospedali, servizi postali - dalla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) sul rispetto della riservatezza dei dati personali nei processi informatici, alla *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA), a tutela della libertà di accesso ai documenti amministrativi ed agli archivi pubblici; dal *Défenseur des enfants* alla *Commission nationale de déontologie de la sécurité* (CNDS); dal *Contrôle général des lieux de privation de liberté* (CGLPL) alla *Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* (HALDE) - e, soprattutto, bancaria e finanziaria; tuttavia, il *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République* (il c.d. *Comité Balladur*, un comitato di esperti nominato dal Presidente Sarkozy nel 2007 per svolgere un'analisi del quadro istituzionale francese e proporre eventuali opportune riforme) ha qualificato come controproducente e fonte di confusione per i cittadini l'eccessiva quantità di amministrazioni con funzioni di mediazione.

Di conseguenza, la legge costituzionale del 23 agosto 2008, ispirata dal suddetto Comitato, ha sostituito al *Médiateur de la République* un *Défenseur des droits* (che assume anche le funzioni di CNDS, HALDE e *Défenseur des enfants* ed è supportato da tre collegi di esperti: quello *pour l'exercice des attributions en matière de défense et de promotion des droits de l'enfant*; del collegio *pour l'exercice des attributions en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité*; infine, del collegio *pour l'exercice des attributions en matière de déontologie dans le domaine de la sécurité*), in forza del nuovo art. 71-1 della Costituzione, che rinvia, per la definizione dei dettagli operativi di tale organo, a due provvedimenti legislativi: la legge organica n. 2011-333 e la *loi* n. 2011-334, entrambe promulgate il 29 marzo 2011.

Tale Difensore può fornire pareri interpretativi su questioni controverse, farsi promotore di tentativi di transazione tra le parti contrapposte oppure, in caso di inefficacia delle raccomandazioni, pronunciare un'ingiunzione nei confronti della parte inadempiente.

I sistemi di ADR sono variamente organizzati in funzione delle caratteristiche istituzionali degli assetti regolamentari esistenti nei singoli Stati; nell'ordinamento tedesco¹², ad esempio, il titolare della funzione di ADR è denominato *Ombudsmann* o *Schlichter* a seconda dei vari sistemi, i quali hanno natura aggiudicativa; in particolare, l'art. 15 della Legge di attuazione del codice di procedura civile (*Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung* – EGZPO) lascia aperta ai singoli *Länder* la possibilità

¹² V. C. ALTHAMMER, *Verbraucherstreitbeilegung: Aktuelle Perspektiven für die Umsetzung der ADR-Richtlinie*, Francoforte, 2015, *passim*; B. YUNIS, *Alternative Streitbeilegung über elektronische Datennetze*, Monaco, 2010, *passim*.

di introdurre l'obbligo di un tentativo di risoluzione stragiudiziale, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In tema, è riconosciuta alla presentazione del ricorso al sistema per la risoluzione stragiudiziale della controversia la funzione di sospendere la prescrizione dei termini dell'azione giudiziale; inoltre, il grado di effettività delle decisioni dell'ADR e, quindi, di adeguamento delle parti alle medesime, è alquanto alto nell'esperienza tedesca.

In Germania le autorità competenti in via generale per la tutela del consumatore sono:

- 1) il Ministero per la nutrizione, l'agricoltura e la tutela del consumatore (*Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz* – BMLV), creato nel 2001, sull'onda di alcune frodi alimentari, ed in cui sono confluite, oltre al Ministero dell'alimentazione, anche le competenze in materia di tutela del consumatore precedentemente detenute dal Ministero dell'economia e da quello della sanità. Pertanto, tale Ministero ha lo specifico compito di promuovere una funzione di indirizzo politico e generale e di tutela puntuale del consumatore con riguardo sia al commercio in generale, sia a specifici settori, come telecomunicazioni, trasporti, sicurezza dei prodotti, salute, informativa in materia alimentare, energia, costruzioni, abitazione, servizi bancari, finanziari, assicurativi e di investimento;
- 2) l'Agenzia federale per la protezione del consumatore e la sicurezza dei prodotti alimentari (*Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit* – BVL), autorità amministrativa indipendente designata quale ufficio unico di collegamento, ai sensi del Regolamento CE n. 2006/2004 del 27 ottobre 2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori.

3. Una peculiare ipotesi applicativa: il sistema WIPO

Per quanto concerne il ricorso alla mediazione telematica quale metodo di risoluzione delle controversie in tema di nomi di dominio¹³, se queste

¹³ Sul tema, si vedano i contributi di T. BETTINGER - A. WADDELL, *Domain name law*

hanno ad oggetto i cc.dd. *Generic Top Level Domain* (GTLD, ovvero i domini .com, .net, .org, .info, .biz), si applica la *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP), predisposta dall'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (il c.d. ICANN, ente internazionale istituito nel 1998) e vigente a partire dal 1° dicembre 1999; se, invece, si tratta di *Country Code Top Level Domain* (i cc.dd. CCTLD, ovvero i domini .it, .fr, .uk, ecc.), i singoli enti statali volta per volta deputati all'assegnazione di detti nomi di dominio potranno adottare "a cascata" la disposizione appena citata oppure applicare specifiche normative locali.

In Italia, alla luce della chiusura della *Naming Authority*, la funzione di normazione tecnica e di assegnazione dei nomi a dominio è attualmente esercitata, su incarico della richiamata ICANN, dal Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) che segue una normativa autonoma ma, tuttavia, sostanzialmente non dissimile dalla procedura UDRP.

Competenti a svolgere il servizio di mediazione telematica avente ad oggetto la riassegnazione dei *domain names* sono:

- 1) la *World Intellectual Property Organisation* (WIPO), con sede a Ginevra;
- 2) la *National arbitration forum* (NAF), con sede negli Stati Uniti;
- 3) l'*Asian Domain Name Dispute Resolution Center* (ADNDRC).

Il sistema maggiormente adottato è quello introdotto sin dal 1994 dalla camera arbitrale istituita presso la WIPO (il c.d. *WIPO Arbitration*

and practice. An international handbook, Oxford, 2015, *passim*; J. NG, *The domain name registration system. Liberalisation, consumer protection and growth*, Londra, 2012, *passim*; D. LINDSAY, *International domain name law. ICANN and the UDRP*, Oxford, 2007, *passim*; P. SAMMARCO, *Il regime giuridico dei "nomi a dominio"*, Milano, 2002, *passim*; P. TORTORANO, *Il domain name: profili di diritto comparato e di diritto interno*, Napoli, 2004, *passim*; M. PIERANI, *Marchi e nomi a dominio: un "doppio binario" per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2001, p. 495 ss.; C.M. CASCIONE, *I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia*, in *Dir. Inf.*, 1, 2008, p. 25 ss.; E. FOGLIANI, *Recenti sviluppi dell'Internet Governance italiana: la nuova "Commissione per le regole" del registro del ccTDL.it*, in *Dir. Inf.*, 6, 2004, p. 791 ss.; L. MARINI, *Il sistema dei nomi a dominio per l'identificazione dei domini Internet*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, 3, p. 631 ss.; Id., *Reti di comunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi a dominio internet*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, 1, p. 3 ss.; L. MENDOLA, *La Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, 1, p. 57 ss.; C. GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, Milano, 2001, *passim*; G. CASSANO, *In tema di domain name*, in *Dir. Inf.*, 2000, 3, p. 494-499; A. ANTONINI, *La tutela giuridica del nome di dominio*, in *Dir. Inf.*, 2001, 6, p. 813-825.

and Mediation Center)¹⁴, organizzazione intergovernativa che persegue la promozione e la protezione della proprietà intellettuale nel mondo mediante la cooperazione tra Stati e l'applicazione di vari trattati multilaterali, che si articola in tre procedure quasi integralmente telematiche (l'*Administrative Domain Name Challenge Panels* (ACPs), che indica quale parte abbia maggiori diritti ad utilizzare il *domain name* contestato, la *Mediation* e l'*Expedited Arbitration*)¹⁵, cui si adisce se si contesta un'*abusive registration* che si configura in caso di:

- 1) sussistenza di più nomi di dominio identici o simili tra loro;
- 2) assenza del diritto o del legittimo interesse da parte del titolare del *domain name* alla detenzione del medesimo;
- 3) registrazione o utilizzo del nome di dominio in mala fede.

Al termine del procedimento, l'arbitro designato dalla WIPO (il c.d. *panel*) può formulare due esiti differenti (il trasferimento del *domain name* o la sua cancellazione), cui le parti possono opporsi entro dieci giorni innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria; decorso tale termine l'ente di registrazione competente deve dare esecuzione alla relativa decisione arbitrale, mentre i contendenti possono comunque adire successivamente la suddetta giurisdizione, senza, tuttavia, poter richiedere il semplice accertamento negativo dell'inesistenza di altrui diritti sul nome di dominio, bensì esclusivamente l'assegnazione di quest'ultimo.

In Italia non si è adottata la descritta procedura, ma, accanto alla tradizionale via giudiziaria, si sono sviluppate due tipologie di "regole di *naming*": una amministrativa, consistente in un ricorso gerarchico diretto alla riassegnazione dei *domain names*; l'altra arbitrale, concernente le liti connesse alla registrazione di nomi a dominio o l'impugnazione delle decisioni amministrative.

Secondo quanto previsto in detto procedimento, coloro che richiedono

¹⁴ In argomento si rinvia a C. DEERE BIRKBECK, *The world intellectual property organization (WIPO): a reference guide*, Cheltenham, 2016, *passim*; J. REINBOTHE - S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996. The WIPO copyright treaty and the WIPO performances and phonograms treaty: commentary and legal analysis*, Londra, 2002, *passim*; M. VITTORI, *Trademark protection on the internet: the evolution of international law and the role of the World Intellectual Property Organization (WIPO)*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2002, 10, p. 113-128.

¹⁵ Sul punto v. E. MIN - M. LILLEENGEN, *Collection of WIPO Domain Name Panel Decisions*, Frederick, 2004, *passim*; J.D. LIPTON, *Internet Domain Names, Trademarks and Free Speech*, Northampton, 2010, *passim*; M. ROMANI - D. LIAKOPOULOS, *La globalizzazione telematica. Regolamentazione e normative nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2009, *passim*.

l'assegnazione di un nome a dominio .it devono sottoscrivere una Lettera di Assunzione di Responsabilità (la c.d. LAR) nella quale è contenuta una clausola facoltativa che stabilisce la devoluzione agli arbitri delle eventuali controversie che dovessero sorgere nello svolgimento del rapporto ed il conseguente consenso all'eventuale apertura di un procedimento che si svolge soprattutto *on line*, anche se, in un eccesso di prudenza, il citato ente formatore ha scelto di mantenere alcune fasi in un contesto *off line*.

4. *La recente normativa in tema di mediazione telematica*

In Italia, nella fase di attuazione della citata normativa comunitaria il legislatore italiano ha assunto, con la promulgazione del d.lgs. 70/2003, una posizione inizialmente prudente, ancora legata ad un'insoddisfacente visione unitaria di ADR *online* ed *offline*, anche alla luce delle perplessità, espresse da parte della dottrina, in merito, in particolare, da un lato, ad una temuta totale dematerializzazione delle procedure giudiziarie ordinarie e, dall'altro, alla predisposizione unilaterale della clausola introduttiva del ricorso ai menzionati strumenti alternativi di risoluzione delle liti, solitamente contenuta, per l'appunto, in condizioni generali del contratto.

Tuttavia, atteso che l'ormai consolidata disciplina in materia di contrattazione standardizzata avente ad oggetto i cc.dd. obblighi di informazione pone il rischio della predisposizione di un modello contrattuale esclusivamente a carico dell'imprenditore predisponente, appare ormai assolutamente irreversibile la definitiva affermazione della *policy* comunitaria volta ad imporre l'introduzione dei sistemi stragiudiziali di composizione delle controversie, segnatamente telematici.

Nell'ordinamento giuridico italiano, con la promulgazione del d.lgs. 5/2003, il cui titolo VI è rubricato "Della conciliazione stragiudiziale"¹⁶, finalmente viene introdotta una legislazione di settore in materia di arbitrato telematico e mediazione *on line* (priva, tuttavia, di una normativa quadro), cui successivamente si aggiungono il d.lgs. 82/2005 ed il d.P.R. 68/2005, che ritengono tali strumenti molto più idonei per dirimere controversie nate in internet o scaturite da transazioni telematiche *on line* di quanto lo siano

¹⁶ In tema v. G. SCIANCALEPORE - S. SICA, *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici*, Torino, 2010, *passim*; G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, Santarcangelo di Romagna, 2011, *passim*; G. SCIANCALEPORE - S. SICA, *Codice della mediazione e della conciliazione*, Torino, 2010, *passim*.

gli altri modelli di ADR fisici, inevitabilmente antieconomici¹⁷.

Più recentemente, l'art. 3, ultimo comma, d.lgs. 28/2010, attuativo della direttiva 2008/52/CE, ha espressamente sancito che “la mediazione può svolgersi secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo”, caratterizzate sia, come innanzi accennato, dal costo contenuto (requisito essenziale, atteso l'esiguo valore della *magna pars* di controversie relative ai contratti conclusi *on line*), sia dalla c.d. asincronicità della procedura, derivata dalla peculiarità territoriale propria del Paese di origine dell'ODR, gli Stati Uniti (dove sono ben note le oggettive difficoltà di natura logistica per la realizzazione di teleconferenze, in forza della sussistenza di vari fusi orari sul territorio nazionale).

Permanendo, però, la diffusa esigenza affinché fosse emanata una legge generale per disciplinare in modo organico i suindicati innovativi strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in ambiente telematico, il legislatore interno ha successivamente emanato prima la legge 69/2009, il cui art. 60 tratta espressamente della “mediazione in ambito civile e commerciale”, e poi il d.lgs. 28/2010, teso, innanzitutto, ad eliminare alcuni inconvenienti derivanti da un mero rinvio alle norme codicistiche, attribuire un valore legale certo all'accordo conciliativo, nonché, più in generale, diffondere la cultura della conciliazione ed avvicinare tali sistemi agli standard internazionali in merito.

La normativa da ultimo citata, se, da un lato, ha l'indubbio merito di aver espressamente temperato la possibilità di conciliare controversie per mezzo della c.d. mediazione telematica (art. 3, comma 4, come, tra l'altro, confermato recentissimamente dall'art. 84, legge 98/2013), dall'altro, elabora in tema soltanto richiami occasionali, limitandosi a sancire, ad esempio, che “l'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della Giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste, fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo,

¹⁷ Sul punto si rinvia a AA.VV., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017, *passim*; C. ISONI - C. CARIA - P. ELIA - L. TANTALO, *Negoziato, mediazione, conciliazione, arbitrato forense e ADR dei consumatori*, Roma, 2016, *passim*; A. AMADORI, *Adr e arbitrato in Italia: disciplina codicistica ed ambiti applicativi*, Ostuni, 2012, *passim*; M. CORRADINO - S. STICCHI DAMIANI, *ADR e mediazione*, Torino, 2012, *passim*; G. COSÌ - G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti. Teoria e prativa dei metodi ADR*, Torino, 2012, *passim*; L. VALENTINO, *Riflessioni in tema di ADR*, Napoli, 2012, *passim*; A. CUOMO - G. FUCCILLO, *La mediazione e le altre procedure ADR: brevi considerazioni*, Castellammare di Stabia, 2011, *passim*; S. ZIINO, *I vari sistemi ADR. Studio sugli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e sui rapporti con il processo giurisdizionale*, Palermo, 2011, *passim*.

in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati” (art. 16, comma 3).

Inoltre, avendo l’art. 11, comma 3, testualmente stabilito che in caso di raggiungimento dell’accordo tra le parti o di adesione alla proposta del mediatore, “si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l’autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere”, la problematica concernente la sottoscrizione che eventualmente si perfezioni nel contesto digitale può risolversi con il rinvio alla disciplina applicabile alle firme elettroniche e, soprattutto, a quanto previsto in tema da parte del Codice dell’Amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005, così come modificato dal d.lgs. 235/2010)¹⁸.

5. Lo European Extra Judicial Network (*c.d. ECC-Net*)

Atteso che gli Stati membri dell’Unione Europea devono fornire l’accesso a procedimenti giudiziari mediante appropriati strumenti elettronici, non statali ma cui comunque deve conferirsi il riconoscimento istituzionale se rispettosi dei principi di competenza, indipendenza ed imparzialità, nonché di trasparenza nel proprio funzionamento, idonei a garantire lo svolgimento di procedure a basso costo, rapide ed informali (e non lenti ed onerose come quelle proprie delle vertenze giudiziarie, specie se internazionali), adeguate ai

¹⁸ Per un commento al “Codice” ed alle sue modifiche v., *ex multis*, E. BELISARIO, *La nuova pubblica amministrazione digitale. Guida al codice dell’amministrazione digitale dopo la legge n. 69/2009*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2009, *passim*; M. ATELLI - S. ATERNO - A. CACCIARI - R. CAUTERUCCIO, *Codice dell’amministrazione digitale. Commentario*, Roma, 2008, *passim*; F. DELFINI, *D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82: il codice dell’amministrazione digitale*, in *Contr.*, n. 8-9/2005, p. 807-817; E. CASTORINA, *Il Codice dell’amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005): il differimento dell’entrata in vigore e gli “atti di indirizzo e coordinamento”*, in *Dir. Inf.*, n. 3/2005, p. 459-470; E. DE GIOVANNI, *Il “Codice dell’amministrazione digitale”: prime impressioni*, in *Dir. internet*, n. 3/2005, p. 226-227; R. CLARIZIA, *Il documento informatico sottoscritto: alcune note a margine del codice dell’amministrazione digitale*, in *Dir. internet*, n. 3/2005, p. 221-225; G. SCORZA, *Profili civilistici nel Codice dell’amministrazione digitale*, in *Inform. dir.*, n. 1-2/2005, p. 111-133; G. CAMMAROTA, *Le modifiche al Codice dell’amministrazione digitale (Commento a D.lgs. 4 aprile 2006, n. 159)*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2006, p. 943-948; G. FIORIGLIO, *I diritti dei cittadini e delle imprese nel codice dell’amministrazione digitale*, in *Riv. dir. econ. e gestione delle nuove tecnologie*, n. 2/2006, p. 234-246; M. PIETRANGELO - I. D’ELIA, *Il Codice dell’amministrazione digitale nel processo di semplificazione normativa: genesi e criticità*, in *Inform. dir.*, n. 1-2/2005, p. 9-30.

tempi ed alle modalità del mezzo informatico, che consentano, *in primis*, ai contraenti che si sono visti soltanto “telematicamente”, ed il più delle volte residenti in Stati diversi, di evitare di doversi incontrare necessariamente *de visu*, appare particolarmente utile, in detta prospettiva, l’iniziativa, messa a punto, per quanto concerne i profili tecnici ed operativi e le funzioni degli organi extragiudiziali nazionali, con esperti e *stakeholders* nel corso della conferenza tenutasi nel 2000 a Lisbona, adottata con la Risoluzione del Consiglio Europeo del 25 maggio 2000 ed avviata in fase pilota il 16 ottobre 2001¹⁹, volta a creare, quale rete di cooperazione internazionale, lo *European Extra Judicial Network* (c.d. ECC-Net)²⁰, onde agevolare il consumatore nell’identificazione della competente ODR.

L’introduzione, nel 1992, dei primi Eurosportelli per attività di informazione e promozione dei diritti dei consumatori, e la creazione, nel 2001, della Rete europea per la risoluzione extragiudiziaria delle controversie dei consumatori (EEJ-Net), al fine di aiutare i consumatori e assisterli nell’applicazione dei loro diritti in caso di controversie transfrontaliere e di perseguire, a livello sistemico, la piena realizzazione del mercato unico, si sono rivelati propedeutici all’istituzione della rete dei Centri Europei Consumatori ECC-Net (tramite, per l’appunto, la fusione degli Eurosportelli e della EEJ-Net); questi ultimi, in occasione del decimo anniversario della loro istituzione, hanno evidenziato, da un lato, come in tale periodo più di 650.000 consumatori li abbiano contattati per richiedere informazioni sui loro diritti e circa 300.000 siano stati assistiti nella gestione dei reclami per acquisti transfrontalieri e, dall’altro, lo sforzo competitivo profuso nei confronti delle procedure ODR di matrice statunitense.

Segnatamente, queste ultime sono dotate di un elevato grado di automatizzazione e di una notevole trasparenza e sono gestite dai cc.dd. *Online ADR providers*, organismi indipendenti *ad hoc* la cui proficua attività si è tradotta nell’introduzione, da un lato, della c.d. *blind negotiation* o *blind-bidding* (la prima forma di ODR sviluppata negli Stati Uniti che si svolge, per sua natura, esclusivamente *on line* ed ha avuto un tale successo oltreoceano da essere adottata non solo dai consumatori, ma anche dalle imprese e dalla Pubblica Amministrazione) e, dall’altro, della *peer pressure* (procedura ODR utilizzabile esclusivamente nelle controversie tra *business* e *consumer*).

¹⁹ Cfr. C. VACCA, *Il punto su ODR, online dispute resolution*, in *Contratti*, n. 11/2009, p. 1072.

²⁰ In tema v. V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, III ed., 2012, p. 1295; M. VIETTI, *Codice dell’ordinamento giudiziario*, Milano, 2013, p. 1487; V.C. LA SORTE, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, Padova, 2016, p. 79-80.

In Italia le funzioni di Centro Nazionale della suddetta rete europea per i consumatori sono gestite nel triennio 2015-2017, su designazione del Ministero dello sviluppo economico, dalle Associazioni di consumatori Adiconsum²¹ e CTCU (Centro Tutela Consumatori e Utenti, fondato nel 1993, cui hanno aderito dieci associazioni operanti in Alto Adige), già presenti nel Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti e regolarmente iscritte all'elenco di cui all'articolo 137 del Codice del consumo; il Centro ECC-Net Italia, nella sua struttura attuale, è operativo dal 2005 e dispone di due sedi, una centrale a Roma ed una transfrontaliera²² a Bolzano.

6. La piattaforma ODR promossa dall'Unione Europea

Dall'esame del quadro di valutazione UE dello stato della giustizia e, soprattutto, del *Consumer Conditions Scoreboard*, pubblicati nel 2015 e volti sia al monitoraggio della conoscenza e della fiducia, nonché del rispetto e dell'applicazione da parte dei consumatori in ordine ai reclami ed alla risoluzione di controversie, sia alla verifica dei progressi nel processo di integrazione del mercato al dettaglio nell'ambito dell'Unione Europea per quanto concerne le transazioni *business-to-consumer* transfrontaliere, sia all'analisi dello sviluppo del commercio elettronico, è emerso che ben sei *professionals* su dieci conoscono i meccanismi ADR, mentre addirittura il 70% dei consumatori che vi ha fatto ricorso si ritiene molto soddisfatto dei risultati conseguiti; la fiducia di questi ultimi nell'efficacia di meccanismi di risoluzione delle controversie è persino maggiore verso gli organismi extragiudiziali (46%), rispetto a quella riposta nei tribunali (36%).

Dunque, dall'analisi dei reclami ricevuti dalle imprese appare evidente la preferenza dei consumatori europei per i servizi offerti dai venditori quale canale di risoluzione; tale risultato è da ascrivere, probabilmente, alla dimensione del valore delle controversie che, se di piccole entità, fanno prediligere un tentativo di risoluzione non mediato, tra compratore e venditore.

In tale contesto, il già citato regolamento 524/2013/UE, il cui obiettivo è quello di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato

²¹ Sul punto si rinvia a A. BRUNI, *La mediazione conviene. I vantaggi della conciliazione civile e commerciale. Tecniche e casistica*, Santarcangelo di Romagna, Il ed, 2011, p. 280-287.

²² Per "zona transfrontaliera" si intende l'insieme delle regioni situate in continuità territoriale con altri Stati membri dell'Unione europea, quali Friuli Venezia Giulia, Veneto, Trentino Alto Adige, Lombardia, Piemonte, Valle d'Aosta e Liguria.

di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno, ed in particolare della sua dimensione digitale, ha istituito una piattaforma ODR europea (la c.d. “piattaforma ODR”), consistente in un sito *web* interattivo lanciato il 9 gennaio 2016 e gestito dalla Commissione Europea, “unico punto di accesso” a partire dal 15 febbraio 2016 attraverso cui consumatori e professionisti di tutta Europa possono tentare di risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da contratti di vendita di beni e servizi conclusi *on line*²³, soprattutto *cross-border*.

Integrata con il Regolamento di esecuzione 2015/1051/UE, la suddetta normativa, insieme con la direttiva 2013/11/UE (“sull’*Alternative Dispute Resolution*”)²⁴, cui l’Italia ha dato attuazione con il d.lgs. 130/2015, costituiscono il pacchetto legislativo ADR-ODR che, per la prima volta, introduce un set coordinato e omogeneo di regole; per rispondere adeguatamente alle fondamentali esigenze di natura giuridica in materia (certezza del diritto, art. 47 Carta di Nizza, libertà di movimento, di scambio delle merci, di capitali e di prestazione di servizi) sono divenuti improcrastinabili il ricorso ai modi alternativi di risoluzione delle controversie ed il conseguente avvento di un sistema la cui efficacia richiede il costante impegno politico ed il sostegno di tutte le parti interessate, senza compromettere l’accessibilità, la trasparenza, la flessibilità, la rapidità e la qualità del processo decisionale in seno agli organismi ADR rientranti nell’ambito di applicazione qui in esame, facendo leva sull’adesione attiva di entrambi i soggetti in conflitto affinché si pervenga alla formazione di un assetto di interessi equo, mediante il contemperamento degli interessi reciproci²⁵.

In realtà, il dibattito, avviato nel 2012, che ha condotto all’emanazione della disciplina in esame è stato alquanto vivace: in particolare, alcune critiche sono state avanzate da Paesi Bassi (nel Parere motivato della Prima Camera dei Paesi Bassi sono state sollevate obiezioni riguardo, da un lato, alle molteplici problematiche che sarebbero potute sorgere in materia di diritto internazionale privato, e, dall’altro, al rispetto del principio di sussidiarietà, in quanto non appariva sufficientemente motivata la necessità di procedere

²³ Cfr. art. 5, comma 2, regolamento 524/2013/UE.

²⁴ Invero, l’art. 1 di tale direttiva qualifica come “insopprimibile” il diritto individuale di esercitare la tutela delle proprie posizioni mediante l’accesso al sistema giudiziario statale. Per un commento alla suddetta norma di diritto comunitario v. S. COPPOLA, *Il consumatore europeo: dalla tutela storica alla direttiva ADR*, in P. CENDON - C. PONCIBÒ (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014, p. 703-730.

²⁵ Così F. MANCINI, *Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, in E. MINERVINI (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., p. 18.

ad un'armonizzazione in questo modo, atteso che nello Stato già esisteva un valido e ben sviluppato sistema di composizione delle controversie non ancorato nella legislazione, ma fondato sull'autoregolamentazione e la cooperazione volontaria delle parti interessate, e, dunque, non vi era nessun motivo per iscrivere nell'ordinamento legislativo un sistema alternativo di composizione delle controversie) e Germania (il parere motivato del *Bundesrat*, pur condividendo la scelta della Commissione secondo cui l'attuazione della legislazione di protezione dei consumatori può essere facilitata anche dal ricorso alla risoluzione alternativa delle controversie, tuttavia, suggeriva di limitare il campo di applicazione della normativa *de quo* alle controversie transfrontaliere poiché riteneva che nella sua forma iniziale la disciplina proposta non rispettasse il principio di sussidiarietà e non fosse coperta dalla base giuridica costituita dall'art. 114 del Trattato, in quanto prevedeva anche per le controversie puramente nazionali l'istituzione ed il finanziamento di un'infrastruttura di organismi di risoluzione alternativa delle controversie derivanti dall'acquisto di beni o dalla prestazione di servizi).

La piattaforma ODR, facile da usare, gratuita ed accessibile al *link* <https://webgate.ec.europa.eu/odr>, collega tutti gli organismi ADR che gli Stati membri, in ottemperanza alla suindicata Direttiva ADR, hanno accreditato presso la Commissione Europea e, inoltre, consente di ottenere informazioni generali sull'ADR e sui relativi organismi competenti a trattare le controversie *on line* inserendo in rete una guida sulle modalità di presentazione dei reclami per suo tramite.

La procedura predisposta sulla piattaforma ODR²⁶ si articola fondamentalmente nelle seguenti quattro fasi:

- a) creazione e invio del reclamo;
- b) accordo sull'organismo di risoluzione;
- c) trattamento del reclamo da parte dell'organismo di risoluzione;
- d) soluzione e chiusura del reclamo.

Atteso che la piattaforma ODR tratta reclami presentati sia dal *consumer*

²⁶ In tema v. G. VISCONTI, *Tutela dei consumatori. Controversie "online" fra i consumatori ed i professionisti. Piattaforma ODR europea*, in PMI, n. 3/2016, p. 45-51; V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5/2012, p. 315-316; G. CAPILLI, *LA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE: DALLE ADR ALLE ODR*, in Aa.Vv., *Annali 2010/2011. Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza. Università Telematica "Giustino Fortunato"*, Torino, 2010-2011, p. 51-64.

che dal *business*, confermandosi, quindi, organismo *super partes*, atto a tutelare entrambe le parti, tuttavia, nella stragrande maggioranza delle ipotesi essa consente, *in primis*, al consumatore di presentare, per via telematica e mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione Europea, il reclamo, composto da tre sezioni (una contiene le informazioni personali dell'istante; un'altra l'indicazione dei dati della controparte; un'altra ancora la descrizione dell'oggetto della controversia, cui si possono allegare anche eventuali documenti probatori), che, non appena inserito sulla piattaforma, viene ulteriormente inviato *on line* alla controparte *professional*.

Entro i successivi trenta giorni quest'ultimo deve decidere se partecipare al procedimento e, in caso di scelta positiva, proporre, a sua volta, al consumatore un organismo ADR inserito nell'elenco presente sulla piattaforma ODR; se il consumatore concorda su quest'ultimo, la piattaforma trasferisce automaticamente il reclamo al medesimo (in mancanza di accordo, il reclamo non sarà trattato ulteriormente); infine, l'organismo di risoluzione delle controversie alternativo prescelto ha tre settimane per decidere se ha la competenza, *ratione materiae* e *ratione personae*, per trattare il reclamo, informare le parti in proposito (potrebbe contattare le stesse anche se avesse bisogno semplicemente di ulteriori informazioni prima di assumere le citate determinazioni) e, da ultimo, proporre una soluzione entro 90 giorni dalla data di presentazione del reclamo, informandone debitamente le parti²⁷.

²⁷ Ai sensi dell'art. 5, comma 4, regolamento 524/2013/UE, "la piattaforma ODR ha le funzioni seguenti:

- a) mettere a disposizione un modulo di reclamo elettronico che può essere compilato dalla parte ricorrente conformemente all'articolo 8;
- b) informare del reclamo la parte convenuta;
- c) individuare l'organismo o gli organismi ADR competenti e trasmettere il reclamo all'organismo ADR cui le parti hanno concordato di rivolgersi, a norma dell'articolo 9;
- d) proporre uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta alle parti e all'organismo ADR di condurre online la procedura di risoluzione della controversia mediante la piattaforma ODR;
- e) fornire alle parti e all'organismo ADR la traduzione delle informazioni che sono necessarie per la risoluzione della controversia e che sono scambiate tramite la piattaforma ODR;
- f) mettere a disposizione un modulo elettronico tramite il quale gli organismi ADR trasmettono le informazioni di cui all'articolo 10, lettera c);
- g) mettere a disposizione un sistema di commenti (feedback) che consenta alle parti di esprimere il proprio punto di vista sul funzionamento della piattaforma ODR e sull'organismo ADR che ha trattato la loro controversia;
- h) rendere pubblico quanto segue:
 - i) informazioni generali sull'ADR quale mezzo extragiudiziale di risoluzione delle

Ai sensi dell'art. 10, regolamento 524/2013/UE, "un organismo ADR che ha accettato di trattare una controversia conformemente all'articolo 9 del presente regolamento:

- a) conclude la procedura ADR entro il termine di cui all'articolo 8, lettera e), della direttiva 2013/11/UE;
- b) non impone la presenza fisica delle parti o dei loro rappresentanti, a meno che le sue norme procedurali prevedano tale possibilità e le parti siano d'accordo;
- c) trasmette senza indugio le seguenti informazioni alla piattaforma ODR:
 - i) la data di ricevimento del fascicolo relativo al reclamo;
 - ii) l'oggetto della controversia;
 - iii) la data della conclusione della procedura ADR;
 - iv) l'esito della procedura ADR;
- d) non è tenuto a condurre la procedura ADR tramite la piattaforma ODR".

Tutti gli organismi di risoluzione delle controversie elencati sulla piattaforma ODR²⁸ offrono procedure extragiudiziali e sono sottoposti ad appositi controlli affinché sia garantito il soddisfacimento degli *standards* imposti a livello comunitario nonché all'accreditamento ed alla registrazione presso le *authorities* nazionali a ciò preposte (in Italia, il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero della giustizia, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e l'approvvigionamento idrico, la CONSOB, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Banca d'Italia e così via a seconda

controversie;

ii) informazioni sugli organismi ADR inseriti in elenco conformemente all'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/11/UE che sono competenti a trattare le controversie oggetto del presente regolamento;

iii) una dettagliata guida *online* sulle modalità di presentazione dei reclami tramite la piattaforma ODR;

iv) informazioni, incluse le modalità di contatto, sui punti di contatto ODR designati dagli Stati membri conformemente all'articolo 7, paragrafo 1, del presente regolamento;

v) dati statistici sui risultati delle controversie trasmesse agli organismi ADR tramite la piattaforma ODR".

²⁸ Attualmente, sono più di un centinaio gli organismi di ADR presenti in 17 Paesi membri, ma, molto sorprendentemente, non sono disponibili organismi ADR per alcuni settori e nei seguenti Paesi: Croazia, Romania e Spagna.

dell'ambito di competenza)²⁹.

L'elenco presente sulla piattaforma ODR fornisce di ciascun organismo ADR ivi presente le informazioni generali, i contatti e una serie di informazioni specifiche concernenti:

- a) i settori di competenza;
- b) i soggetti che possono avviare la controversia;
- c) il Paese in cui deve essere stabilito il professionista;
- d) le informazioni sulla procedura (in merito ad una serie di aspetti quali la lingua, le tariffe, la durata media, i possibili esiti e gli eventuali motivi di rifiuto).

²⁹ In Italia, ad oggi, l'elenco degli organismi ADR presenti sulla piattaforma è il seguente:

- a) ADR Center SRL;
- b) Arbitro Bancario Finanziario (ABF);
- c) Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF);
- d) Borlaw - Organismo di mediazione;
- e) Camera di Commercio del Molise;
- f) Concilia SRL;
- g) Conciliareonline.it/CTCU;
- h) Istituto Nazionale per la Mediazione e l'Arbitrato – INMEDIAR;
- i) Negoziante paritetica ENEL;
- j) ODCEC Medi;
- k) Organismo ADR A2A SPA – Associazione dei Consumatori;
- l) Organismo ADR conciliazione paritetica ENI – Associazione dei Consumatori;
- m) Organismo ADR Edison e Associazione dei Consumatori del CNCU;
- n) Organismo di conciliazione paritetica Consorzio Netcomm – Associazione dei Consumatori;
- o) Organismo di conciliazione paritetica FASTWEB SPA – Associazione dei Consumatori;
- p) Organismo di conciliazione paritetica H3G SPA – Associazione dei Consumatori;
- q) Organismo di conciliazione paritetica Poste Italiane SPA – Associazione dei Consumatori;
- r) Organismo di conciliazione paritetica TIM Telecom Italia SPA – Associazione dei Consumatori;
- s) Organismo di conciliazione paritetica Trenitalia SPA – Associazione dei Consumatori;
- t) Organismo di conciliazione paritetica Vodafone Italia SPA – Associazione dei Consumatori;
- u) Organismo di conciliazione paritetica Wind Telecomunicazioni SPA – Associazione dei Consumatori;
- v) Risolvi Online.com – Camera Arbitrale di Milano;
- w) Servizio Conciliazione Clienti Energia;
- x) SICOME SC;
- y) Sportello di Conciliazione della Camera di Commercio, industria, artigianato, agricoltura di Cosenza;
- z) Sportello di Conciliazione della Camera di Commercio, industria, artigianato, agricoltura di Napoli.

Al professionista che opera *on line* è fatto obbligo di:

- 1) informare i consumatori in merito all'esistenza della piattaforma ODR e alla possibilità di ricorrervi per risolvere le loro controversie;
- 2) fornire il *link* elettronico alla piattaforma ODR (<https://webgate.ec.europa.eu/odr>) sul proprio sito *web* (se l'offerta è fatta via posta elettronica, mediante la medesima);
- 3) comunicare al consumatore il proprio indirizzo e-mail e le stesse informazioni nelle condizioni generali applicabili ai contratti di vendita e di servizi *on line*³⁰.

Il sempre più diffuso e frequente uso di *marketplace* (tra cui spiccano, *in primis* ed *ex multis*, Amazon ed eBay) reca con sé la rilevante questione, con notevoli conseguenze dal punto di vista pratico, della soggezione ai suelencati obblighi dei singoli venditori, oltre che del sito che gestisce la piattaforma di *marketplace*.

Nel gennaio 2017 la suddetta tematica è stata oggetto in Germania di un interessante contrasto giurisprudenziale tra le Corti distrettuali di Dresda e di Coblenza: la prima³¹, adita da un'associazione di consumatori la quale, votata alla promozione del corretto svolgimento della concorrenza sul mercato, ha denunciato l'assenza sia di qualsiasi informazione nel *marketplace* per i propri clienti in ordine alla possibilità di accedere alla piattaforma ODR, sia della necessaria indicazione del relativo *link* da parte di una società tedesca che utilizzava la piattaforma di Amazon per la vendita dei propri prodotti, ne ha sorprendentemente rigettato il ricorso sancendo che, nonostante la *ratio* della previsione di cui all'art.14 del Regolamento sia prevalentemente il rendere note al maggior numero possibile di consumatori l'esistenza e la disponibilità della piattaforma ORD, l'obbligo di inserire il relativo riferimento ed il *link* sorge in capo al singolo venditore soltanto con riferimento al proprio portale di *e-commerce*, oppure soltanto in capo al *provider* della piattaforma di vendita (dunque, nel caso concreto, Amazon), nel caso di utilizzo di *marketplaces*; viceversa, la seconda³² stabilisce, in ordine ad una controversia fondantesi sul medesimo oggetto, in senso diametralmente opposto, che anche tutti venditori che offrono in vendita i propri prodotti *on line* utilizzando piattaforme di *marketplace* (dunque, nel caso concreto, eBay) sono soggetti ai descritti obblighi ex art.14,

³⁰ Conformemente all'art. 13, direttiva 2013/11/UE, all'art. 14, regolamento 524/2013/UE ed al considerando 30, regolamento 524/2013/UE.

³¹ Cfr. *Oberlandesgericht Dresden*, sentenza del 17 gennaio 2017, ref. 14 U 1462/16.

³² Cfr. *Oberlandesgericht Koblenz*, sentenza del 25 gennaio 2017, ref. 9 W 426/16.

regolamento 524/2013/UE.

Pur essendo inevitabile che, *medio tempore*, la suddetta questione non possa risolversi se non con il ricorso all'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia Europea, fino ad allora appare doverosa da parte dei professionisti, anche italiani, che si valgono di *marketplace* l'adozione di un atteggiamento prudentiale e l'almeno momentanea applicazione rigorosa degli obblighi informativi in tema di ODR sia qualora impieghino le proprie piattaforme di vendita, sia qualora concludano transazioni commerciali B2C per mezzo di *marketplace*; ciò in quanto, da un lato, il citato regolamento 524/2013/UE affida, come sancito dall'art. 18, ai singoli Stati membri l'elaborazione della disciplina sanzionatoria necessaria, effettiva, proporzionata e dissuasiva, applicabile in caso di violazione, e, dall'altro, attualmente il nostro Paese non ha ancora adottato tali prescritte norme applicative e sanzionatorie.

In considerazione del fatto che il raggiungimento di una soluzione rapida, economica e certa delle controversie - in cui si identifica la prima e più importante, oltre che intuitiva, finalità sottesa allo sviluppo dei meccanismi di ODR - rappresenta sì un fondamentale interesse per i consumatori, ma è senz'altro parimenti funzionale agli interessi del professionista, se quest'ultimo ha dato priorità alla costruzione di un rapporto di fiducia *on line* attraverso un corretto *customer service*, un'ottima sezione FAQ e l'affidabilità della logistica, ha ben poco da temere dalla descritta procedura, anzi ne ha da guadagnare; in tale ottica, per agevolare le imprese negli obblighi suelencati, sono disponibili 4 modelli di web banner cliccabili, elaborati dai competenti uffici della Commissione europea, per collegarsi alla piattaforma ODR e che possono essere pubblicati dalle imprese sui propri siti *web*; per facilitare anche le operazioni di pubblicazione dei web banner, è disponibile un documento (in versione pdf e in versione xlsx), elaborato dai competenti uffici della Commissione europea, con il codice html per i quattro diversi formati di banner nelle ventitré lingue dell'Unione insieme con l'URL della piattaforma ODR, il quale è composto da tre colonne (la prima indica la lingua, la seconda le dimensioni del *banner* e la terza il codice in html): l'impresa, una volta scelto il *web banner* più adatto alle proprie esigenze, può semplicemente copiare e incollare il contenuto della terza colonna e il *web banner* apparirà nel proprio sito *web*.

Atteso che, alla Commissione UE spetta il compito di vigilare e di coordinare il corretto funzionamento del sistema e dell'esecuzione delle procedure di reclamo, fornendo, ad esempio, assistenza, un servizio di traduzione, uno strumento di consultazione delle banche dati, presso ogni

Stato membro è istituito un punto di contatto ODR (il c.d. “sportello nazionale”), i cui consulenti hanno il compito di fornire informazioni sul funzionamento della piattaforma e sulle procedure applicate dagli organismi ADR, nonché di assistere il consumatore nella presentazione del reclamo attraverso la piattaforma ODR stessa; il punto di contatto ODR, istituito in Italia presso il Ministero delle attività produttive, senza maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, ha, altresì, il compito di informare il consumatore sugli ulteriori mezzi di ricorso, laddove non sia possibile risolvere il reclamo attraverso la piattaforma³³.

7. *Delocalizzazione della procedura ODR ed internet jurisdiction*

L’innata e connaturata delocalizzazione dei procedimenti ODR, in quanto fenomeno integralmente interno alla rete, rende questi ultimi inevitabilmente impermeabili all’applicazione di un sistema di norme, sia sostanziali che procedurali, nazionale o di una comunità di Stati, legato ad un preciso ambito spaziale di operatività; l’“abdicazione” non solo della giurisdizione statale ma anche del diritto sostanziale nazionale nel contesto in esame dipende dalla spontanea nascita nell’ambito del mercato digitale di una specifica tipologia telematica di soluzione alternativa delle controversie per soddisfare la concreta esigenza di introdurre uno strumento semplice, economico ed informale per la risoluzione delle controversie relative ai rapporti economici sorti *on line*.

D’altronde, l’ormai indiscussa constatazione che Internet è un fenomeno che si autoalimenta e trova in se stesso risorse, leggi e giurisdizione proprie, prevalenti sugli ordinamenti nazionali induce a respingere drasticamente sia la devoluzione della competenza su controversie nate in rete in favore di un giudice statale, che applica un ordinamento statale, sia sistemi di risoluzione esterni all’ambiente virtuale in cui nascono rapporti economici eventualmente controversi, sia ancora meccanismi di composizione delle liti condotti da autorità terze, interpreti ed esecutori di un ordinamento nazionale: tali ormai impraticabili soluzioni rappresentano, nell’opinione radicata dei *cybernauti*, un disvalore, una diseconomia, sia in termini di tempo, sia in termini di costi³⁴.

³³ Come stabilito dall’art. 7, regolamento 524/2013/UE.

³⁴ In argomento si rinvia a F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., p. 32 ss.

Pertanto, in un sistema come quello virtuale che si proclama autosufficiente e che sopravvive in virtù di tale autosufficienza, un servizio ODR (come può e deve essere la piattaforma ODR europea) si può configurare come innovativa ed affidabile tipologia di *internet jurisdiction* che mette in crisi il diritto privato internazionale esistente ed è:

- 1) proponibile sia dalla medesima piattaforma elettronica su cui si negoziano beni e/o servizi, sia da un sito specializzato, che predisponga strumenti ODR esterni a quello che gestisce la piattaforma e con cui eventualmente quest'ultimo realizzi una *partnership*;
- 2) strutturata in una procedura che potrebbe già essere precostituita, ossia fatta nell'ambito di codici di condotta cui l'impresa *web* aderisce;
- 3) descrivibile già nelle condizioni generali del contratto concluso *on line*;
- 4) operativa anche nella fase, eventuale, della messa in esecuzione dell'accordo cui si pervenga.

Nella realtà virtuale il giurista, pur senza prescindere dalle teorizzazioni sulle vie da percorrere, deve impegnarsi concretamente nell'opera di sistemazione del diritto sparso del commercio elettronico, nel convincimento che le categorie dommatiche non possono valere *tout court* se riferite alla fenomenologia "telematica"³⁵.

Se nessun diritto nazionale appare appropriato a disciplinare il contratto elettronico, quest'ultimo, tuttavia, non va sottratto a regole giuridiche, bensì, proprio perché concluso tra membri della società "globale", può essere regolato da una nuova *lex mercatoria dei computers*³⁶, idonea ad

³⁵ Illuminante è la riflessione elaborata da S. SICA, *Commercio elettronico e categorie civilistiche: un'introduzione*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 5, mentre acutamente P. RESCIGNO, *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 18, rileva la "crisi" dello Stato quale fonte di produzione del diritto nella società odierna e sollecita una revisione dell'intero sistema, ed in particolare dell'intera gerarchia delle fonti.

³⁶ G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2002, p. 50 ss., coglie l'apprezzabile tentativo dei giuristi impegnati nell'esame del fenomeno telematico di ricostruire, attraverso il richiamo alla *lex mercatoria*, il processo di formazione del diritto applicabile in Internet con particolare riferimento all'autoregolazione (*contra*, T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, pp. 37 ss.), impendendo la loro

introdurre un diritto comune di Internet, inteso come l'insieme degli usi e delle pratiche accettate dalle Corti dietro le indicazioni degli utenti, dei governi, dell'industria telematica³⁷: il contratto, e non la legge, è lo strumento mediante il quale, sotto la pressante sollecitazione dell'economia contemporanea in profonda e continua trasformazione, si attuano le trasformazioni giuridiche e si innovano le categorie tradizionali.

L'applicazione della *lex mercatoria* al commercio elettronico è dunque un fenomeno già in atto, le cui manifestazioni fondamentali sembrano costituite dall'estrema oggettivazione dello scambio, attraverso pratiche uniformi che veicolano il diritto anche attraverso le scelte tecnologiche; da ciò consegue il rischio che le problematiche giuridiche, legate, ad esempio, all'aumento illimitato di consumatori conseguente alla personalizzazione dei prodotti, e, dunque, alla tutela del contraente più debole, degli utenti aderenti ai contratti di massa, con il fine di colmare il deficit di protezione che l'operatore non professionale soffre a tutt'oggi nei rapporti contrattuali informatici, possano essere considerate secondarie rispetto alla necessità di incrementare con ogni mezzo lo sviluppo del commercio elettronico.

Pertanto, non è più procrastinabile la sottoposizione di Internet ad uno specifico diritto sovranazionale, un ordinamento indipendente, un'originale *jurisdiction*: una sorta di *lex electronica* che si rifaccia al fenomeno di formazione spontanea del diritto che, mediante la creazione di una disciplina uniforme posta al riparo dall'ingerenza di qualsiasi ordinamento giuridico statale, assicuri nei settori internazionali del commercio, del trasporto, del

esclusione da uno scenario regolamentare in cui prevalga la spinta autoregolativa del mercato telematico. In particolare, P. RESCIGNO, *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 18, osserva opportunamente che, rispetto al *favor* per l'applicazione alle attività svolte nel c.d. cyberspazio di un insieme di norme regolatrici che dovrebbero essere assolutamente tipiche e completamente autonome, creando, pertanto, una sorta di regolamentazione transpaziale, la *lex mercatoria*, oggi intesa anche come tutela del consumatore, del contraente debole, può ricevere un significativo arricchimento da queste innovative tecniche regolamentari dell'autodisciplina, riconosciute ormai dalla maggior parte degli operatori del diritto compatibili con la possibilità di una concertazione. Nasce, di conseguenza, un diritto che pur traendo origine "da valutazioni, necessità e regole maturate nell'ambito di ciascuna classe, categoria o gruppo, poi cerca un proprio compimento, una propria integrazione nel dialogo e nell'intesa con gruppi antagonisti o conviventi nella realtà sociale, indipendentemente da posizioni di conflitto o di coincidenza di interessi".

³⁷ La *lex mercatoria* che si ricava dalla legislazione comunitaria aiuta a modernizzare il diritto civile orientandosi verso la tutela non soltanto dell'impresa, ma anche del consumatore, come evidenziato da P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 11.

credito e della finanza la certezza del diritto³⁸.

In particolare, la dottrina nordamericana, concentrando l'attenzione sulla commistione tra norme giuridiche e norme tecniche ed evidenziando il condizionamento di queste ultime non solo sulle modalità di trasmissione delle informazioni, ma anche sulle scelte che inevitabilmente investono i contenuti di tali strumenti ed il comportamento dei loro utilizzatori, conia la nozione di *lex informatica* per indicare l'insieme di scelte tecniche che impongono comportamenti agli operatori telematici e si traducono in un sistema di regole parallelo; essa, ancorché regolamentazione non diretta, non pubblica, bensì implicita e celata nella tecnica, completamente priva di colleganza a qualsiasi sistema giuridico statuale, potrebbe assurgere a strumento efficace per risolvere i problemi giuridici derivanti dalla diffusione dell'informatica, in quanto il ricorso alle norme tecniche ne garantisce una semplice attuazione ed un facile controllo³⁹.

Nei rapporti tra privati le scelte tecniche condizionano quelle giuridiche, soprattutto per ciò che riguarda la formazione e la dichiarazione della volontà contrattuale: il commercio elettronico tende a proceduralizzare i contratti informatici e, quindi, ad oggettivare gli scambi, la contrattualistica uniforme basata sulla tecnica, sul *code* informatico dei giuristi statunitensi, esalta la centralità del contratto come strumento di innovazione giuridica, le opzioni sono per lo più predefinite, il consenso si esprime con un "click" e si elaborano sia moduli e formulari in formato digitale, sia meccanismi tecnici di controllo della manifestazione della volontà.

La struttura decentrata di Internet ha consentito, nei fatti, la proliferazione di organismi privati di autocontrollo che collaborano con le autorità pubbliche e, al contempo, elaborano di propria iniziativa codici di autoregolamentazione e di norme comportamentali autogene (le cc.dd. *netiquette*)⁴⁰.

³⁸ Così L. MARINI, *Il commercio elettronico. Profili di diritto comunitario*, Padova, 2000, p. 8.

³⁹ G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *op. cit.*, p. 45, apprezza la sensibilità dimostrata dalla dottrina nordamericana nell'occuparsi delle problematiche che investono i diritti fondamentali degli individui.

⁴⁰ L. MARINI, *op. cit.*, p. 16, sostiene che tali norme, cui gli operatori del mercato telematico sono vincolati in virtù dell'interesse comune e superiore al funzionamento del sistema, seppur non sanzionabili da parte di un'Autorità, sono completamente equiparabili agli imperativi categorici espressi dalla legge scritta. In argomento v. anche C. SANSOTTA, *Nozioni di informatica*, Raleigh, 2011, *passim*; G. ZICCARDI, *Etica e informatica. Comportamenti, tecnologie e diritto*, Milano, 2009, *passim*; ID., *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, tomo II, Milano, 2008, p. 29 ss.; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*,

Le peculiarità del descritto sistema ODR, articolantesi in regole procedurali e sostanziali, vanno colte:

- a) nella rinuncia alla legge ed alla giurisdizione statale al fine di ricercare soluzioni alle controversie nate in rete;
- b) nella composizione amichevole degli interessi;
- c) nell'omogeneizzazione delle modalità di conclusione del contratto tra operatori *on line* e di risoluzione di un'eventuale controversia avente ad oggetto il medesimo contratto;
- d) nella completa assenza, diversamente dai procedimenti giudiziari svolti innanzi ad un giudice statale, della fase dell'accertamento di diritti e responsabilità;
- e) nella spontanea adesione dei singoli.

Di conseguenza, con l'emersione delle ODR si afferma un modello di *friendly law* capace di risolvere qualsivoglia asimmetria tra fasi contrattuale e patologica, e conseguente pregiudizio allo sviluppo dei rapporti economici in rete, all'interno di ambiente autonomo come quello digitale, in cui le *new technologies* trasformano continuamente la società e plasmano inevitabilmente la misura in cui le molteplici leggi statali possono operare al di fuori della propria competenza giurisdizionale territoriale ed al cui interno le relazioni economiche possono sia manifestarsi che trovare la loro composizione all'insorgere di una controversia.

8. Criticità del regolamento 524/2013/UE

Dall'esame del regolamento 524/2013/UE emerge, innanzitutto, l'eccessiva colleganza, in un rapporto quasi di specie a genere, con la direttiva 2013/11/UE, di cui rappresenta una sorta di appendice, palesatasi, in particolare, in forza della devoluzione dei relativi ricorsi solamente ad organismi ADR⁴¹.

Il successo e l'efficacia della piattaforma ODR elaborata a livello comunitario dipendono dal grado di protezione che essa, nel mercato

Milano, 2001, p. 100-101.

⁴¹ V. E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, cit., p. 13.

digitale, può realmente assicurare alle parti (soprattutto al consumatore), fortemente condizionato negativamente, da un lato, dalla natura contrattuale della relativa procedura e, dall'altro, dalla non vincolatività degli atti con cui si conclude la medesima.

Purtroppo, attualmente la Piattaforma in esame non fornisce soluzioni né alla quasi insormontabile barriera costituita dal fatto che il consenso tra le parti necessario sia per l'avvio della stessa, sia per l'individuazione dell'organismo ADR competente a gestirla è ovviamente impresa ardua, poiché i rapporti sono già ampiamente compromessi, né all'inopportuna rimessione dell'esecuzione della proposta transattiva unicamente alla volontà delle parti; d'altronde, non basta prevedere in "astratto" la possibilità di ricorrere a queste procedure ODR, bensì sono necessarie la progettazione di meccanismi utili a favorire l'uso in concreto del descritto mezzo di risoluzione delle controversie e la predisposizione di adeguati incentivi per indurre consumatore e professionista a ricorrere alle stesse o ad adempiere (tali parti devono avere fondati motivi per ritenere che in caso di controversia avranno una possibilità concreta di tentarne una risoluzione).

Nel descritto contesto, sarebbe auspicabile l'elaborazione di veri e propri sistemi di *feedback* e *trustmark*, già introdotti con positivi risultati in altre "piattaforme virtuali", idonei a spingere le parti (soprattutto i professionisti attivi nel *web*, ovviamente particolarmente attenti a preservare e promuovere le proprie reputazione ed affidabilità in "rete") verso una costruttiva partecipazione alle procedure *on line de quo* ed una reale propensione all'effettiva esecuzione di eventuali proposte transattive⁴².

In tale ottica, da un lato, i cc.dd. *reputation management systems*, operanti mediante i cc.dd. *feedback rating systems*, sono *software* pubblici

⁴² In tema si rinvia a P. CORTES (a cura di), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford, 2016, p. 31 ss.; ID., *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, cit., p. 61 ss.; C. RULE, *Online Dispute Resolution for Business. For E-Commerce, B2B, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*, San Francisco, 2002, p. 105 ss.; T. WETTER, *Consumer Health Informatics. New Services, Roles, and Responsibilities*, New York, 2016, p. 76 ss.; L.M. PONTE - T.D. CAVENAGH, *Cyberjustice. Online Dispute Resolution (ODR) for E-commerce*, cit., p. 138 ss.; I. RAMSAY, *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Portland, 2012, *passim*; G. CALLIESS - P. ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, Oxford, 2010, p. 156 ss.; S. YUTHAYOTIN, *Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce. A Multidimensional Analysis of Consumer Protection Mechanism*, New York, 2015, p. 229 ss.; O. DILLING - M. HERBERG - G. WINTER, *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transaction*, Portland, 2008, p. 225 ss.; Z.S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford, 2015, p. 337 ss.

e facilmente accessibili dalla massa dei consumatori telematici, utili a denunciare atteggiamenti biasimevoli e diffondere opinioni negative del professionista, cui è lasciata la sola alternativa tra due tipologie di “sanzioni private” che hanno dato prova di essere particolarmente efficaci nei mercati globali gestiti dalle grandi multinazionali: intentare ai danni di controparte i cc.dd. *reputational claims* per la rimozione del *feedback* avverso oppure accettare di partecipare ad una mediazione (magari rifiutata in precedenza); viceversa, i *trustmark* sono strumenti che promuovono agli occhi dell’utenza i professionisti affidabili (segnatamente, quanti si impegnano effettivamente a ricorrere alle ODR), il più delle volte esposti sui siti internet dei professionisti medesimi.

Per altro verso, l’ambito applicativo del suindicato regolamento 524/2013/UE è fin troppo definito, se non addirittura limitato, ai sensi dell’art. 2: purtroppo, vi rientrano soltanto le controversie concernenti “obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi *online* tra un consumatore residente nell’Unione e un professionista stabilito nell’Unione”, ovvero, sostanzialmente, per un verso, *ratione personae*, non le controversie B2B ma esclusivamente quelle B2C, instaurate dai consumatori nei confronti dei professionisti e solo in alcuni casi dai professionisti nei confronti dei consumatori, mentre, per un altro verso, *ratione materiae*, le liti attinenti i contratti di vendita o di servizi *on line*, quando il professionista offre beni o servizi mediante un sito *web* o altri mezzi elettronici ed il consumatore ordina tali beni e servizi su tale sito *web* o mediante altri mezzi elettronici, ma in nessun caso i medesimi contratti conclusi *off line*.

Tale discutibile scelta adottata dal legislatore comunitario è criticata da parte della dottrina, secondo cui le procedure di ODR appaiono pienamente applicabili e soprattutto utili nelle controversie che investono *offline disputes* concernenti rapporti nati al di fuori dell’ambiente telematico, nel mercato reale: dall’annullamento di ogni divisione spaziale tra le parti, in modo da creare un contatto anche ove sarebbe difficile un incontro *de visu*, all’economicità della procedura; dall’asincronicità, che consente di non dover dare riscontro immediato alle altrui sollecitazioni, con il conseguente vantaggio di fruire di ponderatezza nei toni e nei contenuti delle risposte e di abbattimento delle tensioni dovuto al trascorrere del tempo, alla rapidità del procedimento, tali peculiarità conducono alla realizzazione di esiti conciliativi con minor dispendio di energie e di tempo, rappresentando un valore non soltanto nell’ambito dell’*e-commerce*, ma anche in quello delle contrattazioni nelle forme tradizionali⁴³.

⁴³ V. F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*,

Altre criticità palesate dalla piattaforma ODR promossa dall'Unione Europea concernono la rapidità, il basso costo e la riservatezza della procedura; infatti, poiché l'intervento obbligatorio degli organismi ADR limita le funzioni della Piattaforma stessa, costretta ad esercitare il ruolo meramente passivo di semplice tramite tra parti ed organismo ADR, e condiziona negativamente durata e costi della relativa procedura, è indubbiamente auspicabile l'introduzione di strumenti ODR totalmente automatizzati e fondati, ad esempio, su *solution set database* completamente gratuiti, basati sul modello di *SquareTrade's Direct Negotiation*⁴⁴, già adottato proficuamente da *E-bay* (*expert systems* che si aggiornano costantemente sulla base dei casi sottoposti e raccomandano gli accordi transattivi più idonei, sulla base di statistiche, a risolvere il caso individuato).

Nonostante sia incontrovertibilmente evidente l'economicità dei costi delle attuali procedure ODR, se paragonati a quelli dei giudizi ordinari relativi a controversie transfrontaliere, tuttavia, un ruolo attivo della piattaforma UE, il ricorso gratuito a tale tipologia di *software* e la conseguente predisposizione di una prima fase di negoziazione condotta tramite sistemi automatizzati avanzati a basso costo permetterebbero alle parti capaci di risolvere le proprie controversie in materia di contratti di vendita e di acquisto *on line*, dalle dinamiche facilmente prevedibili, di sottrarsi al pagamento degli ulteriori costi di gestione della procedura e del mediatore ADR le cui tariffe, in genere stabilite in base a scaglioni corrispondenti al valore della lite, spesso si rivelano, soprattutto nelle controversie di importo esiguo che rappresentano una larga fascia del contenzioso legato all'*e-commerce*, poco convenienti per il consumatore, al punto, a volte, di dissuaderlo dall'adesione alla medesima piattaforma.

Inoltre, gli ODR *providers* selezionati per l'Italia offrono un ventaglio di procedure piuttosto limitato e basilare poiché non adottano *technology-based ODR mechanisms*, bensì solo *technology-assisted ODR mechanism*, volti unicamente a facilitare lo svolgimento della procedura, fornendo mezzi di comunicazione più rapidi, quali *chat* ed *e-mail*; la mancanza di varietà dell'offerta ed il basso livello di sperimentazione impediscono l'effettivo sfruttamento di tutte le potenzialità innovative della piattaforma ODR, la quale, purtroppo, è ancora considerata quale mera categoria di ADR, fattispecie ancillare allo svolgimento del procedimento e mai artefice dello

cit., p. 31-44: "nelle procedure di ODR l'assenza di parti che si fronteggiano ... consente di placare gli istinti emozionali più forti".

⁴⁴ Sul punto si rinvia a G. KAUFMANN-KOHLER - T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, The Hague, 2004, p. 12 ss.; T. KUBOTA, *Cyberlaw for Global E-Business: Finance, Payments, and Dispute Resolution*, New York, 2008, p. 203.

stesso, il quale replica in tutto e per tutto lo schema della conciliazione non virtuale semplicemente migliorandolo con l'utilizzo di tecniche informatiche.

9. Conclusioni

Per assicurare un elevato grado di protezione dei consumatori nel mercato digitale e superare i descritti ostacoli all'affermazione ed alla diffusione dello strumento di ODR in esame appare decisivo e dirimente un urgente ulteriore intervento dei legislatori comunitario ed italiano che superi i descritti interventi normativi alquanto generici, limitati e sporadici ed imponga l'innovativa nozione della piattaforma ODR UE quale categoria dogmatica nuova ed autonoma, capace di modificare gli strumenti tradizionali ed il modo di elaborare la risoluzione delle controversie, aperta ad *automated negotiation or blind bidding, multi-variable resolution optimization programs, software as mediator or software based mediation e solution set databases*, sperimentazioni significative già sviluppate in altre interessanti forme di ODR, *in primis* statunitensi, cui possono affiancarsi i sistemi di *ODP guarantees* (ossia *Online Dispute Prevention Guarantees*), quali, ad esempio, i meccanismi di *credit card charge back* oppure *peer pressure*, volti a tutelare il *consumer* preventivamente per evitare che sorgano eventuali controversie.

Dunque, si rivela ormai urgente ed improcrastinabile l'introduzione e l'affermazione, quale strumento ODR, a scapito dell'iniziale tipologia di procedura assistita, contraddistinta dalla presenza di un terzo che coadiuva le parti nel perseguimento del medesimo risultato (*assisted negotiation*), di un'innovativa procedura automatica in cui un sistema di intelligenza artificiale (il c.d. *blind bidding*, ovvero "modello di offerta al buio") consistente in un *software* che offre due notevoli vantaggi (l'uno, di natura operativa, è rappresentato dalle proprie economicità, velocità e praticità; l'altro, di stampo psicologico, è costituito dalla tutela assicurata alle parti garantendo loro il riserbo sull'entità delle proprie richieste ed una fase negoziale priva di colloqui diretti con controparte) e semplifica la composizione della controversia e l'incontro delle due posizioni negoziali in contrasto, fondandosi sulla disponibilità, preventivamente manifestata da entrambe le parti esclusivamente qualora esse concordino sull'*an debeatur* ed il contraddittorio sorga unicamente in ordine al *quantum*, a raggiungere

un accordo entro un lasso temporale concordato ed entro un margine differenziale (percentuale o predefinito) rispetto alla somma da ciascuno offerta per la risoluzione della vicenda⁴⁵.

La forma dell'accordo cui si perviene al termine della procedura ODR non può risolversi in un semplice modo di manifestazione delle dichiarazioni delle parti, ma deve qualificare l'istituto, condizionando la stessa esistenza del medesimo e rendendo il formato elettronico sostanza, conformemente al fenomeno, descritto recentemente da autorevole dottrina, definito del "neoformalismo", ovvero, con un eccesso di sintesi e generalizzazione, della rinascita del formalismo⁴⁶; tuttavia, la suddescritta "forma elettronica", idonea ad utilizzare il *web* come canale di diffusione delle dichiarazioni dei soggetti ed il cui invio *on line* costituisce il suggello formale della volontà dell'individuo, l'assunzione di quanto scritto a propria dichiarazione di volontà, non riesce a trovare adeguata collocazione nell'ambito delle tradizionali categorie in quanto, da un lato, non è forma verbale, poiché priva di qualsiasi vocalizzazione delle dichiarazioni stesse, né è forma scritta, giacché non impressa su un supporto durevole⁴⁷.

In prospettiva, il ruolo della piattaforma ODR⁴⁸, introdotta da poco più di un anno nel contesto socio-giuridico-economico italiano, appare fondamentale e decisivo, atteso che nel nostro Paese, da un lato, la penetrazione dell'*e-commerce* nel 2015 è stata del 4% (purtroppo mediamente 4 volte inferiore al dato emerso nei mercati di altre realtà concorrenti come Gran Bretagna, Germania e Francia) e, dall'altro, il tasso di crescita è stato, invero, del 17% nel medesimo periodo (ben superiore ai Paesi citati, dove il mercato, tuttavia, ha ormai già raggiunto una fase di maturità), ma deve necessariamente essere supportato sia da una corretta *policy* aziendale (sono ancora pochi i professionisti ad avere adeguato i loro siti web alle

⁴⁵ Cfr. F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., p. 18 ss., il quale precisa che "nel modello di transazione automatica, l'accordo è concluso allorché le offerte delle parti, come modificate nella fase del rilancio, siano comprese, entrambe, nel margine differenziale rispetto all'importo da ultimo offerto, cui ciascuna parte ha dimostrato disponibilità a rinunciare. L'accordo è, quindi, concluso per un valore che rappresenta la media aritmetica degli importi da ultimo reciprocamente offerti".

⁴⁶ Sul punto si rinvia a S. SICA, *Forma, autonomia privata e negozio giuridico*, in G. AUTORINO - S. SICA, *Comparazione e diritto civile. Percorsi*, Salerno, 2007, pp. 123 ss.

⁴⁷ V. F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR*, cit., p. 40.

⁴⁸ In tema v. G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 35 ss.; G. BRIGANTI, *La mediazione problem solving e trasformativa nelle controversie civili e familiari, anche in ambito telematico*, Tricase, 2014, p. 66 ss.

indicazioni contenute nel Regolamento e, di conseguenza, è ovviamente auspicabile e consigliabile che i fornitori di beni e servizi *on line* procedano tempestivamente con l'adeguamento della propria posizione alle disposizioni europee), sia dall'ulteriore introduzione di ulteriori strumenti istituzionali volti ad eliminare gli ostacoli alla diffusione dell'ODR.

Questi ultimi sono attualmente legati alle ancora limitate offerta, conoscenza e promozione dello strumento, alla presunta ed infondata incompatibilità di tale tipologia di procedura con i sistemi di *civil law* ed alla atavica paura, se non addirittura diffidenza, figlie di una comune, generale e strisciante inadeguatezza a livello culturale, verso un qualcosa di estremamente nuovo, cui non si è preparati, che già attanaglia, invero, l'ADR la quale si va diffondendo nell'ultimo decennio lentamente attraverso mille difficoltà.

Pertanto, sarebbe auspicabile un intervento normativo a livello transnazionale volto a promuovere procedure obbligatorie di ODR in forza del sempre più diffuso ed agevole accesso ad internet, in controtendenza con quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale il 18 marzo 2010 ha emesso una pronuncia in cui sostiene improvvidamente che la via elettronica non deve costituire l'unica modalità di accesso ad una procedura obbligatoria di mediazione⁴⁹.

In tale prospettiva, l'UNCITRAL sin dal 2010 ha avviato un'indagine al fine di elaborare un sistema di ODR competente per la risoluzione delle controversie sorte nelle *cross-border electronic commerce transaction*; il *Working Group III*, partendo dall'esame dei modelli di riferimento ODR già in uso, purtroppo estremamente eterogenei tra loro⁵⁰, sia per struttura che per finalità, sta progettando, meritoriamente, un sistema di ODR che non può e non deve ridursi a mero adattamento dei tradizionali metodi di ADR *offline* all'ambiente telematico, bensì deve essere teso ad ottimizzare valori fondamentali quali correttezza, trasparenza, giusto processo, responsabilità, efficienza, proporzionalità dei costi e velocità della procedura, deve essere applicabile a tutte le liti a carattere transnazionale relative a rapporti di

⁴⁹ Così E. MINERVINI, *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in ID. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., pp. 45 ss.

⁵⁰ In argomento si rinvia a C. MENICCHINO, *Art. 19, d.lg. 70/2003 (Composizione delle controversie)*, in G. FINOCCHIARO - F. DELFINI (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Milanofiori Assago (MI), 2014, p. 798 ss.; G. AUTORINO - D. NOVIELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, p. 35 ss.; G. CAPILLI, *LA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE: DALLE ADR ALLE ODR*, in AA.Vv., *Annali 2010/2011. Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza. Università Telematica "Giustino Fortunato"*, Torino, 2010-2011, p. 51-64.

e-commerce sia *business to consumer* che *business to business*, sia di modesto che di elevato valore, e dovrebbe fondarsi su *issues* specifiche tra le quali “si segnalano quelle relative all’imparzialità e indipendenza del *neutral*, della riservatezza della procedura e delle comunicazioni elettroniche, del *settlement* della controversia, del diritto applicabile e dell’*enforcement*”⁵¹.

Segnatamente, il suddetto gruppo di lavoro UNCITRAL sta elaborando un procedimento di ODR strutturato in tre fasi da svolgersi interamente *on line* sulla piattaforma ODR (comprese le comunicazioni tra le parti):

- 1) la c.d. *technology enabled negotiation* (il *claimant* che ha dato avvio alla procedura ed il *respondent* negoziano direttamente la controversia sulla piattaforma ODR, senza l’intervento del *neutral*);
- 2) la c.d. *facilitated settlement* (se le parti non raggiungono un *settlement* della lite nella prima fase, l’ODR *administrator* nomina un *neutral adjudicator* che aiuta le parti ad addivenire ad un accordo e, se strettamente necessario, può anche aprire una fase istruttoria);
- 3) la *final stage*, sulla quale, tuttavia, il *Working Group III* ancora oggi sta discutendone natura ed effetti, dibattendo su una conclusione:
 - a) vincolante (mediante la c.d. *binding arbitration phase*, in forza delle cc.dd. *rules Track I*, cui le parti devono aderire sottoscrivendo telematicamente, già al momento della conclusione della transazione commerciale *on line* cui la procedura si riferisce, un’apposita clausola non abusiva – non può e non deve impedire al consumatore l’eventuale ricorso al proprio giudice naturale – che autorizza il *neutral* ad emettere *ex aequo et bono* e/o in conformità agli usi del commercio applicabile alla transazione controversa, entro 10 giorni dalla conclusione infruttuosa della fase facilitativa, un lodo arbitrale vincolante per le parti con efficacia di “cosa giudicata”, succintamente motivato in ragione dei fatti e delle circostanze allegati dalle parti nelle fasi precedenti);
 - b) non vincolante - conformemente alle *rules Track II*, si formula una *Neutral’s recommendation* non vincolante che potrebbe divenire vincolante per le parti in ragione dell’accettazione (*agree; option I*) o essere spontaneamente eseguita da una o entrambe le parti (*option II*), pur senza essere accettata

⁵¹ Testualmente, F. SBORDONE, *L’UNCITRAL e l’edificazione di un Global ODR System*, in E. MINERVINI (a cura di), *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, cit., p. 65.

nell'ambito della procedura di ODR - .

Nella consapevolezza che la tecnologia agisce come diaframma tra il riconoscimento ad ogni individuo di un percorso libero da vincoli e l'insieme di azioni, strategie e schemi programmatici e coercitivi attuati dai governi⁵², il futuro, auspicato ed urgente avvento del suddescritto sistema globale di ODR ci si augura che sconfigga definitivamente le persistenti ed in larga parte ormai immotivate diffidenze verso i sistemi di risoluzione delle liti alternativi alla tradizionale tutela giudiziale dei diritti⁵³; soprattutto con riferimento alle transazioni di modesta entità *online* e *crossborder* (anche extra-UE) ed ai problemi di mera corretta esecuzione dei rapporti commerciali, prevale nel *consumer* e nel *professional*, nell'ottica di un bilanciamento tra utilità e rischi e malgrado fondati dubbi dell'effettività degli strumenti di tutela, il *favor* per i sistemi di ODR "endogeni", completamente inclusi nella piattaforma *web* sulla quale si conclude la transazione commerciale *de quo*, celeri, poco costosi e di immediata ed effettiva attuazione, spontaneamente osservata dalle parti (c.d. *self-executing*)⁵⁴.

Abstract

The daily appeal to digital negotiation raises several questions concerning disputes between the relevant parties, especially in order to profiles of the immediacy and of the transnationality of trade; in this context it's particularly appreciable the favor of the European legislator toward the introduction of the telematic instrument for the settlement of disputes, the ODR (Online Dispute Resolution), expressed, initially, in Directive 2000/31/EC, which has introduced many incentives for a better cooperation between extrajudicial authorities and a greater visibility of these tools for consumers, and then, in the Directive 2013/11/EU, concerning the alternative resolution of consumers disputes, and, especially, in Regulation n. 524/2013/EU, whose object is, specifically, the dispute resolution online consumers, which entered into force on 9 January 2016.

The "ODR platform", inaugurated on line by the European Commission on 15 February 2016, constitutes the single access point dispute resolution

⁵² Così S. SICA - G. GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2014, p. 16.

⁵³ Sul punto si rinvia a G. AUTORINO - D. NOVELLO - C. TROISI, *Mediazione e conciliazione*, II ed., Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, pp. 75 ss.

⁵⁴ Cfr. F. SBORDONE, *L'UNCITRAL e l'edificazione di un Global ODR System*, cit., p. 66 ss.

online extrajudicial, through ADR authorities connected to the same and enrolled in list of the respective individual Member Countries of reference; from the examination of that platform appear some critical aspects which need total detachment from traditional methods of ADR offline and consequent configuration as new and autonomous dogmatic category, totally operating on line, suitable to impose significant changes to traditional instruments and to the way to draw up the disputes resolution.

This innovative model of internet jurisdiction, in the strength of inherent capacity to operate in cyberspace, overcoming obstacles of space-temporal nature and respecting transnational character of the internet, wants to support investments of enterprises in the e-commerce and promote consumer's confidence in telematics bargaining and represents a further important step toward a new, more extensive, lex mercatoria of computers, suitable to introduce an "ius commune" of internet, understood as the set of the uses and practices accepted by the courts on indications of governments, internet users and telematic professional.

Alessandro Palmieri*

*Consumatori, tutela collettiva, arbitrato:
di miti (americani) infranti e timidi risvegli (europei)*

SOMMARIO: 1. La leggenda della class action statunitense e il suo fascino - 2. Il mito si sgretola in patria - 3. C'è del buono anche in Europa: come sfuggire all'imposizione del consumer arbitration - 4. La dimensione collettiva della tutela consumeristica tra mainstream europeo e tentativi di sperimentazione - 5. Verso nuove sfide.

1. La leggenda della class action statunitense e il suo fascino

Tra le figurazioni mitiche americane che, nel ventesimo secolo e nello scorcio iniziale del ventunesimo, sono penetrate nell'immaginario collettivo su scala planetaria, non mancano quelli che potremmo definire "miti giuridici americani"¹. A svolgere la parte del leone, in molteplici contesti culturali e più specificamente nel campo del diritto, sono stati senza dubbio i miti "*stars and stripes*", non tutti evidentemente circondati da un alone positivo. Uno di questi miti giuridici statunitensi è rappresentato dall'aggregazione in ambito rimediale delle pretese di moltitudini sparse, sotto l'egida della *class action*, di cui si riconosce generalmente il forte impatto, specie sul versante della tutela consumeristica, salvo a dividersi tra gli osservatori che arrivano ad attribuirle potentissime virtù taumaturgiche e quelli che, all'opposto, la considerano come fonte di abusi con strascichi peggiori dei guasti che dovrebbe arginare.

Del mito della *class action* statunitense, per la verità sovente demonizzata in Europa, sembra aver subito lo *charme*, in maniera ben più marcata rispetto

* Professore associato di diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena.

¹ Per un'indagine ad ampio spettro sul grande immaginario del continente americano, v. C. RICCIARDI, S. VELLUCCI (a cura di), *Miti americani oggi*, Diabasis, Reggio Emilia, 2005. A questo volume si riallaccia il successivo C. RICCIARDI, S. VELLUCCI (a cura di), *Miti americani fra Europa e Americhe*, Mazzanti, Venezia, 2008.

ai suoi omologhi della medesima area, il legislatore italiano. Il fascino, peraltro, ha fatto breccia soltanto a livello epidermico, risolvendosi in un'imitazione manieristica degli aspetti esteriori, e se mai in qualche abbozzo di replica di taluni connotati lievemente meno superficiali, senza però mai scavare in profondità, dove si sarebbe colta la reale essenza dell'istituto.

A riprova di questa forte attrazione esercitata dall'archetipo d'oltreoceano, è sufficiente constatare che, a far tempo dal 2010, lo strumento destinato a coagulare le pretese risarcitorie (e restitutorie) dei singoli consumatori che versano in situazioni comparabili nei confronti delle imprese tacciate di prevaricarli – per designare il quale si era in un primo momento pensato alla locuzione “azione collettiva risarcitoria”², maggiormente in sintonia con il linguaggio adoperato dalle istituzioni dell'UE in una serie di iniziative e documenti volti a migliorare la posizione del consumatore sul terreno insidioso della risoluzione delle controversie³ – prende il nome di “azione di

² Questa era l'originaria rubrica del testo dell'art. 140 *bis* del codice del consumo, introdotto dall'art. 1, comma 446, l. 24 dicembre 2007, n. 244 («Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)», pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 300 del 28 dicembre 2007).

³ La formula in voga a Bruxelles e dintorni, volendo usare la terminologia inglese, è “*collective redress*”. Di “*collective redress*” parlava nell'aprile del 2008 il punto 2.1 del Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM(2008) 165 def.). Seguiva nel novembre dello stesso anno il Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, in inglese “*Green Paper On Consumer Collective Redress*” (COM(2008) 794 def.). Era, quindi, il turno, nel 2011, dell'avvio di una consultazione pubblica consultazione pubblica sul tema “*Towards a more coherent European approach to collective redress*”; nel documento di lavoro dei servizi della Commissione con cui si lanciava tale iniziativa (SEC(2011)0173), muovendo dall'esigenza di potenziare il *private enforcement*, veniva posto l'accento sul fatto che “*where the same breach of EU law harms a large group of citizens and businesses, individual lawsuits are often not an effective means to stop unlawful practices or to obtain compensation for the harm caused by these practices: Citizens and businesses are often reluctant to initiate private lawsuits against unlawful practices, in particular if the individual loss is small in comparison to the costs of litigation. As a result, continued illegal practices cause significant aggregate loss to European citizens and businesses*”; il che – unitamente alla constatazione che “*the procedural laws of many Member States often leave the courts ill-equipped to deal with the case load efficiently and within reasonable delay*” – portava ad asserire che “*mechanisms of collective redress could be considered to remedy the current shortcomings in the enforcement of EU law*». Un titolo molto simile a quello dato all'anzidetta consultazione (“*Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*”; nella versione italiana “Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi”) veniva assegnato, l'anno successivo, a una risoluzione del Parlamento Europeo. Particolarmente significativi sono i passaggi di quest'ultimo documento in cui, da un lato, si afferma che “*l'Europa deve evitare di introdurre un sistema di azione collettiva di tipo statunitense o qualsiasi sistema che non rispetti le tradizioni giuridiche europee*” e, dall'altro, si specifica che “*l'approccio europeo al ricorso collettivo deve essere basato*

classe”⁴.

Ove ciò non bastasse, con uno slancio di esterofilia degno di miglior causa (e che, come in operazioni analoghe, sottende una trasfigurazione dell’istituto e delle regole che vengono importati), il legislatore nostrano si è spinto fino al punto di utilizzare l’espressione non tradotta “class action”. Lo ha fatto prima che entrasse in scena l’azione di classe, e per ben due volte, allorché intendeva posticipare l’avvio dell’operatività del meccanismo in precedenza escogitato, ossia l’azione collettiva risarcitoria, che non ha mai fatto ingresso nelle aule dei Tribunali: il fatidico debutto, invero, era atteso per il 30 giugno 2008, ma veniva rinviato al 1° gennaio dell’anno successivo da una disposizione denominata per l’appunto «class action», nella quale si adduceva come motivazione (non esclusiva) del rinvio *«l’esigenza di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica nei confronti delle pubbliche amministrazioni»*⁵; sennonché, nell’imminenza del nuovo D-day, interveniva un’altra proroga fino al 1° luglio 2009, ad opera di un articolo del consueto milleproroghe di fine anno, intitolato ancora una volta «class action»⁶.

sul principio di “opt-in”, secondo il quale le vittime sono identificate chiaramente e partecipano al procedimento soltanto se manifestano espressamente la loro volontà di farlo, onde evitare potenziali abusi». Infine, nel 2013, interveniva la Raccomandazione 2013/396/UE, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell’Unione, in inglese “*Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law*” (G.U.U.E. L 201 del 26 luglio 2013, p. 60).

⁴ L’art. 140 *bis* del codice del consumo e la sua intitolazione sono stati sostituiti ad opera dell’articolo 49, comma 1, l. 23 luglio 2009, n. 99 («Disposizioni per lo sviluppo e l’internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia», pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 176 del 31 luglio 2009 - *Supplemento Ordinario* n. 136). La svolta non è stata unanimemente condivisa. Secondo R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 383, «sarebbe stato opportuno mantenere la vecchia denominazione, che appartiene alla tradizione terminologica italiana ed europea (collective redress action) e connota meglio lo strumento».

⁵ Così l’art. 36 d.l. 25 giugno 2008, n. 112 («Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria», pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 147 del 25 giugno 2008 - *Supplemento Ordinario* n. 152/L), convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 195 del 21 agosto 2008).

⁶ Si tratta dell’art. 19 d.l. 30 dicembre 2008, n. 207 («Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti», pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 304 del 31 dicembre 2008), convertito, con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14 (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 49 del 28 febbraio 2009 - *Supplemento Ordinario* n. 28).

In un certo senso preannunciata da simili avvisaglie, arrivava l'azione di classe che, ad onta del nome e di alcune reminiscenze del congegno delineato dalla Rule 23 delle *Federal Rules of Civil Procedure* (legittimazione attiva conferita anche al singolo; scansione in due fasi; necessaria verifica circa l'attitudine del proponente a «curare adeguatamente l'interesse della classe»), se ne distanzia in maniera significativa, ben al di là di quelli che potrebbero essere gli adattamenti necessari a calare un istituto non autoctono nel tessuto connettivo delle regole municipali. Senza troppi giri di parole, il fatto di aver privilegiato l'*opt-in* finisce con il marcare un *gap* incolmabile con quella che appare la fonte d'ispirazione, oltre a porre le basi –assieme ad altri fattori– per il suo cammino travagliato⁷, come poi è effettivamente emerso negli oltre sette anni di effettiva applicazione dell'azione di classe *made in Italy*⁸.

2. Il mito si sgretola in patria

Fatto sta che, nel mentre la prassi di casa nostra si stava misurando con la novità, il suo referente nordamericano era alle prese con le asperità di un sentiero impervio che si è trovato a battere a seguito di alcune scelte giurisprudenziali non certo propizie alla sua tenuta. Riassumendo, si può guardare alla fase attuale come all'ulteriore segmento di un cammino involutivo che rischia di (e in buona misura ha già ottenuto il risultato di) depotenziare la *class action*, specie nel suo porsi come baluardo degli interessi economici dei consumatori o, comunque dei soggetti che si presentano nell'arena negoziale segnati da un insanabile (se non a prezzo di costosi investimenti che razionalmente si sconsiglierebbe di effettuare) deficit informativo nei riguardi di entità di gran lunga più attrezzate. Così quello che dalle nostre parti viene percepito tuttora come un mito, rischia di tramutarsi un “falso mito”, se non si sta dietro alla sua evoluzione nel sistema in cui ha attecchito ed è stato foriero di lusinghieri traguardi in termini di

⁷ La prassi applicativa ha fin qui frustrato quelle che erano le residue potenzialità dell'istituto (ravvisate, ad esempio, da N. CALCAGNO, *Italian class action: the beginning*, in *The Cardozo Electron Law Bulletin*, 2011).

⁸ Qualcosa sembra muoversi negli ultimi mesi, se si guarda in particolare: i) alla sentenza del 25 agosto 2017 con cui la Corte d'Appello di Milano ha concesso 100 euro a oltre 3000 consumatori nel caso *Trenord*; ii) al fatto che siano state ammesse le azioni di classe promosse contro un gruppo automobilistico tedesco, in relazione al c.d. Dieselgate (Trib. Venezia, ord. 25 maggio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 2432) e alla diffusione di dati erronei sui consumi di un autoveicolo messo in commercio (App. Venezia, ord. 17 giugno 2016, e Trib. Venezia, ord. 5 febbraio 2017).

giustizia ed efficienza.

Invero, già da qualche tempo nella dottrina statunitense si osserva, sovente con preoccupazione, il fenomeno che, prendendo a prestito il titolo di un saggio di Klonoff apparso nel 2013, possiamo etichettare come “declino” della *class action*⁹. Come si nota nell’*incipit* del menzionato articolo, l’istituto in questione, un tempo non molto lontano considerato stella indiscussa del firmamento della *aggregate litigation*, sembra caduto in disgrazia¹⁰. Molteplici sono gli elementi in cui si sostanzia questo ribaltone, che ha acquisito vigore nel momento in cui le Corti d’Appello federali – per l’operare combinato della Rule 23(f), che permette l’esperibilità di un *interlocutory appellate remedy* in materia di *certification*, e del Class Action Fairness Act, foriero di una migrazione delle vertenze più significative dai palcoscenici statali a quelli federali– hanno intensificato il loro scrutinio sull’istituto, con esiti rivelatisi alquanto rigorosi. Ma l’aspetto probabilmente più inquietante, al punto da apparire esiziale per la tutela di quanti incappino in disavventure nell’ambito delle *mass-market transactions*, è la “*ability to eliminate class actions through arbitration clauses*”. Si assiste, cioè, ad un’irrefrenabile deriva delle liti con quanti predispongono moduli o formulari verso una meta che può rivelarsi in non pochi casi illusoria per gli aderenti: le liti, infatti, vengono forzatamente incanalate verso l’arbitrato o, per meglio dire, verso una serie di arbitrati strutturati come altrettanti confronti individuali.

La fattibilità di questa via d’uscita, non soltanto dalle *class actions*, ma pure dagli arbitrati di classe i quali avevano anch’essi trovato un certo spazio nell’armamentario dei contrattaccanti¹¹, ha ottenuto l’avallo della

⁹ R.H. KLONOFF, *The Decline of Class Actions*, 90 Wash. U. L. Rev. 729 (2013).

¹⁰ La situazione è efficacemente descritta dall’Autore nella prima parte della *Introduction*: «*The class action device, once considered a “revolutionary” vehicle for achieving mass justice, has fallen into disfavor. Numerous courts have become skeptical about certifying class actions. Some have emphasized the pressures on defendants to settle after class certification is granted [...]. These court decisions impact virtually every element of the class certification process. Even requirements that defendants rarely disputed in the past, such as “numerosity” and “commonality”, are now potential impediments to class certification. Moreover, many courts now require that plaintiffs put forward considerably more evidentiary proof at the class certification stage than ever before. In some instances, to obtain class treatment, plaintiffs must now prove major portions of their cases on the merits, as opposed to simply showing that they possess evidence capable of convincing a jury of classwide liability and damages*» (R.H. KLONOFF, *The Decline of Class Actions*, cit., p. 731).

¹¹ Non mancano al riguardo i problemi irrisolti; primo fra tutti quello relativo alla possibilità di sindacare la valutazione degli arbitri circa la percorribilità di tale strada (v., ad es., C. Toro, *Third Circuit Confirms the Class Arbitration “Clear and Unmistakable” Standard in Chesapeake Appalachia, LLC v. Scout Petroleum, LLC, Dealing a Blow to Consumers and Employees*, 58 B.C.L. Rev. E. Supp. 163 (2017)).

Corte Suprema, con una triade di pronunce nel corrente decennio: in rapida successione, tra il 2011 e il 2015, registriamo le decisioni nei casi *Concepcion*¹², *Italian Colors*¹³ e *Imburgia*¹⁴, che, quantunque non prese all'unanimità, apparentemente non lasciano scampo a chi voglia evitare l'assoggettamento all'arbitrato¹⁵.

Alla luce di questi sviluppi non è mancato chi, come Fitzpatrick, si mostra persino più pessimista di Klonoff, prefigurando la fine della *class action*, sia pure affidandosi a uno slogan non costruito in forma assertiva, bensì interrogativa¹⁶.

Il fondamento tecnico che sorregge le decisioni con cui è stato spazzato via ogni ostacolo di matrice statale all'avanzata degli arbitrati su base individuale può essere individuato nella marcata preminenza riconosciuta al *Federal Arbitration Act* (FAA), con la sopravvalutazione della clausola che, nell'ambito segnato dalla *section 2*, rende in linea di massima le clausole compromissorie "*valid, irrevocable, and enforceable*" e con la contestuale sottovalutazione della riserva sancita immediatamente dopo (mediante l'espressione "*such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract*"). Per quanto tale approdo sia da più parti ritenuto il frutto di una lettura distorta delle intenzioni che avevano spinto nel 1925 il legislatore federale a intervenire in materia, un ripensamento non è ragionevolmente ipotizzabile in tempi brevi. Anzi, la Corte Suprema continua imperterrita per la sua strada. Lo testimonia il verdetto nel caso *Kindred Nursing*

¹² *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011).

¹³ *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 133 S. Ct. 2304 (2013).

¹⁴ *DirecTV, Inc. v. Imburgia*, 136 S. Ct. 463 (2015).

¹⁵ La letteratura è copiosa. Tra i contributi più recenti, v. M.J. YELNOSKY, *DIRECTV, Inc. v. Imburgia and the Continued Ascendance of Federal Common Law: Class-Action Waivers and Mandatory Arbitration under the Federal Arbitration Act*, 22 Roger Williams U. L. Rev. 287 (2017); I.S. SZALAI, *DIRECTV, Inc. v. Imburgia: How the Supreme Court Used a Jedi Mind Trick to Turn Arbitration Law Upside Down*, 32 Ohio St. J. on Disp. Resol. 75 (2017); J. DOWNING, *An Important Time for the Future of Class Action Waivers and the Power Struggle between Businesses and Consumers*, 81 Mo. L. Rev. 1151 (2016); K. MOORE, *The Future of Class-Action Waivers in Consumer Contract Arbitration Agreements after DIRECTV, Inc. v. Imburgia*, 67 Case W. Res. L. Rev. 611 (2016); S. LAPPLE, *Approaching "Dangerous" Territory: The Implications of DIRECTV v. Imburgia and the Current Scope of U.S. Arbitration Law*, 8 Y.B. Arb. & Mediation 153 (2016). Le vicende della giurisprudenza d'oltreoceano sono esaminate anche da F. BENATTI, *La fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir) reversibile della class action statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 500; sia consentito, inoltre, il rinvio ad A. PALMIERI, *Arbitrati individuali coatti e ghettizzazione della class action: la controrivoluzione (a spese del contraente debole) nel sistema di enforcement statunitense*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 81.

¹⁶ B.T. FITZPATRICK, *The End of Class Actions?*, 57 Ariz. L. Rev. 161 (2015).

*Centers*¹⁷: ormai con una sola voce fuori dal coro¹⁸, la Corte ha stigmatizzato la decisione dei giudici del Kentucky che avevano invalidato accordi arbitrari sottoscritti da alcuni *agents* perché il conferimento, da parte dei rispettivi *principals*, del *power of attorney* era formulato in termini generali e non comprendeva uno specifico riferimento alla facoltà di assumere vincoli preclusivi del fondamentale diritto a cercare giustizia dinanzi alle corti e al *trial by jury* (il che avrebbe inficiato le clausole compromissorie alla luce della *clear statement rule*)¹⁹.

Consci della difficoltà di un *revirement* giurisprudenziale, ci si rivolge al legislatore federale, affinché introduca correttivi idonei a limitare l'impatto del FAA sui contratti dei consumatori²⁰. Anche i fautori di siffatto intervento non nutrono tuttavia grandi speranze circa la sua fattibilità nell'immediato²¹. Del resto, il legislatore federale è sì impegnato sul fronte della *class action*, ma persegue obiettivi del tutto diversi, nel segno di una complicazione della procedura. Questa è almeno l'impressione che si riceva dal testo del *Fairness in Class Action Litigation Act*, approvato nel marzo del 2017 da uno dei due rami del Congresso (la *House of Representatives*). Piuttosto, chi si è davvero mosso per porre un freno alla prassi degli arbitrati

¹⁷ *Kindred Nursing Centers, L.P. v. Clark*, 581 U.S. (2017).

¹⁸ Si tratta di Justice Thomas che rimane aggrappato alla convinzione secondo cui «*the Federal Arbitration Act [...] does not apply to proceedings in state courts*».

¹⁹ Per una valutazione estremamente positiva in ordine alla decisione in esame, v. L. DiMATTEO, *Response, Kindred Nursing Centers, L. P. v. Clark: Intersection of Constitutional and Agency Law with the Federal Arbitration Act*, Geo. Wash. L. Rev. On the Docket (May 29, 2017).

²⁰ J.P. NEHF, *The Impact of Mandatory Arbitration on the Common Law Regulation of Standard Terms in Consumer Contracts*, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2923746> (di prossima pubblicazione su *The George Washington Law Review*). L'intervento del legislatore federale è auspicato anche da J. McMANUS, *A Motion to Compel Changes to Federal Arbitration Law: How to Remedy the Abuses Consumers Face When Arbitrating Disputes*, 37 B.C.J.L. & Soc. Just. 177 (2017).

²¹ Nelle conclusioni dell'articolo citato alla nota precedente J.P. NEHF osserva quanto segue: «*For at least the next several years, however, it is unlikely that Congress will do anything to place limitations on the FAA or enact legislation that counters the Supreme Court decisions rendering the effects of the FAA broader than Congress may have envisioned in 1925. And the Court's composition is not likely to change any time soon in a way that will result in limitations on mandatory consumer arbitration. So it is worth thinking about what might happen if, over a period of decades, Congress does nothing and Supreme Court precedent remains essentially where it is. Without further development of the unconscionability and good faith doctrines at common law, and with fewer and fewer court decisions interpreting and applying state and federal consumer statutes, the potential impact of arbitration on standard terms in consumer contracts looms large. When that happens, we will have lost a powerful and enduring check on the ability of businesses to impose harsh terms on consumers in the contracting process*».

imposti è stato, nel dominio dove è chiamato a esercitare le sue prerogative²², il *Bureau of Consumer Financial Protection*, arrivando di recente²³, all'esito di un'approfondita istruttoria²⁴, a regolamentare in maniera molto stringente l'arbitrato consumeristico in relazione ai contratti riguardanti prodotti o servizi finanziari²⁵. Uno degli aspetti maggiormente qualificanti della disciplina riguarda proprio l'impossibilità per il fornitore di far leva sulla clausola compromissoria per paralizzare la *class action*²⁶. Su quanto deciso dall'Agenzia federale è subito aleggiato lo spettro di una bocciatura da parte del Congresso, che ha attivato la procedura destinata a sfociare in un simile risultato²⁷. In effetti, ci sono voluti pochi giorni affinché la *House of Representatives* esprimesse il suo dissenso²⁸, riscuotendo il plauso della Casa Bianca²⁹; mentre al Senato l'iter dell'analogha *resolution*³⁰ si era arenato, prima che si registrasse la piena convergenza tra le due Camere.

²² Specifici poteri di intervento in materia di “*mandatory pre-dispute arbitration*” erano stati conferiti al *Bureau of Consumer Financial Protection* dalla *section 1028* del *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Financial Protection Act* del 2010.

²³ La *Final Rule relating to “Arbitration Agreements”*, che va a innestarsi nel *Code of Federal Regulations*, è stata emessa dal *Bureau of Consumer Financial Protection* il 10 luglio 2017 e pubblicata nel *Federal Register* il successivo 19 luglio (82 Fed. Reg. 33210 (July 19, 2 2017)).

²⁴ Il *Bureau of Consumer Financial Protection* era concretamente impegnato su questo fronte sin dal 2012, allorquando aveva avviato una “*Public Inquiry into Arbitration Clauses*”.

²⁵ Per alcune riflessioni di taglio critico su tale intervento, v. M.A. BENOIT, *The Cynic's View on the CFPB Arbitration Rule*, pubblicato il 14 settembre 2017 sul sito www.lexology.com.

²⁶ Secondo una delle disposizioni adottate dal *Bureau* (§ 1040.4(a) del *Code of Federal Regulation*), «*A provider shall not rely in any way on a pre-dispute arbitration agreement entered into after the date set forth in § 1040.5(a) with respect to any aspect of a class action that concerns any of the consumer financial products or services covered by § 1040.3, including to seek a stay or dismissal of particular claims or the entire action, unless and until the presiding court has ruled that the case may not proceed as a class action and, if that ruling may be subject to appellate review on an interlocutory basis, the time to seek such review has elapsed or such review has been resolved such that the case cannot proceed as a class action*».

²⁷ Le regole concernenti la *Congressional Review of Agency Rulemaking* sono contenute nel Chapter 8 del Title 5 dello *United States Code*.

²⁸ L'apposita risoluzione [H.J.Res.111 - 115th Congress (2017-2018)] è stata approvata il 25 luglio 2017, con 231 voti favorevoli e 190 contrari.

²⁹ Si veda il comunicato stampa relativo alla H.J. Res. 111, disponibile sul sito www.whitehouse.gov. Ivi si legge che la disciplina osteggiata «*would benefit trial lawyers by increasing frivolous class-action lawsuits; harm consumers by denying them the full benefits and efficiencies of arbitration; and hurt financial institutions by increasing litigation expenses and compliance costs (particularly for community and mid-sized institutions)*. In many cases, these increased costs would be borne, not by the financial institutions, but by their consumers».

³⁰ S.J.Res.47 - 115th Congress (2017-2018).

3. *C'è del buono anche in Europa: come sfuggire all'imposizione del consumer arbitration*

In uno scenario, quello statunitense, dove i mutamenti già avvenuti e quelli tuttora in corso vanno nel senso di rendere sempre più agevole, per il ceto imprenditoriale, redigere contratti che non lascino ai consumatori, in caso di dispute scaturite dai medesimi, altri strumenti di contestazione se non quelli che passano per l'instaurazione di procedimenti arbitrali di stampo individuale, con il rischio tutt'altro che trascurabile di ridurre al lumicino le chances di riscatto di quanti ritengano di aver subito vessazioni, desta estremo interesse l'attenzione manifestata, da chi si mostra consapevole dell'esistenza di una seria criticità, verso alcune strategie escogitate nell'ordinamento eurounitario che si presterebbero a ridimensionare i problemi avvertiti. La punta più avanzata di questo fronte, non certo numericamente consistente, è rinvenibile in una delle *dissenting opinions* che contrastano la posizione prevalente nella menzionata sentenza *Imburgia*. Orbene, a fronte dell'ostinazione con cui la maggioranza perseguiva il suo disegno di esaltare l'arbitrato, piegando le residue capacità di resistenza di corti e legislatori statali, Justice Ginsburg compie un estremo tentativo, denunciando la divaricazione tra la soluzione patrocinata dalla Suprema Corte e quanto invece accade altrove³¹. Segnatamente, si guarda con favore, implicitamente proponendo un modello da seguire, alla disciplina europea sulle clausole abusive, imperniata sulla direttiva del 1993, e ai frutti che la medesima ha generato in punto di clausola compromissoria, sostanzialmente avversata se inclusa in assenza di apposita negoziazione nel contratto stipulato tra un consumatore e un professionista. Significativo è anche il richiamo alla Raccomandazione del 1998 con cui la Commissione Europea enunciava i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, nella parte in cui proclamava, come aspetto qualificante del "principio di libertà", che «*l'adesione del consumatore alla procedura extragiudiziale non può derivare da un impegno che precede l'origine della vertenza, quando questo impegno ha come effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire le giurisdizioni competenti per la risoluzione giudiziaria della controversia*»³². Formula che

³¹ Osserva il giudice Ginsburg che «*The Court's ever-larger expansion of the FAA's scope contrasts sharply with how other countries treat mandatory arbitration clauses in consumer contracts of adhesion*».

³² Si veda il punto VI della raccomandazione della Commissione 98/257/CE (in G.U.C.E. L 115 del 17 aprile 1998, p. 31).

ritroviamo, con qualche adattamento che non ne snatura la portata, a distanza di tre lustri nella direttiva del 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori³³.

Tornando alle ricadute su *consumer arbitration* e dintorni della lotta dichiarata agli squilibri indotti da regolamenti contrattuali sostanzialmente imposti, è stata la Corte di Giustizia a cesellare una serie di regole operative nel segno dell'estrema labilità degli effetti della clausola compromissoria, che finisce pressoché immancabilmente con l'essere catturata da una presunzione di vessatorietà³⁴. Nel caso *Mostaza Claro*, si è attribuita al giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale, il potere di rilevare la nullità dell'accordo arbitrale e annullare il lodo, qualora ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche nell'eventualità in cui il consumatore non abbia fatto valere il vizio nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo³⁵. Quindi, nel caso *Asturcom Telecomunicaciones*, si è fatto carico al giudice dinanzi al quale si agisca per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità

³³ Secondo l'art. 10, par. 1, della direttiva 2013/11/UE (in G.U.U.E L 165 del 18 giugno 2013, p. 63), «Gli Stati membri provvedono affinché un accordo tra un consumatore e un professionista riguardo alla presentazione di reclami presso un organismo ADR non sia vincolante per il consumatore se è stato concluso prima dell'insorgere della controversia e se ha l'effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale per la risoluzione della controversia». Nel senso che è possibile – e anzi doveroso – se non si vuole sacrificare l'effettività della direttiva, interpretare tale disposizione in modo da evitare di attribuire «different effects to the arbitration clauses depending on its direction (accredited or non-accredited ADR entity) and on the position (plaintiff or defendant) of the parties», v. F. ESTEBAN DE LA ROSA, *Challenges for the Implementation of Consumer ADR Directive in Spain*, in P. CORTÉS (ed.), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford University Press, Oxford, UK, 2016, p. 291-2.

³⁴ Per una diversa prospettiva, v. G. SALVI, *Arbitrato e consumatore: considerazioni sul sindacato di vessatorietà della clausola compromissoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1055, secondo il quale non è giustificabile, «un giudizio aprioristico di vessatorietà del patto arbitrale», mentre occorrerebbe «distinguere clausola da clausola, secondo un giudizio che valuti in concreto gli elementi dell'accordo compromissorio che possano determinare uno squilibrio tra diritti ed obblighi».

³⁵ CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 373. In proposito, v. E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza «Mostaza Claro» e gli art. 817, 2° comma, ed 829 n. 1 c.p.c.*, in *Riv. arbitrato*, 2006, p. 679; E. MARINUCCI, *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 64; F. PASTORELLI, *Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 875; C. PESCE, *Il giudice a quo come «tutore» del consumatore*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2007, p. 430; A. GALLINUCCI, *Clausole compromissorie in contratti business to consumer nel diritto internazionale*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2015, p. 141.

di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, di valutare d'ufficio, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna³⁶. Ancora, si può ricordare il caso *Sebestyén* nel quale – oltre a ribadire che il giudice non può sottrarsi al compito di appurare se la clausola contenuta in un contratto di mutuo ipotecario concluso tra una banca e un consumatore, la quale attribuisce a un tribunale arbitrale permanente, le cui decisioni non sono impugnabili in diritto interno, la competenza a conoscere di qualsiasi controversia sorta nell'ambito di tale rapporto negoziale, debba, in rapporto all'insieme delle circostanze che accompagnano la conclusione del suddetto contratto, essere considerata abusiva – si è evidenziato che la comunicazione al consumatore, prima del raggiungimento dell'accordo, di informazioni generali sulle differenze esistenti tra il procedimento arbitrale e il procedimento giurisdizionale ordinario non può, da sola, permettere di escludere il carattere abusivo della cennata clausola³⁷.

4. *La dimensione collettiva della tutela consumeristica tra mainstream europeo e tentativi di sperimentazione*

L'arsenale europeo risulta, peraltro, sguarnito, nella misura in cui si nota una diffusa sfiducia verso meccanismi di aggregazione delle pretese

³⁶ CGCE, 6 ottobre 2009, C-40/08, in *Corriere giur.*, 2010, p. 170, con nota di R. CONTI, *C'era una volta il ... giudicato*. La pronuncia è altresì commentata da E. D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Riv. arbitrato*, 2009, p. 675; G. LO SCHIAVO, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2010, p. 287; S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di «non vincolatività» delle clausole vessatorie secondo la Corte di giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 507; I. PRISCO, *Il rilievo d'ufficio della nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, *ibid.*, p. 1227; G. RAITI, *Le pronunce Olimpclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata «crisi del giudicato civile nazionale» nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 677; A. GALLINUCCI, *Clausole compromissorie in contratti business to consumer*, cit.

³⁷ CGUE, ord. 3 aprile 2014, C-342/13, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1859. A margine di tale pronuncia, v. F. GAZIN, *Clauses abusives et arbitrage*, Europe 2014, Juin n° 6, p. 38.

individuali, in particolare di quelle aventi ad oggetto l'ottenimento di somme di denaro idonee a ripianare le perdite in qualche modo risentite da svariati singoli in posizione affine, che prescindano dall'adesione *ex professo* di quanti sono interessati all'iniziativa da altri promossa.

Eppure qualcosa si muove. Non a caso alcuni autori hanno sollecitato una riflessione sul fatto che mentre la *class action* perde colpi negli Stati Uniti, appare in ascesa fuori dai suoi confini³⁸. Ciò vale soprattutto in alcune esperienze extraeuropee, ma il fenomeno è in parte percepibile anche in Europa, quantunque in tale area il ritmo di crescita sia ancora troppo lento per poter prevedere risultati appaganti nel breve periodo³⁹. Si è parlato di Europa come un tutto indistinto, ma in realtà sul punto il panorama si presenta estremamente frastagliato, senza nemmeno quel minimo comun denominatore che si ritrova quando il legislatore UE persegue l'armonizzazione per mezzo di una direttiva. Si è già detto dell'indubbia predilezione, sul terreno dei rimedi collettivi di natura risarcitoria, per i meccanismi imperniati sull'*opt-in*. Tuttavia, nella raccomandazione del 2013 sui meccanismi di ricorso collettivo, se la Commissione mette in primo piano come al solito l'*opt-in*, apre nel contempo uno spiraglio per il suo aggiramento. L'innescò della strategia eterodossa è, per un verso, subordinato a esigenze superiori come quella dell'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso⁴⁰, estranee alle dinamiche dello scontro tra portatori degli interessi delle categorie che dovrebbero fronteggiarsi e, per altro verso, non viene rimesso *in toto* all'iniziativa delle parti, in quanto si contempla la possibilità di una mediazione delle corti⁴¹.

³⁸ Emblematico è il titolo del contributo di S.W. WALLER, O. POPAL, *The Fall and Rise of the Antitrust Class Action*, 39 World Comp. L. & Econ. Rev. 29 (2016); cfr. altresì D.R. HENSLEY, *From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally*, 65 Kan. L. Rev. 965 (2017), che esordisce sottolineando come «*In recent years, as the U.S. Supreme Court has steadily closed the courthouse doors to class actions in the United States, an increasing number of foreign jurisdictions have adopted some form of representative group proceeding along the lines of a modern class action*».

³⁹ Invero, si può sottoscrivere l'affermazione secondo cui «*collective actions outside the US are proceeding at a snail's pace*» (così W. WALLER, O. POPAL, nelle conclusioni del lavoro citato nella nota che precede).

⁴⁰ Si noti, al riguardo, che, come osserva M. IOANNIDOU, *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*, Oxford University Press., Oxford, UK, 2015, p. 117, «*In the light of the specific characteristics of consumer claims, aggregation mechanisms that focus on promotion of procedural efficiency alone would not suffice*».

⁴¹ In un brano della già citata Raccomandazione 2013/396/UE, si legge quanto segue: «*La parte ricorrente dovrebbe essere costituita sulla base del consenso espresso delle persone fisiche o giuridiche che pretendono di aver subito un pregiudizio (principio dell'adesione, o opt-in). Qualunque eccezione a tale principio, ex lege o prevista mediante provvedimento del*

Non pochi tra i legislatori nazionali sono rimasti nel *mainstream*. Oltre all'Italia che si era mossa in tal senso prima della testé ricordata raccomandazione, non si può non citare la Francia dove nel 2014 è stata introdotta l'*action de groupe*, tenacemente abbarbicata alla necessità dell'adesione. C'è nondimeno chi ha provato a insinuarsi negli indicati spiragli. Degno di menzione è senza dubbio il meccanismo forgiato dal legislatore belga che, con l'*action en réparation collective*, anch'essa risalente al 2014 ha creato una sorta di ibrido, posto che, a seconda delle circostanze che caratterizzano ogni specifica situazione, e sulla scorta delle valutazioni effettuate dal giudice investito del caso, la consistenza del gruppo dei consumatori coinvolti sarà determinata in base ai metodi contrapposti dell'*opt-in* o dell'*opt-out*. Malgrado questa cautela, può dirsi che la logica dell'*opt-out* sia stata in un certo senso metabolizzata dal sistema belga, come comprova una recente decisione della Corte d'Appello di Gent, la quale si è espressa per il pieno riconoscimento delle decisioni con cui i giudici statunitensi avevano approvato i *settlements* che chiudevano alcune *class actions* dove erano state fatte valere pretese risarcitorie omologhe a quelle sottoposte alla stessa Corte d'Appello⁴². In definitiva, tutte le istanze risarcitorie avanzate in quella sede da quanti ricadevano nel raggio d'azione delle transazioni concluse all'esito delle *class actions*, e non avevano fruito della possibilità di dissociarsi, sono state considerate ammissibili soltanto nei limiti in cui l'importo richiesto sopravanzava l'ammontare riconosciuto in base ai *settlements*.

Benché si tratti di un sistema nazionale ormai in uscita dall'Unione Europea, converrà poi volgere lo sguardo al Regno Unito che nel 2015 – grazie a una disposizione del *Consumer Rights Act* che ha emendato il *Competition Act* il quale già conosceva una *representative action* a fronte di illeciti antitrust – ha introdotto un nuovo rimedio collettivo a disposizione dei soggetti danneggiati dalle condotte asseritamente anticompetitive delle imprese. Anche in questo caso si prefigura l'alternativa tra *opt-in* e *opt-out collective proceedings*, con un ruolo determinante nell'individuazione della strada da seguire che viene comunque affidato al *Competition Appeal Tribunal*⁴³. Il meccanismo è ancora in fase di rodaggio, come dimostra il

giudice, dovrebbe essere debitamente giustificata da motivi di buona amministrazione della giustizia».

⁴² Hof van Beroep Gent 23 marzo 2017.

⁴³ Per un primo inquadramento, v. R. MULHERON, *A Channel Apart: Why the United Kingdom has Departed from the European Commission's Recommendation on Class Actions*, (2015) 17, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 36-65; A.E. BASS, K.A. HENDERSON, *UK: A New Dawn for Antitrust Class Actions*, (2015) 6, *Journal of European*

nulla di fatto delle prime azioni nel caso *Dorothy Gibson v Pride Mobility Products Limited*⁴⁴ e, soprattutto – vista l'entità della posta in palio – nel caso *Walter Hugh Merricks CBE v Mastercard Incorporated and Others*⁴⁵.

5. Verso nuove sfide

Nonostante i venti di tempesta che soffiano ormai da diversi anni sulla *class action* statunitense, specie per quel che attiene alle sue epifanie sul *coté* consumeristico, e nonostante i passi che timidamente, e in ordine sparso, sono stati compiuti in Europa per impiantare meccanismi di tutela di matrice collettiva, il solco permane, e ha ancora un'ampiezza significativa, a tutto vantaggio degli Stati Uniti. Anche chi, nel contesto nordamericano, denuncia il progressivo smantellamento dell'istituto, vede un futuro difficile, ma non esclusivamente a tinte fosche⁴⁶. Del resto non è azzardato ritenere che i giuristi statunitensi si avvedano del pericolo di affossare quella che è considerata «una delle più potenti cause della forza attrattiva del foro americano»⁴⁷.

Dal canto proprio, lo scenario europeo, pur contraddistinto da

Competition Law & Practice, p. 716-721.

⁴⁴ Il 31 marzo 2017, il *Competition Appeal Tribunal* aveva concesso un rinvio per poter emendare il ricorso ([2017] CAT 9); quindi, il 25 maggio 2017, prendendo atto della rinuncia del proponente, la causa è stata cancellata dal ruolo.

⁴⁵ L'*application* per avviare un procedimento collettivo *opt-out* è stata respinta dal *Competition Appeal Tribunal* in data 21 luglio 2017 ([2017] CAT 16).

⁴⁶ Secondo R.H. KLONOFF, *Class Actions in the Year 2026: A Prognosis*, 65 Emory L.J. 1569, 1569 (2016), malgrado tutte le avversità e la sensazione che «*the climate for class actions will remain difficult for plaintiffs*», si può prevedere che comunque, anche nel prossimo decennio, «*class actions will remain vibrant, challenging, and fascinating*» (p. 1654).

⁴⁷ In questi termini si esprime U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, (con la collaborazione di E. ARIANO), Torino, 2014, IV ed., p. 183. L'Autore prosegue evidenziando che «*a causa di questo meccanismo, ignoto o assai meno sviluppato altrove, il diritto americano ottiene significativi riconoscimenti come il solo foro in cui diritti diffusi di modesta entità possono essere aggregati e tutelati. Si tratta di una delle ragioni retoriche più forti per l'egemonia del diritto americano nel contesto internazionale, perché proprio a causa di questo meccanismo le Corti americane si sentono insostituibili da qualunque altro sistema*». Di talché si tratta di uno dei fattori che hanno esasperato la tendenza del diritto statunitense a rivendicare per se stesso, «*on a planetary scale, a role as protector of not only American citizens, but of all persons throughout the world*» (cfr. U. MATTEI, J. LENA, *U.S. Jurisdiction Over Conflicts Arising Outside of the United States: Some Hegemonic Implications*, 24 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 381, 387 (2001)).

sofisticati strumenti di salvaguardia del singolo consumatore, non può ragionevolmente pensare di affidarsi per lo più a meccanismi ADR tendenzialmente agevoli e circondati da sufficienti garanzie, nonché sul piano squisitamente collettivo alle iniziative di entità metaindividuali, private o pubbliche che siano, e se mai –eccettuate poche e frammentarie ipotesi in cui si privilegia un approccio meno aderente ai canoni– a quelle dei singoli che si protendono volontariamente sul proscenio, in veste di promotori o di aderenti⁴⁸. Senza scimmiettare per forza il modello statunitense, ma altresì con atteggiamento scervo da preconcetti sì da cogliere quanto di buono è insito nelle sue dinamiche⁴⁹, all'Europa –auspicabilmente coordinata a livello centrale dalle esistenti istituzioni sovranazionali⁵⁰ o, in mancanza di un siffatto input, anche per mezzo di singoli sistemi nazionali, non necessariamente aderenti all'UE, al cui traino potrebbero porsi gli altri – si presenta un'occasione storica di compiere un salto di qualità sul versante dei rimedi e, quindi, dell'effettività dei diritti che in gran copia essa stessa ha provveduto a riconoscere sulla carta ai consumatori. Il che non comporta la necessità di sacrificare metodiche di reazione ispirate a concezioni alternative: la vera sfida è di far convivere le diverse strategie⁵¹, non esclusa quella che ritaglia uno spazio vitale per

⁴⁸ Osserva G. HOWELLS, *Consumer law enforcement and access to justice*, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, 2016, p. 422: «*One can have some sympathy with Europe not wanting to move down a US-style class action route at the very time US is placing restrictions on its own procedures due to perceived abuse. Equally one can accept that the best way forward might be to have public enforcement of laws, combined with either recovery of compensation linked to such administrative action or ADR procedures. However, even leaving aside issues of agency capture, the problem is that there are limits to what the state can enforce in practical terms and, at least for small-value claims, consumer lethargy means that even ADR may not be a realistic option for many consumers and there is a risk of traders profiting from their poor practices. Class actions are needed as a deterrent in these cases and in other circumstances as a means of bringing order to claims that might otherwise flood the courts*».

⁴⁹ Secondo O.G. CHASE, V. VARANO, *Comparative civil justice*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (a cura di), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, UK, 2012, p. 232: «*the US class action allows the resolution of claims that would be practically impossible under any other system and is thought to serve as an effective deterrent against certain kinds of wrongdoings*».

⁵⁰ Per M. PAKAMANIS, *The role of class actions in ensuring effective enforcement of competition law infringements in the European Union*, in *International Comparative Jurisprudence*, 2 (2016), p. 122–130, «*in order to achieve uniformity across the European Union is not possible to rely on national legislators. Consequently, the intervention from the European Union legislator is necessary*» (p. 129).

⁵¹ Osservano ancora O.G. CHASE, V. VARANO, *op. loc. cit.*: «*as seems to be the trend in modern systems, most societies will likely use a combination of strategies to deal with mass*

l'arbitrato collettivo⁵², cercando il giusto dosaggio che assicuri l'equilibrio a livello sistemico.

Abstract

The article deals with the crisis that has affected class action litigation in the United States, especially when seen as a device to defend consumers' economic interests. The main hurdle is the increasing enforceability of mandatory arbitration clauses in consumer contracts, usually drafted in such a way that they are also able to prevent class arbitrations. In light of this trend, it would be advisable to take inspiration from the European rules that allow courts to declare pre-dispute arbitration clauses unfair, when such terms are contained in standard form agreements or at any rate have not been individually negotiated, and prescribe other safeguards. Nevertheless, the author argues that, in order to achieve an effective protection for consumers in Europe, these measures need to be combined with the strengthening of the means for collective redress.

claims»; si iscrive in questa tendenza l'interesse manifestato nei confronti dei «*class action-like devices in many parts of the world*».

⁵² In quest'ottica, v. A. MONTESINOS GARCÍA, *The Potential Implementation of Collective Arbitration in Europe*, 25 E.R.P.L. 363 (2017); cfr. altresì in ambito nazionale M. GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 987; A. BRIGUGLIO, *Class arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini*, in *Riv. arbitrato*, 2015, p. 219.

G. Pailli*, C. Poncibò **

*The transformation of Consumer Law Enforcement:
an Italian perspective*

SUMMARY: 1. Introduction – 2.Co-Existence of Public and Private Enforcement – 2.1.Public Enforcement – 2.2. Quasi-Public Enforcement – 2.3. Private Enforcement – 2.3.1. Consumer Individual Claims – 2.3.2. The failed promise of the azione di classe - 3. Integration of Public and Private Enforcement – 3.1. Consumer claims in criminal proceedings – 3.2. Follow-on consumer actions – 4. Dispute Settlement: Non-judicial mechanisms -5. Conclusions.

1. *Introduction*

The International Association of Comparative Law organised a thematic congress in 2016 in Montevideo (Uruguay) devoted to the comparative study of the *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*. The draft General Report sought to offer a general overview of consumer law enforcement and the effectiveness of consumer protection regulatory regimes.¹ The General Report is based on national reports from 34 jurisdictions representing most of the world's regions and one report from the European Union as the most advanced regional model of consumer law.

The reports provide answers to a series of 12 questions drafted by the general rapporteurs, who were not trying to fix the blurred boundaries of consumer law, but rather pragmatically refer to contract, tort, and product

* Giacomo Pailli, Research fellow at the University of Florence (Italy), is the author of paragraphs 2.3, 4 and 5

** Cristina Poncibò, Associate professor at the University of Turin (Italy), is the author of paragraphs 1, 2.1. 2.2., 3, and 5.

¹ Professor Hans-W. Micklitz and Professor Geneviève Saumier drafted the General Report. The Report has been accessed on 20 February 2018 at <http://tc.iuscomparatum.info/tc/wp-content/uploads/2016/09/Draft-General-Report-Enforcement-and-Effectiveness-of-Consumer-Law-MICKLITZ-SAUMIER-Montevideo-2016-.pdf>. The general and national reports are due for publication in 2018.

liability law; standard contract terms (boilerplates); commercial practices; and different enforcement mechanisms designed to secure consumer rights.

The questionnaire afforded national rapporteurs the opportunity to present their national consumer protection regimes, with particular emphasis on enforcement mechanisms, including, for example, administrative and judicial means, as well as alternative methods for resolving consumer disputes. In addition to the provision of verifiable objective information concerning existing legislative and regulatory sources and available data on consumer education, complaints and disputes, rapporteurs were invited to provide a subjective assessment of the overall effectiveness of consumer law enforcement in their respective jurisdictions and to identify areas where reforms might be needed.

This paper demonstrates the outcome of such research with respect to Italy.²

From the outset, Italian consumer law has been the product of the implementation of European Union law. A confused stratification of domestic legislative instruments, inside and outside the Italian civil code, was eventually rationalized in 2005 with the enactment of Legislative Decree 6 September 2005 no. 206 (the Italian Consumer Code, 'ICC').³ The systematization achieved in 2005 is undoubtedly remarkable. The restatement of consumer law, based on the French experience with the *code de la consommation*,⁴ made the rules more accessible to consumers and traders,⁵ favouring a homogeneous and methodical interpretation.⁶ The ICC, as amended, today represents the main legal framework for consumer protection in Italy, although there are still many other provisions outside the ICC with respect to sectorial consumer protection, e.g. in the fields of data protection,⁷ energy and gas,⁸

² The authors have prepared the Italian Report.

³ Practitioners and academics generally indicate the Legislative Decree 6 September 2005 no. 206 by the expression 'Italian Consumer Code'. We follow such practice, although this expression is inaccurate because the Legislative Decree does not have the structure and the content of a code, but it is a restatement of the laws in the field of consumer protection.

⁴ *Code de la consommation*, French Law no 92-60 18 January 1992, article 12 as amended.

⁵ Respectively defined as in Art. 2 of Directive 2011/83/EU stating: " 'consumer' means any natural person who [...] is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession; 'trader' means any natural person or any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in his name or on his behalf, for purposes relating to his trade, business, craft or profession".

⁶ B. PASA and M. WEITENBERG, *Improved Consumer Protection through New Codification? – First Comments on the New Italian Consumer Code*, in G. HOWELLS ET AL. (eds.), *Yearbook of Consumer Law* (2007, Aldershot), p. 295-308.

⁷ Legislative Decree of 30 June 2003, no. 196.

⁸ Law of 14 November 1995, no. 481 creating an independent Authority for Electric

and telecommunications.⁹ In 2011, the scope of the ICC was expanded to encompass the protection of micro-enterprises (defined as “entities, companies or associations, which exercise an economic activity employing less than 10 people with a turnover not exceeding two million euros”) against unfair trade practices implemented by traders.¹⁰ Law Decree of 24 January 2012, no. 1, converted with modifications with Law Decree of 24 March 2012 no. 27, also vested the Italian Competition Authority (ICA) with new powers to protect consumer rights against unfair terms in contracts.¹¹ In addition, Legislative Decree of 21 February 2014 no. 21, implementing Directive 2011/83/UE of 25 October 2011, entered into force as of 13 June 2014, constitutes one of the last steps towards the strengthening of the applicable consumer protection framework. The law completely replaced Chapter I, Title III, Part III (Articles 45 – 67) of the ICC with a new Chapter, entitled “Consumer rights in contracts”.¹² The new provisions address both distance contracts and traditional contracts, although the main changes concern distance and off-premises contracts. Other developments, such as the introduction of a collective redress mechanism or the creation of a comprehensive ADR scheme, are discussed *infra* in this paper.

In particular, this paper aims to present and discuss, by relying on a comparative perspective, the transformation of consumer rights *enforcement regimes* in Italy.¹³ We note that the system of consumer law enforcement is based both on public and private actors. Our analysis shows a certain degree of co-existence and integration between them.¹⁴ This co-existence is possible

Energy, Gas and Water.

⁹ Law of 31 July 1997, no. 249 creating an independent Authority for Telecommunications; Legislative Decree of 31 July 2005, no. 177 (Unified Text on Television), and Law 30 April 1998, no. 122 on television activities.

¹⁰ Art. 7 of the Law Decree of the Law Decree of 24 January 2012, no. 1, converted with modifications with Law of 24 March 2012 no. 27, inserted the definition as letter d) *bis* in art. 18 of the ICC.

¹¹ Law Decree of 2 December 2011, no. 214 (so-called “Salva Italia”).

¹² E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in 3 *Europa e Diritto Privato*, 2014, p. 927.

¹³ H.-W. MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, in 23 *ERPL*, 2015, p. 491. See also, C. HODGES, N. CREUTZFELDT, *The Transformations in Public and Private Enforcement*, in H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER, *The Transformation of Enforcement European Economic Law in a Global Perspective* (2016, Hart), p. 115-134.

¹⁴ H.-W. MICKLITZ, *Administrative Enforcement of European Private Law*, in R. BROWNSWORD ET AL. (eds), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 563; F. CAFAGGI (ed.), *Enforcement of Transnational Regulation: Ensuring Compliance in a Global World*, Cheltenham: Edward Elgar 2012. O.O.

when the public and private enforcement of consumer rights run in parallel. Integration of the enforcement mechanisms occurs, for example, when a consumer or a consumer association brings a follow-on action for damages subsequent to an administrative procedure, or, traditionally, when a civil claim is brought in a criminal proceeding.

2. Co-Existence of Public and Private Enforcement

2.1. Public Enforcement

First, consumer protection in Italy rests principally upon a number of administrative authorisations, registrations, licenses, approvals and other sectorial requirements aimed at guaranteeing *ex ante* the safety and quality of products and services that traders make available to consumers on the market. In addition, a number of public bodies include consumer protection within their institutional responsibilities. For instance, the General Directorate for Market, Competition, Consumers, Supervision and Technical Standards at the Ministry of Economic Development promotes policies which aim to grant consumer protection in the domestic market. Furthermore, several Independent Authorities promote sectorial initiatives for consumer protection in specific markets (especially the ICA, but also the Bank of Italy; the Authority for Communication – AGCOM; the Authority for Energy and Gas – AEEG; the Authority for pricing surveillance; the Authority for the Insurance Market). Regional authorities are also involved in advancing consumer protection by promoting local initiatives, often in cooperation with consumer associations. Public prosecutors (*Pubblici Ministeri*) are in charge of prosecuting criminal violations of consumer rights.

To cite but one example, governmental oversight on consumer protection falls under the authority of the National Council of Consumers and Users (*Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti*).¹⁵ The Council represents

CHEREDNYCHENKO, *Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?*, in 22 *ERPL* 2017, p. 813-820. See also the Special Issue on *Public and Private Enforcement of European Private Law: Challenges and Perspectives*, in 23 *ERPL*, 2015, with an editorial by O.O. CHEREDNYCHENKO and contributions from H.-W. MICKLITZ, F. WEBER & M. FAURE, A.J. VERHEIJ, B. KRANS, R. STEENNOT, O.O. CHEREDNYCHENKO AND G. BELLANTUONO.

¹⁵ The Council Website is available at www.tuttoconsumatori.it

consumers and users' associations nationwide under the administrative authority of Article 136 of the Consumer Code. As part of the Ministry of Productive Activities, the Minister or one of his delegates holds its chair. At present, the Council is composed of 17 recognized associations along with a representative member of the Regions and Autonomous Provinces elected by the Regions-State Conference.¹⁶

With reference to public actors as a whole, our first observation is that the public enforcement regime appears to be fragmented due to the overlapping authority of many sectorial public authorities (e.g., energy, telecommunications, insurance, banking services, etc.).¹⁷ Secondly, there is no clear coordination between public players, nor between public and private actors of consumer rights enforcement. In this respect, new EU-derived rules may encourage the private sector to complete the public activity by requesting damages in follow-on actions, at least with respect to damages caused by an infringement of competition law by an undertaking or an association of undertakings.¹⁸

Of all the public players, the ICA stands out. Since 1992, the ICA has been entrusted with the duty of targeting misleading advertising on any medium (TV, newspapers, leaflets, posters, telemarketing, internet) and, from 2000, with assessing comparative advertising. In 2007, following the implementation of Directive 29/2005/EC into Italian law (through Art. 21-26 of the Consumer Code), the ICA's authority has been broadened to include the protection of consumers against unfair commercial practices by undertakings.¹⁹ As noted above, since 2012 the ICA also deals with unfair

¹⁶ The Council invites representatives from recognized Environmental Protection Associations and National Consumer Co-Operative Associations to its meetings. Representatives from bodies and organs with the functions of regulating or standardizing the market, of the economic and social sectors concerned, competent public authorities, and experts in the subjects under consideration may also be invited to attend.

¹⁷ Interestingly, a recent reform in Italian law conferred the ICA an exclusive competence to combat unfair commercial practices also in regulated sectors, after having consulted the sector specific regulator, 'apart when the breach of sector specific regulation does not result in an unfair commercial practice' (Art. 23, paragraph 12, Legislative Decree 6 July 2012, No. 95). Unfortunately, the case law of the administrative tribunals still shows a significant degree of uncertainty about the overlapping competencies of the ICA and sectorial authorities.

¹⁸ Article 9 of Directive 2014/104/EU, implemented as Article 7 of the Legislative Decree of 19 January 2017, no. 3.

¹⁹ If an undertaking tries to distort the economic choices of a consumer by, for instance, omitting relevant information, spreading out untruthful information or even using forms of undue influence, the ICA may act, also via interim measure, and impose fines which (since August 2012) could range up to 5 million euro (previously, the maximum was

commercial practices targeting ‘micro-firms’.

We turn our focus now to private claims (i.e. cases in which public actors, such as the ICA, bring claims that seem to address the private rights of consumers). We note with interest that since Law no. 27/2012’s enactment, the ICA also has the power to enforce rules on unfair contractual terms with reference to contractual forms or general contractual conditions drafted by sellers or suppliers and used with consumers.²⁰ More specifically, according to article 37-bis ICC, the ICA “(...) *ex officio* or in response to complaints, and for the sole purpose of the subsequent paragraphs, declares the unfair nature of terms that are included in contracts between traders and consumers through the acceptance of general contract terms or the signing of forms, models or templates”.²¹ Thus, the procedure follows a working mode in which private entities do the ‘barking’, by lodging complaints in an administrative procedure before a public authority, while the ‘biting’ remains a public prerogative (fines, claims, injunctions).²² The *ex officio* procedure aims to remedy the fact that consumers are in most cases unaware of the possibility of invoking rules on unfair contract terms, and that consumer protection associations still have limited financial means, and sometimes interest, to apply for an injunction against unfair terms (Art. 139 of the Consumer Code).

In particular, this paper notes the recent development in which the ICA gained exclusive authority over unfair commercial practices in other regulated sectors as well. Unfortunately, administrative tribunal case law still shows a significant degree of uncertainty about the overlapping authority of the ICA and sectorial authorities.²³

For the sake of completeness, in these cases, the ICA has similar powers to those enjoyed in the field of competition. For example, the ICA can issue interim measures against grave infringements or make use of its cease and desist powers, without the need to go to the Court and rely on long,

500.000,00 euro).

²⁰ R. STEENNOT, *Public and Private Enforcement in the Field of Unfair Contract Terms*, in 23:4 ERPL 2015, pp. 589-619. The author discusses the case of Belgium.

²¹ L. ROSSI CARLEO, *Il “public enforcement” nella tutela dei consumatori (Commento a d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21)*, in *Corriere giuridico*, 2014, pp. 5-9, noting the increasing role of the ICA.

²² C. HODGES, ‘Collectivism: Evaluating the effectiveness of public and private models for regulating consumer protection’, in: W.H. VAN BOOM, M.B.M. LOOS (eds.), *Collective enforcement of consumer law in Europe. Securing compliance in Europe through private group action and public authority intervention*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, pp. 207-228.

²³ Art. 23, paragraph 12, Legislative Decree 6 July 2012, No. 95.

complex decision-making.²⁴

In addition, the ICA may proceed to inspections (in cooperation with the Financial Police); may accept commitments by traders to end an infringement;²⁵ and adopt “moral suasion” procedures. The ICA may also issue fines between €5.000 up and €5 million for each unfair practice. For deceptive or comparative advertising the fine is between €5.000 and €500.000. The ICA’s final decisions are published and can be appealed to the system of Italian Administrative Tribunals in two steps: first before the Regional Tribunal, then with a final appeal to the *Consiglio di Stato*.

At the end of the procedure, the ICA may declare contractual terms to be unfair and order publication of its decision on both the ICA’s as well as the trader’s websites, to ensure a broader dissemination of information to consumers and to help prevent traders from inserting such terms in their standard forms. Traders may also ask the ICA for an opinion in advance about the fairness of the terms they intend to use in their standard contracts with consumers.²⁶

Notwithstanding these increasing duties (such as the public enforcement of unfair terms in consumer contracts mentioned above), the ICA’s experience in enforcing consumer rights confirms that the authority suffers many limitations. Much like Italian consumer associations, the ICA and other sectorial authorities have limited resources to ensure the effectiveness of consumer rights. In addition, they may have limited access to information about an infringement. Finally, quite frankly they may have a limited interest in pursuing an infringement. To provide a clear example, the ICA has made only a very limited use of its power (and duty) to verify unfair contract terms (e.g. 14 cases in 2013; 15 in 2014; and only three in 2016).²⁷

2.2. Quasi-Public Enforcement

Articles 139 and ff. ICC assign to consumer associations a central role in judicial enforcement of consumer rights. While the ICC does not

²⁴ Art. 27, paragraph 3, ICC and art. 8, paragraph 3, of Legislative Decree no. 145/2007.

²⁵ Art. 27, paragraph 7, ICC and art. 8, paragraph 7, of Legislative Decree no. 145/2007).

²⁶ E. BATTELLI, *L’intervento dell’autorità antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in 1 *Europa e Diritto Privato*, 2014, p. 207.

²⁷ Some data are available in M. Angelone Marco, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie alla luce dell’attività provvedimento condotta dall’Agcm nel triennio 2013-2015*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 525-551.

prevent injured consumers from acting individually (under ordinary rules) or collectively (through an *azione di classe* as described *infra* at paragraph 2.3.2.), only consumer associations may file an action for injunction pursuant to Article 140 ICC and, in practice, consumer associations have been lead plaintiffs in most *azioni di classe* brought so far. The *quasi-public* aspect is further stressed by the fact that not every consumer association has standing to sue (Article 139 ICC), but only those registered with the Ministry for Economic Development pursuant to Article 137 ICC. Such a broad standing of associations confirms the historical bias of the Italian legal system towards assigning a central role to *quasi-public* actors, as opposed to the US *private attorney general* model.²⁸

Despite the broad mandate contained in the ICC, Italian consumer associations cannot and do not have the same role and importance as the plaintiff bar in the US. There are many fundamental differences between consumer associations and law firms, as the former have fewer financial resources and different economic incentives. The Italian State and local authorities provide very limited public funding to consumer associations, which mostly rely on association quotas. This in turn means that these consumer associations often have as their primary goal that of increasing their influence and visibility, if perhaps only implicitly. Thus, the ability to draw publicity is likely to be a crucial factor in selecting a case.

In addition, Italian consumer associations are required by law to be not-for-profit and do not stand to gain directly from settlements or judicial awards. Thus, they may see consumer welfare as a broader concept than the simple compensation of damages, and therefore aim at sending a signal to the entire industry or pushing for changes in current business practices. As a result, associations are less likely to pursue settlements, at least on purely monetary terms. Moreover, associations' lack of economic resources, and sometimes of adequate expertise, are obstacles to the effective pursuit of injunctive and collective litigation.

Faced with the obstacles of limited resources, limited incentive to pursue settlements, and limited expertise in this area, Italian associations have adopted different strategies with respect to enforcement. Some, like *Codacons*, have tried to exploit the new collective mechanism, filing a comparatively high number of actions and announcing potential claims for millions of Euros. Due in part to a few unsuccessful and costly attempts,

²⁸ See, S. BURBANK – S. FARHANG – H. KRITZER, *Private enforcement of statutory and administrative law in the United States*, *Int'l L.*, 2011, 3-4, p. 153 ss.; and H. BUXBAUM, *The Private Attorney General in a Global Age: Public Interest in Private International Antitrust Litigation*, in *Y. L. J.* XXVI, 2001, p. 219.

though, they have decided to focus on political and social activities, as well as joining in as victims in criminal proceedings seeking civil compensation. Others, such as *Altroconsumo*, one of the most active associations in filing suits before Italian courts under the new procedure, have been able to gradually produce classes encompassing thousands of participants. Thus, there seems to be a trend towards specialization among associations with the result that only a few organisations are effectively representing consumers in judicial collective redress with the aim of recovering economic damages. Others appear more inclined towards bringing injunctive actions pursuant to Art. 139 ICC, or provoking the intervention of the ICA or public prosecutors, as well as being generally active at the policy-making level.

a) *Injunctive relief*

Consumer associations are granted standing by the ICC and special laws to bring *quasi-public* actions aimed not at compensating damages, but at obtaining injunctive relief from wrongdoers. In such cases, the goal is not an *ex post* compensation of damages for a particular group of consumers, but rather to solve an issue *pro futuro* for consumers considered as a whole (Art. 139-140 ICC). With respect to standing, Article 140 ICC provides that '[associations of consumers and users registered before the Ministry of Productive Activities, as well as independent Italian public organisms and organisations recognised in another Member State of the European Union] have standing to act to protect the collective interests of consumers and users'. In light of our practical experience with this type of action, we note that the system of government accreditation for consumer associations provided under Art. 140 ICC is unreliable. While 'court certification' concerns the conduct of the representative in a specific lawsuit, government accreditation has resulted in generic application: the association is accredited as a 'fit representative', irrespective of the existence of an actual lawsuit.²⁹

Some lawyers or law firms are now specialised in representing consumer associations before the Courts. The ordinary rules concerning lawyers' fees

²⁹ C. PONCIBÒ, *Le azioni di interesse collettivo per la tutela dei consumatori*, in 4 *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2012, p. 659-669. In particular, the Ministry of Economic Development keeps the list of the national consumers and users' associations. The inclusion in the list is subject to the certain requirements, which are confirmed by presenting documentation conforming to the directions and procedures established by an order from the Ministry of Economic Development. Requirements include for example the number of members, the years of activity, and the presence in the country. Currently, eighteen associations are registered in the said list, and the Ministry for Production Activities updates the list annually, adding new associations.

apply and associations usually bear the litigation costs, with some very limited support from legal aid schemes.

Before applying to the Court, consumer associations are required to pursue a conciliatory procedure before the Chamber of Commerce (art. 140, paragraph 2, ICC) or before an institution regulated by art. 141 ICC. The agreement is then filed with the court, which renders it an enforceable title. If the conciliatory procedure has a negative outcome (or if 60 days have passed), the association may apply to the Court to obtain a limited set of remedies. These include: a) a prohibition order against actions harming consumers' interests; b) suitable measures to remedy or eliminate the harmful effects of any breaches; and c) orders to publish measures in one or more national or local daily newspapers where publicising measures may help to correct or eliminate the effects of any breaches.³⁰ When it grants the action, the Court specifies a deadline for compliance with the order and, upon plaintiff's request, sets a penalty between €516 and €1,032 for each instance of non-compliance or each day of delay, in proportion to the seriousness of the breach. These sums are paid to the State to finance initiatives for the benefit of consumers. There is no need to stress again that such mechanism suffers from some shortcomings, including consumer associations' limited standing, limited funding with which to pursue actions, and limited relevant legal expertise. About 25-30 cases have been reported since the adoption of these mechanisms in the ICC.³¹

b) *The action against the public administration*

Another injunctive action, commonly referred to by the misleading term of "public class action", was introduced by the Legislative Decree of 20 December 2009, no. 198. This action goes under the unwieldy name 'collective action for the effectiveness of the action of government entities and the providers of public services'. The holders of relevant identical interests, such as citizens, consumers, users, or any association, may bring such action. The action aims at protecting consumers and users against violations of quality standards related to public services, regardless of the

³⁰ Art. 139 and followings of Consumer Code implementing Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests, OJ, L 166, 11 June 1998, p. 51-55.

³¹ C. PONCIBÒ and E. RAJNERI have reported the leading cases (precisely a summary of the facts and legal arguments in English) in the Italian Report prepared for the research project on Collective Redress coordinated by the British Institute of International and Comparative Law. The Italian Report and the updates are available at www.collectiveredress.org/collective-redress/member-states.

public or private nature of the entities providing such services. This action implements the principles contained in Art. 97 of the Italian Constitution, according to which the Public Administration, and, by extension, private providers of public services, should ensure ‘quality performance’ and ‘impartiality’.

This type of action is directed at ‘restor[ing] the correct course of the administration’s duty or the correct provision of a public service’ in instances of a direct, tangible, and current violation of identical material interests of a plurality of users/consumers (Art. 1, par. 1, Leg. Decree No. 198/2009) caused by violation of:

- a) Terms and deadlines or lack of issuance of general administrative acts (but not of normative acts) which must be issued within a mandatory term fixed by law or regulations;
- b) Obligations contained in charters of services (*carte di servizi*), that is, the means through which any entity providing public services specifies the standards of its performance, declaring its goals and recognizing specific rights to citizens, users, or consumers. Through these charters, entities providing public services undertake to respect given quality and quantity standards, with the purpose of monitoring and improving the provision of such services;
- c) Quality and economic standards set, as to providers of public services, by the authorities in charge of the regulation of the sector and, as to other government entities, by the latter entities according to the applicable provisions (Art. 1, paragraph 1).

In practice, defendants may be government entities, other public bodies, and providers of public services, excluding independent administrative authorities, jurisdictional bodies, legislative assemblies, constitutional bodies, and the Presidency of the Council of Ministers (Art. 1, paragraph 1-ter, Legislative Decree No. 198/2009).

Unlike the *azione di classe*, which is brought before civil courts, exclusive jurisdiction for actions for the efficiency of the public administration lies with Italian administrative courts (Art. 1, paragraph 7). Indeed, in this context the Public Administration is not deemed to carry out civil or commercial activities (*iure privatorum*), but rather administrative activities connected to the exercise of public powers.

Procedurally, these actions may be brought only after a warning letter is served on the defendant entity, requesting compliance with its obligations and cure of its violations within a 90-day term (Art. 3, paragraph 1). Only

upon expiration of such term, and within one year, the right holder is entitled to bring an action. The statement of claim is then published on the official web site of the defendant entity, and notice thereof is given to the Italian Public Administration Minister (Art. 1, paragraph 2).

These of actions may only be brought to remove the inefficiency of the public service caused by the violation, and do not include compensation of damages (Art. 1, paragraph 6). Hence, a decision upholding plaintiffs' request will merely order the defendant to remedy its wrongdoing. Notice of the decision is then given in the same fashion as the statement of claim at the outset of the action (Art. 4, paragraph 2, Art. 1, paragraph 2).

Since the introduction of this type of action, only a few cases have been decided by Italian administrative courts, which have interpreted some of the rules governing such procedural tool.³² One of the first cases involved plaintiffs who filed suit against the Region of Basilicata, complaining that they had to physically go to the Region's offices in order to use any of the regional services. This was because the Region had not published its certified email address on its official website, as provided by law. They argued that they were unable to benefit from the advantages of digital communications, in an action brought, inter alia, by a number of single users/consumers as well as an association, *Agorà Digitale*, which represented the collective interest of 'defending digital freedom and developing internet communications to the public'.³³ The Basilicata Administrative Regional Tribunal ('T.A.R.') ultimately held that the Region's conduct amounted to a relevant violation³⁴ and ordered it to publish its certified email address on its website. However, the Tribunal issued its decision in favour of the above-mentioned association only. In fact, the T.A.R. preliminarily rejected the claims brought by the individual citizens because they failed to prove a direct, tangible, and current violation of their rights, a requirement specifically prescribed by Art. 1, par. 1, Legislative Decree n. 198/2009, which aims to prevent this type of action from being used as an alternative tool to the administrative-political control of Public Administration actions. Nevertheless, the T.A.R. granted the association's claim, acknowledging its standing to sue.

In a later decision issued by the Lazio T.A.R., the Court specified that this type of action may in principle be brought by 'associations or committees' pursuant to Art. 1, par. 4, Legislative Decree No. 198/2009.³⁵ However, under the same provision, these entities must do so with the aim

³² C. PONCIBÒ and E. RAJNERI, note 31 before.

³³ T.A.R. Basilicata, 23 September 2011, no. 478.

³⁴ T.A.R. Basilicata, 23 September 2011, no. 478.

³⁵ T.A.R. Lazio, 3 September 2012, no. 7483, in *Guida al diritto*, 2012, 40, 63.

of ‘protect[ing] the interests of [their] members,’ i.e., the holders of legally relevant interests who may be subject to a direct, tangible, and current offense caused by Public Administration misconduct. In this case, the Administrative Court held, *inter alia*, that the plaintiff consumer association would in principle have been entitled to bring the action, but it should have done so in representation of its members’ interests, specifying the title and subject matter of each claim. The Tribunal dismissed the claim because the plaintiffs had not specified these elements. The Court gave another reason for dismissal: the plaintiffs based their claims on the fact that the defendant Public Administrations did not adopt adequate measures to prevent hydrogeological risks in several different geographical areas. However, as each area was different from the others, plaintiffs failed to allege which public act was lacking in each situation. In addition, the plaintiffs described each situation only in general terms. Therefore, the Court dismissed the claim, stating that it lacked the necessary specificity of the object of judicial claims (*petitum*).

Two additional cases brought in the Lazio region, this time concerning migration issues, shed further light on this type of action. The first involved the repeated breach by the administration of the 90-day deadline³⁶ for issuing residence permits to people held in migrant detention centres. The Court deemed the application made by the migrants’ representatives admissible and with merit. In the T.A.R.’s decision, 6 September 2013, no. 8154,³⁷ the Court^{38 39} ordered the administration to ‘remedy this situation by adopting appropriate measures within one year of the notification of this judgment’. At the same time, though, the judgment stated that the administration could act in this respect using the instrumental, financial and human resources already allocated. No allocation of new or greater resources was required.

The second case concerned the failure of the Ministry of Interiors to conclude administrative proceedings granting citizenship to long-term foreign residents within the already generous statutory deadline of 730 days, as provided by law.⁴⁰ The Court, having recognized the applicability

³⁶ Article 9 of Legislative Decree of 6 March 1998, no. 267.

³⁷ M. Gnes, *L'applicazione della 'class action' pubblica in materia di immigrazione* (Comment to TAR Lazio, sez. II quater, 6 September 2013, no. 8154; TAR Lazio, sez. II quater, 26 February 2014, n. 2257, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 7, pp.734-740.

³⁸ Article 9 of Legislative Decree of 6 March 1998, no. 267.

³⁹ See note before.

⁴⁰ Article 9 of Legislative Decree of 5 February 1992, no. 91. See M. Gnes, before at 734.

of this procedural device to the breach of procedural deadlines, as well as the standing of both individual applicants and associations, partially granted the application in February 2014. The T.A.R. ordered the Ministry of Interior to remedy the situation by adopting appropriate organizational and procedural actions, again within the instrumental, financial and human resources already allocated, with the goal of respecting the 730-day deadline.

Public administrations are clearly given a privilege when compared to commercial traders, as the former is not required to compensate damages in this kind of action, while the latter may be subject to a compensatory *azione di classe*. To be sure, ultimately it could be possible to obtain compensation of damages from public entities through ordinary means (Art. 30 of the Code of Administrative Proceedings), although such avenue is undoubtedly more burdensome and not expressly designed for collective actions.⁴¹

2.3. Private Enforcement

Quite often administrative procedures for consumer protection coexist with individual and collective claims before civil courts. In general, this co-existence may be explained by relying on the concept of *redundancy*. That is the belief that duplication of enforcement mechanisms may increase the effectiveness of the system overall. The point of the ‘redundancy theory in litigation’⁴² is that, despite obvious costs, redundant enforcement may serve to further valuable legislative objectives, particularly when multiple actors can be channelled toward the same ends. In our case, redundancy aims to reduce under-enforcement of consumer rights by: multiplying the actors; avoiding the respective biases of public and private actors, problems of information and *expertise*; and overcoming the lack of resources of one or more actors (assuming they possess different resource pools).

While this approach is reasonable, the proliferation of actors in enforcement regimes may in the end escalate the level of confusion and litigation costs. Of course, the benefits of redundant enforcement will not emerge without careful institutional design, which seems to be lacking in our case. In order to explore such cases of co-existence of enforcement

⁴¹ M. GNES before note 38 at 734. See also F. PORCARI, ‘*Primi fragili spiragli per l’azione di classe contro gli enti pubblici territoriali*’ [First fragile openings for class action against local governments] (Comment to order by the Tribunal of Rome, sez. II civ. 2 May 2013, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3/2014, p. 969-977).

⁴² Z. D. CLOPTON, *Redundant Public-Private Enforcement*, in 69 *Vanderbilt Law Review*, 2016, p. 286-332.

regimes for consumer protection in Italy, the next paragraphs introduce the two other forms of consumer law enforcement: litigation and alternative dispute resolution.

2.3.1. *Consumer individual claims*

“In Italy there seems to be a sharp contrast between the law as it is written in the books and its operation in reality”.⁴³ This remark by a legal scholar in 1999 is still valid today, especially as it applies to judicial mechanisms. The Italian “machinery of justice” remains slow and inefficient⁴⁴ and the constant increase in the number of cases on each judge’s docket list has, in time, created a large backlog.⁴⁵ This endless increase, combined with a lack of resources (i.e. number of judges, court personnel, access to technology), seriously affects the average duration of civil proceedings, as clearly demonstrated by the many decisions of the European Court of Human Rights finding Italy in breach of the right to a reasonable duration of judicial proceedings.⁴⁶

In a situation characterized by the abnormal duration of civil proceedings and their uncertain outcome, consumers can quite rationally decide that the cost of attempting to secure redress is not justified if the amount involved is

⁴³ S. CHIARLONI, *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*, in A. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis, Comparative Perspectives of Civil Procedure*, (Oxford, 1999), p. 263. Resources on Italian civil procedure in English are M. CAPPELLETTI – J. PERILLO, *Civil Procedure in Italy*, 1965; V. VARANO, *Civil Procedure Reform in Italy*, 45 *Am. J. Comp. L.*, 1997, 657 ff.; S. CHIARLONI, *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*, in A. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis*, OUP 1999. See also, M. TARUFFO, *Civil Procedure and the Path of a Civil Case*, in J. LENA – U. MATTEI (eds.), *Introduction to Italian Law*, 2002 Kluwer Law International; A. COLVIN – V. VIGORITI, *Italy*, in A. LAYTON – H. MERCER (eds.), *European Civil Practice*, 2nd Thompson 2008; N. TROCKER – M. DE CRISTOFARO (eds.), *Civil Justice in Italy* (eds.), Jigakusha 2010; G. PAILLI and N. TROCKER, “*Italian Civil Procedure*”, in A. DE LUCA–A. SIMONI (eds.), *Fundamentals of Italian Law*, eds.), Giuffrè, 2014, p. 163–183.

⁴⁴ See D. MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*, Bologna, 2003.

⁴⁵ See S. BENVENUTI, *The Machinery of Italian Civil Justice*, in A. DE LUCA AND A. SIMONI (eds.), *Fundamentals of Italian Law*, Milan, Giuffrè, 2014. See, also, A. C. REYNOLDS, ‘*Dimensions of Justice in Italy: a Practical Review*’, *Global Jurist Advances*, 3/2 (2003), article 1.

⁴⁶ See G. TARZIA, *L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.; A. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002, passim; R. MARTINO, *Sul diritto all’equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo* (legge 24 marzo 2001, n. 89), in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1068 ss.; P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in 2 *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 475.

not substantially higher than the cost of litigation. This is notwithstanding the presence of the “loser pays all” rule in Article 91 of the Code of Civil Procedure, which necessarily has its own chilling effect on potential plaintiffs. Accordingly, since any defendant is fully cognizant of this fact, the threat of litigation by an aggrieved consumer is often not credible. In addition, since no or limited recoveries will be sought absent a collective enforcement action, there is a predictable and generalised under-deterrence of wrongdoings. Here, we analyse small claims courts and legal aid as elements which may remove some of the obstacles to filing judicial actions by aggrieved consumers.

According to the EC Regulation on European Small Claims Procedure, the establishment of an efficient and effective “small claims” court mechanism might contribute greatly in furthering the goal of consumer protection.⁴⁷

Within the Italian legal system, small claims (up to €5.000) are presently dealt with by the Justices of Peace (*Giudici di pace*) instead of ordinary courts (*Tribunali*). This includes consumers’ claims.⁴⁸ Typically, small claims consumer cases involve issues of commercial law, private contracts, property rights and minor personal injuries.⁴⁹ Procedure before the Justice of Peace has been designed to be simplified, with lower costs, no complex legal briefs and more lenient rules on evidence. Assistance of a lawyer, otherwise compulsory in civil procedure, is not required if the value of the dispute is below €1.100. The *Giudice di pace* should simply hear the testimony of both parties and third parties who have knowledge of the dispute, and either attempt to mediate a compromise or decide the case. The decision may be based on equitable principles, and not on a strict application of the law, if the value is below €1.100. The *Tribunali* (the first-instance court under ordinary rules) hear the appeals decisions by small claims courts, by

⁴⁷ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ n. L 199, 2007, pp. 1-22, as amended by Regulation (EU) 2015/2421 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015. However, even the EU Small Claims procedure *per se* has showed many limits and it is not as used as it could be, see EU Commission’s report of 19 November 2013 on the application of Regulation (EC) No 861/2007, available at ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_795_en.pdf.

⁴⁸ The Legislative Decree 5 has reformed the access to the role of *Giudice di Pace* in May 2017. The reform is aimed to a global revision of the status of non-professional judges and prosecutors (recruitment, functions, competence, and allowances).

⁴⁹ P. LEWIS, *The Consumer’s Court? Revisiting the Theory of the Small Claim Procedure*, in 25 CJQ, 2006, pp. 52-69.

applying the ordinary rules of civil procedure.⁵⁰ As a practical matter, not many small claim cases are appealed, as the appeal will often cost more than the amount in dispute.

The system of *Giudici di pace* addresses the problem of consumer access to justice firstly because it reduces legal costs. In any case, the system has come under strong criticism for the low level of training of *Giudici di pace* and the very limited accuracy of their decisions. Furthermore, in practice, this simplified procedure often develops into a more complex and structured procedure and is rarely a consumer able to navigate through it without the assistance of a lawyer, thereby raising overall costs.

Given this situation, one may expect that consumers are at least granted access to justice by way of some form of legal aid from the State. Italian legal aid consists of an exemption from certain costs and taxes, with the State paying other costs and diminished lawyer's fees.⁵¹ The State has the right to reimbursement and, where it does not recover the money from the losing party, it may claim repayment from the party eligible for legal aid, if the recipient wins and receives at least six times the cost of the expenses incurred, or if cases are discontinued or barred. Applicants granted legal aid may choose a lawyer from a list of authorised lawyers kept by the local Bar associations. They may also appoint expert witnesses where allowed by law. The crucial point is that legal aid⁵² is granted only to parties with a taxable income not exceeding € 9,723,84, as shown on his or her latest tax return.⁵³ Such a scheme is so limited, and the criteria so stringent, that only a few seriously indigent consumers may benefit.

In conclusion, enforcement of consumer's rights through individual judicial action, although an option on the books, is in practice not a viable route unless the damage claimed is substantial, thereby justifying the costs of defending an ordinary action.

⁵⁰ G. PAILLI and N. TROCKER, "*Italian Civil Procedure*", cited *supra*.

⁵¹ The State pays the following costs: (a) counsel's fees and expenses; (b) travel costs and expenses incurred by judges, officials and judicial officers for performing their duties outside the court; (c) travel costs and expenses incurred by witnesses, court officials and expert witnesses who incurred expenses when performing their duties are also reimbursed; (d) the cost of publishing any notice regarding the judge's ruling; (e) the cost of official notification.

⁵² President of the Republic's Decree of 30 May 2002 no. 115, Unified text of laws and regulations on judicial costs (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*), in OJ n. 139, 15 June 2002 - Suppl. ordinario n. 126 as amended.

⁵³ The income threshold is adjusted every two years by order of the Ministry of Justice to take account of variations in ISTAT's consumer price index.

In this regard, it is also worth noting that Italian lawyers do not traditionally think of themselves as ‘entrepreneurs’, but rather as institutional players whose task it is to render effective the individual constitutional right of action enshrined in article 24 of the Italian Constitution.⁵⁴ This provision entails a constitutional protection of the legal profession, thus differentiating it from other intellectual professions and granting it a specificity and a role having institutional implications. The new law regulating the legal profession, no. 247 of 21 December 2012, which has brought a few significant innovations to the organization and regulation of the legal profession, has not promoted any significant change in this mentality. Accordingly, the legal profession is to be practised “with independence, loyalty, integrity, dignity, propriety, competence and care, taking into account the social importance of defence and respecting the principles of fair and loyal competition” (Article 3(2), Law no. 247/2012).

Thus, at least nominally, legal professionals assist clients in the shadow of the public interest. This is clearly an anachronistic idea of legal practice but, with some exceptions, it still exercises a strong influence on the Bar. While in recent years a few large, entrepreneurial, and corporation-oriented Italian firms have emerged, especially in Rome and Milan, the average Italian firm is a solo practice or a partnership with a few lawyers, which does not have adequate skills or the entrepreneurial mind-set to develop an effective plaintiff Bar. This state of affairs is not only the product of an entrenched culture, but also the result of a lack of adequate incentives to encourage specialisation in mass litigation, such as the unavailability of non-economic damages in product liability cases.⁵⁵ Also relevant in this respect is the longstanding incompatibility of punitive damages with the general principles of Italian private law, entrusting to private litigation only a compensatory function. The Italian Supreme Court, as Joint Chambers (Sezioni Unite), only recently decided that a foreign judgment providing for punitive damages may be recognised under the Italian legal system, thus implicitly

⁵⁴ Article 24 of the Italian Constitution: ‘Everybody can initiate legal action to protect their legitimate rights and interests. Defence is an inviolable right at every stage and level of the proceedings’.

⁵⁵ Cass., 27 October 2004, No. 20814/2004, *P. c. U. s.p.a.*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 172. Initially, Italian Courts were refusing to grant non-economic damages in strict liability cases. This position was justified because, in these cases, no show of fault or negligence was required. Such position changed when in 2004 the Italian Supreme Court recognized for the first time the possibility of awarding non-economic damages also in strict liability cases, including for product liability, but only upon a showing of negligence on the part of the wrongdoer.

admitting for the very first time the punitive nature of civil damages.⁵⁶

Lawyer's fees, in principle open to negotiation by the lawyer and his client, are regulated by the Ministerial Decree of 10 March 2014, no. 55, which provides a minimum and maximum fee depending on the type of proceedings and the value at stake. Courts refer to Decree no. 55/2014 when awarding fees and costs to the winning party under the "loser pays all" rules (the so-called "English rule"). Nevertheless, courts quite often steer away from a rigid application of the rule, and do not require the losing defendant to pay the actual amount of a plaintiff's litigation costs.⁵⁷ Contingency fee agreements have been illegal in Italy for long time, marked as an element capable of dramatically altering the interests and incentives of the lawyer, shifting his motivation from a *quasi-public* protection of justice to a corrupt selfishness. Article 13 of Law no. 247/2012 has partially lifted this prohibition, but the new provision's ambiguity still makes it unclear to what extent lawyers are at liberty to agree to contingency fees.

2.3.2. *The failed promise of the azione di classe*

One of the fundamental transformations of Italian consumer law enforcement (and more generally of EU Consumer Law) results from the collectivization of enforcement, as an attempt to counter its fragmentation.

With respect to the Italian experience, before the enactment of the *azione di classe* in 2007-2009, the only option for litigating mass torts, besides participating as *parte civile* in criminal proceedings as discussed *infra* at paragraph 3.1, was through the joinder of parties (*litisconsorzio*). This joinder has been employed in a few cases, such as those concerning blood infection or asbestos. However, simple joinder, where each plaintiff becomes a formal party to the proceedings, is not designed, nor is it effective, to manage mass litigation.

⁵⁶ Cass. Civ., Sez. Un., 5 July 2017 No. 16601, in *Ced Cass.*, *rv.644914 (m)*. On the topic of denial of recognition of foreign award of punitive damages, see, e.g., Corte di cassazione, 19 January 2007, No. 1183/2007, *Parrott v. Società Fimez*, in 4 *Resp. civ.*, 2007, p. 373. Corte di cassazione, 8 February 2012, No. 1781/2012, *Società Ruffinatti v. Oyola-Rosado*, *Giur. It.*, 2013, p. 126. The German Federal Constitutional Court (on 24th January 2007) and the Spanish Supreme Court (on 13th November 2001) considered that foreign sentences containing punitive damages were not automatically contrary to the public order. Similarly, the French Supreme Court (on 7th November 2012) already considered punitive damages contrary to the public order only when the judgment is effectively abnormal.

⁵⁷ Third party funding is possible, since legal rules do not openly forbid it. In spite of that, the lack of statutory regulations and, even more, of any case law on the matter, puts third party funding of litigation in a sort of 'twilight zone' nobody seems willing to explore.

Discussions about the enactment of a proper collective judicial redress in Italy have been ongoing for years.⁵⁸ At the end of 2007, on the wave of the Parmalat scandal, the Parliament introduced a collective mechanism as Article 140-bis of the ICC.⁵⁹ In July 2009, before it even entered into force, the original text of Article 140-bis was replaced in its entirety with the current one, introducing a brand new ‘azione di classe’ as of January 1, 2010.⁶⁰ In 2012 a further set of amendments,⁶¹ lowered one of the admissibility thresholds. In its original structure, the azione di classe was inadmissible if the group members’ rights were not ‘identical’. These rights now need only to be ‘homogeneous’, a wider concept already developed by some courts under the previous law.

Azioni di classe can be brought by any consumer or user, or by an association or committee empowered by them. The action can only be brought for declaration of liability and compensation of damages in relation to: (i) contractual claims, including based on standard terms, against a company brought by consumers and users who are found in a similar situation; (ii) homogeneous claims by end-consumers (*consumatori finali*) related to a specific product or service against the relevant manufacturer or provider, even in the absence of a direct contractual relationship; or (iii) homogeneous claims for damages by consumers and users as a consequence of unfair business practices or violation of competition law.

At the end of the first hearing, after having heard the parties and collected summary information, the Court decides on the admissibility of the action by way of an order. An order denying admissibility may be challenged before the Court of Appeal. The azione di classe is admissible when: (i) it is not

⁵⁸ The article adopts the wording of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, OJ L 201, 26.7.2013, 60-65. For critical remarks in English on the azione di classe, see recently, R. CAPONI, *Italian ‘Class Action’ Suits in the Field of Consumer Protection: 2016 Update* (June 16, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2796611>. C. PONCIBÒ, *Forum shopping and consumer collective redress in action: the Costa Concordia Case*, in E. LEIN, D. FAIRGRIEVE, M. OTERO CRESPO, V. SMITH (eds.), *Collective Redress in Europe – Why and How?* (London, UK: BIICL 2015). R. Caponi, *Collective Redress in Europe: Current Developments of “class action” suits in Italy*, in 16 *ZZPInt* 2011, p. 61-77.

⁵⁹ Legislative Decree no. 206 of 6 September 2005, OJ 8.10.20015 no. 235 (‘Consumer Code’). Art. 2, paragraph 446, of the Law 24 December 2007, no. 244 (Financial Law for 2008). Publications discussing the old draft bill are still available, of course, and they could generate some confusion in readers less experienced with the Italian system.

⁶⁰ Art. 49 of the Law 23 July 2009, no. 99, OJ 31.07.1999 no. 176.

⁶¹ Art. 6 of the Law Decree 24 January 2012, no. 1, ratified by Law 24 March 2012, no. 27, OJ 24.01.1992, no. 19.

manifestly unfounded; (ii) there is no conflict of interest; (iii) the individual rights are homogeneous; and (iv) the plaintiff appears to be fit to represent the interests of the whole class. If the Court allows the action, it (a) defines the characteristics of the individual rights claimed within the proceedings; (b) sets terms and procedures for the most appropriate publicity; and (c) sets a mandatory term for class members express their intention to participate (the participation mechanism is strictly “opt-in”). Upon expiration of the deadline for participation, the Court hears the merits and, if it grants the claim, specifies the amount owed by the defendant to any individual consumer who joined the action. In the alternative, the judge may set the homogeneous criteria for the computation of such amount, encouraging parties to agree on the liquidation of damages. The decision on the merits may be challenged in front of the Court of Appeal, and the appellate judge has the power to stay the decision of first instance, which, as a general rule of Italian civil procedure, is provisionally enforceable. There is no provision for punitive damages or other economic sanctions.

In practice the *azione* has not been a game changer. According to data collected by the *Osservatorio Antitrust* of the University of Trento,⁶² as of January 2016 58 actions were filed in the courts of first instance, out of which 10 were declared admissible and 18 inadmissible.⁶³ Obstacles are not only intrinsic to the procedural devices, but also relate to the cultural mindset of Italian lawyers, judges and consumers.⁶⁴ The only incentive to bringing an *azione di classe*, and this is perhaps insufficient, is that the standard fees provided for by Decree no. 55/2014 for an ordinary action are tripled, ensuring at least a partial coverage of the additional costs and stakes involved in a collective litigation.

In the vast majority of the proceedings scrutinized,⁶⁵ the promoter of the *azione di classe* was a consumers’ association. Individual or closed groups of consumers promoted only a few actions, including the first *azione di classe* to be successful on the merits (regarding a travel package) and others related to water supply or failure to remove snow from the street.

⁶² The Competition Law Observatory is available at the following address: www.osservatorioantitrust.eu/it/azioni-di-classe-incardinate-nei-tribunali-italiani/ (last visited, 13 Jan 2017).

⁶³ C. PONCIBÒ and E. RAJNERI note 31 before.

⁶⁴ These aspects are examined in more detail in our *Legal Culture and Collective Redress: the Italian Experience*, ZZPInt, 2017, under publication.

⁶⁵ Despite the number of 58 actions filed according to the *Osservatorio Antitrust*, we located actual judicial orders and decisions only for 20 cases (for a total of 38 between orders and decisions, including by courts of appeal and the Supreme Court). The following analysis is based on these documents only.

Interestingly, in most cases the court of first instance initially ruled for the inadmissibility of the action, a decision then overturned by the court of appeal. This shows that the latter may be more open to understanding and applying the *ratio* of the new law than first-instance judges.

A handful of decisions by the Italian Supreme Court (*Corte di cassazione*) exists, but mostly on technical aspects, such as the possibility of appealing a declaration of inadmissibility of an *azione di classe* issued by a court of appeal.⁶⁶ However, a statement made by a Simple Chamber of the Court stands out:⁶⁷ ‘it is not appealing to conclude that the *azione di classe* is merely a *procedural form* of judicial protection of rights, alternative and equal to individual action, so that once declared inadmissible the former, the possibility to bring the latter would prevent consideration of a declaration of inadmissibility to have the content of a decision and to be final’. In brief, the Court deems it reductive to read art. 140 bis as just an alternative procedural ‘form’.

As noted by the Court, a collective action, indeed, due to the increased economic and psychological pressure that may be exerted on traders, offers plaintiffs an ‘added value’ as compared to an ordinary action. It is more persuasive, may more effectively bring compliance, and is cheaper for those who participate in it. The court also notes that the individual action has content, goals and effects that are very different from the collective action: it has a different content, because it cannot promote the protection of “collective interests”, it has different goals, because an individual action on consumer’s rights leaves the plaintiff in a position of clear disadvantage *vis-à-vis* the defendant, whereas the *ratio* of the collective action is clearly to level the playing field, implementing the rule of substantive equality of article 3, paragraph 2, of the Constitution. Such a statement from Italy’s highest

⁶⁶Cass. Civ. sez. I, 21.11.2016, n. 23631, *Intesa San Paolo S.p.A. C. G.F. e altri*, in *Diritto&Giustizia* 2016 (the order of the Court of Appeal declaring an *azione di classe* admissible cannot be appealed, because it does not end the proceedings, but on the contrary it gives instructions on its continuation); Cass. Civ. sez. I, 14.06.2012, n. 9772, *Codacons C. Soc. Intesa San paolo*, in *Foro it.*, I, 2012, p. 2304 (the order of the Court of Appeal declaring an *azione di classe* inadmissible is merely procedural and cannot be appealed to the *Corte di cassazione*, because it does not prevent to file individual actions) contrast with Cass. Civ. sez. III, 24.04.2015, n. 8433, *Codacons C. Soc. Bat Italia*, in *2 Resp. Civ. Prev.*, 2016, p. 550 (the Third Chamber of the *Corte*, disagreeing with the First chamber, submits to the Joint Chambers the question of whether an order of the Court of Appeal declaring an *azione di classe* inadmissible can or cannot be appealed to the *Corte di cassazione*). See also the *obiter* in Cass. n. 23631/2016 *supra*, disagreeing with the earlier decision of the First chamber (but different judges) n. 9772/2012. Along these lines, the chambers of the *Corte* disagree on whether a declaration of inadmissibility prevents to file again the same *azione di classe*.

⁶⁷Cass. n. 8433/2015, *supra*.

court, while “business as usual” in an American court, is a promising sign that something may be changing in the judges’ mind-set.

So far, at least four actions have reached a decision on the merits, out of which two were successful and two were dismissed. In the two successful cases, an action decided in Napoli saw around 12 of 40 participants compensated, while in an action decided in Torino the court eventually admitted only three out of 110 participants, for purely bureaucratic reasons (see *infra* in this paragraph).

As to the subject matter of these azioni di classe, the areas with more than one action (which means two or three, not ten or twenty) have been banking practices, transportation, failure to provide public services (snow, water supply, school lunches) and diesel emissions (unfair practices). Two actions unsuccessfully tried to stretch the boundaries of this judicial collective redress mechanism to reach securities claims.⁶⁸ Single actions focused on health damages from smoking, false advertising of medical vaccines, package travel, a telecommunication blackout and false advertisement of the storage space available on Samsung mobile devices.

Below we will examine a few of the more interesting cases.⁶⁹ In the first class action decided on the merits, the plaintiffs and the participants in the class (it is not clear how many) claimed that a travel agency breached their rights in relation to an all-inclusive travel package. In short, consumer bought a package specifying certain facilities and services in Zanzibar, but on arrival, was hosted for three days in a different, lesser-quality facility. They spent the rest of their holiday in the advertised resort, but it was still under construction. The Napoli Tribunal, after admitting the action, ordered the defendant to compensate each of the 12 members of the class admitted to the action a sum of € 1.300,00 (in relation to a package whose cost was € 1.950,00), and legal costs of € 8.850,00 (total for all participants).⁷⁰ It is reported that soon thereafter, the travel agency filed for

⁶⁸ Corte appello Firenze 15.07.2014, *Masciullo e altro C. Monte dei Paschi Siena* (2015) 9, I Foro it. 2778; see L. Iacomini, ‘Azione di classe e tutela degli azionisti’ (2015) *Giur. It.* 89-95. The other is Tribunale di Genova, 13.06.2014, *Comitato Tutela del Risparmio v. Banca Carige Spa*, available at www.osservatorioantitrust.eu/it/wp-content/uploads/2014/06/Ord-Trib-GE_Comitato-c-Carige-2014.pdf (last visited 13 Jan 2017).

⁶⁹ As the reader surely knows, the Italian legal system does not apply the doctrine of binding precedent, and hence previous decisions are not binding. They may well have a persuasive value, especially if coming from the Supreme Court or a well-reputed lower court. See, e.g., M. TARUFFO and M. LA TORRE, ‘Precedent in Italy’ in D. N. MACCORMICK and R. S. SUMMERS (eds) *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997).

⁷⁰ Tribunale Napoli sez. XII 18.02.2013 n. 2195, *M. v. W.*, in 12 *Guida al diritto*, 2013,

bankruptcy. The court adopted a quite restrictive notion of homogeneity, requiring that both the *an* and the *quantum* of damages be identical. It, therefore, excluded from the class around 30 consumers who were hosted in a different structure because their damages were found not to be identical as to the *quantum* (and, additionally, due to the lack of evidence that such facility was inadequate).

In the second class action to reach a decision on the merits, promoted by the reputable consumer association Altroconsumo, the Torino Tribunal found that a bank had in fact inserted unfair terms in its contracts, but rejected most of the 104 class participants due to a defect in their participation documents.⁷¹ The Tribunal required each participant's signature to be authenticated by a public officer, but many participants failed to do so.⁷² As a result, the Tribunal granted the claim of the three "named" plaintiffs and of only three out of 104 class participants, ordering the bank to pay sums between € 50,00 and € 430,00 and legal costs of € 36.000,00. The Court of Appeal recently confirmed the decision.⁷³

Following the renowned Dieselgate scandal, the consumer association Altroconsumo launched two actions (Art. 140-bis) against car manufacturers in Italy. The first is against Fiat Chrysler Automobiles in Torino, where the Court of Appeal, with a very well-reasoned decision, overturned the Tribunal's order of inadmissibility and directly admitted the action, mandating the Tribunal to carry out the merits phase.⁷⁴ Altroconsumo claims that it filed 21.031 declarations of participation with the Tribunal.

The second action, against Volkswagen, was filed before the Venice Tribunal. As in the Torino case, at first the Tribunal declared the action inadmissible.⁷⁵ The judge rejected, in a well-written opinion, all defences

p. 16.

⁷¹ Tribunale Torino 10.04.2014, *Gasca et al. v. Intesa Sanpaolo* in *Foro it.*, I, 2014, p. 2618: «the bank that after August 15, 2009 [date of entry into force of class action] has applied overdrawn fees in consumers' bank accounts, pursuant to contractual terms that are void, must be ordered to return to the plaintiffs and all legitimate participants these undue sums».

⁷² In the specific case, such a requirement was specified in the order of admissibility. Regardless, we hope that no other court will ever impose such a cumbersome procedure: bringing an *azione di classe* is already hard enough without this judge-made addition.

⁷³ Corte di appello Torino, 30.06.2016, *Gasca et al. v. Intesa Sanpaolo*, available at https://www.altroconsumo.it/organizzazione/-/media/lobbyandpressaltroconsumo/images/in-azione/class-action/intesa%20sanpaolo/sentenza%20corte%20appello%202016/sentenza%20nella%20causa%20civile%20d'appello%20r,-d,-g,-d,-%20n,-d,-%201505_2014.pdf (last visited 13 Jan 2017).

⁷⁴ Corte d'appello di Torino, 17.11.2015, *Altroconsumo v. FCA* (2016) I *Foro it.*, 1017.

⁷⁵ Tribunale di Venezia, 12.01.2016, *Vighenzi v. Volkswagen*, available at <https://>

raised by Volkswagen, but then mistakenly concluded that the evidence submitted by plaintiff was not enough to support the claim, and thus declared the action inadmissible as manifestly ungrounded. The Court of Appeal, following the Torino Court of Appeal's decision in *Altroconsumo v FCA*, criticized the Tribunal for confusing the admissibility and the merits phase, admitted the group, and referred the parties back to the Tribunal for a continuation of the proceedings on the merits.⁷⁶

While we are far, far away, from the speedy and billion-dollar settlements that Volkswagen reached in the US for the same scandal, both actions are a sign that something is slowly starting to change on the playing field. With respect to Dieselpgate, there is also an ongoing criminal investigation by the Verona public prosecutor's office, and other consumer associations (e.g., Codacons, Adiconsum and Federconsumatori), are gathering potential victims for participation in the criminal proceedings.

3. *Integration of Public and Private Enforcement*

3.1. *Consumer claims in criminal proceedings*

Enforcement of consumer rights may also be the result of an integration between enforcement mechanisms. We provide two examples of integration: the traditional case of a consumer claim brought before a criminal court and the more recent consumer follow-on action, i.e. an action following an administrative decision of the ICA.

Over the last two decades or so, wronged consumers have advanced a significant number of cases of mass torts by joining criminal proceedings and seeking compensation of individual damages as *parte civile* (i.e., a civil claim brought by a harmed individual inside the criminal trial), an institution influenced by the French Code of Criminal Procedure.⁷⁷

www.altroconsumo.it/organizzazione/-/media/lobbyandpressaltroconsumo/images/media-e-press/comunicati/2016/consumi%20bugiardi%20ricorso%20altroconsumo%20tribunale%20ve%20non%20ammette%20class%20action/ordinanza%20tribunale/ordinanza%20tribunale%20ve%202012_01_2016.pdf (last visited 13 Jan 2017).

⁷⁶The Press Release is available at https://www.altroconsumo.it/organizzazione/-/media/lobbyandpressaltroconsumo/images/in-azione/classaction/fuel%20consumption%20volkswagen/ordinanza/ordinanza%20corte%20appello%20venezia%20class%20action%20vw%20ammessa%2017_06_2016.pdf (last visited 13 Jan 2017).

⁷⁷ N. COGGIOLA, M. GRAZIADEI, *The Italian 'Eternit Trial': Litigating Massive Asbestos Damage in a Criminal Court*, in WH VAN BOOM, G WAGNER (eds), *Mass Torts in Europe. Cases and Reflections, Tort and Insurance Law*, De Gruyter 2014, vol. 34, p. 29 fs.

By way of a brief introduction, in Italy enforcement of criminal laws falls entirely under the monopoly of public prosecutors (*Pubblico Ministero*), who have not only the power, but also the duty, to bring criminal charges. For more serious criminal offences, the public prosecutor must investigate *ex officio* under Article 112 of the Italian Constitution and Article 50 of the Italian Code of Criminal Procedure (CPP). Minor crimes require a complaint filed by the injured party, but then are subject to mandatory investigation and prosecution.

Victims of a crime may choose to pursue their claims for compensation in a civil action, or as part of the criminal proceedings. The choice depends upon a plurality of factors. For example, a private party may benefit from the pervasive investigative powers and technical expertise enjoyed by public prosecutors, but on the other hand, the standard of proof is higher (“beyond any reasonable doubt” *in lieu* of “more probable than not”) and the management of a criminal case lies largely in the hands of the public prosecutor.

If the civil action is brought within criminal proceedings, the *parte civile* has autonomous powers to bring evidence and to assist the prosecutor in proving the defendant guilty. The *parte civile* can, for instance, inspect and produce documents, call and cross-examine witnesses at trial, and present its own conclusions to the court. When the civil action is brought within criminal proceedings the court is empowered to award compensation under Article 185 of the Criminal Code, stating that ‘Every crime requires restoration according to civil law. Every crime which has caused patrimonial or non-patrimonial damage obliges the perpetrators and the persons who, according to the civil law, are responsible for his or her actions to pay compensation’.

Somewhat surprisingly, notwithstanding the various enforcement mechanisms described in this paper, including the *azione di classe*, damage claims by consumers continue to be lodged in criminal proceedings. Criminal proceedings are certainly not designed for mass torts, and there are many wrongs that do not meet the threshold of a criminal offence. Regardless, in a way, criminal proceedings still play an important role in the enforcement of consumer rights, acting as a substitute for collective redress. To name but one, a widely known mass tort case pursued through criminal proceedings is the 2007 crack of Parmalat (the infamous financial scandal that also gave momentum to the introduction of the *azione di classe* in Italy), in which thousands of investors joined criminal proceedings as formally individual *parti civili*.

Such a confirmed role of the criminal component shows a strong cultural resistance on the part of Italian lawyers and judges, who prefer to

utilize well-established, traditional mechanisms. In addition, the *azione di classe* has so far failed to conquer the “market” for enforcement of consumers’ rights.

3.2. *Follow-on consumer actions*

Administrative actions and civil claims may show a certain degree of interdependence in cases involving follow-on consumer actions. These actions are still uncommon in Italy. At present the ICA mainly issues administrative pecuniary sanctions (fines) against the wrongdoers to enforce some of the rights granted by the Consumer Code,⁷⁸ but then follow-on individual or collective actions by consumers claiming damages rarely follow the ICA’s decisions.⁷⁹ The same applies when consumers have suffered a damage for a breach of Competition Law sanctioned by the ICA.⁸⁰

The Supreme Court stated in several decisions that fact findings contained in the final decisions of the ICA must be considered privileged evidence (*prova privilegiata*). In one of these precedents, the Supreme Court added that a final decision of the ICA should have the effect of switching the burden of proof against the defendant. Because of the high evidentiary value attached to the administrative decision by the courts, the claimants usually wait to file a damages action until the decision becomes final.⁸¹ If an ongoing investigation of the ICA or an appeal before the Administrative Court is pending, it is likely that the court will suspend the follow-on proceedings to avoid inconsistent outcomes between the two proceedings. The rules governing the *azione di classe* expressly provide power to the court to suspend the civil proceedings in case when an investigation is pending

⁷⁸ Similarly, the Office of Fair Trading can file for injunctive relief with regard to unfair terms in consumer contracts. See: Regulation 8 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994; Regulation 12 of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999; Part 8 of the Enterprise Act 2002. OFT, Enforcement of consumer protection legislation, Guidance on Part 8 of the Enterprise Act, Office of Fair Trading (2003) 18 ff., p. 76 f. Usually, the threat of OFT seeking an order is sufficient to prompt businesses to change their general clauses.

⁷⁹ See *supra* para. 3.1.

⁸⁰ See Legislative Decree of 19 January 2017, no. 3 implementing the Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions and especially art. 7 of follow-on actions (see also *supra* para. 3.1.).

⁸¹ A. DAVOLA, *Oltre il “private enforcement”: l’ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2015, pp. 677-684. A. FRIGNANI, *La cassazione prosegue l’erosione del diritto di difesa nelle cause risarcitorie antitrust follow on*, in *Dir. e fiscalità assicuraz.*, n. 1/2013, p. 291.

before the ICA (see before).

Turning now to a specific example of consumer follow-on actions, in 2013 a group of tribunals and courts of appeal rendered judgments on cases arising from a price-fixing conspiracy among insurers in the third-party auto liability market.⁸² Consumers made claims by following on a decision of the ICA. In these cases, the courts awarded damages based on a fair estimate of the overcharge paid by plaintiffs, amounting to 20 per cent of the total premiums (such percentage was held to correspond to the premiums' average annual price increase during the existence of the cartel, according to the Authority).

In particular, the Court of Cassation (judgments No. 2207/2005 and No. 2305/2007⁸³) stated that by its very nature Italian Competition Law is intended to *protect anyone*, including consumers, whose interests may be affected by antitrust infringements. Individual consumer actions must be brought before the competent judicial section specialised in company law, whereas, pursuant to article 140-bis of the Consumer Code, the *azione di classe* brought by consumers and, more often, their associations, falls within the jurisdiction of the courts of the main Italian judicial districts, based on the location of the defendant company's registered office.⁸⁴

While follow-on actions remain rare, two recent proceedings filed in the Dieselgate scandal, both drawing a larger participation by allegedly injured consumers, seem to cautiously open the way for further promising developments.⁸⁵

⁸² Precisely: Salerno Court of Appeals, 20 December 2008, upheld by Court of Cassation No. 8091/2013; Naples Court of Appeals, 30 March 2007, upheld by Court of Cassation No. 8110/2013.

⁸³ Cass. civ. Sez. III, 2 February 2007 No. 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1097, comment by A. PALMIERI, R. PARDOLESI.

⁸⁴ Legislative Decree No. 3 of 2017 has recently implemented directive 2014/104/EU on actions for damages under national and EU competition law (the Damages Directive). According to article 10 of the 2017 Legislative Decree, whoever suffers damages from an antitrust infringement, irrespective of whether they are direct or indirect purchasers from an infringer, may bring a private antitrust action. G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, pp. 9-36. Domestic civil courts' ruling already refer in their rulings to the principles established by the Damages Directive (e.g. Corte di cassazione No. 11564/2015). See, M. CASORIA – R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, in *Foro it.*, 2015, I, 2752.

⁸⁵ The relevant case-law is discussed in paragraph on the *azione di classe*.

4. *Dispute Settlement: Non-judicial mechanisms*

In this paragraph we underline the rise of ADR for consumers and support the idea that ADR is not an alternative to consumer enforcement or to litigation, but an additional tool to be used in conjunction with public and private enforcement mechanisms (in this regard, see also our conclusions).

In the last several years, Italy has developed a comprehensive scheme of ADR that revolves around a mediation law (encompassing voluntary and mandatory mediation) and certain consumer-specific schemes. Such schemes include mandatory conciliation for dispute between users and telecommunication providers (*Corecom*); the voluntary scheme of the Financial and Bank Arbitrator (*ABF*);⁸⁶ a Bank Ombudsman (*Giurì Bancario*); and the conciliation attempt provided by art. 140 ICC, Arbitration of consumer matters is not encouraged and in general is not legally admissible.⁸⁷ Public or quasi-public institutions (e.g. providers related to local public entities, chambers of commerce, bar associations) administer most ADR mechanisms. ADR by private providers is relatively less developed.

Some have rightly criticised the Italian approach of considering ADR mainly as a tool to reduce the courts' caseload and thereby cut the duration of typical court proceedings.⁸⁸ Wagner especially criticizes the European move toward ADR as a method of law enforcement (as opposed to voluntary conciliation).⁸⁹ At the same time, in a court system that is plagued with long delays and enormous backlogs, mandatory ADR schemes have the potential to facilitate a cultural shift and, in the end, improve access to

⁸⁶ G. FINOCCHIARIO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012; see, also, C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione convenzionale*, in M. RUBINO SAMMARTANO (ed.), *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, pp. 1229 fs.; M. MARINARO, *Arbitrato bancario e Consob senza avvocato*, in *Guida al diritto*, 2013, p. 105.

⁸⁷ See, e.g., the decisions of the CJEU in cases C-240/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Roció Murciano Quintero*, 2000 E.C.R. I-4941; C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, 2006 E.C.R. I-10421 and C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Gyrfi*, 2009 E.C.R. I-4713. See H. MICKLITZ–F. CAFAGGI, *Collective enforcement of consumer law: a framework for comparative assessment*, in 16 *ERPL*, 2008, 391, 400–01 for the treatment of arbitration clauses in consumer contracts in some Member States.

⁸⁸ See, e.g., M.A. LUPOI, *Recent developments in Italian Civil Procedure Law*, in *Civil Procedure Review*, 2012, p. 41.

⁸⁹ G. WAGNER, *'Private law enforcement through ADR: Wonder drug or snake oil?'*, in 51 *Common Market Law Review*, 2014, pp. 165–194.

justice, while at the same time ensuring that disputants are able to timely resolve their disputes.

However, and despite certain notable results in specific areas (such as telecommunications, see *infra* in this paragraph), there appears to be a misunderstanding on the part of the Italian legislator as to the basis of the growing trend toward ADR. As noted, ADR schemes are not designed to promote the enforcement of rights, but are instead aimed at the composition of disputes. Hence, they should be viewed and offered to the public not as a substitute for public or private enforcement, but rather as an alternative to be pursued, sometimes with more convenient or effective results, other times less so. The existence in the background of an effective and comprehensive public and private enforcement system does not detract from or displace ADR, but instead makes it more effective because both parties, and especially defendants, are made aware that if ADR fails, there is an effective enforcement mechanism that will step in.

Although in our view alternative dispute resolution does not strictly speaking participate in the *enforcement* of consumer law, it is nonetheless a valuable tool for resolving disputes, including serial disputes, as some examples discussed below clearly show.

The Legislative Decree of 4 March 2010, no. 28, defines mediation as an activity carried out by a neutral and impartial third-party, the professional mediator, with the aim of assisting two or more parties in reaching an amicable agreement for the resolution of a dispute, including by making use of forms. As for the mediator, the law specifies that he has no power to adjudicate the dispute or render binding decision for the parties (art. 1, paragraph. 1, letts. a and b).

Following the guidelines and the language of EU Directive 52/2008, the same Art. 1, in its paragraph. 1, lett. c, clarifies that mediation and conciliation are considered not as two different types of ADR, but rather as, respectively, the proceedings which parties go through to solve their dispute and the result of such proceedings. Conciliation is defined as the positive result of mediation, the agreement which eventually settles the dispute between the parties.

While most Italian mediation law is EU-derived, the country went further by implementing a mechanism of mandatory pre-trial mediation designed to operate in an extensive area of civil and commercial matters (insurance,⁹⁰

⁹⁰ Actions for compensation for damages caused by motor vehicle accidents are now exempted by the mandatory pre-trial scheme. In these cases, before going to court, victims are required to file a request for compensation with the insurance company. The insurance company has a duty to examine the request and formulate a proposal for compensation

finance and banking contracts, property law, medical malpractice,⁹¹ tenancy, wills and successions, and others).⁹² The scheme is currently regulated by the law of August 9, 2013, no. 98, which converted with modifications and amendments Law Decree no. 69 of June 21, 2013, and introduced a new set of rules regulating and promoting the use of mediation in civil and commercial matters, with a particular focus on mandatory pre-trial mediation. The new legislative framework directly amended essential aspects of the provisions of Legislative Decree no. 28 of March 4, 2010, in force from March 2011 to December 2012.⁹³ As to numbers⁹⁴ (including both mandatory and voluntary mediation), in 2016 some 183.000 mediation proceedings were filed, and 173.000 concluded, with an overall success rate of around 26%. Across the years, mediation mandated by a judge during judicial proceedings (in cases where mediation was not a mandatory pre-trial attempt) has risen sharply from 700 cases in 2011 to 19.128 cases in 2016, but with a low success rate (only 15%). This is a sign that judges are paying greater attention to mediation, but perhaps mainly as a way of easing their

or explain why it cannot make such offer (for instance, because the damaging party is not insured with that company). Before being able to commence an action, a party has to wait sixty days (ninety in case of damages to persons) since receipt by the insurance company of such request (Arts. 145 ff. of Legislative Decree no. 209/2005). G. Gallone, *La mediazione in materia di R.C.A.*, in *Arch. giur. civ. e sin.*, 2011, pp. 374 ff.

⁹¹ Under the new law of 8 March 2017, n. 17, medical malpractice is now subject to a mandatory pre-trial medical expertise and conciliation attempt (art. 696-*bis* of the Italian code of civil procedure).

⁹² See G. PAILLI - N. TROCKER, *Italy's new law on mediation in civil and commercial matters*, in 18 ZZPInt, 2013, pp. 75–102. The mandatory scheme does not apply to certain proceedings, such as petitions for provisional measures, orders of payment, or the first phase of eviction procedure.

⁹³ The Italian Constitutional Court, finding that the Government had exceeded the legislative powers delegated by the Parliament, partially quashed the previous law, and specifically the rules providing for mandatory pre-trial mediation for certain categories of claims. For comments and analysis of the previous regime, M. MARINARI, *Italy*, in G. DE PALO – M.B. TREVOR (eds.), *EU Mediation Law and Practice*, OUP, 2012; I. QUEIROLO – L. CARPANETO – S. DOMINELLI, *Italy*, in *Civil and Commercial Mediation in Europe. National Mediation Rules and Procedures*, Intersentia, 2013, pp. 252–279. In comparative perspective, A. DE LUCA, *La mediazione in Europa. Una questione di cultura e non di regole*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, pp. 1451–1481, and the contributions in N. TROCKER – A. DE LUCA, *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze Univ. Press, 2011. A case is currently pending before the CJEU on whether the Italian regime is compatible with the Directive 2013/11/EU on consumer ADR, especially where the Italian law provides for compulsory representation by a lawyer when the pre-trial attempt is mandatory.

⁹⁴ All numbers are taken from the 2016 Annual report on mediation in civil matters prepared by the Ministry of Justice and available at webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/forms/mediazione.aspx (also in English language).

overcrowded dockets. Around 20% of all mediation proceedings started are in banking matters, of which only 7% reached an agreement, signalling that mediation in this area is largely ineffective. This contrasts with other areas such as property law, tenancy and wills and succession, where the success rate is around 30%. As to the value of the dispute, the success rate is higher, more than 30%, when the matter at stake is valued between € 1.000 and € 10.000, and gradually decreases reading 7-9% when the matter is valued at € 500.000 or more.

Several statutes concerned with the protection of consumers promote experiments with various other forms of ADR services resorting to institutions like the Banking Ombudsman set up by private institutions, or to conciliation/arbitration procedures set up by the Chambers of Commerce, managed by professionals within the Chambers, not necessarily with the assistance of lawyers. One of the most successful examples is represented by the mandatory pre-trial conciliation procedure in telecommunications, delegated by the ICA to the “Corecom” (one for each Region). Before bringing an action against a telephone or Internet services provider, consumers (and traders) must file a complaint with the regional Corecom, where an attempt to conciliate the dispute is made. The scheme does not provide for compensation of damages suffered by the user, but the provider may write off debts and offer a sum of money (usually small) as partial indemnification. If the attempt fails, the parties are free to go before a judge or request the Corecom to issue a decision on the matter. The success rate of this procedure is reported at 78-79% over around 90.000 complaints, with an overall €32 million of indemnification to users.⁹⁵ Some Corecoms are switching to online platforms. With less impressive numbers, but still a very high success rate of 81%, the Italian Authority for Energy provides for an online conciliation procedure that helped settling some 3.174 disputes from 2013-2016.⁹⁶

Notwithstanding the numerous legislative initiatives, the development of a true ADR culture still faces significant restraining factors in Italy, as it does in much of Continental Europe: namely, the widespread perception that judicial intervention remains the normal way to dispose of civil controversies.

The most recent legislative addition is the Legislative Decree of 6 August 2015, no. 130, which implemented Directive 2013/11/EU of the European

⁹⁵ See, e.g., the Annual Report prepared by the ICA for 2016, available at www.agcom.it/relazioni-annuali

⁹⁶ See the details at the official website at www.autorita.energia.it/it/consumatori/conciliazione.htm.

Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes.⁹⁷ The Decree included new provisions (Arts. 141ff.) in the ICC establishing a homogeneous legal framework for consumer ADR with a view towards encouraging domestic and cross-border amicable settlement of consumer disputes, both online and in traditional settings. The law also describes the requirements for institutions to be registered as authorised ADR providers and specifies that in such procedures consumers do not need the assistance of a lawyer. The procedures envisaged by the new Decree are voluntary (i.e. a legal action may be commenced even if the procedure has not been previously attempted), but when a request for ADR is filed, the statute of limitations is interrupted, avoiding the risk that participating in the ADR procedure may result in a forfeiture of a consumer's rights. It is expressly stated in the Decree that certain earlier provisions, such as the mandatory mediation requirement of Legislative Decree 28/2010 discussed above, prevail over the new voluntary scheme. Although it is too early yet to assess the impact of the new mechanism, it is noteworthy that the Decree provides for an extensive collection of statistical data by the Government, allowing close monitoring of the development of the new scheme.

Despite the general remark that institutional ADR is not being commonly offered by private providers, we should also underline here the growing importance of ODR contract-based schemes offered by large Internet platforms such as eBay, Amazon and others.⁹⁸ To be sure, this is hardly a country-specific phenomenon. For the sake of saving space, we focus on only one example. As it is well known, eBay puts potential sellers in contact with prospective buyers or bidders. Each player has a rating of good (green) or bad (red) opinions from previous transactions. Publicity and reputation are a very important currency in order to keep making deals on eBay. Naturally, certain deals may go wrong, but to increase customer satisfaction, eBay long ago introduced a system of dispute resolution as part of its service. The way this system works is fascinating. Quoting from eBay material: "*Many problems are misunderstandings that can be worked out when members talk to one another. The first thing we recommend is for the*

⁹⁷ See O. DESIATO, *Le politiche dell'unione europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di adr per i consumatori*, in 5 *Resp. civ. prev.* 2016, p. 1793.

⁹⁸ See, E. KATSH ET AL., *E-Commerce, E-Dispute, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law"*, in 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 1999-2000, p. 795 fs. O. EINY-E. KATSH, *Technology and The Future of Dispute System Design*, 17 *Harv. Negot. L. Rev.*, 2012, p. 151.

buyer and seller to communicate.... If you aren't able to work things out after communicating with your buyer or seller, you can contact us. You'll be able to open a case, and track the steps that are being taken to resolve a problem. If the buyer and seller can't come to an agreement, eBay may decide the case. eBay may issue a refund, reverse a sale, or require the buyer to pay for an item.”⁹⁹

A few interesting observations may be drawn here. Firstly, the mechanism does not necessarily entail the participation of a third party. The parties are encouraged to talk to each other through the Resolution Centre and their written conversation is recorded. This may resemble a 21st century version of tribal dispute resolution mechanisms where disputants are confined to a hut just outside the village and requested to stay there until they work out their dispute, without the intervention of a third party, but under the eyes of the entire village. Only if such attempt fails eBay (the third party) gets involved in additional attempts to mediate, eventually making an adjudication (or better, giving a remedy). Importantly, this remedy does not appear to be necessarily based on the law.

Two elements should not be overlooked. First, generally these are disputes of a certain and serial kind. It is always a sale and either the object is lost or defective or there are payment issues. Second, parties are recurring players and part of a continuing relationship, not necessarily with each other, but with eBay and its community of buyers and sellers. Every player has a strong interest in abiding by eBay's decision, maintaining her reputation, and thus being allowed to stay on the market.

As specific as such system may be, there are many other areas in which a similar system could and does work, e.g., when there is a large website with many players interested in staying on the platform and maintaining their reputation. It is also a sign that technology is emerging as a powerful force in the context of dispute settlement, both in providing a promising tool as well as in eroding traditional schemes.

⁹⁹ See the quotation at pages.ebay.com/help/buy/role-of-eBay.html (last accessed October 4th, 2017).

5. Conclusions

From a comparative perspective, «*there seems to be a growing trend towards enforcement through consumer agencies (...)*», in the jurisdictions concerned by the *Questionnaires*. «*The mushrooming of regulatory agencies in sectoral fields has Member States to merge regulatory agencies across sectors (telecom, energy) or across fields of law (competition, consumer law) or even sectors and fields*»¹⁰⁰.

The Italian experience seems to confirm such trend. On the one hand, the ICA addresses different issues across various fields, although *ex ante* and *ex post* consumer protection still lies in the hands of a number of regulatory agencies. We noted that this is particularly the case with consumer associations and injunctive relief. On the other hand, the *azione di classe* remains a failed promise not only due to certain procedural shortcomings (i.e., limited standing, certification issues), but also because of the cultural resistance of the main actors in the field (i.e., associations, lawyers, judges).

Italy shares the trend of the 34 jurisdictions considered in the Draft General Report in failing to paint a clear picture of the various avenues of enforcement, whether individual and collective, administrative, judicial or through consumer ADR.¹⁰¹ The new enforcement landscape of consumer law include novel enforcement mechanisms and remedies: an increased involvement of private actors in the enforcement system though, *inter alia*, collective redress mechanisms (e.g., the *azione di classe*); the rise of administrative enforcement (e.g., the new role of the ICA in the field of unfair terms in consumer contracts); and the push towards ADR for consumers.

These changes transcend the public-private divide, and are driven by *pragmatic considerations* of finding effective enforcement techniques. Two authors wrote in this respect that ‘*we will lose some cherished features but gain some advantages. Some new options might be faster and cheaper but threaten some pre-existing values. Nothing is ever perfect. Innovation is disruptive*’.¹⁰²

With respect to the Italian situation, we note, specifically, that the traditional view of *exclusivity and complementarity* between the public enforcement and private enforcement mechanisms is too simplistic as a

¹⁰⁰ See Note 1 *supra* and, in particular, the conclusions of the Draft General Report at tc.iuscomparatum.info/tc/wp-content/uploads/2016/09/Draft-General-Report-Enforcement-and-Effectiveness-of-Consumer-Law-MICKLITZ-SAUMIER-Montevideo-2016-.pdf

¹⁰¹ Notes 1 and 2 before.

¹⁰² C. HODGES and N. CREUTZFELDT, *before* at 133.

conceptual tool in describing such processes. The ongoing processes of *co-existence and integration* are transforming the enforcement of consumer rights. While the first brings us towards *redundant* consumer law enforcement, characterized by the duplication of actors and mechanisms, the second remains *underdeveloped* in the Italian legal system. In our view, the process of integrating public and private mechanisms seems to be preferable because it avoids the risk of designing a costly and confused enforcement landscape for consumer rights.

The above-mentioned changes in the methods and players have in turn produced a fragmentation of enforcement. In other words, the overlapping enforcement regimes and their blurred boundaries create a risk of a more confounding and costly enforcement landscape. Fragmentation results, for example, from various public and private enforcement mechanisms being applied simultaneously in the same area (as in the case of co-existence), or being an integrated public-private regime. It is questionable to what extent the new enforcement scenario, characterized by the complex interplay between multiple actors and enforcement techniques, can offer adequate protection to individual rights. More specifically, there are grounds to be sceptical about the potential of ADR and ODR mechanisms to ensure substantive consumer protection under the rights granted by EU legislation.¹⁰³

The emergence of a variety of enforcement mechanisms gives rise to the question of how they all relate and should relate to one other. An example is the follow-on consumer action: private enforcement of consumer rights was initially seen as *an alternative to* public enforcement. In practice, however, 'follow-on actions' rely on the previous decisions of the ICA: their success depends to a significant degree on the effectiveness of the public enforcement.

At present, a coherent consumer protection enforcement structure is still missing. The varied mix of enforcement instruments is here to stay, challenging scholars to chart a new course, conceptualizing and critically assessing the transformed system beyond the confines of specific sectors, jurisdictions or disciplines, all with the aim of *integrating public and private enforcement mechanisms* so as to address current shortcomings for the realization of consumer justice.

¹⁰³ H. EIDENMÜLLER and M. FRIES are highly sceptical about the potential of ADR and ODR mechanisms to ensure such protection to substantive consumer rights granted by EU legislation. See their Chapter *Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe*, in HANS-W. MICKLITZ, A. WECHSLER, *The Transformation of Enforcement European Economic Law in a Global Perspective*, 2016, Hart, p. 113.

Abstract

The paper aims to provide, in a comparative perspective, an analysis of the transformation of enforcement mechanisms for consumer protection under Italian Law. The analysis confirms that consumer protection relies on a variety of public, quasi-public and private enforcement mechanisms being subject to processes of co-existence and integration. We also propose to consider alternative dispute resolution separately from enforcement mechanisms, as an additional tool and not a substitute to enforcement. The purpose of our analysis is to provide an overarching view of the enforcement structure in this field and to stress the need to design an integrated enforcement system for consumer protection.

*Intermediazione digitale e composizione delle controversie:
dall'Alternative Dispute Resolution all'Alien Dispute Resolution*

SOMMARIO: 1. Premessa e percorso dell'indagine. – 2. Il modello debole del ruolo mediativo-compositivo degli intermediari digitali. – 3. Il modello forte del ruolo mediativo-compositivo degli intermediari digitali. – 4. Il modello fortissimo del ruolo mediativo-compositivo degli intermediari digitali. – 5. Conclusioni. – 5.1 Sistemi reputazionali e ODR delle online platform. – 5.2 ODR e tutela dell'utente consumatore nei confronti dell'intermediario digitale. – 5.3 Peculiarità dei sistemi ODR degli intermediari digitali: dall'Alternative Dispute Resolution all'Alien Dispute Resolution.

1. *Premessa e percorso dell'indagine*

Internet access and service provider (ISP); *data processing and web hosting provider*; gestori di motori di ricerca e portali; intermediari di commercio elettronico, gestori di *online payment*, sono tutti soggetti che, nella loro diversità, vengono convenzionalmente identificati con la locuzione “*digital intermediaries*”. I servizi offerti, spesso integrati tra loro, vanno dalla messa a disposizione di piattaforme digitali alla raccolta, organizzazione e trasmissione di informazioni di vario genere, dalla facilitazione dei processi di mercato (con particolare attenzione all'incontro tra domanda e offerta di beni e servizi) alla ideazione e gestione di sistemi reputazionali (basati su *feedback*, *rating*, *peer review*).

Leggendo il fenomeno con le griglie concettuali dell'economia, il modello proposto dalle piattaforme *online* è quello del mercato a due o più versanti (*two-sided* o *multi-sided market*)¹ in cui l'impresa svolge una

* Professore associato di diritto comparato presso l'Università di Palermo

¹ J. ROCHET, J. TIROLE, *Platform competition in two sided markets*, 1(4) *J. Eur. Econ. Assoc.* 990, 2003; D.S. EVANS, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, 20(2) *Yale J. on Reg.* 325, 2003; B. CAILLAUD, B. JULLIET, *Chicken & egg: competition among intermediation service providers*, 34(2) *Rand J. Econ.* 309, 2003; B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Competing cybermediaries*, 45(4-6) *Eu. Econ. Rev.* 797, 2001; D.S. EVANS, R. SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, in *Coase-*

funzione di “*marketplace*” fra gruppi interdipendenti di agenti economici (venditori e acquirenti, proprietari di alloggi e ospiti, fornitori di servizi professionali e clienti, ecc.) e ciò al fine di garantire una migliore interazione tra le parti e facilitare il coordinamento tra domanda e offerta.

Il fenomeno dell’intermediazione digitale è stato oggetto di indagine ed approfondimento da diversi punti di vista: tutela della libera concorrenza², protezione del diritto d’autore³, della *privacy*⁴, nonché responsabilità

Sandor Working Paper Series in Law and Economics, 2012, chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics; B. JULLET, *Competition in Multi-Sided Markets: Divide and Conquer*, in 3(4) *Am. Econ. J. Microeconomics* 186, 2011; M. RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, 23 *J. Econ. Perspectives* 125, 2009; G. DEMANGE, D. GALE, *The Strategy Structure of Two-Sided Matching Markets*, 53 *Econometrica* 873, 1985.

² M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Online platforms, competitions rules and consumer protection in travel industry*, in 1 *EuCML* 75, 2016 (in italiano, Id., *La intermediazione online e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in questa *Rivista*, n.1/2015, p. 43); G. PITRUZZELLA, *Policy in the Italian Economy: Current Developments and Lines of Action*, 24 *Dig. Nat’l Italian Am. B. Ass’n L.J.* 101, 2016; R. PODSZUN, S. KREIFELS, *Digital platforms and competition law*, 1 *EuCML* 33, 2016; J. FOBE, *Legal aspects of e-commerce in the air transport industry in Belgium-The Belgium travel organization litigation*, 6 *Air&Space law* 358, 2001; G. CASSANO, I. CIMINO, *Nuove forme di concorrenza sleale nel mercato della “new economy”*, in *Dir. Prat. Soc.*, n. 23/2002, 27; G. GIANNONE CODIGLIONE, *Libertà d’impresa, concorrenza e neutralità della Rete nel mercato transnazionale*, in questa *Rivista*, n. 4-5/2015, p. 909; P. AKMAN, *A competition law assessment of platform most-favoured-customer clause*, 12(4) *J. L. & Educ.* 781, 2016.

³ A. BERTONI, M.L. MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d’autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giur. Comm.*, n. 3/2013, p. 537; R. PETRUSO, *Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d’autore: un’indagine di diritto comparato*, in *Europa e dir. priv.*, n. 4/2012, p. 1175.

⁴ S. SICA, V. D’ANTONIO, *I safe harbour privacy principles: genesi, contenuti, criticità*, in questa *Rivista*, n. 4-5/2015, p. 801; G.M. RICCIO, *Model contract clauses e corporate binding rules: valide alternative al safe harbor agreement?*, in questa *Rivista*, n. 4-5/2015, p. 865; M. COCUCCHIO, *Il diritto all’oblio fra tutela della riservatezza e diritto all’informazione*, in *Dir. Fam. Pers.*, n. 2/2015, p. 740; G.E. VIGEVANI, *Diritto dell’informazione e privacy nell’ordinamento italiano: regole ed eccezioni*, in questa *Rivista*, n. 3/2016, p. 473; F. BALDUCCI ROMANO, *La protezione dei dati personali nell’Unione Europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell’uomo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, n. 6/2015, p. 1619; V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in questa *Rivista*, n. 4-5/2015, p. 683; G. RESTA, *La “morte” digitale*, in questa *Rivista*, n. 6/2014, p. 891; G.M. RICCIO, *Diritto all’oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in questa *Rivista*, n. 4-5/2014, p. 753; O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in questa *Rivista*, n. 4-5/2014, p. 569; T.E. FROSINI, *Google e il diritto all’oblio preso sul serio*, in questa *Rivista*, n. 4-5/2014, p. 563.

degli intermediari per fatto del terzo ⁵, giurisdizione e diritto applicabile ai contratti di servizio delle piattaforme digitali ⁶, rilevanza giuridica delle norme in materia di trasporto nazionale ed internazionale per gli intermediari nel settore delle prenotazioni aeree ⁷.

Quanto invece pare essere rimasto sino ad oggi in ombra è l'importante, per novità e complessità, ruolo mediativo e compositivo svolto dagli intermediari digitali con riferimento alle dispute insorte tra le parti di un certo contratto che si è concluso proprio grazie al ruolo facilitatore della intermediazione.

⁵ M. TADDEO, L. FLORIDI (cur.), *Responsibilities of online services providers*, Cham, 2017; R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di Internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Europa Dir. Priv.*, n. 2/2017, p. 451; R. BOCCHINI, *Responsabilità dell'hosting provider – La responsabilità di facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*, in *Giur. It.*, n. 3/2017, p. 629; J. RIORDAN, *The liability of Internet Intermediaries*, Oxford, 2016; M. THOMPSON, *Beyond Gatekeeping: The Normative Responsibility of Internet Intermediaries*, 18 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 783, 2016; N. SUZOR, B. SEIGNIOR, J. SINGLETON, *Non-consensual porn and the responsibilities of online intermediaries*, 40(3) *Melb. Univ Law Rev.* 1057, 2017; C. OMER, *Intermediary liability for harmful speech: lessons from abroad*, 28(1) *Harv. J.L. & Tech.* 289, 2014; G. ROSSI, *Aste on-line: sulla responsabilità del provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, in *Contr e Impr.*, n. 1/2012, p. 50; E. ANDREOLA, *Profili di responsabilità civile del motore di ricerca*, in *Nuova Giur. Civ.*, n. 2/2012, 20127; S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il "labirinto" della responsabilità*, in *Giur. merito*, n. 12/2012, p. 2714B; K. YANG, *Paying for infringement: implicating credit card networks in secondary trademark liability*, 26 *Berkeley Tech. L.J.* 687, 2011; R. PETRUSO, *La responsabilità degli e-providers nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e Dir. Priv.*, n. 4/2011, p. 1107; L. BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. Civ. Prev.*, n. 7-8/2010, p. 1568; F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità online. A proposito della sentenza google/vivi down*, in questa *Rivista*, n. 6/2010, p. 829; C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in questa *Rivista*, n. 4/2010, p. 617; A. MONTELEO, *La responsabilità online: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in questa *Rivista*, n. 3/2010, p. 405; G. CASSANO, *Google v. Vividown: responsabilità "assolute" e fine di Internet*, in *Dir. fam.*, n. 4/2010, p. 1826; A. PIAZZA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, in *Contr. Impr.*, n. 1/2004, p. 130; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002.

⁶ B. DE GROOTE, *Maletic and EuU-jurisdiction for consumer contracts*, in 3 *EuCML* 138, 2016.

⁷ Con riferimento in particolare all'applicazione del Reg 261/2004 in materia di compensazione pecuniaria e assistenza in caso di ritardo, di cancellazione, di overbooking; del Reg. n. 1371/2007 in materia di trasporto ferroviario e diritto dei viaggiatori; del Reg. 1177/2010, in materia di diritti dei passeggeri che viaggiano per mare o per vie fluviali; del Reg. 181/2011 relativo ai diritti di passeggeri nel trasporto autobus e pullman. Cfr. in dottrina A. DE VRIES, *Travel intermediaries and responsibility for compliance with EU travel law: a scattered legal picture*, in 3 *EuCML* 119, 2016; K. TONNER, *Does the new Package Travel Directive respond to the challenges of the IT world?*, 3 *EuCML* 55, 2016.

Ruolo che va ben al di là del semplice “customer care”, volendosi intendere con tale espressione il servizio di assistenza che l’azienda offre alla propria clientela con lo scopo di massimizzare la soddisfazione di quest’ultima.

Al fine di approfondire tale aspetto, la presente indagine è stata condotta sui modelli contrattuali e le *policy* aziendali di taluni intermediari digitali operanti rispettivamente nel settore dei pagamenti elettronici (Paypal), dell’intermediazione di servizi turistico-alberghieri (Booking.com), dell’intermediazione immobiliare (AirBnB), del commercio elettronico (Amazon e Ebay), e infine della mediazione di servizi professionali (Twago)⁸.

Ciò detto, attesa la complessità e l’estrema varietà del mercato della intermediazione digitale, i risultati sono da considerarsi del tutto provvisori e al momento non generalizzabili: essi rappresentano un primo tentativo di messa a sistema e di ricognizione di quelle che a me paiono rivelarsi talune costanti denotative e connotative del ruolo mediativo/compositivo svolto dalla categoria degli operatori economici qui presi in considerazione.

Nel lavoro si parla in modo generico del ruolo mediativo, conciliativo e compositivo degli intermediari digitali: la scelta è stata dettata, da un lato, dalla necessità, in questa prima riflessione, di guardare all’insieme del fenomeno nel suo rivelarsi, senza fermarsi su distinzioni che risultano spesso sfumate e comunque opinabili; dall’altro, dalla consapevolezza della esistenza di diversi tipi e culture di mediazione e conciliazione⁹, e dal fatto che la riconducibilità del ruolo mediativo-compositivo degli intermediari digitali in una specifica tipologia avrebbe corso il rischio di tradursi in una operazione scientificamente non corretta, attesa la grande varietà a livello globale in cui tale ruolo si concretizza.

Nello sforzo ordinatorio si sono valutate come marcatori alcune caratteristiche: 1. esistenza e grado di dettaglio di vincoli contrattuali o politiche aziendali che disciplinano il ruolo mediativo e compositivo degli intermediari; 2. grado di formalizzazione e proceduralizzazione; 3. rilevanza dei sistemi di pagamento ai fini dell’espletamento dell’azione mediativa e conciliativa; infine, 4. configurabilità o meno di un sistema di

⁸ Per una ampia panoramica su ADR e piattaforme elettroniche, cfr. J.R. BUCILLA, *The online crossroads of website terms of service agreements and consumer protection: an empirical study of arbitration clauses in the terms of service agreements for the top 100 websites viewed in the United States*, 15 *Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L.* 101, p. 2014.

⁹ M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in *Ars Interpretandi*, n. 9/2004, p. 97; M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Id*, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 33 ss.; E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n. 40/1999, p. 321; S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute processes*, Cambridge (MA), 2005, p. 9-45.

ottemperanza ed *enforcement* delle decisioni prese.

Si è proceduto così ad identificare tre macro-modelli in cui si è ritenuto di potere ricondurre con una certa coerenza ed efficacia il diverso e multiforme atteggiarsi del ruolo mediativo/compositivo degli intermediari digitali: modello *debole*, *forte* e *fortissimo*.

2. *Il modello debole del ruolo mediativo-compositivo degli intermediari digitali*

Il modello in questione si caratterizza per l'assenza di qualsiasi vincolo contrattuale a porre in essere una azione mediativa-compositiva tra utente della piattaforma e operatore economico-fornitore del servizio, per la sua ampia informalità e per un basso grado di proceduralizzazione.

Un buon esempio è quello rappresentato dalla piattaforma digitale, denominata Booking.com, che consente alle strutture alberghiere e ricettive di pubblicizzare i propri prodotti e servizi e ai visitatori della piattaforma di effettuare le prenotazioni.

La proprietà della piattaforma è di una società olandese e i contratti di servizio con gli utenti hanno tutte le caratteristiche dei contratti internazionali (a partire dalla clausola del diritto applicabile e della giurisdizione) ¹⁰.

Dall'analisi dell'articolato contrattuale, il ruolo di Booking.com sembra limitarsi a quello di "facilitatore" dell'incontro tra domanda e offerta, il cui compito principale consiste, da un lato, nel trasmettere alle strutture alberghiere iscritte al portale i dettagli della prenotazione, e dall'altro, nell'inviare email di conferma all'utente dell'avvenuta prenotazione "per e a nome della" struttura recettizia¹¹: effettuando la prenotazione, tramite il portale di Booking.com, si instaurerà pertanto un "rapporto contrattuale diretto" (vincolante in termini legali) con la struttura alberghiera presso la quale si è effettuata la prenotazione ¹².

Ne consegue una lunga lista d'ipotesi di esonero della responsabilità della società, ad esempio per l'inadeguatezza delle informazioni inserite dalla struttura alberghiera sulla piattaforma (riguardanti le tariffe o la disponibilità di alloggi); per la qualità dei servizi prestati o dei prodotti offerti; per cancellazioni della prenotazione, overbooking, sciopero e forza maggiore; per qualsiasi lesione personale, danno alla proprietà, perdite o

¹⁰ Booking.com, termini e condizioni, art. 11.

¹¹ Booking.com, termini e condizioni, art. 1.

¹² Booking.com, termini e condizioni, art. 1.

costi subiti, pagati o a cui si è andati incontro durante il soggiorno ¹³.

Ciò detto, se a mente del contratto, l'obbligazione di Booking si esaurisce nella sola intermediazione (da ritenersi adempiuta nei confronti delle parti con l'avvenuta registrazione della prenotazione), è esperienza comune come la società si attivi efficacemente e largamente per far fronte anche alle varie lagnanze degli utenti nei confronti esclusivi delle strutture alberghiere. In altre parole, pur in assenza di qualsiasi vincolo contrattuale in termini di responsabilità diretta e indiretta della società nei confronti dell'utente per fatti e atti dipendenti dalla struttura alberghiera, Booking accoglie i reclami nei confronti di quest'ultima ¹⁴ e si adopera per trovare una soluzione bonaria, interfacciandosi con gli albergatori e impegnando energie nella composizione della controversia.

Il dato di fatto è significativo e trova la sua spiegazione nel contenuto delle politiche *interne* all'azienda orientate alla massimizzazione della *customer satisfaction*.

Da qui due riflessioni.

La circostanza dell'assoluta mancanza nella piattaforma digitale Booking.com di qualsivoglia riferimento (in termini di policy aziendale e tanto meno di vincoli contrattuali) al compito mediativo e compositivo dell'azienda in occasione di controversie tra utenti e strutture ospitanti conferisce a tale azione una dimensione di totale informalità, eventualità e soprattutto la sottrae a qualsiasi forma di obbligatorietà giuridica.

La lettura tecnico-giuridica necessita di essere integrata da altre griglie concettuali al fine della piena comprensione del fenomeno: prime tra tutte quelle pertinenti al marketing aziendale e, in connessione con queste, al ruolo regolativo dei "sistemi reputazionali" ¹⁵. Nell'esempio considerato, non solo l'azienda implementa un *peer to peer mechanism* basato sui feedback degli utenti, grazie al quale si attenuano i costi transattivi derivanti dalle asimmetrie informative tra proprietari delle strutture recettive e ospiti ¹⁶; ma

¹³ Booking.com, termini e condizioni, art. 9.

¹⁴ Booking.com, termini e condizioni, art. 7: "Eventuali reclami o richieste di risarcimento nei confronti di Booking.com o relativi al Servizio dovranno essere presentati il prima possibile, e in ogni caso entro 30 giorni dopo la data in cui si completerebbe l'uso del prodotto o del servizio (per esempio la data di checkout di un soggiorno). I reclami e le richieste che pervenissero dopo il detto periodo di 30 giorni potranno essere respinti, e il richiedente dovrà rinunciare a ogni suo diritto al risarcimento (di danni o costi)".

¹⁵ C'è chi parla di "seconda mano invisibile" che aiuterebbe quella smithiana del mercato, cfr. E. GOLDMAN, *Regulating Reputation*, in H. MASUM, M. TOVEY (cur.), *The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, Cambridge, 2011, 53.

¹⁶ C. LAMPE, *The Role of Reputation Systems in Managing Online Communities*, in H. MASUM, M. TOVEY (cur.), *The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the*

è altresì evidente che, con l'efficace e tempestiva risoluzione delle questioni insorte tra utente e struttura alberghiera, Booking invia ciò che potremmo definire *segnali reputazionali diretti* nei confronti dei potenziali utenti della piattaforma, che saranno spinti a sceglierla (o a rinnovarne la scelta), rispetto ad offerte di analoghi servizi presenti sul web, proprio confidando su tale servizio distintivo di *over compliance* rispetto ai meri vincoli contrattuali.

3. Il modello forte del ruolo mediativo-compositivo degli intermediari digitali

Tale secondo modello, identificato come “forte”, appare più strutturato rispetto al primo: esso prevede espressamente un sistema di composizione delle controversie tra operatore economico e utente con un certo grado di formalizzazione e proceduralizzazione, la eventuale connessione tra scelta del sistema di pagamento da parte dell'utente e fruizione di un sistema di risoluzione delle controversie gestito dall'intermediario, e infine, l'eventuale predisposizione di accorgimenti tecnici funzionali all'ottemperanza della decisione mediativa-compositiva dell'intermediario.

Anche in tale caso, le aziende, come già visto nel modello debole e come si vedrà ancor meglio dappresso, predispongono modelli reputazionali basati sui feedback degli utenti (relativi alla qualità dei prodotti e dei servizi offerti), al fine di contenere gli effetti negativi della mancanza d'informazioni che ostacola gli scambi commerciali: le asimmetrie informative finiscono per costituire in tal modo, nell'ambito del mercato operato dalle piattaforme online di cui si discute, vere e proprie opportunità imprenditoriali ¹⁷.

Due esempi (quello di AirBnB e di Twago) sembrano restituire un efficace spaccato della varietà di schemi negoziali sussumibili in tale macro-modello.

a. AirBnB è una società irlandese con sede a Dublino, il contratto di servizio, anch'esso di natura internazionale ¹⁸, prevede la fruizione di una piattaforma online che mette in contatto, da un lato, chi ha la disponibilità di alloggi da locare, e dall'altro, gli ospiti che desiderano prenotare tali

Offline World, Cambridge, 77; S. BLOCK-LIEB, *e-Reputation: building trust in electronic commerce*, 62(4) *La. Law Rev.* 1219, 1999; B. PRINCE, D. JAFFE, *Your customer rules!*, San Francisco, 2015.

¹⁷ A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, *How the Internet, the sharing economy, and reputational feedback mechanisms solve the “lemon problem”*, 70 *U. Miami L. Rev.* 830, 2016.

¹⁸ Termini del Servizio AirBnB, art. 37.

alloggi. La società non è parte di alcun contratto stipulato tra proprietari ed ospiti, rifiuta la qualifica di intermediario immobiliare o agente¹⁹, e non ha alcun controllo sulla condotta di proprietari, ospiti e altri utenti del sito²⁰. Nel regolamento contrattuale viene precisato altresì che il servizio offerto da Airbnb è volto semplicemente a *facilitare l'interazione tra proprietari ed ospiti*. Conseguentemente, e similmente a quanto già rilevato in Booking.com, il contratto di AirBnB prevede una serie numerosa di esenzioni di responsabilità in relazione agli annunci pubblicati e agli alloggi messi a disposizione, e precisa che qualsiasi prenotazione effettuata o accettata è “ad esclusivo rischio del membro” della community AirBnB²¹.

A differenza tuttavia di quanto già osservato nel primo modello, qui si prevede espressamente un “Centro soluzioni”, anche denominato il “Trova soluzioni” (sic!), tramite il quale, il membro della community (sia questi proprietario di alloggio o ospite) può, in mancanza di un accordo amichevole tra le parti, chiedere l'intervento di Airbnb (collegandosi al sito www.airbnb.it/resolutions e selezionando la prenotazione in cui si è verificata la disputa con il proprietario o con l'ospite/utente): l'azienda riceverà così una notifica e istruirà la pratica con le informazioni fornite dal proprietario e dall'ospite (inclusa anche eventuale documentazione fotografica sullo stato dei luoghi, una sorta di accertamento tecnico preventivo, si direbbe), e quindi prenderà una decisione definitiva, che sarà “a totale discrezione” di AirBnB (così come

¹⁹ Termini del Servizio AirBnB, art. 2. Anche se nei fatti Airbnb riscuote il prezzo totale e deduce le commissioni a carico del proprietario e a carico dell'ospite, cfr. Termini del Servizio AirBnB, art. 9, ivi lett. D: “*Come corrispettivo per l'uso della piattaforma e del marketplace online di Airbnb, questi addebita delle Commissioni di Servizio (...)*”.

²⁰ Termini del Servizio AirBnB, art. 8: “*Airbnb non approva alcun Membro né alcun Annuncio o Alloggio. L'utente è consapevole che le Immagini Verificate sono destinate esclusivamente a indicare una rappresentazione fotografica dell'Alloggio nel momento in cui la fotografia è stata scattata. Le Immagini Verificate perciò non costituiscono un avallo da parte di Airbnb nei confronti di qualsiasi Membro, Annuncio o Alloggio (Qualsiasi riferimento sul Sito, l'Applicazione o i Servizi al fatto che un Membro sia “verificato” o “collegato” (o diciture analoghe) indica solamente che il Membro ha completato la relativa procedura di verifica o identificazione, e non dimostra nient'altro. Tali indicazioni non costituiscono un avallo, una certificazione o una garanzia da parte di Airbnb su alcun Membro, sulla sua identità e sul fatto che il Membro sia attendibile, sicuro o adeguato)*”. Ci si è interrogati sull'utilizzabilità di categorie giuridiche interne per leggere tale modello aziendale: così, ad esempio, in Inghilterra è ancora vivo il dibattito sulla riconducibilità del rapporto giuridico tra host e guest nel sistema AirBnB nell'ambito della *tenancy law* o piuttosto in quello di ospitalità alberghiera (*innkeeper law*), Cfr. altresì M. MAESE, *Rethinking “host” and “guest relations in the advent of AirBnB and the sharing economy*, 2 Tex. A&M. J. Prop. L. 481, 2014-2015.

²¹ Termini del Servizio AirBnB, art. 5.

precisato a più riprese nel contratto)²².

Laddove le parti decidano di utilizzare il sistema predisposto dall'azienda per la composizione delle controversie, esse potranno altresì operare telematicamente i pagamenti di denaro "a titolo di rimborso, o a fronte di servizi ricevuti e/o danneggiamenti occorsi durante la Prenotazione"²³, e ciò in ottemperanza alla decisione finale sulla controversia presa da AirBnB.

Sotto il profilo dell'*enforcement* poi si segnala la possibilità, contrattualmente prevista, di porre in essere da parte dell'azienda una serie di misure "tecniche" con lo scopo di sanzionare tanto le eventuali violazioni del contratto e delle policy aziendali (di cui si parlerà in seguito), quanto, per quel che qui interessa, l'eventuale inosservanza della decisione promanante dal Centro soluzioni: *annullamento* di tutte le prenotazioni in sospeso o confermate, la limitazione dell'uso o dell'accesso all'account AirBnB, la sospensione temporanea o permanente dell'account-utente²⁴.

b. Differisce in parte dallo schema suesposto quello adottato dalla piattaforma online Twago, gestita da una società tedesca, "per la mediazione di servizi altamente qualitativi"²⁵, che permette a clienti privati o aziende e a liberi professionisti di negoziare tra loro la prestazione di servizi di varia natura (prevalentemente nel settore del webdesign, photoshop, o programmazione digitale).

Da un lato, similmente a quanto accade nello schema contrattuale AirBnB, Twago fornisce agli utenti unicamente le infrastrutture necessarie al fine di facilitare l'incontro tra domanda e offerta di servizi altamente specializzati. La società pertanto non agisce come rappresentante di nessun

²² Ad esempio nell'ipotesi di richieste di risarcimento da parte del proprietario in caso di danni arrecati dall'ospite all'alloggio: "*Il Proprietario potrà riferire la Richiesta Danni ad Airbnb qualora non sia riuscito a trovare una soluzione reciprocamente accettabile con l'Ospite tramite il Centro Risoluzioni, ovvero immediatamente in talune circostanze. Quando un Proprietario riferisce la propria Richiesta Danni ad Airbnb, l'Ospite sarà informato di tale Richiesta Danni e gli verrà data l'opportunità di rispondervi. Se l'Ospite accetta di pagare il Proprietario secondo quanto richiesto nella Richiesta Danni, ovvero se Airbnb determina, a propria discrezione, che l'Ospite è responsabile del danno occorso all'Alloggio, a beni mobili o ad altra proprietà immobiliare presente nell'Alloggio. Airbnb (tramite Airbnb Payments) riscuoterà le somme a copertura di tali costi dall'utente e/o a valere sul Deposito Cauzionale in conformità con i Termini di Pagamento (terms/payments_terms). Airbnb si riserva inoltre il diritto di riscuotere altrimenti il pagamento e di perseguire qualsiasi via disponibile ad Airbnb a tal proposito nei casi in cui si accerti, a sola discrezione di Airbnb, che l'utente abbia danneggiato qualsivoglia Alloggio*" (Termini del Servizio AirBnB, art. 9, lett. E).

²³ Termini del Servizio AirBnB, art. 9, lett. E.

²⁴ Termini del Servizio AirBnB, art. 24, lett. C.

²⁵ Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, Preambolo.

utente e *non assume il ruolo di parte contraente nel contratto di servizio concluso tra il cliente ed il fornitore*: la pubblicazione e la negoziazione di progetti, la relativa conclusione contrattuale e l'adempimento del contratto stesso sono di esclusiva responsabilità degli utenti partecipanti. Gli utenti sono inoltre unicamente responsabili nell'assicurare che i loro progetti, così come il contenuto del contratto di prestazione d'opera, rispettino la normativa tedesca vigente e le disposizioni dei paesi dei rispettivi utenti. Il fornitore di servizi è poi obbligato a pagare le commissioni sul servizio di intermediazione in percentuale al valore totale della commessa²⁶.

Dall'altro, però, la novità di Twago sta nell'aver previsto un "doppio binario" in cui può inquadrarsi lo svolgimento del suo ruolo mediativo-conciliativo, con riguardo ad eventuali controversie sorte in ordine ai pagamenti tra utente e fornitore di servizi professionali.

Il primo, esclusivamente pensato per contratti di servizio stipulati tra professionisti, stabilisce che l'utente, prima di intraprendere la via giudiziale, sia tenuto ad inviare all'altra parte - attraverso il centro messaggistica di Twago - una dichiarazione circostanziata contenente le ragioni delle sue lagnanze in ordine all'adempimento del contratto di servizio. Solo alla scadenza del termine fissato per risolvere la controversia (15 gg), l'utente potrà adire le vie legali²⁷.

Qui il ruolo dell'intermediario è minimo, nel senso che esso si limita a fornire mero supporto tecnico (il centro messaggistica) al fine di una bonaria composizione della controversia, gestita comunque in totale autonomia dalle parti.

Il secondo, accessibile tanto al consumatore quanto al professionista, è condizionato dall'impiego nella transazione di un determinato sistema di pagamento denominato "twago safePay"²⁸.

Pur essendo i contraenti liberi di impiegare qualsiasi modalità di pagamento dei compensi a fronte dell'attività professionale prestata (addebito diretto, carta di credito, pagamento in contanti e via andando)²⁹, la piattaforma Twago mette a disposizione dei suoi utenti un sistema di pagamento "dedicato", gestito da altra società (Leetchi Corp. S.A.) con sede

²⁶ Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 3.1.

²⁷ Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 14.

²⁸ Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.

²⁹ Condizioni generali d'uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 8.2, lett. b.

in Lussemburgo, che diventa così “*parte contraente dell’utente con riferimento ad ogni processo di pagamento effettuato mediante twago safePay*”³⁰.

Il meccanismo necessita d’una spiegazione seppur sintetica al fine della piena comprensione del suo innesto nell’eventuale procedimento di mediazione operato dalla società.

Twago safePay assegna ad ogni attività professionale oggetto del contratto di servizio una sorta di portafoglio elettronico (*Safe-Pay Wallet*), ovvero un conto elettronico di proprietà della predetta Leetchi, su cui il cliente potrà depositare l’importo o parte dell’importo relativo al pagamento del progetto³¹.

Solo dopo espressa autorizzazione da parte del cliente, gli importi vengono trasferiti dal conto vincolato (*Safe-Pay Wallet*) al portafoglio personale del fornitore di servizi (*twago wallet*)³².

Chiarito quanto sopra, nel caso in cui dovesse sorgere controversia tra cliente e fornitore con riferimento al processo di pagamento, è prevista l’attivazione al fine della sua risoluzione del “team di supporto Twago”, che contatterà le parti e, nel pieno spirito della mediazione, “cercherà di raggiungere una soluzione reciprocamente accettabile”³³. Solo in forza di un eventuale accordo scritto tra le parti, Twago si attiverà o per trasferire gli importi al Twago Wallet del fornitore o, diversamente, per riaccreditarli sul conto corrente del cliente³⁴.

4. *Il modello fortissimo del ruolo mediativo-compositivo degli intermediari digitali*

Infine, il modello definito “fortissimo” del ruolo mediativo-compositivo svolto dall’intermediario digitale, in cui quest’ultimo si impegna direttamente nei confronti delle parti, non solo a comporre l’eventuale controversia, ma anche a dare diretta esecuzione alla decisione;

³⁰ Condizioni generali d’uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.1.

³¹ Condizioni generali d’uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.2.

³² Condizioni generali d’uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.4, lett. a.

³³ Condizioni generali d’uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.4, lett. c.

³⁴ Condizioni generali d’uso - Team2Venture GmbH per la piattaforma online twago, 6 aprile 2016, art. 9.4, lett. c.

le forme, la tempistica e le procedure di tale obbligazione sono ampiamente disciplinate nel dettaglio.

Ciò che inoltre appare accomunare gli schemi negoziali qui presi in considerazione è la condivisione, accanto ai tradizionali meccanismi reputazionali *peer to peer*³⁵, di quanto è stato definito “*centralized or third-party mechanism*”: ovvero le garanzie offerte dalle piattaforme online³⁶, relative alla restituzione del denaro in caso di mancata consegna del bene o di sua sostanziale difformità rispetto a quello ordinato (cfr. ad esempio il “programma protezione acquisti PayPal”, o la “garanzia dalla A alla Z” di Amazon di cui si dirà meglio dappresso), svolgono la duplice funzione di diminuire i rischi transattivi sopportati dal compratore, e al contempo di incrementare la fiducia, non tanto nel venditore, ma nello stesso intermediario³⁷.

a. PayPal-Europa è un buon esempio di quanto su descritto. PayPal è un istituto di credito lussemburghese³⁸, soggetto a supervisione dell'autorità di vigilanza del Lussemburgo³⁹: ai sensi del contratto internazionale di servizio, attività principale di PayPal è l'emissione di moneta elettronica e la fornitura di servizi strettamente legati all'emissione di moneta elettronica⁴⁰.

A differenza dei modelli contrattuali precedentemente analizzati in cui l'intermediario svolge un ruolo di mero facilitatore dell'operazione

³⁵ C.G. McDONALD - V.C. SLAWSON, *Reputation in an internet Auction Market*, 40(4) Econ Inq. 634, 2002; B. RIETJENS, *Trust and Reputation on eBay: Towards a Legal Framework for Feedback Intermediaries*, 15 Info. & Comm. Tech. L. 55, 2006; C.P. GILLETTE, *Reputation and Intermediaries in electronic commerce*, 62(4) La. Law Review 1165, 2002.

³⁶ A. THIERER - C. KOOPMAN - A. HOBSON - C. KUIPER, op. cit., p. 835: “*This is an obvious benefit to buyers, as it lowers their potential risk and therefore the cost of the transaction. But it also benefits the sellers as the buyer will now be willing to pay more*”.

³⁷ A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, op. cit., 832; O. BEN-SHAHAR, *One-way contract: Consumer protection without law*, in *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, 2009, chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=law_and_economics

³⁸ A. JANCZUK-GORYWODA, *Online platforms as providers of transnational payments law*, 2 Eu. Rev. Priv. Law 223, 2016; E. PACIFICI, *Making PayPal pay: regulation and its application to alternative payment services*, 13 Duke L. & Tech. Rev. 89, 2014-2015.

³⁹ Sostanziale incertezza sulla qualificazione giuridica di Paypal si ha invece negli Stati Uniti, in cui la società rifiuta di essere inquadrata come istituto di credito, o istituto soggetto alla vigilanza in materia di trasferimento di moneta elettronica (Electronic Funds Transfer Acts, 1978). Cfr. in dottrina R.J. MANN, *Regulating Internet payment intermediaries*, 82 Tex. L. Rev. 681, 2003-2004.

⁴⁰ Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 1.1.

negoziale (rimanendo del tutto estraneo al rapporto negoziale tra le parti di acquisto di beni e servizi), l'utente qui instaura un *rapporto contrattuale diretto* con PayPal, aprendo un conto elettronico, sul quale la società opera accrediti e addebiti: pertanto ciascuna parte della transazione, limitatamente all'obbligazione di pagamento, instaura un rapporto negoziale con l'azienda, che assume così un ruolo che potremmo definire di "*trusted third party*".

Di grande interesse e rilevanza, per il tema che ci occupa, sono le previsioni contrattuali in ipotesi di mancato invio del bene acquistato o di sostanziale difformità con quello ordinato.

Al fine di comporre la controversia, il sistema PayPal prevede l'apertura di un procedimento dinanzi al "centro risoluzioni"⁴¹ mediante la trasmissione di una formale *contestazione* entro un certo termine dalla data del pagamento del bene acquistato⁴²; tale contestazione viene eventualmente convertita in *reclamo*, se l'acquirente e il venditore non riescono a raggiungere un accordo⁴³.

In questa fase PayPal può richiedere all'utente sia di fornire la documentazione a sostegno della propria posizione (ricevute, valutazioni di terzi, verbali di polizia, ecc.)⁴⁴, sia, in caso di contestata difformità del bene ricevuto rispetto a quello ordinato, di rispedire l'oggetto all'indirizzo del venditore, o a un terzo, o infine a quello eventualmente indicato da PayPal per operare le debite verifiche⁴⁵.

La decisione finale del Centro risoluzioni, a seguito dell'istruttoria, "è a completa discrezione di PayPal e viene presa in base a qualsiasi criterio ritenuto appropriato da PayPal"⁴⁶.

⁴¹ Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.5.

⁴² Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.5, lett. a.

⁴³ Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.5, lett. b.

⁴⁴ Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.5, lett. c.

⁴⁵ Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.5, lett. d.

⁴⁶ Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.6: "*Nel caso in cui PayPal si pronunci a favore dell'acquirente o del venditore, le parti devono attenersi alla decisione di PayPal. PayPal può richiedere all'acquirente di rispedire al venditore l'oggetto reputato "Notevolmente non conforme alla descrizione" a un indirizzo fornito da PayPal durante la revisione del reclamo (con spese a carico dell'acquirente) e PayPal può richiedere a un venditore di accettare la restituzione dell'oggetto e di rimborsare l'acquirente per l'intero prezzo di acquisto più le spese di spedizione iniziali. Se il venditore rifiuta di accettare l'oggetto, PayPal può concludere il reclamo in favore dell'acquirente, sempre che quest'ultimo abbia fornito prove soddisfacenti a PayPal che l'oggetto è stato inviato al venditore a un indirizzo fornito all'acquirente da PayPal durante la revisione del reclamo. Nel caso in cui un reclamo fosse risolto a sfavore del venditore, questi non avrà diritto ad alcun rimborso delle tariffe PayPal associate alla transazione in questione o a qualsiasi altra tariffa addebitata sul Conto PayPal dell'utente*".

Ciò che davvero però distingue il sistema in esame da quelli già osservati è l'inedito ruolo che l'intermediario assume anche nella fase di ottemperanza ed eventuale *enforcement* della decisione mediativa-conciliativa.

Rileva a tal riguardo la clausola contrattuale denominata "Programma Protezione Acquisti PayPal"⁴⁷, la quale, aggiungendosi alle garanzie legali previste a tutela del consumatore, prevede che l'intermediario rimborsi direttamente l'acquirente in caso di mancata consegna del bene o di significativa difformità del bene rispetto a quello ordinato⁴⁸.

In breve, se l'istruttoria dovesse rilevare la fondatezza delle ragioni dell'acquirente-pagatore, sarà direttamente PayPal a rimborsare l'intero ammontare del costo del bene (*chargeback*)⁴⁹, oltre a quello delle spese di spedizione: in tal modo, da un lato, l'intermediatore digitale, e *non* il venditore, diverrà responsabile nei confronti del compratore; e dall'altro, il compratore sarà sollevato dall'onere di mettere in esecuzione la decisione di PayPal nei confronti del venditore, in quanto farà "affidamento" sull'impegno dell'azienda al rimborso. Ovviamente il venditore sarà contrattualmente obbligato a rimborsare a PayPal quanto da questa anticipato in favore dell'utente⁵⁰.

da una terza parte associata alla transazione (ad esempio, le tariffe addebitate dalla piattaforma di una terza parte su cui l'utente effettua la propria vendita)". Tuttavia, come viene osservato in D.E. SORKIN, *Payment methods for consumer-toconsumer online transaction*, 35 *Akron L. Rev.* 1, 9, 2001-2002: "The mere threat of a chargeback may be sufficient to induce a seller to resolve a dispute to the buyer's satisfaction because chargeback fees imposed by credit card servicers can be substantial".

⁴⁷ Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.

⁴⁸ Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 13.1.

⁴⁹ L. DEL DUCA, C. RULE, Z. LOEBL, *Facilitating Expansion of Cross-Border E- Commerce - Developing a Global Online Dispute Resolution System* (Lessons Derived from Existing ODR Systems - Work of the United Nations Commission on International Trade Law), 1 *Penn St. J.L. & Int'l Aff.* 70, 2012.

⁵⁰ Condizioni d'uso del servizio PayPal, 27 gennaio 2017, art. 10.1: A) "L'utente è responsabile degli storni, dei chargeback, dei reclami, delle spese, delle penali, delle sanzioni e di tutti gli altri danni arrecati a PayPal, a un altro utente PayPal o a una terza parte derivanti dall'uso dei Servizi e/o dalla violazione delle presenti Condizioni d'uso. L'utente si impegna a rimborsare PayPal, l'utente o la terza parte interessata per tutti i danni sopra elencati. B) Responsabilità per i reclami in base alla Protezione acquisti PayPal. Fatto salvo quanto previsto da qualsiasi altra sezione delle presenti Condizioni d'uso, qualora PayPal si pronunci a sfavore dell'utente in merito a un reclamo presentato direttamente a PayPal da un acquirente registrato in una parte qualsiasi del mondo, l'utente sarà tenuto a rimborsare a PayPal l'importo oggetto del reclamo. La responsabilità dell'utente include il prezzo di acquisto dell'oggetto e i costi di spedizione (e, in alcuni casi, l'utente potrà non riavere l'oggetto). La Protezione vendite PayPal potrà coprire la responsabilità dell'utente (vedere la sezione 11 di seguito). C) Rimborso in caso di responsabilità dell'utente. Nell'eventualità in cui l'utente sia responsabile di somme dovute a

Il sistema di pagamenti digitali, implementato dalla società Lussemburghese, pone in essere così una sostanziale “triangularizzazione” della relazione contrattuale che intercorre tra le parti, nel senso che la relazione contrattuale bilaterale viene completata e in parte sostituita con la relazione contrattuale con l’intermediario ⁵¹.

Ecco allora che il sistema della contestazione e del reclamo con istruttoria interna unitamente al “Programma Protezione Acquisti PayPal” trasforma una disputa contrattuale tra le parti in una questione di pagamenti gestita dall’intermediario digitale, che così facendo – sul fronte dell’*enforcement* – realizza un sistema privato di coazione transfrontaliera, superando i vari problemi derivanti dalla diversità e molteplicità delle regole nazionali di diritto sostanziale e di diritto internazionale privato.

b. Nella estrema varietà di schemi negoziali che possiamo ricondurre al modello fortissimo, o comunque in una via di mezzo tra quest’ultimo e il modello forte, mi pare potersi inquadrare anche quello implementato da Amazon, società lussemburghese, che consente a venditori terzi di mettere in vendita i propri prodotti mediante il portale. Anche in tale caso viene precisato a più riprese che la società che gestisce la piattaforma “*facilita le transazioni che intercorrono sul sito, ma non è parte del contratto di vendita dei beni venduti*”. Si ribadisce la sua *estraneità* rispetto al contratto di compravendita e conseguentemente si statuisce che “Amazon non assume alcuna responsabilità relativamente al contratto di vendita e alla

PayPal, PayPal potrà prelevare immediatamente tali somme dal Saldo dell’utente (se disponibile). Qualora il denaro presente sul Conto fosse insufficiente per ottemperare a tale responsabilità, PayPal si riserva il diritto di recuperare il debito avvalendosi dei pagamenti depositati sul Conto e con qualsiasi altra modalità di rimborso accettata dall’utente. PayPal può inoltre recuperare l’importo dovuto tramite mezzi legali, incluso, a titolo esemplificativo, il ricorso a un’agenzia di recupero crediti (...)”. Anche in tale modello, come già visto in precedenza, l’intermediario ha facoltà di porre in essere una serie di azioni di natura “tecnica” per indurre il venditore al rispetto degli impegni contrattuali. Ecco allora che PayPal può, in qualsiasi momento e senza responsabilità alcuna, sospendere, bloccare, limitare, chiudere o annullare il diritto all’utilizzo dello strumento di pagamento (art. 10.2, lett. a), rifiutare di eseguire una transazione di pagamento specifica (art. 10.2, lett. c), annullare un pagamento (art. 10.2, lett. d), trattenere il denaro dell’utente nella misura e per il tempo ragionevolmente necessari per tutelarsi contro eventuali rischi di attribuzione di responsabilità (art. 10, lett. h). I. COLON-FUN, *Protecting the new face of entrepreneurship: online appropriate dispute resolution and international consumer-to-consumer online transactions*, 12 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 233, 255, 2007: “*Online payment services function as both reputational intermediaries at the informal relation-preserving stage and dispute mediators at the informal end- game stage*”

⁵¹ Cfr. sul punto C. BUSCH, H. SCHULTE-NOLKE, A. WIEWIORSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The rise of the platform economy: a new challenge for EU consumer law?*, 1 *EuCML* 3, 2016.

sua corretta esecuzione, e non opera in alcun modo come agente del venditore. Il venditore è l'unico responsabile per la vendita dei prodotti e per la gestione delle controversie con l'acquirente"⁵².

"Al fine di rendere più sicura l'esperienza d'acquisto al cliente"⁵³, Amazon stabilisce nell'articolato contrattuale una clausola denominata "garanzia dalla A alla Z".

Tale clausola, meramente citata nel contratto di servizio con l'utente-consumatore⁵⁴ e puntualmente disciplinata nei contenuti nelle linee guida delle politiche aziendali⁵⁵, si configura come una "garanzia aggiuntiva" rispetto a quella legale e spiega la sua efficacia nell'ipotesi in cui il venditore si rifiuti di rimborsare il prezzo di acquisto del bene o di sostituirlo nel caso in cui l'articolo acquistato sia risultato difettoso, danneggiato o sostanzialmente diverso dalla descrizione fornita dal venditore.

E' possibile usufruire della "garanzia dalla A alla Z", e quindi del connesso sistema di composizione delle controversie, quando il pagamento è effettuato tramite il sito Amazon.it o quando l'utente abbia utilizzato il sistema "Amazon Pay" per acquisti abilitati su siti di terzi.

Le politiche aziendali stabiliscono nel dettaglio i tempi e le modalità del reclamo da parte dell'utente: alla puntuale spiegazione - con un linguaggio semplice, accessibile e accompagnato da esempi - di cosa debba intendersi per prodotto danneggiato, difettoso o errato (così ad esempio l'avere ricevuto una versione o un'edizione diversa da quella indicata nella pagina del prodotto; il prodotto non funziona o si è rotto al primo o al secondo utilizzo o successivamente; il venditore ha inviato per errore un articolo completamente diverso e via andando), fa da contraltare una sorta di tipizzazione delle ragioni per l'eventuale mancato accoglimento di un certo reclamo (l'articolo ricevuto coincideva con quello descritto dal venditore; l'articolo è stato consegnato e il venditore ha dato prova dell'avvenuta consegna; l'acquirente non ha risposto a una richiesta di maggiori informazioni e così via).

Nell'ipotesi invece di accoglimento del reclamo, sarà *direttamente* Amazon a rimborsare l'acquirente (sino a un massimo di € 2500,00 del prezzo di acquisto incluse le spese di spedizione), salvo poi il diritto di rivalsa sul venditore⁵⁶.

⁵² Amazon, Condizioni Generali di Uso e di Vendita, 7 marzo 2016, art. 12.

⁵³ Amazon, Condizioni Generali di Uso e di Vendita, 7 marzo 2016, art. 12.

⁵⁴ Amazon, Condizioni Generali di Uso e di Vendita, 7 marzo 2016, art. 12.

⁵⁵ Cfr. <https://www.amazon.it>

⁵⁶ Contratto di Utilizzo di Amazon Payments Europe – Conto Venditore, 31 marzo 2017, art. 3.5.2. Il disciplinare contrattuale al quale il venditore Amazon è vincolato elenca poi

La procedura di reclamo si basa dunque da un lato su un dovere di tempestiva e completa collaborazione delle parti, dall'altro sulla piena discrezionalità di Amazon non solo – come già visto altrove – nel dirimere la controversia (accogliendo o rigettando il reclamo), ma nell'adottare tutte quegli accorgimenti tesi a far rispettare la decisione finale: la società, infatti, potrà tenere in sospeso l'importo contestato versato sul conto elettronico del venditore, impedendo così a quest'ultimo di riscuotere tale importo sino alla risoluzione del reclamo⁵⁷.

c. Si allontana in parte dallo schema appena illustrato il sistema eBay di risoluzione delle controversie, che combina insieme diversi modelli già esaminati⁵⁸.

Ebay, di proprietà di una società californiana, è una piattaforma di commercio elettronico che offre ai propri utenti la possibilità di fare offerte, vendere e acquistare oggetti, in diversi formati di vendita e da qualunque luogo⁵⁹. Similmente a quanto già osservato, eBay “non trasferisce la proprietà degli oggetti dal venditore all'acquirente, non ha alcun ruolo e non è coinvolta nella compravendita che si svolge tra venditori e acquirenti. Il contratto di compravendita si conclude direttamente tra gli acquirenti e i venditori”⁶⁰.

Interessante notare come le policy aziendali prevedano nei diversi programmi “di protezione” dell'acquirente e del venditore strumenti di composizione delle controversie laddove il bene acquistato e pagato non

gli obblighi di quest'ultimo nel caso – appunto – di un reclamo: fornire prova dell'avvenuta consegna entro un certo termine perentorio; comunicare numero identificativo della transazione interessata; descrivere i prodotti inviati (cfr. Contratto di Utilizzo di Amazon Payments Europe – Conto Venditore, 31 marzo 2017, art. 3.5.2.).

⁵⁷ Contratto di Utilizzo di Amazon Payments Europe – Conto Venditore, 31 marzo 2017, art. 3.5.1.

⁵⁸ E. KATSH, J. RIFKIN, A. GAITENBY, *E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of “eBay Law”*, 15(3) Ohio St. J. on Disp. Resol. 75, 2000.

⁵⁹ Ebay, Accordo per gli utenti, 12 maggio 2016, Preambolo.

⁶⁰ Ebay, Accordo per gli utenti, 12 maggio 2016, Preambolo. Ibidem: “Anche se possiamo offrire indicazioni su prezzi, servizi postali e altre informazioni relative alla fornitura dei nostri Servizi, tali indicazioni e informazioni sono solamente indicative e l'utente può decidere di non utilizzarle. eBay non rivede le inserzioni degli utenti o i contenuti immessi dagli utenti nei siti. Possiamo facilitare la risoluzione delle controversie attraverso i nostri programmi, tuttavia eBay non ha alcun controllo, non garantisce e non ha alcuna responsabilità in merito all'esistenza, la qualità, la sicurezza e la liceità degli oggetti pubblicizzati; la veridicità o l'accuratezza dei contenuti degli utenti, delle inserzioni e dei Feedback; la capacità degli acquirenti di pagare il prezzo degli oggetti; la capacità degli utenti di vendere, acquistare e fare offerte. eBay non può assicurare che un acquirente o venditore siano effettivamente in grado di portare a termine la transazione”

sia stato inviato o sia difforme rispetto a quello ordinato ovvero nell'ipotesi in cui l'acquirente non abbia provveduto al pagamento.

La piattaforma mette a disposizione, nel caso dovesse fallire la diretta interlocuzione con il venditore, distinte modalità di composizione delle controversie, a seconda che l'utente abbia o meno utilizzato il metodo PayPal per l'acquisto del bene.

In un caso, infatti, la controversia verrà rimessa in automatico al "centro soluzioni PayPal" sopra illustrato (con relativo integrale rimborso se – all'esito dell'istruttoria – dovesse risultare fondata la lagnanza dell'acquirente), ovvero (dall'Agosto 2016 con un progetto pilota) al sistema di composizione della controversie denominato "spazio soluzioni - garanzia cliente eBay"⁶¹, che, riproducendo il sistema PayPal, consente però alla società di gestire *direttamente* questioni relative a rimborsi e alla composizione delle liti aventi ad oggetto la mancata consegna del bene⁶² o la consegna di un bene non conforme⁶³.

Le decisioni di eBay, per le quali è previsto persino un "appello" (impropriamente detto, attesa l'identità del soggetto chiamato a decidere nel "giudizio di appello" rispetto a quello che ha emanato la decisione appellata) sono vincolanti per le parti⁶⁴.

Anche in tale caso eBay, laddove verificata la fondatezza delle ragioni dell'acquirente, procederà direttamente al rimborso mediante sistema PayPal: agli acquirenti che non hanno un conto PayPal verrà chiesto di aprirne uno e "*nella remota ipotesi in cui non fosse possibile effettuare il rimborso su un conto PayPal*", *il rimborso consisterà in "coupon riscattabili*

⁶¹ Ebay, spazio soluzioni, <http://spaziovenditori.ebay.it/spazio-soluzioni>.

⁶² Ebay, Garanzia cliente eBay, Quando l'acquirente non riceve l'oggetto, pages.ebay.it/help/policies/money-back-guarantee.html: "*Se ci viene richiesto aiuto, controlleremo le informazioni fornite dall'acquirente e dal venditore per avere prova dell'avvenuta consegna all'indirizzo dell'acquirente. Per acquisti di un valore pari o superiore a EUR 1.000, richiederemo prova della sottoscrizione della ricevuta di consegna. Se l'oggetto non è stato consegnato, a meno che il venditore non possa fornire prova della ricezione dell'oggetto, rimborseremo l'intero costo dell'oggetto edella spedizione originale tramite PayPal. Il venditore è tenuto a rimborsare tale importo*".

⁶³ Ebay, Garanzia cliente eBay, Quando un oggetto non è conforme alla descrizione, pages.ebay.it/help/policies/money-back-guarantee.html: "*(...) Se ci viene richiesto aiuto, controlleremo la descrizione dell'oggetto, le foto dell'oggetto se fornite dall'acquirente o dal venditore, oltre a qualsiasi altra informazione sull'oggetto fornita dall'acquirente e dal venditore. Se non possiamo determinare la corrispondenza tra l'oggetto e la descrizione, nel caso in cui il venditore abbia già offerto la restituzione o abbia dichiarato che trovino applicazione le proprie regole sulla restituzione, potremmo chiedere all'acquirente di restituire l'oggetto al venditore*".

⁶⁴ Ebay, Garanzia cliente eBay, Ulteriori previsioni, in pages.ebay.it/help/policies/money-back-guarantee.html

per acquisti su eBay”⁶⁵.

Lo schema qui preso in considerazione si combina con un sistema reputazionale implementato dalla piattaforma che prevede la possibilità dell’attribuzione al venditore di un c.d. “trust-mark” (nel sito italiano denominato “affidabilità top”), ovvero di un marchio che garantisce appunto la sicurezza e la serietà dell’operatore economico operante sul sito⁶⁶. A differenza di quanto avviene usualmente nei modelli di rating, che vengono generati sulla scorta dei giudizi degli utenti, qui il “marchio di buon venditore” viene assegnato direttamente dalla società. Tra i requisiti necessari per il conseguimento del marchio, fissati nelle policy aziendali, rileva l’assenza - o la presenza in una percentuale irrisoria (0,3%) - di controversie chiuse senza alcuna risoluzione, o di controversie chiuse nell’ambito del programma di Garanzia cliente eBay (o del programma PayPal di protezione dell’acquirente): vale a dire di tutte quelle contestazioni avanzate dal cliente, non risolte dal venditore in sede amicale, e quindi rimesse a eBay/Paypal per la composizione della controversia, in cui è emersa però la responsabilità del venditore.

Il marchio di affidabilità comporta significativi vantaggi competitivi (in termini di migliore indicizzazione dei prodotti offerti sulla piattaforma, così come di sconti sulle tariffe eBay), ma soprattutto costituisce uno strumento importante per trasmettere al potenziale consumatore informazioni sulla (eccellente) reputazione del venditore, attenuando così gli effetti negativi della asimmetria informativa⁶⁷.

Nella prospettiva adottata, lo strumento si presta ad essere impiegato per attuare forme di “coazione indiretta” tanto delle regole condivise dalla comunità eBay, quanto delle decisioni prese in sede di ODR: la minaccia di sospensione o revoca del certificato ⁶⁸ ben può indurre infatti

⁶⁵ Ebay, Garanzia cliente eBay, Rimborso agli acquirenti, in *pages.ebay.it/help/policies/money-back-guarantee.html*. Simili impostazioni si riscontrano anche nel portale commerciale di Yahoo!, cfr. in dottrina I. KOBAYASHI, *Private contracting and business models of electronic commerce*, 13 U. Miami Bus. L. Rev. 161, 2004-2005.

⁶⁶ Ebay website: *pages.ebay.it/help/sell/top-rated.html*

⁶⁷ A. THIERER – C. KOOPMAN – A. HOBSON – C. KUIPER, *op. cit.*, 24.

⁶⁸ Con inevitabili problemi di tutela dell’utente, cfr. P. PERRI, *Sospensione dell’account del venditore dalla piattaforma ebay a seguito di feedback negativi: profili civilistici e informatico-giuridici*, in *Giur. mer.*, n. 7-8/2011, p. 1809; G. ARAGUENA, *Sospensione di un account su ebay: il contratto telematico B2B tra accettazione point and click dell’accesso al mercato del commercio elettronico*, in questa *Rivista*, n. 6/2012, p. 1181; F. DE LEO, *Sospensione dell’account da parte di Ebay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*, in *Resp. Civ. Prev.*, n.6/2013, 2020.

il venditore a un atteggiamento collaborativo e di piena *compliance* ⁶⁹.

5. Conclusioni

E' possibile, sulla scorta di quanto osservato, articolare talune riflessioni, comunque del tutto provvisorie e rapsodiche, che possono ridursi a tre nuclei principali: il peso dei sistemi reputazionali nell'ambito dei processi di composizione delle controversie implementati dalle piattaforme online; la tutela dell'utente consumatore nei confronti degli intermediari digitali; la peculiarità dei sistemi ODR esaminati rispetto agli schemi classici riconducibili al mondo dell'*alternative dispute resolution*.

5.1 sistemi reputazionali e ODR delle online platform

Il mondo dello ODR sembra popolarsi nel contesto dell'intermediazione digitale di nuovi e molteplici soggetti, "decidenti" più che giudicanti (semplici call centers; "team di supporto Twago"; il "trova soluzioni" di AirBnB; il "centro risoluzioni" di PayPal, lo "spazio soluzioni" di Ebay, e via andando), molti dei quali dotati di una grande e sostanzialmente incontrollata discrezionalità che fa riemergere problemi già noti relativi alla mancanza di garanzie procedurali e alla tutela dei soggetti deboli ⁷⁰. Sembra così che il vero soggetto "forte" del processo mediativo-compositivo svolto dall'intermediario digitale sia proprio quest'ultimo e ciò non tanto, o meglio non solo, per l'ampiezza del suo potere decisionale (vedi *ultra*), ma soprattutto per l'importante incidenza del fattore reputazionale nell'ambito del processo mediativo-conciliativo.

Ecco allora che i sistemi reputazionali, creati dagli intermediari tramite la raccolta di informazioni da parte degli utenti mediante feedback, rating, peer review, e ininterrottamente alimentati e rafforzati in una ottica cooperativa e di "rete"⁷¹, non sono solo funzionali a una eventuale selezione *ex ante* della controparte negoziale (perché valutata maggiormente affidabile), ma improntano profondamente le logiche

⁶⁹ P. ORTOLANI, *Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin*, 36(3) *Oxf. J. Leg. Stud.* 595, 604, 2016.

⁷⁰ O. FISS, *Against Settlement*, 93 *Yale Law J.* 1073, 1984.

⁷¹ V. ZENO-ZENCOVICH, F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in questa *Rivista*, n. 2/2008, p. 141.

operative degli stessi intermediari digitali.

Se per un verso, quindi, l'intermediario è artefice di un sistema reputazionale *indiretto*, in cui esso stesso intermedia il rapporto tra chi fornisce le notizie e chi le cerca (secondo un meccanismo di *peer to peer*, vedi Booking o Amazon) e ciò al fine di colmare le asimmetrie informative relative alla qualità dei servizi e dei beni offerti che sono di ostacolo alle transazioni⁷²; per altro verso, l'intermediario digitale trasmette "segnali" reputazionali *diretti* verso i propri utenti ogni qualvolta deflette e compone le controversie insorte tra le parti⁷³ (cosa che trova il suo massimo grado di compiutezza nei riferiti "*centralized or third-party mechanisms*", così come implementati da eBay o PayPal).

Pare ragionevole affermare, altresì, che la pervasività dei sistemi reputazionali sia decisiva nel condurre i protagonisti del processo mediativo-conciliativo verso logiche improntate alla leale e reciproca cooperazione⁷⁴, ma anche al *mero calcolo di opportunità*: da un lato, l'operatore economico è indotto a trovare o accettare una "soluzione" purché rimanga integra la sua reputazione online⁷⁵; dall'altro, l'intermediario ha tutto l'interesse a

⁷² G. AKERLOF, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 *QJ Econ* 488, 1970: la metafora del "limone" viene utilizzata per indicare nel mercato delle automobili usate quelle di minore qualità. L'Autore argomenta che, l'incertezza derivante da asimmetrie informative sulla reale qualità dei prodotti venduti, da un lato, disincentiva i potenziali acquirenti all'acquisto, dall'altro, scoraggia i potenziali venditori di automobili usate di buona qualità ad immetterle sul mercato (temendo di non ricavarne un profitto adeguato).

⁷³ G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa dir. priv.*, n.1/2016, p. 199; G. GIANNONE CODIGLIONE, *Reputazione online, sistemi di rating e anonimato in una recente decisione della corte di cassazione tedesca*, in questa *Rivista*, n.1/2015, 0169_2; V. ZENO-ZENCOVICH, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in questa *Rivista*, n.2/2007, p. 263.

⁷⁴ Termini del Servizio Airbnb, art. 12: "(...) Sia gli Ospiti che i Proprietari accettano di collaborare e di assistere Airbnb in buona fede, nonché di fornire ad Airbnb tutte le informazioni e intraprendere tutte le azioni ragionevolmente richieste da Airbnb, in relazione a qualsiasi Richiesta Danni o altri reclami effettuati dai Membri (...). Su ragionevole richiesta di Airbnb e nella misura in cui sia ragionevolmente in grado di farlo, l'utente, in veste di Ospite, accetta di partecipare al procedimento di mediazione o ad altra procedura simile di composizione con il Proprietario".

⁷⁵ M. CANTERO GAMITO, *Regulation.com, self-regulation and contract governance in the platform economy: a research agenda*, 9(2) *European Journal of Legal Studies* 53, 65, 2017: "by making participation in dispute resolution part of their terms and conditions, online platforms are offering effective incentives for traders to engage in the resolution of disputes. In so doing, the platform is acting as a gatekeeper of the market, provided that the trader wishes to remain trading via the platform as well as to improve, or at least to maintain, its reputational record. Thus, by providing a 'designed for trust' environment, online platforms are putting in place a mechanism of enforcement by exclusion. A non-collaborative behaviour in the event of a dispute

compiere ogni sforzo per comporre la controversia al fine di tenere alta la reputazione di “*problem solver*”, così incrementando la sua *reliability* digitale.

Sotto questa prospettiva pertanto i meccanismi reputazionali, come visto esemplificativamente nel caso di eBay, si prestano a svolgere un ruolo in termini di “soft enforcement”⁷⁶, o coazione indiretta, atteso che un atteggiamento collaborativo garantirà le condizioni per l’accesso al mercato della piattaforma, mentre la mancanza di collaborazione (in termini di violazione delle regole contrattuali e delle policy aziendali, così come della non ottemperanza rispetto alle decisioni degli organismi interni di ODR) implicherà una limitazione/esclusione dallo stesso mercato⁷⁷.

Reputazione e fiducia, che non rappresentano certo una novità nel disciplinare la condotta dei consociati a prescindere o nonostante un sistema formale di regole⁷⁸, sembrano dunque essere oggetto di un recupero evolutivo al fine di rispondere alle nuove esigenze regolative del mercato digitale, in una prospettiva di integrazione e persino superamento delle tradizionali logiche che muovono la tutela del consumatore⁷⁹.

may entail the exclusion of the platform by the removal of the listing or the cancellation of the registration; a consequence that may be exponentially amplified as a result of network effects. Moreover, some online platforms also display features of a governance by self-commitment and unilateral standard-setting, which set out the conditions for market access”.

⁷⁶ L. EDWARDS – C. WILSON, *Redress and Alternative Dispute Resolution in EU Cross-Border E-Commerce Transactions*, 21 *Int’l Rev. L. Computers & Tech.* 315, 2007.

⁷⁷ M. CANTERO GAMITO, op. cit., 61: “Against this background, platform businesses are currently leading a (spontaneous) process of regulatory innovation in response to the ongoing economic, technological and societal transformations. These regulatory and institutional innovations represent a market response to the demands for regulation of the society in the Digital Age, which conventional forms of regulation and enforcement (judicial and extrajudicial) cannot easily replicate”.

⁷⁸ R. ELLICKSON, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge (MA), 1991. Cfr. altresì D.D. FRIEDMAN, *Less Law Than Meets the Eye*, 90 *Mich. L. Rev.* 1444, 1992; C. BICCHIERI, *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge, 2006, 175; J. CARBONNIER, *Les phénomènes d’inter-normativité*, in *Eu. Y.B. Law & Soc.* 42, 1977; B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*, New York-London, 1995; E. DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico*, Roma, 2008, ed. or. 1912; E. GOFFMAN, *Asylum. Le istituzioni totali: i meccanismi dell’esclusione e della violenza*, Torino, 1968.

⁷⁹ E.G. THORNBURG, *Going private: technology, due process and Internet dispute resolution*, 34 *U.C. Davis L. Rev.* 153, 2000; A. THIERER, C. KOOPMAN, A. HOBSON, C. KUIPER, op. cit., p. 43, 46; C. BUSCH, *Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, 2016, p. 221.

5.2 ODR e tutela dell'utente consumatore nei confronti dell'intermediario digitale

Come rilevato dallo studio degli articolati contrattuali qui presi in considerazione, l'intermediario digitale descrive la piattaforma online come un mero "luogo d'incontro" tra agenti economici, circoscrivendo il proprio ruolo a *semplice facilitatore dell'interazione* tra quest'ultimi, affermando la propria completa *estraneità* rispetto al rapporto contrattuale tra utente e fornitore finale del servizio, e conseguentemente limitando la propria responsabilità a ipotesi del tutto residuali.

Buon gioco ha quindi la piattaforma, ponendosi come *soggetto terzo*, nel dirimere controversie su questioni alle quali essa – ai sensi del contratto e delle policy aziendali – è del tutto estranea.

Nondimeno, la realtà appare in taluni casi restituire un'immagine ben diversa dalla declamazione formale, che rischia così di rivelarsi nulla più che uno *storytelling* teso a minimizzare i rischi di impresa dell'intermediario digitale.

Le regole di accesso alla piattaforma imposte all'operatore economico comportano infatti quasi sempre una attenta supervisione sul flusso di informazioni da questi trasmesse ai potenziali clienti (anche in termini di modalità di comunicazione), uno stretto controllo sulle transazioni commerciali, che si spinge sino alla fissazione del prezzo (vedi la pratica del "prezzo minimo garantito")⁸⁰, nonché la prestazione di servizi aggiuntivi (quali ad esempio quelli relativi ai sistemi di pagamento o alla spedizione dei prodotti).

Tutto ciò conduce a ricostruzioni teoriche che immaginano la responsabilità dell'intermediario con maggiore rigore laddove questi eserciti un più penetrante controllo sull'agente economico⁸¹ e comunque alla luce

⁸⁰ A riguardo si legge in M. COLANGELO - V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione online*, op. cit., 46: "(...) tra le clausole MFN si annovera la tipologia della best/low price guarantee (LPG), che può assumere la forma di price-matching, con cui un operatore promette alla clientela di pareggiare il prezzo praticato da un concorrente tramite un rimborso della differenza di prezzo, o price-beating, con cui il rivenditore può offrirsi di battere il prezzo praticato dai concorrenti di una determinata somma: con tali clausole viene, dunque, conferito all'acquirente un diritto a far valere immediatamente l'eventuale mancato rispetto dell'impegno previsto".

⁸¹ G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2/2015, p. 245, 269. Cfr. altresì ELI, *Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, art. 18(1): "If the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier, the platform operator is jointly liable with the supplier for non-performance of the supplier-customer contract". Cfr. altresì Comunicazione della Commissione Europea, Un'agenda europea per l'economia collaborativa, COM(2016) 356

di una considerazione d'insieme e unitaria dell'affare, valutando in tal modo "l'eventuale connessione funzionale tra contratti distinti, ma che concorrono a disegnare l'affare nel suo complesso, essendo caratterizzati da unicità sul piano economico e teleologico"⁸².

L'analisi dei rapporti giuridici nell'ambito del fenomeno dell'intermediazione online, che ineluttabilmente si innesta nel più ampio quadro delle strategie di regolazione del mercato digitale⁸³ e delle sfide rappresentate dalla *sharing economy*⁸⁴, sembra polarizzarsi tra la difficoltà di utilizzare categorie tradizionali e generali del consumerismo per inquadrare la nuova realtà, e il tema complesso - ma cruciale - della tutela dell'utente consumatore nei confronti dell'intermediario.

Così, sotto il primo aspetto, ci si chiede ad esempio se il rapporto tra proprietario dell'alloggio e il suo ospite nel mercato AirBnB sia una relazione tra pari o se invece il primo debba considerarsi alla stregua di un "professionista"⁸⁵. L'economia collaborativa, come sottolineato di recente dalla Commissione europea, "confonde la linea di distinzione tra consumatori e imprese dal momento che implica un rapporto multilaterale che può comprendere transazioni tra imprese, tra impresa e consumatore, tra consumatore e impresa e tra consumatori. In tali rapporti non è sempre

final, par. 2.3, p. 10-11.

⁸² G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, in *Foro It.*, 2015, V, p. 3.

⁸³ A. STEMLER, *Regulation 2.0: The Marriage of New Governance and Lex Informatica*, 19 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 87, 2016-2017; B.G. EDELMAN – D. GERADIN, *Efficiencies and regulatory shortcuts: how should we regulate companies like AirBnB and Uber?*, 19 *Stan. Tech. L. Rev.* 293, 2015-2016; W.P. SKLAR, J.C. EDWARDS, *Florida Community Associations Versus Airbnb and VRBO in Florida*, 2 *Fla. B. J.* 16, 2017.

⁸⁴ A. STEMLER, *Betwixt and between: regulating the shared economy*, 43 *Fordham Urb. L.J.* 31, 2016; M. SØRENSEN, *Private Law Perspectives on Platform Services Uber – a business model in search of a new contractual legal frame?*, 1 *EuCML* 15, 2016; M. MURPHY, *Cities as the Original Sharing Platform: Regulation of the New "Sharing" Economy*, 12 *J. Bus. & Tech. L.* 127, 2016-2017; V. KATZ, *Regulating the sharing economy*, 30 *Berkeley Tech. L.J.* 1067, 2015; B. CANNONT, H. CHUNG, *A framework for designing co-regulation models well-adapted to technology-facilitated sharing economy*, 31 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* 23, 2015; D. PALOMBO, *A tale of two cities: the regulatory battle to incorporate short-term residential rentals into modern law*, 4 *Am. U. Bus. L. Rev.* 287, 2015;

⁸⁵ V. MAK, *Private Law Perspectives on Platform Services - Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY*, 1 *EuCML* 19, 23, 2016: "It begs the question whether a host who is renting out an apartment through Airbnb is acting in a professional capacity. Arguably, someone who rents out a flat only for a few days or weeks each year and only during the time that they are on holiday themselves, is not acting for business purposes. Someone, on the other hand, who lists one or more spaces on Airbnb more or less continuously throughout the year might be considered to be running a profitable business, even if that person would not consider himself a professional landlord. Where to draw the line is not that easy to say".

chiaro chi sia la parte più debole da tutelare”⁸⁶.

Secondariamente, con riferimento al tema se l’intermediario sia tenuto al rispetto della disciplina a tutela del consumo, sembra slargarsi dinanzi all’osservatore un campo d’indagine estremamente ampio in cui per forza di cose si viene sospinti in direzioni molteplici.

Da un lato, s’impone uno sforzo teso alla qualificazione giuridica del rapporto tra intermediari digitali ed utenti da cui discendono severe conseguenze sotto il profilo della disciplina consumeristica applicabile e quindi della responsabilità delle piattaforme⁸⁷: così, con riferimento all’Italia, limitatamente all’intermediazione digitale dei servizi turistico-alberghieri, si è ragionato sulla qualificazione del rapporto in termini di mediazione⁸⁸, ovvero di mandato “bifronte”⁸⁹, o infine di contratto atipico⁹⁰.

Dall’altro, si studia l’applicabilità dell’attuale disciplina in materia di consumo al modello aziendale delle piattaforme digitali⁹¹: con riferimento, ad

⁸⁶ Comunicazione della Commissione Europea, *Un’agenda europea per l’economia collaborativa*, COM(2016) 356 final, par. 2.3.

⁸⁷ D. MOŽINA, *Retail business, platform services and information duties*, 1 *EuCML* 25, 2016; C. RIEFA, *To be or not to be an auctioneer? Some thoughts on the legal nature of online eBay auctions and the protection of consumers*, 31 *J. Consum. Policy* 167, 2008.

⁸⁸ M. COLANGELO - V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione online*, op. cit., 48: “Dal punto di vista pratico, fermo restando l’incarico che sicuramente l’intermediario ha ricevuto dal prestatore di servizi, la costruzione meglio si attaglia alla fattualità tipica dei rapporti su internet (l’utente entra sul sito, sceglie, prenota, acquista senza porsi grandi problemi in ordine al rapporto che viene a crearsi). Qui, a favore del consumatore potrebbe soccorrere quella giurisprudenza (...) che pone in capo al mediatore una serie di obblighi (...)”

⁸⁹ M. COLANGELO - V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione online*, op. cit., 50: “(...) esemplificativamente l’albergo dà mandato all’intermediario di reperire un cliente; il cliente dà mandato all’intermediario di reperire una stanza di albergo. Sicuramente questa ipotesi bilaterale trova fondamento quando il cliente paga, di tasca propria (cioè, in aggiunta al prezzo del servizio di viaggio/soggiorno) una commissione all’intermediario. Pagamento che altrimenti non avrebbe causa giuridica/economica. Ma anche quando manchi un corrispettivo monetario si potrebbe configurare la remunerazione nella fornitura di tutti i dati personali del cliente, dati che abbiamo visto avere — una volta aggregati — un grandissimo valore”.

⁹⁰ M. COLANGELO - V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione online*, op. cit., 50: “Gli elementi caratteristici sono la fortissima identità del soggetto e dunque la sua individuazione come l’interlocutore per la fruizione di taluni servizi, senza peraltro che egli chiarisca il suo ruolo di mero interpositore; la creazione di un legittimo affidamento in capo all’utente, con la conseguente condivisione del rischio da parte dell’intermediario; la necessità della prestazione che fornisce, non altrimenti reperibile sul mercato; la preminenza rispetto non solo al consumatore ma anche a gran parte dei soggetti imprenditoriali intermediati; la articolazione digitale del rapporto, in genere su una maschera predisposta dall’intermediario, caratterizzata da un elevato (e indispensabile) automatismo”.

⁹¹ D. MOZINA, *Retail business, platform services and information duties*, 1 *EuCML* 25, 2016.

esempio, ai doveri d'informazione precontrattuale in capo all'intermediario⁹²; alla previsione della responsabilità per mancata conformità dei beni acquistati anche in capo alle "altre persone nei precedenti anelli della catena di transazioni commerciali", il che facilmente coinvolgerebbe gli intermediari digitali una volta approvata la proposta di Direttiva sulla vendita di beni online⁹³; alla responsabilità dell'intermediario per violazione degli obblighi contrattuali del prestatore finale di servizi (come già previsto dalla richiamata direttiva sui pacchetti turistici)⁹⁴.

Infine, la consapevolezza della rilevanza globale di quanto in argomento⁹⁵, spinge lo studioso verso la ricerca di soluzioni che abbiano una portata transnazionale, tra cui si annovera il recente progetto di Direttiva sulle piattaforme degli intermediari digitali promosso dallo *European Law Institute*⁹⁶.

Non è certo qui possibile soffermarsi su un tema che meriterebbe una trattazione autonoma, ma sia concesso articolare talune brevi riflessioni e declinarle sull'argomento che è stato oggetto della presente indagine.

La prima, di ordine generale, che ricorda a me stesso la semplice considerazione che nell'ambito di rapporti giuridici transfrontalieri che riguardano transazioni in cui è parte un consumatore, la regola di favore nei confronti di quest'ultimo (in base alla quale si applica il diritto del paese in cui questi ha la sua abituale residenza)⁹⁷, potrebbe rivelarsi inapplicabile - come già rilevato a proposito del mercato del gioco e scommesse online⁹⁸ - se il professionista abbia il proprio domicilio in un paese al di fuori dall'Unione Europea, con conseguente inoperatività del ricco bagaglio statutario in materia di tutela del consumo.

E anche laddove una corte nazionale di un Paese membro dovesse ritenere il contrario (magari argomentando per la qualifica di norme di ordine pubblico

⁹² Direttiva UE 2015/2302, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, 25 novembre 2015, art. 5

⁹³ *Proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni*, COM(2015) 635 final, art. 5(c)

⁹⁴ Direttiva UE 2015/2302, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, 25 novembre 2015, art. 13(1)2.

⁹⁵ M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione online*, op. cit., 46: "E comunque una soluzione nazionale nel mondo di Internet nasce con un respiro provinciale"

⁹⁶ Research group on the Law of Digital Services, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, 4 EuCML 164, 2016. Sul tema cfr. altresì C. BUSCH, H. SCHULTE-NOLKE, A. WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA - F. ZOLL, op. cit..

⁹⁷ Regolamento CE 593/2008, *Sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Roma I), 17 giugno 2008, art. 6.

⁹⁸ Sia concesso il riferimento a S. CASABONA, *I-gaming contracts: a first appraisal from a consumer protection point of view*, in *Riv. Dir. Comm. Int.*, n. 4/2016, p. 809, 819-820.

delle regole a protezione del consumatore), si porrebbe in modo importante il problema dell'*enforcement* transfrontaliero di una decisione che potrebbe essere ben ritenuta contraria all'ordine pubblico nazionale dell'ordinamento extra UE in cui ha domicilio l'intermediario digitale.

Ora, valutate le caratteristiche del mercato che si prende in esame e quindi la sua ontologica dimensione globale, il senso della realtà suggerirebbe che qualsivoglia soluzione, normativa o di ricostruzione dottrinarica, venga misurata con la fin troppo facile eludibilità sul piano strettamente tecnico-giurico della disciplina consumeristica nelle *transnational consumer transactions* (a tacere delle ben più persuasive valutazioni relative al rapporto costi benefici di azioni giudiziali transfrontaliere per liti di valore bagatellare): a poco vale infatti qualificare il rapporto in modo tale da garantire all'utente della piattaforma la protezione riconosciuta al consumatore, se poi l'intermediario ha il domicilio al di fuori (dei sempre più ristretti) confini europei.

E di ciò ne è ben consapevole la Commissione europea che, infatti, stretta tra l'esigenza di superare con provvedimenti uniformi la pluralità delle discipline nazionali e quella di non ostacolare il ruolo innovativo delle piattaforme, sembra promuovere misure di auto-regolamentazione e co-regolamentazione⁹⁹.

Secondariamente, nell'affrontare il tema della tutela dell'utente consumatore varrebbe la pena riflettere sulla peculiarità regolativa delle piattaforme digitali gestite dagli intermediari (almeno di quelle qui prese in esame), che si connota e per una marcata *self-regulation* e per la presenza di un *sistema* di *self-enforcement*, basato sulla peculiarità dei meccanismi di ODR di cui si è detto e sui quali si ritornerà ancora dappresso.

Strutture normative e logiche autoreferenziali sulle quali s'innestano interessanti processi di *assimilazione*, *metabolizzazione* e *reinterpretazione* della tutela dell'utente: così accade ad esempio come i vari meccanismi convenzionali che prevedono garanzie e *chargeback* a favore dell'acquirente, in forza dei quali l'intermediario si impegna direttamente nei confronti dell'utente a restituire il prezzo di acquisto (nell'ipotesi di mancata consegna del prodotto o sostanziale difformità dello stesso rispetto a quello ordinato), vengono posti *in aggiunta alle garanzie legali previste a tutela del consumatore*, senza ad esse sostituirsi. Ciò al fine esclusivo di garantire la sicurezza degli scambi e aumentare la fiducia dell'utente nelle transazioni che avvengono nell'ambito di una certa piattaforma.

⁹⁹ Comunicazione della Commissione Europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*, COM(2016) 288 final, par. 4.

La prospettiva d'indagine su eventuali strumenti contrattuali di protezione della parte debole, aperta anche all'ideazione di nuovi dispositivi tesi a incrementare e articolare il livello delle tutele, appare dunque particolarmente promettente sia sotto il profilo della maggiore sintonia rispetto a modelli aziendali che tendono a sfuggire a regolamentazioni eteronome, sia nell'ottica dell'eventuale composizione di controversie ad opera degli ODR interni alle piattaforme.

5.3 Peculiarità dei sistemi ODR degli intermediari digitali: dall'Alternative Dispute Resolution all'Alien Dispute Resolution

Il fenomeno qui esaminato mi sembra che si contraddistingua per un certo grado di "estraneità" e peculiarità rispetto al ricco strumentario di *alternative dispute resolution*, già disciplinato a livello nazionale e comunitario.

Innanzitutto, il ruolo dell'intermediario digitale nel comporre la controversia si connota per una dimensione aggiudicativa e persino autoritativa in cui la ricerca dell'accordo mediativo tra le parti¹⁰⁰ (sia in termini di "*norm educating mediation*" o di "*norm advocating mediation*")¹⁰¹ rimane sullo sfondo o relegata ad ipotesi marginali (vedi Twago).

Al contempo, però, gli schemi di ODR predisposti dalle varie piattaforme prese in esame si distinguono anche dalle varie rappresentazioni teoriche in cui tradizionalmente viene inquadrato l'istituto dell'arbitrato: essi infatti non possono essere assimilati a "giudici privati" che traggono la loro legittimazione dal sistema giuridico in cui l'arbitrato si svolge (*monolocal representation*), nè tanto meno è possibile argomentare che la loro legittimazione derivi dalla volontà *collettiva* degli stati di riconoscere valore giuridico alle loro decisioni (*Westfalian representation*)¹⁰².

¹⁰⁰ R. VAN LOO, *The corporation as courthouse*, 33 *Yale J. on Reg.* 547, 2016.

¹⁰¹ Ovvero la ricerca dell'accordo nel quadro delle norme che regolano la materia (*norm educating mediation*) o la puntuale applicazione di tali norme nell'ambito dell'accordo mediativo (*norm advocating mediation*), cfr. per tutti C. ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n. 41/2000, p. 1295; A. MIRANDA (cur.), *Mediation at the crossroad of different legal culture*, Rome, 2014; A. PERA - G. M. RICCIO (cur.), *Mediazione e Conciliazione, diritto interno, comparato ed internazionale*, Padova, 2011.

¹⁰² E. GAILLARD, *Legal theory of international arbitration*, Leiden-Boston, 2010, p. 15-66; E. GAILLARD, *Transcending national legal orders for international arbitration*, in A. VAN DEN BERG (cur.), *International arbitration: the coming of a new age?*, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 371; P. ORTOLANI, *op. cit.*, 611.

Infine, neanche la c.d. rappresentazione “transnazionale” dell’arbitrato, fondata sulla natura autonoma dell’istituto rispetto a qualsivoglia ordinamento giuridico¹⁰³, appare idonea a descrivere il fenomeno qui preso in considerazione. In tale ultimo schema, infatti, l’arbitrato si muove sempre “all’ombra” dei sistemi giuridici nazionali nei confronti dei quali si pone in una posizione di *complementarietà*¹⁰⁴, cosa invece che non pare riscontrarsi nelle *online platforms* che paiono promuovere modelli di risoluzione delle controversie *concorrenziali* ed *autonomi* rispetto a qualsivoglia ordinamento nazionale.

Così accade di ritrovare nell’articolato contrattuale o nelle regole delle politiche aziendali formule quali “(s)e vuoi portare una questione alla nostra attenzione, o ritieni che abbiamo gestito un tuo reclamo in maniera insoddisfacente, ti invitiamo a contattarci prima di inviare un reclamo attraverso la piattaforma ODR. Amazon offre un servizio clienti accurato ed efficace e adotta standard elevati per gestire, affrontare e risolvere segnalazioni e richieste di assistenza dei propri clienti. Se desideri comunque presentare un reclamo attraverso la piattaforma ODR per un ordine effettuato su Amazon.it, inserisci l’indirizzo e-mail odr@amazon.it nella sezione “Indirizzo e-mail del commerciante” del modulo di reclamo nella piattaforma ODR”¹⁰⁵.

Pertanto lo stesso sistema di *online dispute resolution* disciplinato a livello comunitario al fine di fornire un unico punto di accesso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie *on line*¹⁰⁶ viene valutato dagli intermediari digitali come una opzione – per quanto è possibile - da evitare. Insomma il sistema di composizione delle controversie offerto dalla singola piattaforma digitale vuole essere “alternativo” rispetto agli stessi sistemi di *alternative dispute resolution*, disciplinati tanto a livello comunitario quanto, e ancor di

¹⁰³ W. PARK, *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, 32 *Int’l & Comp. L.Q.* 21, 1983; W. PARK, J. PAULSSON, *The Binding Force of International Arbitral Awards*, 23 *Va J Int’l L.* 253, 1983; J. PAULSSON, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, 32 *Int’l & Comp. L.Q.* 53, 1983; J. PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin*, 30 *Int’l & Comp. L.Q.* 358, 1981.

¹⁰⁴ P. ORTOLANI, *op. cit.*, p. 612-613: “(...) national laws are not rejected by arbitration, but rather embraced through the ascertainment of prevailing rules and their elevation to the rank of transnational principles. (...) authors arguing in favour of the independence of arbitration and its autonomous normative potency do not describe it as antagonistically operating in a vacuum: on the contrary, arbitration is seen as coexisting and cooperating with national states”.

¹⁰⁵ www.amazon.it.

¹⁰⁶ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull’ODR per i consumatori).

più, a livello nazionale.

La *self-regulation* caratterizza così l'intero processo di ODR degli intermediari digitali qui considerati, nel quale il parametro normativo di riferimento non pare essere più esclusivamente quello costituito dagli obblighi reciproci contenuti nel contratto di servizio, né tanto meno l'insieme di norme che regola una certa materia a livello nazionale¹⁰⁷. Ciò che invece sembra guadagnare una centralità inedita sono le regole contenute nelle "politiche aziendali" che, oltre a tradurre in termini accessibili e di immediata comprensibilità il contratto, lo integrano e lo precisano, divenendo così *nei fatti* principale riferimento della normatività (in senso ampio) per gli utenti fruitori del servizio.

Si prenda ad esempio quanto accade nella piattaforma AirBnB, in cui sono stabilite nell'ambito delle policy aziendali regole antidiscriminazione (al proprietario non è consentito rifiutare un ospite a causa dell'etnia, del genere, dell'età, dello stato di famiglia, della disabilità)¹⁰⁸; regole per il rimborso dell'ospite (se l'alloggio non rispecchia le caratteristiche descritte nel sito, se non è adeguatamente sicuro e pulito, e così via)¹⁰⁹; regole che disciplinano le c.d. "circostanze attenuanti" (decesso, lesione grave, una catastrofe naturale...)¹¹⁰, verificatesi le quali, i termini di cancellazione impostati dal proprietario potrebbero essere ignorati con conseguente possibilità di rimborso.

"Community", dunque, che condividono un sistema di regole e principi implementato dal singolo intermediario digitale in ordine alla fruizione di un certo servizio e alla risoluzione delle eventuali controversie: il tutto in una prospettiva, come si è detto, auto-regolativa e persino di costruzione di identità collettiva (vengono coniate espressioni del tipo "Airbnb Citizens").

Gli ODR qui presi in considerazione appaiono avere pertanto una vocazione tendenzialmente uniforme a livello globale, sostanzialmente autoreferenziali nelle regole applicate e nei procedimenti seguiti¹¹¹ e quindi in parte distanti dal rapporto ADR – evoluzione del principio di sussidiarietà

¹⁰⁷ T. WU, *Strategic law avoidance using the Internet: a short history*, 90 S. Cal. L. Rev. Postscript 7, 2016-2017; O. LOBEL, *The law of platform*, 101 Minn. L. Rev. 87, 2016.

¹⁰⁸ Airbnb, termini e politiche, www.airbnb.it/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect. Cfr. in dottrina K.T. BARLETT, M. GULATI, *Discrimination by customers*, 102 Iowa L. Rev. 223, 2016-2017.

¹⁰⁹ Airbnb, termini e politiche, www.airbnb.it/help/article/544/what-is-airbnb-s-guest-refund-policy

¹¹⁰ Airbnb, termini e politiche, www.airbnb.it/help/article/1320/what-is-airbnb-s-extenuating-circumstances-policy

¹¹¹ C. ROSSELLO, *La governance di Internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, in *Dir. Comm. Int.*, n. 1/2006, p. 45-95

di cui scrive Frosini ¹¹²: se è vero infatti che tali sistemi risolutivi sono *in astratto* complementari rispetto all'intervento autoritativo giurisdizionale del singolo stato, mi sembra altrettanto vero come la loro ideazione ed attivazione si muova in una cornice di senso per certi aspetti distante dalla legittimazione discendente dalla riduzione dell'intervento pubblico a favore di una soluzione negoziale delle parti. Sembra piuttosto che attori economici del mercato globale, quali sono gli intermediari digitali, si dotino di proprie regole e di proprie modalità di risoluzione delle controversie in modo del tutto indipendente da alcun diritto nazionale; regole e strumenti di risoluzione delle controversie che trovano la loro "legittimazione", più che in una dimensione giuridica, nelle esigenze commerciali dettate da operazioni seriali transfrontaliere su supporto digitale.

Strettamente connesso a quanto sopra, è il tema cruciale dello *enforcement* di decisioni aventi rilevanza transfrontaliera, che costituisce la criticità principale dell'ADR/ODR ¹¹³, attesi i costi significativi soprattutto rispetto ai valori modesti delle liti e la non praticabilità degli strumenti transfrontalieri di coazione, primo tra tutti la Convenzione di New York *per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere* del 1958 ¹¹⁴.

Sotto questo aspetto, i sistemi di ODR esaminati rappresentano, come è stato detto, una sorta di 'legal Darwinism' ¹¹⁵ in risposta alle sfide del commercio elettronico.

Da ciò un paio di considerazioni.

Innanzitutto, si assiste all'emersione di meccanismi inediti di (*self*) *enforcement*: meccanismi "indiretti", affidati alle logiche proprie dei sistemi reputazionali; e meccanismi "diretti", mediante il controllo dei flussi finanziari dell'operazione negoziale, di cui il modello PayPal si pone quale

¹¹² T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le "Alternative Dispute Resolutions"*, in *An. Giur. Econ.*, n. 1/2011, p. 47.

¹¹³ M. HANRIOT, *Online Dispute Resolution (Odr) as a solution to cross border consumer disputes: the enforcement of outcomes*, 2 McGill J. Disp. Resol. 1, 2015-2016; P. CORTÉS, *A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward*, in *Legal Studies*, Vol. 35 No. 1, 2015, pp. 114-141; I. COLON-FUN, *Protecting the new face of entrepreneurship: online appropriate dispute resolution and international consumer-to-consumer online transactions*, 12 Fordham J. Corp. & Fin. L. 233, 2007; K. STEWART – J. MATTHEWS, *Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes*, 56 U. Miami L. Rev. 1111, 2002.

¹¹⁴ P. ORTOLANI, op. cit., 595, p. 603-604.

¹¹⁵ P. ORTOLANI, op. cit., 604: "(...) in order to survive in the environment of e-commerce, ODR systems must develop private mechanisms of enforcement which do not rely on any support from state courts and authorities".

esempio paradigmatico¹¹⁶.

In secondo luogo, poi, emerge con una certa evidenza come l'incorporazione di sistemi ODR e dei relativi meccanismi di coazione nell'ambito delle piattaforme commerciali online determini una sorta di "*de facto monopoly over enforcement*"¹¹⁷, in cui tanto i sistemi giudiziari nazionali quanto gli strumenti di ADR/ODR (esterni alla piattaforma) rimangono nei fatti inoperanti per mancanza di scelta del consumatore.

Messa da parte, allora, la talvolta abusata retorica sul preteso cambiamento culturale alla base dell'impiego delle tecniche di ADR che favorirebbero un a "giustizia coesistenziale" rispetto ad una "giustizia conflittuale" del processo¹¹⁸, mi sembra che i sistemi ODR esaminati, non solo costituiscano una risposta alla drammatica crisi profonda che affligge la giustizia civile "pubblica" in molti paesi, ma abbiano il grande merito di far diventare (per utilizzare una nota metafora di Monateri) "ruggiadose" quanto è ruvido, ovvero la difficoltà e il rischio, delle transazioni commerciali internazionali.

Abstract

The article provides an analysis of the variety of ODR systems implemented by some digital intermediaries (Booking.com, Amazon, Ebay, Twago, AirBnB, Paypal). The study, conducted on the basis of the service contracts' templates and of the company policies, describes the legal frameworks of ODR's, investigating their relevant features and attempting at a classification of the different schemes into macro-models of reference.

The article makes two main contributions. First, It underlines the peculiarities of the online platforms' ODR in terms of self-regulation and self-enforcement, whose characteristics lead to theorizing a new model of dispute resolution in the electronic environment, purposed to overcome the legal hindrances that obstacle trade on a global scale. Secondly, It discloses the profound interconnection between trust, reputation and digital intermediaries' regulatory strategies as an innovative paradigm in the settlement of disputes

¹¹⁶ A riguardo lettura interessante è il rapporto UNCITRAL, WORKING GROUP III (Online dispute resolution), *Online dispute resolution for cross-border electronic commerce transactions: overview of private enforcement mechanisms*, 9/WG.III/WP.124, 18-22 November 2013

¹¹⁷ M. CANTERO GAMITO, *op. cit.*, 65.

¹¹⁸ M. TARUFFO, *Una alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti*, in *Revista de Processo*, 2007, p. 319, 320, 321: "(...) il successo dell'ADR è direttamente proporzionale – anzi ne è una immediata conseguenza – alla inefficienza della giustizia dello Stato".

arising from the electronic marketplace.

Koesrianti*

*Legalization and Adjudicative Legitimacy
of the ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The emergence of international regulatory regimes - 2.1. The internationalization of economic and social activity in globalized era - 2.2. ASEAN trade dispute mechanism and its legalization (1977-2003) - 2.3. ASEAN Charter: legalization of ASEAN agreements and institutions - 2.4. A Rules-based ASEAN Community - 2.5. ASEAN Legal Instruments - 3. Pillars of the AEC Blueprints - 3.1. A single market and production base - 3.2. A highly competitive economic region - 3.3. A region of equitable economic development - 3.4. A region fully integrated into the global economy - 4. The legalization of ASEAN dispute settlement mechanism - 4.1. A community law: the European Union law as a comparison - 4.2. Dispute settlement mechanism in ASEAN - 4.3. The Dispute Settlement Mechanisms of other international organizations - 4.3.1. Dispute Settlement Mechanism under NAFTA and WTO: as comparative study - 4.3.2. Trade dispute settlement mechanism: ASEAN practical context - 5. Conclusion.

1. Introduction

ASEAN has moved to integrated economic area when in 2015 ASEAN Member Countries (AMCs) leaders declared the official establishment of ASEAN Community (AC) comprises of the ASEAN Economic Community (AEC) complemented by the ASEAN Political Security Community (APSC) and the ASEAN Socio-Cultural Community (ASCC). The AEC would create a single market and production base in the region by 2020 (later it advanced to 2015) by agreeing an open economic policy consist of a free flow of goods, services, investment, skilled labor and a free flow of capital. It is an ambitious program for ASEAN that has desired the AMCs to comply with the various obligations that are the foundation of the new communities. Historically ASEAN was a simple association of

* Associate Professor at Faculty of Law, Universitas Airlangga, Indonesia.

a group of Southeast Asian nations that its legal document, the Bangkok Declaration, essentially stated a few shared goals and announced an annual meeting of foreign ministers.¹

For almost three decades the region has witnessed changing dynamics within the Southeast Asian region of integration and development as consequences of the ASEAN intra-regional development. ASEAN has expanded covering almost all countries in the Southeast Asian region, as new members of ASEAN, include Cambodia, Laos, Myanmar and Vietnam. ASEAN has expended its cooperation by concluded free trade agreements (FTAs) with major trading countries, such as Japan, India, China, South Korea, and Australia-New Zealand. Beside that, ASEAN also has deepened its cooperation, covering and incorporating all of economic agendas, such as, goods, services, investment, and capital, as well as political security and socio-cultural sectors.

The process of the community establishment has begun when ASEAN rose to the challenge for deep integration by launched the 2003 Bali Concord II to establish the ASEAN Community consist of three pillars, namely, APSC, AEC, and ASCC by 2020. ASEAN also adopted the ASEAN Charter in 2007 and it entered into force in 2008 as a legal foundation for the ASEAN Community. The Charter has been regarded as the 'constitution' of ASEAN. The preamble of the Charter clearly stated that "We, the peoples of the Member States of the ASEAN ...HEREBY DECIDE to establish, through this Charter, the legal and institutional framework for ASEAN".

In ensuring that the AMCs commitment toward the ASEAN's goal timely firm, the ASEAN leaders adopted blueprint of AEC for achieving the AEC by 2015. In achieving this goal ASEAN utilizes AEC scorecard measures and the AMCs should implement these measures in their national level in certain time frame, which ended its' term in December 2015. However, the AMCs could not accomplish all the measures completely. In general the AMCs had only implemented 92,7 percent or 469 of the total 506 measures until the target date. Regarding with these unfinished obligations, AMCs agreed to place them as priority of the AMCs with certain new deadlines. Meanwhile, law at any level can perform various functions includes communication, facilitation, and coercion.² As communication law

¹ The ASEAN Declaration (Bangkok Declaration), Indonesia – Malaysia, Philippine-Singapore- Thailand, done at Bangkok, 8 August 1967, see asean.org/the-asean-declaration-bangkok-declaration-bangkok-8-august-1967/ (viewed on 02/04/2017)

² DAVID, M. TRUBEK, R. HUDEC, M.P. COTTREL, *The Theory of International Economic Law: the Law of Global Space*, in C. THOMAS, J.P. TRACHTMAN (eds), *Developing Countries*

set forth standards for behavior of individuals, organizations or states. While law as facilitation, create arenas in which individuals or groups may seek to set rules for their interaction or solutions to common problems, law as coercion provides sanctions for noncompliance with authoritative standards or mutually agreed-upon rules.³

This article argues that legalization of ASEAN has failed. It discusses the ASEAN Economic Community Blueprint as a strategic tool to achieve the ASEAN vision as well as a legalized model in achieving the ASEAN Community in 2025. AMC's compliance of their AEC commitments is based on how many measures that accomplished by individual AMC and these are monitored by Scorecard system, called the AEC Scorecard, which has been used by ASEAN as a monitoring mechanism. As a compliance tool, the AEC Scorecard reports the progress of implementing the various AEC measures, identifies implementation gaps and challenges, and tracks the realization of the AEC by 2025. This article also examines whether ASEAN will continue to avoid legalization, especially in implementing a trade dispute settlement mechanisms. ASEAN has adopted dispute settlement resolution clauses in the ASEAN Charter.

2. The emergence of international regulatory regimes

2. 1. The internationalization of economic and social activity in globalized era

The notion of a single unified system of decision-making authority has become increasingly problematic in a global political economy due to interdependence of states' relations. Proliferation of regional organizations has been flourished since early 1990s, so there are no longer 'regions without regionalism'.⁴ Since then, regional organizations have been becoming actors in their own right in an increasingly vertically and horizontally differentiated emerging system of global governance.⁵ Majority of these

in the WTO Legal System, Oxford Univ Press, 2009, p. 132.

³ Ibid.

⁴ N.D. PALMER, 1991, *The new Regionalism in Asia and the Pacific*, Lexington, M.S: Lexington Books, quoted in P. NGUITRAGOOL, J. RULAND, *ASEAN as An Actor in International For a: Reality, Potential and Constraints*, Cambridge, 2015, p. 2.

⁵ J. RULAND, 2010, *Balancers, Multilateral Utilities or Identity Builders? International Relations and the Study of Inter-regionalism*, Journal of European Public Policy 17 (8): 1268-1280, quoted in P. NGUITRAGOOL, J. RULAND, *ibid*.

new regional organizations are inter-governmental in nature. International organizations have in the past been defined in international treaties simply as 'inter-governmental organizations' in order to demonstrate that the key characteristic of such groupings is that their membership comprises states.⁶ Amerasinghe refers to organizations 'normally created by a treaty or convention to which states are parties and the members of the organization so created are generally states' and points to 'basic characteristics such as establishment by international agreement among states, possession of a constitution, possession of organs separate from its members, establishment under international law, and either exclusive or predominant membership of states or governments.'⁷ An international organization is created by means of a treaty. The treaty may give it legal personality under international law where it then becomes a subject of international law and can have rights under international law by which it is bound.⁸ ASEAN as an international organization also declares its international legal personality.⁹ If an entity has international legal personality, it is recognized by international law as a person where it can have rights and obligations.¹⁰ It can enter into agreements, incur liability and perform other acts that result in a change in its legal position.

In this era of globalization, many see that the traditional concept of sovereignty has vanished as globalization has curtailed national sovereignty with respect to fiscal, monetary, and economic policy.¹¹ It is transforming traditional conceptions and constructions of sovereignty when the conventional image of sovereignty associated with exclusive territorial jurisdiction is no longer theoretically or empirically serviceable in the face of internationalization of economic and social activity. In facing globalization, majority states in the world now became the member of international groupings in order to strengthen their position on bargaining their

⁶ See e.g. the Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations, 1975; the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, 1978 and the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations, 1986.

⁷ AMERASINGHE, *Principles of Institutional of International Organization*, Cambridge University Press, 2005, p 201.

⁸ T.C. HARTLEY, *European Union Law in A Global Context, Text, Cases and Materials*, Cambridge Univ. Press, 2004, p. 132.

⁹ See, article 3 of ASEAN Charter.

¹⁰ HARTLEY, n. 8, p. 217.

¹¹ L. BOULLE, *The Law of Globalization: An Introduction*, Kluwer Law International, 2009, p 102

national interests toward international trade major players.¹² As a result of globalization, international regimes of one type or another are playing a growing role in the regulation of affairs which related to the governance beyond the level of nation state by bringing more aspects of international life into the ambit of law-like processes.¹³ This specific law that apply refers to the use of various authoritative processes that affect national cross-borders transactions.

It is perceived that states in the Asia Pacific region, including Southeast Asian region prefer more informal methods of consultation to formal organizations.¹⁴ They relations tend to have mechanisms with emphasis on diplomacy such as second tier diplomacy and informal meetings. In the ASEAN context, the Bangkok Declaration 1967, actually did not create an organization, the founding fathers of ASEAN intended to set up a mechanism to foster mutual trust among them. Therefore, in the first two decades of ASEAN establishment there was very few interest-driven agreements had been produced by ASEAN since ASEAN at that time merely as a forum for AMCs to know each other as neighboring countries that had been separated by their own colonial histories whose have similar destiny to face communism threat.

In the beginning of 1990s ASEAN started to revitalize and institutionalize of their economic and political activities by forming the ASEAN Free Trade Area (AFTA) and ASEAN Regional Forum (ARF) to meet the emerging challenges posed by globalization of the world economy and the uncertain regional strategic environmental. Eventually, ASEAN's approach to economic cooperation and integration focused on the need to eliminate trade barriers to intra-regional trade and investment that this leads to competitiveness of the region that can compete more effectively in international markets in facing an increasingly competitive global world. ASEAN eventually also has legalized all of its dynamic regional governance. ASEAN very recently also declared as a rule-based organization as its' future goal, as stated, "cognizant of our commitment made under ...that set out the future direction for ... and a truly rules-based, ...ASEAN"¹⁵ Furthermore, ASEAN also committed

¹² KOESRIANTI, *International Cooperation Among States In Globalized Era: The Decline Of State Sovereignty*, *Indonesia Law Review* 3 (3), 267 – 28, 2013, p. 275.

¹³ D.M. TRUBEK, M.P. COTTREL, R. HUDEC, *The Theory of International Economic Law: the Law of Global Space*, in C. THOMAS AND J.P. TRACHTMAN (eds), *Developing Countries in the WTO Legal System*, Oxford Univ Press, 2009, p. 130.

¹⁴ G. TRIGGS, *Confucius and Consensus: International Law in the Asian Pacific*, 21 *Melbourne University Law Review* 650, 1997, p 675.

¹⁵ ASEAN, Kuala Lumpur Declaration on ASEAN 2025: Forging Ahead Together,

to realize a vision as a rules-based ASEAN Community in 2025.¹⁶

International legalization is a form of institutionalization characterized by three dimensions: obligation, precision, and delegation.¹⁷ Obligation means that states are legally bound by rules or commitments and therefore subject to the general rules and procedures of international law.¹⁸ Precision means that the rules are definite, unambiguously defining the conduct they require, authorize, or proscribe.¹⁹ Delegation grants authority to third parties for the implementation of rules, including their interpretation and application, dispute settlement, and (possibly) further rule making.²⁰ These dimensions are conceptually independent, and each is a matter of degree and gradation. Their various combinations produce a remarkable variety of international legalization. Legalization is ranging from “hard” legalization (characteristically associated with domestic legal systems) through various forms of “soft” legalization to situations where law is largely absent. Most international legalization lies between the extremes, where actors combine and invoke varying degrees of obligation, precision, and delegation to create subtle blends of politics and law.²¹

In a slightly different view, legalization in ASEAN can be understood comprehensively by analyzing the ‘ASEAN way’. One stated that ‘ASEAN way’ has never given primacy, so far, to logic and rigorous conceptual models, but usually amounts to pragmatic responses- mainly to external pressures- and under political constraints such as far-reaching respect for national sovereignty and a search for consensus.²² Nonetheless, after the commencement of the ASEAN Charter in 2008, ASEAN has moved toward mechanism rule of law. Both national law and regional has similar concept of law, especially the function of law. In relation with sovereignty, it can be said that law is the most important aspect. Law is the main foundation for the formation of political order, interestingly; law is ‘the sole guarantor of

para.6. Retrieved from ASEAN website www.asean.org/storage/2015/11/ASEAN_2025_Forging_Ahead_Together.pdf.

¹⁶ ASEAN, Community Vision 2025, number 4, *ibid*.

¹⁷ MILES KAHLER, *Legalization as Strategy: The Asia-Pacific Case*, *International Organization*, 54, 2000, p 549-571.

¹⁸ *Ibid*.

¹⁹ *Ibid*.

²⁰ *Ibid*.

²¹ MILES KAHLER, *Legalization as Strategy: The Asia-Pacific Case*, in *International Organization*, 54, 2000, p 549-571.

²² J. PELKMANS, *The ASEAN Economic Community: A Conceptual Approach*, Cambridge University Press, 2016, p. 191.

the continuity of civilization'.²³ The central features of any regime based on the rule of law are as follow:²⁴

- 1- The outcomes of actions are given by clear, transparent and accessible rules;
- 2- Such outcomes are enforceable, whether through penalties, sanctions or moral suasion;
- 3- Arbitrariness in the exercise of power and uncertainty of outcomes are minimized.

Fundamental to rule of law and a rules-based organization are mechanisms for accountability and agreed rules that are applicable to all.

2.2. ASEAN trade dispute mechanism and its legalization (1977-2003)

ASEAN legalization of its trade dispute mechanism had started when ASEAN started its efforts at economic integration among the Association in 1992. Initial obstacles of ASEAN integration included among others is the wide differences in economic size, development level and industrial competence among AMCs that giving rise to widely divergent perceptions of benefits and costs of economic integration. The international pressures such as the formation of the single market of the European Union and the North Free Trade Area that were likely would attracted foreign investments to Europe and America has led ASEAN to switch to outward-looking development strategies to boost economic development in the region by establishing ASEAN Free Trade Area (AFTA) in 1992. The AFTA Agreement has set up its own dispute settlement mechanism as its Annex, which legalized the trade disputes mechanism in ASEAN. Previously, the ASEAN agreements such as ASEAN Industrial Complementation (AIC) Scheme of 1981, ASEAN Industrial Joint Venture (AIJV) of 1983 and the Preferential Trading Arrangements (PTA) of 1977 and others, each has only one article on dispute resolution mechanism. In the period of 1977 – 1990 the scope for disputes among member states was great as ASEAN and its members have certainly not been immune to trade and trade related

²³ J SHEEHAN, *The problem of Sovereignty: the American History Review*, Oxford University Press, Vol.3, 2006, p 7.

²⁴ A. DUXBURY, *Moving toward or turning away from institutions? The future of International Organizations in Asia and Pacific*, in *Singapore Yearbook of International law*, 2007, 11 SYBIL, 177-193, p 177.

disputes but have no effective mechanisms for dispute resolution.²⁵

In 2003, in ASEAN Summit IX in Bali, ASEAN intended to move toward economic integration and declared that ASEAN would have formed an ASEAN community in 2020. The Declaration of Bali Concord II stated that AMCs pledged to achieve an ASEAN Community 'for the purpose of ensuring durable peace, stability, and shared prosperity in the region' by the year 2020 as outlined in the ASEAN Vision 2020.²⁶ The Declaration was an ASEAN' response to the financial crisis 1997/1998, endemic disease SARS, some terrorist attacks in the region, and 'is seen as an attempt to regain credibility from its economic partners.'²⁷ ASEAN has been moved even closer together by integrating AMCs' economic as likely one country is the presence of two emerging giant India and China, where China has more than double the size of ASEAN in terms of people and economic per capita.²⁸ Later on, the deadline of the formation of ASEAN Community was decided into 2015 or five year earlier. The Community comprise of three pillars, ASEAN Political and Security Community, ASEAN Economic Community, and ASEAN Socio-Cultural Community. Eventually, the Community has been established officially in December 2015.

2.3. ASEAN Charter: legalization of ASEAN agreements and institutions

Roadmap for an ASEAN Community 2009-2015 set up measures and schedules for the establishment of ASEAN Community in 2015 where all 10 member nations aim to achieve uniformity of rules and procedures and seamless physical, infrastructural and people-people connectivity. Accordingly, for an organization to be rules-based, it must be clothed with legal personality. Without legal personality, it will not be able to apply or enforce its rules and rule of law toward its member states where these rules should also have a legally binding to the organization itself. The organization must also be subject to a strong Dispute Settlement Mechanism (DSM) in order to provide predictability and legal certainty to the organization and its members as well as their counterpart parties.²⁹

²⁵ KOESRIANTI, *The Development of the ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism: From Diplomacy to Legalism*, Unpublished Dissertation, Faculty of Law, UNSW, 2005, p 65

²⁶ Declaration of Bali Concord II 2003, see asean.org/?static_post=declaration-of-asean-concord-ii-bali-concord-ii

²⁷ KOESRIANTI, *The Development*, 2005, n. 25 supra. p. 88

²⁸ PELKMANS, n. 22 supra, p. 191

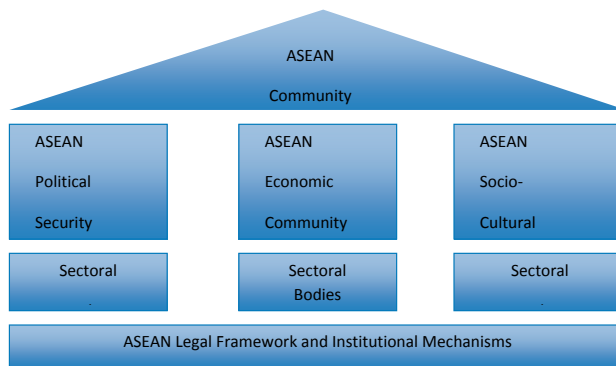
²⁹ KOESRIANTI, *WTO Dispute Settlement Mechanism: Indonesia's Prospective in International Trading System*, Vol.27 No. 2, June 2015, *Mimbar Hukum*, Univ. Gadjah Mada, p.127

When the ASEAN leaders adopted the AEC Blueprint 2007 they committed that:

“...each ASEAN Member Country shall abide by and implement the AEC by 2015. The AEC Blueprint will transform ASEAN into a single market and production base, a highly competitive economic region, a region of equitable economic development, and a region fully integrated into the global economy...”

It can be said that the AEC Blueprint binds AMCs when they agreed to adopt it by signing and ratifying the AEC Blueprint. In other words, the AEC Blueprint is a legal instrument by which AMCs commit themselves to realize AEC's goal. Following the entry into force of the ASEAN Charter on 15 December 2008, ASEAN has been formalizing its institutional by setting up and putting in place rules and procedures to support the objective of a rules-based ASEAN Community for the benefit of the peoples of ASEAN. Thus, the role of ASEAN Charter are: (i) to provide ASEAN with its own legal personality distinct from its Member States; (ii) to enshrine ASEAN key principles and purposes, including strengthening the rule of law and the ASEAN Community; (iii) to set up necessary institutional mechanisms and bodies to implement ASEAN cooperation programs and activities; (iv) to provide the legal framework for community building an integration processes.³⁰

Figure 1: ASEAN Legal Framework and Institutional Mechanisms



³⁰ ASEAN Secretariat, *ASEAN Community: Institutional Structure and Legal Framework*, Presentation to international students of AMERTA Program- Universitas Airlangga, Field Trip, Jakarta, 2 May 2017

ASEAN has officially declared as a rules-based organization in December 2015, as an ASEAN Community, which consist of three pillars. ASEAN Community Pillars are developing and/or adopting rules and regulations to implement policies and agendas under their respective Blueprints. In achieving its goals, ASEAN set up the institutional mechanisms and legal framework that each sector has its own Sectoral bodies in each three communities as shown in figure 1. Each Sectoral Body has the competence to work on legal issues, including enters into various legal instruments.

ASEAN Institutional Structure/Organs comprise of: (i) ASEAN Summit (head of governments/Prime Minister); (ii) ASEAN Coordinating Council (ACC) (Foreign Ministers); (iii) ASEAN Community Councils (Minister of relevant bodies); (iv) ASEAN Sectoral Bodies (new organ that listed in the ASEAN Charter); (v) Secretary – General of ASEAN and the ASEAN Secretariat; (vi) Committee of Permanent Representatives to ASEAN (CPR); (vii) ASEAN National Secretariats; (viii) Entities Associated with ASEAN; (ix) ASEAN Inter-Governmental Commission on Human Rights (AICHR).

2.4. A Rules-based ASEAN Community

ASEAN after the ASEAN Charter 2008 has entered into forced - as the legal foundation of ASEAN Community 2015 (AC15) has moved to legalistic mechanisms. Each ASEAN Community Pillar has developed various instruments under its respective areas of competence to pursue ASEAN integration agendas under their respective Blueprints. Currently there are approximately 219 legal instruments in ASEAN are in place, setting out rules and measures for regional cooperation and integration. In the context of ratification all ASEAN legal instruments, the ASEAN Secretariat (ASEC) has duty to monitoring their ratifications as well as their implementation that assisted by LSAD and relevant Sectoral Bodies. Secretary-General of ASEAN is the depositary of each agreement concluded within the ASEAN framework. LSAD assists the Secretary-General in discharging this role by notifying AMCs and/or Contracting Parties of a Party's ratification, acceptance, approval or accession of an agreement and its date of entry into force. LSAD also distributes Certified True Copies (CTCs) of new agreements concluded within the ASEAN framework to the Missions/Embassies of AMCs and/or Contracting Parties. The role of LSAD includes to do review of Agreements including drafting of final provisions, review contracts, review of applications for use of the ASEAN

Name, and to register ASEAN Legal Instruments to the UN Treaty Section.

2. 5. ASEAN Legal Instruments

In the ASEAN context, legal instruments are instruments that creating rights and obligations under international law. In states practice and literature of international law there are many terminologies for treaty, such as convention, agreement, concord, declaration, protocol, pact, charter, covenant, and concordat. All of these names refer to the same basic activity and the use of one term rather than another often signifies little more than a desire of variety of expression.³¹ The term treaty is the one most used in the context of international agreement. It is stated that, an international agreement concluded between states in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation (Art.2 the 1969 Vienna Convention). The fundamental principle of treaty law is undoubtedly the proposition that treaties are binding upon the parties to them and must be performed in good faith.

3. Pillars of the AEC Blueprints

In the ASEAN institutional history, In the Declaration of AEC Blueprint 2015, the ASEAN leaders stated ASEAN as a rules-base organization. The AEC Blueprint 2015 would have been used to transform the Southeast Asian region become a single market and production base that mean the region will become an integrated market and an integrated production base, where goods and food, services are sourced regionally. The AEC Blueprint outlines the measures to be taken by the AMC and the schedule for implementation that is a strategic framework timeframe that divided into four time frames: 2008-2009, 2010-2011, 2012-2013, 2014-2015.

ASEAN economic region in which there is a free flow of goods, services, investment and freer flow of capital, equitable economic development and reduce poverty and socio-economic disparities in year 2020. Eventually the ASEAN region will be a region that a stable, prosperous and highly competitive. Indeed, the vision of the AEC is to create a highly competitive

³¹ MALCOLM N. SHAW, *International Law*, Cambridge, Sixth Ed, 2008, p. 904.

single market that promote equitable economic development for AMC as well as facilitate their integration with the global community.

ASEAN leaders have agreed a detailed mechanism that embodied in the Roadmap for ASEAN Community (2009-2015) upon the Cha-am Hua Hin Declaration on the Roadmap for ASEAN Community 2009-2015, which consist of three pillars. The leaders also agreed on the Initiative for ASEAN Integration (IAI) Strategic Framework and IAI work plan 2 (2009-2015). The three pillar blueprints and IAI work plan 2 shall constitute the Roadmap for an ASEAN Community and each AMC shall ensure its timely implementation. Every pillar consists of details legal instruments as guidance for AMC to achieve ASEAN Community in 2015.

3. 1. *A single market and production base*

The first AEC pillar seeks to create a single market and production base through free flow of goods, services, investment, skilled labor and freer flow of capital. Cumulatively, these aim for a more liberalized market that provides its population with greater opportunities to trade and do business within the region, with reduced trade costs and improved investment regimes that make ASEAN a more attractive investment destination for both international and domestic investors in facing globalization era. Free flow of goods is one of principal means by which the aims of a single market and production base can be achieved. A single market for goods and services will facilitate the development of production networks in the region and enhance ASEAN capacity to serve as a global production center or as a part of the global supply chain. ASEAN like other international organizations realized that eliminating trade barriers, tariffs and non-tariffs, is surely a part of the answer to the challenges posed by globalization. Pascal Lamy stated that ...the real cause of the downsides of globalization is not more open trade, but instead failure to accompany trade expansion with other domestic economic policies that address the adjustment costs of opening up to foreign competition.³² ASEAN has agreed and decided some sectors as a priority of trade integration. There are 12 priority integration sectors that ASEAN has identified to serve as a catalyst for economic integration in the region: agro-based, healthcare, air transport, logistics, automotive, rubber-based, electronics, textile and apparel, e-ASEAN/ICT, tourism, fisheries,

³² PASCAL LAMY, *The WTO Development Agenda: Working for A Fairer Global Trading System*, in MERIT E JANOW, V. DONALDSON, A. YANOVICH, in *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, Juris Publishing Inc, 2008, p. 13.

wood-based. Therefore the sectors that actually have privilege or special treatment among AMCs are only 12 sectors, that AMCs should apply in their national level.

3. 2. A highly competitive economic region

In order to establish a region of highly competitive economic region, ASEAN has to have a harmonization law of AMCs. The main objective of the competition policy is to foster a culture of fair competition. Institutions and laws related to competition policy have recently been established in some but not all AMCs. There is currently no official ASEAN body for cooperative work on Competition Policy Law (CPL) to serve as a network for competition agencies or relevant bodies to exchange policy experiences and institutional norms on competition law.

Competition policy is quite new to some ASEAN Member States with only some of them having national competition law and competition regulatory bodies. ASEAN has conducted a study on best practices in the introduction and implementation of competition policy and law in the East Asia Summit countries (ASEAN, Australia, China, India, Japan, New Zealand and the Republic of Korea). An ASEAN Experts Group on Competition has also been set up to coordinate competition policies and related issues at the regional level. Currently, ASEAN-wide Guidelines on Competition Policy and the Handbook on Competition Policy and Law for Business in ASEAN have been developed by the Experts Group.

3. 3. A region of equitable economic development

ASEAN historically divided into two groups of members, the old member countries, ASEAN-6 and the new member countries, CLMV where there is a economic development gap between these two groups. Efforts to narrow the development gap under the AEC 2009 Blueprint based on mainly on the Initiative for ASEAN Integration (IAI) Work Plan 2 (2009-2015) that formulated based on key programme areas of the three Community Blueprints. The actions that had been taken are critical and necessary to boost the process of integration in the region. The Work Plan developed articulate actions in building CLMV capacity for participation in ASEAN programmes, for example, consider carefully the importance of a project's role in national development plans, long-term continuity

and sustainability, and absorptive capacity of CLMV countries. Thus, IAI projects have coherence, focus, adequate coverage, reflect substantive gaps in priority sectors and activities essential for integration, and more importantly, are responsive to the needs of the CLMV. When there is no gap among AMCs, soon ASEAN will combine all the AMCs strengths and to speak with one voice, include trade policy of opening up ASEAN's market like its counterpart, the EU that has opened its market where the average tariff for industrial goods is about 4% and agriculture goods about 10%.

3.4. A region fully integrated into the global economy

The official establishment of the AEC in December 2015 has provided greater opportunities for socio-economic growth. The benefits of AEC are firstly people will have a greater choice of goods and services through increases in intra-regional trade. Secondly, it will be a larger economy of scale for businesses and industries, thereby increasing productivity while reducing production costs, leading to more competitive pricing of goods. Thirdly, it will reduce production costs that can be passed onto consumers who can benefit from lower prices of goods and services. Eventually, a greater demand for goods and services will create jobs in various industries such as manufacturing, transport, logistics and communications. Increased trade and investment will promote greater entrepreneurship and innovation in products and services, thereby producing better variety, quality and efficiency, which will benefit consumers. Apparently, an increased economic integration will strengthen business networks across ASEAN, building growth and prosperity. The important thing is a higher level of employment in ASEAN would contribute towards building a larger middle class, thereby reducing the gap between the rich and the poor, which will promote social stability, apart from a consumer market with purchasing power for goods and services.

The actual implementing agencies of the AEC, the governments of the AMCs that have differences in ability to implement the Blueprint and there is no penalty for any defaulting defined in the Blueprint or in other agreements and the ASEAN Charter. The biggest and most indispensable challenge for accomplishment of the Blueprint is to ensure implementation in each member country as well as the evaluation and the progress reports of implementation by AMCs. The ASEAN Scorecard, which is to monitor the implementation of the Blueprint have not been disclosed publicly.³³

³³ Ibid

4. *The legalization of ASEAN dispute settlement mechanism*

Regional solutions for regional problems, is still relevant for ASEAN. The notion that Southeast Asia are best placed to manage their own challenges has long captivated the regional imagination by which ASEAN has solved their issues in their own way that as known as ASEAN way. Before ASEAN Charter, ASEAN is a loose organization. Problems or the different view among AMCs was solved informally. AMCs prefer to solve most of their problems voluntary by peaceful means in timely manner through dialogues, consultations and negotiations. After the establishment of ASEAN Charter in 2008, ASEAN has moved to a legal organization. ASEAN has declared and undertook rule of law to realize a part of ASEAN Community Vision 2025, 'a rules-based community that fully adheres to ASEAN fundamental principles, shared values and norms as well as principles of international law governing the peaceful conduct of relations among states'.³⁴ For very board economic cooperation, from good to investment, ASEAN should have reliable dispute settlement mechanism to ensure legal certainty and predictability for business people and foreign investors. For the purpose of this article, it discusses on dispute settlement mechanism in other organizations such as the EU, WTO and NAFTA as in the following section.

4.1. *A community law: the European Union law as a comparison*

The previous research on ASEAN integration stated that 'ASEAN law is not easy to find'.³⁵ ASEAN has utilized many nomenclatures for ASEAN agreements, from Charter to Plan of Action, which some are politically significant such as concords and declarations, and some others indicate as legal instruments, such as arrangements, conventions, protocols.³⁶ Some of these agreements did not track the standard clauses generally recognized in treaty law concerning final clauses or entry into force clauses. They can classified as follow: signature, with a specified waiting period before entry into force; signature, with a 'domestic ratification' or notification

³⁴ ASEAN, 2016, Kuala Lumpur Declaration on ASEAN 2025: Forging Ahead Together, para.8.8.1

³⁵ DAVINIA ABDUL AZIZ, R. DEHAUSSE, *The Instruments of Governance of ASEAN: An Inventory and Critical Analysis*, project ASEAN Integration Through Law, Plenary 2, ASEAN Governance, Management and External Legal Relations, Hanoi, Vietnam.

³⁶ *ibid*

requirement; ratification within a specified period; and entry into force on a date specified in the text of the legal instrument.³⁷

Similar with the European Union' treaties, all ASEAN agreements are international treaties in nature. They are the product of AMCs as a group, not similar to Directives as the product of the EU Council (comprised of ministers from the governments of the member states) and the Commission.³⁸ The European Commission negotiates on behalf of the all EU member states (27 states) on the basis of a mandate that is determined by the Council.³⁹ Article 288 of the TFEU clarifies the powers of the Council and the Commission to adopt regulations and issue directives that constitute as community law. While EU regulations are similar in form to administrative regulations, a directive establishes regional policy. It is then left to the member states to implement the directive in whatever way is appropriate to their national legal system. Article 249 [189] EC says that regulations have direct effect and a directive is 'binding as to the result to be achieved' and contain time limits for national implementation. The member states must adopt all measures necessary to implement legally binding Unions acts.⁴⁰

Unlike the EU, ASEAN in the early 1990s was a model of institutional development without legalization. ASEAN institutions were far more elaborate than they had been at the founding of the group years earlier, an intergovernmental model one. The scope of cooperation had widened to encompass broad government policies. Binding and precise legal obligations among the member states remained relatively few, however, and delegation of interpretation or enforcement to judicial or quasi-judicial institutions did not exist. ASEAN then has been developed and expanded from only six become ten member countries. The scope of cooperation was also developed as in 1992 AMCs agreed to form a free trade area in the region, which would be accomplished in 2005. In 2003 ASEAN leaders declared to integrate their economies by forming ASEAN Community that would be accomplished in 2020.

The ASEAN leaders recognized the compliance of the AMCs to the ASEAN legal instruments are significance despite the realization of the target measures of the AEC Blueprint 2009 was not fully completed yet.

³⁷ *ibid*

³⁸ R. H. FOLSOM, *European Union Law in a nutshell*, West Publishing Co, 2011, p.55

³⁹ C. LAGARDE, *Managing the Future Challenges Facing the WTO: A European Perspective*, in MERIT E JANOW, V. DONALDSON, A. YANOVICH, *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, Juris Publishing Inc, 2008, p. 30

⁴⁰ *Ibid*

The leaders however acknowledge that regional economic integration is a dynamic, ongoing process as economies as well as domestic and external environments are constantly evolving.⁴¹ Therefore ASEAN continued to implement the unfinished measures of the AEC Blueprint 2009. The full implementation of AEC Scorecard has monitored closely as that have been previously committed by AMCs, totaling 506 measures. However, the AMCs could not accomplish all the measures completely. In general the AMCs had only implemented 92,7 percent or 469 of the total 506 measures until the target date i.e. November 2015. These unfinished obligations were becoming priority of the AMCs with further deadlines. When they fully implemented the region would have creating a networked, competitive, innovative, and highly integrated and contestable ASEAN. In other words, the AMCs has not accomplished the AEC measures that agreed before as ASEAN does not have any legal forceful authority toward AMCs so that the all measures of AEC Blueprint can be fully implemented and not overdue. Indeed, there is no regional authorized body, which can force the unwilling party that does not implement the ASEAN agreement in its national level that can hinder the development programs of ASEAN.

This is different with the EU, in the late 1970s and early 1980s, it was relatively little progress was made at the legislative level because of the inability of the Council to reach consensus on many Commission proposals. During this period, it was largely through expansive European Court of Justice (ECJ) decisions that continued progress was made toward realizing the internal market goal.⁴² For example, the ECJ ruled that normally a good lawfully marketed in one member state could be marketed in the others, notwithstanding local restrictions that purported to limit such marketing possibilities (the *Cassis de Dijon* case).⁴³ Such court however does not exist in ASEAN. ASEAN does have a Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism that suppose to solve trade disputes among AMCs, this Protocol however has yet in operation as the AMCs never bring a case before the panel under this Protocol which is discussed in the following section in this paper.

It can be said that judgments of the European Court have always been binding, but until the Treaty of European Union of 1992 came into force,

⁴¹ ASEAN Economic Blueprint 2025, para.2

⁴² W.J. DAVEY, *European Integration: Reflections on its Limits and Effects*, 1 *Ind.J. Global Leg. Studies* 185, 190-193 as quoted in J.H. JACKSON, W.J. DAVEY, A.O. SYKES, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text*, 4th Edition, 2000, p. 143

⁴³ Ibid

there was no provision for sanctions.⁴⁴ Member states just expected to obey, even though in some cases there were problems. In *Commission v. France*⁴⁵ for example, the Court ruled that France had violated the Treaty but France refused to comply. The Commission stated that France's refusal to obey the judgment was itself a violation of Community law as this provided by article 228 [171] EC, which says that Member States must comply with the court's judgments. The Commission asked the Court to grant interim measures to order France to comply with the earlier judgment until final judgment was given. Eventually a support system for lamb and mutton was established and France withdrawn its restrictive measure to the importation of mutton and lamb included from the UK. Later the Treaty on EU (Maastricht Agreement) of 1992 introduced the possibility of imposing fines on Member States for failure to comply with judgments of the ECJ. This was done through an amendment to article 228 [171] EC (Panel 6.5).

In 2016 the ASEAN leaders declared the formal establishment of the ASEAN Community 2015 (AC 15) comprising APSC, AEC and ASCC (Kuala Lumpur Declaration on ASEAN 2025: Forging Ahead Together) with ASEAN Community's Post 2015 Vision that set out the future direction for a politically cohesive, economically integrated, socially responsible and a truly rules-base, people-oriented, people-centred ASEAN. This vision will continue the work of the Roadmap for an ASEAN Community (2009-2015). ASEAN well-poised to embark on a new phase of not just community building, but also community strengthening and consolidating which is the new milestone of ASEAN of 2025 with new agenda. The ASEAN 2025 documents are an affirmative of ASEAN's resolve to continue along the path of regional integration and provide an insight as to regional organization priorities, focus and goals. The process of establishing AC 2025 will not easy, and surely there may create some internal difficulties in some AMCs that would constitute as obstacles to intra-Community trade for certain products, ASEAN therefore has to learn from the EU experiences.

4.2. *Dispute settlement mechanism in ASEAN*

ASEAN Charter entry into force in 2008 functioned as legalized the

⁴⁴ T.C. HARTLEY, *European Union in a Global Context: Text, Cases, and Materials*, Cambridge Univ Press, 2004, p. 100

⁴⁵ *Commission v. France* (Second Lamb and Mutton case, Court of Justice of the European Communities, Cases 24, 97/80 R, [1980] ECR 1319; [1981] 3 CMLR 15

previous ASEAN agreements (Protocols, agreements, declarations, treaties and principles) and changes ASEAN from a 'loose organization' to a 'rules-based organization' and thus ASEAN Charter becomes the 'constitution of ASEAN'. The Charter also means its interpretation and application are settled through processes that ensure that such agreements are given full effect. After the Charter ASEAN will commit that all the conduct and affairs of ASEAN are compliant with rule of law. The Charter ensures the compliance of the AMCs toward ASEAN Community agreements.

Theoretically the central feature regime based on rule of law that the outcomes of actions are govern by clear, transparent, and accessible rules; the outcomes are enforceable, whether through penalties, sanctions or moral suasion, in this sense, arbitrary power and uncertainty of outcomes are minimized. It can be said that the Charter has functions as follow.

- 1- To provide ASEAN with its own legal personality distinct from its Member States (Art.3)
- 2- To enshrine ASEAN key principles and purposes, including strengthening the rule of law and the ASEAN Community
- 3- To set up necessary institutional mechanisms and bodies to implement ASEAN cooperation programmes and activities
- 4- To provide the legal framework for community building and integration processes.

Each ASEAN Community Pillar has developed various instruments under its respective areas of competence to pursue ASEAN integration agendas under their respective Blueprints. There are approx. 219 legal instruments in ASEAN are in place, setting out rules and measures for regional cooperation and integration. Monitoring ratification and implementation of ASEAN legal instruments is a challenge for ASEC (incl. LSAD) and relevant Sectoral Bodies. ASEAN still relies on the ASEAN way by which means consultation and consensus that usually diminishing enforceable obligations and national sovereignty facing organization's interest and historically AMCs have been resistant to binding obligations.

Chapter VIII ASEAN Charter regarding dispute settlement mechanism in ASEAN that should conduct. General principle of DSM is to resolve peacefully all disputes in a timely manner (dialogue, consultation, and negotiation). For Economic disputes (Art.24.para.3) should be resolved by mechanism laid down in ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism/EDSM. For Non-economic disputes are covered by TAC, ASEAN Protocol 2010, Art.33 (3) UN Charter or other international

legal instruments, including arbitration. If the AMCs encountered a dispute that cannot be resolved, the Charter stated that unresolved disputes shall be referred to the ASEAN Summit.

ASEAN will face difficulties in establishing its goal to be a single market. If AFTA had already been established almost without problems, a single market will have some issues in particular the issue related to external tariffs among the AMCs as the Association has two groups, which have different economic development levels. The CLMV group (Cambodia, Laos, Myanmar and Vietnam) has flexibility in implementing tariff reduction compared to the ASEAN-6 (Indonesia, the Philippines, Thailand, Malaysia, Singapore, and Brunei Darussalam). It will be difficult for ASEAN to make the AMCs implement their agreed commitments under ASEAN Protocol, Declarations or other ASEAN legal instruments because ASEAN does not have a strong body as its counterpart, the EU that has the Commission with broad power to investigate internal market and identify non-tariff barriers. The EU Member States, the Commission and private actors could bring a case before the EU Court. On the other hand, there is no regional court in place in ASEAN.

4.3. The Dispute Settlement Mechanisms of other international organizations

4.3.1. Dispute Settlement Mechanism under NAFTA and WTO: as comparative study

It is often the parties have different interpretation on the international trade agreements. In the scope of international trade relations, the regional organizations have applied various types of trade dispute mechanisms. In the WTO context, the states members shall resolve their disputes under the DSU of WTO. The WTO Member states as states parties to the various treaties under the WTO umbrella (covered agreements) including the successor treaty to the original 1947 GATT have access to dispute settlement as of right. In the WTO dispute settlement mechanism a ruling will be adopted as binding unless all the Members, including the winning party vote against its adoption (negative consensus).⁴⁶ It also has determinations of when and how the losing party must act to implement a ruling are subject to arbitration; and should the losing party not implement a ruling in accord with the finding of the arbitrators, retaliation (a withdrawal of

⁴⁶ KOESTIANTI, *WTO Dispute*, n. 29 supra, p.127

trade concession to the losing party by the winning party) is automatically authorized.⁴⁷ It can be said that WTO is a self-enforcing contract: assuming non compliance with the rulings by a WTO adjudicating body, the injured Member can request and impose countermeasures, that is raise the level of its bound duties *vis-à-vis* the author of the illegal act.⁴⁸ Hence, from a systemic perspective, countermeasures are a means aimed at inducing compliance.⁴⁹

To ensure the *predictability and certainty of the DSM outcome* (measured), effective and benefits for all the members

The dispute settlement mechanism of NAFTA can be found in: Chapter 11, Chapter 19 and Chapter 20. Chapter 11 establishes a mechanism for the settlement of investment disputes that ensures both equal treatment among investors of the Parties to the Agreement in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal. It established a framework of rules and disciplines that provides NAFTA investors with a predictable, rules-based investment climate as well as dispute settlement procedures, which are designed to provide timely recourse to an impartial tribunal.

In a case if a NAFTA investor who alleges that a host government has breached its investment obligation under Chapter 11 NAFTA, then this investor can seek money damages for measures of one of the other NAFTA Parties and choose and have recourse to one of the arbitral mechanisms, namely, the arbitration rules of the United Commission for International Trade Law (UNCITRAL Rules), or the World Bank's International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), ICSID's Additional Facility Rules, the Arbitration (Additional Facility) Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID Additional Facility Rules"). The investor may also choose the remedies available in the host country's domestic courts. An important feature of the mechanism under Chapter 11 NAFTA arbitral provisions is the enforceability in domestic courts of final awards by arbitration tribunals as an alternative of mechanism.

Important to note that the Chapter 11 mechanism is effectively limited to investors of a Party to NAFTA, and more specifically, a national or corporation of a NAFTA Party that seeks to make, is making or has made

⁴⁷ R. HOWSE, *Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence*, in J.H.H. WEILER (Ed), *The EU, The WTO, and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade*, Oxford University Press, 2000, p 35

⁴⁸ M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM, P.C. MAVRODIS, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Oxford International Law Library, 2006, p. 143

⁴⁹ *ibid*

an investment, in another NAFTA country. Also important to note is that, generally speaking, investors may not bring NAFTA Claims against their own governments for harm to investments made in their own country. To date, corporate investors have used Chapter 11 to challenge a wide variety of governmental laws, policies, and position, including federal controlled substances regulations, the provision of public postal services, municipal contracts, tax policy, and most recently, an effort by the U.S. government to prevent the spread of mad cow disease. Cases filed against NAFTA governments in total are 45 cases notices to commence arbitration filed by corporations and investors under NAFTA Chapter 11 with a total of US\$ 5 billion claimed. Of these 45 notices, only 13 have been against Canadian government, majority has been against Mexico, which has been the recipient of 18 notice of intent. Of the 45 notices of intent that have been filed, a total 21 have been withdrawn. Further, of the 12 cases that have been concluded, investors have won only 5 cases. Of these 5 cases, investors have claimed a total of US\$791 millions but only received a total of US\$35,5 millions. Canada, for example, has only paid out a total of US\$18,4 millions, and in 3 cases which were won by investors, while over US\$900 millions has been claimed. The number of cases filled against the USA is 17 cases, against the government of Canada 14 cases (exclude the notice of intent received and current arbitrations).

Meanwhile, chapter 19 of NAFTA establishes mechanism for review final antidumping and countervailing duty determination. Article 1904 establishes a mechanism to provide an alternative to judicial review by domestic courts of final determinations in antidumping and countervailing duty cases, with review by independent binational panels. A Panel is established when a Request for Panel Review is filed with the NAFTA Secretariat by an industry asking for a review of an investigating authority's decision involving imports from a NAFTA country. In Canada, the USA, and in Mexico, they have each own authority agencies that determine whether or not dumping or subsidy has caused injury or retardation (material retardation of the establishment of a domestic industry) or is threatening to cause injury to the domestic industry. For example, the Canada Border Services Agency (CBSA) deals with dumping and subsidy determinations and the Canadian International Trade Tribunal (CITT) conducts enquiries of injury to the domestic industry that caused by dumping and subsidy from the other NAFTA member states. In the United States of America, it is the Department of Commerce, International Trade Administration, which makes dumping and subsidy determinations,

while the United States International Trade Commission conducts injury inquiries. While in Mexico, it is the Secretaría de Economía, Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales that makes both the dumping / subsidy and injury determinations. These agencies are referred to as investigating authorities. The dumping, subsidy and injury determinations of the investigating authorities can also be appealed, in Canada to the Federal Court of Canada, in the United States to the Court of International Trade and in Mexico to the Tribunal Fiscal de la Federación.

Chapter 20 provides mechanism to resolve all disputes regarding the interpretation or application of the NAFTA. The steps set out in Chapter 20 are intended to resolve disputes by agreement, if at all possible. The process begins with government-to-government (the Parties) consultations. If the dispute is not resolved, a Party may request a meeting of the NAFTA Free-Trade Commission (comprised of the Trade Ministers of the Parties). If the Commission is unable to resolve the dispute, a consulting Party may call for the establishment of a five-member arbitral panel. Moreover, it provides for scientific review boards which may be selected by a panel, in consultation with the disputing Party, to provide a written report on any factual issue concerning environmental, health, safety or other scientific matters to assist panels in rendering their decisions. Its mechanism also covers dispute that related to Chapter 7 (Agriculture and Sanitary and Phytosanitary measures), Chapter 10 (government procurement), Chapter 11 (Non-compliance of a Party with a final award); and Chapter 14 (Financial Services).

4.3.2. Trade dispute settlement mechanism: ASEAN practical context

ASEAN is continuing into rules-based organization. This commitment has been affirmed as one of ASEAN principles as stipulated in ASEAN Charter, that ASEAN Member Countries (AMCs) to act in accordance with the principle of “adherence to multilateral trade rules and ASEAN’s rules-based regimes especially ‘for effective implementation of economic commitments and progressive reduction towards elimination of all barrier to regional economic integration’. ASEAN trading framework has become more ‘legalized’ with the adoption of ASEAN Charter as legal commitment of AMCs to achieve ASEAN goal together.

Unlike national law, however, ASEAN has not equipped by proper and adequate enforcement power to induce its member states’ compliance. With fast growing cooperation on the economic sectors, disputes would have arisen in the process of ASEAN economic integration, which specially relate to the interpretation and application of ASEAN economic agreements. A

dispute arises when a member government believes that another member government is violating an agreement or a commitment that it has made in ASEAN.

Under the ASEAN Charter, ASEAN Protocol Enhanced Dispute Settlement Mechanism (EDSM) 2004 or the Vientiane Protocol is the main ASEAN rules and procedures for trade disputes. Principally the EDSM has panels as a mandatory dispute settlement mechanism (DSM). The EDSM also provides an Appellate Body (AB) to assess disputes that cannot be solved by peaceful means settlement mechanisms such as good offices, mediation or conciliation. The findings of the panels or the AB can request a member state to take measures to bring its economic policy into conformity with either ASEAN economic agreements or covered agreements. The authorized institution for DSM in ASEAN is the Senior Economic Officials Meeting (SEOM). The Protocol applies to all ASEAN trade disputes, such as AFTA (the 1992 Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation), AFAS, ACIA, AIA or other economic agreements set out in Appendix I to the Protocol, as well as future ASEAN economic agreements (referred to as "Covered Agreements"). The Covered Agreements, initially 46 economic agreements, later on it become 79 economic agreements.⁵⁰

The EDSM procedure is resembled to the DSU WTO. The Vientiane Protocol is similar with the DSU WTO in the context that both mechanisms consist of stages including Consultations, Panel, Appellate Body, and Compensation. Principally the parties in disputes should resolve their dispute by peacefully means mechanisms. The parties first should have a diplomatic mechanism in resolving their dispute, such as good offices, negotiation, mediation, inquiry, and conciliation. The Secretary General of ASEAN ex-officio can take part as a mediator by providing good offices, conciliation or mediation (Art 4 Protocol ESDM) to the parties in disputes. The Secretary has "a potentially significant role" in resolution of such disputes.

The mechanism utilizes a panel and appellate body to solve trade disputes among AMCs. Based on recommendations from panel or appellate body, the party shall amend its economic policies so that they are conformed to the certain ASEAN economic covered agreement. SEOM can authorize the winning party to suspend concessions or other obligations under the covered agreements. The party concerned should comply with

⁵⁰ KOESRIANTI, *Rule-based Dispute Settlement Mechanism for ASEAN Economic Community: Does ASEAN have it ?*, Vol. 2, Issue 2, August 2016, in *Hasanuddin Law Review* (HalRev), 2016, p. 98

its obligations under the covered agreements. Accordingly ASEAN has established a quasi-judicial mechanism of trade disputes in ASEAN.⁵¹ Thus, ASEAN has legalized its trade dispute settlement mechanism by put legal mechanism to the Protocol and this in line with the status ASEAN as a rules-based organization.

Beside EDSM, however the AMCs could bring their disputes to arbitration, as it is a possibility that provided by the ASEAN Charter. Not only arbitration, the AMCs could also bring their disputes to another forum when they assume as an appropriate dispute settlement mechanism for their dispute. All these options are possible, as the Charter has provided it in Article 25. This article says, "Appropriate dispute settlement mechanisms, including arbitration, shall be established for disputes which concern the interpretation or application of this Charter and other ASEAN instruments". Therefore, it is why some AMCs have brought their disputes to the WTO forum, for example Philippine and Thailand on Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippine (WTO case: DS 371). Also, Indonesia and Vietnam on Safeguard on Certain Iron or Steel Product (WTO case: DS 496).⁵²

The Protocol 2010 provides a mechanism of dispute settlement through arbitration (Articles 10-17 and Annex 4).⁵³ The ASEAN Coordinating Council (ACC), which consist all of foreign ministers of AMCs will have arbitration as dispute settlement mechanism based on consensus. The AMCs Foreign Ministers adopted the Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms (Protocol 2010)⁵⁴ on 8 April 2010 in Hanoi. This Protocol aims to fill the gaps when Treaty of Amity (TAC) or the Vientiane Protocol cannot be implemented.

⁵¹ G. VILLALTA PUIG, L. TSUN.TAT, *Problems with the ASEAN Free Trade Area Dispute Settlement Mechanism and Solutions for the ASEAN Economic Community*, 49 *Journal of World Trade*, Issue 2, pp. 277 – 308, 2015, p 285

⁵² See for example, www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

⁵³ The 2010 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms adopted in Hanoi, Vietnam, on 8 April 2010, see at cil.nus.edu.sg/rp/pdf/2010%20Protocol%20to%20the%20ASEAN%20Charter%20on%20Dispute%20Settlement%20Mechanisms-pdf.pdf

⁵⁴ Ibid

5. Conclusion

Legalization became agenda of ASEAN after the commencement of the ASEAN Charter. ASEAN declared as rules-based organization on the basis of norms and rational choice. Legalization of regional governance is in the process of dynamic construction. The dynamic balance of law's obligation and state's flexibility can be achieved only when legalization is undergoing multiple interactions on both regional and state level. Many regional grouping have their own type of cooperation, formal and informal modes that states can choose the one is cooperation rather than regulation as the primary method of interaction. In a sense, the degree of legalization of various international or regional arrangements that move away from institutionalization. It is perceived that states in the Asia Pacific region prefer more informal methods of consultation to formal organizations.⁵⁵ They relations tend to have mechanisms with emphasis on diplomacy such as second tier diplomacy and informal workshops. The capacity of regional organizations to translate normative frameworks into legislative change or binding regulations may vary across members and between regions. In the ASEAN context, translating normative principles into politics of compliance and practice for policy implementation remains suboptimal, inefficient, and uneven, particularly in the absence of binding regulatory and enforcement mechanisms.

Closer examination of regional variation permits a better estimate of the benefits and cost of legalized institutions in sustaining cooperative and predictable outcome for both governments and private agents. It could be assumed that EU and North American provide an implicit benchmark for high legalization; the ASEAN region offers an important example of low legalization and possibly an explicit aversion to legalization. AMCs prefer to solve their disputes, if any, by mechanism, which is highly informal and explicitly rejected legalization in their design. Formal rules and obligations were limited in numbers, codes of conduct or principles have been favored over precisely defined agreements, and disputes have been managed, if not resolved without delegation to third party adjudication.

⁵⁵ GILLIAN TRIGGS, *Confucius and Consensus: International Law in the Asian Pacific*, in 21 *Melbourne University Law Review* 650, 1997, p 675.

Abstract

ASEAN has adopted the ASEAN Charter in 2008, which designed ASEAN as a 'rule-based' organization. The Charter legalized all of ASEAN's principles, agreements, and co-operations and they became legally binding commitments. After nearly a decade since the adoption of the Charter, ASEAN Member Countries (AMCs) still put state sovereignty as a higher priority than organization interests in some areas of co-operation as agreed in the ASEAN Blueprints. As consequence, the fulfillment of measures of AEC Blueprint 2015 had not completed yet in December 2015 as agreed deadline. This article argues that legalization of ASEAN has failed. It discusses the ASEAN Economic Community Blueprints (2009 and 2015) as a strategic tool to achieve the ASEAN vision as well as a legalized model in achieving the ASEAN Community in 2025. It examines whether ASEAN will continue to avoid legalization, especially in implementing a trade dispute settlement mechanism even though the Charter stated that "disputes which concern the interpretation or application of ASEAN economic agreement shall be settled in accordance with the ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism 2004". It examines other regional organizations, such as the European Union and North American Free Trade Area, as closer examination of other regional variation allows a better understanding of the benefits and cost of legalized institutions in sustaining co-operative and predictable outcomes for both governments and private agents. This article also observes the WTO dispute resolution mechanism since ASEAN had utilized the WTO Dispute Settlement Understandings (DSU) as a role model for its dispute settlement mechanism as specified in the Protocol

Cesare Galli*

*The Unified Patent Court and its Rules of Procedure,
between EU and National Laws and Jurisdiction*

SUMMARY: 1. The Unitary Patent and the Unified Patent Court: an introduction – 2. The relationship between Unitary Patent and the Unified Patent Court in the frame of the EU legislation – 3. The existing frame of patent protection – 4. The “competition” of the Unified Patent Court with the national Courts – 5. Conclusions.

1. The Unitary Patent and the Unified Patent Court: an introduction

A very recent development in the EU law concerning patents – and hence the legal protection of innovation, which is the very heart of development and competition in a globalised world – regards the establishment of the so called Unitary Patent (or rather, the European Patent with unitary effect) and of the Unified Patent Court, which shall be competent to deal with all cases concerning validity and infringement of European Patents, either “traditional” or unitary.

From the point of view of the comparative lawyer this new system is extremely interesting from at least three points of view: first, it is the second case of application of the enhanced cooperation, i.e. the mechanism provided for by Article 326-334 TFUE, whereby a minimum of nine member States may ask to be authorized through an EU Regulation to establish a specific cooperation among them in a particular sector; second, it introduced common rules on both substantial and procedural law, establishing a multi-national Court which is in charge to enforce the new rules; third, notwithstanding this, it is not a “monistic” system, since companies still have the chance of protecting their innovation through national patents to be enforced before the national Courts, so introducing a

* Professore ordinario di diritto industriale presso l’Università di Parma.

sort of “competition” between different judiciary systems¹.

As it is well known, even if “European patents” have been existing since many years, as a result of an international Agreement outside the European Treaty, the Munich Convention of 5 October 1973 (EPC, later reviewed in 2000: so called EPC 2000), the enforcement system at EU level of the same still remains largely unsatisfactory.

What is really extremely positive in the existing system is that each European Patent (EP) is granted by a unitary administrative Board – the European Patent Office (EPO) in Munich – after passing a preliminary validity assessment. Furthermore the grant procedure can be followed by administrative contentious stage of the appeal procedure and opposition procedure, at a centralized level too.

The EP unitary nature, however, is confined in these stages, since the patent, once granted (and confirmed in opposition stage, if any), then splits in the European territory in a plurality of national patents that are as many as the designated countries (chosen by the patent owner) where the EP was in force (it is defined as a “bundle” of national patents). In this way the European patent remained subject to the grounds of invalidity and of infringement provided by the law system of each country and of the corresponding jurisdictions. In practice, that means that each national part of the same EP has to be litigated separately in each relevant jurisdiction, with potential inconsistent decisions on both validity and infringement².

Rulings admitting the possibility of cross-border measures concerning EP with effects all over the designated countries began to be seen mainly in decisions of the Dutch courts from the ‘90s on, but they had been also admitted within certain limits in other European legal systems³. The basis for all such rulings was the Brussels Convention of 27 September 1968, later replaced in relations between EU Member States by EC Regulation 44/2001 and then by UE Regulation 1215/2012. In particular, the possibility of suing a number of parties from different States, each for the infringement of an individual part of the European Patent in effect in that State, before the national court of one of the parties, is provided by Art. 6 no. 1 of the

¹ On the negotiations that led to the adoption of the Enhanced Cooperation on the Unitary Patent and of the Agreement on the Unified Patent Court, see A. ILARDI, *The New European Patent*, Oxford and Portland, 2015, at pages 27 ff.

² For a comprehensive comment on the European Patent system, see M. SINGER, D. STAUDER, *The European Patent Convention - A Commentary*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2003.

³ See C. GALLI, *Problemi e prospettive delle cross-border injunctions in materia di proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Ind.*, I, 1999, at pages 21 ff.

Convention (and of the Regulation 44/2001), whereby should there be «a number of defendants» the action may be brought «in the courts for the place where any one of them is domiciled». On the other hand, the fact that the Brussels Convention and the Regulations that took its place provide for the exclusive jurisdiction of the courts of the State in which the patent was granted in deciding on its validity did not rule out – again according to case-law admitting cross-border injunctions – the possibility that the court of another State may decide on this validity *incidenter tantum* (i.e. by way of objection only) in proceedings relating to infringement of that patent.

However, two landmark ECJ decisions dated 13 July 2006 brought down these two pillars in the legal construction favourable to the admissibility of cross-border injunctions. In fact, the C-539/03 decision held that the title of jurisdiction under Art. 6 no. 1 of the Convention and Regulation 44/2001 (now Art. 8 no. 1 of Regulation 1215/2012) does not apply when the cause of action invoked against foreign defendants is constituted by infringement committed by said defendants in their respective countries (other than that of the Forum) which concerns the (autonomous) national parts of the same European Patent in effect in these countries for which action has been brought against the defendant whose seat is in the State of Forum. What is more, the C-4/03 decision denied that the fact that the question of validity of a patent is examined only *incidenter tantum* rules out the reserve of jurisdiction provided by Art.16 of the Convention and Art. 22 of the Regulation 44/2001 (now Art. 24 no. 4 of Regulation 1215/2012), which means that the defendant needs only to claim that the foreign patent invoked against him is null in order to freeze the infringement action brought before a court other than that indicated in the above two articles. Scholars stressed the impression that there have been “political” decisions, aimed at rejecting cross-border injunctions in patent matters, possibly also because of the fears created by the different levels of maturity reached by the case-law of the various European countries in this delicate matter. In practice, after these decisions have been rendered, a (very limited) room for cross-border decisions in Europe remained for “pure” cases of infringement only, i.e. cases in which the validity of the right is not taken into consideration by means of an objection which is not raised as a clear pretext⁴.

⁴ On these decisions see C. GALLI, *La Corte di Giustizia C.E. restringe drasticamente lo spazio delle azioni cross-border in materia di brevetti*, in *Int'l Lis*, 2006, III/IV, at pages 146 ff.

2. The relationship between Unitary Patent and the Unified Patent Court in the frame of the EU legislation

In order to overcome this limit many projects have been arranged since the Seventies, to introduce a Community Patent, destined to remain “globally unitary” in all the countries of the European Union and subject to a common substantive and procedural law on the validity and infringement enforced by a supra-national IP Court. In fact, in order was always considered fundamental (the creation of a common jurisdiction in the patent field) to avoid the disadvantages of different procedural approaches, which render uncertain the outcome of the legal means of IP protection.

The new legal system (so called Unitary Patent Litigation System) was established first by two EU Regulations (1257/2012 and 1260/2012) concerning the European Patent with unitary effects and its linguistic regime, respectively. The new Unitary patent is an evolution of the Community patent, that never came into force, since it is characterized by the elimination of the translation of the patent in each and all the languages of the countries where the patent is validated. Furthermore, it is valid and effective in all the EU countries (apart from Spain, which has not yet joined the system, which was adopted through the Enhanced Co-operation procedure, and Croatia, that was not a member State at the time when the Co-operation was adopted, while Poland has not signed the Agreement on the Court) and protected unitary against violation committed in whatever territory of the Union thanks to a common Court system.

In this regard, a subsequent Agreement of 11 January 2013 introduced a new judiciary structure called Unified patent Court(UPC) characterized by multinational panels composed of judges belonging to different States for dealing with litigation concerning Unitary patent(and European patent). It is worth noting that on 8 March 2011 the EUCJ gave a negative opinion on a first draft of agreement that provided “for a preliminary ruling mechanism which reserves, within the scope of that agreement, the power to refer questions for a preliminary ruling to the PC while removing that power from the national courts”. The solution was found in a supranational jurisdiction: the Unified Patent Court shall be equalized to a national Court of the member States and shall be entitled to refer questions for a preliminary ruling on the interpretation of EU rules to the EUCJ, exactly like a national Court⁵.

⁵ On the legal nature of the Regulations and of the Agreement see again A. ILARDI, *The New European Patent*, Oxford and Portland, 2015, at pages 39 ff. (Regulations) and 49

3. *The existing frame of patent protection*

As a result, judges, scholars, practitioners and companies will face new challenges with the entering into force of the Unified Patent Court. In particular, the enforcement strategies of the patents owners will change, as well as the defensive strategies of those suspected of infringement.

The reduction of patenting costs, and also judicial protection costs, will most likely allow to free resources to do and to defend innovation, allowing to react more strongly to the violation of the rights. If, nowadays, the patent owners base the judicial disputes for infringement on the larger markets criterion, with the new mechanism it will be more convenient to attack in the producing States, and Italy may become a competitive venue for infringement claims, especially considering that, although has a high number of patent legal proceedings (more than 400 new proceedings each year), Italy choose to have a single local seat of the Unified Patent Court, located in Milan.

During the transitory period, of course, the case might still be brought before national Courts, and it will be mandatory for the patents “opted out”. In this case, Italy could be a valuable venue too, since, contrary to common belief, the Italian Civil Courts have reached a high level of efficiency in IP matters, due in part to their keenness to:

- grant urgent measures (e.g., injunctions, seizures and orders for the withdrawal of goods from the market); and
- order the judicial investigation of evidence (e.g., description orders, normally granted ex parte).

This compensates the duration of the proceedings on the merits, which has been improving in the next years, but is still higher than the European average. Furthermore under Article 131 of the Code of Industrial Property, urgent measures should be granted in case of an imminent IP rights violation or a risk of repeated violation, even if the violation has been going on for some time. Urgent measures are typically examined and granted quickly, normally within a few months for patents (where a court expert is usually appointed). Urgent measures, including protective measures, are granted by an individual judge appointed by the president of the competent specialised division. They may be subject to appeal before a panel of three judges belonging to the same division. The panel, which does not include the first judge, normally issues a decision within one to two months.

ff. (Agreement). See also M. SCUFFI, *Il nuovo sistema europeo dei brevetti*, Milano, 2017, at pages 14 ff.

In patent matters, preventive measures can also be obtained on the basis of a national or European patent application. In the case of a European application, a translation of the claims must be filed with the Italian Patent and Trademark Office. The judge will always appoint an expert to ascertain validity and infringement – even in urgency proceedings (as expressly laid down by Article 132 of the Code of Industrial Property, as amended in 2010), and at the appeal stage. The expert's conclusions often form the basis of the ruling. However, it is not uncommon for judges to deviate from the expert's opinion (see Court of Rome, September 6 2010) or to appoint a new expert or panel of experts, especially at the appeal stage.

The accounts of the alleged infringer are often seized, which facilitates the calculation of any compensation to be paid. Following the implementation of the EU IP Rights Enforcement Directive, the rights holder may receive a sum which corresponds to either the infringer's profits or the rights holder's lost profits, whichever is the greater. Compensation for any further damage, such as expenses incurred for responding to the infringement or damage to image, may also be added to the amount. Compensation for damage caused to the rights holder's reputation is often calculated as a fraction of the advertising expenses incurred by the rights holder or the cost of an advertising campaign to mitigate the negative impact of the infringement on the public. Relevant damages are often awarded (eg, on June 14 2016 the Court of Milan awarded more than € 2 million damages for patent infringement).

Also from a substantive perspective, patent protection is rigorous in Italy. In particular, Law No. 214/2016 that authorized the Italian Government to ratify the UPC Agreement) introduced a specific rule on contributory infringement, fully consistent with the one contained in the UPC Agreement⁶.

4. The “competition” of the Unified Patent Court with the national Courts

What is going to change, then, with the “competition” of the UPC with the national Courts in European patent matters?

In this respect we need to consider that both the Agreement and its detailed implementing rules, the Rules of Procedure (RoP), were aimed to striking a balance among different legal systems and traditions. However,

⁶ For a comprehensive view of the Italian rules on the protection of patents after the 2010 Reform Bill of the Code of Industrial Property see C. GALLI, G. CICCONE, V. G. CATELLI, S. CORONA, in C. GALLI (a cura di), *Codice della Proprietà industriale: la riforma 2010*, Milano, at pages 149 ff.

while the Agreement had been conditioned for a great deal by “political” concerns and in its drafting the influence and prestige of some legal systems (mainly the German and the English ones) clearly prevailed, the RoP have been drafted by experts, judges and practitioners and they tried to introduce the existing best practices in Europe and to find reasonable solutions for the most debated issues.

Bifurcation is a clear example of such an exercise. The Agreement expressly provided for the possibility that a case concerning infringement (before the local/regional divisions of the Court) and a case concerning validity of the same patent (revocation action, to be filed before the Central Court go ahead separately, even if the second one is clearly prejudicial to the first one, as it happens in the German system (where such a bifurcation, however, is mandatory, while the agreement admits a counterclaim for revocation to be filed by the assumed infringer before the local/regional division). Instead the RoP not only allow the patent owner to file a counterclaim for infringement before the central division (Rule 50), where it has been sued for revocation, but expressly provide for the possibility for the Judge of the infringement action to stay the same if “... *there is a high likelihood that the relevant claims of the patent (or patents) will be held to be invalid on any ground by the final decision in the revocation procedure...*” (Rule 37.4); and even that the Chairperson of the central division schedules the discussion hearing in the revocation action *before* the corresponding hearing in the infringement action of the same patent (Rule 40)⁷.

The reasonable solution to the problem of the bifurcation provided by the last version of the RoP allow, indeed, to overcome most of the concerns that the system had initially aroused, especially because also the liability of the plaintiff will be taken into account in case of claims based on patents then declared void due to prior art that could not have been ignored by the owner. The possibility, acknowledged by the RoP, to enforce in a sole dispute (if not contrary to opportunity reasons) the nullity or the infringement of more than one patent, that is a critical issue in a lot of sectors (i.e. television, telephony, where the infringing products will often include a great number of patents), but also in case of dependent patents, in order to avoid the duplication of procedural activities and the increase of costs will play a significant role on the parties’ strategies.

In the same way, the defense strategies are positively influenced by the circumstance that the RoP clarified that the nullity action and a subordinated action for declaration of non-infringement may be filed and

⁷ See again M. SCUFFI, *Il nuovo sistema europeo dei brevetti*, Milano, 2017, at pages 91-92.

discussed together for procedural economy reasons. However, the legal interest for a declaration of non-infringement, according to the UPC system, seems to be much less compelling of the current Italian procedural system, where it essentially it plays the role to prevent the risk of measures taken *inaudita altera parte*. The protective letters with unitary effects (i.e. automatically extended to all the Divisions, central, regional and local) and with a duration of 6 renewable months, that the subject that is afraid to be sued for infringement may send, basically protecting himself within the EU borders from the risk of urgent measures adopted without having heard his reasons play an important role in the defensive strategies of those who are afraid to be attacked for infringement⁸.

It should entail a great advantage especially for small and medium business, no longer obliged to act for first (by means of a declaration of non-infringement and nullity, often filed with separate actions), and reducing the costs and the multiple expenses, each to be faced in the language of the State of the venue, and especially, the force of the subject provided of greater economic means. Always in this perspective, furthermore, the new system will allow to more easily invalidate, with a single proceedings, those patents that do not meet the patent requirements, notwithstanding the granting of the same.

5. Conclusions

What is more, it is certain – and in my opinion it constitutes the most significant data – that the Unified Patent Court will drag to a definitive end of the dangerous illusion of the “national road to the patent litigation” from the substantial law point of view, cancelling also what still remain – now being overcome also by the most authoritative European judges – of the idea that the validity and the infringement (the latter in particular under the perspective of the equivalence) shall be assessed pursuant to different criteria from those resulting from the EPC (and, for equivalence, from its executive protocol), to whom all the European legal system have fully adhered from a legislative point of view⁹.

⁸ On the origin of the protective letter from the German *Schutzschrift* see M. SCUFFI, *Il nuovo sistema europeo dei brevetti*, Milano, 2017, at pages 116-117.

⁹ This “local” approach was deeply criticized in C. GALLI, *Per un approccio realistico al diritto dei brevetti*, in C. GALLI (a cura di), *Atti del Convegno “Innovazione e internazionalizzazione. Competere con i brevetti sul mercato globale”*, in *Il Dir. Ind.* 2010, at pages 133 ff.

This further progress in terms of certainty of the law will most likely be the most important result – both for the patent owners and for those accused of infringement – of the new system of the Unitary Patent and the Unified Patent Court. However the new system shall prove to be really effective on the “battlefield”, convincing the users to prefer the UPC to national Courts during the transitional period: this challenge may encourage the improvement of both systems and a positive deferring of the respective experience, again in a way that both IP and comparative lawyers cannot but warmly welcome.

Abstract

The EU Regulations Nos. 1257/2012 and 1260/2012 and the Agreement on a Unified Patent Court (2013/C 175/01) established a new system of protection of patents in Europe with two pillars: a new patent having unitary effect, i.e. covering the territory of the EU members States that take part in the relevant enhanced cooperation (all of them apart from Spain) considered as a whole, and a Specialized Unitary Court having competence all over Europe. As a result, while nowadays the judicial defence of patents in Europe must be managed on a state by state basis, which implies that the number of disputes can multiply and thus increasing the risk of conflicting decisions, the new system will permit the patent owners to enforce their rights all over Europe, and likewise their competitors to challenge the validity of the relevant patents, through a single dispute. However the implementation of these brand new procedural rules, deriving from different juridical traditions, and the role of the EUCJ in assuring a consistent interpretation thereof will be a real challenge, especially during the transitory period, when the patent cases might still be brought before the national Courts as alternative forum to the Unified Patent Court.

Ergun Özsunay*

*Involvement of the laypersons
in the Turkish adjudication system*

SUMMARY: 1. Involvement of Laypersons in the Adjudication as Judges and Public Prosecutors - 2. Involvement of Laypersons in the Adjudication as Mediator - 3. Involvement of Laypersons in the Adjudication as Arbitrator - 4. Involvement of Laypersons in the Adjudication as Witness - 5. Involvement of Laypersons in the Adjudication as Expert - 6. Involvement of Laypersons in the Adjudication through Expert Opinion (Uzman Görüşü) - 7. Involvement of Laypersons in the Adjudication in Inspection - 8. Concluding Remarks.

1. Involvement of Laypersons in the Adjudication as Judges and Public Prosecutors

In Turkey under the “*Law on Judges and Public Prosecutors*”, No. 2802 of 24 February 1983 (as amended) *only law school graduates* may serve as *judges and public prosecutors* (yargıç ve savcı) (Article 8).¹

Non-lawyers are not entitled, in principle, to render judicial decisions in respect of settlement of disputes.²

* Prof. Dr. Ergun Özsunay, Istanbul University School of Law (Em.), Istanbul Culture University School of Law, Civil Law, Comparative Law and EU Law

¹ See also By-Law on Appointment and Transfer of Judges and Public Prosecutors of the Republic, 1988 (as amended). For details see B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), Istanbul, 2016, p. 65 ss.

² Nevertheless, there are some exceptions relating to *compulsory arbitration*. For details see B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), Istanbul, 2016, pp. 929-930.

2. *Involvement of Laypersons in the Adjudication as Mediator*

Mediation (arabuluculuk) is one of the *Alternative Dispute Resolution* (ADR). It is a process in which parties, with the assistance of a neutral third party, identify disputed issues, develop options, consider on the alternatives and work to reach an agreement (settlement).³

Mediation is becoming an increasingly important tool for resolving civil and commercial disputes. The promotion of mediation is strongly linked to the idea of justice in the 21st century. It has received an important boost and is currently one of the most topical issues in the field of dispute resolution. National and international legislators offer new responses in this area with the aim of providing the parties of legal relationships to resolve their disputes outside state courts.⁴

In several jurisdictions *any person* (non-lawyers) may act as *mediator*. This kind of mediation can be seen in the U.S. Moreover under the “*Austrian Law on Mediation in Civil Law*” (Zivirechts-Mediations-Gesetz: ZivMediatG) mediator can be a non-lawyer (Section 8).

Opposite to this trend, in some jurisdiction mediation activities can only be carried out by *lawyers graduated from a law school having some certain qualifications*. According to “*Law on Mediation in Civil Disputes*”, No. 6325 of 7 June 2012 in Turkey only *lawyers graduated from a law school and having a five year of experience in the legal profession* may serve as mediator in civil disputes (Articles 20.2.b; 22-23).⁵

³ On several concepts related to “*mediation*” see K.K. KOVACH, *Mediation in A Nutshell*, Thomson/West, 2003; K. K. KOVACH, *Mediation: Principles and Practice*, 2000; ROGER S. HAYDOCK, *Mediation and Arbitration for Now and Future*, “*The Arbitration Process*” (Dennis Campbell, Gen. Ed.), Center for International Legal Studies, Kluwer Law International, Special Issue, 2001, pp. 1-27; C. MOORE, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, II ed., 1996; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, 2nd Edition, St. Paul, Minn., 2001; J.M. NOLAN-HALEY, *Court Mediation and the Search of Justice Through the Law*, 74 Wash. U.L.Q. 47, 1996; N. ROGERS/C.McEWEN, *Mediation: Law, Policy, Practice*, 1994.

⁴ In EU law *Directive 2008/52/EC* on certain aspects of mediation in civil and commercial matters has laid down the fundamental principles of mediation for the EU law. This Directive has been transformed to the national laws of the EU Member States.

⁵ Turkish “*Law on Mediation in Civil Disputes*”, No. 6325 is based on several foreign laws. The Drafting Commission for the Law on Mediation has examined in-depth some contemporary regulations on mediation law and mediation practices in several countries. The following texts and laws were examined and taken into account by the Drafting Commission: (i) *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* (2002);(ii) *Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law* (Commission of the European Communities, *Green Paper on Alternative Dispute*

3. *Involvement of Laypersons in the Adjudication as Arbitrator*

In many jurisdictions non-lawyers may serve as *arbitrator* in domestic or international arbitrations. For instance, under *Swiss Civil Procedure Code* (Article 360 et seq.), *German ZPO* (Section 1035 et seq.), and *Austrian ZPO* (Section 586 et seq.) non-lawyers can be appointed as arbitrator.

As regards Turkish law, under the Turkish “*Code of Civil Procedure*”, No. 6100 of 12 January 2011 (Turkish CCP) *in domestic arbitration* if an arbitral tribunal would be composed of three arbitrators (hakem), one of the arbitrators should be a *lawyer* who has at least experience of five years in his legal practice (Article 416.1.d).

Nevertheless, in *cases of international arbitration* when the dispute has a “foreign element”, *non-lawyers* may serve as arbitrator under the “*Law on International Arbitration*”, No. 4686 of 21 June 2001 (Articles 1-2 and 7.A;B.1-4).⁶

Resolution in Civil and Commercial Law, COM(2002) 196 Final); (iii) *EU Directive 2008/52/EC of the European Parliament and Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters* (Official Journal of the European Union, 24.5.2008; L 136/3 vd.), and (iv) *Austrian Federal Law on Mediation in Civil Matters* (Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG) of 06 June 2003. The Drafting Commission has examined also *German Baden Württemberg Conciliation Act* (1999) and *Bavarian Act on Mandatory Alternative Dispute Resolution in Civil Law* (2000). For details see E. ÖZSUNAY, *Some Remarks on the Turkish Law on Mediation in the Light of Recent Developments*, in *Mélanges en l'honneur de Sypridon Vl. Vrellis*, Nomikh BibAIOOHKH, 2014, pp. 639-658; M. ÖZEKES, *Paper submitted to the “International Workshop on Practices of Mediation in Civil Disputes*, p. 9; A. INGEN-HOUSZ (Ed.), *ADR, in Business-Practice and Issues across Countries and Cultures*, Kluwer Law International, 2011 (Turkish Law by M. Seçkin Arıkan, see p. 587 et seq.); *TBB, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı* (Conference on Mediation Practices Around the World), 11 Mart 2011, Ankara, 2012. Further for a general view on the Alternative Dispute Resolution in *GSÜHFD*, E. KUNTALP'E ARMAGAN, 2004/1, pp. 261 et seq.; M. ÖZBEK, *Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması* (Principles and Practice of Mediation in Europe) (Festschrift for Prof. Dr. Özer Seliçi), Ankara, 2006, pp. 441-502; M. ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Alternative Dispute Resolution), Ankara, Yetkin Yayınları, III ed., 2013.

⁶ For details see E. ÖZSUNAY, R.M. ÖZSUNAY, *Turkish International Arbitration Act 2001* (Its Structure and Salient Features), Turkish National Report submitted to the Conference for “The 50th Anniversary of the Chamber of Arbitration at the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry”, Sofia, 12-14 September 2003, 24 pages; E. ÖZSUNAY, R.M. ÖZSUNAY, *The Relationship Between Arbitration and Other Forms of Private and Public Forms of Justice*, Turkish National Report submitted to the “XIIth World Congress of Procedural Law”, Mexico, 22-26 September 2003, 15 pages; E. ÖZSUNAY, R.M. ÖZSUNAY, *Arbitration in Turkey: An Analysis of Turkish Arbitration Legislation in Light*

4. *Involvement of Laypersons in the Adjudication as Witness*

Witness Testimony under Turkish Civil Procedure Law in the Light of Some Jurisdictions in Europe

According to the Turkish *Code of Civil Procedure* each party is under the burden of proving the facts to support his claim or defense. Under the Turkish CCP any person who is not a party to the proceedings may testify on matters that he/she directly witnessed. Turkish CCP has detailed provisions on witness testimony (Zeugenbeweis) as in other jurisdictions.⁷

Witnesses (tanık, Zeuge) are normally summoned by the court. The court may allow, however, the parties to bring along witnesses without a summons. A witness shall be cautioned to tell the truth before being questioned (Articles 240-265).⁸

Under some jurisdictions, examination of certain witnesses can be done at certain locations. For instance, according to German ZPO the members of the Federal Government or of a Land government are to be examined at their official residence (Section 382.1: Vernehmung an bestimmten Ort). Likewise, the members of the Bundestag, of the Bundesrat, of a Land parliament or of a second chamber are to be examined at the venue of that assembly while they have their abode there (Section 382.2).

According to Swiss law, “a witness may be questioned at his or her place of residence. The parties must be notified thereof in advance” See. *Swiss CPC* Article 170.3.

In several jurisdictions the Codes of Civil Procedure lay down *specific*

of the UNCITRAL Model Law, ICC International Court of Arbitration Bulletin (Paris), 22:2:15-30, 2011; E. ÖZSUNAY, R.M. ÖZSUNAY, *International Arbitration and Mediation in Turkey*, in *Croatian Arbitration Yearbook* (Zagreb), 19:209-238, 2012; E. ÖZSUNAY, R.M. ÖZSUNAY, *Arbitration in Turkey under the Act on International Arbitration*, No. 4686 (2001) and The Code of Civil Procedure, No. 6100 (2011), Turkish National Paper submitted to the Conference on “Arbitration Court: The Past, Present, and Future”, Nowy Tomyśl; Poland, 15 April 2011, 29 pages; M.R. ÖZSUNAY, *Principles and Rules of the UNCITRAL Model Law as Essentially Adopted by the Turkish Act on International Arbitration*, in *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, C. KLAUSEGGER and others (eds), Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, pp. 343-368; M.R. ÖZSUNAY, *The Turkish 2009 Draft Code of Civil Procedure, Eight Decades after the Voluntary Adoption of the Swiss-Neuchâtel Code of Civil Procedure*, in *The Supreme Court Law Review*, Second Series Volume 49, 2010, pp. 150-151.

⁷ Cf *German ZPO*, Sections 373 et seq.; *Swiss CPC*, Article 169 et seq. (Zeugnis).

⁸ For details see B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), İstanbul, 2016, pp. 399 ss.

provisions in respect of examination of the person subject to the duty of official secrecy. In such cases the court hearing the case must procure the corresponding permission and make this known to the witness.⁹

Under Turkish law, if a witness is a *public servant* and under the duty to keep secret some information because of his function he cannot testify without the permission of the official authority to which the secret information relates. This rule applies even after the retirement of the public servant (Turkish CCP, Article 242). Witnesses are heard before the court. The witness may not use notes when he is heard by the court (Turkish CCP, Article 261.2). Evidence of witnesses may not be presented in the form of written statements signed by them. Nevertheless, the court may decide to send a questionnaire to the witness to be replied in written instead of hearing the witness. If the court decides that the written reply of the witness is not satisfactory, it requires him to attend the hearing to be heard (Turkish CCP, Article 246).

Cross-examination of witness does not exist in the Turkish civil procedure.¹⁰

Under Turkish law, *determination on the relevance, materiality and weight of the witness evidence* belongs to the court. Witness testimony is a means of evidence subject to the *discretion of the judge* (Turkish CCP, Article 198).¹¹

“Witness Testimony” and “Expert Witness Testimony” under American Evidence Law

a) Witness Testimony under American Evidence Law

Under *Federal Rules of Evidence* courts can call ordinary witnesses, but this power is rather rarely used. As regards *opinion testimony by lay witnesses* (i.e. lay opinions) under American evidence law, it should be noted that this concept is alien to the Turkish civil procedure law.¹²

In the American evidence law many older cases allowed only expert witnesses to offer opinions and limited *all other witnesses to testifying about*

⁹ See German ZPO Section 376: Vernehmung bei Amtsverschwiegenheit). Cf. Austrian ZPO, Section 331: “Zeuge in einem öffentlichen Amte oder Dienste”.

¹⁰ Cross-examination is a concept of common law procedure. It refers to the oral questioning by counsel on behalf of one of the parties of a witness called by another party during a trial. Cross-examination is part of an oral procedure. Cross-examination is always performed by counsel, questioning of a witness by a judge is not cross-examination.

¹¹ For details see B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), Istanbul, 2016, pp. 398, 407.

¹² See *Federal Rules of Evidence*, 2017 Edition, Rule 701.

“facts”, not inferences or conclusions. All witnesses, moreover, were often barred from expressing opinions on the “ultimate issues” to be decided by the jury.

Nevertheless, modern evidence law largely abandoned these restrictions. *Lay witnesses* -i.e., witnesses who do not testify based on some special expertise, *are free to offer opinions*, even on *ultimate issues*. To be admissible, though, the opinions expressed by a lay witness must be helpful to the jury, and –critically- they must be based on the witness’s firsthand observations.¹³

b) Expert Witness Testimony under American Evidence Law

Expert witnesses present evidence based on knowledge acquired through specialized study or unusual training and experience that permits them to generate, piece together, or interpret data in a manner that would not be readily apparent the fact finder.¹⁴

Testimony by expert witnesses has been regulated by *Federal Rules of Evidence* (2017 Edition) under Rule 702. In the U.S. trial lawyers and trial judges have long felt that witnesses with specialized skills or knowledge can offer helpful testimony even if they have no firsthand knowledge of the facts in a particular case. Therefore, expert witnesses, unlike lay witnesses, are allowed to offer opinions based in whole or in part on information they have received secondhand.

During the past several decades, as more and more trials have involved scientific or technical issues, expert testimony has become increasingly common and increasingly important.

One solution might be for judges rather than parties to select *expert witnesses*. Judges in fact are authorized to appoint experts, but they rarely do, because the practice fits poorly with American system’s general delegation of investigation and witness selection to the parties and their lawyers.

The *Federal Rules of Evidence* (2017 Edition) now try to prevent shoddy expert testimony in a different way: They require a trial judge to exclude

¹³ For further details see D.A. SLANSKY, *Evidence - Cases, Commentary and Problems*, Aspen Publishers, 2003, p. 439-440; ALLEN, KUHN, SWIFT, *Evidence - Text, Problems, and Cases*, Third Ed., Aspen Law & Business, 2002, p. 716 et seq. ; C.B. MUELLER, L.C. KIRKPATRICK, *Evidence Under Rules*, Eight Ed., Wolters Kluwer, 2015, p. 637 et seq. “Lay Opinion Testimony”

¹⁴ See ALLEN, KUHN, SWIFT, *Evidence - Text, Problems, and Cases*, Third Ed., Aspen Law & Business, 2002, p. 732; D.M. MALONE, P. ZWIER, *Effective Expert Testimony*, National Institute for Trial Advocacy, 2000, p. 5 vd. In the field of evidence is respect of *expert witnesses and expert opinions* the approach of the Turkish civil procedure law is essentially different from the *American evidence law*.

expert testimony unless the judge concludes it is “reliable”. This requirement codifies the holdings of three cases decided by the Supreme Court in 1990s: *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 U.S.579, 1993); *General Electric Co. v. Joiner* (522 U.S. 136, 1997), and *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (526 U.S. 137, 1999).¹⁵

Under *American evidence law expert testimony* is the subject of Rules 702-706 of *Federal Rules of Evidence* (2017 Edition). Under these Rules several standards are required for a reliable expert opinion:

aa- *Qualified expert*: First of all, a witness must *qualify as an expert to be able to testify as such* (Rule 702). Rule 702 refers to a witness “qualified as an expert” through “knowledge, skill, experience, training, or education”. It is only such persons who can give “opinion” testimony on “scientific” or “technical” matters or offer “specialized knowledge”.

In general, *qualified and skilled experts* in different cases are *physicians* (*paternity cases, malpractice, medical liability, determination on physical disability etc.*), *psychiatrists* (*insanity, power of discernment*), *real estate appraisers, engineers* (*machinery, construction, auto accidents etc.*), *bankers* (*financial matters, banking transactions etc.*), *landowners* (*testifying to land values*), *farmers and ranchers* (*for estimation of crops and livestock*), *bookkeepers, accountants etc.*

bb-*Helpfulness standard*: An expert may provide opinion testimony under *Federal Rules of Evidence* only if it would “*help the trier of fact understand the evidence or determine a fact*” (Rule 702).

cc-*Reasonable reliance standard*: Often experts testify on the *basis of personal knowledge*. Unlike lay witnesses (who must have such knowledge), however, Rule 703 allows experts also rely on *hearsay* or *other material*, provided that other experts in the field “*would reasonably rely*” on such information.

dd-*Mental state restriction*: Under *Federal Rules of Evidence* (2017 Edition) experts may not give opinion testimony that the accused “*did or did not have mental state or condition that constitutes an element of the crime charged or a defense*” (Rule 704(b)).

ee- *Stating opinion directly*: Under *Federal Rules of Evidence* (2017 Edition) an expert may provide opinion testimony “*without first*

¹⁵ For details see A. SLANSKY, *Evidence - Cases, Commentary and Problems*, Aspen Publishers, 2003, p. 446-447.

testifying to the underlying facts”, which represents a purposeful departure from conventions that generally attend the presentation of testimony(Rule 705).

ff-Reliability standard: American courts require *scientific and other technical evidence* must be “generally accepted” in the pertinent scientific community. Universally, the standard was known as “*Frye standard*”.¹⁶

In the last decade of the 20th century things changed. The *Supreme Court* decided the *Daubert case* in 1993, discarding “*Frye*” for federal courts in favor of a *more flexible approach* that was still designed to insure the *reliability of scientific evidence*.

Later the Court decided *Kumho Tire* in 1999, extending the *Daubert standard* to *all expert testimony* presenting technical or specialized material.

Further, Rule 702 of *Federal Rules of Evidence* (2017 Edition) was amended in 2002 “*in response to Daubert*”, so it formally requires expert testimony to rest on *sufficient facts or data*, reflect reliable principles and methods, and reliably apply these principles and methods.¹⁷

As regards court appointed expert witnesses a court may appoint an expert witness on its own motion as well as on request by a party. Nevertheless, in fact this power is rarely used in American practice.¹⁸

5. *Involvement of Laypersons in the Adjudication as Expert*

Expert Opinion under Turkish Procedure Law

Under Turkish CCP Article 266 at the *request of a party* or *ex officio* the court may obtain an *opinion from one or more experts* (bilirkişi) in a case where a *specific or technical knowledge* is necessary.¹⁹

¹⁶ See *Frye v. United States*, 293 F. 1013, 1014 D.C. Cir. 1923) (rejecting lie detector evidence). For details see C.B. MUELLER/LAIRD C. KIRKPATRICK, *Evidence Under Rules*, VIII Ed., Wolters Kluwer, 2015, p. 645 et seq.

¹⁷ For *reliability standard* see C.B. MUELLER, L.C. KIRKPATRICK, *Evidence Under Rules*, VIII Ed., Wolters Kluwer, 2015, p. 663-664.

¹⁸ See *Federal Rules of Evidence* (2017 Edition), Rule 706.

¹⁹ “*Expert witness*”(Sachverstaendige Zeugen) and “*expert examination*”(Sachverstaendiger) are different concepts. *Swiss CPC*, Article 175 lays down provision on “testimony of an expert witness” (Zeugnis einer sachverstaendigen Person) “if a witness has special exper-

Expert opinion (or report) is a typical aspect of the Turkish adjudication system.²⁰ *Act on Expert Examination* (Bilirkişilik Kanunu), No. 6754 of 3 November 2016 has laid down the principles and procedures relating to the qualification, training, appointment and supervision of experts. An *Advisory Board on Expert Examinations* (Bilirkişilik Danışma Kurulu) and a *Department on Expert Examination* (Bilirkişilik Daire Başkanlığı) have been established in the Ministry of Justice in order to carry out the abovementioned duties (Articles 4 et seq.). A *special register for experts* and *Lists of Experts* are maintained by the relevant authorities (Articles 10 et seq.).

In a concrete case the court instructs the expert to examine the case and to analyze certain issues specified by the court and to deliver his written opinion (report) within a certain period of time specified by the court (Turkish CCP, Article 273-274). The expert must tell the truth and must submit his written opinion within the deadline set by the court (Articles 271, 273.1).²¹

Experts can be invited to the hearing. The court gives the parties the opportunity to ask for explanations or put additional questions.²²

As explained above *expert's examinations and opinions* are commonly used in the Turkish adjudication by the courts. The courts usually apply to *several independent and autonomous organizations, official authorities, professional associations and universities* to suggest the names of experts in several kinds of disputes (e.g. *Saving Deposit Insurance Fund; Banking Regulatory and Supervisory Agency; Securities and Investment Board; Radio and TV Supervisory Council; Chambers of Commerce; Turkish History Institution; Chambers of Architects and Engineers*, and several professional associations for the protection of copyright of musicians, performers, film

tise". According to this provision "the court may also ask him or her questions about his or her assessment of the facts of the case". Under the *Austrian ZPO*, provisions on witness testimony apply also to testimony of expert witness (Sachverstaendige Zeugen) (Section 350). The *German ZPO* has also a similar provision (Section 414).

²⁰ For *Act on Expert Examination* (Bilirkişilik Kanunu), No. 6754 see Official Gazette, No. 29898 of 24 November 2016. Cf. "Evidence provided by experts" (Beweis durch Sachverstaendige) is regulated by Sections 402-414 of the *German ZPO*. In principle the rules relating to *witness evidence* apply mutatis mutandis to the *evidence provided by experts* (Section 402).

²¹ Cf *German ZPO*, Section 410 (placing the expert under oath); Section 411 (written opinion).

²² For details see B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), İstanbul, 2016, p. 409 et seq. For German law see *German ZPO*, Section 411.3: The court may order the expert to appear before it for the purpose of explaining the written report.

artists etc.).

In the practice in some fields of law expert opinions are of great importance. Particularly expert opinions play an important role in resolving disputes handled by courts of first instance. If solving a dispute requires technical or specialist knowledge and cannot be resolved by the judge's legal and professional knowledge and experience, the court appoints an expert or a panel of experts. Appointment of expert or panel of experts is made on the *court's own motion* or *upon the request of the parties*. The court requests the expert or the panel of experts to examine certain issues of facts and present their *written report with reasoning* within a specified period of time determined by the court. Legal issues cannot be directed to expert for expert examination and opinion. However, in practice particularly in complex cases experts are requested to examine even legal issues (Turkish CCP, Articles 273 et seq.)

Expert reports are *not binding* on judges. They are evaluated by the court (Turkish CCP, Article 282). Nevertheless, in practice many courts render their decisions in compliance with expert opinions.²³

Expert examination is usually requested in most cases relating to *infringements of patent, utility model, geographical indication, industrial design, and trademark*. In spite of existence of specialized intellectual property courts, in practice these courts usually appoint an expert or panel of experts to determine the qualification of a *patent* or a *trade mark* or whether a *trademark is well-known* or there is a *risk of confusion*. *Patents* need usually to be appraised for accounting and transactional purposes in situations *sales of businesses* or *company mergers* or *bankruptcy actions*. These issues require specific technical knowledge and experience. Likewise, *trademark appraisals* and trademark valuations are complex issues. In cases of disputes courts need *dependable, accurate and objective trademark appraisals* that is performed by reliable and experienced experts.

Moreover, when a case is brought before a court with the request of cancellation of a decision of the “*Turkish Patent and Trademark Authority*” (Türk Patent ve Marka Kurumu) an expert panel is usually appointed by the court to examine the case and submit its opinion.²⁴

²³ For details see B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), İstanbul, 2016, p. 409 et seq.

²⁴ Cf *Act on Industrial Property* (Sınai Mülkiyet Kanunu), No. 6769 of 22 December 2016. See also *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* of 20 March 1883 as amended several times. Turkey is a party to this Convention. For details see E. ÖZSUNAY, R.M. ÖZSUNAY, *Intellectual Property, Turkey*, in *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International.

Likewise, in practice disputes related to *copyright* are usually submitted to expert examination. In such cases calligraphy and graphology experts (graphologists), law teachers on intellectual property, actors, singers, performers, graphic designers, printers, publishers and authors serve as experts. Disputes related to *computer programs; cinematographic works (films); videos; performers' rights; phonograms and rights of broadcasting organizations* are usually resolved by means of experts' examination.²⁵

Another area in which expert examination is required is related *road and sea traffic accidents*. In such cases traffic engineers, professors on insurance law, assessors and experts serving in insurance business are requested to examine the accident and submit their reports on the *degree of negligence* (grave or light) and *amount of the damage* (value of the property).

In *cases related to construction disputes* experts are usually architects, construction engineers, and contractors as well as lawyers working on construction law. Courts usually apply to the professional organizations in order to get information on experts to be appointed for expert's examination (e.g. *Chamber of Commerce and Industry* [Ticaret ve Sanayi Odaları], *Turkish Contractors' Association* [Türkiye Mühendisler Birliği], *Turkish Union for Architects and Engineers* [Türkiye Mimar ve Mühendis Odaları Birliği], etc.).

In *disputes relating to health law and particularly medical liability cases* courts request experts from the "*Turkish Physicians Union*" (Türk Tabipler Birliği) and *Faculties of Medicine*. In practice not only medical doctors, but also experienced lawyers practicing in medical and health law were usually appointed for expert examinations. Nevertheless, the *Act on Expert Examination*, No. 6754 has laid down specific provisions relating to medical expertise (Articles 24-27).

Land and real estate disputes need also expert examination. In such disputes courts usually appoint retired officers from the *Land Registries*, land survey experts, real estate dealers, land brokers, and lawyers practicing in land and immovable cases.

In *disputes related to banking transactions* (e.g. credit cards, consumer

²⁵ Cf *Act on Intellectual and Artistic Works*, No. 5846 of 5 December 1951 (as amended and revised several times). See "*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*" (9 September 1886 as revised several times). Paris version of the Convention was ratified by Turkey by Act, No. 4117 of 7 July 1995. Further see the *Universal Copyright Convention* of 6 September 1952 (as revised at Paris in 1971), and *International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations* (Rome Convention of 26 October 1961). Turkey is a party to Rome Convention. It was ratified by the Act, No. 4116 of 7 July 1995. For details see E. ÖZSUNAY, R.M. ÖZSUNAY, *Intellectual Property, Turkey*, in *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International.

credits, loan agreements, letter of credits etc.) experts are requested by courts from several specialized professional organizations like “*Türkiye Bankalar Birliği*” (Union of Banks of Turkey , TBB), “*Banking Regulatory and Supervisory Agency*” (Banka Düzenleme ve Denetleme Kurulu, BDDK) , “*Saving Deposit Insurance Fund*” (Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, TMSF), “*Securities and Investment Board*” (Menkul Kıymetler ve Yatırım Kurulu, MKYK), etc.

In Turkish practice *non-lawyer experts* used to play an important role with regard to resolve disputes in many fields. When a panel of experts was appointed by court a lawyer was usually included to the panel in order to assist other experts regarding legal issues of the case. After the entry into force of the *Act on Expert Examination*, No. 6754, this situation has been changed. Under this Act, persons who are *law school graduates* cannot be appointed as expert unless it is certified that they are experts on some specific areas outside the field of law (Article 49 and Turkish CCP, Article 266/1 as amended by this Act). Moreover, experts are not allowed to make *legal qualifications* (*Act on Expert Examination*, No. 6754, Article 45 and Article 67/3 of the *Code of Criminal Procedure* (Ceza Muhakemesi Kanunu), No. 5721 as amended by this Act).

6. *Involvement of Laypersons in the Adjudication through Expert Opinion (Uzman Görüşü)*

Under the *Turkish CCP* the parties to an action may submit *expert opinions* taken from experts (usually legal opinions or opinions on specific issues or technical matters examined by experts: uzman görüşü) (Article 293). Such expert opinions are *not binding* on the courts, but they usually assist to clarify complex legal or technical issues. If an expert does not attend the hearing in spite of the summons by the court, his report is not taken into account and evaluated by the court (CCP Article 293.c).²⁶

7. *Involvement of Laypersons in the Adjudication in Inspection*

According to *Turkish CCP* at the request of a party or *ex officio* the court

²⁶ For details B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), İstanbul, 2016, p. 426-427.

may conduct an *inspection* in order to see the facts for itself or for a better understanding of the case. The court may summon *witnesses or experts* to the inspection (Articles 288-291).²⁷

8. Concluding Remarks

- 1- As is seen Turkish adjudication is usually based on the *professional activity of lawyers*. Only law school graduates may settle the disputes as *judges or mediators*. *Non-lawyers* may not render a *judgment* to settle a dispute.²⁸
- 2- *Non-lawyers* may act as *arbitrator* in domestic arbitration (Turkish CCP, Article 416). Nevertheless, if the *arbitral tribunal is composed of three arbitrators*, at least one arbitrator should be a *lawyer who has experience of five years in his field* (Article 416.d).²⁹
- 3- *Non-lawyers* may also act as *arbitrator* in *international arbitration* under the *Act on International Arbitration* (AIA), No. 4686 of 21 June 2001. *Foreign nationals* can be chosen as arbitrator (Article 7).
- 4- In Turkish civil procedure *non-lawyer lay persons* may act as *arbitrator, expert, witness, and appraiser* as auxiliary elements of the adjudication system.

As emphasized above in Turkish practice particularly *non-lawyer experts* play an important role with regard to resolve disputes because many courts render their judgments in line with experts' opinions.

Abstract

This paper examines the involvement of laypersons in the Turkish adjudication system in the light of U.S. civil procedure and procedural laws of some of the continental jurisdictions.

²⁷ See B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), Istanbul, 2016, p. 430-433.

²⁸ For the exceptions relating to *compulsory arbitration* see B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), Istanbul, 2016, p. 929-930.

²⁹ For details see B. KURU, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (Civil Procedure Law revised under Appellate Review System), Istanbul, 2016, p. 939.

- 1- *In Turkey only law school graduates may serve as judges and public prosecutors as in many jurisdictions.*
- 2- *Laypersons may act as mediator in adjudication in several jurisdictions. The typical example of this trend can be observed in the U.S. mediation system. According to another trend only lawyers graduated from a law school are entitled to serve as mediator. Mediation in Turkey reflects this trend. Only the lawyers having an experience of five years in the legal profession may serve as mediator in civil disputes.*
- 3- *In many jurisdictions non-lawyers may serve as arbitrator in domestic and international arbitrations. Under Turkish law, in domestic arbitration if the arbitral tribunal would be composed of three arbitrators, one of them should be a lawyer having at least experience of five years in his/her field of law. Nevertheless, in cases of international arbitration when the dispute has a "foreign element" non-lawyers may serve as arbitrator.*
- 4- *Any person who is not a party may testify on matters that he/she directly witnessed. Witnesses are summoned by the court. The court may allow the parties to bring along witnesses without a summons. The judge may permit parties to direct questions to the witness. Cross examination (Cf U.S. Federal Rules of Evidence, Rule 614), and examination of certain witnesses at specific locations are not allowed under Turkish law (Cf members of the Federal Government or of a Land government in German law).*
- 5- *Expert opinions are generally used in the Turkish adjudication by the courts. At the request of a party or ex officio the court may obtain an opinion from one or more experts (Gutachten) in a case where a specific or technical knowledge is necessary. The court shall instruct the expert and submit the relevant questions to him/her. Experts can be invited to the hearing. The court must give the parties the opportunity to ask for explanations or put additional questions. (Turkish CCP, Art. 266 et seq. Cf. Act on Expert Examination, No. 6754).*
- 6- *Under Turkish law the parties to an action may submit private expert opinions (uzman görüşü) taken from experts (private legal opinions or opinions on specific issues or technical matters). Such opinions are subject to the discretion of the judge.*

- 7- *At the request of a party or ex officio the court may conduct an inspection in order to see the facts for itself or for a better understanding of the case. The court may summon witnesses or experts to the inspection. (See. Turkish CCP, Arts. 288, 290).*
- 8- *This paper indicates that the adjudication system in several jurisdictions is based, in principle, on the professional lawyers. Under Turkish law, only law school graduates may settle the disputes as judges. Non-lawyers may not render a judgment to settle a dispute. Arbitration and mediation are exceptions. Non-lawyers may serve as arbitrator and mediator. Laypersons can usually be benefitted as expert, expert witness, and appraiser as auxiliary elements in the adjudication systems.*

LEGAL SOURCES and ABBREVIATIONS

Act on Expert Examination: Bilirkişilik Kanunu, No. 6754 of 3 November 2016; Act on Industrial Property: Sınai Mülkiyet Kanunu, No. 6769 of 22 December 2016; Act on Intellectual and Artistic Works: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, No. 5846 of 5 December 1951 (as amended and revised several times); Act on Judges and Public Prosecutors: Hakimler ve Savcılar Kanunu, No. 2802 of 24 February 1983 (as amended); Act on International Arbitration (AIA): Milletlerarası Tahkim Kanunu, No. 4686 of 21 June 2001; Austrian Law on Mediation in Civil Law: Zivrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG); Austrian ZPO: Austrian Code of Civil Procedure (Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung) (as amended); Cf: compare; Federal Rules of Evidence: 2017 Edition, U.S.A.; German ZPO: German Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung) as promulgated on 5 December 2005 (as amended); Law on Mediation in Civil Disputes: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, No. 6325 of 7 June 2012; Swiss CPC: Swiss Civil Procedure Code (Schweizerische Zivilprozessordnung) of 19 December 2008; Turkish CCP: Code of Civil Procedure (Hukuk Muhakemeleri Kanunu), No. 6100 of 12 January 2011.

NOVA REMEDIA DEL POTERE GIURISDIZIONALE

Lucia Scaffardi*

Iudex peritus peritorum?
L'utilizzo del DNA nel processo penale
ed il ruolo del giudice

SOMMARIO: 1. Giudice e prova scientifica – 2. L'esperienza USA e la decostruzione del mito del metodo scientifico – 3. Il DNA ad uso forense: la genetica come scienza entra nel processo – 4. Può essere, il giudice, ancora *peritus peritorum*?

1. *Giudice e prova scientifica.*

Nell'ambito dei rapporti tra processo penale e scienza, la valutazione della prova scientifica da parte del giudice presenta maggiori difficoltà rispetto a quella del sistema probatorio "tradizionale". E', questa, una considerazione generale che ripropone alle diverse latitudini il carattere universale di tali criticità¹, portando - per dirlo con il titolo di un noto volume - "la scienza davanti ai giudici"². La domanda sottesa a questa immagine è come il magistrato possa individuare un iter logico-deduttivo che porti a giudicare il caso, basandosi sull'affidabilità scientifica del mezzo di prova, attraverso

* Professore associato di diritto pubblico comparato presso l'Università di Parma.

¹ Per un approfondimento sul tema specifico del presente lavoro, ma più generalmente sulla prova scientifica che "irrompe" con tutte le sue peculiarità nel processo penale si veda: C. MCCARTNEY, *Forensic Identification and Criminal Justice. Forensic Science, Justice and Risk*, London, 2006; S. KRIMSKY T. SIMONCELLI, *Genetic Justice. DNA Data banks, Criminal Investigations and Civil Liberties*, New York, 2010; O. SALLAVACI, *The Impact of Scientific Evidence on Criminal Trial. The case of DNA evidence*, London, 2014; O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005. Dello stesso autore più recentemente si consulti *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2015, p. 601 ss.

² Si tratta di uno dei volumi più apprezzati e discussi in materia, scritto da S. JASANOFF, *Science at the bar: law, science, and technology in America*, Cambridge, 1995 (trad. it., *La scienza davanti ai giudici: la regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001).

l'utilizzo delle perizie e dei metodi utilizzati e i cui risultati divengano parte imprescindibile del percorso decisorio.

Il giudice, va ricordato, dispone di un bagaglio culturale costruito attraverso gli studi e l'esperienza, e la sua attività si esplica sulla base di presupposti radicati che presentano una certa immutabilità. Diversamente, l'utilizzo della prova scientifica è caratterizzato dall'impiego di una scienza-conoscenza non immutabile, ma anzi sottoposta ad un incessante divenire, che ne valida a volte i risultati ed altre invece porta a smentite e/o al superamento delle conoscenze acquisite³.

In questo panorama il ruolo del perito scientifico⁴, chiamato ad esprimere valutazioni che implicano competenze specifiche, è divenuto quanto mai centrale nel processo, fermo restando l'obiettivo di assistere il giudice nel tentativo di colmare il *gap* fra diritto e scienza. Per usare una felice espressione, il perito dovrebbe essere "l'occhiale del giudice"⁵, in grado di fornire a questi "valutazioni e chiarimenti consentiti da una particolare esperienza in un'arte o in una specifica preparazione scientifica, la sua attività di collaborazione essendo circoscritta alle sole questioni la cui soluzione richieda un elevato livello di cognizioni teoriche o tecnico-pratiche in materie estranee all'ordinario bagaglio culturale del giudice, al prudente apprezzamento e all'esclusiva competenza del quale, pur nella conferma della sua potestà decisionale quale *peritus peritorum*, è rimesso l'astenersi dall'effettuare considerazioni personali determinanti e valutazioni comparative che mancherebbero del supporto d'una appropriata preparazione"⁶. Il giudice sa dunque di potersi rivolgere a queste figure specializzate per compensare l'umana mancanza di una conoscenza enciclopedica, così come ai periti possono naturalmente rivolgersi sia la difesa che la pubblica accusa⁷.

Con l'avanzare della tecnologia, della ricerca e dei conseguenti progressi

³ Ciò a cui si fa riferimento riguarda il continuo evolversi della scienza che, pur presentando un metodo scientifico, nel suo divenire costituisce un linguaggio (scienza) non acquisito dal giudice e caratterizzato da quel margine di errore scientifico possibile, tipico delle "scienze in evoluzione". Si badi bene: questo non attiene all'errore umano riscontrabile a causa della erronea applicazione di particolari metodiche.

⁴ La perizia è prevista nel codice di procedura penale all'art. 220, co. 1, che dispone come questa sia ammessa: "quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche". Anche nel codice di procedura civile esiste la figura del consulente di particolare competenza tecnica. Cfr. art. 61 C.p.c.

⁵ M. ROSSETTI, *Il CTU (L'occhiale del giudice)*, Milano, 2006, p. 6.

⁶ Cass., 18 agosto 2003, n. 12091, in *Foro It. Rep.*, 2003.

⁷ Art. 225, co. 1, C.p.p.

della scienza, è diventato praticamente inevitabile che il ricorso alle fonti peritali aumentasse, anche per il “convincimento che la conoscenza scientifica rappresenti il paradigma ideale della conoscenza certa e empiricamente dimostrata”⁸. Problema risolto, dunque? Tutt’altro, anzi. Il ricorso all’utilizzo della prova scientifica reca con sé una duplice questione, che investe parallelamente l’uomo e la scienza in un percorso sempre più intrecciato, ma mai definitivo⁹. Il primo, ovvero il giudice, si trova, grazie alla prova scientifica, ad avere importanti elementi a disposizione, ma dei quali non ha diretta e piena conoscenza; il secondo, vale a dire “il sapere scientifico, di per sé afinalistico e in perenne evoluzione, si misura con il processo penale orientato invece verso una decisione definitiva”¹⁰. Le pagine che seguono intendono illustrare come si sia evoluta questa non facile convivenza.

2. L’esperienza USA e la decostruzione del mito del metodo scientifico

Per sviluppare considerazioni utili a superare il dilemma appena accennato, è necessario riassumere inizialmente come il rapporto scienza/diritto sia stato e sia affrontato compiutamente in realtà certamente a noi distanti processualmente¹¹, ma che hanno già da diverso tempo potuto fruire di un forte sviluppo (e conseguente utilizzo) del progresso scientifico e tecnologico. A tal fine l’esperienza statunitense appare illuminante sia appunto per l’esperienza pregressa che per quanto sta avvenendo attualmente.

È a molti noto come i giudici americani abbiano per lungo tempo affidato al criterio della conformità a quanto stabilito dalla comunità scientifica il loro operato, così come affermato fin dal 1923 nel famoso caso

⁸ M. TARUFFO, *Scienza e processo*, sub voce “XXI SECOLO”, Treccani, Roma, 2009, consultabile in [www.treccani.it/enciclopedia/scienza-e-processo_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/scienza-e-processo_(XXI-Secolo)/) ma v. anche O. DOMINIONI, voce *Prova scientifica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. I, Milano, 2008.

⁹ Come ricorda Violini, infatti, “la scienza non conosce che risultati transitori”. V.L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l’approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 975.

¹⁰ C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, pp. XIII-XIV.

¹¹ Al di là di una evidente distinzione sul piano dei sistemi di *civil* e *common law*, l’affermazione è riferita nello specifico, ad esempio, all’inesistenza, in quel sistema, dell’esperto indipendente, da accomunare in ipotesi ai nostri consulenti tecnici d’ufficio (CTU).

*Frye v United States*¹². Tale principio, che prevede l'accettazione in mero ossequio, da parte del diritto, a dati approvati dalla comunità scientifica, va sotto il nome di *general acceptance test*. Si tratta di una teoria che – come è facile dedurre – presentava fin da allora un forte limite, ovvero che nel medio-lungo periodo la scienza sarebbe andata a sostituirsi all'attività svolta dal giudice, al quale non sarebbero rimasti margini di valutazione in merito al caso concreto.

Si era così venuta a creare una situazione nella quale l'elemento determinato dalla comunità scientifica andava a prevalere, costruendo una sorta di binario unico sul quale il ruolo del giudice si vedeva suo malgrado costretto. Sennonché, un altro limite proprio di queste determinazioni era insito nel fatto che le conquiste scientifiche sono di per se stesse, come si diceva in premessa, non traguardi definitivi, ma tappe di un viaggio, spesso ad ostacoli, in cui per il giudice era possibile aver preso una direzione rivelatasi poi non corretta. Grazie (o potremmo dire a causa) dell'incessante progredire della scienza che porta a validare, ma spesso anche a superare – diversificandoli - i progressi raggiunti, il giudice americano ha profondamente rivisto il suo convincimento iniziale.

In questo viaggio ideale, peraltro piuttosto tormentato, la Corte Suprema nel 1993 con il *leading case Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*¹³ ha ridefinito il rapporto che deve intercorrere nelle aule dei tribunali tra scienza e diritto¹⁴. In questa ancor oggi fondamentale sentenza sono stati infatti definiti i tratti essenziali della disciplina sull'ammissione della prova scientifica.

L'accertamento di tali categorie può da allora essere desunto, come

¹² *Court of Appeals of District of Columbia*, 3 dicembre 1923, n. 293, *Frye v. United States*, in *Federal Reporter*, 1923, p. 1013 ss. Su questo pionieristico caso, riguardante la piena ammissibilità probatoria dei test scientifici, si rimanda nella dottrina di lingua italiana, tra gli altri, a A. DONDI, *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 264 ss.

¹³ *Supreme Court of the United States*, 28 giugno 1993, *Daubert e a. v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, in *Minnesota Law Review*, 1994, p. 1345. Si vedano anche G. PONZANELLI, *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 184 ss.; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 219 ss.

¹⁴ Sommarariamente la causa riguardava un prodotto, il Bendectin, che veniva a quei tempi somministrato contro le nausee alle donne in gravidanza. La casa farmaceutica convenuta rifiutava la pretesa risarcitoria di alcuni cittadini poiché non vi era, al tempo, alcuna prova scientifica che indicasse come questo medicinale fosse la possibile causa di malformazione dei feti e conseguentemente chiedeva che, in ossequio al principio del *general acceptance test*, non potessero essere ammesse nel processo le testimonianze di esperti di controparte che confutassero l'assunto scientifico.

avvenuto nel caso di specie, anche da testimonianze di esperti di controparte e non più dalla sola generale accettazione da parte della comunità scientifica di cui si diceva. Questi elementi di validazione, che potremmo definire di ausilio del giudice, possono essere così riassuntivamente citati: l'ipotesi scientifica deve essere stata testata, cioè sottoposta a verifica empirica; il giudice deve sincerarsi se tale teoria o tecnica sia stata pubblicata e se sia stata oggetto di valutazione scientifica ad opera di altri esperti (facendo venire alla mente una sorta di *peer review*, già applicata in America per la letteratura scientifica); se è conosciuta, la percentuale di errore anche solo potenziale che attiene alla metodica. Inoltre il giudice dovrà valutare se la teoria o la tecnica sia stata accettata dalla comunità scientifica di riferimento, cercando in questo modo una *general acceptance*, ma non quale preconditione per il riconoscimento della validità della tesi avanzata. La Corte, inoltre, afferma come l'elenco indicato nella sentenza non abbia carattere di esaustività, ma rimanga passibile di ulteriori future implementazioni¹⁵, non dovendo neppure i criteri individuati coesistere tassativamente. E così è avvenuto che a seguito di quella sentenza, ma anche delle due successive *Joiner* e *Kumho* (meglio conosciuta come la "trilogia"), si è arrivati alla riforma della *rule 702* del *Federal Rules of Evidence* (FRE)¹⁶.

Un altro aspetto che merita di essere ricordato e che rimane elemento significativo nel dibattito americano (ma che vedremo essere stato attentamente valutato anche in Italia¹⁷) è quello dell'affidabilità della cosiddetta prova genetica¹⁸. Il rivolgersi con fiducia a tali strumenti è strettamente legato alle capacità dei laboratori che si occupano di queste analisi di assicurare la competenza degli operatori e la validità delle metodiche

¹⁵ I criteri enucleati nella sentenza *Daubert* sono stati poi implementati dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Si vedano ad esempio i sedici criteri proposti da Farley riportati da F. TAGLIARO-E. D'ALOJA-P. SMITH FREDERICK, *L'ammissibilità della prova scientifica in giudizio e il superamento del Frye standard: note sugli orientamenti negli Usa successivi al caso Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 719.

¹⁶ "In virtù di quest'ultima, la *testimony by experts* è ammissibile a condizione che: «sufficienti «*facts or data*» ne rappresentino la base; a fondarla siano principi e metodi affidabili, applicati in modo corretto al caso di specie».

¹⁷ Si legga al proposito, U. RICCI, *La qualità nel settore della genetica forense*, in *Riv. It. Med. Leg.*, n. 1/2016, p. 235 ss.

¹⁸ In passato, ad esempio, si sono verificati casi di cd. falsi positivi, che avevano portato ad una erronea identificazione a danno di individui innocenti. Per questo l'analisi del DNA per scopi investigativi deve avvenire seguendo scrupolosi controlli di qualità e necessarie certificazioni dei laboratori. Sul delicato tema in generale si veda P.C. GIANNELLI, *Wrongful convictions and forensic science: the need to regulate crime labs*, in *North Carolina Law Review*, 86, 2007, p. 163; U. RICCI, *La qualità nel settore della genetica forense*, cit.

utilizzate in base a parametri riconosciuti internazionalmente¹⁹. Per questa ragione si ricorre nella grande maggioranza dei Paesi che adottano queste tecniche, all'accreditamento dei laboratori secondo le norme internazionali (ISO), nonché all'utilizzo di linee guida specifiche.

Quanto fin qui riportato ben chiarisce come il giudice americano abbia dal 1993 deciso di intraprendere una nuova strada, non più in ossequio ed aderenza al disposto scientifico validato, ma avocando a sé una piena ed autonoma volontà decisionale. Il risultato raggiunto è stato quello, assai interessante, di una decostruzione dell'autorità degli esperti²⁰, anche se pare possibile ritenere come la Corte Suprema, dalla *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, abbia deciso di seguire un modello di separazione fra legge e scienza che finisce per determinare un confine assai marcato tra le due. In un certo senso, si passa dal binario unico, citato prima, ad un doppio binario parallelo senza deviatoi. Metafore ferroviarie a parte, quello che invece dovrebbe giungersi a determinare, seguendo l'interessante studio di Sheila Jasanoff, è un diverso approccio al tema, che valuti come entrambe le scienze creino conoscenza con differenti funzioni²¹. Come lucidamente sostenuto dalla studiosa indo-statunitense, infatti, *“Quando sono condotti con efficacia, i procedimenti giudiziari non solo riescono a far emergere le divergenti interpretazioni tecniche degli esperti, ma possono anche mettere in luce i presupposti normativi e sociali ad esse soggiacenti, così da consentire al pubblico non specializzato una valutazione intelligente”*²².

¹⁹ L'Unione europea, ad esempio, ha compreso l'esigenza di intervenire affinché ai risultati delle analisi dei laboratori degli Stati membri possa essere attribuita la stessa attendibilità e riconoscimento in tutti gli altri Paesi comunitari. Per raggiungere tale obiettivo, in estrema sintesi, la Decisione Quadro ha disposto che ogni “organismo nazionale di accreditamento attesti che i fornitori di servizi forensi che effettuano attività di laboratorio sono conformi alla norma EN ISO/IEC 17025” (art. 1).

²⁰ S. JASANOFF, *Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings*, in *American Journal of Public Health*, Vol. 95, No. S1, pp. S49-S58, 2005; *The Coronado Conference: Scientific Evidence and Public Policy Paper*, consultabile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=849369>.

²¹ “Gli studi condotti da Sheila Jasanoff sulle modalità con cui gli esperti (nelle agenzie federali, nelle commissioni tecnico-scientifiche e nelle testimonianze rese nei processi) formulano i loro pareri e sul ruolo svolto dalle Corti statunitensi nella regolazione della scienza rivelano come – dietro a un atteggiamento positivistico e tecnocratico – di fatto, le conoscenze, le pratiche e i prodotti scientifici si stabilizzano nella vita sociale attraverso complesse attività di mediazione e negoziazione. I pareri degli esperti, pur ufficialmente dichiarati neutri, si rivelano, a un'analisi attenta, sempre intimamente legati all'assunzione di particolari premesse e valutazioni, e peraltro inscindibili da queste”. M. TALLACCHINI, F. TERRAGNI, *Le biotecnologie: aspetti etici, sociali e ambientali*, Milano, 2004, p. 144.

²² S. JASANOFF, *Science at the bar: law, science, and technology in America*, (trad. it., *La scienza davanti ai giudici: la regolazione giuridica della scienza in America*), cit., p. 373.

Il primo obiettivo verso cui dunque si può tendere, facendo nostra l'esperienza d'oltreoceano e prima ancora di evidenziare come in Italia si sia affrontata la delicata evenienza, è di non mettere in competizione diritto e scienza, quanto di fare in modo che nei tribunali la giustizia possa essere espressa al meglio anche grazie al contributo della scienza stessa.

3. *Il DNA ad uso forense: la genetica come scienza entra nel processo*

Sul campo più specifico che qui si vuole indagare e cioè l'utilizzo della prova del DNA nel giudizio penale, va posto in evidenza come si tratti di metodiche emerse in tempi relativamente recenti (poco più di 30 anni) e che hanno avuto una rapidissima evoluzione, rendendo possibili analisi che inizialmente apparivano complesse e pioneristiche, fruibili invece oggi con costi e tempi assai ridotti. Come noto, è stato il genetista inglese Alec Jeffreys dell'Università di Leicester ad aver individuato, nel 1985, l'analisi del DNA per fini di identificazione forense²³. Già l'anno seguente in Inghilterra, per la prima volta, la cosiddetta prova genetica veniva utilizzata nel processo penale²⁴. Negli Stati Uniti il *Federal Bureau of Investigation* (FBI), intuendo le immense potenzialità applicative di una simile scoperta, seguì attentamente gli sviluppi delle ricerche, dando concretezza e ruolo a questo particolare utilizzo del DNA all'interno del proprio ordinamento²⁵. Così, nel 1987, venne ammessa in un'aula di tribunale l'analisi del DNA anche oltreoceano, per un caso di stupro²⁶. Quei primi iniziali successi hanno aperto una strada

²³ V. al proposito A. J. JEFFREYS, V. WILSON, S.L. THEIN, *Individual-Specific 'Fingerprints' of Human DNA*, in *Nature*, 316, 1985, pp. 76-79.

²⁴ *Scotland Yard*, infatti, grazie a questa nuova metodica, scagionò un ragazzo diciassettenne per l'omicidio di due adolescenti nelle *Midlands* e pervenne alla condanna del reale autore del crimine.

²⁵ Sull'interessante confronto fra la nascita e lo sviluppo della banca dati del DNA in Gran Bretagna rispetto all'evoluzione di quella americana, si legga D. CARLING, *Less Privacy Please, We're British: Investigating Crime with DNA in the U.K. and the U.S.*, in *31 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2008, p. 487.

²⁶ Si veda al proposito il caso *Andrews v. State*, 533 So. 2d 841 (Fla. Dist. Ct. App. 1988), in cui Tommie Lee Andrews fu accusato e condannato per stupro a seguito della positività riscontrata sull'analisi del DNA avvenuta confrontando il sangue dell'imputato con tracce di liquido seminale rinvenuto nel corpo della vittima. Sullo specifico caso, cfr. C. L. CLAYBORN, *Evidence - Criminal Law - Evidence of DNA Fingerprinting Admitted for Identification Purposes in Rape Trial*, in *UALR Law Journal*, Vol. 12, 1989, p. 543 ss. Più ampiamente sulla storia dell'utilizzo della prova del DNA negli Stati Uniti ed anche con riferimenti al caso sopra citato v. C. C. GWENDOLYN, *Proven Guilty: An Examination of the Penalty-Free World*

che è diventata di lì a pochi anni a dir poco impensabile e che si è ben presto diffusa a livello globale²⁷, richiedendo inevitabilmente una sempre maggiore attenzione rivolta alla conservazione delle informazioni genetiche²⁸, ma anche al loro utilizzo in ambito processuale.

Gli Stati Uniti possiedono oggi la Banca dati più estesa al mondo - da un punto di vista di numero di profili contenuti - tra i Paesi democratici²⁹. E seppure, come detto, l'esame del DNA fu introdotto nel processo in questo Paese negli anni '80 con una forte enfasi, quasi da far ritenere per diversi anni che si trattasse di un mezzo incontestabile, esso è stato poi sottoposto ad un ampio dibattito che talvolta è sconfinato nel discredito³⁰, tale da portare a una vera e propria decostruzione di quel consenso che si era venuto creando intorno ad esso. Solo con il tempo si è poi consolidato quel corretto confronto tra esperti in grado di porre in discussione alcune delle premesse metodologiche su cui si basava la prova stessa³¹, come accennato *infra*.

of Post-Conviction DNA Testing, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 97, No. 2, 2007, p. 674.

²⁷ Sulla scoperta e l'applicazione del *DNA profiling* si vedano tra i numerosi contributi: J.D. ARONSON, *Genetic witness: science, law, and controversy in the making of DNA profiling*, New Brunswick, 2007; B. PRANSACK, *Key issues in DNA profiling and databasing: implication for governance*, in R. HINDMARSH, B. PRANSACK (a cura di), *Genetic Suspects: Global Governance of Forensic DNA Profiling and Databasing*, Cambridge, 2010, pp. 15-39; D. LAZER, (a cura di), *DNA and the criminal justice system: The technology of justice*, Cambridge, 2004.

²⁸ Su cui sia lecito il rinvio a L. SCAFFARDI, *Giustizia genetica e tutela della persona. Uno studio comparato sull'uso (e abuso) delle Banche dati del DNA a fini giudiziari*, Padova, 2017.

²⁹ Il *National DNA Index* conteneva, all'ottobre 2017, oltre 13.084.145 profili di criminali, 2.891.856 profili di arrestati e 811.065 profili forensi, secondo quanto si evince dall'aggiornatissimo e dettagliato sito del *Federal Bureau of Investigation* (FBI) che scende nel dettaglio delle informazioni archiviate per singolo Stato. V. <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>. In Cina, i profili genetici contenuti nei database criminali a disposizione della polizia avrebbero oggi raggiunto la cifra di ben 40 milioni. Cfr. dnapolicyinitiative.org/wiki/index.php?title=China.

³⁰ Sullo specifico punto vedi l'interessante paragrafo "L'identificazione mediante test del DNA: un fragile consenso", di S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici: la regolazione giuridica della scienza in America*, cit. p. 101 ss.

³¹ Bene riassume il problema il *National Research Council (US) Committee on DNA Forensic Science* che in un suo dettagliato report sottolinea come "Before making use of evidence derived from scientific advances, courts must scrutinize the proposed testimony to determine its suitability for use at trial, and controversy within the scientific community often is regarded as grounds for the exclusion of the scientific evidence. Although some controversies that have come to closure in the scientific literature continue to limit the presentation of DNA evidence in some jurisdictions, courts are making more use of the ongoing research into the population genetics of DNA profiles", NATIONAL RESEARCH COUNCIL (US) COMMITTEE ON DNA FORENSIC SCIENCE, *The Evaluation of Forensic DNA Evidence. An Update*,

Venendo sinteticamente al nostro Continente, è di particolare utilità per una “fotografia” d’insieme e al tempo stesso per una comparazione dettagliata dei singoli paesi, il lavoro proposto dall’*European Network for Forensic Science Institutes*³². Dalle statistiche ufficiali (i dati sono aggiornati al giugno 2017 e suddivisi per le varie categorie di soggetti le cui informazioni sono state archiviate), si evince come il totale di profili tratti da soggetti identificati e conservati nei singoli *database* nazionali tocchino la considerevole cifra di quasi 11,5 milioni, ai quali vanno aggiunti i riferimenti dei soggetti non identificati, pari a 1,7 milioni³³. Purtroppo queste statistiche non annoverano i dati relativi al nostro Paese, non essendo esso ancora in grado di fornire numeri relativamente al suo “posseduto”. L’Italia, infatti, presenta una situazione del tutto anomala in materia, in quanto la legge istitutiva della Banca dati risale sì al 30 giugno 2009³⁴, ma

Washington, 1996, Chapter 6.

³² L’ENFSI “è stato istituito il 20 ottobre 1995 partendo da una condivisione di intenti tra i direttori degli Istituti Governativi Forensi dell’Europa Occidentale, seguita da una fase operativa costituita dal primo *meeting* tenutosi nel 1993 a Rijswijk (Paesi Bassi). All’inizio i Laboratori di Polizia Scientifica erano rappresentati da 11 Paesi, tra cui l’Italia, fino a giungere nel 2005 ad oltre 50. L’organizzazione prevede un comitato direttivo costituito da un consiglio (*ENFSI board* – 5 membri) e dai rappresentanti autorevoli di ciascun istituto, nonché due commissioni permanenti (*standing committee*) che si occupano della certificazione di qualità (QCC) e dell’Accademia Europea di Scienze Forensi (EAFS), un segretariato ed i Gruppi di Lavoro (*ENFSI Working Group*) dedicati a tematiche specifiche forensi, quali l’esame del DNA, l’analisi degli stupefacenti, l’analisi di fibre, l’analisi delle impronte digitali, l’analisi di esplosivi, l’analisi dei residui dello sparo, l’analisi della scena del crimine, l’analisi di vetri e vernici, etc. (vedi elenco in allegato 2 ed il sito internet www.enfsi.eu).”, POLIZIA DI STATO, *Nota informativa sull’ENFSI*, 2007, disponibile in www.poliziadistato.it/statics/16/nota_informativa_enfsi_ednap_12_14_set_2007_rome.pdf

³³ L’Europa può contare ormai su una totalità di Paesi con banche dati genetiche per fini investigativi, ma i suoi pur significativi numeri complessivi sono imparagonabili a quelli appena citati riguardanti gli Stati Uniti. I dati continentali devono essere però interpretati anche nella prospettiva di collaborazione che vede molti Paesi europei come Belgio, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Germania, Francia, Lituania, Olanda, Polonia, Regno Unito, Spagna, Slovenia e Ungheria, che hanno aderito al Trattato di Prüm, poi europeizzato, impegnati a condividere, pienamente o in parte, le informazioni contenute nei rispettivi *database*. ENFSI-Survey-on-DNA-Databases-in-Europe-June-2016(1).pdf

³⁴ Legge 30 giugno 2009, n. 85, pubblicata in G.U., 13 luglio 2009, Suppl. Ordinario n. 108, recante “Adesione della Repubblica italiana al Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d’Austria, relativo all’approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prüm). Istituzione della Banca dati nazionale del DNA

è solo con il Decreto presidenziale del 7 aprile 2016, n. 87³⁵ che è stato approvato il Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge, la n. 85³⁶, concernente appunto l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA, presso il Ministero dell'Interno e del Laboratorio centrale per la Banca dati del DNA, presso il Ministero della Giustizia, con finalità di identificazione degli autori dei reati³⁷. Possiamo quindi affermare che l'implementazione della Banca dati ha avuto inizio da poco e questo rende al momento l'utilizzo della prova genetica a fini identificativi più limitata di quanto non lo sarà in futuro. Questo non significa che in Italia non si sia fatto uso di questo importante mezzo, poiché nel nostro Paese esistono in realtà da anni sistemi di archiviazione attivi presso i diversi corpi di polizia³⁸.

e del Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale del DNA. Delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di Polizia penitenziaria: modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti idonei ad incidere sulla libertà personale”.

³⁵ D.P.R., 07/04/2016 n° 87, in G.U del 26 maggio 2016.

³⁶ Il Governo, secondo quanto previsto dal Legislatore, doveva approvare entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge n.85, il Regolamento *de qua*. In un tempo così breve certo non poteva aversi il Regolamento, vista la complessità della materia e i molti soggetti chiamati a partecipare al procedimento. Secondo il disposto dell'art. 16 della legge n. 85/2009, il Regolamento, infatti, deve essere adottato “su proposta del Ministro della giustizia, del Ministro dell'interno e del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro della difesa, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali e il CNBBSV (Comitato nazionale per la biosicurezza, le biotecnologie e le scienze della vita)”. Certo è che l'attesa di ben sette anni di un decreto attuativo risponde, come evidente, più a ragioni di carattere politico che scientifico.

³⁷ Il tormentato percorso legislativo italiano si è dipanato, a cavallo di più legislature, in seguito all'adesione al Trattato di Prüm che prevedeva appunto l'istituzione di un database genetico per fini giudiziari con lo scopo dello scambio transfrontaliero di informazioni. Per una visione d'insieme all'iter della legge e all'approvazione del Regolamento si vedano tra gli altri: E. CALVANESE, *Adesione al Trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, in A. SCARCELLA, (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009, p. 9 ss.; A. MUSUMECI, *La ratifica del Trattato di Prüm*, in L. MARAFIOTI, L. LUPARIA (a cura di), *Banca dati e accertamento penale*, Milano, 2010, p. 14 ss.; C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, p. 229 ss.; G. GENNARI, *La istituzione della Banca dati del DNA ad uso forense: dalla privacy alla sicurezza*, in A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009, p. 75.; R. BIONDO, *La Banca dati nazionale DNA italiana*, in *Riv. It. Med. Leg.*, Fasc. 1, 2016, p. 216 ss.

³⁸ Emblematico al proposito quanto riportato da Gennari in merito al sopralluogo svolto dal Garante per la Protezione dei Dati presso il RIS di Parma: “Il provvedimento esito della ispezione è datato 19 luglio 2007 e riporta quanto segue:

“il RIS deteneva circa 19.000 profili genetici, conservati a tempo indeterminato e in forma organizzata attraverso supporti informatici. Di questi profili, 5.100 provenivano da tracce mute rinvenute sul luogo dei reati, 2.200 provenivano da campioni appartenenti a persone

Non è possibile in questa sede dilungarsi su questo peculiare aspetto, ma soltanto ricordare come tale tipo di raccolta abbia fatto sorgere dubbi anche sul piano processuale circa la legittimità dell'utilizzo di campioni provenienti da raccolta indiscriminata³⁹ o sulle modalità di conservazione⁴⁰ e scambio dei profili e dei campioni. Tuttavia, la Corte di Cassazione in un noto pronunciamento ha specificato come "non è inutilizzabile, in mancanza della violazione di un divieto di legge, l'accertamento sull'identità dell'indagato compiuto mediante ricorso ai dati relativi al DNA contenuti in un archivio informatico che la polizia giudiziaria abbia istituito prescindendo dalle cautele previste dal Codice della *privacy*"⁴¹. È da sottolineare peraltro che questa *vexata quaestio*⁴² non abbia ancora trovato

quantomeno indagate e ben 11.700 - cioè la più gran parte - da campioni appartenenti a persone identificate nel corso delle indagini, ma mai indagate, incluse le vittime stesse dei reati; il RIS deteneva campioni biologici, conservati a tempo indeterminato ed utili per ulteriori analisi, in misura pari a circa il 30% dei casi trattati dal reparto;

al momento dell'attività ispettiva, era in sperimentazione un'apparecchiatura, gestita in modo informatico, per la conservazione di circa 15.000 fiale contenenti campioni biologici; per quanto concerne la operatività del sistema, ogniqualvolta il singolo operatore effettua una qualsiasi comparazione con i profili presenti nel *database*, il nuovo profilo entra a far parte del *database* stesso, a prescindere dal risultato ottenuto nella singola investigazione. Insomma, per quanto «domestica» e di dimensioni limitate rispetto a banche dati vastissime come quella nazionale inglese o quella federale americana, sicuramente siamo di fronte ad una banca dati genetica, che viene utilizzata per interrogazioni sistematiche, esattamente come accade quando si dispone di questo eccezionale *tool for investigation*". G. GENNARI, *Genetica forense e codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 5, 2011, p. 184.

³⁹ Si tratta del fatto che già da tempo vi è la consapevolezza che in Italia, pur non esistendo prima del 2009 una Banca dati prevista per legge, esistessero tuttavia degli archivi genetici. Questo è divenuto a tutti manifesto nel momento in cui un imputato per furto ha scoperto (nel 2006) che il proprio profilo di DNA era stato conservato dall'Arma dei Carabinieri. Aveva pertanto presentato un ricorso all'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, la quale l'aveva ritenuto inammissibile, ma aveva, proprio a seguito di quel ricorso, svolto una successiva ispezione presso il RIS di Parma da cui era emersa la presenza di un archivio di profili del DNA nella struttura.

⁴⁰ G. GENNARI, *Genetica forense e codice della privacy: riflessioni su vecchie e nuove banche dati*, cit., p. 184.

⁴¹ "La Suprema Corte ha perciò ritenuto utilizzabile l'accertamento dell'identità dell'indagato, avvenuto a seguito del profilo estratto da capelli rinvenuti all'interno di un'automobile", Cass., Sez. V, 5 febbraio 2007, Vulicevic e altro, in CED, n. 235969.

⁴² "In definitiva, a causa dell'interpretazione della Suprema Corte sulla legittimità di banche dati non disciplinate dalla legge e al perdurare del silenzio legislativo e regolamentare sulla sorte degli archivi genetici "altri" rispetto alla banca dati nazionale, si è persa l'occasione, con la legge del 2009 prima e con il Regolamento di attuazione poi, di chiarire la sorte degli archivi e delle banche dati attivi presso le forze di polizia o laboratori

fine. Nel silenzio di un'esplicita previsione, contenuta nella legge 85/2009 relativamente agli archivi genetici preesistenti e in presenza della richiamata giurisprudenza della Corte di Cassazione riguardante la legittimità di banche dati non previste per legge, la questione dei cinquantamila profili⁴³ del DNA conservati presso la Polizia o l'Arma dei Carabinieri, che - ricordiamolo - non comunicano tecnicamente tra di loro, continua a rimanere un problema assai rilevante per quanto riguarda la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti⁴⁴ ed il pieno utilizzo della cosiddetta "prova regina", almeno fino a quando tali dati non saranno stati complessivamente trasferiti all'interno della Banca dati nazionale, prefigurando anzi, in questo periodo di transizione, una sorta di duplicazione, distante dalle esplicite richieste di tutele presenti nella legge 85/2009.

Da un punto di vista generale, questo è potuto avvenire anche perché nel nostro Paese la validità della prova scientifica non è stata posta spesso in discussione in ambito processuale, bensì assunta acriticamente anche sulla base delle certificazioni presentate vuoi dai laboratori o dall'esperto.

Il giudice civile, dunque, sembra in certo qual modo "si rimetta al C.T.U. ai fini della formazione della prova scientifica valida, senza nemmeno richiedere il riscontro sull'acquisizione al patrimonio scientifico consolidato della metodica adoperata dall'esperto nel caso concreto in decisione. Vi è la massima non confessata o dichiarata che il C.T.U. sia un'istituzione o rappresenti una istituzione che non si può discutere. Prova ne sia che sono rarissimi i casi di responsabilità dei consulenti d'ufficio. Purtroppo accade che i giudici spesso omettano un serio accertamento dell'effettiva competenza dell'esperto da loro nominato, e, anzi, può essere che lo stesso (pseudo)esperto sia nominato in una pluralità di settori, in ciascuno dei quali non abbia una reale competenza"⁴⁵.

Anche sul piano penale è stato notato come: "pure le difese più agguerrite, davanti al DNA, erano abituate a capitolare. Magari si cercava di dare una spiegazione al perché quella traccia genetica si trovasse in quel posto, ma - a memoria di giudice (italiano) - non si riporta un caso in cui

specializzati incaricati dalla magistratura". P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della Banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *Diritto penale e processo*, n. 6, 2016, p. 743.

⁴³ P. FELICIONI, *Il regolamento di attuazione della Banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 742.

⁴⁴ Il problema risiede nel fatto che tutte quelle tutele che stiamo descrivendo, previste nella legge 85/2009, non sono ad essa applicabili in quanto i dati contenuti sono per ora estranei alla Banca dati stessa.

⁴⁵ U. VINCENTI, *L'interrelazione tra scienza e diritto e il valore della giustizia*, in U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica*, Napoli, 2010, p.3.

un difensore abbia confutato con successo la “prova regina”, dimostrando che essa era fondata su assunti scientifici o protocolli analitici opinabili e non verificati”⁴⁶.

E’ dunque assai diverso il contesto in cui si trova ad operare il giudice italiano rispetto a quello statunitense. Eppure anche nel nostro Paese si è iniziato a parlare del ricorso ad una griglia di possibili parametri valutativi ad opera del giudice. Nella triste e nota vicenda dell’infanticidio di Cogne, ad esempio, nella motivazione della sentenza di secondo grado, si parla della “riconosciuta validità scientifica e pratica”⁴⁷ della *Bloodstain Pattern Analysis* (BPA)⁴⁸ e nel dispositivo si fa anche riferimento ai “rigorosi criteri di validazione della prova scientifica (aventi per l’Autorità giudiziaria italiana natura meramente orientativa) elaborati dalla giurisprudenza degli USA e richiamati nelle acquisite note d’udienza”⁴⁹.

I successivi due esempi che si vogliono riportare non attengono all’analisi del DNA, ma a un grave problema legato ai reati da esposizione all’amianto – campo nel quale è decisivo l’apporto di medicina legale ed epidemiologia. Il primo riguarda il processo per le morti al petrolchimico di Porto Marghera, svoltosi nel 2001 e terminato in Cassazione nel 2006, dibattito che richiama nella sua dinamica un evidente parallelismo con il modello statunitense, “fondato sugli indici delineati a partire dalla decisione *Daubert*. Si pensi, innanzi tutto, all’enfasi posta sull’esigenza di un’adeguata sperimentazione; il riferimento, poi, alla capacità di spiegare i fatti sembra alludere al requisito secondo cui l’impianto teorico deve essere *fit*; ancora, tra le righe, affiorano i rischi dovuti ad un possibile *analytical gap*, cioè il deficit tra l’*opinion* dell’esperto e i *data* su cui la stessa fa leva”⁵⁰.

Eppure la chiusura del *reasoning* del giudice sembra ancora una volta rivolta all’*acceptance doctrine* piuttosto che a un suo superamento, come era logico presupporre: “dopo aver valutato l’affidabilità metodologica e l’integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative

⁴⁶ G. GENNARI, *La genetica alla prova delle corti: il Low Copy Number nella giurisprudenza italiana e internazionale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, Fasc. 1, 2016, p. 197.

⁴⁷ Cass. pen., sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Franzoni, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1840.

⁴⁸ V. in tema P. FRATINI, *La Bloodstain Pattern Analysis (BPA) come fonte di prova*, in C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, cit., p. 281 ss.

⁴⁹ Cass. pen., sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Franzoni, cit. Sul tema in generale v. F. CAPRIOLI, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il “delitto di Cogne”*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1870.

⁵⁰ D. VICOLI, *Riflessioni sulla prova scientifica: regole inferenziali, rapporti con il sapere comune, criteri di affidabilità*, in *Riv. It. Med. Leg.*, n. 3, 2013, pp. 1240-1258.

ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso⁵¹. A questo proposito si può obiettare che adeguarsi alla *general acceptance doctrine* smentisca il progresso tecnico-giuridico portato avanti proprio grazie al *revirement* del caso *Daubert* e dal favore per la cosiddetta "cultura dei criteri"⁵² che tiene sì in considerazione l'accettazione del metodo all'interno della comunità scientifica, ma con un peso accessorio.

Il vero momento di cambiamento si è avuto invece con una sentenza della Corte di Cassazione del 2010⁵³, nel cosiddetto "caso Cozzini", sempre relativamente ad un processo legato ad una vicenda in cui vi erano vittime dell'amianto⁵⁴, dove la Corte non soltanto accoglie esplicitamente i criteri previsti in *Daubert*, ma li arricchisce introducendo oltre "agli ormai consueti requisiti della verificabilità, della falsificabilità, della sottoposizione al controllo della comunità scientifica, della conoscenza del tasso di errore, della generale accettazione nella comunità degli esperti (nn. 1-5), la Cassazione aggiunge i nuovi requisiti dell'affidabilità e dell'indipendenza dell'esperto, della considerazione delle finalità per le quali si muove, della

⁵¹ Cass. pen., sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Franzoni, cit., p. 1840.

⁵² O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, p. 70, che evidenzia come la *cultura di merito* è da leggersi in relazione alla ricostruzione del fatto, mentre la *cultura dei criteri* è funzionale proprio al controllo sull'operato dell'esperto.

⁵³ Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010 (17 settembre 2010), n. 43786, Cozzini e alii, reperibile in *Cass. pen.*, 2011, 1679, su cui vedi i commenti di R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, in *Foro it.*, fasc. II, 2012, p. 10, e di G. AMATO, *Amianto. Il giudice deve motivare la sua scelta in caso di tesi scientifiche in contrasto tra loro*, in *Guida al diritto*, n. 6, 2011, p. 93.

⁵⁴ Secondo il Massimario: "L'affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l'evento-morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa (esplicata in ambito ferroviario), all'amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all'accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innescio del processo carcinogenetico". Massima ufficiale CED n. 248943.

possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche”⁵⁵.

Volendo tornare al tema dell'utilizzo della prova del DNA, il riferimento va ad un'ultima sentenza, che richiamiamo per la sua particolarità. Si tratta dell'utilizzo di una metodica, il *Low Copy Number DNA*⁵⁶, particolarmente complessa e controversa. Il caso in esame riguarda la sentenza del 27 luglio 2015 presso la Corte di Assise di Trapani per l'omicidio di Mauro Rostagno. Pur essendo questa una decisione di merito, l'interesse sta nel fatto che il pronunciamento non abbia cercato di fornire criteri generali di valutazione quanto piuttosto una conclusione persuasiva che riassume i dati forniti dai periti, in contrapposizione con quanto affermato dai consulenti di parte. Si tratta di argomentazioni lunghe e articolate che si dispiegano per più di trecento pagine (sulle circa tremila complessive). In questo caso specifico, ciò che s'intende evidenziare non è il contenuto stesso della sentenza quanto il metodo seguito dal giudice che porta alla valutazione di una serie di fattori riconducibili alla prova genetica quali: quantificazione dei campioni, soglie di rilevanza del test di quantificazione, soglie quantitative di amplificazione, spiegandone le differenze e le problematiche. E' evidente come il decisore sia stato edotto dai periti che, nonostante la doppia amplificazione, fosse possibile desumere un risultato attendibile, a conferma del fatto che l'attività del giudice stia profondamente mutando, anche grazie alla capacità degli stessi magistrati di avvalersi di questi mezzi di prova non più in maniera acritica e soltanto sulla base di criteri preordinati.

4. Può essere il giudice, ancora, peritus peritorum?

Il giudice forma il suo libero convincimento attraverso la valutazione del materiale probatorio. Diviene dunque imprescindibile l'accertamento della cosiddetta *scientificità della prova*. Questa è tale non per il fatto che il giudice per validarla debba usare un ragionamento inferenziale

⁵⁵ P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 11/2011, p. 1344.

⁵⁶ Il *Low Copy Number* è una tecnica di *DNA profiling* estremamente sensibile che permette di tracciare un profilo genetico partendo da un numero particolarmente esiguo di cellule. Da qui derivano alcune problematiche legate alla non riproducibilità in esperimenti indipendenti, considerato il poco materiale genetico a disposizione, e alla attendibilità stessa degli esiti delle analisi. Si leggano più ampiamente sul tema B. BUDOWLE, A.J. EISENBERG, A. VAN DAAL, *Validity of low copy number typing and applications to forensic science*, in *CMJ*, n. 50/2009, pp. 207-217.

basato su metodologie scientifiche, ma piuttosto per il fatto che tale scientificità comporta l'accertamento di fatti che richiedono tecniche e nozioni trascendenti il patrimonio di conoscenza del giudice. D'altronde, è innegabile come sempre maggiore stia divenendo l'utilizzo di questi mezzi di prova e, nello specifico rispetto al tema qui trattato, delle acquisizioni delle prove genetiche nel processo penale. Questo induce (per certi versi obbliga) sempre più il giudice ad avvalersi dell'aiuto dei periti. L'impiego di una prova "così" tecnica come quella genetica reca con sé un quesito e cioè come poter garantire che il giudice riesca a valutare e controllare l'esito della metodologia utilizzata. Un problema certo non nuovo, già affrontato per tutte quelle tematiche che richiedono l'utilizzo della scienza nel processo. Tuttavia, ragionare sulla genetica aiuta a riflettere sull'evoluzione del tema *de qua* e contemporaneamente - in una prospettiva speculare - sugli sviluppi dell'acquisizione e la valutazione delle prove scientifiche nel suo complesso.

Quello che è risultato evidente riguarda la necessità di un controllo da parte del giudice sulla coerenza e la correttezza delle procedure utilizzate, sulla loro utilità effettiva ai fini della risoluzione processuale e sulla appartenenza di queste al patrimonio scientifico comunemente accettato. A questi requisiti se ne aggiungono altri relativi all'attività svolta dai periti, come la loro affidabilità e indipendenza, nonché la possibilità di enunciare criteri di scelta tra tesi scientifiche anche contrastanti. Proprio operando in questo modo si allontana il rischio che la scienza possa prendere il sopravvento sul diritto.

Non può esistere una giustizia (tanto più genetica) a-valutativa, in cui il giudice consideri acriticamente la prova scientifica, poiché esso è chiamato sempre e comunque a conoscerne i tratti distintivi e, laddove necessario, a mettere la *scientific evidence* in discussione, a partire dal contraddittorio che "si può fare anche sulla scienza, valorizzando il confronto tra gli esperti sia nel selezionare i fatti rilevanti, sia nell'applicazione delle leggi scientifiche a quei fatti. [...] In sostanza il contraddittorio va applicato anche alla prova scientifica"⁵⁷. Attraverso questo confronto il giudice potrà appunto valutare le ipotesi in discussione, consapevole che ogni decisione finale va presa oltre ogni ragionevole dubbio⁵⁸, principio che accompagna

⁵⁷ P. TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, cit, p. 4.

⁵⁸ Denti ricorda come il giudice sia in grado di valutare il contributo tecnico dell'esperto pur non avendo competenze scientifiche in materia. V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, p. 434. Al proposito si rimanda anche a G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, p. 1193.

l'intero ordinamento processuale, unico vero limite al convincimento del giudice e al possibile libero arbitrio⁵⁹.

Diversamente, la perizia in ambito scientifico, ma come si è visto anche in quello genetico⁶⁰, ha inizialmente goduto “di un credito particolare di per sé”⁶¹. Questo, come osservato in dottrina, ostacola il contraddittorio e rischia di andarsi a “ripercuotere sulla motivazione e induce il giudice ad appiattirsi sulla perizia, che, così, rischia di diventare un nuovo tipo di prova legale”⁶². Mentre, come più volte affermato, l'analisi del DNA non è prova assoluta di colpevolezza, ma costituisce una, sia pure importante, “*intelligence information*”⁶³. Tuttavia, queste monolitiche posizioni iniziali, favorevoli per così dire ad una acritica assunzione delle genetiche, sono andate mutando e oggi stanno ulteriormente e rapidamente modificandosi grazie alla “rapidazione” della genetica stessa, che porta con sé nuovi dilemmi sul piano processuale. “L'affinamento delle tecniche analitiche e l'esasperata ricerca di un risultato utile hanno certamente migliorato in modo incredibile l'efficacia delle indagini genetiche. Ma hanno portato con sé anche il fardello dell'incertezza, della variabilità nell'interpretazione, della soggettività nella presentazione delle conclusioni dell'esperto”⁶⁴. Si tratta di un tema nuovo nell'esperienza giudiziaria italiana che rappresenta la più recente “frontiera” nell'utilizzo della prova genetica, come nel caso riportato del *low copy number*. Quindi, se da una parte diventa sempre più importante il ruolo di mediazione del sapere che viene affidato ai periti “la cui presenza è indispensabile e andrebbe valorizzata senza inutili finzioni”⁶⁵, parallelamente dovrebbero essere previste una serie di modalità di aggiornamento e approfondimento sugli specifici campi scientifici⁶⁶ che irrompono oggi

⁵⁹ “È questa la fase del processo in cui il giudice si fonda sulle conoscenze scientifiche acquisite al giudizio per accertare, e eventualmente valutare, i fatti della causa”. M. TARUFFO, *Scienza e processo, sub vocem «XXI SECOLO»*, cit., p. 13.

⁶⁰ S. JASANOFF, *Science at the bar: law, science, and technology in America*, (trad. it., *La scienza davanti ai giudici: la regolazione giuridica della scienza in America*), cit., pp. 101-102.

⁶¹ P. TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, cit., p. 10.

⁶² P. TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, cit., p. 11.

⁶³ G. GENNARI, *La istituzione della banca dati del DNA ad uso forense*, in A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 71.

⁶⁴ G. GENNARI, *La genetica alla prova delle corti: il Low Copy Number nella giurisprudenza italiana e internazionale*, cit., p. 197.

⁶⁵ G. GENNARI, *La genetica alla prova delle corti: il Low Copy Number nella giurisprudenza italiana e internazionale*, cit. p. 197.

⁶⁶ “Similarly, jurists and jurors should be required to complete courses that will allow them to better evaluate (and especially to detect hyperbole in) DNA testimony”. H.A. WASHINGTON, *Base assumptions? Racial aspects of US DNA forensics*, in R. HINDMARSH,

nell'attività del giudice con tutto il loro portato di problematicità. Questo perché il giudice non può più essere *peritus peritorum* per ruolo acquisito grazie all'istituzione a cui appartiene, ma piuttosto attraverso le sue capacità di discernere tra diverse opzioni scientifiche che lo possano condurre ad una struttura inferenziale del *reasoning* alla base della sua decisione.

Con l'aiuto degli esperti, il giudice può dunque individuare il sapere che deve andare ad orientare la sua decisione e che lo aiuta a "metabolizzare la complessità", al fine di giungere ad una "spiegazione degli eventi che risulti comprensibile a chiunque, conforme a ragione e umanamente plausibile: il più alto ed impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio"⁶⁷. Ci troviamo così di fronte alla necessità di una riformulazione che preveda una nuova accezione del brocardo dello *iudex peritus peritorum*, se non, come sostenuto in dottrina, ad una vera e propria scomparsa del brocardo stesso⁶⁸, poiché nel rapporto con il sapere dell'esperto il giudice non ha più "supremazia o supplenza e tantomeno un'autonomia gnoseologica"⁶⁹. Tuttavia, per fare in modo che il giudice non sia "vittima" di un inaccettabile "*CSI Effect*"⁷⁰, egli deve, per quanto possibile, "provocare il ragionamento degli esperti, per ricavare dalle eventuali divergenze o contraddizioni o ipotesi teoriche quanto a lui serve per raggiungere il proprio convincimento"⁷¹, ovviamente nella piena consapevolezza della peculiarità delle prove scientifiche quale "custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa nel processo"⁷².

B. PRAINSACK (a cura di), *Genetic Suspects. Global Governance of Forensic DNA Profiling and Databasing*, cit., p. 80.

⁶⁷ Cass. pen. sez IV, 29 gennaio 2013, n.16237, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 2984 ss.

⁶⁸ S. TUNESI, *Nota a Corte di Cassazione, Sez. IV Pen., Sentenza n. 33582, 22 marzo 2016*, in *Riv. It. Med. Leg.*, fasc. 4, 2016 p. 1686.

⁶⁹ O. DOMINIONI, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 604.

⁷⁰ Secondo una dottrina sociologica americana, con il "*Csi effect*", dovuto al continuo riproporsi, in chiave positiva, dell'utilizzo di queste metodiche, soprattutto attraverso le *fiction* televisive, si è venuta creando una distorsione circa la reale percezione di questi mezzi investigativi che finisce per andare ad incidere anche sull'attività svolta dalle giurie e dai giudici. Il rischio è infatti che, anche a causa di questi "condizionamenti esterni" per altro difficilmente quantificabili, si certifichi una sorta di infallibilità della scienza tale da portare a risultati inequivocabili. Si legga al proposito, R. DIOSO-VILLA, *Is There Evidence of a "CSI Effect"?*, in K. J. STROM, M. J. HICKMAN, *Forensic Science and the Administration of Justice. Critical Issues and Directions* (ed.), London, 2015, pp. 37-38.

⁷¹ F. INTRONA, C. RAGO, A. REGAZZO, *Il giudice ed il coraggio del dubbio*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 474.

⁷² Cass. Pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini, in *Cassazione penale*, 2011, n. 5, p. 1696.

Abstact

Law and science are areas which are more and more interconnected every day. The vast use of scientific evidences in legal actions presents the judges with a new and more challenging probative system. This is emphasized with the use of the so called "genetic proof". The paper, starting from the American experience and through a series of leading cases, elaborates in depth the Italian legal scene on this matter. This analysis has the role of the judge as a focal point: not peritus peritorum as an acquired role anymore, but rather established by the ability to distinguish the different scientific options offered by qualified and reliable consultants; they will also provide the courts with instruments to fully understand and process the information in order to make them easily accessible to us all.

Nicola Brutti*

*Funzione “espressiva” del rimedio:
un dialogo tra giudice e comunità*

SOMMARIO: 1. Il problema dei danni non patrimoniali e la funzione “punitiva” - 2. A proposito di una valenza espressiva dei rimedi - 3. Vi è spazio per il risarcimento in forma specifica? - 4. Alcuni casi degni di riflessione - 5. Funzione espressiva del risarcimento in forma specifica e dialogo giudice-comunità - 6. Punti di forza e debolezze della prospettiva indicata.

1. Il problema dei danni non patrimoniali e la funzione “punitiva”

L'ordinamento italiano, improntato ad un principio di atipicità dell'illecito civile, vi ha per lungo tempo giustapposto un modello di tassatività (art. 2059 c.c.) in materia di risarcibilità dei danni non patrimoniali¹. Tale impostazione è venuta meno con la lettura definitivamente costituzionalizzata dell'art. 2059 da parte della dottrina e della giurisprudenza². Ciò ha riproposto il tema ineludibile della funzione rivestita dall'istituto della responsabilità civile, al di là della mera compensazione intersoggettiva. Si è ad esempio rilanciata l'idea di plasmare il risarcimento del danno non patrimoniale anche in funzione punitiva e deterrente, con particolare attenzione ad

* Professore associato di diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Padova.

¹ Cfr., per una completa ricostruzione, già G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979. Più di recente, si veda Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972 in *Riv. dir. civ.*, n. 2/2009, p. 97 ss. con nota di F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 63 ss. con nota di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*. Cfr., inoltre, AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008 nn. 27972/3/4/5, Milano, 2009 ed ivi altri saggi tra cui G. PONZANELLI, *Riparazione integrale del danno senza il danno esistenziale*; P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; S. SICA, *“In danno di nessuno” Ciò che è vivo e ciò che è morto del danno esistenziale*.

² Vedi supra.

interessi collettivi³. In realtà, i compiti della responsabilità civile sembrano essere molteplici quando si tratta di danni non patrimoniali, dando luogo a sovrapposizioni e a complicati intrecci⁴.

Certo, che si debba mirare al *deep pocket* per scoraggiare taluni comportamenti, per «internalizzare costi sociali» (con formula di *law & economics*) può essere un'ipotesi suggestiva, di cui si torna a discutere, innanzi alle Sezioni Unite, in occasione del problema del riconoscimento di sentenze statunitensi recanti *punitive damages*⁵.

Ma cosa intendiamo veramente quando si afferma che anche nel nostro ordinamento sono già presenti “danni punitivi”?⁶ Si potrebbe, forse, parlare di un arcipelago di previsioni, aventi ciascuna presupposti e ricadute peculiari, dove la funzione del risarcimento del danno si arricchisce

³ Cfr., ad esempio, S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 147; N. LIPARI, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 529; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 289.

⁴ Cfr. sulla problematica, e i possibili equivoci, dell'approccio funzionalista, C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985; M. BARCELLONA, *Il danno extracontrattuale*, Torino, 2011; D. BARBIERATO (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue “funzioni”*, Napoli, 2012; C. SCOGNAMIGLIO, *L'evoluzione del sistema della responsabilità civile ed i danni punitivi*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 10 ottobre 2016, nota 1.

⁵ Cass. SS.UU., 5 luglio 2017, sent. n. 16601.

⁶ Cfr., tra le ipotesi accreditate, il meccanismo della “retroversione degli utili” contemplato dall'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale (su cui v. P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, n. 2/2012, p. 133; C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, n. 2/2012, p. 109 e ss.); all'art. 12 della L. 8 febbraio 1948, n. 47 che contempla una somma aggiuntiva a titolo riparatorio nella diffamazione a mezzo stampa; al novellato art. 96, comma 3, c.p.c. che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una “somma equitativamente determinata” in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo; al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3-5) che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, per i fatti dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva. Cfr., inoltre, il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140, comma 7, “codice del consumo”, dove si tiene conto della “gravità del fatto”. Ne danno ampiamente conto la citata sent. SS.UU., nonché la relativa ordinanza di rimessione n. 9978 del 16 maggio 2016 della Cass. I sez. civ., su cui si veda C. SCOGNAMIGLIO, *L'evoluzione del sistema della responsabilità civile ed i danni punitivi*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 10 ottobre 2016. Cfr., inoltre, G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1461; P. SIRENA, *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 531.

di coloriture sanzionatorie e deterrenti. Quando si autorizza il giudice a calibrare il risarcimento secondo la “gravità del fatto”, ad esempio, si abbandona una funzione compensativa per fare qualcos’altro. Anche nella recentissima “riforma Gelli”⁷ si prevede che “Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell’esercente la professione sanitaria...”.⁸ Queste specificità, ancorché occasionali, possono essere lette come ininfluenti sul sistema generale della responsabilità civile, oppure, come preferiscono le Sezioni Unite, rilevanti per dare ingresso ad un’idea polifunzionale dell’istituto aquiliano⁹.

Forse, per giustificare una lettura più organica del compito della responsabilità civile, non occorre scomodare la figura dei *punitive damages*, o, almeno, ne va chiarita la complessità¹⁰.

Un punto di fuga lo si ottiene, ad esempio, parlando di risarcimenti ultracompensativi, per significare che non sempre, quando si abbandona la rigida aderenza tra perdite patrimonialmente misurabili e risarcimento, il compito esclusivo è prevenire o sanzionare¹¹. In certi casi può essere quello di impedire un arricchimento ingiustificato (ottenuto ad esempio tramite violazione di un diritto di privativa), altre volte può dar voce ad un sentimento di rivalsa del danneggiato, può risvegliare la coscienza per qualcosa di inaccettabile (una scelta tragica), o secondo altri, mandare un segnale alla società¹².

Proviamo ad accantonare, per un momento, l’ottica del risarcimento punitivo e della deterrenza, per risalire più a monte, sul punto della difficile

⁷ Cfr. L. 8 marzo 2017, n. 24 recante “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”.

⁸ Art. 7 “Responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria”.

⁹ Id., 5 luglio 2017, sent. n. 16601, par. 5.1, ultimo capoverso.

¹⁰ Basti pensare che simili risarcimenti vengono non di rado liquidati in ipotesi di responsabilità oggettiva, ad esempio derivante dalla fabbricazione di prodotti difettosi, dove il presupposto non è l’intenzionalità, né la colpa grave, bensì la progettazione e distribuzione di quei prodotti. Cfr. C.M. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, (2003) *Yale L. Journ.*, 113, 2347, 2358 (nota 9).

¹¹ Cfr. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, New Haven and London, 2016, pp. 120-121. Cfr. anche M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/2015, p. 1092 ss.; D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in Id. (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue “funzioni”*, Napoli, 2012, p. 56.

¹² Cfr. G. CALABRESI, op. loc. ult. cit., ed anche S. HERSHOVITZ, *What does Tort Law do? What can it do?*, in *Val. U. L. Rev.* 47, NO. 1 (2012), 108; Id., *Tort as a Substitute for Revenge*, in J. OBERDICK (a cura di), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press, 2014, p. 87 ss.

patrimonializzazione di alcuni diritti/interessi giuridicamente protetti. Faccio riferimento ai beni fuori mercato, ai c.d. valori idiosincratici ed immateriali¹³, alla questione del danno morale subiettivo, nella sua versione più ampia, che si staglia ormai sul superato concetto di *pretium doloris*¹⁴. Si pone in questi casi un problema universale di concreta giustiziabilità, che si traduce nel (dis)valore da attribuire alla violazione di un interesse giuridicamente protetto¹⁵.

Che parametro deve usare il giudice, se vuol andare oltre l'autoreferenziale «immedesimazione» nel danneggiato?¹⁶ Può darsi che in un futuro prossimo le neuroscienze possano aiutarci con qualche macchina della verità, ma per il momento il giudice è ancora saldamente *peritus peritorum* in questo campo¹⁷. Nonostante il dibattito sul danno *in re ipsa* (sì o no) e sulla dicotomia danno evento-danno conseguenza¹⁸, si deve prendere atto che l'orizzonte entro cui ci si muove è, da noi, pur sempre la valutazione equitativa di cui all'art. 1226

¹³ Per riferimenti di dottrina e giurisprudenza, cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, p. 642 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 434 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, p. 317. Di offesa alla relazione giuridica (perciò immateriale) tra il bene e il suo titolare discorre M. BARCELLONA, *L'ingiustizia del danno e il doppio regime di responsabilità*, in E. GABRIELLI, *Commentario del Codice civile*, U. CARNEVALI (a cura di), *Dei fatti illeciti* (art. 2043 art. 96 c.p.c.), Vol. 1, Torino, 2011, pp. 254-255.

¹⁴ Cfr. *supra*, nota 1.

¹⁵ Cfr., significativamente, G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harv L. Rev.*, 85 (1972) 1106: "Why do we need liability rules at all? In terms of economic efficiency the reason is easy enough to see. Often the cost of establishing the value of an initial entitlement by negotiation is so great that even though a transfer of the entitlement would benefit all concerned, such a transfer will not occur. If a collective determination of the value were available instead, the beneficial transfer would quickly come about".

¹⁶ I risvolti soggettivi-emotivi della singola vicenda divengono insomma un fatto quasi contingente. Cfr. S. HERSHOVITZ, *Corrective Justice for Civil Recourse Theorists*, 39 *Fla. St. U. L. Rev.*, 107, 117 (2011): "We cannot undo what we have done. No matter how hard we wish that we could turn back time...".

¹⁷ Il pensiero, nonostante il tono faceto, va alla questione dei rischi di incamminarsi sul terreno di un'analisi psicologica ed "esistenzialista" per valutare la sussistenza e l'entità effettiva di questo genere di danni. Cfr. A. BIANCHI, A. CANTAGALLO, *Il trauma e il danno. Come il neuropsicologo può aiutare l'avvocato*, in P. CENDON (a cura di), *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, I, Torino, 2008, p. 315 ss.

¹⁸ Cfr. sul punto G. ALPA (a cura di), *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 118. Si pensi ad atti di contestazione dell'uso del nome o dello pseudonimo (artt. 7 e 8 c.c.), abuso dell'immagine (art. 10 c.c.), turbative o molestie del diritto del proprietario (art. 949 c.c.), atti di concorrenza sleale (art. 2599 c.c.), atti in violazione del diritto d'autore. Cfr. M.V. DE GIORGI, voce *Danno: II) danno alla persona*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988, 2.

c.c., ben diversa dai criteri operativi delle giurie d'oltreoceano¹⁹. Tema questo che ci introduce al vivo di questa trattazione che riprenderò subito dopo aver aperto una parentesi di comparazione giuridica.

2. *A proposito di una valenza espressiva dei rimedi*

Proprio nel dibattito statunitense appare suggestiva l'idea, propugnata da Scott Hershovitz, di una *Expressiveness of Tort Law*²⁰. Cosa si vuol intendere con «funzione espressiva» della responsabilità civile?

Il sistema dei *torts* sarebbe incentrato sulla capacità delle corti di mandare segnali fortemente incisivi e significativi alla comunità sul carattere illecito di taluni comportamenti e soprattutto sulla gravità di certe fattispecie dannose.

Ciò – attenzione - non solo in funzione punitiva (*punitive damages*), ma anche per riaffermare la dignità sociale del danneggiato, tramite una valutazione compensativa adeguata al caso concreto (*compensatory damages*). Proprio quest'ultima capacità, ad avviso di Hershovitz, deve contraddistinguere la responsabilità civile che si focalizza sulla tutela del danneggiato e sul recepimento di un suo legittimo senso di rivalsa (*revenge*), senza perciò dover infliggere restrizioni e sofferenze al danneggiante²¹. Compiti che sarebbe più appropriato lasciare alla tutela penale, incentrata com'è sulla repressione e sulla correzione.

Dunque, varrebbe la pena per questi motivi difendere il sistema nel suo complesso, nutrendo dubbi su riforme che mirino ad imbrigliare i *torts* in

¹⁹ In tema, v. D. KAHNEMAN, D. SCHKADE, C.R. SUNSTEIN, *Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology of Punitive Damages*, 16 *Journal of Risk and Uncertainty* 47, 1998; C.R. SUNSTEIN, R. HASTIE, J. PAYNE, D. SCHKADE, W.K. VISCUSI, *Punitive Damages: How Juries Decide*, Chicago, 2002; J. HERSCH, W.K. VISCUSI, *Punitive Damages. How Judges and Juries Perform*, Discussion Paper No. 362, 05/2002, Harvard Law School, Cambridge Ma, 02138, 2 ss.

²⁰ Cfr. S. HERSHOVITZ, *The Expressive Function of Tort Law* (Sept. 2, 2016) (manoscritto inedito, ma disponibile nella Harvard Law School Library); ID., *Tort as a Substitute for Revenge*, in J. OBERDICK (a cura di), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press, 2014, p. 86 ss. E in SSRN (p. 27): “Justice is not just about who has what, and courts do not do justice just because they move money around in response to wrongdoing. They do justice, when they do, through the messages that they send about our relations to one another.”. Cfr. anche L. LESSIG, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943 (1995); C.R. SUNSTEIN, *On The Expressive Function of Law*, *Univ. Penns. L. Rev.*, (1996), 194, p. 2021 ss.; R. COOTER, *Expressive Law and Economics*, 27J. *Legal Stud.* 585, 1998, disponibile in scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/624.

²¹ ID., *The Expressive Function of Tort Law*, 5 ss.

schemi eccessivamente rigidi e limitativi (v. tentativo di imporre *caps* o di abrogare i *punitive damages*, di limitare il ricorso a *class actions*)²². Di qui la critica a tali proposte (ma anche a talune interpretazioni di *corrective justice*), che anche per Calabresi (seppur da altra prospettiva) appaiono come controriformiste e, in ultima analisi, anticompensative²³. Queste innovazioni ostacolerebbero le potenzialità «espressive» del *tort law*.

Agli inizi degli anni '90 Galanter e Luban- rievocando la tragedia greca- parlavano già di un valore catartico del rimedio risarcitorio (*poetic justice*) e della sua idoneità a riaffermare pubblicamente certi valori violati²⁴. Non basta un risarcimento, seppur non meramente simbolico, se ciò non insegnerà nulla alla società e lascerà nell'ombra la richiesta di giustizia. Si tutela il privato-danneggiato avendo presente la portata esemplare del rimedio, alla luce di un contesto sociale rispetto al quale va stigmatizzato il *vulnus* che comporta quel tipo di illecito.

Questa *civil recourse theory*, focalizzata su un censimento dei diritti tutelabili²⁵ («cosa inusuale per il common lawyer»²⁶) e sulla *full compensation* ci aiuta a lumeggiare il dibattito nostrano sulla risarcibilità del danno non patrimoniale.

Nell'*impasse* sul criterio di valutazione da adottare per risarcire i danni non patrimoniali, la questione correlata è quali siano le tendenze ulteriori del rimedio risarcitorio. Ne abbiamo appena descritta una. Al di là dell'apposizione di nomi od etichette a questo tipo di danno, può essere utile interrogarsi su funzioni che non necessariamente ricadano in quella punitiva o preventiva, proprio come fa Hershovitz, a proposito dell'*expressiveness of*

²² S. HERSHOVITZ, *Tort as a Substitute for Revenge*, in J. OBERDICK (a cura di), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press, 2014, p. 90 ss.

²³ Cfr. per questo dibattito, N. BRUTTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1/2015, p. 29.

²⁴ Cfr. D. LUBAN, M. GALANTER, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, in *American Law Review*, 1993, p. 1438 ss.: gli Autori citano un passo dell'Orestea di Eschilo dove si afferma che il male ritorna indietro a chi lo perpetua. Dal momento che la realtà, purtroppo, non è la finzione tragica, il diritto dovrebbe imparare da quest'ultima. La giusta sanzione è quella che riesce a colpire il sentimento, la disposizione morale che è all'origine del danno, in modo da stigmatizzare quel comportamento anche nei confronti dell'intera comunità. Quella motivazione può risiedere nell'avidità di guadagno, nella cieca fiducia nella razionalità dell'economia- profitti derivanti dal calcolo costi-benefici sulla scorta del famoso precedente *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 174 Cal. Rptr. 348, 358 (Ct. App. 1981)- in un'ideologia disumana, oppure in una perversa indifferenza in merito al valore dell'altro, rispetto al proprio egoistico interesse.

²⁵ S. HERSHOVITZ, *Corrective Justice for Civil Recourse Theorists*, 39 Fla. St.U. L. Rev., 107, 117 (2011).

²⁶ Cfr. supra nota 23.

tort law.

Anche grazie al contributo della dottrina - e qui ritorno ai nostri lidi - e delle Sezioni Unite (in particolare sentenze gemelle del 2008²⁷) si sono disegnati i criteri per ammettere e liquidare i danni non patrimoniali. Vi risalta una centralità della valutazione equitativa del giudice (art. 1226 c.c.). Principali indicatori sono costituiti da: gravità dell'offesa, superamento di un livello di normale tollerabilità nel sacrificio di interessi costituzionalmente garantiti²⁸.

In questi casi, il risarcimento non può essere solo «simbolico»²⁹. Particolarmente significativi i richiami della Cassazione ad una valutazione equitativa nella quale il giudice deve sintonizzarsi con «comune sentire» o «coscienza sociale» in un determinato momento storico³⁰.

Ciò evoca, nelle motivazioni, certi beni-interessi il cui risarcimento non può seguire la logica utilitaristico-patrimoniale. La quantificazione

²⁷ Cfr. Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972 cit., in particolare parr. 3.10, 3.11.

²⁸ Ibidem.

²⁹ La giurisprudenza prevalente sottolinea che l'importo del risarcimento, se molto contenuto, corrisponde ad una funzione meramente simbolica e, dunque, in casi dove la funzione è compensativa e non simbolica, sebbene la quantificazione avvenga secondo il criterio equitativo, deve essere più elevato. Cfr. Cass. civ. sez. III, 18 novembre 2005, n. 24451; critica nei confronti di risarcimenti “simulacro”, in caso di “danno da perdita del rapporto parentale”, Cass. III, sez. civ., 28 novembre, 2008, n. 28407 in CED; Corte di Cassazione, sez. III Civile, sentenza 12 marzo – 26 giugno 2015, n. 13198; R. RIVERSO, *Le statuizioni civili della sentenza Thyssen*, in *Quest. Giust.*, n. 2/2012, pp. 167-176. Cfr. L. STILO, *Legge “Pinto” e ricorso a “Strasburgo”: due strumenti solo in apparenza reciprocamente sostituibili*, in *Nuovo dir.*, 2001 (10/2), p. 929-935. Utili spunti di riflessione in A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano, 2009, p. 318: “Nel diritto privato la tenuità del valore della cosa non è sufficiente ad escludere l'obbligo della restituzione o del risarcimento dei danni, quando sia violato un diritto sulla cosa stessa. Una tale efficacia sarebbe posseduta soltanto dalla totale mancanza di valore della cosa, perché allora verrebbe meno ogni interesse dell'ordinamento alla tutela; ma finché la cosa possiede anche un minimo valore, il titolare del diritto leso può sempre agire per averlo reintegrato: tanto è vero che l'azione civile, anche se promossa per mero puntiglio, o comunque per ragioni che non hanno nulla a che fare con il valore (minimo) della cosa, può ottenere pur sempre una pronuncia favorevole sulla domanda. Addirittura poi, nel processo civile inserito nel processo penale è prassi abbastanza diffusa che il petitum sia limitato ad una lira: e la minima entità del valore non fa venir meno, nel giudice, l'obbligo di condannare al risarcimento dei danni, quando ne sussistano i presupposti.” Una naturale autolimitazione a intraprendere azioni risarcitorie di trascurabile valore sarebbe costituita- ad avviso dell'A.- dall'ingente importo delle spese processuali. “Se poi, malgrado la evidente sproporzione tra il petitum e le spese processuali, si instaura e si mantiene egualmente un processo, ciò significa che tra le parti si è determinato uno stato di tensione che, se pur non valutabile da un punto di vista strettamente privatistico, giustifica l'intervento statale per la risoluzione del conflitto” (cit. p. 319).

³⁰ Vedi supra nota 27.

economica deve essere strumentale ad altre finalità: attestare il valore immateriale della persona, al cospetto della comunità³¹. Tutto questo sembra realizzare proprio una vocazione espressiva del rimedio (ben oltre una valenza simbolica).

Suscita però qualche dubbio affermare che non abbia senso parlare di una funzione riparatoria immateriale nel *tort law* in quanto l'unica prospettiva sarebbe la liquidazione in denaro dei danni³².

3. Vi è spazio per il risarcimento in forma specifica?

Ci si domanda se, per la tipologia di danni sin qui descritta, la c.d. funzione espressiva possa emergere solo attraverso un risarcimento per equivalente, ovvero vi siano margini per recepirla grazie ad altri strumenti di tutela. Alla luce di queste considerazioni, i noti limiti della liquidazione pecuniaria nel cogliere il punto di vista del danneggiato (e non solo quello dell'efficiente prevenzione sul danneggiante, dato dai *punitive damages*) ripropongono l'ipotesi della risarcibilità in forma specifica dei danni non patrimoniali.

Un primo esempio che contribuisce ad accreditare questa ipotesi è quello della condanna alla divulgazione della sentenza, laddove quest'ultima

³¹ Cfr. ad esempio, Cass. sez. III civ. 13 novembre 2014, n. 24201 (in *Giur. It.*, 2015, fasc. 5, pp. 1081-1088 con nota di G. CATINELLO, *Il danno non patrimoniale dello straniero: irrilevanza della realtà socio-economica*): il “*quantum*” risarcibile non può differenziarsi sulla base di un presupposto territoriale cui ricollegare la spendita delle somme elargite a tale titolo. Il costo della vita non può quindi essere determinante ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale con riferimento al risarcimento a favore di un cittadino straniero. Gli unici fattori in grado di incidere sulla determinazione del “*quantum*” liquidabile sono rappresentati dai tre elementi dell'illecito aquilano: condotta illecita, danno e nesso di causalità. Il luogo in cui eventualmente si spenderà l'importo liquidato a titolo risarcitorio rappresenta invece un fattore estraneo all'illecito e, pertanto, inidoneo ad incidere sull'ammontare liquidabile.

³² Cfr. S. HERSHOVITZ, *Tort as a Substitute for Revenge*, pp. 109-110. Qui “riparazione” non è intesa come sinonimo di compensazione, ma in senso più simile aduna reintegra, in questo caso ritenuta impossibile. Cfr. per l'accezione di riparazione in senso stretto, G. PONZANELLI, *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 5, p. 1415. Ma, ponendo mente alle ipotesi in cui il giudice può determinare forme di risarcimento dirette a “riparare” danni immateriali, si discorre di un *tertium genus* tra funzione compensativa e funzione punitiva. Alcuni hanno utilizzato la formula “funzione satisfattiva”, cfr. H. STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, in *Intern. Enc. Comp. Law*, 1983, XI, 3 ss.. Vedi, comunque, infra nota 33 per tale diversa impostazione.

possa concorrere a riparare il danno (art. 120 c.p.c.)³³. Altrettanto pertinente appare il richiamo al procedimento di rettifica in materia di illecito a mezzo stampa che consente, in prima battuta, di porre riparo all'attività (potenzialmente) lesiva senza dover ricorrere al giudice, la cui figura è lasciata sullo sfondo, a garantirne la corretta esecuzione³⁴. Anche se il tema è dibattuto sarebbe prudente ritenere che, almeno in certi casi, se Tizio si trova offeso nella sua reputazione dal giornale, di cui Caio è direttore, farebbe bene a richiedere, in primo luogo, la rettifica, piuttosto che agire direttamente per un risarcimento pecuniario³⁵. Si potrebbe qui intravedere

³³ Per una riconduzione della rettifica, insieme alle diverse ipotesi di pubblicazione della sentenza di condanna conosciute dal nostro ordinamento (art. 120 c.p.c., 186 c.p., 7, 2° comma, e 2600, 2° comma, c.c., 85 l. brev., 65 l. marchi, 166 l.d.a.) alla categoria del risarcimento in forma specifica, quale modalità riparatoria particolarmente efficace della lesione di interessi di natura non patrimoniale, cfr. Cass., sez. III civile, sentenza, 24-05-2002, n. 7628, in *Foro it.* 2002, parte I, col. 2322 (Nota di L. LA BATTAGLIA); Cass. 1° marzo 1993, n. 2491, *Foro it.*, 1993, voce *Danni civili*, n. 58. In dottrina, M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 1115 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, I, p. 549 s.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, p. 483 e nota 4; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, Torino, 1998, p. 397 s.; V. ROPPO, *Danno e risarcimento nell'esercizio di mass media*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 18; per una funzione anche preventiva, v. B. CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, Milano, 1964, p. 76. Sulla riconducibilità delle misure ritenute dal giudice idonee ad eliminare gli effetti dell'illecito all'art. 2058 c.c., riferimento principe sul piano del risarcimento del danno extracontrattuale, cfr., per tutti A. JANNARELLI, *La responsabilità civile*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale del diritto privato*, Torino, 2016, pp. 616-617.

³⁴ Cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto di rettifica ed all'identità personale a tutela della personalità del singolo e del gruppo*, in *Dir. fam.*, 1983, p. 155; Id., *La rettifica: diritto soggettivo o rimedio processuale?*, in *Dir. inf.*, 1985, p. 248 ss.; V. ROPPO, *Il diritto alla rettifica nella disciplina dei mezzi di comunicazione di massa*, in *Foro it.*, 1983, I, p. 463; S. SICA, *Profili del falso giornalistico*, in S. SICA, P. STANZIONE, *Informazione, "verità" e tutela della persona*, Salerno, 1997; G. CORASANITI, *Il diritto di rettifica nel sistema di autodisciplina*, in *Dir. inf.*, n. 2/1991, p. 459 ss.; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 96; A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, pp. 375-376.

³⁵ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Analisi di 320 sentenze sulla lesione della personalità rese dal Tribunale di Roma (2003-2008)*, in *Dir. Inf.*, n. 2/2009, 267 secondo cui "Cresce il rilievo della riduzione del danno in forma specifica, sotto forma di pubblicazione della rettifica o di precisazioni o addirittura di scuse". Cfr. Cass. sez. civ. III 23 maggio 2001, n. 7025, su cui V. CARBONE, *Diritto di rettifica*, in *Corr. Giur.*, 2001 (7), pp. 856-857. Con riferimento all'istituto della rettifica a mezzo stampa, la Cassazione ammette l'applicabilità dell'art. 1227, comma 2 c.c., secondo cui il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Tuttavia, i giudici di legittimità

un potenziale allo stesso tempo espressivo e riparatorio del rimedio, da leggere in chiave estensiva. La riflessione può proseguire analizzando alcuni casi eloquenti nel solco della comparazione.

4. Alcuni casi degni di riflessione

Nel 2012 la *High Court* inglese vede contrapposte le due multinazionali Samsung ed Apple in un episodio della famigerata *smartphone war*, ovvero la guerra legale sugli *smartphone*³⁶. Questa volta Apple ha la peggio, condannata a pubblicare sulla propria *homepage* (modalità possibile anche nel nostro riformato art. 120 c.p.c.) la sentenza dove si afferma che il

osservano che la situazione prevista dall'art. 1227 cit., costituendo oggetto di un'eccezione in senso stretto, non può essere rilevata d'ufficio dal giudice. In diversa prospettiva (quella del superamento della separazione tra danno-evento e danno-conseguenza), Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2008, n. 10690 cit.; Cass. civ. sez. III, 15 aprile 2010, n. 9038 (Cinquegrani ed altri contro Giordano, CED, 612718), che afferma: *"In tema di risarcimento dei danni da diffamazione a mezzo della stampa, l'istanza di rettifica costituisce una facoltà attribuita all'interessato dall'art. 8 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, ed avente la finalità di evitare che la pubblicazione offensiva dell'altrui prestigio e reputazione possa continuare a produrre effetti lesivi, ma non elimina i danni già realizzati; conseguentemente, il mancato esercizio di tale facoltà, mentre incide, ai sensi dell'art. 1227, primo comma c.c., sulla quantificazione del danno, ove si accerti che lo stesso avrebbe potuto essere attenuato con la rettifica, non rileva ai fini del secondo comma dello stesso art. 1227, atteso che la pubblicazione della rettifica non può escludere il carattere diffamatorio della dichiarazione, qualora l'eventus damni si sia già realizzato con la pubblicazione delle dichiarazioni offensive"*. Di recente, v. Cass., 27 gennaio 2015, n. 1436 (in www.cassazione.net): *«Va, però, ribadito, accogliendo la sollecitazione di cui al motivo in esame, che tale diritto costituisce una facoltà discrezionale dell'interessato, e non può mai assurgere ad una sorta di dovere. Il ricorrente, invece, pretenderebbe di qualificare la rettifica come un vero e proprio dovere del danneggiato, rilevante ai fini di cui all'articolo 1227 c.c., comma 1; da ciò traendo l'indebita conclusione per cui la Corte d'appello avrebbe violato la legge nel "non dare rilievo alla omessa richiesta di rettifica da parte del presunto diffamato". Si tratta, chiaramente, di una ricostruzione dell'istituto che non corrisponde alle sue caratteristiche e finalità e che questa Corte ritiene priva di giuridico fondamento»*.

³⁶ Cfr. Samsung Electronics (UK) Ltd v Apple Inc [2012] EWHC 2049 (Pat) (18.07.2012). Cfr. anche I.H. JACOB, *The Inherent Jurisdiction of the Court*, 23 *Current Legal Problems*, 1970, p. 44. In generale, sul contenzioso tra i due giganti dei mobile media, M.D. MIMLER, *The aspects of unfair competition within the Apple v Samsung litigation in Germany*, Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 31.01.2012, I-20 U 175/11, Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2012, 14c O 292/11 and Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 24.07.2012, 20 U 35/12, [2013], *Queen Mary Journ. Of Intellectual Property*, vol. III, N. 2, 176-184. Negli Stati Uniti, vedi Apple Inc v Samsung Electronics Co Ltd, District Court, 12-CV-0030 (29 June 2012).

suo rivale in affari Samsung, contrariamente alle tesi espresse da Apple, non ha copiato il *design* di quest'ultima. Apple, sulle prime, pubblica l'avviso in modo fazioso, aggiungendo commenti che ne snaturano il significato. Verrà ulteriormente sanzionata e, infine, pubblicherà correttamente, ma tardivamente, il testo prescritto³⁷.

Il caso è caratterizzato dalla questione sollevata da Apple se tale provvedimento sia eccessivamente limitativo della sua libertà di espressione e se non si tratti di una sanzione reputazionale che esulerebbe dai poteri del giudice. Ma l'obbligo di pubblicazione verte su un dato oggettivo e incontestabile, la decisione dei giudici, e rientra nella cd. *inherent jurisdiction*. In effetti, la pronuncia si contraddistingue per aver stigmatizzato l'eccessiva litigiosità della stessa Apple, alludendo, neanche troppo velatamente, al suo atteggiamento elitario. Al contrario, si elogia di fatto la «creatività» di Samsung, perché utile ad una diffusione più ampia delle nuove tecnologie³⁸.

Altra considerazione: l'ubicazione sulla *homepage* del condannato realizza una sorta di pubblicità negativa per Apple e positiva per Samsung che, ad ogni buon conto, risulta ancor più catartica ed «espressiva» rispetto ad un risarcimento. Prova ne sia la strategia dilatoria di Apple.

Le parole chiave sono *mandatory injunction* (l'inibitoria positiva) necessaria a riportare consapevolezza pubblica (*public awareness*) e - cito testualmente- «*to dispel commercial uncertainty*», ovvero a dissipare l'incertezza commerciale³⁹.

Più in generale, l'ordine di divulgare l'inibitoria può essere utilizzato per rimuovere gli effetti degli atti lesivi di interessi anche non patrimoniali (penso ai diritti fondamentali, alla dignità della persona, alla sua reputazione, alla tutela antidiscriminatoria etc.)⁴⁰.

³⁷ Cfr. Samsung Electronics (UK) Limited v. Apple Inc. [2012] EWCA Civ 1223, Ch. 24-25.

³⁸ Cfr. Samsung Electronics (UK) Ltd v Apple Inc [2012] EWHC 2049, 26-29.

³⁹ Cfr. Samsung Electronics (UK) Ltd v Apple Inc [2012] EWHC 2049, Ch. 27. Per approfondimenti, S. BARAZZA, *Apple v Samsung: a preliminary injunction against the Galaxy Nexus smartphone*, 8 *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, No. 1, January 2013, 6-8; I.H. JACOB, *The Inherent Jurisdiction of the Court*, 23 *Current Legal Problems*, 1970, 44; A. FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, p. 510.

⁴⁰ Cfr. R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, p. 182, con riferimento all'affissione nei locali dell'azienda del decreto di repressione della condotta antisindacale; M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamenti antisindacali dell'imprenditore*, Napoli, 1979; Id., Sub art. 28, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commento*, Milano, 1979, p. 455 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Condotta antisindacale. 1) Disciplina sostanziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 12; M.G. GAROFALO, G.A. RECCHIA, *Le sanzioni e la loro efficacia*, in S. FABENI, M.G.

In ordine alla discriminazione per motivi razziali, etnici o religiosi, un esempio eloquente è rappresentato dai ricorsi promossi contro l’emanazione di talune ordinanze e l’apposizione di cartelloni stradali, a sfondo razzista e discriminatorio⁴¹, da parte di alcuni comuni italiani. I comuni sono stati, in particolare, indotti a venire a più miti consigli, rimuovendo (in corso di causa) i cartelli. Inoltre, a seguito all’accertamento del carattere discriminatorio della condotta, è stato ordinato di pubblicare il provvedimento sul sito Internet del comune in forma integrale e su un quotidiano locale, per estratto, con avviso che “il testo integrale può essere consultato sul sito del comune”⁴².

Non è stata invece accolta la domanda di apporre un nuovo cartellone sostitutivo alle porte del comune nel quale si proclamava il carattere accogliente ed aperto dello stesso comune verso avventori di qualsiasi religione, nazionalità ed etnia⁴³. Il Tribunale ha sottolineato come le misure adottate (rimozione dei cartelloni ed ordine di pubblicazione) fossero sufficienti a riportare la situazione ad un quadro fisiologico, mentre l’imposizione di un nuovo cartello si sarebbe tradotta in un’ulteriore forzatura. Il contributo riparatorio-immateriale dell’ordine di pubblicare il provvedimento sulla *homepage* dell’ente si rivela utile a promuovere una

TONIOLO (cura di), *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale*, Roma, 2005, 325 ss.; G. ALTIERI, *La tutela antidiscriminatoria e i rom, sinti e camminati*, 16 aprile 2016, in *Questione giustizia* (sito web: www.questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-antidiscriminatoria-e-i-rom-sinti-e-camminati_12-04-2016.php).

⁴¹ Si trattava delle ordinanze aventi ad oggetto i divieti di indossare il burkini nelle strutture finalizzate alla balneazione, nonché ai cartelli installati all’ingresso del Comune recanti divieto di indossare burkini, burka, niqub o di attività di *vu cumprà* e di mendicanti, in violazione dell’art. 43 D.lgs., 268/98 e dell’art. 2 del D.lgs. 215/2003. Cfr. Trib. Milano, sez. I civ., dott.ssa Anna Cattaneo, 23 settembre 2014 (consultabile sul sito web: www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/04/Tribunale-di-Milano-sez.-I-civile-23914-est.-Cattaneo-Musati-e-altro-avv.ti-Guariso-e-Neri-c.-Comune-di-Varallo-avv.-Ginex.pdf). Trib. Torino, sezione I Civile, ordinanza del 14 aprile 2014 (consultabile all’indirizzo web: www.asgi.it/banca-dati/tribunale-di-torino-sezione-civile-ordinanza-del-14-aprile-2014/) : “*E’ ‘gravemente discriminatoria’ l’apposizione, da parte di una amministrazione comunale, di cartelli che vietano l’uso sul territorio comunale del burqa e del burkini nonché l’accesso a ‘vu cumprà’; qualora nel corso del giudizio sopravvenga la rimozione di detti cartelli, il Giudice non può accertare l’intervenuta discriminazione per il passato, ma deve dichiarare cessata la materia del contendere decidendo esclusivamente in ordine alla soccombenza virtuale.*”

⁴² Cfr. Trib. Brescia, 18 luglio 2016, sez. III civ., tra Fondazione Guido Piccini per i Diritti dell’Uomo ONLUS e ASGI – Associazione degli Studi Giuridici sull’Immigrazione (avv. ri Alberto Guariso e Livio Neri) contro: Comune di Pontoglio (avv. Filippo Cocchetti) consultabile sul sito web: www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/07/asgi-fondaz-piccini-c-comune-pontoglio-ord-trib-brescia-rg-2072-del-2016.pdf.

⁴³ Ibidem.

consapevolezza sociale sul carattere illecito della condotta.

La Corte Costituzionale sudafricana nel 2011, con riferimento alla tutela della reputazione e della dignità personale, si domanda, rispondendo positivamente, se sia possibile riparare la dignità ferita di una persona ordinando un gesto riconciliativo alla controparte (il *plaintiff* aveva richiesto il gesto, il *defendant* si era dichiarato disponibile a effettuarlo)⁴⁴. Quest'ultimo - ad avviso della Corte- può contribuire a mitigare il danno, dunque giustifica una riduzione della somma dovuta a titolo di risarcimento. In particolare, il rimedio si concretizzava nell'ordine di porgere scuse pubbliche al danneggiato. Al centro vi è l'idea che il giudice debba assecondare una riconciliazione tra le parti nel perseguimento di un interesse pubblico superiore, potendo ciò influire sull'adozione del rimedio.

5. Funzione espressiva del risarcimento in forma specifica e dialogo giudice-comunità

L'orientamento della C. Cost. sudafricana risente anche del percorso che quel paese ha faticosamente seguito negli anni '90 (la riconciliazione nazionale post-apartheid appunto), testimoniandone un lascito pervasivo e trasversale nella cultura giuridica.

Le pronunce appena ricordate, però, non sono casi isolati - potrebbero aggiungersi altri esempi - ed hanno tra loro punti in comune. Soprattutto sembrano delineare una forma originale di dialogo tra giudice e comunità, in cui il primo può imporre al danneggiante di rimuovere incertezze che confondono e affliggono quest'ultima e sancire pubblicamente un passo

⁴⁴ Cfr. Id. *Le Roux v. Dey*, 2011 (3) SA 274 (CC), par. 195-203, in particolare le opinions di Froneman J. e Cameron J., con la concurrence sul punto degli altri giudici della Corte. Per un commento G.J. VAN NIEKERK, *Amende Honorable and Ubuntu: An Intersection of Ars Boni et Aequi in African and Roman-Dutch Jurisprudence?*, in *Fundamina* 19 (2) 2013, 397 ss. Vedi anche *The Citizen 1978 (Pty) Ltd v McBride* (CCT 23/10) [2011] ZACC 11 (8 April 2011), par. 130-134. Si rammenta che in quel sistema la C. Cost. è titolare anche della tutela dei diritti fondamentali. Cfr. T.R. ROUX, *Constitutional Courts as democratic consolidators: insights from South Africa twenty years on*, Working Paper, 25-9-2014, consultabile in www.ssrn.com; F.R. DAU, *"The soul of the nation": il costituzionalismo sudafricano alla prova della dinamica politica*, in F. LANCHESTER (a cura di), *La Costituzione degli altri. Dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti stranieri*, Milano, 2012, p. 381 ss.; A. RINELLA, *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006, p. 435; A.C. VIMBORSATI, *La giustizia costituzionale nelle esperienze degli ordinamenti africani*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2011, p. 309 ss.

riconciliativo.

In entrambi i casi, l'obiettivo è tutelare il diritto del danneggiato, collegandolo alla conoscenza e condivisione di un giudizio all'interno di una specifica comunità (*public awareness*). Il fine non è tanto sanzionare il condannato, quanto ripristinare l'interesse leso, creando una «narrativa giuridica» condivisa favorevole alla vittima, senza ricorrere al risarcimento in denaro. Si valorizzano interessi immateriali del danneggiato che, già *in nuce* nella coscienza sociale, si cerca di far emergere da una pericolosa indifferenza (od ignoranza)⁴⁵. Il giudice non si limita a decidere soltanto da che parte sia la ragione, ma può far sì che l'uno risarcisca l'altro, facendo da cassa di risonanza di tale ragione verso la comunità, apertamente e senza il tramite del denaro (*public awareness, reconciliation*).

6. Punti di forza e debolezze della prospettiva indicata

A questo punto, si può trattteggiare qualche *pro* e *contro* dell'approccio descritto. In primo luogo - per quanto riguarda i lati positivi - il sistema rimediare sembra arricchirsi di un maggior dinamismo, in grado di coinvolgere interessi superindividuali (faccio riferimento al caratteristico potere di *case management* giudiziale proprio dei sistemi di *common law*)⁴⁶.

Non andrebbero poi sottovalutati gli effetti deflattivi e calmieranti sul contenzioso risarcitorio *id est* visione patrimonialistica a senso unico (c.d. *compensation culture*), derivanti da soluzioni che incentivano la riparazione immateriale e la transazione. Ciò non toglie che il rimedio risarcitorio (compensativo e ormai venato anche di sanzione) si trovi pur sempre in posizione di complementarietà e non di alternatività.

Sul versante negativo, si registra un ampliamento della discrezionalità giudiziale (*case-management* ed *inherent jurisdiction*) che rischierebbe di sacrificare sull'altare di una vagheggiata consapevolezza pubblica – o della

⁴⁵ Per un'originale (condanna ad acquistare libri e dvd di ispirazione femminista a favore della vittima) e recente rimediazione del risarcimento in forma specifica di danni non patrimoniali, in funzione del superamento dell'esigenza di addivenire a risarcimenti monetari simbolici od ultracompensativi, Giudice dell'udienza preliminare, Paola Di Nicola, 20 settembre 2016, sent. n. 266 (pubblicata su www.penalecontemporaneo.it).

⁴⁶ Di “*dynamic responsiveness of substantive law to the needs of social and economic development*”, parlava significativamente J. STONE, *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford Univ. Press, 1966, 620-621. V. anche U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 2001, p. 282.

coscienza sociale - il principio di stretta legalità, la *rule of law*, talora la libertà di espressione del condannato. A proposito del caso Sudafricano, l'approccio prescrittivo (*command*) può apparire inadeguato rispetto ad una necessaria spontaneità del gesto riconciliativo⁴⁷. Si avverte in questo senso un rischio di paternalismo giurisdizionale.

Al di là di una riflessione puntuale sulla dimensione attuativa del rimedio in forma specifica del danno non patrimoniale, da condurre in altra sede, si può riflettere innanzitutto su un problema di sovrapposizione tra funzioni limitrofe.

Si è già detto di un'area grigia tra sanzione e compensazione e lo si vede a proposito dei risarcimenti surrettiziamente punitivi, quando ad esempio le corti liquidano il risarcimento tenendo conto non solo dell'effettivo pregiudizio da riparare, ma anche di un atteggiamento arrogante nell'impostazione difensiva⁴⁸.

La funzione punitiva può invadere, a sua volta, l'espressività riparatoria, laddove il risarcimento in forma specifica prevarichi i diritti del danneggiante: si pensi alle c.d. sanzioni reputazionali. Di rimando, l'espressività riparatoria (la cui effettività è questione estremamente complessa) potrebbe, poi, intaccare il principio di *full compensation*, se una discrezionalità espressivo-empatica del giudice dovesse esplicarsi in via esclusiva.

⁴⁷ Significativo è l'aneddoto esposto da L.L. RISKIN, *Mediation and Lawyers*, 43 Ohio St. L.J. 29, 33, 45-46 (1982) e riferito ad un'esperienza personale del Professor Kenney Hegland: “In my first year Contracts class, I wished to review various doctrines we had recently studied. I put the following: In a long term installment contract, Seller promises Buyer to deliver widgets at the rate of 1000 a month. The first two deliveries are perfect. However, in the third month Seller delivers only 999 widgets. Buyer becomes so incensed with this that he rejects the delivery, cancels the remaining deliveries and refuses to pay for the widgets already delivered. After stating the problem, I asked, “If you were Seller, what would you say?” What I was looking for was a discussion of the various common law theories which would force the buyer to pay for the widgets delivered and those which would throw buyer into breach for cancelling the remaining deliveries. In short, I wanted the class to come up with the legal doctrines which would allow Seller to crush Buyer. After asking the question, I looked around the room for a volunteer. As is so often the case with the first year students, I found that they were all either writing in their notebooks or inspecting their shoes. There was, however, one eager face, that of an eight year old son of one of my students. It seems that he was suffering through Contracts due to his mother's sin of failing to find a sitter. Suddenly he raised his hand. Such behavior, even from an eight year old, must be rewarded. “OK,” I said, “What would you say if you were the seller?” “I’d say, I’m sorry.”

⁴⁸ Lo rileva S. HERSHOVITZ, *The Expressive Function of Tort Law*, cit., 16, mentre, nel nostro ordinamento è ormai chiara la natura “non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative” dell'art. 96 c.p.c. e dell'abrogato art. 385 c.p.c. In tal senso, Cass. SS.UU., 5 luglio 2017, sent. n. 16601, citando la C. Cost. n. 152 del 2016.

Come succede con il rimedio della pubblicazione della sentenza (artt. 120 c.p.c.), l'espressività riparatoria andrebbe riservata ad istanza di parte (per evitare indebite invadenze sulla funzione di *compensation*). Probabilmente, una combinazione e non un'alternativa tra le due è la soluzione che meglio salvaguardi il principio di *full compensation*. Di recente, si segnala che il Tribunale di Roma ha fornito un'interpretazione assai ampia del risarcimento del danno non patrimoniale in forma specifica per un caso di induzione alla prostituzione minorile⁴⁹.

Significativo è il caso *Ethyl Corporation v. Government of Canada*⁵⁰. La società americana Ethyl - avente anche una sede canadese - aveva avviato un arbitrato contro il Canada, accusato di aver violato il trattato di libero commercio dei paesi nordamericani, restringendo con divieti l'importazione dell'additivo (per benzina) MMT, ritenuto pericoloso. In particolare, essendo la Ethyl l'unico produttore di MMT soggetto a restrizione, ciò ha fatto ritenere che tale divieto costituisse un'espropriazione dei suoi investimenti ed un trattamento discriminatorio rispetto agli investitori locali. Le parti sono addivenute ad un *settlement* nel quale il Canada ha accettato di risarcire la Ethyl e di riconoscere pubblicamente che l'MMT non era pericoloso, ammettendo l'errore. La dichiarazione in parola è stata considerata un efficace rimedio, accanto al risarcimento, per il potenziale danno alla reputazione commerciale che era stato arrecato con il divieto e che avrebbe comportato il pericolo di effetti emulativi da parte di altri stati⁵¹.

Più in generale è da notare come un'impresa possa subire danni immateriali non solo da comportamenti scorretti di terzi e concorrenti, ma anche da atti lesivi maturati nell'ambito di rapporti contrattuali o precontrattuali. Per il panorama italiano, si fa riferimento ad un obbligo di buona fede contrattuale che includa la protezione di interessi anche non patrimoniali⁵².

⁴⁹ Vedi supra nota 45.

⁵⁰ Id., 1997 CarswellOnt 4039 (Can. Ont.) (WL) su cui v. T. WEILER, *The Ethyl Arbitration: First of its Kind and a Harbinger of Things to Come*, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 187, 188 (2000); K. VINAYAGAMOORTHY, *Apologies in the Marketplace*, 33, Pace L. Review, 1081 (2013), in particolare pp. 1133-1134; R. CARROLL, N. WITZLEB, "It's Not Just Money". *Enhancing the Vindictory Effect of Private Law Remedies* 37 Monash U.L. Rev. 216, 233 (2011); A. ALLAN, *Functional Apologies in Law*, 15 Psychiatry, Psychol. & L., 369, 372-373 (2008).

⁵¹ Vedi supra.

⁵² Cfr. ad esempio, C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26.972/3/4/5, Milano, 2009, p. 466 ss. che richiama l'interpretazione del contratto secondo buona fede, «che potrebbe condurre

Conviene, infine, richiamare una chiave di lettura che venne proposta anni or sono proprio in un convegno dell'AIDC⁵³. Oltre alla sanzione (incarnata per esempio da misura avente ad oggetto un *facere* infungibile), anche la prospettiva premiale potrebbe trovare uno spazio, almeno laddove la prima rischi di produrre forzature. Penso al valore mitigante del gesto riparatorio spontaneo del danneggiante, soppesabile e premiabile *ex post* nella valutazione del risarcimento, proprio con una sua diminuzione. Inoltre, un'attività resipiscente potrebbe assumere valenza confessoria⁵⁴, evidenziando un macroscopico *vulnus* difensivo; per questo, in ottica prudenziale, non basta auspicare un gesto spontaneo ma, anche qui, servirebbero *safe harbors* ed incentivi a cooperare⁵⁵. La premialità è qui strettamente connessa alla

*a qualificare come danno non patrimoniale da inadempimento risarcibile anche il danno derivante dalla violazione di una convenzione di rilascio di cambiali, sotto il profilo della lesione della reputazione e dell'immagine personale del creditore di questa peculiare prestazione; e ad analogo risultato potrebbe, del resto, condurre il criterio interpretativo basato sull'individuazione della causa del contratto, intesa come "sintesi degli effetti reali che il contratto steso è diretto a realizzare" proposto dalle Sezioni Unite». In generale, si veda anche F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008; G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale tra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 235.*

⁵³ Cfr. P.G. MONATERI, A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di "governo del diritto". Incentivi, premi, sanzioni* (XIX Colloquio biennale, Associazione Italiana di Diritto Comparato, Ferrara, 10-12 maggio 2007), Napoli, 2009.

⁵⁴ Cfr., in generale, l'insegnamento di T. BINGHAM, Re D (Minors) (Conciliation: Disclosure of Information) [1993] 2 WLR 721, 724: "*parties [to mediation] will not make admissions or conciliatory gestures, or dilute their claims, or venture out of their entrenched positions unless they can be confident that their concessions and admissions cannot be used as weapons against them if conciliation [or mediation] fails and full-blooded litigation follows*".

⁵⁵ Molti ordinamenti, specie di *common law*, si sono ormai dotati di strumenti che sembrano rivestire natura processuale e sostanziale ad un tempo. Ad esempio, il *Compensation Act* del 2006 (Parte I, par. 2) vigente in England and Wales specifica che un'*apology*, un'offerta di risarcimento o di altra riparazione non possono, di per sé stessi, costituire un'ammissione implicita di negligenza o di altra violazione di obblighi giuridici di matrice legislativa (*statutory duties*). Cfr. P. CANE, P.S. ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge Univ. Press, 2013, 208. Gli Autori precisano che la norma è intesa ad incoraggiare la presentazione di scuse, sul presupposto che le azioni per danni, specie in ambito di responsabilità medica (*negligence claims*), non siano soltanto mosse dal desiderio di una compensazione pecuniaria (come generalmente si crede), ma presuppongano altre importanti richieste, come quella di ottenere adeguate spiegazioni dei fatti, prevenire che gli stessi errori si ripetano, far sì che i responsabili ammettano l'errore. Cfr. inoltre, J.R. COHEN, *Advising Clients to Apologize*, 72 S. Cal. L. Rev., 1009, 1010-11 (1999); D.L. LEVI, *The Role of Apology in Mediation*, 72 N.Y.U.L. Rev., 1165, 1997; P. VINES, *When "Sorry" is the Hardest Word to Say, How Might Apology Legislation Assist?* (2014) 44(2) *Hong Kong Law Journal* 491; N. KHOURI, *Sorry Seems to Be the Hardest Word: The Case for Apology Legislation in New Zealand*, in *New Zealand Law Review*, 2014, 603.

volontà di incentivare – su entrambi i piani sostanziale e processuale- una risoluzione stragiudiziale della controversia e, in senso lato, appare uno di quei terreni su cui lavorare per creare seri presupposti per una *koiné* della *mediation* da sviluppare tra le varie categorie coinvolte⁵⁶.

Abstract

The essay deals with the recent trends in the function of civil liability. Beyond the classic compensating and deterrent functions of Tort Law, the analysis of an “expressive function” is added. The latter plays an insightful role in the field of non-pecuniary damage. Thereby the US debate about “expressiveness” of Tort Law seems useful to illuminate the Italian conundrum on punitive damages and non-pecuniary damages (art. 2059 c.c.). Options for a non-monetary, but reparative remedy are also highlighted, with reference to milestone cases

⁵⁶ Giova osservare che, in epoca recente, le riforme in tema di mediazione-conciliazione obbligatorie mirano, tra l'altro, a scoraggiare un ricorso smodato alla tutela risarcitoria, sulla scorta di interessi di politica ed economia giudiziaria. Cfr. R.H. MNOOKIN, *Alternative Dispute Resolution*, in *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, 1998; M. GALANTER, *The Emergence of the Judges as a Mediator in Civil Cases*, in *Judicature*, 69, 257, 1996; P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della “mediazione familiare”*, in *Id*, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, pp. 342-343 (già in *Giur. it.*, 1995, IV, p. 73); T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolutions*, in *Rass. For.*, n. 2/2011, p. 327 ss.; V. CUFFARO, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Corr. Merito*, n. 1/2011, pp. 5-14; T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolutions*, in *Rass. For.*, n. 2/2011, p. 327 ss.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla Mediation: quale attuazione?*, in G. AJANI (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, pp. 541-552; E. DEL PRATO, *Le risoluzioni negoziali delle controversie*, Vol IV, *Attuazione dei diritti II, L'attuazione dei diritti*, in *Diritto Civile*, dir. N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, pp. 561-562; A. PROTO-PISANI, *La crisi dei processi a cognizione piena e una proposta*, in *Riv. Dir. Proc.*, n. 1/2016, pp. 100-106.

Giurisdizione e rete: effettività versus legalità?

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. *Lex* informatica e sovranità digitali - 3. Modalità di regolazione della Rete - 4. *Lex* informatica e fonti del diritto - 5. Delocalizzazione e multi-giurisdizionalità del cyberspazio - 6. *Internet* e *soft law* - 7. Conclusione.

1. *Introduzione*

Uno dei vantaggi di Internet rispetto ad altri sistemi di comunicazione è certamente quello di consentire l'accesso all'uso di contenuti e di servizi digitali ad uno spettro di utenti pressoché universale: in un certo senso, una persona può essere ovunque nel mondo; per la creazione di rapporti intersoggettivi a carattere economico, politico e giuridico la distanza spaziale e i confini nazionali sono irrilevanti. Questa facilità di comunicazione solleva, però, una questione giuridica fondamentale: quando una persona naviga su un sito web o permette l'accesso al proprio server principale da ogni punto del globo, a quale regime giuridico fa riferimento? Al fine di decidere quale Stato e quali leggi governano le controversie che sorgono in Internet, con il sistema attuale, un tribunale deve prima decidere “dove” la condotta digitale si è concretizzata e “quando” si può dire che essa sia giuridicamente rilevante all'interno di uno Stato.

Questa visione *border-centric* della legislazione e della giurisdizione rischia di determinare la soccombenza del principio di legalità (il diritto come *Rule of law*) a favore del principio di effettività (il diritto come *Problem solving*). In tal senso le tutele apprestate dalle giurisdizioni nazionali e sovranazionali rischiano di affievolirsi per difetto di sovranità, diventando tutele dimezzate a causa del continuo mutamento delle norme tecniche di

* Un grazie particolare alla dottoressa Silvia Lucchiarì, preziosa collaboratrice, per aver letto l'elaborato, aiutandomi a sviluppare meglio le idee portanti del lavoro.

** Professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università di Ferrara. Attualmente titolare delle cattedre di Teoria generale del diritto (sede di Ferrara) e di Metodologia e logica giuridica (Polo di Rovigo).

soft law che regolano il *cyberspazio*¹.

Nei paragrafi che seguono si intende approfondire e discutere la seguente tesi generale: la *Lex informatica* è un'espressione che si riferisce alle scelte tecniche che impongono dei comportamenti agli utenti del web. Nel caso delle tecnologie informatiche, la relazione tra attori, azioni e diritto si dispiegherebbe attraverso logiche *bottom-up*: leggerezza dei vincoli, legami orizzontali tra le persone. La dislocazione spaziale non territoriale della comunicazione digitale trasforma la società in un modello organizzativo che presenta la forma di una rete globale, alla cui *governance* provvedono soprattutto forme regolative aventi natura giuridica di *soft law*.

In contrapposizione con questa potenzialità inclusiva, aperta e interattiva della rete Internet, emerge l'altra faccia dell'era dell'informazione caratterizzata da una lotta per il dominio della Rete, attuata attraverso la gestione e il controllo di Internet da parte di una "*corporate governance multi-stakeholder*", diretta da un *network* delle multinazionali della comunicazione informatica e telematica. La Rete diventa a un tempo centralizzata e decentrata, si adatta e si ripolarizza in una variazione infinita, eludendo il territorio, strutturando confinamenti immateriali dello "spazio globale". L'espressione *Code is law* (sinonimica a *Lex informatica*) dimostra come le architetture tecnologiche di Internet contengano codici e linguaggi normativi di auto-organizzazione che stabiliscono e controllano *ex ante* le regole per l'accesso e per l'uso delle informazioni disponibili in Rete. Nel caso della *Lex informatica*, il quadro normativo consiste nelle architetture tecnologiche e negli standard di rete; la giurisdizione è rappresentata dal *network* e dalle informazioni filtrate, regolate dai codici informatici, da una rete spaziale che travalica i confini territoriali e giurisdizionali degli Stati, essendo in grado di far compiere agli utenti determinate operazioni e pratiche reali che si usano in Rete.

2. *Lex informatica e sovranità digitali*

Il *code*², ossia il software e l'hardware che costituiscono il cyberspazio, impone un assetto normativo sul comportamento individuale e collettivo

¹ J.R. REIDENBERG, *Technology and Internet Jurisdiction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 153/2004, pp. 1951-1974.

² Per *code* (o *Lex informatica*) s'intende l'insieme dei protocolli informatici, del software, dell'hardware, degli algoritmi e del codice binario con cui i programmatori informatici strutturano ed architettano la Rete, stabilendo i vari modi d'uso delle tecnologie informatiche.

nel web.

Con ciò non si nega la funzione regolativa del diritto sul cyberspazio; si pensi ad esempio alle sanzioni previste dalle leggi sul *copyright*, sul diritto contrattuale, sulla diffamazione e sull'oscenità.

Pur tuttavia, è ormai inimmaginabile basare la gestione del web sulla continua evoluzione di paletti normativi preposti a ratificare e a *gregariare* l'implementazione e la diffusione di nuove tecnologie digitali. Internet rappresenta un universo di flussi e di attriti privo di qualsivoglia *governance* estranei ai propri utenti: basti pensare che, allo stato attuale, circa 30 *corporations* controllano il 90 per cento del traffico mondiale della rete. Gli *Internet Service Provider* (ISP), vera e propria spina dorsale della rete, preferiscono l'autogestione e l'autoregolamentazione a qualsiasi forma statale e sovranazionale di controllo giuridico³.

Gli Stati, nel tentativo di riaffermare la propria sovranità digitale, cercano di monitorare, filtrare o proteggere i flussi digitali, ma i dati di Internet «sono replicabili all'infinito ed esistono in molteplici luoghi allo stesso tempo. Essi possono essere reindirizzati o inoltrati illegalmente a determinati destinatari, mentre i riceventi hanno la possibilità di eluderli, come pure di accedervi»⁴.

Sulla base di tali premesse e in contrapposizione al riduzionismo normativistico, i cui sostenitori ritengono che il diritto continui a disciplinare compiutamente le attività digitale di ogni utente, si intende difendere la tesi che il *code* supplisce alle carenze endogene del diritto.

Lo sviluppo della Rete, d'altro canto, non è stato accompagnato da un *enforcement* giurisdizionale adeguato alla tutela dei nuovi diritti informatici; pur tuttavia le capacità tecnologiche e la progettazione dei sistemi informatici impongono *ex ante* regole sanzionatorie ai partecipanti.

L'assenza di frontiere fisiche nel cyberspazio determina il venir meno della territorialità, carattere intrinseco di un ordinamento giuridico, sicché appare impossibile delimitare l'ambito di operatività delle norme statali.

Facendo leva sull'ingannevole e fuorviante metafora del cyberspazio come luogo (*cyberspace as place*), i tribunali applicano alle e-mail e all'accesso ai siti web la dottrina dell'illecita turbativa del possesso di cose, da un lato ignorando che nessuno «entra» in un sito web⁵ e dall'altro veicolando l'idea, errata e assurda al contempo, che Internet sia un luogo in cui viaggiare. In

³ P. KHANNA, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Roma, 2016, p. 451.

⁴ Ivi, p. 453.

⁵ In tal senso, nella casistica giurisprudenziale, si vedano, ad esempio, *eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000); *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.* 126 F. Suppl. 2d 238 (S.D.N.Y. 2000); *American Online v. National Health Care Discount, Inc.*, 174 F. Supp. 2d 890 (N.D. Iowa 2001).

realtà, nessuno si trova *nel* cyberspazio. Internet è un *non-luogo* logico e concettuale; più semplicemente è un protocollo, ossia una parte di codice che consente agli utenti di trasmettere dati fra computer tramite i network comunicativi esistenti⁶.

La *Lex informatica* permette sia di stabilire norme specifiche per i flussi di informazioni veicolati sulla Rete sia di imporre politiche generali dei flussi e di automazione delle informazioni digitali. Attraverso le architetture tecnologiche (si pensi ai protocolli PICS⁷) la *Lex informatica* può vietare alcune azioni sulla Rete (come l'accesso) e imporre alcuni flussi informazionali (come il conferimento obbligatorio di dati di *routing* per l'invio dei messaggi elettronici).

Con riguardo alle modalità di affermazione dei linguaggi sociali e giuridici orizzontali della Rete, l'intromissione delle nuove tecnologie e il loro rapporto con l'adesione alla Rete, oltre a causare una separazione dal contesto geografico, fanno apparentemente emergere due traiettorie contrastanti.

Da un lato, Internet è uno spazio che stimola una forte spinta alla libertà e alla conoscenza, rivelando una capacità *dialettica* di squarciare i tradizionali spazi geopolitici territoriali che produce "cunei" di nuovi linguaggi e di nuove interazioni⁸.

Dall'altro lato, in contrapposizione con questa potenzialità *comprendente*, la Rete, dominata da attori privati della globalizzazione tecnologica e della competizione economica⁹, produce una "nebulosa normativa" implementata da un'architettura tecnologica stratificata (TCP/IP, DNS, PICS) di filtraggio, etichettatura e valutazione dei contenuti web¹⁰. Da questo punto di vista l'espressione "*Code is law*"¹¹, coniata da Lawrence Lessig, designa architetture tecnologiche di Internet già contenenti codici e linguaggi normativi di auto-organizzazione in grado di stabilire e controllare le regole per l'accesso e per l'uso delle informazioni disponibili in Rete¹². Il

⁶ M.A. LEMLEY, *Place and Cyberspace*, in *California Law Review*, n. 91/2003, p. 523.

⁷ PICS – acronimo di *Platform for Internet Content Selection* – denota un codice che permette di filtrare, valutare e bloccare interi pacchetti di contenuti in Internet, associando etichette valutative (*rating*) alle pagine web e al contenuto delle pagine in base ad una determinata classificazione.

⁸ P. MORO, *Topica digitale e ricerca del diritto. Metodologia e informatica giuridica nell'era dell'infosourcing*, Torino, 2015, pp. 6-8.

⁹ E. MOSTACCI, A. SOMMA, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016, p. 219.

¹⁰ L.B. SOLUM, M. CHUNG, *The Layers Principle: Internet Architecture and the Law*, in *Notre Dame Law Review*, 3, 2004, pp. 815-948.

¹¹ L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, pp. 3-9.

¹² C. FORMENTI, *Aporie del cosmopolitismo digitale*, in L. TUNDO FERENTE (a cura di),

web produce svariati strumenti di controllo atti a regolamentare l'azione dei soggetti e a limitarne le libertà: la registrazione degli utenti, le *password* di accesso, l'autenticazione, i *cookies*, i filtri sui contenuti, la tracciabilità degli indirizzi IP¹³. I movimenti di mercato hanno acquisito il monopolio nella produzione dei dispositivi di controllo del web, un tempo appartenente al potere statale, proprio perché si è realizzato che le tecnologie in grado di potenziare l'efficienza commerciale si attagliano maggiormente alla regolamentazione dei flussi¹⁴.

3. Modalità di regolazione della Rete

Nonostante risulti difficile individuare un corretto inquadramento della natura giuridica del cyberspazio, secondo i sostenitori dell'approccio "normocentrico"¹⁵ il diritto continua a disciplinare compiutamente le attività digitali di ogni cybernauta. Internet rinvia all'immagine di uno spazio virtuale, in cui la difficoltà risiede tanto nel definire le relazioni tra spazio reale e virtuale tanto nello stabilire come predisporre un diritto della Rete; esso, infatti, non può essere ancorato a uno spazio territoriale. Conseguentemente, occorre individuare linee di confine non più fisiche, ma inevitabilmente logiche. Ciononostante, è pur vero che dagli inizi degli anni Novanta ogni azione compiuta in Rete ha una disciplina di riferimento, spesso corredata da sanzioni anche gravi.

Non solo in Italia, ma anche nel resto del mondo l'evoluzione del diritto sulle nuove tecnologie ha via via normato tutti gli aspetti della vita digitale e dei comportamenti online, arrivando a toccare qualsiasi ambito.

Dunque, secondo i giuristi di diritto positivo, ogni attività che si svolge in Rete è disciplinata da una norma cui occorre prestare attenzione, perché «la Rete è un luogo profondamente concreto e capace di accogliere nel suo seno, nel bene e nel male, le più umane esigenze»¹⁶.

In che misura *effettivamente* il diritto regoli il comportamento nel

Cosmopolitismo contemporaneo. Moralità, politica, economia, Perugia, 2009, pp. 311-325.

¹³ L. LESSIG, *Code Version 2.0.*, New York, 2006, p. 47 ss.

¹⁴ A. MICONI, *Reti. Origini e struttura della network society*, Roma-Bari, 2011, p. 56 ss.; L. LESSIG, *Code Version 2.0.*, cit., p. 61.

¹⁵ Per l'espressione "normocentrismo", cfr. C. SARRA, *Le fonti del diritto e il problema dell'individuazione del giuridico*, Padova, 2002.

¹⁶ P. COSTANZO, *Internet* (voce), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XVIII, Torino, 2000, p. 349 ss.

cyberspazio è una questione a sé. Il diritto, comunque sia, «*continues to threaten an expected return. Legislatures enact, prosecutors threaten, courts convict*»¹⁷.

Il cyberspazio è di per sé uno spazio del mondo reale, non solo perché da quest'ultimo può essere regolato, ma soprattutto perché gli utenti del cyberspazio vivono nella realtà fisica: «*Cyberspace is not, and never could be, the kingdom of mind; minds are attached to bodies, and bodies exist in the space of the world. And Cyberspace as such as does not preexist its users*»¹⁸. L'unicità del paradigma del *cyberspace as place* risiede nella particolare interazione che esso realizza tra potere normativo e progettazione tecnica (elemento qualificante di questo spazio, che va continuamente esaminata). È solo traducendo queste specificità in leggi e in politiche mirate che potrà avviarsi un progetto di regolazione del cyberspazio, ancorato a un approccio di carattere pragmatico¹⁹.

In contrapposizione a questa prospettiva (il diritto “doma” il *code*), la corrente *cyber-libertaria* ha rivendicato la natura libertaria della Rete, qualificandola come un unico spazio virtuale che potesse e dovesse restare scevro da qualsiasi tipo di regolazione (*a-regulation or self-regulation*), specie se statale. John Perry Barlow, nella sua ormai mitica *A Cyberspace Independence Declaration* (9 feb. 1996), declama: «*Governi del Mondo, stanchi giganti di carne ed acciaio, io vengo dal Cyberspazio, la nuova dimora della Mente. A nome del futuro, chiedo a voi, esseri del passato, di lasciarci soli. Non siete graditi fra di noi. Non avete alcuna sovranità sui luoghi dove ci incontriamo*».

Le condotte sfuggono al controllo del governo in ragione dell'anonimità e della multigiurisdizionalità che connotano il cyberspazio: è la stessa natura dello spazio digitale a rendere *irregolamentabile* il comportamento.

In tal senso sono rivelatrici le riflessioni di Johnson e Post, secondo i quali: «*Cyberspace radically undermines the relationship between legally significant (online) phenomena and physical location. The rise of the global computer network is destroying the link between geographical location and: (1) the power of local governments to assert control over online behaviour; (2) the effects of on line behaviour on individuals and things; (3) the legitimacy of a local sovereign's efforts to regulate global phenomena; and (4) the ability of physical location to give notice of which sets of rules apply. The Net thus radically*

¹⁷ L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, n. 113/1999, p. 508.

¹⁸ J.E. COHEN, *Cyberspace as/and places*, in *Columbia Law Review*, n. 107/2007, p. 218 ss.

¹⁹ T. WU, *Cyberspace sovereignty? – Internet and the International System*, in *Harvard Journal Law & Technology*, n. 3/1997, p. 658 ss.

subverts the system of rule-making based on borders between physical spaces, at least with respect to the claim that Cyberspace should naturally be governed by territorially defined rules»²⁰.

Il cyberspazio non sarebbe dunque uno spazio senza regole, bensì uno spazio distinto e diverso in cui le ormai delegittimate autorità pubbliche dei luoghi reali sono sostituite dagli utenti della Rete, che dettano per se stessi regole atte a realizzare i loro desideri e bisogni. Entrare nel cyberspazio, del resto, è un atto di volontà ben preciso che determina l'accettazione delle regole di Internet: «*No one accidentally strays across the border into cyberspace. To be sure, Cyberspace is not a homogenous place. Crossing into Cyberspace is a meaningful act that would make application of a distinct law of Cyberspace 'fair to those who pass over the electronic boundary'»²¹.*

Ad avviso dei sostenitori del *cyber-libertarianism*, la *governance* del cyberspazio si costruisce dal basso (*bottom-up*): a dettare le regole sono gli stessi utenti, legittimati proprio dall'utilizzo della Rete. La legge, infatti, intesa come «*thoughtful group conversation about core values»²²* persisterà, ma non potrà – e d'altro canto, nemmeno potrebbe – essere quella stessa applicabile a territori fisici e geograficamente definiti.

Presumere che l'architettura della Rete sarebbe fissata *by default* e il governo sarebbe incapace di adottare misure efficaci in grado di modificarla, rende in parte errata la credenza relativa all'architettura ontologica e normativa del cyberspazio.

Inoltre, a fronte di un approccio particolarmente attento alla struttura della Rete, essa non considera seriamente l'evidente ricaduta di tutte le attività che si svolgono *online* nel mondo reale²³.

Quando si visita il *cyberspace*, non si viaggia verso un luogo: anche nello spazio virtuale un comportamento antisociale è vietato e il soggetto che lo compie, ancorché *online*, resta soggetto alla diretta regolazione dello Stato di residenza²⁴.

Pur tuttavia, bisogna ammettere che la *self-regulation approach* del cyberspazio coglie una questione reale: la fonte primaria dello spazio in Rete rimane pur sempre un processo decentralizzato di adozione *volontaria* di standard tecnici da parte di operatori di rete (*Internet Service Providers*),

²⁰ D.R. JOHNSON, D. POST, *Law and Borders-the Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, n.48/1996, p. 1370, in www.cli.org/X0025_LBFIN.html.

²¹ Ivi, p. 1379.

²² Ivi, p. 1402.

²³ U. KOHL, *Jurisdiction and the Internet. Regulatory competence over Online Activity*, New York, 2007, p. 63.

²⁴ A. MURRAY, *Information Technology Law. The law and society*, Oxford, 2013, p. 56 ss.

piattaforme web (*Website Platforms*) e comunità degli utenti (*Virtual Communities*). L'esistenza di differenti sotto-comunità di utenti determina l'eterogeneità delle regole applicabili, tra loro antinomiche. Tali antinomie normative sono superabili mediante l'accesso ad altre e diverse aree della Rete da parte di coloro che non dovessero condividere un determinato corpo di regole vigente in un determinato Stato.

In accordo con l'approccio teorico-giuridico elaborato da Lawrence Lessig, si ritiene che l'architettura del cyberspazio non sia fissata *by default*, bensì in funzione del *design* (*rectius*: del suo *code*). Il *code* è mutevole: potrebbero essere il governo o il mondo delle multinazionali a determinarne una particolare evoluzione. L'architettura del cyberspazio è neutrale. Laddove le architetture del *code* incidono sui vincoli giuridici, questi finiscono per soppiantare anche i valori del diritto.

L'utilizzo dell'architettura per regolare la condotta implica la disarticolazione dei principi stessi su cui si fondano gli ordinamenti giuridici costituzionali contemporanei.

Si pensi ad un virus, tecnicamente un *worm*, che sia in grado di propagarsi a tutti i computer connessi in rete e che riporti alle forze dell'ordine l'eventuale presenza nella memoria fisica di un computer infettato di materiale in un qualche modo vietato, ad esempio immagini di pornografia infantile o piani di attacchi terroristici. Qualora il virus non trovi alcunché di rilevante, in base ai criteri di ricerca predeterminati, esso provvederà ad autodistruggersi. Qui il *code* rappresentato dal virus *worm* si atteggia come un vero e proprio agente morale.

Inoltre, per un sito che accetta il traffico utente, ogni richiesta di accesso ai contenuti è identica alle altre: l'architettura fondamentale del cyberspazio garantisce l'invisibilità alle caratteristiche dell'utente.

In tal senso, in un contesto specifico quale quello del cyberspazio, l'influenza dell'architettura sul diritto – e sul comportamento degli agenti – è particolarmente rilevante, forse più di altri ambiti.

In particolare, proprio a partire dalla chiave di lettura cibernetica, il rapporto fra diritto e architettura emerge come il perno centrale nella configurazione dei comportamenti possibili nel cyberspazio²⁵. Ciò non significa, peraltro, che in altri contesti l'architettura non sia uno strumento indispensabile di controllo, ma in un contesto digitale essa diventa un vincolo quasi pervasivo al comportamento²⁶.

²⁵ D. TAMBINI, D. LEONARDI, C. MARSDEN, *Codifying Cyberspace. Communications self-regulation in the age of Internet convergence*, London, 2008, p. 12 ss.

²⁶ M. GOLDONI, *Politiche del codice. Architettura e diritto nella teoria di Lessig*, in *Archivio Marini*, 2007, p. 5 ss.; consultabile in www.archiviomarini.sp.unipi.it/350/1/lessig.pdf.

Nel caso della proprietà intellettuale digitale, ad esempio, il *code* appare *sovrainclusivo* rispetto alla normativa giuridica: quest'ultima favorisce un'implementazione architettonica del *code* tale da favorire i detentori di cospicue percentuali di proprietà intellettuale, così esentando le multinazionali delle telecomunicazioni dalle responsabilità di servizio universale e condivisione delle reti. Nel campo del *copyright* l'architettura digitale, cioè il modo con cui le tecnologie disegnano *ex ante* lo spazio di comportamento degli utenti, ha progressivamente ristretto i margini di libertà (*fair use*) delle scelte individuali.

La società post-Internet determina un'intensificazione della normativa sul *copyright* digitale, posta a sostegno delle grandi imprese produttrici di contenuti digitali: la normativa, infatti, inizia a disciplinare minuziosamente i comportamenti dell'utente-cittadino-consumatore (c.d. *netizen*). Il diritto interagisce col *code* (*co-regulation*)²⁷, vietando sia l'aggiornamento delle protezioni tecnologiche sia la produzione di tecnologie finalizzate all'elusione delle protezioni medesime²⁸. L'architettura, rappresentata dal sistema numerico binario, diventa un vincolo fortissimo per l'individuo, massimamente invasiva delle sue capacità di azione: la proprietà digitale diviene proprietà mimetica dell'architettura (ogni utilizzo di un'opera creativa si trasforma automaticamente in una copia) e pone ora controlli e regole, influenzando su legge e mercato²⁹. Ad avviso di Lessig, d'ora in poi i controlli sull'accesso ai contenuti non saranno ratificati dai tribunali, ma verranno inseriti dai programmatori tramite il *code*. Diversamente dai controlli introdotti per legge, quelli inseriti dalla tecnologia non formano oggetto di verifica giudiziale³⁰. D'altronde, mentre la regola legislativa risulta verificabile e contestabile, altrettanto non può dirsi per la regola tecnologica³¹.

Lessig porta l'esempio del caso *Mattel, Inc. v. Cphack*³² per dimostrare

²⁷ T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2014, p. 13 ss.

²⁸ R. CASO, *L'“immoralità” delle regole tecnologiche: un commento alle teorie degli studiosi Burk e Gillespie*, in G. ZICCARDI (a cura di), *Nuove tecnologie e diritti di libertà nelle teorie nordamericane*, Modena, 2007, p. 38 ss.

²⁹ Ad esempio, il sistema delineato dal *Digital Rights Management* (DRM) impone di fatto clausole contrattuali e condizioni d'uso restrittive dell'utilizzo del bene digitale. Attraverso un controllo pervasivo ed invasivo della *privacy* del consumatore, è il titolare del contenuto, prima e più del legislatore, ad impostare i termini dell'equilibrio tra interesse economico proprietario e fruizione del contenuto.

³⁰ L. LESSIG, *Cultura libera: un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2007, p. 124 ss.

³¹ R. CASO, *L'“immoralità” delle regole tecnologiche: un commento alle teorie degli studiosi Burk e Gillespie*, cit., p. 43.

³² United States Court of Appeals, First Circuit. *Microsystems software inc v. Scandinavia*

come il software censorio *Cyber Patrol*, ideato dalla Mattel, presenti un'architettura di filtraggio, diretta a impedire l'apertura delle pagine dei siti ritenuti inadatti sul personal computer degli utenti. Quest'architettura estende arbitrariamente i limiti costituzionali del *copyright*, aggirando le garanzie approntate dal Primo emendamento e rendendo, perciò, vana la salvaguardia della *fair use clause*.

Nel caso *Cphack*, la Mattel controllava una società che vendeva *Cyber Patrol*, un software censorio che, in base a determinati contenuti, permetteva di bloccare siti internet.

Il *code* di *Cyber Patrol* non metteva, però, gli utenti in condizione di conoscere i siti e i contenuti bloccati; inoltre, conteneva specifici filtri preimpostati, che l'amministratore non avrebbe potuto autonomamente attivare o disattivare. Nel 1999 due programmatori, lo svedese Eddy Jansson e il canadese Matthew Skala, decisero di elaborare un programma che permettesse di superare i problemi posti da *Cyber Patrol* e di aggirare il *censor software* creato dalla Mattel.

Così, i due programmatori svilupparono *Cphack*, un programma che consentiva agli utenti di disattivare *Cyber Patrol* e di visualizzare, tramite la tecnica del *reverse engineering*³³, i siti bloccati dal censore.

Per tentare di eliminare il software *Cphack*, la Mattel reagì intraprendendo un'azione giudiziaria.

Dapprima aggiunse, alla lista dei siti bloccati dal *censor software*, gli indirizzi dei siti che mettevano a disposizione il programma di Jansson e Skala; successivamente, si rivolse alla Corte Federale statunitense e sporse querela contro i due programmatori e contro l'associazione per i diritti civili *Peacefire* che li sosteneva, chiedendo un'ingiunzione idonea a inibire la distribuzione del codice e la sua circolazione sul web. Mattel accusò Jansson e Skala di aver violato il *copyright*. Nell'atto depositato davanti ai giudici, l'azienda sosteneva che, sottoponendo a *reverse engineering* il codice di *Cyber Patrol*, i propri diritti d'autore erano stati violati: si trattava di una procedura posta in essere in violazione della licenza con cui il programma era venduto agli utenti. Per cui, l'uso di *Cphack* era illegale: pur essendo permesso dalla legge, esso risultava contrario alla licenza di vendita; benché nel caso di specie Jansson e Skala non avessero acquistato una copia di *Cyber Patrol*.

I giudici della *Seventh Circuit Court of Appeals* accolsero la richiesta della Mattel e, nello stesso giorno, emisero un'ingiunzione temporanea, finalizzata a far cessare la distribuzione del programma.

online AB, n. 00-1503, 27 september 2000.

³³ Il *reverse engineering* è una tecnica di decifratura in modo che il fruitore sappia che a una specifica sequenza di bit corrispondono lettere, parole e simboli (analogici).

Al di là delle modalità di risoluzione del caso (Mattel comprò i diritti di privativa di *Cphack!*), l'argomentazione addotta dalla Mattel si reggeva implicitamente sulla potenziale capacità del *code* di essere *sovrainclusivo* rispetto al diritto. Infatti, l'essenza del *copyright* consiste nel proteggere gli autori da potenziali furti: significa proteggere la Mattel, ad esempio, da chi dovesse rubare *Cyber Patrol*, per poi utilizzarlo senza averlo pagato. Solitamente, il *copyright* non è finalizzato alla protezione degli autori da critiche (*fair use*). Proibire la critica di quanto è stato fatto in passato non equivale a promuovere il progresso, ma questo era esattamente lo scopo per cui la legge veniva usata in questo caso. Affermare che un contratto, allegato al codice giuridico di *copyright*, bandiva un utente dal criticare il *code* (senza copiare alcunché dall'originale) equivaleva ad utilizzare la legge per limitare le critiche.

Se la legge sul *copyright* deve proteggere il materiale sotto *copyright* e, al contempo, anche il *fair use*, ne consegue che le leggi poste a tutela del *code* (ad esempio, la clausola antielusione prevista dal *Digital Millenium Copyright Act*), a sua volta preposto alla protezione del materiale sotto *copyright*, dovrebbero lasciare spazio al *fair use*. Il caso *Mattel vs Cphack* dimostra esattamente il contrario: il *Digital Millenium Copyright Act* ha permesso che il *code* desse origine a forme ibride di *enforcement*, che il codice legale del *copyright* non poteva garantire a causa dei vincoli imposti dalla Costituzione e dai principi del Primo emendamento.

4. Lex Informatica e fonti del diritto

In Internet il diritto è veicolato attraverso il mezzo tecnico: il *code* non è una legge e non è soggetto a limiti costituzionali, ma trova la sua copertura nella legge e funziona *de facto* come una legge, garantendo a volte maggiore efficacia. Il *code* è una delle inedite forme del *soft law*: una serie di atti, disomogenei quanto a origine e natura ma in vario modo giuridicamente rilevanti, benché privi di effetti giuridici vincolanti³⁴. È così che il *code* diventa legge: violare i controlli inseriti nelle tecnologie di protezione e di regolazione dell'accesso in rete equivale a violare *ex ante facto* la legge. L'evoluzione del "*code as law*" in "*code si law*" ha determinato un'anticipazione del momento esecutivo della sanzione. A ben vedere, non solo la tutela diviene preventiva (basata unicamente sulla sussistenza del

³⁴ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

duplice requisito del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*), ma viene aggirata la fase accertativa.

Gli schemi di controllo dei diritti digitali, ad esempio, possono inibire l'accesso al contenuto digitale dopo un certo numero di letture; possono controllare i luoghi nei quali il prodotto viene visualizzato; possono richiedere che il contenuto sia visto in un certo ordine, e così via³⁵.

È dunque evidente che la tutela preventiva approntata dal provider assuma funzione repressiva più che sanzionatoria, dimostrando come, sul web, la separazione dei poteri sia stata ampiamente superata in favore della titolarità di un unico soggetto che commina ed irroga la sanzioni, con notevole anticipazione della soglia della punibilità. Infine, occorre forse riflettere sull'ambivalente natura di questo genere di tutela: estremamente effettiva, ma scricchiolante sotto il profilo delle garanzie; infatti, non richiedendosi l'effettiva commissione di un illecito al fine di irrogare le sanzioni, ma solo un pericolo presunto di commissione del medesimo, lasciato alla valutazione discrezionale del provider, potrebbero sanzionarsi condotte anche prive di potenzialità offensiva: il *code*, dunque, diverrebbe un diritto finalizzato alla tutela di beni giuridici dal pericolo di lesioni, non più dal danno effettivo.

Le categorie giuridiche tradizionali si sgretolano sotto il peso delle continue innovazioni tecnologiche. Il diritto nel mondo digitale diviene tecnologizzato, assumendo caratteristiche del tutto peculiari rispetto a quelle assunte nel mondo reale. La tecnica digitale, di cui il *code* è un prodotto, viene assunta come disciplina dei rapporti digitali: il software ed i protocolli permettono la connettività alla rete, ma la loro essenza è una complessa sequenza di bit – zero e uno – che riduce le effettive possibilità per l'utente-cittadino-consumatore (c.d. *netizen*), che naviga nella Rete, di operare in maniera libera e consapevole.

Il diritto non insiste più su un territorio, ma agisce su una rete di relazioni, si plasma globalmente senza soluzione di continuità nell'unico vasto territorio virtuale che copre l'intero pianeta: Internet.

La Rete, che incide sulla configurazione delle fonti del diritto contemporaneo, è l'infrastruttura della globalizzazione.

Il diritto digitale segna irreversibilmente la crisi della sovranità dello Stato: la rigidità del diritto statale si rivela incapace di regolare le nuove modalità delle azioni umane; la destatalizzazione e la delocalizzazione producono un diritto flessibile, che si adatta al modello reticolare del

³⁵ L. LESSIG, *Il futuro delle idee*, Milano, 2006, pp. 181-184. Per un approfondimento sul caso *Cphack*, rinvio a G. ZICCARDI, *Libertà del codice e della cultura*, Milano, 2006, pp. 57- 62.

mondo digitale³⁶.

Sia a livello transnazionale sia a livello internazionale si è venuta a creare una rete di attori globali che concorrono alla creazione del diritto, così sottraendo la potestà legislativa agli Stati nazionali: realtà ormai troppo grandi per confortare la socializzazione primaria e insieme tragicamente troppo piccole per contenere le derive del *networking*³⁷.

Tra i fattori che hanno concorso all'erosione delle quote di sovranità statale figura la crisi del rapporto di identificazione tra stato e diritto «che ha portato ad assegnare al diritto un carattere territoriale (il territorio è il luogo della sovranità statale). Diversamente, nell'età della globalizzazione, la territorialità tende ad essere sostituita dalla categoria della spazialità. La spazialità è la categoria con la quale il diritto ha affrontato l'interconnessione»³⁸. A ben vedere, è la *Lex informatica* a fornire le regole tecniche per realizzare l'interconnessione, poiché la tecnologia attivata dal *code* garantisce una operazione *generativa* di spazio e una *virtualizzazione infinita* delle pratiche sociali.

Internet è il più grande spazio pubblico che il mondo abbia mai conosciuto, un multiverso artificiale di informazioni, uno spazio di vastità imperscrutabili, popolato da oggetti che vanno dalle particelle subatomiche (bit) a tentacolari superammassi di galassie (Google, Facebook, Instagram, ecc.). La confusione tra reti digitali di proprietà privata e spazio digitale pubblico, i molteplici significati di commercializzazione della Rete, l'estrema variabilità configurativa del web hanno fatto sì che il *code* si sviluppasse in modi diversi e sempre più legati alla privatizzazione. Gli utenti, ormai sempre più consumatori, sono diventati sempre meno partecipi dello sviluppo e della diffusione di idee³⁹. Come acutamente osservato da Saskia Sassen: «Prima del 1995 [...] l'architettura di Internet impediva lo *zoning*, ossia qualsiasi tecnica che faciliti la discriminazione degli accessi o la distribuzione di qualche bene o servizio. Ciò è cambiato con la tendenza a facilitare il commercio elettronico [...]. Ciò ha privatizzato lo sforzo di

³⁶ S. BERTEA, C. SARRA, *Dialettica del precedente. Appunti per una collocazione teorica dell'uso del precedente straniero*, in *Ars interpretandi*, n. 1/2016, p. 38.

³⁷ A. MICONI, *Reti. Origini e struttura della network society*, cit., p. 85.

³⁸ E. PARIOTTI, *La giustizia oltre lo stato: forme e problemi*, Torino, 2004, p. 42.

³⁹ Come osserva lucidamente Somma in merito alla *soft law* come dispositivo ordoliberales: «Si determina una armonizzazione delegata ad un processo competitivo, inesorabilmente destinata a far soluzioni dannose per i contraenti deboli e in prospettiva ad affossare le politiche sociali nazionali»; cfr. A. SOMMA, *Some Like It Soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in Id. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 167 ss.

disegnare regole per Internet»⁴⁰.

Tra il *provider* della struttura informatica e gli utenti si realizza un implicito baratto: l'utente che vuole utilizzare la piattaforma del provider e creare il suo spazio virtuale deve cedere i propri dati al provider proprietario della piattaforma.

Ciò comporta una vera e propria mutazione genetica del trattamento dei dati e della loro concezione, poiché essi entrano a fare parte di quella immensa rete di calcolo che è Internet, passando da componente fondamentale per la costruzione della *personalità digitale* dell'individuo a valore immateriale di scambio. Ogni informazione digitale è riproducibile a costi marginali: facendo un uso massiccio delle licenze a strappo (*Shrink-Wrap License*), in cui l'accettazione da parte dell'obbligato di tutte le previsioni opera come finzione, le *corporations* che detengono e difendono i diritti di proprietà intellettuale dal *fair use* trasformano le informazioni digitali in un "bene scarso" da cui trarre profitto.

I soggetti che operano in Internet e che possiedono fisicamente i server al cui interno è salvato il codice del software, successivamente offerto agli utenti, si atteggiavano quali piccole *nazioni digitali*, in cui si concentra un gran flusso del traffico dati.

La *costituzione digitale* di queste *cyber-nazioni* è rappresentata dalle condizioni generali del contratto⁴¹, vere e proprie clausole vessatorie, con cui i *sovrani digitali* stabiliscono unilateralmente le regole di comportamento da seguire all'interno dei firewall elettronici del proprio spazio web, nonché le modalità di trattamento dei dati personali immessi volontariamente nel loro database dall'utente al momento dell'iscrizione o produzione dei contenuti voluti.

5. Delocalizzazione e le giurisdizioni del cyberspazio

La Rete non conosce la localizzazione delle parti di una transazione *online*: non utilizza indirizzi localizzabili in un determinato territorio, non fu creata per l'identificazione geografica dei suoi utilizzatori, né la prevede. Internet fa uso di indirizzi che non hanno un collegamento con il mondo reale, ma che individuano gli utilizzatori del computer da qualche parte nel cyberspazio.

Si potrebbe controargomentare che tali indirizzi contengono informazioni

⁴⁰ S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008, p. 421.

⁴¹ Sulla privatizzazione dello spazio giuridico comune, cfr. A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007, p. 69 ss.

per la localizzazione geografica (paragonando in questo modo l'indirizzo IP alla targa di un'automobile del cui conducente non conosciamo l'identità⁴²), ma questa non è la regola; difatti, non c'è un rapporto necessario e logico tra un terminale (avente uno specifico indirizzo IP – *Internet Protocol*) e la persona. Si tratta, piuttosto, di un'eccezione rispetto ad una moltitudine di indirizzi (a volte statici, altre volte dinamici, altre volte ancora coperti per mezzo di *proxy server* o da *anonymous remailers*), che si limitano ad indicare solamente la tipologia del titolare della pagina web o il tipo di attività che questo svolge.

Nonostante le innumerevoli difficoltà poste dalla caratterizzazione transnazionale delle nuove tecnologie informatiche, in una conferenza tenuta all'Università di Chicago sul diritto del cyberspazio nel 1996 il giudice Frank Easterbrook affermò che come non vi era mai stato alcun bisogno di un diritto del cavallo, così non vi sarebbe stato alcun bisogno di ricorrere ad un sistema giuridico alternativo, creando un diritto del cyberspazio. Secondo il giudice Easterbrook, solo lo sforzo di parlare di un siffatto diritto avrebbe provocato confusione: infatti, i professori di diritto avrebbero fatto meglio a mettersi da parte, evitando in tal modo di rendersi protagonisti di una sorta di “*multidisciplinary dilettantism*”⁴³.

In tono provocatorio verso l'uditorio presente al congresso, egli affermò: *«I regret to report that no one at this Symposium is going to win a Nobel Prize any time soon for advances in computer science. We are at risk of multidisciplinary dilettantism, or, as one of my mentors called it, the cross-sterilization of ideas. Put together two fields about which you know little and get the worst of both worlds»*⁴⁴.

Continuò poi in termini perentori: *«And if I did know something about computer networks, all I could do in discussing “Property in Cyberspace” would be to isolate the subject from the rest of the law of intellectual property, making the assessment weaker»*⁴⁵.

Alla domanda “perché non ci dobbiamo occupare del diritto del cavallo, allo stesso modo in cui non ci dovremmo occupare del diritto del cyberspazio?”, il giudice Easterbrook rispose affermando che i corsi di diritto si dovrebbero occupare solo di istituti che possano illuminare l'intero diritto: perché scrivere un diritto del cavallo, quando esistono regole generali che si

⁴² F. CAJANI, *Internet Protocol. Questioni operative in tema di investigazioni penali e riservatezza*, in *Diritto dell'Internet*, n. 6/2008, p. 545 ss.

⁴³ F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 207, 1996, pp. 207-216.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ivi, p. 207.

occupano di proprietà, di *torts*, di transazioni commerciali e così via?

Il ragionamento del giudice dimostra che egli aderiva ad un approccio indicato con l'espressione "*Digital Realism*" (o "*Conservative Approach*"), che rappresenta tuttora il più importante metodo nello studio delle forme di regolazione del cyberspazio.

Cercherò di spiegare in che cosa sostiene quest'approccio e quali sono le ragioni che lo rendono debole e inidoneo a regolare Internet.

Sulla scorta delle riflessioni svolte da Lawrence Lessig in risposta al giudice Easterbrook, vorrei prima dimostrare, però, che è possibile riferirsi ad un principio metodologico generale che giustifica lo studio del diritto del cyberspazio, nonostante la particolarità di esso, al quale si legano questioni proprie tanto del mondo degli atomi quanto del mondo dei bit⁴⁶.

Detto principio generale riguarda i limiti del diritto come norma e le tecniche per eludere quei limiti. Tale elusione nello spazio reale e in quello cibernetico proviene dal riconoscimento della gamma di strumenti che una società possiede per stabilire costrizioni sul comportamento. Il diritto nel suo senso tradizionale, inteso come norma sanzionata, è solo uno di questi strumenti.

In base all'idea in generale della "nuova scuola di Chicago", il diritto può avere un effetto su questi ultimi, affinché essi impongano un comportamento stabilito e fungano essi stessi da strumenti del diritto. Ovviamente, la scelta fra gli strumenti dipende dalla loro efficacia. Ora, se concentriamo la nostra attenzione sulle regole inerenti il cyberspazio, è possibile osservare cose che altre aree non ci mostrerebbero.

Da un lato, questa metodologia ci permette di comprendere i grossi limiti in cui incorre il *Digital Realism*, laddove opera una perfetta simmetria tra accadimenti e comportamenti del mondo reale e quelli del cyberspazio; dall'altro, essa mette in luce gli esiti, spesso paradossali, a cui giunge la giurisprudenza nell'elaborare test o criteri di competenza giurisdizionale che allargano fittiziamente la territorialità anche su azioni, eventi e conseguenze la cui concretizzazione avviene in un *non-luogo* (principio di ubiquità, teoria del frammento del reato, ecc.): un *non-luogo* logico e concettuale, qual è il Web.

Il modello predisposto da Lessig comprende quattro "strumenti" in grado di intervenire direttamente o indirettamente sulla regolamentazione dei comportamenti.

Il primo di questi elementi viene dalla tradizione giuridica classica: il diritto rimane un elemento importantissimo per intervenire direttamente

⁴⁶ O. POLLICINO, *La 'transizione' dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion pratica*, n. 1/2015, pp. 53-82.

sui comportamenti.

Il secondo strumento di regolamentazione è costituito dalle norme, intese come norme sociali e morali, senza alcuna caratterizzazione giuridica.

Il terzo genere di vincolo al comportamento è costituito dal mercato: esso controlla l'accesso o la possibilità di compiere una determinata azione, in particolare attraverso i prezzi stabiliti, per ottenere un qualsiasi genere di bene o servizio.

Il quarto strumento di regolamentazione è l'architettura intesa in senso lato, ossia come organizzazione di uno spazio di qualsiasi genere attraverso l'utilizzo dei materiali che si hanno a disposizione. In un certo senso, l'architettura costituisce la "natura" di un contesto: l'elemento architettonico a volte può essere imm modificabile; più spesso, invece, può essere modificato per rivedere l'assetto organizzativo dello spazio interessato.

Ad esempio, il fatto, in sé banale, che una strada venga interrotta per il crollo di un ponte cambia il corso delle azioni umane; oppure la costruzione di una determinata architettura è coesistente ad una serie di valori e di scopi precisi. Così, per riprendere alcuni degli esempi proposti da Lessig, la ricostruzione di Parigi nel 1853, ordinata da Napoleone III, venne decisa nella consapevolezza che ampi *boulevards* avrebbero reso più difficile l'organizzazione delle rivolte.

I quattro *constraints* al comportamento vengono esercitati in maniera diversa a seconda dei contesti.

Inoltre, i primi due vengono di solito esercitati *ex post*, mentre gli altri due sono generalmente strumenti a cui si ricorre *ex ante*. Questi quattro vincoli possono influenzarsi a vicenda ed agire l'uno sull'altro. In ogni caso, la forza e la capacità regolative di ogni modalità variano a seconda di diversi fattori.

Soprattutto, l'efficacia di ciascuna modalità di controllo muta in accordo all'oggetto da regolare e le modalità esercitano pressioni diverse anche a seconda dell'ambiente nel quale questo viene disciplinato.

A prima vista, può sembrare un'analisi triviale, ma proviamo a pensare ad un semplice comportamento dipendente dall'architettura nell'era pre-Internet rispetto all'era post-Internet:

nello *spazio reale* la pornografia è tenuta fuori dalla portata dei minori; per essi è comunque difficile, anche se non impossibile, acquistare materiale pornografico, sia a causa delle leggi, che proibiscono la vendita di pornografia, sia a causa delle norme sociali, che impongono di evitare coloro che vendono pornografia ai minori, sia, infine, a causa del mercato, perché la pornografia è costosa.

Ecco il punto decisivo della questione: le regole dello spazio reale

dipendono da certe caratteristiche di *design*. Nello spazio reale l'età è un fatto immediatamente conoscibile: ovviamente un ragazzo potrebbe cercare di dissimularla, ma generalmente ciò non accade; infatti, all'adulto che vende o tratta pornografia è intuitivamente nota la minore età del ragazzo. Nello spazio reale l'autenticazione di sé consente facilmente di creare zone che rendono *off-limits* i contenuti osceni dell'espressione.

Nel cyberspazio, invece, l'età non è immediatamente conoscibile: quand'anche le stesse restrizioni di mercato, nonché le stesse leggi e norme sociali, trovasse applicazione al cyberspazio, ogni tentativo di istituire delle zone *off-limits* per la pornografia si scontrerebbe con la difficoltà concreta di accertare l'età.

In tal senso, l'architettura emerge come il perno centrale nella configurazione dei comportamenti possibili nel cyberspazio. L'architettura dell'informazione (di qualsiasi informazione, specie quelle a valenza precettiva) si pone come possibile collante fra i vari contesti di interazione uomo-informazione, da quelli fisici a quelli digitali e viceversa. La compenetrazione di questi ambienti sta avanzando a ritmi tali da rendere sempre più difficile, se non poco logico, distinguere tra diversi corsi d'azione possibili.

Di fronte a questi problemi, la risposta fornita dal diritto internazionale non è sicuramente sufficiente, né può servire a mascherare le tensioni generate dai principi generali del diritto dei singoli stati, i quali invocano l'esclusività delle proprie regole.

Nonostante ciò, il *Digital Realism Approach* afferma che Internet, quale sistema internazionale di comunicazione che unisce persone, istituzioni, società e governi⁴⁷, non esiste prima e indipendentemente dagli uomini. Internet, pur non essendo un'entità fisica, viene paragonato giuridicamente all'Antartide, considerata "*a jurisdictional no man's land*"⁴⁸. Non si tratta, in realtà, di spazi senza legge, ma dell'assenza di una potestà dominante⁴⁹. Le convenzioni internazionali ne disciplinano in ogni caso lo statuto ed in esse l'ordinamento giuridico internazionale è sempre presente per disciplinare la coesistenza delle differenti potestà attive nell'area.

Ecco che si affaccia di nuovo la pervasività della metafora *cyberspace as place*: dovunque l'uomo s'insedi, la sua attività viene attratta entro l'ambito di un ordinamento giuridico statale, la cui vigenza costituisce, quindi, un

⁴⁷ In tal senso, cfr. *United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 11 June 1996, ACLU v. Janet Reno*. Il testo integrale della sentenza è stato tradotto e commentato da V. ZENO ZENCOVICH, Corte Federale U.S.A. 11 giugno 1996, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 4/5, 1996, pp. 604 ss.

⁴⁸ T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Cedam, 1998, p. 5.

⁴⁹ Cfr. U.S. Supreme Court, 96 U.S. 511 (1997), *Reno v. ACLU*.

fatto ineliminabile; difatti, non può prospettarsi la tesi del vuoto normativo.

È proprio questo, invece, che manca alle attività o alle azioni su Internet: una regolamentazione transnazionale della giurisdizione che superi la visione classica, ormai inattuale e insufficiente, del diritto internazionale. Internet rinvia all'immagine di uno spazio virtuale, in cui la difficoltà risiede tanto nel definire le relazioni tra spazio reale e virtuale tanto nello stabilire come predisporre un diritto della Rete; esso, infatti, non può essere ancorato a uno spazio territoriale.

Spesso sulla base della sviante analogia tra attività *offline* e attività *online* si applica il diritto internazionale privato: questo succede ad esempio relativamente alle transazioni *online*. Ma ancora una volta, appena si tenta di applicare la regola secondo la quale le persone domiciliate in uno degli stati contraenti indipendentemente dalla loro nazionalità saranno sottoposte alla giurisdizione dello stato del loro domicilio, ci si accorge che questo test non vale per Internet, la cui indeterminatezza geografica pare chiaro che la parola "domicilio" poco si addice al mondo di Internet.

D'altronde, le *corporations* che operano su Internet utilizzano appieno l'autonomia contrattuale ad esse concessa dalla maggior parte degli ordinamenti; si pensi, ad esempio, agli ISP (*Internet Service Provider*)⁵⁰. Sono diventate ormai comuni le cosiddette *Choice of Forum Clauses*, cioè clausole inserite nei contratti da stipularsi *online*, che individuano a priori la Corte competente per le eventuali controversie tra le parti contrattuali.

Ad esempio, la maggior parte degli ISP include unilateralmente nei propri accordi di servizio le clausole relative al *locus fori*; tuttavia, molte attività in Internet non sono commerciali od orientate alle transazioni e la scelta unilaterale *by default* delle clausole sulla competenza giurisdizionale non può riguardare problemi emersi su network aperti e non derivanti da attività non commerciali. Il rischio è quello di una privatizzazione assoluta del governo della Rete e la giurisprudenza non indica ancora quali percorsi giurisdizionali intraprendere per risolvere la vera scelta delle controversie giuridiche originate da tali attività⁵¹.

Il consenso giurisprudenziale a favore della metafora "*cyberspace as place*" è, dunque, all'origine di una prassi su questioni di giurisdizione per attività illecita su Internet, contrattuale ed extracontrattuale, che si è rivelata nel tempo ondivaga, sviante e, spesso, paradossale o impossibile da applicare.

⁵⁰ O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2014, p. 45 ss.

⁵¹ Sul tema della responsabilità giuridica degli ISP, si veda V. ZENO ZENCOVICH, *I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1999, pp. 1050 ss.

Non essendo possibile affrontare approfonditamente in questa sede la ricca casistica giurisprudenziale, mi limiterò ad alcune osservazioni randomizzate⁵², tese a dimostrare le numerose criticità causate dall'applicazione del criterio analogico tra azioni illecite offline e azioni illecite online in materia di illeciti transfrontalieri extracontrattuali commessi attraverso Internet.

Al fine di individuare un sistema risolutivo del possibile conflitto di giurisdizione tra vari Paesi astrattamente competenti per la decisione della controversia, nell'ipotesi di illeciti commessi *online* la giurisprudenza statunitense ha elaborato tre criteri alternativi⁵³:

- 1- lo *sliding scale test* o *Zippo test*, che ha riformato il primo test utilizzato dalle Corti federali, ossia quello del *minimum contact*;
- 2- l'*effects test*;
- 3- il *targeting test*.

L'antecedente dei "*long-arm statutes*" è rappresentato dal test del *minimum contact*, preso in considerazione dalle Corti statunitensi ben prima dell'avvento di Internet: nel caso *International Shoe Co. v. Washington*⁵⁴ la presenza continua, sostanziale e sistematica di un soggetto non residente nell'ambito di una determinata giurisdizione statale determinerebbe la competenza territoriale della Corte di quello Stato, benché non formalmente residente in quel determinato territorio. La presenza costante, sostanziale e sistematica costituirebbe l'elemento sufficiente e necessario (il *minimum contact*) di individuazione dell'autorità giurisdizionale territorialmente competente, a condizione che l'esercizio della giurisdizione non contravenga alle nozioni tradizionali di ragionevolezza e di giustizia materiale in conformità al *Due Process Clause*.

L'applicazione del *minimum contacts test* alle transazioni effettuate *online* è stata discussa a lungo, portando la giurisprudenza ad abbandonare la distinzione tra *jurisdiction in rem*, *in quasi rem* e *in personam* e a sostituirla con quella tra *general and specific jurisdiction*: la prima ricorre per i contatti intercorsi tra il convenuto e il *locus fori*, senza aver riguardo alla natura delle transazioni; la seconda, invece, ricorre quando è necessario valutare la connessione tra i fatti su cui è fondata la *cause of action* invocata dall'attore

⁵² Anche se ormai datata, un'utile panoramica si trova in P. LONGHINI, *Internet nella giurisprudenza*, Milano, 2003.

⁵³ Per un'analisi accurata della giurisprudenza americana in tema di giurisdizione digitale si rinvia a A. THIERER, C.W. CREWSJR., *Who Rules the Net? Internet Governance and Jurisdiction*, Washington, 2003.

⁵⁴ U.S. Supreme Court, 326 U.S. 310 (1945), *International Shoe Co. v. Washington*.

e il *locus fori*.

Alla luce delle condizioni previste dal *Due Process Clause*, i due comparatisti Von Meheren e Trautman, che avevano rilevato la necessità di abbandonare la distinzione tra competenza *in rem* e competenza *in personam*, ebbero gioco facile a preconizzare che la Corte Suprema aveva imposto sul *minimum contacts test* una successiva evoluzione giurisprudenziale, la quale avrebbe condotto ad abbandonare il criterio della *general Jurisdiction*⁵⁵.

Il test del *minimum contacts* venne dunque successivamente declinato in modi differenti rispetto a quello applicato al caso *International Shoe*.

Nel 1996 il criterio venne perfezionato con una versione conosciuta come *sliding scale test*: nel caso *Zippo Dot Com* la Corte si soffermò sulla questione di *jurisdiction* e, più precisamente, sulla competenza della Corte della Pennsylvania nei confronti di Zippo, non residente nel territorio della Pennsylvania. In quell'occasione, la Corte ritenne che l'attività di commercio elettronico della Zippo soddisfacesse la rinnovata versione del test del *minimum contact*, basandosi sulla capacità e sull'estensione qualitativa dell'interattività del sito della stessa nel *locus fori*.

Questa variante del *minimum contacts test* richiedeva la verifica circa la sussistenza dei seguenti requisiti: quantità dei contatti del soggetto agente, natura e qualità dei contatti medesimi, connessione fra la causa dell'azione ed i contatti, interessi dello Stato nell'affermare il foro di competenza e convenienza dei soggetti.

Una seconda variante del *minimum contacts test* era già stata introdotta nel 1984 dalla Corte Suprema nel caso *Calder v. Jones*⁵⁶, la quale, elaborando l'*effects test*, riconobbe la competenza dello Stato della California nei confronti di un convenuto della Florida, poiché l'azione lesiva dei diritti dell'attore – nel caso di specie, la pubblicazione di un articolo lesivo – aveva dispiegato i propri effetti in misura rilevante nello Stato in questione, dove la rivista su cui era stato pubblicato era maggiormente diffusa. Si sostenne che la competenza spettasse a quel foro, in quanto la condotta del convenuto era stata intenzionalmente ed espressamente indirizzata verso la California.

Le criticità del *minimum contacts test* e delle sue successive varianti (*sliding scale test* e *effects test*) sono il prodotto dell'ossessivo sforzo di territorializzare il criterio dell'azione in Internet: l'architettura di Internet farebbe scontare un inconveniente alle azioni di immissione e di ricezione dei dati in rete, il quale sarebbe in grado di paralizzare l'effettività di quei criteri; infatti, attraverso la scelta del luogo di immissione dei dati o del

⁵⁵ A.T. VON MEHEREN, D.T. TRAUTMAN, *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, in *Harvard Law Review*, 79, 1966, p. 1121 ss.

⁵⁶ U.S. Supreme Courts, 465 U.S. 783 (1984), *Calder v. Jones*.

server in cui metterli inizialmente a disposizione dei destinatari o del pubblico, si consentirebbe all'agente di scegliere la legge applicabile.

Più precisamente, l'*effects test* non funziona affatto: l'architettura di Internet rende facile alle persone nascondere la loro identità e la loro posizione; sulla base dell'architettura computazionale, è quindi impossibile pensare di basarsi sull'identità dell'agente al fine di valutare l'attività di servizi fornita dai siti.

Stessa sorte anche per *Zippo test*, che si fonda sulla natura interattiva del sito. Il problema è che il concetto di interattività rimane vago e ambiguo: quanta e quale interattività è condizione sufficiente per determinare la competenza? È ancora tecnicamente possibile suddividere i siti web in passivi ed interattivi? Il test Zippo non è nemmeno in grado di limitare il numero delle giurisdizioni concorrenti: una volta che un sito web è sufficientemente commerciale ed interattivo al di là di un'ipotetica e improbabile soglia fissata dalla Corte, la competenza può essere potenzialmente stabilita per ogni Stato. Decidere dove una *corporation multi-forum* è danneggiata è un problema insolubile in Internet.

Per ovviare ai difetti palesati da *Zippo test* e da *effects test*, si è pensato allora di elaborare un ulteriore test di determinazione della giurisdizione, indicato con l'espressione *targeting test*. Questo test, che presenta "qualcosa in più" rispetto ai primi due, è soddisfatto quando il convenuto ha tenuto un comportamento illecito verso l'attore, nella consapevolezza che quest'ultimo risiedeva nello Stato del foro competente. In pratica il convenuto, al fine di raggiungere un preciso obiettivo, ha tenuto dolosamente un'attività elettronica illecita direttamente nello Stato del foro: egli ha l'intenzione di esplicitare detta attività nello Stato competente a giudicare i conflitti che sorgono con le controparti e che ivi risiedono. Il convenuto ha volutamente diretto i propri atti verso il *locus fori*, avvalendosi della legislazione di questo e azionando un sito interattivo nello Stato del foro.

In questo modo, sulla base della verifica della sua intenzione di produrre effetti illeciti diretti *online* nello Stato del foro medesimo, il *targeting test* darebbe maggiore certezza circa la determinazione della competenza giurisdizionale⁵⁷.

⁵⁷ Si veda in proposito il caso *People v. World Interactive Gaming* 714 NYS 2d 844 (1999). In Europa il *targeting test* è stato utilizzato per decidere il caso *The LICRA v. Yahoo! France (Nazi memorabilia)* del 22 maggio 2000. Il giudice francese ha riconosciuto competenza alla Corte parigina, essendosi il danno prodotto in Francia (nonostante l'azione lesiva sia avvenuta in California); in base all'articolo 5 della Convenzione di Bruxelles, in materia di illecito civile è competente il giudice del luogo di verificazione dell'evento dannoso. Esso (cioè la predisposizione di contenuti illeciti caricati sul server, in particolare immagini

A ben vedere, però, anche questo test presenta il difetto della prevedibilità del foro competente: i tribunali possono comunque ignorare completamente i criteri giurisdizionali generalmente accettati e applicare semplicemente il diritto del forum alle controversie legate a Internet; inoltre, rispetto all'architettura di Internet il *targeting test* è di fatto impraticabile: può un sito essere considerato in grado di avere un effetto diretto sul territorio di uno Stato, solo perché non ha messo in pratica delle azioni che prevenissero l'accesso al sito da parte di utenti del territorio dello Stato competente?

Diversamente dall'approccio statunitense, sia in sede nazionale sia in sede europea si è consolidato il principio dell'ubiquità giuridica, in forza del quale l'illecito si considera commesso sul territorio statale non solo quando su di esso si sia verificata in tutto o in parte l'azione o l'omissione, ma pure quando su di esso si sia verificato l'evento che ne è conseguenza.

Più precisamente, il principio di ubiquità, oggi accolto in Europa dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici, che dà pari rilievo al luogo di verifica dell'evento e a quello del compimento dell'azione, fu accolto anche dalla giurisprudenza statunitense e indicato con l'espressione *mosaic theory* nel caso *Playboy Ent. Inc. c. Chuckleberry Publ. Inc.*⁵⁸. Una Corte statunitense ha ritenuto di poter ordinare al gestore di un servizio localizzato su un *server* italiano, ma accessibile anche da parte di utenti americani, di non utilizzare più il marchio Playmen, in quanto contraffazione del marchio Playboy. La Corte statunitense ha, però, riconosciuto di non avere giurisdizione per ordinare la chiusura del sito in Italia ed ha quindi limitato la condanna al pagamento delle somme che il convenuto ha percepito dalla sottoscrizione di abbonamenti per gli utenti americani e all'obbligo di rifiutare qualsiasi richiesta di abbonamento proveniente dagli U.S.A.

In ambito europeo viene in rilievo la sentenza della Corte suprema tedesca sul *Caso CompuServe, Amtsgericht München del 28 maggio 1998*⁵⁹: il luogo nel quale si trova il server contenente i dati illeciti basterebbe in ogni caso ad individuare il *locus commissi delicti*, anche se diverso dal luogo in cui è avvenuta la prima memorizzazione o da quello della successiva produzione di effetti lesivi nel pubblico di destinatari.

inneggianti al nazismo) si era verificato in California, dove il server aveva la propria sede. Ma il danno (la visualizzazione del contenuto) si era prodotto anche in Francia, dove le associazioni che difendono la memoria dell'Olocausto sono legittimate ad agire. Si noti che il giudice parigino ha limitato alla Francia gli effetti dell'inibitoria.

⁵⁸ *Playboy Enterprises, Inc. v. Chuckleberry Publishing, Inc.* 1996 WL 337276 (S.D.N.Y. June 19, 1996).

⁵⁹ *CompuServe* (1995) 8340 Ds 465 Js 173158/95 (*Amtsgericht München* 28/05/1998, Felix Somm).

La sentenza ha dimostrato l'estrema difficoltà di considerare separatamente il comportamento posto in essere in un singolo territorio statale rispetto a quello di chi attiva e gestisce il server in altro Stato, sul quale il materiale incriminato sia stato immesso originariamente, memorizzato e reso poi disponibile agli utenti.

La questione è stata risolta nel senso *dell'estesa nozione di luogo* così come previsto dal principio di ubicuità giuridica, la c.d. *Ubiquitatis theorie*, alla cui stregua si considera indifferentemente come luogo del fatto sia quello dell'azione od omissione sia quello dell'evento. In questo modo, il luogo nel quale si trova il server contenente dati illeciti basterebbe in ogni caso ad individuare il *locus commissi delicti*, anche se diverso dal luogo in cui sia avvenuta la prima memorizzazione o da quello della successiva produzione di effetti lesivi nel pubblico del destinatario, potendo rappresentare sia il luogo dell'azione, od almeno di quella sua parte consistente nella memorizzazione, riproduzione e trasmissione dei dati mediante il server medesimo, sia quello dell'evento, dato che tramite l'accesso ad esso da parte degli utenti si realizzerebbe anche la diffusione dei contenuti illeciti, se non anche la produzione degli effetti lesivi o della situazione di pericolo prevista dalla fattispecie.

Il criterio dell'ubicuità trova particolare applicazione nell'ambito dei reati commessi in Internet.

In Italia, il principio di ubicuità è previsto dal comma 2 dell'art. 3 del codice penale ed è considerato il contraltare del principio di territorialità previsto dal comma 1.

Analizzando un caso di diffamazione commessa a mezzo Internet, la Cassazione ha fatto ricorso al principio di ubicuità: con sentenza n. 4741 del 17 novembre 2000 ha stabilito che il magistrato italiano può intervenire anche nel caso in cui l'immissione nel web di immagini o frasi lesive della dignità o dell'onore di un cittadino italiano avvenga all'estero⁶⁰. I giudici hanno considerato la diffamazione *online* un reato di evento e hanno affermato che l'elemento psicologico del reato sussiste anche se un soggetto diverso dall'agente o dalla persona offesa clicca sul sito incriminato e visualizza il contenuto diffamatorio. Si giustifica l'applicazione del principio di ubicuità in base a questo assunto: il reato si considera commesso nel territorio italiano non solo quando su di esso sia stata compiuta, in tutto o in parte, l'azione o l'omissione, ma pure quando su di esso si verifichi l'evento che ne è conseguenza. La magistratura italiana può perseguire i delitti contro l'onore anche quando l'*iter criminis* sia iniziato all'estero per mezzo di Internet.

⁶⁰ Cass. pen., Sez. V, 27 dicembre 2000, n. 4741.

Eppure, nella diffamazione *online* sono ipotizzabili sia il tentativo sia il reato impossibile: l'evento non si verifica, in quanto il sito non viene visualizzato da alcuno; l'azione è inidonea, perché il messaggio non è stato immesso in rete. Ciò implica che si sarebbe dovuto considerare quale luogo di verifica dell'evento offensivo quello in cui il primo cybernauta sia giunto a percepire la notizia diffamatoria.

La Corte, invece, ritiene che si integri il reato *de quo* in relazione agli effetti del discredito che derivano dall'offeso danneggiato nel suo ambiente, non richiedendosi la prova che il visitatore abbia letto la specifica notizia e assumendo rilevanza il mero accesso al sito; la prova della visita del sito da parte di utenti è facilmente accertabile.

In conclusione, allo stato attuale è inevitabile assistere ad una moltiplicazione degli ordinamenti che possono e devono perseguire un illecito commesso in Internet, sia pure in modi e tempi diversi, quando risulti violata la loro legge.

Ma la natura stessa della Rete è causa dell'emergere di numerose criticità. Solo per citarne alcune:

- 1- Il principio di ubiquità nel caso di specie non esclude una pluralità di fori tutti egualmente competenti;
- 2- Compressione del principio del giudice naturale ex art. 25 Cost. con un effetto penalizzante per il danneggiato, la cui libertà di scelta viene completamente soppressa;
- 3- La natura della Rete conduce a situazioni paradossali: non vigendo in ambito sovranazionale il principio del *ne bis in idem*, l'estensione ubiquitaria della territorialità (la finzione di avere un *locus commissi delicti*) non salva lo stesso soggetto dall'essere potenzialmente chiamato a rispondere del medesimo reato di fronte ad autorità giudiziarie di stati diversi;
- 4- Difficoltà insormontabili per identificare i terzi che hanno percepito il reato (pur avendolo classificato quale reato di evento) come seconda persona,
- 5- Presumendo che il momento della consumazione sia legato all'immissione in Rete del messaggio, viene a prodursi una perfetta coincidenza tra condotta ed evento, che priva quest'ultimo di ogni rilevanza fino ad imporre l'individuazione del *locus commissi delicti* nel luogo ove è stata realizzata la condotta.

Anche nei casi di violazione dei diritti di proprietà intellettuale, il problema della delocalizzazione si presenta quale maggiore ostacolo. La

giurisprudenza ha affrontato la questione con riguardo alle condotte, chiarendo che la localizzazione del sito all'estero non fa venir meno la giurisdizione del giudice nazionale quando una parte della condotta illecita concorsuale sia avvenuta nel territorio dello Stato. È irrilevante che la frazione di condotta, considerata ai fini della valutazione della giurisdizione, possa considerarsi mero tentativo. Condotte quali quella di "immissione di files" in Rete, così come quella di diffusione, sono suscettibili di essere localizzate all'interno di uno specifico territorio. Anche laddove il *server* in questione fosse posizionato al di fuori dei confini della giurisdizione, una frazione della condotta potrebbe considerarsi compiuta all'interno del territorio di competenza. Tali principi permetterebbero la riassunzione, di fattispecie potenzialmente frazionabili tra diverse competenze, in unico foro. Ne discende, quindi, la volontà di tutelare la parte debole, ovvero il danneggiato, garantendogli una maggiore tutela per mezzo di un riequilibrio della propria posizione, alquanto sbilanciata: altrimenti, egli dovrebbe rincorrere i diversi fori competenti sulla base di una quanto mai complessa individuazione di un univoco ed esclusivo *locus commissi delicti*.

Anche nel caso di specie, le criticità sono le stesse rilevate sopra e il problema generale rimane intatto: al di là della tipologia dell'illecito in oggetto (download o immissione illecita di files), la finzione dell'ubiquità rende davvero effettiva la tutela della vittima? O si predica l'effettività solo perché la finzione evita la disseminazione di diversi fori competenti? Ci sono ragioni solide per asserire che il principio di ubiquità garantisce il raggiungimento di una tutela effettiva?

Nonostante la volontà di creare un "codice per Internet" sotto l'egida dell'UNCITRAL e nonostante la volontà di sviluppare un diritto consuetudinario fondato sui principi dell'arbitrato internazionale (alla maniera della nuova *lex mercatoria*), l'attuale sistema giuridico generale dimostra ancora la sua incapacità di fondare una giurisdizione per Internet tecnicamente separata dal *nomos* della terra.

6. Internet e soft law

Diventa essenziale individuare la fonte normativa più adeguata per disciplinare questi fenomeni: deve trattarsi di una fonte negoziale o di una fonte autoritativa? E, in questa seconda ipotesi, a quale livello deve collocarsi

tale fonte⁶¹?

Questo contributo muove da un semplice assunto: la tecnologia inevitabilmente esercita un condizionamento «non soltanto sulla modalità di trasmissione delle informazioni, ma anche su scelte che condizionano inevitabilmente la disciplina del rapporto, assurgendo a fonte di vero e proprio *rulemaking*»⁶².

Il *code* produce la *trasduzione* della legislazione e delle relative forme di tutela giurisdizionale in uno spazio giuridico elettronico concettuale o logico; ciò non significa, però, che “gli Stati siano impossibilitati a regolare il cyberspazio. Significa viceversa che l’unica capacità di regolamentazione [*e di una conseguente efficace giurisdizione*] che essi hanno è quella di intervenire sul codice e sull’architettura del sistema”⁶³.

Il ruolo delle attuali tecnologie nel determinare possibilità o forme di *governance* o di coordinamento diviene, dunque, una questione importante⁶⁴.

I vantaggi della risposta tecnica sono dovuti alla mancanza di confini territoriali, così consentendo elasticità delle regole ed autocontrollo. La coercibilità delle regole volontariamente assunte è garantita dalla forza vincolante del contratto, che è legge tra le parti⁶⁵.

In questo senso, Johnson e Post sostengono che le reti elettroniche transnazionali creino un insieme di giurisdizioni diverse da quelle statali, dotate di base territoriale: è poco sensato cercare di replicare per Internet le forme di regolazione degli Stati, rendendosi piuttosto necessario un diritto emergente e decentrato, ma convergente verso norme comuni per il coordinamento reciproco⁶⁶.

Ciò determinerebbe una sorta di *federalismo elettronico*: una pluralità, per le differenti sotto-comunità di utenti, di regole applicabili, che generano antinomie superabili mediante l’accesso ad altre e diverse aree della Rete da parte di coloro che non dovessero condividere un determinato corpo di regole.

Per Reidenberg e Lessig, che pongono invece l’accento sulla questione tecnologica, Internet è un ambiente regolato dagli *standard* e dai vincoli

⁶¹ C. ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di internet tra diritto statale, auto-disciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006, p. 9.

⁶² Ivi, pp. 14-5.

⁶³ M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell’era digitale*, Torino, 2012, p. 24.

⁶⁴ D. LEHMKUHL, *The Revolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts. A Case Study on Regulation beyond the Nation-State and Related Problems*, in *ZeitschriftFürRechtssoziologie*, 1, 2002, pp. 61-78.

⁶⁵ D.R. JOHNSON, D.G. POST, *And How Shall the Net Be Governed? A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law*, 1997; in www.cli.org/emdraft.html.

⁶⁶ D.R. JOHNSON, D. POST, *Law and Borders-the Rise of Law in Cyberspace*, cit., p. 1370 ss.

incorporati nei *software* e negli *hardware*. Reidenberg condivide con Lessig l'opinione secondo cui Internet è destinata a minare ogni *governance* regolatoria basata sul territorio⁶⁷: gli standard tecnici e la loro capacità di stabilire regole limite di default hanno creato e continuano a creare nuovi modelli e fonti di norme negli ambienti delle reti.

Reidenberg nota come, attraverso una precisa configurazione di sistema⁶⁸, queste nuove architetture tecnologiche offrano ai governi una scelta sulle regole del flusso di informazioni.

La *Lex informatica*, intesa come insieme delle regole imposte dalla tecnologia per i flussi informativi e per le reti di comunicazione, diventa un sistema di regole parallelo, concorrente e a volte sovrastante le regole giuridiche⁶⁹.

Reidenberg, nel suo seminale articolo sulla *Lex Informatica* pubblicato dalla *Texas Law Review* nel 1998, schematizza il confronto tra la regolazione giuridica e la *Lex informatica*⁷⁰:

	Legal Regulation	Lex Informatica
Framework	Law	Architecture standards
Jurisdiction	Physical Territory	Network
Content	Statutory/ Court Expression	Technical Capabilities Customary Practice
Source	State	Technologists
Customized Rules	Contract	Configuration
Customization Process	Low Cost; Moderate cost Standard form High cost negotiation	Off-the-shelf Configuration; Installable Configuration User choice
Primary Enforcement	Court	Automated, Self-execution

J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica*. 1998, 566.

⁶⁷ J.R. REIDENBERG, *Lex informatica: the Formulation of Information Policy Rules through Technology*, in *Texas Law Review*, 3, p. 571.

⁶⁸ Ivi, pp. 553-593.

⁶⁹ H.H. PERRITT, *Jurisdiction in Cyberspace*, in *Villanova Law Review*, 1, 1996, p. 41 ss.; J. HUGHES, *The Internet and the Persistence of Law*, in *Boston College Law Review*, 44, 2003, p. 359 ss.; A. MURRAY, *Information Technology Law. The law and society*, cit., p. 9 ss.

⁷⁰ J.R. REIDENBERG, *Lex informatica: the Formulation of Information Policy Rules through Technology*, cit., p. 566.

Come emerge dalla tabella, nel caso della regolazione giuridica il quadro normativo è rappresentato dalla legislazione mentre nel caso della *Lex informatica* è composto dalle architetture tecnologiche e dagli standard di rete.

Avendo riguardo alla regolamentazione giuridica, la giurisdizione è statale, territoriale e geopolitica, mentre, per la *Lex informatica*, essa è rappresentata dal network e dalle informazioni filtrate e regolate dai codici informatici, da una rete spaziale che travalica i confini geo-giuridici degli Stati.

Se il contenuto della regolamentazione giuridica consiste in norme e sentenze, quello della *Lex informatica* consiste nella capacità tecnica del codice di prestabilire quali attività possono compiere gli utenti della rete.

La fonte normativa, nel caso della regolamentazione giuridica, è il legislatore; nel caso della *Lex informatica*, invece, a costituire la fonte del codice è il programmatore informatico. Condotte e norme sono sempre più incluse nei dispositivi, nelle applicazioni e negli spazi web quale frutto della configurazione dei programmatori: nessun costruttore di *device* incorpora nella sua applicazione meccanismi per farla violare, mentre le regole giuridiche non impediscono la facoltà di poterle disobbedire⁷¹.

L'autonomia delle regole prescelte e decise per la regolamentazione giuridica si esplica nei contratti, nei negozi giuridici e negli accordi negoziali, lasciati tutti alla libertà delle parti secondo il principio dell'autonomia contrattuale e sanzionati secondo il criterio *ex post facto*; diversamente, per la *Lex informatica* essa si riduce drasticamente a regole tecniche, a configurazioni già preimpostate – *ex ante facto* – dai programmatori informatici e a clausole vessatorie unilaterali, che rendono una finzione la libertà negoziale degli utenti.

Nell'ambito della regolamentazione giuridica la personalizzazione e l'autonomia dei processi e dei procedimenti sono rappresentate dal *low cost*, dal costo moderato, dalle forme di contrattazione standard e dall'alto costo di negoziazione; nell'ambito della *Lex informatica* esse consistono nella configurazione installabile, nella scelta dell'utente e nel flusso personalizzato delle informazioni al momento dell'installazione di un programma.

La forza di legge, per la regolamentazione giuridica, è data e assicurata dalle corti e dai tribunali che intervengono, seppur con tempi procedurali dilatati e in qualità di soggetti terzi e imparziali, su domanda di parte; nel caso della *Lex informatica*, invece, per effetto della capacità di elaborazione delle informazioni, l'implementazione della forza di legge è *automatizzata*

⁷¹ M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham, 2015, p. 12.

e contiene già in sé la soluzione. In questo senso la tecnologia digitale condiziona non solo la trasmissione di informazioni ma anche la disciplina dei rapporti intersoggettivi: «l'*enforcement* giuridico è incorporato nella scrittura di un codice che rende eseguibili algoritmicamente le clausole contrattuali»⁷².

Come risulta chiaramente dalla tavola di Reidenberg, il provider esercita congiuntamente funzioni che, nel mondo reale, sono assimilabili sia a quella legislativa sia a quella giurisdizionale. L'elisione di quella che, in un giudizio ordinario, potremmo definire "fase istruttoria", rende i provvedimenti assunti dal provider nei confronti dell'autore dell'illecito più simili a provvedimenti cautelari, basati esclusivamente sul *periculum in mora* e sul *fumus boni iuris*.

7. Conclusione

Internet è, perciò, sia un insieme di norme sia una struttura dalla logica interna fondata su regole tecniche. Dal punto di vista giuridico, Internet non è un soggetto; la realizzazione dei vari rapporti telematici in Rete richiama, secondo la *vulgata* corrente, l'immagine di un *luogo* dove si instaurano relazioni commerciali, personali o in cui vengono commessi atti illeciti.

La strategia dei tribunali è quella di "vedere ed aspettare", nella convinzione che il sistema di Internet non esisterebbe prima delle azioni e dei comportamenti degli uomini (*cyberspace is not extraterritorial*⁷³), ritenendo che si debba attendere per osservare lo sviluppo del network in molti contesti differenti quali il commercio, la pornografia, la privacy e la tassazione.

Si tratta di un errore fatale: organi legislativi e giurisdizionali dimostrano di non aver compreso che il sistema tecnico ha invaso la totalità del vissuto e l'intera pratica sociale; difatti, la relazione con il sistema tecnico è immediata (o de-medializzata). Ormai i *pattern* culturali sono divenuti semplici riflessi dell'ambiente tecnico: è ciò che McLuhan intese esprimere con la celebre formula: «*The medium is the message*»⁷⁴.

Anziché arroccarsi a difesa della metafora *cyberspace as place* occorre programmare le tecnologie computazionali affinché siano funzionali ad un

⁷² C. ACCOTO, *Il mondo dato. Cinque brevi lezioni di filosofia digitale*, Milano, p. 106.

⁷³ A. ETZIONI, *The Limits of Privacy*, New York, 1999, pp. 96-99.

⁷⁴ J. ELLUL, *Il sistema tecnico. La gabbia delle società contemporanee*, Milano, 2004, p. 59.

controllo portato dall'interno dell'infrastruttura⁷⁵.

Finché i regolatori pubblici continueranno a immaginare una perfetta simmetria tra azioni *offline* e azioni *online*, nessuna normazione preventiva risulterà efficace⁷⁶: il confine tra *offline* e *online* potrà risultare netto solo agendo sulle scelte di *design* delle *regole virtuali* su Internet⁷⁷.

Al fine di bilanciare i limiti e le possibilità del comportamento nel cyberspazio, la sfida normativa consiste dunque nel realizzare una continua interazione tra regolazione statuale o sovranazionale e l'architettura del *code*.

In questo senso e contrariamente a quanto evidenziato in materia di *copyright* dei beni intangibili, la natura preventiva (*ex ante facto*) del *code* potrebbe seguire un percorso inverso, cioè quello dell'incorporazione nelle regole informatiche di valori giuridici condivisi.

In questo modo, il *code* diventa *sottoinclusivo* rispetto alle norme giuridiche: quest'ultime possono incidere sull'uso generale di quelle tecnologie digitali deputate alla realizzazione di un set di valori condivisi (tutela dei soggetti più vulnerabili, libertà di espressione, parità di accesso alle forme di informazione e comunicazione tecnologica, promozione del controllo democratico nella progettazione tecnologica, garanzia di riservatezza dei dati personali).

Lessig propone due esempi in cui il *code* appare la soluzione a problemi di informazione, rispettando un approccio *value-centered design*.

Il primo problema impone di chiedersi se la delimitazione di zone (*zoning*) dell'espressione digitale, avente contenuti adatti ai soli adulti, sia in grado di tenere i minori lontani dalla pornografia.

Il secondo problema, invece, induce a domandarsi se nel cyberspazio sia davvero possibile decidere se partecipare o acconsentire alla nostra sorveglianza e rinunciare, di conseguenza, alla nostra privacy.

La risposta a questi due problemi – nel primo caso, delimitare una zona per la pornografia e, nel secondo caso, scegliere di tutelare una privacy protetta – dipende dall'architettura intrinseca del cyberspazio. La risposta è lasciata alla discrezionalità dei regolatori: dare regole (si pensi, ad esempio, ai principi della *privacy by design*) per il cambiamento dell'assetto tecnico del *code* o lasciare il cyberspazio com'è e, conseguentemente, accettare che finalità condivise siano lasciate al loro destino?

⁷⁵ C. SUNSTEIN, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Bologna, 2003.

⁷⁶ D.J. SOLOVE, *The Future of Reputation. Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, New Haven, 2007, p. 190.

⁷⁷ G. SARTOR, *Temi di diritto dell'informatica*, Torino, 2011, pp. 13-17.

Abstract

The central question of this paper is how code (or 'Lex informatica') relates to the competence debate: is it a governance solution separate and outside any competence model? Code is an expression referring to technical choices that impose certain behaviours upon web users. It includes both the establishment of specific rules for the flow of digital information upon the Web, and the possibility to impose procedural limitations upon said flow. The Web becomes simultaneously centralized and decentralized, it adapts and repolarizes itself in infinite variations, eluding territories, structuring immaterial confines within global space. The expression "Code is law" denotes that technological architectures of the internet contain self-organizing codes and regulatory languages that establish and control the rules of access to the digital content of the Web. Code, unlike traditional regulation, does not presuppose or require transparency: it can be effective, whether or not those subject to it are aware of it. This question has from very early on attracted attention in the various legal contexts and resurfaces throughout this paper.

Indice degli Autori

AULETTA FERRUCCIO

Professore ordinario di Diritto Processuale Civile presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

BALDIN SERENA

Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Trieste

BENATTI FRANCESCA

Professore associato di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Padova

BESOZZI DANIELA

Professore associato di Informatica presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca

BRUTTI NICOLA

Professore associato di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Padova

CAIELLI MIA

Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Torino

CASABONA SALVATORE

Professore associato di Diritto Comparato presso l'Università degli Studi di Palermo

CLEMENTI FRANCESCO

Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università di Perugia

CONTINI FRANCESCO

Primo ricercatore, Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, Consiglio Nazionale delle Ricerche

D'ALESSANDRO CHIARA ANTONIA

Dottoranda di ricerca in Diritto Comparato e processi di integrazione presso l'Università degli Studi della Campania 'Luigi Vanvitelli'

DURANTI FRANCESCO

Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università per stranieri di Perugia

FROSINI TOMMASO EDOARDO

Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi 'Suor Orsola Benincasa' di Napoli; Presidente dell' Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE)

FUMAGALLI LUIGI

Professore ordinario di Diritto Internazionale nell'Università degli Studi di Milano

FUSARO ANDREA

Professore ordinario di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Genova

GALLESE CHIARA

Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Venezia Ca' Foscari-Milano-Bicocca

GALLI CESARE

Professore ordinario di Diritto Industriale presso l'Università degli Studi di Parma

GRONDONA MAURO

Professore associato di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Genova

HENRÏ HAGEN

Professore a contratto di Diritto Comparato presso l'Università degli Studi di Helsinki

KOESRIANTI KOESRIANTI

Associate Professor at Faculty of Law, Universitas Airlangga, Indonesia

LAWSON GARY

Philip S. Beck Professor, Boston University School of Law, USA

MAESTRI ENRICO

Professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Ferrara

MARCHESE CLAUDIA

Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi 'Suor Orsola Benincasa' di Napoli

MASTROMARINO ANNA

Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Torino

MORENO CRUZ PABLO

Professore di Diritto Comparato presso l'Universidad Externado de Colombia

ONTANU ELENA ALINA

Ricercatrice, Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, Consiglio Nazionale delle Ricerche

ÖZSUNAY ERGUN

Istanbul University School of Law (Em.), Istanbul Culture University School of Law, Civil Law, Comparative Law and EU Law

PACILEO PIERVINCENZO

Professore associato di Diritto Comparato presso l'Università San Raffaele di Roma

PAILLI GIACOMO

Research fellow at the University of Florence

PALMIERI ALESSANDRO

Professore associato di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Siena

PASSAGLIA PAOLO

Professore ordinario di Diritto Comparato presso l'Università degli Studi di Pisa

PAVANI GIORGIA

Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Bologna Alma mater studiorum

PIN ANDREA

Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Padova

PONCIBÒ CRISTINA

Professore associato di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Torino

ROSSI GIUSEPPE

Professore associato di Diritto Privato Comparato presso l'Università degli Studi di Milano IULM

SANTANGELI FABIO

Professore ordinario di Diritto Processuale Civile presso l'Università degli Studi di Catania

SAPIGNOLI MICHELE

Professore ordinario di Scienze Politiche presso l'Università degli Studi di Bologna

SCAFFARDI LUCIA

Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Parma

SEIDMAN GUY

Professor of Law, Interdisciplinary Center, Herzliya, Israel

TEPEDINO GUSTAVO

Professore ordinario di Diritto Civile presso l'Università di Rio de Janeiro

VELICOGNA MARCO

Ricercatore, Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, Consiglio Nazionale delle Ricerche

VESPAZIANI ALBERTO

Professore associato di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi del Molise

VOLANTE RAFFAELE

Professore associato di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Padova

ZENO-ZENCOVICH VINCENZO

Professore ordinario di Diritto Comparato presso l'Università degli Studi Roma Tre; Presidente della Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC)

What do we mean for “jurisdiction” in contemporary, globalized, societies? How is this age-old notion changing? What are the new challenges facing us and the new waters that need to be explored?

Thirty-four scholars from Italy, Europe and other legal cultures offer, in English and Italian, the updated and enriched papers that were presented at the 24th biennial colloquium of the Italian Association of Comparative Law (AIDC).

The contributions are all placed in a broad and comparative perspective, looking at the different existing models, at experiences of success and failure, at models that could – or cannot – be transplanted. “Jurisdiction” must be constantly measured through its relation with other constitutional powers, with the emergence of new conflicts and actors, with legal and political theory.

Through its commitment to open access digital publications Roma TrE-Press aims at further disseminating in these two volumes, widely and freely, the results of academic research, in this field as in many others.

