STUDI IN ONORE DI GIAN ANTONIO BENACCHIO

LE FRONTIERE DEL DIRITTO COMPARATO ED EUROPEO

a cura di

Luisa Antoniolli, Michele Cozzio, Michele Graziadei
Miodrag Orlić, Barbara Pasa, Jelena Perović Vujačić

Editoriale Scientifica

Edizione e-book - tutti i diritti sono riservati

ISBN 979-12-235-0480-2

© 2025 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli
www.editorialescientifica.it
info@editorialescientifica.com

L'edizione digitale del Volume è archiviata su https://iris.unitn.it e distribuita in modalità Open Access sotto licenza Creative Commons Attribuzione - Non Commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NCND 4.0).

INDICE

Presentazione ..... Pag. XI
Bibliografia di Gian Antonio Benacchio ..... » XVII
Ringraziamenti ..... » XXIX

INTRODUZIONI

Time Sheet ..... » 3
Fulvio Cortese

Venticinque anni di comparazione giuridica: l'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici di Trento ..... » 15
Michele Cozzio

Pensieri di un collega ungherese in onore del professor Gian Antonio Benacchio ..... » 23
András Földi

Professor Gian Antonio Benacchio: A European Scholar and Adherent of Natural Law ..... » 27
Nikola Mojović

Vicende poste in evidenza sull'umanità e l'attività di Gian Antonio Benacchio ..... » 31
Alberto Pierobon

ESPLORARE IL DIRITTO GUARDANDO AD EST

Prescrizioni statutarie e pratica giuridica nella città di Cattaro nel Trecento ..... » 47
Nevenka Bogojević-Gluščević

A Non Domino *Acquisition of Movables: an Eastward Look* ..... » 69
Francesca Fiorentini

The House as the Proprietor in the General Property Code of the Principality of Montenegro ..... » 85
Radoje Korać

L'évolution de la notion de l'intérêt légitime (dans le droit serbe et comparé) » 109
Miodrag Orlić

Legal change*, istituzioni e organizzazioni: brevi riflessioni intorno alle transizioni compiute e incompiute* » 137
Barbara Pasa

Alcuni aspetti materiali e processuali della tutela inibitoria dei diritti della personalità in Croazia » 155
Aldo Radolović, Oliver Radolović

The Marriage Contract Between the Montenegrin Princess Jelena Petrović Njegoš and the Heir to the Throne of Italy Vittorio Emanuele Ferdinando Maria Gennaro di Savoia » 169
Zoran Rašović

Il preambolo delle costituzioni delle repubbliche della ex *Jugoslavia* » 201
Roberto Toniatti

Some Issues in the Enforcement of Law on the Protection of Competition in Serbia » 217
Radovan Vukadinović

Il 'dilemma' costituzionale dell'adesione della Bosnia-Erzegovina all'Unione europea » 233
Jens Woelk

DIRITTO COMPARATO: METODO, MODELLI E TRADIZIONI

Diritti fondamentali e processo negli Stati Uniti. Ciò che appare e ciò che rimane nascosto » 251
Vittoria Barsotti

The Empirical Turn in Legal Interpretation » 263
Giuseppe Bellantuono

Scelte di metodo e di linguaggio per una formazione giuridica attuale: un manuale e un autore al passo con i tempi » 297
Caterina Bergomi, Elena Ioriatti

L'ammissibilità della diarchia asimmetrica nei consigli di amministrazione: fondamenti teorici e risultanze empiriche » 311
Andrea Borroni

Diritto amministrativo e scienze comportamentali, alcuni spunti » 325
Maurizio Cafagno

Pluralità degli ordinamenti, antropologia e diritto agrario. La riflessione giuridica di Antonio Pigliaru ... » 337
Paolo Carta

La disclosure *quale strumento a garanzia della indipendenza (e imparzialità) dell'arbitro* ... » 355
Roberto Ceccon

Nella disomogeneità dei mercati globali la caduta dei titani non può bastare ... » 375
Domenico Di Micco

I nodi vengono al pettine. Il Parlamento inglese considera il "condominio" nordamericano e abroga le regole medievali ... » 389
Silvia Ferreri

La circolazione dei modelli nel settore degli enti a scopo non lucrativo ... » 401
Andrea Fusaro

Justice, Equity and Law ... » 413
Gale Galev

Tra ageing testator*,* faiblesse du testateur *e* verletzlicher erblasser*: itinerari in tema di protezione del testatore fragile* ... » 421
Andrea Maria Garofalo

La regolazione dell'intelligenza artificiale negli Stati Uniti: un confronto con il modello europeo ... » 441
Michele Graziadei

The Law as Guardian of Nature ... » 463
Nenad Hlača

Il diritto dell'altro nel diritto internazionale e comparato ... » 477
Antonio Lazari

Il lungo percorso dell'Alto Adige verso un diritto autonomo dei beni culturali ... » 497
Thomas Mathà

Rethinking the Legal Notion of Immovable Things ... » 515
Dušan Nikolic

The Birth of Comparative Law in Japan: 1868-1945 ... » 529
Andrea Ortolani

Interpretation of the CISG ... » 543
Jelena Perović Vujačić

Disastri ambientali e danno da metus *dei residenti* ... » 575
Giulio Ponzanelli

La lingua dell'Europa è la traduzione ... » 585
Barbara Pozzo

Epifanie del diritto socialista. Frammenti di una ricostruzione ... » 601
Gianmatteo Sabatino

Alcune novità in materia di responsabilità per colpa del certificatore negli U.S.A. Sviluppi del caso Ernst & Ernst v. Olga Hochfelder et al. ... » 617
Massimo Santaroni

Il sistema di garanzie giurisdizionali inglesi nei procedimenti di estradizione: il caso Assange ... » 631
Mario Serio

Designing data rights for a data market: the Chinese way ... » 657
Marina Timoteo

Il ruolo della comparazione giuridica nello studio e nella prassi dell'arbitrato commerciale internazionale ... » 667
Marco Torsello

MERCATO, DIRITTI E GOVERNANCE NELL'UNIONE EUROPEA

The Changing Nature of the Rule of Law in the EU: From Vagueness to Conditionality ... » 691
Gianmaria Ajani

I principi direttivi nei progetti preliminari di riforma europei ... » 707
Guido Alpa

Climate litigation *e responsabilità civile delle imprese per danni da eventi climatici: un'arma spuntata o una bomba a orologeria? Il caso Shell* ... » 721
Luisa Antoniolli

La speculazione sulle merci come prassi commerciale scorretta ... » 745
Carlo Biasior

Equality bodies *e contrasto alle discriminazioni nei luoghi di lavoro: il nuovo quadro normativo eurounitario e le possibili implicazioni per l'ordinamento italiano* ... » 755
Matteo Borzaga

Il formante giurisprudenziale nel processo di europeizzazione della disciplina in tema di modifiche dei contratti pubblici ... » 771
Michele Cozzio

Mi adeguo, ma non troppo. Note sul subappalto nei contratti pubblici e sulle resistenze nazionali al recepimento dei modelli eurounitari » 787
Federico Fedrizzi

L'organizzazione dei principi del nuovo Codice dei contratti » 801
Fabrizio Fracchia

Una reflexión prospectiva sobre la contratación pública estratégica en Europa » 815
José María Gimeno Feliú

Regionalismo differenziato e pervasività del diritto eurounionale: noterelle alla sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024 » 827
Esther Happacher

European Private Law and the Sustainability Transition: What Can We Learn from the Sustainability Due Diligence Directive's Itinerary? » 839
Paola Iamiceli

Gli ultimi sviluppi in tema di compatibilità tra diritto unionale e concessioni balneari: il ruolo degli indennizzi » 851
Franco Mastragostino, Piergiorgio Novaro

Regole europee antitrust e applicazione decentrata da parte delle Autorità nazionali della concorrenza » 871
Mattia Melloni

Digitalizzazione dei contratti pubblici e diritto della persona all'informazione e alla conoscenza » 881
Nicoletta Parisi

Il diritto privato di famiglia e l'incidenza della giurisprudenza delle Corti europee » 895
Teresa Pasquino

Il diritto dell'Unione europea tra integrazione ed evoluzione: riflessioni sul mercato unico e la concorrenza » 909
Andrea Piletta Massaro

Il diritto della concorrenza sperimentale » 927
Cristina Poncibò

Unione europea e neutralità: sovranità economica, mercato e proprietà pubblica » 941
Andrea Pradi

Fattori ESG e impresa bancaria di prossimità: criticità e prospettive di un modello a taglia unica » 955
Filippo Sartori

L'autonomia contrattuale nel diritto privato europeo ..... » 985
Guido Smorto

Application of Competition Rules before Arbitral Tribunals ..... » 1001
Jelena Vukadinović Marković

Riflessioni sul processo di europeizzazione del diritto di famiglia ..... » 1017
Sandra Winkler

Elenco degli Autori ..... » 1033

PRESENTAZIONE

Ci sono percorsi intellettuali che lasciano un segno non solo per ciò che producono sul piano scientifico, ma anche per la coerenza, la visione e l'impronta umana con cui sono condotti. Il cammino accademico e personale di Gian Antonio Benacchio appartiene senza dubbio a questa categoria rara e preziosa. Celebrarne il pensiero con gli scritti raccolti in questo volume non vuole essere soltanto un tangibile segno di riconoscenza, ma anche l'occasione per riflettere sull'impatto del suo insegnamento, delle sue ricerche e della sua azione instancabile nel promuovere il dialogo tra ordinamenti giuridici, culture e generazioni.

***

La passione per il diritto si forma durante gli studi universitari a Padova. A suscitare interesse è soprattutto il diritto comparato, insegnato da Attilio Guarneri nel corso di sistemi giuridici comparati. È lui a seguirlo nella tesi di laurea (*Il trasferimento della proprietà immobiliare nel diritto comparato*, 1980), che verrà presentata e discussa, per un imprevisto dell'ultimo momento, con Alberto Trabucchi. Col senno di poi l'imprevisto si rivelerà premonitore: la comparazione giuridica incontrata con Guarneri, e il diritto europeo di cui Trabucchi è tra i primi studiosi in Italia, costituiranno i riferimenti costanti del percorso accademico di Gian Antonio Benacchio.

All'epoca sono entrambi temi di frontiera, il primo in cerca di affermazione in un contesto culturale e universitario ispirato a una visione nazionalista del diritto, il secondo un progetto ancora in costruzione. Ma le linee di frontiera non frenano l'entusiasmo di Gian Antonio Benacchio. Tutt'altro, il fascino per ciò che è nuovo e inesplorato - una costante del suo pensiero, fin dagli esordi - non fa che accrescere la volontà di praticare la comparazione giuridica, con una sensibilità affinata nei corsi organizzati dalla *Faculté Internationale de Droit Comparé* di Strasburgo (nel 1981 ad Amsterdam e nel 1982 a Messina) e nel dialogo che anima le ore felici del gruppo di giovani e brillanti studiosi frequentatori dell'Istituto di Diritto Comparato "Angelo Sraffa" presso la Bocconi, diretto da Gianguido Scalfi. Ne fanno parte, tra gli altri, Alba Negri, Antonio Gambaro, Gianmaria Ajani, Giulio Ponzanelli, Mario Colombatto, Massimo Sanataroni, Pier Giuseppe Monateri, Silvia Ferreri, Ugo Mattei… che contribuiranno con altri allo sviluppo della comparazione giuridica negli anni successivi.

L'incontro con Rodolfo Sacco, facilitato da Gianmaria Ajani, lo porterà di lì a poco a sviluppare gli studi comparatistici nei Paesi dell'Europa centro-orientale con piglio pionieristico, in relazione ad un'area che sarebbe successivamente diventata cruciale per la comprensione dei percorsi di costruzione dell'Unione europea allargata. In anni in cui lo studio del diritto comparato era spesso imbrigliato in dispute teoriche e classificatorie, il metodo della comparazione messo in atto da Gian Antonio Benacchio si rivela strumento cruciale per l'osservazione delle trasformazioni delle culture giuridiche e la promozione del dialogo fra tradizioni diverse. Da quell'esperienza, consentita dalla conoscenza della lingua serba e croata, trae origine la prima monografia, *La proprietà nell'impresa autogestita jugoslava* (1988) e una serie di lavori successivi, tra i quali *La circolazione dei modelli giuridici tra gli slavi del sud (sloveni, croati, serbi)* (1995), letture di riferimento per la conoscenza dei sistemi slavi meridionali, della loro evoluzione, delle sfide affrontate dopo la fine della Jugoslavia.

Non sorprende dunque la presenza delle opere di Gian Antonio Benacchio nelle biblioteche di Zagabria, Fiume, Belgrado, Lubiana, Pristina, Sarajevo, Podgorica, Skopje, Budapest, Bucarest e altre città universitarie dell'area balcanica, a dimostrazione non solo della qualità degli studi realizzati, ma anche dell'impegno nel tessere relazioni con comunità accademiche e gruppi di ricerca internazionali. Sono relazioni personali, basate sulla fiducia, sull'ascolto, sulla condivisione, che rappresentano un esempio di buona diplomazia culturale e accademica, animata non da logiche di prestigio o visibilità, ma di confronto e conoscenza reciproca. Sono relazioni che proseguono tuttora, apprezzate dagli interlocutori che invitano Gian Antonio Benacchio a far parte dei comitati scientifici delle principali riviste giuridiche, a partecipare alle conferenze più autorevoli (*Kopaonička škola Prirodnog - Slobodan Perović*, *Budvanski pravnički dani*), conferendogli onorificenze prestigiose, come la recente nomina nella Società scientifica serba (*Naučno društvo Srbije*).

Negli anni Ottanta, seguendo un'altra linea di frontiera, troviamo Gian Antonio Benacchio tra i professori con incarico di insegnamento nella neonata Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Per scelta del Comitato tecnico ordinatore, presieduto da Rodolfo Sacco e composto da Fabio Roversi Monaco e Giorgio Gregori, la Facoltà offriva, prima in Italia, uno speciale piano di studi nettamente orientato alla comparazione: un primo corso di sistemi comparati, poi corsi sul diritto angloamericano, sul diritto dei paesi socialisti, sul diritto islamico, sul diritto africano, sul diritto della Comunità europea, e infine corsi di diritto privato comparato, costituzionale comparato, amministrativo comparato, penale comparato, procedura civile comparata, procedura penale comparata, diritto del lavoro comparato. In sostanza, ogni materia veniva proposta

agli studenti nelle due versioni, nazionale e comparata, scelta che caratterizza tuttora l'offerta formativa della Facoltà trentina.

Delineato il progetto, a darne esecuzione viene chiamato nei primissimi anni un manipolo di pionieri, tra i quali Gian Antonio Benacchio si distingue proprio per la sua capacità di procedere in modo autonomo su nuovi terreni. L'esperimento avviato nella sede trentina riesce bene se, come ricorda Rodolfo Sacco, "Trento fu ben presto la capitale (per l'Italia) del diritto comparato", affermandosi nel volgere di pochi anni tra le migliori Facoltà di giurisprudenza italiane. Non a caso è a Trento che Rodolfo Sacco si fa promotore nel 1987 del manifesto culturale noto come le *Tesi di Trento*, che enuncia in cinque punti le funzioni del diritto comparato e i metodi fondamentali per la conduzione delle indagini comparatistiche scientificamente orientate. A distanza di molti anni, le Tesi di Trento continuano a costituire un riferimento basilare. Il manoscritto viene sottoscritto da diciannove studiosi presenti a Trento, tra i quali figura Gian Antonio Benacchio.

A Trento percorre tutte le tappe della carriera accademica, venendo chiamato come professore ordinario di diritto privato comparato nel 1999.

Dai materiali raccolti per l'insegnamento dei primi corsi di diritto privato della Comunità europea prende forma un'importante opera manualistica (*Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, prima edizione 1998, seguiranno successive sette edizioni rivedute e ampliate), che lo conferma tra i precursori e principali interpreti della materia nel panorama scientifico nazionale ed europeo. In seguito, l'accelerazione del processo di integrazione europea e la penetrazione del diritto comunitario ormai in tutti i settori giuridici hanno fatto sì che, accanto alla comparazione, anche la dimensione del diritto dell'Unione sia una componente imprescindibile delle conoscenze dei giuristi.

Nella *Prefazione* della prima edizione traspare la consapevolezza di trovarsi di fronte ad una fase di profondi cambiamenti: "*Quando, alcuni anni fa, fui chiamato a Trento per insegnare Diritto Privato delle Comunità Europee, accettai con entusiasmo. Si stava infatti delineando una nuova epoca nell'evoluzione del diritto europeo segnata dalla produzione di tante nuove regole uniformi, uguali per tutti i Paesi comunitari, che avrebbero modificato solidi princìpi nazionali, smentito prassi giudiziarie affermate, introdotto regole sconosciute a molti degli Stati membri. Essere un osservatore privilegiato di questa particolare fase evolutiva del diritto europeo e, soprattutto, poter insegnare allo studente a percepire il senso del cambiamento, erano opportunità che non potevo lasciarmi sfuggire. A Rodolfo Sacco e ad Ugo Mattei sono in buona parte debitore di questa mia scelta che essi stessi hanno condiviso e sostenuto fin dall'inizio. Mai avrei però immaginato che il livello di tale nuova produzione normativa sarebbe diventato tanto elevato ed influente, in grado di determinare*

una così ampia revisione degli ordinamenti giuridici nazionali e di quello italiano in particolare".

Un segno duraturo del suo impegno nell'elaborazione di un pensiero sistemico sul diritto privato dell'Unione europea è anche rappresentato dalla direzione con Gianmaria Ajani del *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, pubblicato da Giappichelli, un'opera di ampio respiro, articolata in sedici volumi, che ha richiesto anni di lavoro e una rete di collaborazioni scientifiche di altissimo livello.

L'attenzione per la comparazione giuridica e il diritto europeo si riflette anche nella mole di contributi a opere collettive, curatele, saggi e voci enciclopediche. Volumi come *A Common Law for Europe* e *The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe* con Barbara Pasa (2005), *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza* con Michele Carpagnano (2007), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio* curato con Michele Cozzio (2008), *Le nuove frontiere della comparazione* curato con Luisa Antoniolli e Roberto Toniatti (2012), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato* curato con Michele Graziadei (2016), *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato* curato con Michele Cozzio (2019), sono solo alcuni dei lavori che dimostrano l'ampiezza dei suoi interessi e la capacità di guidare, coordinare e ispirare gruppi di lavoro interdisciplinari e internazionali. In queste opere, Gian Antonio Benacchio non è solo curatore, ma anche regista culturale, capace di individuare temi emergenti, di stimolare riflessioni critiche e di costruire spazi di dialogo tra generazioni e tra scuole giuridiche diverse.

Rifugge, quando possibile, da studi meramente teorici, preferendo l'analisi del diritto sostanziale operata in stretta aderenza ai cambiamenti economici e sociali dei tempi (avvalendosi, questo sì, di solide basi teoriche). L'attenzione rivolta ai temi riguardanti il diritto dell'impresa (concorrenza, responsabilità del produttore, contratti pubblici e privati), dei consumatori, delle società, porta in profondità la ricerca comparativa sul ruolo di tutti gli 'ingranaggi' del sistema, specie delle corti, di cui analizza con rigore scientifico gli effetti dell'azione interpretativa.

Accanto alla produzione scientifica, va ricordata l'attività didattica che ha esercitato in modo coinvolgente, esemplare per chiarezza espositiva, profondità e onestà intellettuale. Sono tratti che dimostrano come Gian Antonio Benacchio abbia saputo essere Maestro: capace non solo di trasmettere contenuti e metodo, ma anche di generare domande, di stimolare curiosità, di coltivare pensiero critico, di accompagnare con discrezione e fermezza la crescita intellettuale degli studenti. Questi tratti hanno segnato generazioni di allievi, molti

dei quali oggi sono presenti in prima fila nel mondo accademico, nelle istituzioni europee, nella magistratura e nella pubblica amministrazione.

All'Università di Trento Gian Antonio Benacchio ha dedicato le sue energie, idee e competenze, assumendo ruoli di responsabilità (va ricordato il coordinamento della *Scuola di Dottorato in Studi giuridici e comparati ed europei*), dirigendo progetti di ricerca e centri di studio (spiccano al riguardo l'*Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici* dal 2001 e l'*Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza* dal 2008, entrambi cresciuti fino ad essere sicuri punti di riferimento nel panorama giuridico italiano ed europeo), favorendo accordi per la mobilità di studenti e studiosi (ben prima che diventasse prassi diffusa), facendosi promotore e garante in prima persona di molte iniziative rivolte al territorio (vanno ricordati l'attivazione della sede trentina del *Centro di documentazione europea*, la Presidenza del *Comitato consultivo provinciale per i problemi del consumo e dell'utenza* e del *Centro di ricerca e tutela dei consumatori e degli utenti*).

***

Chi ha avuto (ed ha) la fortuna di lavorare con Gian Antonio Benacchio sa quanto la sua autorevolezza sia accompagnata da profonda umanità, da una discrezione attenta e da un'ironia gentile. Un modo di vivere dentro e fuori l'accademia – con competenza, senso del dovere e disponibilità al confronto – che tutti vorremmo praticare. Siamo felici e onorati di aver condiviso una parte del suo percorso accademico e umano, e di poter condividere questo tributo di riconoscenza con molti colleghi e amici.

Luisa Antoniolli, Michele Cozzio, Michele Graziadei
Miodrag Orlić, Barbara Pasa, Jelena Perović Vujačić

BIBLIOGRAFIA DI GIAN ANTONIO BENACCHIO

Monografie e manuali

1988
La proprietà nell'impresa autogestita jugoslava, Milano: Giuffrè, 1988, 292.

1995
La circolazione dei modelli giuridici tra gli slavi del sud (sloveni, croati, serbi), Padova: CEDAM, 1995, 305.

1998
Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole, Padova: CEDAM, 1998, 524.
2ª edizione ampliata e aggiornata, 2001, 541.
3ª edizione ampliata e aggiornata, 2004, 600.
4ª edizione ampliata e aggiornata, 2008, 529.
5ª edizione ampliata e aggiornata, 2010, 532.
6ª edizione ampliata e aggiornata, 2013, 538.
7ª edizione ampliata e aggiornata, 2016, 431.

2001
Repertorio di diritto civile e commerciale comunitario. (Legislazione - Dottrina - Giurisprudenza), Padova: CEDAM, 2001, 741 (in collaborazione con V. Simoni).
2ª edizione ampliata e aggiornata, 2003, 1016 (in collaborazione con V. Simoni).
In lingua spagnola *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario. Con legislación, jurisprudencia, doctrina y notas de concordancia con el Derecho español*, Barcelona: Bosch, 2005, 1225 (in collaborazione con E.Arroyo, B. Pasa, R. Viñas).

2003
Az Európai Közösség magánjoga. Polgári jog, kereskedelmi jog, Budapest: Osiris Kiadò, 2003, 377 (con traduzione di A. Földi e N. Csizmazia).

2005
Lineamenti di diritto dell'Unione europea, Padova: CEDAM, 2005, 280 (in collaborazione con L. Antoniolli, F. Lajolo di Cossano).

A Common Law for Europe, Budapest-New York: Central European University Press, 2005, 320 (in collaborazione con B. Pasa).

The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe, Budapest-New York: Central European University Press, 2005, 577 (in collaborazione con B. Pasa).

2007

L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento: Università degli Studi di Trento, 2007, 67, 1-455 (in collaborazione con M. Carpagnano).

2024

L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione, Milano: CEDAM - Wolters Kluwer, 2024, 376.

Articoli in riviste

1982

Alienazione successiva di uno stesso immobile e responsabilità del secondo acquirente, in *Responsabilità civile e previdenza. Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 1982, 47, 179-182.

1983

La surroga dell'assicuratore nel diritto jugoslavo, in *Responsabilità civile e previdenza. Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 1983, 48, 354-364.

La nuova legge jugoslava sulle obbligazioni e i contratti, in *Rivista di diritto civile*, 1983, 29, I, 77-95.

1987

Alcune precisazioni in merito ai recenti provvedimenti legislativi che limitano le retribuzioni dei lavoratori nelle aziende autogestite jugoslave, in *Rivista di diritto civile*, 1987, 33, I, 411-419.

1988

Društveno vlasništvo i građansko pravo, in *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1988, 9, 21-34.

1991

Jugoslavia: evoluzione e crollo di un modello, in *Rivista di diritto civile*, 1991, 37, I, 361-382.

1992

La CEE e la nuova Europa dell'Est: strumenti giuridici, in *Rivista di diritto civile*, 1992, 38, II, 627-638.

2000

Diritto privato comunitario, in *Rivista di diritto civile*, 2000, 46, 2-II, 223-251.

2001

La protezione del consumatore nella Comunità Europea con particolare riguardo ai contratti, in *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2001, 22, 209-227.

Croazia: dalla Federazione Jugoslava all'Unione Europea, in *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2001, 22, 305-320.

2002

Nehomogenost doktrine u Jugoslaviji između dva svetska rata, in *Anali Pravnog Fakulteta u Beogradu*, 2002, 50, 338-353.

2006

La Corte di giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti, intervento al convegno per il cinquantenario della Rivista sul tema *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Treviso, 23-25 marzo 2006, in *Rivista di diritto civile,* 2006, 52, 6, 131-139.

2012

La misurazione dei sistemi di contrattazione pubblica negli Stati dell'Unione europea. Metodo e strumenti, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012, 319-354 (in collaborazione con M. Cozzio).

2014

Il diritto italiano nella ex Jugoslavia (con particolare riferimento a Croazia, Montenegro, Serbia, Slovenia), in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, 507-538.

2016

Antitrust Laws between Public and Private Law, in *Revija za Evropsko Pravo*, 2016, XVIII, 23-36.

2017

Mediazione obbligatoria e tutela dei consumatori, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2017, 4, 807-820.

2018

Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 97, 3, 1017-1039.

Information et transparence dans la protection des consommateurs: une realisation difficile, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2018, 113-149.

2019

Interpretacija prava između ravnoteže i razumnosti u sudskoj praksi suda Evropske Unije, in *Revija Kopaoničke Škole Prirodnog Prava*, 2019, 1, 275-291.

2020

Evropsko pravo, nacionalno pravo i pravna (ne)sigurnost, in *Revija Kopaoničke Škole Prirodnog Prava*, 2020, 2, 155-177.

2021

Pregi e difetti del modello europeo di tutela del consumatore, in *Revista Universul Juridic (Bucarest)*, 2021, suppl. 11, 13-27.

Saggi e capitoli di libri

1987

Autogestione, in *Digesto IV*, *Disc. priv.*, *Sez. comm.*, Torino: UTET, vol. I, 1987, 526-530.

2000

Diritto comparato, comunitario e transnazionale, in G. Autorino Stanzione (a cura di), *Diritto comparato, comunitario e transnazionale*, Quaderni del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici dell'Università di Salerno, Napoli: Università degli Studi di Salerno, 2000, 1-33.

Accesso alle fonti informative comunitarie, in *Quaderni del Centro di documentazione europea*, Trento: Provincia di Trento, 2001, 5-11.

2001

Disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, in *Quaderni del Centro di documentazione europea*, Trento: Provincia di Trento, 2001, 5-13.

La politica di concorrenza dell'Unione Europea, in *Quaderni del Centro di documentazione europea*, Trento: Provincia di Trento, 2001, 5-15.

L'attività notarile nella prospettiva comunitaria, in G. Alpa, U. Mirello, M. Lupoi et al., *Funzioni e compiti del notaio nel sistema dell'Unione europea*, Milano: IPSOA, 2001, 43-52.

2002

Il sistema degli aiuti di Stato nella politica di concorrenza dell'Unione europea, in *Quaderni del Centro di documentazione europea*, Trento: Provincia di Trento, 2002, 5-12.

2003

Il ruolo della buona fede nel diritto comunitario, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova: CEDAM, 2003, vol. I, 189-200.

2004

Fonti del diritto (diritto comunitario), in *Enciclopedia del Diritto*, *Annali I*, 2007, 616-637.

La normativa comunitaria, in P. Cendon (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Volume I - Questioni generali*, Torino: UTET, 2004, vol. I, 161-222 (in collaborazione con F. Fedrizzi, E. Ioriatti, M. Cozzio, D. Martinelli, A. Monti).

2005

Vendita di prodotti e difetto di conformità, in V. Tomljenović, E. Čulinović-Herc (a cura di), *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu*, Rijeka: Pravni Fakultet, 2005, 325-342.

Unione europea e diritti fondamentali, in *Papers for the XVIII Annual Meeting of Jurists at Mt. Kopaonik*, Belgrado, 2005, 23-38.

2006

La ex-Jugoslavia, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, volume in occasione dei cinquanta anni della Corte costituzionale, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 41-61.

2008

European Contract Law and the Role of the Court of Justice, in AA.VV., *Liber*

Amicorum Nikola Gavella. Građansko pravo u razvojurazvoju, Zagabria: Pravni Fakultet, 2008, 549-562.

2009

La "riscoperta" della tradizione civilistica nei Paesi dell'Est europeo, in M. Miglietta, G. Santucci (a cura di), *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*, Atti del seminario Internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006), Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento: Università degli Studi di Trento, 2009, 81, 199-214.

Extrajudicial settlement of Consumer Disputes in Italy, in V. Tomljenovic, E. Culinovic, V. Butorac (a cura di), *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom podrucju*, Rijeka: Pravni Fakultet, 2009, 201-216.

2010

La Corte di giustizia e la tutela dei diritti dell'uomo: spunti per alcune riflessioni, in M.V. De Giorgi, S. Delle Monache, G. De Cristofaro (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova: CEDAM, 2010, tomo I, 201-214.

2011

La codificazione di Bogisic tra originalità e tradizione, in L. Breneselović (a cura di), *Spomenica Valtazara Bogišića o stogodisnjici njegove smrti*, Belgrado, 2011, vol. I, 239-246, successivamente anche con traduzione in croato in N. Hlača (a cura di), *Povijest i sadašnjost gradjanskih kodifikacija*, Rijeka: Pravni Fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014, 107-116.

Alcune questioni in materia di risarcimento del danno antitrust nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, in G. Ajani, A. Gambaro, M. Graziadei, R. Sacco, V. Vigoriti, M. Waelbroeck (a cura di), *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli: Jovene, 2011, 555-572.

2012

Verso le direttive di quarta generazione, in G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), G*li appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano: EGEA, 2012, 3-28.

2013

The Europeanisation of Law: Imposition or Natural Development of Legal Models, in N. Bodiroga-Vukobrat, G.G. Sander, S. Rodin (a cura di), *Legal Culture in Transitions. Supranational and International Law in National Courts*, Berlino: Logos, 2013, 61-73 (in collaborazione con S. Winkler).

Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli: Jovene, 2013, 16-26.

2014

Il diritto europeo dei cosmetici: dall'armonizzazione all'unificazione, in V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Cosmetici. Diritto, regolazione, bio-etica*, Collana "Consumatori e Mercati" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, Roma: Roma TrE-Press, 2014, 33-44.

2015

Lo sport e il dialogo sociale in Europa, in S. Bastianon (a cura di), *L'Europa e lo sport*, Torino: Giappichelli, 2015, 17-34.

2016

Le regole Antitrust tra diritto pubblico e diritto privato, in G.A. Benacchio, M. Graziadei (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD (Trento, 24-26 settembre 2015), Collana Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, 24, 197-212.

2017

Le ADR in Italia: gli effetti controproducenti di una sovraproduzione normativa, in U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti (a cura di), *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano: Giuffrè, 2017, Tomo II, 1391-1408.

2018

L'uso della comparazione giuridica nelle Corti Supreme e Costituzionali degli Stati della ex *Jugoslavia (izvorni znanstveni rad)*, in Z. Slakoper, M. Bukovac Puvača, G. Mihelčić (a cura di), *Liber amicorum Aldo Radolović. Zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radolovicu*, Rijeka: Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet, 2018, 1-22.

2019

National Courts and Comparative Law. The States of Former Yugoslavia (Slovenia, Croatia, Serbia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia and Montenegro), in G.F. Ferrari (edited by), *Judicial Cosmopolitanism Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden-Boston: Nijhoff - Brill, 2019, 745-768.

L'information et la désinformation des consommateurs: Rapport italien, in G. Straetmans (editor), *Information Obligations and Disinformation of Consumers*, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Cham: Springer, 2019, 33, 205-236.

2020

Private antitrust enforcement – nastanak i razvoj u pravu europske unije, in A.F. Tatham, V.G. Popović, J. Vukadinović Marković (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Radovan D. Vukadinović*, Banja Luka (Kragujevac - Serbia): Akademija Nauka i Umjetnosti Republike Srpske, 2020, 35-48.

Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova: Cedam, 2020, 2ª edizione, 17-30.

Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova: Cedam, 2025, 3ª edizione.

2021

Koje pravilo primeniti? Složen odnos između prava evropske unije i prava Država članica, in J.S. Perović Vujačić (a cura di), *Primena prava i pravna sigurnost*, Atti del 34° Convegno Internazionale della Scuola di Diritto Naturale di Kopaonik "Slobodan Perovic", Belgrado: Kopaonicka skola prirodnog prava, Tomo III, 2021, 359-371.

2022

La giurisprudenza europea e le incertezze del diritto, in C. Tugnoli, M. Cozzio (a cura di), *Teorie e pratiche della giustizia*, Collana Associazione Culturale "Antonio Rosmini" Trento, Trento: Tangram Edizioni Scientifiche, 2022, 385-412 (in collaborazione con M. Cozzio).

Curatele e prefazioni

2005

Appalti pubblici e servizi di interesse generale, Atti dei seminari presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento Novembre - Dicembre 2004, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento: Università degli Studi di Trento, 2005, 51, 1-304 (in collaborazione con D. de Pretis).

2007

Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali, Atti del Convegno presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 15-16 giugno 2007, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento: Università degli Studi di Trento, 2007, 66, 1-217 (in collaborazione con M. Carpagnano).

2008

Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio, Atti dei seminari presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento Maggio - Giugno 2007, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento: Università degli Studi di Trento, 2008, 74, 1-404 (in collaborazione con M. Cozzio).

2009

Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali, Atti del II Convegno di Studio presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 8-9 maggio 2009, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Padova: Cedam, 2009, 85, 1-284 (in collaborazione con M. Carpagnano).

2010

Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici, Collana Quaderni dell'Amministrazione, Torriana (Rimini): EDK Editore, 2010, 56, 1-176 (in collaborazione con M. Cozzio).

2012

I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali / Private Enforcement of Competition Law, Atti del III Convegno di Studio presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 15-16 aprile 2016, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Padova: Cedam, 2012, 100, 1-270 (in collaborazione con M. Carpagnano).

Le nuove frontiere della comparazione, Atti del I Convegno Nazionale della SIRD, Milano 5-6-7 maggio 2011, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento: Università degli Studi di Trento, 2012, 100, 1-360 (in collaborazione con L. Antoniolli, R. Toniatti).

Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali, Milano: EGEA, 2012, 1-580 (in collaborazione con M. Cozzio).

2013

Prefazione, in M. Cozzio, A. Cassatella (a cura di), *Appalti pubblici e servi-*

zi: temi di diritto europeo e nazionale. Norme, prassi e strumenti, Collana Quaderni dell'Amministrazione, Torriana (Rimini): EDK Editore, 2013, 72, 5-7.

Prefazione, in M. Amadei, M. Cozzio (a cura di), *Appalti di servizi e criteri ambientali. Aspetti giuridici e tecnici*, Trento: Tangram Edizioni Scientifiche, 2013, 9-10.

2014

L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea, Atti del IV Convegno Antitrust presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 18-19 aprile 2013, Collana Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, 1, 1-448 (in collaborazione con M. Carpagnano).

2015

L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea, Atti del V Convegno Antitrust presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 16-18 aprile 2015, Collana Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, Napoli: Editoriale Scientifica, 2015, 18, 1-332 (in collaborazione con M. Carpagnano).

2016

Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, Atti del IV Congresso nazionale SIRD (Trento, 24-26 settembre 2015), Collana Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, 24, 1-359 (in collaborazione con M. Graziadei).

I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione europea. Raccolta dei principali arrêts della Corte di giustizia, Trento: Università degli Studi di Trento, 2016, 1-157 (in collaborazione con M. Cozzio, F. Titomanlio).

Strumenti e buone pratiche per contrastare la corruzione nel settore sanitario, Trento: Università degli Studi di Trento, 2016, 1-153 (in collaborazione con M. Cozzio).

2017

Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea, Torino: Giappichelli Editore, 2017, 1-337 (in collaborazione con F. Casucci).

2018

Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione Europea, Atti del VI Convegno biennale Antitrust presso la Fa-

coltà di Giurisprudenza di Trento 6-8 aprile 2017, Collana Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, Napoli: Editoriale Scientifica, 2018, 37, 1-208 (in collaborazione con M. Carpagnano).

2019

Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato, Atti del VII Convegno Antitrust presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento 11-13 aprile 2019, Collana Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento, Napoli: Editoriale Scientifica, 2019, 43, 1-168 (in collaborazione con M. Carpagnano).

Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato, Atti del Convegno di Trento del 18 maggio 2018, Trento: Università degli Studi di Trento, 2019, 1-249 (in collaborazione con M. Cozzio).

2021

Prefazione - Vorwort, in M. Cozzio, M. Haller, T. Mathà, F. Rensi (a cura di), *Kodex des öffentlichen Vergaberechts in Italien und Südtirol - Codice del diritto dei contratti pubblici in Italia e in Alto Adige*, edizione bilingue con testo a fronte, Bolzano: Athesia, 2021, 6-8 (in collaborazione con E. Happacher).

2023

Prefazione, in A. Angelucci, *Al di là della siepe. Pensieri per passare dal disastro ambientale ad una sostenibilità desiderabile*, Independently published, 2023, 3-5.

Direzione di trattati

Trattato di diritto privato dell'Unione europea, Torino: Giappichelli Editore, opera diretta in collaborazione con G. Ajani.

vol. II, P. De Cesari (a cura di), *Persona e famiglia*, 2008, 1-542.
vol. III, G. Alpa (a cura di), *I diritti dei consumatori*, 2009, Tomo I e II, 1-788.
vol. IV, P. Montalenti (a cura di), *Le società*, 2022, 1-859.
vol. V, S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro dipendente*, 2009, 1-796.
vol. VI, L. Nogler (a cura di), *Le attività autonome*, 2006, 1-523.
vol. VII, A. Frignani, R. Pardolesi (a cura di), *La concorrenza*, 2006, 1-518.
vol. VIII, F. Vella (a cura di), *Banche e mercati finanziari*, 2009, 1-537.
vol. X, M. Riguzzi, A. Antonini (a cura di), *Trasporti e turismo*, 2008, 1-536.
vol. XI, A. Germanò, E. Rook Basile (a cura di), *Diritto agrario*, 2006, 1-492.

vol. XII, L.C. Ubertazzi (a cura di), *La proprietà intellettuale*, 2011, 1-484.
vol. XIII, R. Ferrara (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, 2006, 1-276
vol. XIV, A. Bonomi (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, 2009, 1-529.
vol. XV, S.M. Carbone, C.E. Tuo (a cura di), *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il Regolamento UE n. 1215/2012*, 2016, 1-427.

RINGRAZIAMENTI

I Curatori desiderano esprimere il loro sincero ringraziamento agli Autori che hanno accolto con entusiasmo l'invito a partecipare con i propri scritti alla realizzazione di questa opera in onore di Gian Antonio Benacchio.

Il volume accoglie un saggio del compianto Maestro Guido Alpa, tra i primi ad aderire all'invito e a far pervenire il suo scritto, uno dei suoi ultimi lavori. La sua partecipazione testimonia la stima e l'amicizia per la persona e l'opera di Gian Antonio Benacchio.

Un sentito ringraziamento va ad Andrea Piletta Massaro e a Gianmatteo Sabatino per lo scrupoloso e paziente contributo all'editing e alla revisione del volume, nonché per il raccordo puntuale e preciso con gli Autori.

Un ringraziamento particolare va, infine, alle persone e alle Istituzioni che hanno reso possibile con il loro sostegno finanziario la pubblicazione del volume: il Dipartimento - Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, il Centro di Ricerca e Tutela dei Consumatori e degli Utenti di Trento (attraverso Carlo Biasior), Andrea Borroni, Roberto Ceccon, Michele Cozzio, Federico Fedrizzi, Alberto Pierobon.

INTRODUZIONI

TIME SHEET

Fulvio Cortese

I dieci testi qui raccolti sono selezione di un materiale sparso, si collocano in uno spazio di tempo determinato (2012-2022) e sono accomunati da un certo accento giuridico*, com'è facilmente e variamente percepibile. Il titolo, al contempo, aggiunge un altro* tono*, a testimonianza di trasformazioni fin troppo visibili, e rilevanti, dell'esperienza universitaria; ma anche a segnalare che si tratta di poche pagine di un diario personalissimo. A chi si domandasse quale significato abbia riunire questi piccoli lavori in un simile contesto, si potrebbe rivolgere una duplice risposta: valgono, innanzitutto, e semplicemente, come il pensiero e il regalo che si intendono offrire a un collega particolarmente sensibile; funzionano, poi, come monito per tutti coloro che – dimenticando una delle tante e possibili lezioni della comparazione – rischiano sempre di trascurare quanto sia importante (con Mircea Eliade)* spezzare il tetto della casa.

time sheet > *noun* piece of paper or electronic document on which the number of hours that somebody has worked are recorded

È nella sua facciata architettonica
che si può generalmente cogliere
il carattere essenziale di un'epoca

Lockdown Garden

Starnazzano le anatre
nel giardino pubblico
sotto casa.
C'è del pubblico dunque,
finalmente,
radunato in consiglio.
"È la chiesa danese, forse?" "Forse",
mi dici sul terrazzo,
mentre penso: Deo gratias,
anatre sono,
soltanto anatre
in pubblico.

Riunione scientifica

Public Law and Solidarity,
oh... my smoothie eyes on Spetses...
il primo verso del nostro nuovo
album da solisti.
All'estremo ritorno, di notte,
le incrocio, mani di donna,
anziana vestita di nero
nella metro di Atene:
uniche norme vigenti
di questo lungo
weekend.

Spleen sovrano

-Armatóri armàti di tanto mondo,
indossatele, le vostre armature!
-Armature, o Sire? Non costruiamo
indumenti... del resto siam solo enti
-Ma sarete almeno armati, perdio!
Badate, io li temo, i tradimenti...
-Di quali armi, o Sire? Le abbiamo
già avute le vostre sorde paure...
-Sangue di Giove! Le avrete, almeno,
le nostre... ehm... vostre armature!
-Le avevamo, un tempo… Tolti sono,
oramai, tutti quei sacri tormenti.

Giovanni Pascoli, giurista

Me lo chiedo anch'io, nel nido
del grande incompreso.
Che cos'è la drupa?
E che cos'è il frutto?
Quando pensi al secondo,
è la prima che mordi.

Ella è qui, nel castello arduo ch'entrai?
Forse la tocchi, o cavaliere errante!

È sempre il gusto più semplice
a dire delle vie più remote,
poco sotto la buccia,
giù, dentro l'armellina.
Mai è buona, allora, la lectio
di sola natura o di tutta struttura.

I'm in love with the girl that I'm talking about
I'm in love with the girl I can't live without
I'm in love but I sure picked a bad time
To be in love
To be in love

Novissimo Digesto Sentimentale

Parlerai di me a quei libri
fuori posto? Se lo sapessi,
se fosse certo, allora te lo chiederei,
di rimetterli dov'erano, di provare
a rifare quei gesti
di qualche anno fa,
ché fuori posto, felici,
siamo stati entrambi.

Consulta quel codice

Sentilo col dito, il tema invariabile
di una spiaggia ghiaiosa, concentrati!
Laggiù ancora la avverti,
l'onda increspata che ti raggiunge.
Passa veloce quel pollice sullo schermo,
agitati alle raffiche del mio nome, adesso,
in questa tua rubrica, del resto,
il mio mare è ancora il più mosso.

Sul concetto di lacuna

Finisce che mi sento
sempre ridicolo, poco adeguato,
che mi rilasso come sul divano,
e niente, oggi è la sedia del bar invece,
dove lo bevo senza zucchero, il caffè,
va bene così, è la voglia che sento
che mi abbatte, lo fa sempre
per almeno due ore
a seguire.

Fare sistema

Divido lo spazio
in tanti quadretti regolari,
come nel quaderno di matematica
a scuola, cose che non puoi capire,
credimi, in città gioco sempre
a battaglia navale
per non farmi affondare
dai tuoi colpi quotidiani.

Only poor boys take a chance
On the garden song and dance

PNRR

È tutto qui, lungo via Nazionale.
Dirimpetto a Palazzo Koch
strani uccelli gracidano
da palme ferrate
il clangore di Excalibur
sulla pioggia posticcia.

Giustizia in linea retta

Martelli, rivetti, un relitto
di compressore,
mastice, guanti e poi di tutto,
ancora: quello che ti serve, papà,
è giù in cantina,
l'abbecedario certo del ménage familiare
dominato
da una mola sovrana, come quella
che sta lì
sul bancone.
Ciò che a me serve, in effetti,
loro lo sanno: gli attrezzi, i tuoi,
da un pezzo
reclamano la mia voce, con forza
lo esigono.
Che io li porti a terra
i nostri ricordi-Penati,
le pagine affilate di Russel e Platone,
cari dolci philosophes.
Che io le usi
queste lame
per uccidere quel drago
che solo San Giorgio, finora,
mi ha risparmiato.

Credits

Per il rinvio all'espressione usata da Mircea Eliade, v. Eliade, Mircea, S*pezzare il tetto della casa. La creatività e i suoi simboli*, Milano: Jaca Book, 1998.

La definizione di time sheet è tratta dall'*Oxford Dictionary of English*, 2010, *ad vocem*.

La citazione posta in apertura, a p. 4 è di Broch, Hermann, *Hofmannstahl e il suo tempo* [1949], Milano: Adelphi, 2010, 13. Quella collocata a p. 8 è tratta da *Bad time* (Grand Funk Railroad, *All the Girls in the World Beware!!!*, 1974 - testo di Mark Farner). Quella a p. 12 è presa da *The Garden* (Guns 'N Roses, *Use Your Illusion I*, 1991 - testo di Axl Rose, Del James, West Arkeen).

I versi in corsivo nella poesia *Giovanni Pascoli, giurista* sono di Pascoli, Giovanni, *La felicità*, in *Primi poemetti*, Firenze-Roma: Bemporad, 1907, 155.

VENTICINQUE ANNI DI COMPARAZIONE GIURIDICA: L'OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI DI TRENTO

Michele Cozzio

"*La recente e massiccia produzione normativa comunitaria, nazionale e provinciale in tema di appalti pubblici è caratterizzata da interventi spesso frammentari e scarsamente coordinati. Le incognite che ancora contraddistinguono questa materia* (…) *e la scarsa attenzione con cui normalmente viene trattata a livello formativo, richiedono una maggiore diffusione di una cultura comunitaria, con il precipuo scopo non solo di perfezionare l'utilizzo delle norme in materia, ma anche di aggiornare sui nuovi strumenti giuridici che stanno sempre più condizionando il comportamento dei pubblici poteri*".

Con queste parole veniva presentato nel marzo del 2000 il primo corso di perfezionamento su *Gli appalti pubblici tra regole comunitarie e regole nazionali* organizzato presso la Facoltà di Giurisprudenza a Trento da Gian Antonio Benacchio, con il sostegno del Preside Roberto Toniatti.

L'iniziativa, tra le prime in Italia, fu da subito ben impostata e riscontrò notevole successo, al punto da essere riproposta, con opportuni aggiornamenti, fino al 2012.

Centinaia di funzionari, professionisti e operatori provenienti da tutta Italia hanno avuto modo di formarsi sui temi nuovi e di crescente interesse del diritto europeo dei contratti pubblici, dialogando con studiosi, dirigenti, magistrati e professionisti tra i più autorevoli a livello nazionale ed europeo. Delle riflessioni e del vivace dibattito che negli anni hanno caratterizzato i corsi rimane traccia negli atti, pubblicati inizialmente nei Quaderni del Centro di documentazione europea della Provincia di Trento, poi nei Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza di Trento e, infine, da EDK Editore.

Ad assistere Gian Antonio Benacchio venne chiamato in occasione dell'edizione del 2001 un giovane e promettente studioso Fulvio Cortese, che sarà poi Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Trento (2018-2022). A partire dall'edizione successiva sarà il sottoscritto ad assumere quel ruolo, avviando così a fianco di Gian Antonio un fortunato e ricco periodo di crescita, studio e collaborazione.

L'edizione del 2002 segna anche l'avvio dell'Osservatorio, inizialmente ide-

ato come sito web a supporto dei partecipanti per la consultazione dei materiali presentati dai relatori e la formulazione di quesiti. Le diverse sezioni dell'Osservatorio (legislazione, giurisprudenza, dottrina, bibliografia, link) erano, e sono, pensate per comporre un quadro costantemente aggiornato e liberamente accessibile a studiosi e operatori, ove reperire norme, decisioni, sentenze e studi riguardanti i sistemi di contrattazione pubblica. Al tempo, Internet cominciava ad essere diffuso soprattutto negli ambienti universitari, dove rappresentava uno strumento in rapida espansione per la ricerca e la comunicazione, ma non faceva ancora parte della quotidianità. Nella Facoltà di Giurisprudenza a Trento siamo stati tra i primi ad utilizzarlo come strumento a supporto della formazione, grazie anche all'aiuto di Giuseppe Chiasera che ci introdusse pazientemente ai rudimenti della programmazione informatica.

Negli anni successivi, la pianificazione dei corsi viene svolta con il supporto di un Comitato scientifico, al quale partecipano autorevoli accademici ed esperti, provenienti anche da altri Stati dell'Unione. Si creano, dunque, le condizioni non solo per continuare a garantire scelte di qualità nella selezione degli argomenti di maggior interesse e dei relatori più preparati, ma anche per la costruzione di un network di altissimo profilo, al quale fare riferimento per lo sviluppo di progetti di ricerca e altre iniziative. L'insieme di tali condizioni porta in poco tempo a configurare l'Osservatorio come un vero e proprio centro di studi.

Gian Antonio Benacchio è abile regista di questa evoluzione, accorto con i suoi consigli a correggere il tiro quando necessario e a garantire rigore metodologico alle iniziative, le più diverse, che sottopongo - talvolta in modo impulsivo - alla sua attenzione.

Non c'è profilo che sfugge alla sua discreta ma presente supervisione, lucida e accurata nel mantenere la rotta entro poche e strategiche coordinate di riferimento, ricordo: dialogo e confronto nel rispetto delle competenze altrui (maturate nell'ambito sia universitario che professionale); favore per l'interazione tra mondo della ricerca e delle imprese; applicazione del metodo della comparazione.

I cambiamenti degli ultimi anni hanno inciso profondamente lo scenario nel quale l'Osservatorio è cresciuto, tuttavia ritengo che la bontà di queste coordinate non sia compromessa e che le stesse possano orientare anche per il futuro l'azione dell'Osservatorio.

***

Il 2012 segna un momento di svolta. Va annotato, innanzitutto, il restyling grafico e strutturale del sito web dell'Osservatorio, possibile grazie alle capacità artistiche di Mila Margini e a quelle informatiche di Alexander Ivanyukovich.

Il 2012 segna anche l'ultima edizione dei corsi di formazione. Non è venuto meno l'interesse né il numero dei partecipanti ma avvertiamo ormai una cresciuta maturità degli operatori, pubblici e privati, riguardo la dimensione e l'importanza del diritto dell'Unione e delle interpretazioni della Corte di giustizia. Nel frattempo si sono moltiplicati a livello nazionale corsi e master di specializzazione, molti in ambito accademico, con i quali partecipiamo attivamente, sicché sentiamo l'esigenza di spostare l'attenzione su altri fronti.

Ricordo, ad esempio, le ricerche avviate sulla misurazione del diritto e del funzionamento dei sistemi di contrattazione, temi riconducibili all'ambito delle ricerche empiriche. L'obiettivo era quello di verificare – con la raccolta di evidenze misurabili attraverso l'indagine giuridica ed economica – le relazioni fra l'adozione delle regole europee, il loro recepimento e la qualità dei mercati negli Stati membri. Sono argomenti tuttora attuali come dimostra nel 2020 la presentazione della *Strategia europea per i dati* da parte della Commissione europea, seguita nel 2023 dal piano per uno *Spazio comune europeo dei dati degli appalti pubblici*, reso operativo dal 2025[1]. Non mancano su questi temi ulteriori sviluppi derivanti dall'applicazione degli insegnamenti delle scienze comportamentali che attingono alle conoscenze della psicologia (cognitiva, sociale, antropologica), della psicometria, delle neuroscienze, oggi potenziate dalla disponibilità di grandi moli di dati e potenti capacità computazionali. Sono profili sfidanti che vengono indagati insieme a Maurizio Cafagno e al gruppo di studio dell'Università dell'Insubria.

Nel 2014 è avviata la collaborazione con *Transparency International Italia* basata sulla comune consapevolezza che trasparenza e integrità sono valori guida del modo di essere e di agire delle Autorità, in special modo quando impiegano risorse pubbliche destinate a soddisfare esigenze della collettività. Con Transparency Italia lavoriamo all'aggiornamento dei patti di integrità[2] nell'ambito del progetto *Integrity Pacts: Civil Control Mechanism for safe-guar-*

[1] Si veda il portale web *Public Procurement Data Space* presentato dalla Commissione europea nel settembre 2024, www.public-procurement-data-space.europa.eu. Il piano, pubblicato nella *G.U.U.E.* C 98 del 16 marzo 2023, descrive l'architettura e gli strumenti di analisi che verranno impiegati per la gestione dei dati degli appalti di tutti gli Stati membri.

[2] I patti di integrità sono strumenti che perseguono obiettivi di: i. prevenzione e contrasto della criminalità organizzata; ii. prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nel settore pubblico e privato; iii. sensibilizzazione alla cultura della legalità e a canoni di comportamento basati sull'integrità, la responsabilità e la trasparenza; iv. rafforzamento delle forme di *civic engagement* e della consapevolezza del ruolo della società civile quale destinataria di strumenti di rendicontazione, trasparenza e comunicazione.

ding EU Funds (2016-2021) coordinato dalla Commissione europea in undici Stati membri. Oggi siamo pronti ad esportare questo strumento in altri sistemi.

Un altro fronte sul quale abbiamo investito è quello degli appalti verdi e socialmente sostenibili. Gli approfondimenti hanno riguardato le soluzioni applicabili dalle amministrazioni per perseguire non solo l'uso efficiente delle risorse ma anche finalità di tutela ambientale e sociale[3]. Su questi temi rimane il presidio dell'Osservatorio. Le iniziative più recenti sono orientate alla conoscenza degli strumenti innovativi (ricordo: il principio DNSH e le metodologie per rilevare l'impronta di carbonio, i costi del ciclo di vita e lo sviluppo dell'economia circolare) nonché alla valutazione del loro impatto effettivo sul perseguimento di obiettivi di sostenibilità.

Quanto alle finalità sociali e di tutela dei lavoratori, ricordo l'impegno dell'Osservatorio per lo sviluppo dell'accordo di partenariato a supporto dei Distretti per la Famiglia[4], un modello associativo innovativo nel quale organizzazioni pubbliche e private condividono risorse e responsabilità per il perseguimento di bisogni di interesse generale. Non meno importanti sono gli approfondimenti condotti con Luigi Gili nell'ambito del progetto Qualità e Diritti del Lavoro.

Molte iniziative sono sviluppate in collaborazione con altri gruppi di studio, ricordo quello di Federico Titomanlio presso l'Istituto Grandi Infrastrutture a Roma, di Fabrizio Fracchia con l'*Osservatorio su Contratti Pubblici e Sostenibilità* presso l'Università Bocconi a Milano, di Maria Agostina Cabiddu con il *Master Appalti e Contratti Pubblici* presso il Politecnico di Milano, di José María Gimeno Feliú e Antonio Moreno Molina con l'*Observatorio de la Contratación Pública* presso l'Università di Saragozza (Spagna), di Ximena Lazo Vitoria con i seminari internazionali su *Compra Pública Verde y Cambio Climático* presso l'Università di Alcalá de Henares (Spagna), di Jorge Witker Velasquez e Rodolfo Cancino con la *Red Internacional del Derecho Económico Circular* presso l'Instituto de Investigaciones Jurídicas della Universidad Nacional Autónoma de México a Città del Messico (Messico), di Jaime Rodríguez-Arana Muñoz con il network *Drecho Publico Global* presso l'Università

[3] Il tema, più in generale, è quello della cd. contrattazione pubblica strategica, presente dalla fine degli anni Novanta nel sistema europeo e oggi condiviso, a livello globale, nell'ambito dell'*Agenda 2030* delle Nazioni Unite.

[4] I Distretti per la Famiglia si caratterizzano per la funzione aggregativa / relazionale che sviluppano tra diversi attori, con l'obiettivo di accrescere sul territorio il benessere familiare e, per questa via, generare risorse economiche e vantaggi sociali. Possiamo qualificarli tra le infrastrutture immateriali più avanzate per la realizzazione di politiche di welfare familiare e altre finalità, rilevantissime, quali la qualificazione del territorio e del suo capitale sociale, l'innovazione della cultura amministrativa e dei modelli organizzativi, la crescita economica.

della Coruña (Spagna) e i numerosi altri centri studio di cui è referente nel Centro e Sud America (tra i molti, REDICOP, REDOEDA, FIDA).

***

Elencare le iniziative e i progetti sviluppati nel corso dei venticinque anni dell'Osservatorio sarebbe imprudente, non solo perché verrebbe messa a dura prova la pazienza dei lettori ma anche per il rischio di imperdonabili dimenticanze. Preferisco riportare alcune iniziative, rappresentative del modo e della visione con cui insieme a Gian Antonio abbiamo sviluppato le attività dell'Osservatorio.

Un primo caso riguarda il *progetto RETE TAR e CDS*, avviato nel 2010 e proseguito fino al 2014. L'obiettivo era quello di rilevare l'effettività dell'applicazione del diritto dell'Unione europea e delle decisioni della Corte di giustizia nel sistema nazionale dei contratti pubblici, attraverso il monitoraggio delle decisioni dei giudici amministrativi.

L'esperienza, che possiamo qualificare come *crowdsourcing* o lavoro collaborativo distribuito (al tempo poco diffuso in Italia), ci ha permesso, con il supporto di soluzioni informatiche basate sull'analisi semantica dei termini, di analizzare in modo semi-automatizzato le decine di migliaia di sentenze che ogni anno venivano emesse dai Tribunali Amministrativi Regionali e dal Consiglio di Stato.

Un software sviluppato *ad hoc* (da Alexander Ivanyukovich, al tempo dottorando presso il Dipartimento di Ingegneria e Scienza dell'Informazione dell'Università di Trento) selezionava periodicamente le decisioni in materia di contratti pubblici potenzialmente rilevanti per l'applicazione del diritto europeo. L'elenco ottenuto veniva ripartito tra oltre un centinaio di collaboratori (studiosi, avvocati e professionisti dislocati in tutta Italia) che verificavano il reale interesse della sentenza, se del caso redigendo i neretti (le parole chiave descrittive dei temi trattati) e inserendola nell'archivio web dell'Osservatorio. Infine, una newsletter elettronica, gratuita, metteva a disposizione di ogni interessato tutte le decisioni selezionate.

Nel periodo di maggior esito gli iscritti alla newsletter sono stati oltre 4500. Non ho remore nel riconoscere che si è trattato di un lavoro poderoso, condotto in forma ibrida coinvolgendo una rete di volontari che lavoravano da remoto attraverso la piattaforma e gli strumenti informatici dell'Osservatorio. Una palestra efficacissima per l'analisi giurisprudenziale e la conoscenza della *law in action*. Forse, oggi, gran parte del lavoro allora svolto 'a mano' potrebbe essere processato in tempi rapidissimi dalle macchine!

Il 2012 è stato anche l'anno che ha visto esplodere in Italia l'utilizzo degli

smartphone e delle applicazioni. Quando prospettai a Gian Antonio la realizzazione di AppaltiUNITN, applicazione supportata da IOS e Android, per la consultazione delle banche dati dell'Osservatorio via tablet e smartphone non incontrai resistenze: conoscete la sua passione per tutto ciò che è nuovo e tecnologicamente avanzato. Mi piace ricordare che siamo stati i primi nell'Università di Trento a sviluppare un'applicazione di tal genere.

Un altro episodio dimostra l'attenzione riservata al tema dell'internazionalizzazione e, con essa, al confronto e alla conoscenza di altri sistemi. Mi riferisco al legame storico con la Spagna, particolarmente con José María Gimeno Feliú, cattedratico dell'Università di Saragozza, che nel 2010 venne in missione a Trento per conoscere il modello dell'Osservatorio e trarne spunti in vista dell'attivazione nel 2011 dell'*Observatorio de la Contratación Pública*. Oggi il network dell'*Observatorio* spagnolo coinvolge i più autorevoli esperti e studiosi della materia (accademici, dirigenti, professionisti, operatori) e rappresenta, in Spagna, il centro interuniversitario di riferimento per il settore.

I rapporti tra i due Osservatori sono attivissimi con partecipazioni reciproche a seminari, convegni, progetti di ricerca, programmi di mobilità per studiosi e ricercatori. Tra le iniziative in corso ricordo l'attivazione della Rete Globale degli Osservatori sui Contratti Pubblici con finalità di scambio di conoscenze e buone pratiche.

***

Se volgiamo lo sguardo al passato e ripercorriamo i venticinque anni di attività dell'Osservatorio è facile far coincidere temi e iniziative proposte con i cambiamenti più significativi che hanno investito il sistema nazionale dei contratti pubblici. Al contempo, si avverte con immediatezza quanto questi cambiamenti sono stati (e sono tuttora) fortemente collegati all'emersione del diritto europeo e alla sua evoluzione.

In tal senso, l'intuizione iniziale di Gian Antonio Benacchio è risultata doppiamente vincente: con riferimento sia alla scelta di promuovere una maggiore diffusione della cultura comunitaria nel settore, sia alla scelta di farlo da una prospettiva *inedita*, ispirata al metodo della comparazione, per questo predisposta alla scomposizione e al dialogo con ogni formante del sistema, con gli altri saperi, con il contesto e le sue trasformazioni (giuridiche, economiche, istituzionali, tecnologiche e culturali). In tutto ciò Gian Antonio ha saputo condurre l'Osservatorio mantenendolo un luogo vivo, inclusivo, appassionante, un laboratorio per la sperimentazione continua di soluzioni e conoscenze da trasferire alle Istituzioni, agli operatori, agli studiosi.

Se volgiamo lo sguardo al futuro, non mancano prospettive sfidanti: la tran-

sizione digitale, la sostenibilità e la decarbonizzazione, i nuovi equilibri del contesto globale, sono tutti fronti nuovi verso i quali orientare l'azione dell'Osservatorio, forte di una comunità scientifica competente, curiosa, disponibile a cooperare per nuove e migliori soluzioni.

A questa comunità – di colleghi, amici, collaboratori – va il nostro più sincero ringraziamento, con l'auspicio che nei prossimi anni l'Osservatorio continui a rappresentare, per molti ancora, un luogo di crescita e di impegno condiviso.

PENSIERI DI UN COLLEGA UNGHERESE IN ONORE DEL PROFESSOR GIAN ANTONIO BENACCHIO

András Földi

Ho sentito per la prima volta il nome del professor Gian Antonio Benacchio nel dicembre del 1998. Mi trovavo a Roma per partecipare ad un convegno di romanisti dei Paesi est-europei e dell'Italia, organizzato dal prof. Pierangelo Catalano all'Università La Sapienza. Durante uno dei *coffee breaks*, alcuni colleghi italiani parlavano del nuovo libro di Gian Antonio Benacchio che era stato pubblicato solo da pochi mesi. Si trattava della prima edizione del *Diritto privato della Comunità europea*, alla quale sono seguite, come è noto, numerose edizioni rielaborate. I colleghi italiani lodavano con entusiasmo il volume per i contenuti scientifici e didattici e la mia curiosità fu tale che il giorno stesso, se non quello successivo, andai in una libreria del quartiere universitario per comprare una copia dell'opera.

Rientrato a Budapest ho letto il libro per intero e ho ben compreso la ragione dell'entusiasmo dei colleghi italiani. Mi fu subito chiaro che sarebbe stato utile tradurre tale eccellente opera in ungherese.

Ho sempre saputo che la remunerazione per le traduzioni e, più in generale, per il lavoro *stricto sensu* scientifico è malauguratamente assai modesta in Ungheria, ma tali considerazioni hanno sempre avuto poca influenza sul mio lavoro. Del resto la motivazione era forte, per un verso la traduzione mi avrebbe permesso di conoscere a fondo i contenuti del libro, per l'altro verso avrei reso l'opera più accessibile ai giuristi ungheresi, i quali al tempo non conoscevano bene il diritto comunitario, anche a causa della mancanza di libri in ungherese sull'argomento. Inoltre, il volume di Gian Antonio Benacchio offriva una visione dettagliata, autentica e comprensibile sulla materia, caratterizzata da non poca complessità. Ricordo che il diritto dell'Unione europea rappresentava un tema attualissimo in Ungheria, che si apprestava insieme ad altri Stati all'adesione, avvenuta il primo maggio del 2004.

Gli impegni accademici mi hanno impedito per un certo periodo di trovare il tempo necessario per la traduzione, senonché alcuni anni dopo, nel giugno 2001, ho avuto modo di conoscere personalmente Gian Antonio Benacchio in occasione della partecipazione al convegno in onore di Alberto Burdese, organizzato a Padova dal prof. Luigi Garofalo. Ho potuto così esprimergli di

persona l'ammirazione per il libro e, al contempo, manifestare la mia disponibilità per la traduzione e la pubblicazione in Ungheria. Fui molto felice che lui fosse d'accordo.

In seguito Gian Antonio ha accettato la mia proposta di coinvolgere nei lavori per la traduzione Norbert Csizmazia, che collaborava alla cattedra di diritto romano all'Università Eötvös Loránd di Budapest. Norbert si era laureato da poco, nel 2002, ma era già un brillante studioso nel campo della giurisprudenza – compreso il diritto privato europeo – con una eccezionale conoscenza delle lingue straniere. Norbert assunse l'impegno della traduzione dei primi tre capitoli della parte speciale (diritto societario, protezione dei consumatori, responsabilità del produttore), mentre io mi occupai degli altri. Nel frattempo Norbert Csizmazia ha conseguito un PhD all'Università di Cambridge e oggi insegna diritto civile nell'Università Eötvös Loránd di Budapest.

Gian Antonio ci inviò due copie della 2a edizione rielaborata del 2001 e nell'autunno di quell'anno iniziammo con Norbert Csizmazia i lavori della traduzione. Ricordo una fitta corrispondenza con Gian Antonio per poter interpretare correttamente i concetti meno conosciuti da noi. Nell'aprile del 2002 incontrai di persona Gian Antonio in occasione di alcune lezioni che tenevo nelle Università di Ferrara e di Bologna. In particolare, durante il soggiorno a Ferrara abbiamo avuto occasione di confrontarci e discutere taluni problemi complessi della traduzione approfittando della piacevole atmosfera di uno splendido pranzo a Porto Garibaldi.

L'edizione ungherese del volume (*Az Európai Közösség magánjoga. Polgári jog. Kereskedelmi jog*) è stata pubblicata nel marzo del 2003 dalla prestigiosa casa editrice Osiris di Budapest. Come quasi tutti i libri di questo Editore, anche il volume di Benacchio è apparso in *hard cover* e con un'illustrazione a colori nella copertina. In base alla proposta di Gian Antonio nella copertina venne riprodotta una bella mappa cinquecentesca dell'Europa, realizzata dal famoso cartografo fiammingo Abraham Ortelius. La relativa fotografia di ottima qualità fu messa a disposizione da Priuli & Verlucca Editori.

La presentazione del libro si è celebrata nell'Università Eötvös Loránd di Budapest, alla presenza, tra gli altri, della prof.ssa di diritto privato europeo, Judit Fazekas, che al tempo era vicesegretario dello Stato al Ministero della giustizia e che aveva scritto la prefazione. Era presente anche Gian Antonio Benacchio e alla sera abbiamo avuto modo di chiacchierare nel corso della festa organizzata a bordo di un battello sul Danubio, in compagnia dell'ambasciatore d'Italia a Budapest e del direttore dell'Istituto italiano di cultura per l'Ungheria.

Sebbene l'edizione ungherese del „Diritto privato" di Gian Antonio Benacchio non è arrivata ad una seconda edizione, ha avuto una influenza ben documentabile sullo sviluppo della giurisprudenza ungherese. Il libro ha ri-

cevuto numerose recensioni e viene citato tuttora nella letteratura ungherese. Il pensiero più influente del libro riguarda la distinzione tra l'uniformazione e l'unificazione operata dal diritto comunitario, effetti che non erano conosciuti in Ungheria, per i quali nella letteratura ungherese ancora oggi si fa riferimento a quest'opera.

Sono passati più di quattro lustri dall'uscita dell'edizione ungherese e dopo tanti anni posso dire che l'idea di tradurre il „Diritto privato" di Gian Antonio Benacchio è stata una delle migliori decisioni della mia vita. Oltre a tanti vantaggi scientifici e professionali, tale progetto mi ha donato l'amicizia sincera, e forse posso aggiungere eterna, di un eminente giurista italiano. Gian Antonio ha sempre cercato e trovato con eleganza e benevolenza le occasioni di remunerare le mie fatiche per la traduzione. Non è questa la sede per ricordare i benefici che ho ricevuto da lui nel corso degli anni ma gli sono assai grato e riconoscente, e con i miei mezzi modesti ho cercato anch'io le occasioni per curare la nostra amicizia. Come sappiamo da Cicerone, l'amicizia è estremamente preziosa e diviene ancora più preziosa se dura nel tempo:

Non enim debent esse amicitiarum sicut aliarum rerum satietates; veterrima quaeque, ut ea vina, quae vetustatem ferunt, esse debet suavissima; verumque illud est, quod dicitur, multos modios salis simul edendos esse, ut amicitiae munus expletum sit (Cic. *Lael*. 67).

Con questi pensieri e con stima sincera auguro al mio carissimo collega ed amico Gian Antonio Benacchio, salute ottima e ancora tanti successi nella *vita publica* e nella *vita privata*. *Ad multos annos!*

PROFESSOR GIAN ANTONIO BENACCHIO: A EUROPEAN SCHOLAR AND ADHERENT OF NATURAL LAW

Nikola Mojović

The *liber amicorum* dedicated to Professor Gian Antonio Benacchio stands as a fitting and well-deserved tribute to an esteemed scholar in the field of legal science and jurisprudence at large, whose significant work has advanced not only Italian legal scholarship but also the broader European legal culture, alongside the legal systems of nations emerging within the territory of the earlier Yugoslav state. What particularly distinguishes Professor Benacchio among European legal scholars, and what justifies the publication of this special collection of papers in his honour, is his exceptional engagement with Serbian and erstwhile Yugoslav law, coupled with his amicable disposition toward our culture and people. I first met Professor Gian Antonio Benacchio at a one of the earlier meetings of the Kopaonik School of Natural Law, and over the course of several years, we engaged collegially at these gatherings, conversed, jointly attended presentations of academic and professional papers, and participated in scholarly debates.

A mere glance at Professor Benacchio's curriculum vitae reveals a scholar with a distinguished university career and legal authorship, supported by an exceptionally prolific academic bibliography. At the outset of his scholarly career, he developed an interest in Yugoslav law, and in 1984, secured a grant from the Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) for an eight-month research period at the Faculty of Law, University of Zagreb (Croatia), and the Faculty of Law, University of Belgrade. The Scientific Society of Serbia admitted Professor Dr. Gian Antonio Benacchio as a member, taking into account – among other considerations – that his command of the Serbian language and expertise in Serbian law enabled Serbian civil law to gain at least partial visibility on the European stage.

Since his appointment as a tenured professor at the University of Trento in 1999, he has taught a range of subjects: Institutions of Private Law, Private Law and Antitrust Law of the EU, Law of Eastern European Countries, Private Law of the EU, International Trade Law, and Institutions of EU Law. He is the author of numerous textbooks, monographs, studies, and scholarly articles in the fields of European law, comparative law, and the legal systems

of Eastern European countries.[1] As a leading Italian and European legal scholar, his contributions to European civil law are held in high regard. Professor Benacchio's scholarly works have been published in Italian, English, French, Spanish, Hungarian, Serbian, and Croatian. A comprehensive assessment of his academic output would require significantly more space than this concise overview allows.

In particular, on this occasion, I aim to highlight select impressions of Professor Benacchio's scholarly contributions and personal qualities, focusing primarily on his involvement with the renowned Kopaonik School of Natural Law, it bears noting, operates under UNESCO patronage. For years, the Kopaonik School was led by its founder and president, the distinguished academic Professor Slobodan Perović, whose annual opening addresses at the School's international gatherings commanded significant attention. As I have chaired recent meetings of the Kopaonik School of Natural Law, it has been my privilege to introduce and welcome Professor Gian Antonio Benacchio as an esteemed guest and friend before audiences of approximately 1,000 legal professionals and conference participants. To this day, he remains a dedicated participant and member of the Kopaonik School's team – a legacy initiated by Slobodan Perović and now continued under the leadership of President Professor Jelena Perović Vujačić.

It is no coincidence that Professor Benacchio became a member of the Kopaonik School of Natural Law. Indeed, over time it has become evident that Professor Benacchio joins the ranks of those friends and adherents of the Kopaonik School of Natural Law such as were the great European professors and intellectuals whom he has academically succeeded – to take the example of Professor Rodolfo Sacco, the renowned comparativist and civil law scholar from the University of Turin, whose work gained global recognition. Professor Sacco was an esteemed guest and participant at the Kopaonik School, and was a very close colleague of Professor Slobodan Perović. Their collaboration was anchored in encyclopaedic knowledge and vast practical experience; experience as editors and commentators, and as advocates of justice and equitable

[1] A selection of notable works: *Diritto privato della Unione europea*, VII ed., Padova, 2016, 431 p. (VI ed.; 2013; V ed. 2010; IV ed. 2008; III ed. 2004; II ed. 2001, I ed. 1998); *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud (Sloveni, Croati, Serbi)*, Padova, 1995; *La proprietà nell'impresa autogestita jugoslava*, Milano, 1988; the volume translated into Hungarian by prof. Andras Földi with the title *Az Európai Közösség magánjoga; Polgári jog, kereskedelmi jog*, Budapest, 2003; (with B. Pasa), *The Armonization of Civil and Commercial Law in Europe*, Budapest, 2005; *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza* (with M. Carpagnano), Trento, 2007; (with E. Arroyo, R. Vinas, B. Pasa), *Repertorio de derecho civil y mercantil comunitario*, Barcelona, 2005.

jurisprudence. Notably, Professor Sacco was elected by his peers to chair the commission responsible for organising studies at the newly established Faculty of Law, University of Trento – the institution from which Professor Benacchio hails. The Faculty of Law in Trento is ranked among Italy's finest, and its success is attributed in part to the deep influence of Professor Sacco's on the definition of its mission.[2] For every major international gathering of legal scholars such as the sessions of the Kopaonik School of Natural Law, it of great significance to have among the participants such a distinguished legal scholar – one endowed with depth of mind, acuity, innovation, and creativity, and whose works, by their substance, have been literally revolutionising how law should be understood and studied. As much as I have been able to discern, Professor Benacchio – much like Professor Sacco before him – is interested in the study of legal thought in a manner open to all forms of legal experience at a global level. Professor Benacchio was able to find such an opportunity in the breadth of the Kopaonik School of Natural Law, which rests on the six pillars of the Hexagon – pillars that simultaneously serve as the School's academic chairs, encompassing a comprehensive array of interrelated legal disciplines.

As a scholar shaped by the European legal tradition, in which the rule of law has been elevated to the status of a guiding principle, Professor Benacchio may have found resonance in the words of Professor Slobodan Perović, spoken during one of his final addresses at Kopaonik: "Before we speak of the rule of law, it is essential that we first establish the rule of culture, peace, and survival." As a participant in the Kopaonik School of Natural Law, Professor Benacchio was well-acquainted with the philosophical truth: "Nature is the measure of all things. Just (natural) law is the measure of all laws".

Of course, Professor Benacchio recognises that there would be no European legal culture or European law as a body of rational law without justice permeating both its creation and application. In his study of legal theory and Eurpean comparative legal practice, Professor Benacchio has encountered the idea of justice as the foundational bedrock of all conventions and other sources of international law – beginning with the 1948 UN Universal Declaration of Human Rights and continuing through the many subsequent international documents fostering peacable associations and integrations, as well as regional and national constitutional frameworks.

On the other hand, at the Kopaonik School, alongside Professor Benacchio, we could hear Professor Perović's oft-repeated thought that law would lack the necessary measure of legal certainty if it were to oscillate between

[2] J. Gordley, *The Legacy of Rodolfo Sacco*, in *The Italian Law Journal*, 8, 1, 2022, 7-9; M. Graziadei, *Rodolfo Sacco: An Intellectual Portrait*, in *The Italian Law Journal*, 8, 1, 2022, 11-19.

being law at one moment and anti-law the next, without objective criteria in its application. In other words, the principle of legal certainty is an indispensable attribute of any legal order and cannot be called into question. Likewise, the principle of legal certainty must not ossify legal categories in perpetuity, as doing so would – much like the first hypothesis – betray both itself and its societal vocation.

At the Kopaonik School of Natural Law, Professor Benacchio became acquainted with the aspiration of Serbian and regional jurists to Europeanise their legal systems. Consequently, his theoretical and practical legal expertise proved invaluable in explaining to jurists from the region – as well as those present from the broader international community – that the judicial practice of the European Union Court holds central importance in the process of Europeanising national laws; and that the decisions of this Court are of unquestionable significance among the sources of law, operational rules, and general legal principles. Professor Benacchio emphasises that European judicial practice possesses the authority to establish rules that are then imposed on national legal systems, thereby driving integration through implementations that are at times highly innovative. However, what he highlights is a particular aspect of contemporary European law, perhaps less immediately apparent: It concerns the ability of European judicial practice to model national legal provisions according to standards of reasonableness. In this respect, he argues that their strict application could lead to unjust or less balanced solutions. Professor Benacchio has in mind that, in an era of increasing acceleration of social and economic phenomena, the interpretative action of that Court holds essential importance.

Over the course of his distinguished academic career, Professor Benacchio has had the great honor of becoming a member of world-renowned legal associations: Académie internationale de droit comparé (Paris), Scientific Society of Serbia (Belgrade), Société de législation comparée (Paris), Association Henri Capitant (Paris), Italian Association of Comparative Law.

Throughout the entire period since I met Professor Gian Antonio Benacchio, he has consistently remained a composed, unassuming figure who captivates with his simplicity and approachability – undoubtedly the hallmark of a true intellectual and scholar.

VICENDE POSTE IN EVIDENZA SULL' UMANITÀ E L'ATTIVITÀ DI GIAN ANTONIO BENACCHIO

Alberto Pierobon

SOMMARIO: 1. Fuori dai fatti. – 2. Disciplina degli imballaggi primari: tra consorzi obbligatori e concorrenza. L'AGCM e i cambiamenti nella disciplina nazionale in rapporto a quella europea. – 3. Contenziosi in Croazia, conoscenza dell'ordinamento giuridico, della lingua, della cultura serbo-croata, capacità relazionali. – 4. Prassi notarili e interpretazioni fallaci a suon di sigilli. – 5. *Ecce iterum Crispinus*: altre interpretazioni davanti alle quali non si deve chinare il capo. – 6. Ulteriori interpretazioni di "giromanovella". – 7. Diritto successorio estero: niente furbate please! – 8. Consorzi privati di gestione dei RAEE: eco-contributi da verificare diacronicamente, per cambiare le regole dei giochi sotto le regole. – 9. Onestà e disciplina di ortopedia esistenziale.

1. *Fuori dai fatti*

Inevitabilmente si stringono rapporti umani (eccezion fatta per gli anacoreti), talvolta nel segno del nostro "Prossimo" ove si percepisce un poco del bene delle comunità nate da un comune fervore – come osservava Nietzsche.

E, se è zollianamente vero che certi segni del destino si svelano soltanto al loro compimento, mi pare che nei frammenti dei racconti che qui brevemente illustro, ci siano – oltre all'elemento della "volontà" – le tracce di una "connessione" tra le diverse vicende, che meglio consentono di illuminare la persona del Prof. Gian Antonio Benacchio ("Gian").

Un filo a piombo scende da tutte queste piccole storie, attraversando fatti, persone, vicende, e tanto altro, mostrando le strette relazioni fra sfera umana e professionale, svelando senza nessun filtro la greve mediocrità che aleggia nei tanti mondi: accademico, industriale, istituzionale, professionale, affaristico, ecc.

Thomas Mann ricordava che per salvarci dalla mediocrità occorre fare ricorso alla semplicità, che è dire essenzialità, non ingenuità. Gian testimonia qui come nei problemi e nei drammi di più vicende ancorché tortuose, complesse, complicate, frastagliate, si possa rimanere semplici evitando l'incoscienza e il dilettantismo, fuori dalle obbedienze ai potentati o ai facili successi.

Se l'umanesimo in molti casi si depaupera in individualismo, nella misura dell'uomo che cerca modelli di successo, mi pare che qui alfine risalti l'amicizia

quale bene prezioso da condividersi con pochi, non essendo essa espansibile in astratte economie di scala.

2. *Disciplina degli imballaggi primari: tra consorzi obbligatori e concorrenza. L'AGCM e i cambiamenti nella disciplina nazionale in rapporto a quella europea*

Una dozzina di anni fa, mi sono rivolto a Gian, su indicazione di un Suo collega, cercando un professionista come dire... fuori dai giochi avvocateschi, per un delicato incarico riguardante il riconoscimento di Consorzi autonomi per la gestione degli imballaggi.

L'esperienza si rivelò tumultuosa perché il committente, un verace imprenditore che produceva imballaggi con propri stabilimenti in almeno tre regioni del Nord Italia (e con uffici commerciali in tutta Europa) – sganciato dalla galassia di coloro che gravitano negli affidamenti dei Consorzi pubblici – aveva da tempo originalmente organizzato e avviato un sistema di ripresa dei propri imballaggi presso i clienti, una volta che gli imballaggi erano stati utilizzati[3].

Con sano buon senso l'imprenditore si chiedeva perché mai dovesse sottostare alle richieste (*sic!*), da parte dei Consorzi nazionali, di applicazione di un contributo internalizzante anche il costo per il recupero / riciclaggio degli imballaggi, posto che la sua organizzazione già gestiva e garantiva questa fase, con obiettivi e percentuali di riciclaggio peraltro superiori agli altri operatori di mercato e financo dei predetti Consorzi.

L'iniziativa era stata però "incurvata" istituzionalmente, e veniva ostacolata (uso un... eufemismo) da tempo e in più modi, entro un'asprissima contesa tra diversi soggetti, quali ministeri, imprenditori concorrenti, miriadi di clienti, consorzi nazionali, e tanti altri che coltivavano, come dire... interessi obliqui diretti ad avversare (onde capitalizzare la sconfitta di quel) l'iniziativa, e annichilire qualsivoglia iniziativa pioneristica in tal senso.

Donde un'aspra proliferazione di litigiosità e di ricorsi giudiziali a tutti i livelli e sedi, tra diffide, continue richieste di chiarimenti / approfondimenti, lettere di *patronage*, ecc. paventando sanzioni, avvedendosi degli echi lobbistici anche nelle iniziative legislative che venivano sollecitate, soprattutto in modo

[3] Ne riferisco (esplicitando i meccanismi), tra le casistiche di cui al volume *Ho visto cose. Tutti i trucchi per rubare in Italia raccontati da un manager pubblico*, Milano, 2017. Anche qui evito, con cura, di rendere riconoscibili persone, luoghi e altro.

carsico, da consulenti "mercenari" e/o da parlamentari appartenenti a diversi partiti, negli interessi più o meno trasversali, e non sempre "pubblici"[4].

L'imprenditore mi aveva chiamato per costituire una sorta di *task force* (sostituendo un gruppo di legali, gesuiti forse obbedienti ad altri, che da anni producevano perlopiù ... parcelle) proponendomi di svolgere il ruolo di "ufficiale di collegamento" con un "nuovo" *team* che fosse di rottura rispetto al passato; un team alfine individuato in Gian e in un altro fidato esperto amministrativista da me proposti, oltre ad un valente dirigente tecnico-commerciale molto vicino (per idee e impegno) all'imprenditore.

Gian, si dedicò da subito, con molta pazienza e meticolosamente, a comprendere la complessa vicenda, privilegiando (e questo mi sembra un aspetto subito da evidenziare) la realtà dei fatti, cioè di quanto – secondo i diversi scenari organizzativi e normativi che si potevano prefigurare – concretamente accadeva, nei loro diversi effetti.

Gian ha sempre cercato di andare oltre il formalismo, indagando il ruolo concreto degli istituti, verificando l'effettività delle proposizioni dei testi normativi, nella prospettiva non solo del risultato finale ma anche, e soprattutto, del processo storico-evolutivo, come pure delle interrelazioni e risonanze con altri istituti giuridici, delle armonie e disarmonie di tutta la materia[5].

Dopo una prima ricostruzione, Gian ci convinse che assieme a quanto era già stato posto in atto per fronteggiare il malanimo altrui, occorreva snidare la problematica dal punto di vista del mercato e della concorrenza, intavolando un diretto e franco confronto non solamente dinanzi al Ministero dell'Ambiente, bensì con l'AGCM. Gian seguiva personalmente quest'ultima strada, sia nelle missive da inoltrare, che conferendo con i referenti dell'Autorità.

Gian è stato sempre molto chiaro e preciso nel porre agli interlocutori le problematiche giuridiche via via che emergevano dalla complessiva analisi elaborata dal *team* che si avvaleva anche di consulenze tecniche di alto livello[6].

Per Gian la normativa italiana era obiettivamente contrastante col diritto europeo (al contempo fu avviata presso il competente ministero una richie-

[4] Su questi "continui assalti alla diligenza" dei testi normativi in materia di ambiente, tramite l'attività sommersa di laboriosi genieri (se non guastatori) legislativi riguardanti non solo il "mercato" degli emendamenti, ma altresì il confezionamento di pareri, analisi, *report*, regole tecniche e così via (dati, livelli, limiti, tabelle, *standard*, ecc.) sia consentito rinviare al volume (a mia cura), *Nuovo manuale di diritto e gestione ambientale*, Rimini, 2012.

[5] Cfr. G. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Milano, 2024, 4 ss.

[6] Tuttavia grandi rimanevano gli abbagli che la squallida turba del mondo dei rifiuti cercava – quasi in modo teppistico – di propinare agli enti istituzionali, oltre che di propagandare, con riflesso condizionato persino nei *mass-media*.

sta di disapplicazione delle procedure di cui all'art. 221 del Testo Unico Ambientale), in particolare con le norme sulla libera concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE), auspicando una regolazione nazionale meno restrittiva, non essendo tale limitazione giustificata, peraltro essendo priva di qualsiasi vantaggio per l'interesse pubblico ambientale.

Nell'acutissima sensibilità di Gian per le questioni del mercato connesse alla realtà imprenditoriale, Egli ha sempre privilegiato l'analisi del "blocco" costituito non soltanto dalla norma, ma anche dagli interessi coinvolti (e dai loro portatori), andando a selezionarli in modo da evidenziare quelli che potevano essere reputati "sani" rispetto agli interessi, come dire, di… bottega!

Il Suo metodo comparativo e induttivo, lo portava – con umiltà e precisione – a rileggere gli istituti e le disposizioni normative assumendo una prospettiva permeata da sano buon senso e concretezza. Ma gli interlocutori, imbozzolati in teorie e ambienti "conservativi", non erano disponibili a siffatte letture sincretiche.

Gian formulava le questioni in modo semplice, logico, lineare, usando moderazione e serietà, il che allora (come avvenne in altre situazioni) sortì l'effetto non solo di impressionare favorevolmente i protagonisti (nel frattempo: sempre più furenti), ma anche di stimolare con nuove visioni la torma che popolava il settore...

Dal lavoro condotto scaturì un potente (direi quasi inaspettato, soprattutto per l'imprenditore) intervento dell'AGCM, tale da stordire e sbalordire le "controparti".

Infatti, le Fiamme Gialle attivate dall'Autorità, repentinamente posero sotto sequestro, *computers* e *data base* di coloro che sembravano voler continuare – grazie alla serqua di interpretazioni capziose e/o giovandosi del proprio ruolo – ad agire come monopolisti/oligopolisti o comunque sfruttando una posizione dominante.

Chiaramente le cose non furono semplici.

Ci muovevamo in un ginepraio, dove anche i cosiddetti amici dimostravano, alla prova dei fatti, di essere stati avvicinati, ove non già collusi coi "nemici".

Ma nelle peristalsi istituzionali, alfine si approdò ad un risultato assai soddisfacente per le finalità dell'imprenditore.

Era bastato quel refolo di vento per alzare l'aquilone del cambiamento: ma, davvero, non era stato un semplice refolo!

Si potrebbe anzi azzardare a sostenere che l'attuale riconoscimento normativo italiano – tramite la dianzi auspicata apertura al mercato e alla concorrenza – ai "sistemi autonomi" (art. 221-*bis* del TUA), approdo che è nell'interesse di tutto il mercato e degli imprenditori interessati, sia frutto e merito del tanto lavoro svolto con indipendenza e serietà da Gian.

Infine, va evidenziato che l'incarico *de quo*, su espressa richiesta di Gian, venne affidato dall'imprenditore direttamente all'Università di Trento, tramite apposita convenzione, perché Egli voleva là finanziare la ricerca e la presenza di ricercatori. Una ennesima prova, questa, della genuina vocazione e passione di Gian nell'ambito dell'insegnamento universitario.

3. *Contenziosi in Croazia, conoscenza dell'ordinamento giuridico, della lingua, della cultura serbo-croata, capacità relazionali*

Pochi anni dopo quell'esperienza, mi chiamò riservatamente (con tono disperato) un imprenditore italiano che era rimasto per così dire "impigliato" in una iniziativa immobiliare in Croazia.

Aveva acquistato (grazie a dei "facilitatori" locali) un terreno in una splendida località turistica prospicente il mare, ove intendeva realizzare un centro commerciale, ma erano emersi – a suo dire – dei … "pasticci". In particolare la caparra che aveva consegnato ad un legale del posto, era stata misteriosamente sottratta nottetempo dallo studio legale. Era pertanto venuta meno la fiducia dell'imprenditore per i soggetti che orbitavano nell'iniziativa, i quali forse avevano addirittura inscenato il furto, con pericolosa nequizia, nell'obiettivo di accaparrarsi quell'appetibile terreno e… l'affare!

In generale, gli italiani recandosi all'estero vagheggiano spesso di godere di un regime giuridico-amministrativo-fiscale più flessibile, se non lasco, per le loro attività, pensando di porsi fuori dalla – per loro rigida e asfissiante – normativa italiana, financo europea[7].

Per chi però conosce veramente il diritto (e il "sistema") croato non è proprio così. Certo si possono cercare delle comode scorciatoie, ma a lungo andare non si risolvono i problemi: e tanto vale per ogni altro Paese europeo.

Insomma, sembrano echeggiare i soliti *slogan* propinati da chi non è abituato ad agire rispettando le regole, dove però i nostri connazionali – anche quelli animati da buone intenzioni – rimangono talvolta vittime di facilonerie

[7] Assieme a Gian, detesto coloro che assumono, quale modello di vita, il successo e il denaro, spesso arrivando a truffare, mentire e illudere, persino gli amici e parenti, riducendo così il loro Prossimo ad affarismo e vittime dei loro imbrogli. Molti di questi imbonitori, di mentalità paesana, favoleggiano sulla possibilità di aggirare le regole (anche morali) fuori dall'Italia, insistendo con "è più facile essere imprenditori e fare soldi all'estero", spingendo molte anime innocenti a seguire il miraggio. "Fanno chiasso per essere messi a tacere con la bocca piena": questa la verità. Chi ha dimestichezza, nel cosiddetto "uso di mondo" (e conoscenza degli ordinamenti giuridici, oltre che cultura internazionale), non tollera le imposture di queste persone che – nei loro malesseri esistenziali, insicurezze e tossicità – appiattiscono e disseccano l'esistenza.

e illusioni instillate ad arte da professionisti e operatori locali (e non) nel ruolo dei burattinai.

Occorreva quindi uscire da quel buio *tunnel*, sbaragliando tutti, agendo cioè imprevedibilmente, il che significava semplicemente ricorrere trasparentemente e correttamente agli organi di giustizia croati.

Un paese, la Croazia, che seppur geograficamente vicino all'Italia risulta essere molto diverso per cultura e modi; difficile da capire se non si conosce e capisce la storia croata nel suo insieme. Figurarci per gli *animal spirits* in cerca di giustizia (termine qui forse meglio da definirsi) ossia per l'imprenditore italiano che intendeva strategicamente riprendersi. La domanda che l'imprenditore, illuso e ferito da quei precedenti si poneva era sostanzialmente: a chi (e come) posso mai affidarmi, senza rischiare l'annichilimento o… peggio?!?

Sembrava una *mission impossible* perché l'imprenditore chiedeva di muovermi in un terreno sconosciuto, su questioni complicate.

Ricordavo che Gian conosce fluentemente la lingua serbo-croata, e, ancor più il loro ordinamento giuridico, intervenendo su questi temi da lustri, intrattenendo rapporti di altissimo livello con le Università, le istituzioni e la magistratura (finanche costituzionale) di più Paesi dell'Est europeo.

Pertanto, dopo che fu inutilmente esperito un primo sondaggio tra i legali croati (anche quelli che venivano indicati dai consolati italiani), lanciai una richiesta di aiuto a Gian.

Come sempre il Nostro si rese disponibile e agì rapidamente. Grazie ai suoi contatti con il mondo giuridico slavo, giunse a segnalarmi un giovane e preparato avvocato che (elemento non secondario per intrattenere un serio rapporto dialettico) aveva dimestichezza con la lingua italiana.

Si avviò quindi un aggressivo contenzioso avanti il competente tribunale croato. Questa mossa fu inaspettata per le controparti che apparentemente erano i venditori del terreno, ma in pratica erano alleati dei veri "nemici", ovvero i cosiddetti sodali e professionisti dell'imprenditore. Tanto per complicare le cose emerse che quel terreno derivava da una disputa proprietaria (all'epoca in corso) tra lo Stato Sloveno e quello Croato (essendo stato il bene precedentemente intestato allo Stato Jugoslavo) che dovette essere placata, sempre in sede giudiziaria, grazie ad una complessiva ricostruzione giuridica che andava fuori dai porti sicuri della disputa civilistica. Anche qui Gian, che aveva già studiato il delicatissimo trapasso dalla Jugoslavia ai nuovi Stati, fu prezioso per trovare una soluzione cui indirizzare il giovane avvocato.

Però, ad un certo punto, il legale sembrava essere stato "avvicinato" dalle controparti dozzinali (l'evento scatenante fu una cena organizzata, a insaputa dell'investitore, dai soci-sodali di quest'ultimo, con i legali dei venditori, alla quale venne invitato anche il "nostro" avvocato). Questi soggetti continuavano

ad aggrovigliare e complicare ogni cosa, facendola sembrare un nodo gordiano, ciò ovviamente nel tentativo di scippare il terreno e di mungere più soldi possibili all'imprenditore straniero, confidando nella sua ignoranza, quantomeno della lingua e della normativa croata.

Noi prudenzialmente ci tenevamo ai margini della vicenda (per mia scelta svolsi l'incarico gratuitamente), ma lanciai un *alert* a Gian che, con la solita cura e attenzione, si attivò con indubbia diplomazia e riservatezza (caratteristica quest'ultima che, assieme alla modestia, costituiscono aspetti del suo speciale prisma caratteriale, prima ancora che professionale); immagino confrontandosi anche una sua "rete" croata di riferimento.

Ad ogni modo, tutto ciò risultò efficacissimo, poiché giunse immediatamente il *feed back* del nostro legale croato che ritornava nei ranghi, prendendo le distanze da quei bravi di manzoniana memoria.

La vicenda ovviamente più complicata di quel che posso qui riportare[8] si è protratta per qualche anno, ma alla fine – dopo ulteriori colpi di scena – la causa risultò vittoriosa per l'imprenditore, poiché il giudice decise di mettere all'asta il bene in questione, sulla base di una perizia onde poterlo risarcire, spiazzando completamente i potentati locali che invece erano certi di riuscire nel loro intento truffaldino (o forse ci riuscirono, parzialmente, in altri modi).

Ulteriori questioni conseguenti alla restituzione giudiziale della somma anzitempo pattuita per la compravendita, oltre agli interessi e alle spese, comportarono altre problematiche societarie-bancarie, che furono anche qui districate da Gian con semplici telefonate, chiarendo i guazzabugli in cui si dimenavano occhiuti impiegati e/o funzionari acciarponi, ossia quell'esercito delle mezze maniche che, ovunque vai, non manca.

Non bisogna cadere nell'errore per il quale agli investitori stranieri servono avidi stuoli di legali, di commercialisti e di consulenti. Invece, una persona come Gian sa come muoversi e parlare – pur sempre nel rispetto della legalità, evitando le cosiddette "scorciatoie" – trovando soluzioni.

Anche qui Gian ha operato sempre disinteressatamente, non avendo mai chiesto alcun compenso e nemmeno accettando nessuna forma di rimborso spese.

L'imprenditore pensava che il risultato miracoloso fosse stato possibile grazie all'avvocato croato. In realtà il merito fu quasi esclusivamente di Gian, diversamente le cose sarebbero proseguite nel noto principio de *l'appétit vient en mangeant*, fors'anche peggio…

[8] Come negli altri episodi, mi astengo dal far individuare persone e situazioni, come pure evito di partecipare delle confidenze nel tempo ricevute.

4. *Prassi notarili e interpretazioni fallaci a suon di sigilli*

Più recentemente mi sono rivolto a Gian per capire se talune "interpretazioni" spicciole su certi atti notarili – ove veniva richiesta la partecipazione di parenti o di amici – fossero fondate o meno.

Viviamo in tempi perigliosi e ambigui, e, purtroppo anche in quel mestiere non mancano i burbanzosi che – intorbidando situazioni ed esigenze – suggeriscono atti e comportamenti da adottarsi più a tutela loro, evitando di cercare diverse soluzioni nell'interesse del cliente. Così talvolta qualche notaio, freddo e non imparziale mandatario, sembra imporre atti inutili e costosi.

In un caso evidenziai ad una notaia che non serviva che un marito in regime di comunione dei beni partecipasse ad un atto che la famiglia si apprestava a stipulare; sostenevo la tesi su vari elementi storici e documentali relativi al bene da compravendere che era già loro intestato e frutto di investimenti risalenti, ben precedenti il matrimonio. Telefonai a Gian per confrontarmi, il quale subitamente rispose confermando la mia posizione. Col Suo consenso riferii tanto alla Notaia, che scoprii essere una sua *ex* studentessa. Dapprima Ella si prese una pausa come dire... meditativa, confrontandosi poi col collega di una altra regione che pretendeva (per meglio tutelarsi o per rassicurare il suo cliente) comunque un atto diciamo...di "manleva". Nel successivo colloquio la pervicace notaia sibilò "Ma sono io che ho il sigillo! I professori facciano i professori!". Insomma Ella intendeva e sventolava il sigillo quale rassicurante giroscopio delle proprie attività.

Rimasi disgustato, della grezza uscita di quella mente utilitaria, tronfia del proprio trofeo notarile. Ciò a maggior ragione sapendo – in questi lustri di frequentazione – che Gian nel suo ruolo e vocazione di insegnante ha sempre manifestato una preclara passione, generosità, apertura, e, non da ultimo, la speranza a ché i suoi allievi progrediscano umanamente e professionalmente. Se la notaia blandiva il proprio sigillo, Gian semplicemente mostrava il timbro onesto e verace dello studioso serio che non si ferma davanti alle anguste forme.

Mi irritava quell'atteggiamento che trovavo fuori luogo, maleducato e arrogante; di una persona neghittosa e impermalosita nella presunzione di una insindacabile conoscenza professionale, comunque tale da tenersi alla larga dall'accogliere le minute esigenze dei clienti.

Mi sfogai con Gian che amabilmente rise e scrollò le spalle, aggiungendo: "guarda, ci sono idiozie peggiori in giro, davvero più scandalose: ad esempio chi sta vendendo un immobile anzitempo ereditato dovrebbe dichiarare – se non erro secondo una circolare dell'ordine – con un atto a parte (del costo di circa 600 euro) di avere accettato l'eredità. Ma è evidente qui che l'accettazione

è già avvenuta tacitamente. Di più: se hai ereditato tre case, delle quali ne hai già vendute due e dopo anni vendi anche la terza, il notaio comunque vuole che si dichiari (con un altro atto, quindi altri costi) di aver a suo tempo accettato l'eredità, il che è quantomeno illogico se non *contra ius*, essendosi già verificata, appunto, l'accettazione (tacita o non), addirittura per l'intera eredità".

5. Ecce iterum Crispinus*: altre interpretazioni davanti alle quali non si deve chinare il capo*

In un altro caso nel quale ho coinvolto Gian, un impettito e grigio studio notarile ubicato in una regione limitrofa, imponeva (tra altro) a dei soci di una Srl posta in liquidazione, di partecipare alla stipula di un contratto preliminare: si trattava di una famiglia di più persone ove acquirente e contraenti costituivano la stessa parte (poiché esse acquistavano come persone fisiche l'immobile della Srl di cui erano soci).

La stipula fuori regione implicava affrontare il disagio di un lungo viaggio e l'assunzione di spese. Dissi ad uno dei familiari che si poteva tranquillamente evitare tutto questo. Ma gli altri familiari, testardamente (e ignorantemente) con le loro ubbie insistevano col ritornello: "ce lo chiede il notaio!". Ecco un esempio di terrorismo ai danni della gente comune o sprovveduta che sia.

Non essendo un esperto di diritto civile, cerco sempre di capire se mi sfugge qualcosa, avendo in mente l'effetto cognitivo e distorsivo di *Dunning-Kruger*, per il quale gli esperti devono parlare di ciò che sono competenti. Pertanto mi confrontai telefonicamente con Gian che, al solito, rispose sempre con grande semplicità e dovizia di riferimenti, confermando questa mia lettura contrastante la... bulimia del notaio.

D'accordo con uno dei familiari cercai di contattare quel notaio, che però non sembrava essere in studio o, più probabilmente, non voleva farsi trovare.

Rispondeva quindi la segretaria del notaio, alla quale pazientemente esponevo le mie rimostranze, Ella però ripeteva pappagallescamente che il preliminare andava fatto avanti al notaio per rispondere ad eventuali di lui domande… insomma tutto questo "cinema" serviva per consentire al professionista di fatturare una consulenza della quale non c'era bisogno, visto (appunto) che il preliminare era già stato redatto dal commercialista ed era stato anzitempo visto da tutti gli altri, nonché corretto da me in almeno due articoli che in un "combinato disposto" non tornavano e che quel notaio forse non aveva controllato.

La segretaria dello studio notarile, seguendo un copione, bisbigliando senza tono, aggiungeva che si doveva poi registrare il preliminare entro venti giorni, stipulando infine, sempre davanti al notaio, il contratto definitivo.

Reagivo ripetendo che nello specifico caso non serviva a nulla la trascrizione del preliminare e che non c'era bisogno di tutelare nessuno, né qui rilevava l'eventuale opponibilità ai terzi del preliminare trascritto, trattandosi di una caratteristica che il semplice preliminare non ha. Comunque il preliminare non era obbligatorio, semmai avrebbe potuto esserlo solamente laddove poteva serviva a tutelare... l'acquirente! Il che, per l'appunto, non ricorreva nel caso in esame.

Credo che tanto sia stato riferito (se non addirittura udito) al notaio che, annusando il disdoro, soprassedette (*sic!*) dal convocare fuori regione la intera famiglia nel suo studio, correggendo anche i "refusi" di quel preliminare così come segnalati. Chi ha più filo tesse più tela e Gian qui, come in molte altre occasioni, mi ha sempre fornito tanto filo!

6. *Ulteriori interpretazioni di "giromanovella"*

Un altro caso sul quale ho chiesto lumi a Gian riguardava una partita tavolare (in un sistema tavolare asburgico e catastale) di una società immobiliare la quale si apprestava, tra altro, a cedere l'immobile di proprietà ivi insistente.

I tecnici incaricati dal notaio segnalavano alla medesima immobiliare di aver riscontrato una particella dell'immobile difforme (*rectius*, non coincidente) con quella di cui al risalente (almeno più di venti anni prima) atto di compravendita. Peraltro, allorquando la società – lustri or sono – aveva realizzato i lavori di ristrutturazione dell'immobile, con regolare concessione edilizia, non erano stati effettuati frazionamenti o modifiche incidenti sulla predetta particella.

I tecnici dichiaravano che avevano effettuato le misurazioni e che corrispondevano alla situazione per natura, però avendo il catasto "assegnato" (*sic!*) alla società questa particella residua, e, non essendoci un atto di corrispondenza tavolare, affermavano l'impossibilità di (appunto) dichiarare una corrispondenza tavolare-catastale, per cui serviva escogitare una *way-out*.

Sempre per i tecnici, gli uffici catastali avevano agito *motu proprio*, senza notificare alcunché alla società proprietaria.

I soci dell'immobiliare mi chiesero se esisteva un rimedio onde consentire loro di perfezionare l'atto nel frattempo sospeso nel limbo.

Secondo la mia modesta prospettazione (di vecchio artigiano operante nell'ambito istituzionale e amministrativo) per "sistemare" la situazione di questa particella che diventava, come detto, essenziale per la cessione dell'immobile, occorreva promuovere una sorta di richiesta a provvedere in autotutela al catasto e/o adire formalmente il giudice tavolare.

Il notaio, al quale avevo esposto la mia fugace proposta scrollò le spalle perché sembrava voler trovare una soluzione più "carsica", vantandosi dei

buoni rapporti intrattenuti con gli uffici pubblici. Anche qui le soluzioni per questi professionisti (tecnici e notaio) sembravano dipanarsi in percorsi meno formali e più tecnici-amministrativi dal sapore casereccio, naturalmente paventando alla società immobiliare l'affidamento di ulteriori incarichi.

Chiesi lumi a Gian, il quale con molta onestà mi fece presente la complicatezza del sistema tavolare, riservandosi di indicare un affidabile notaio specializzato da poter consultare. Il che avvenne in brevissimo tempo (una altra caratteristica del Nostro è, come già notato, la disponibilità e velocità nel fornire risposte o soluzioni), individuando un espertissimo professionista a livello nazionale, che lui si premurò di contattare. Quest'ultimo dopo aver dato una prima e fitta lettura ai pochi documenti messi a disposizione dai tecnici, suggeriva di ricorrere formalmente avanti al magistrato tavolare (che conosceva personalmente e che mi dava l'impressione avesse informalmente sentito prima) sistemando definitivamente e trasparentemente la questione.

Tanto credo sia giunto all'orecchio del notaio della società, probabilmente stante la distonicità e le lotte intestine tra i soci circa le strategie da adottarsi e da perseguire, nella loro eterogenea e scarsa formazione giuridica. Comunque sia, dopo un po' di "teatrino", tanto per dare un senso alle fatturazioni che i professionisti si apprestavano ad emettere, con quasi due anni di … stallo, la problematica si disincagliò, e la società ottenne l'essenziale "regolarizzazione" (*sic!*).

Corre l'obbligo di far presente che per Gian, come per me, la figura del notaio rimane maestosa. Suo padre è stato un grande notaio di Padova, lui stesso ha molti amici notai, oltre a praticare una intensa frequentazione con notai di grande levatura.

Durante le mie esperienze istituzionali e/o professionali, ho anch'io avuto modo di conoscere professionisti davvero eccezionali, coraggiosamente innovativi anche delle regole, non accontentandosi, come notava John Hazard, "di essere un umile guardiano della *routine*".

Mi pare che l'aver paura delle novità diventa un punto debole, se non grave, per un professionista, nell'usbergo (talvolta artificioso) della formalità e tutela della certezza dei rapporti giuridici, quando non si ammettono dubbi e/o non si intravvedono altri percorsi. Secondo me – come lo è per Gian – talvolta, in tutti i campi professionali, si rischia col linguaggio tecnico-giuridico di terrorizzare e di imbrogliare la gente comune, che deve amaramente inghiottire la protervia, la voracità e la nullità di (per fortuna poche) persone che potremo definire dei "giromanovella".

7. *Diritto successorio estero: niente furbate please!*

Anche in un caso riguardante il diritto successorio internazionale Gian fu di grande aiuto. Si trattava di una pratica di successione ove i beni del *de cuius* (padre) venivano intestati ad un solo figlio (rispetto ad altri della famiglia) che aveva voluto operare, per conto del padre, in un Paese estero. Quest'ultimo figlio intendeva essere l'esclusivo beneficiario utilizzando all'uopo un certificato successorio europeo. Ma l'avvocato estero (che fungeva anche da…notaio!) di fiducia di questo "operatore" ritenne di trovare altre strade, sulle quali come dire… "sorvolavano", chiedendo però agli altri figli di formalmente rinunciare ad avanzare eventuali ricorsi sull'intestazione dei beni esteri al fratello (in quanto ovviamente si ravvisava la violazione della legittima).

Siamo all'ABC, almeno per un giurista del settore, ma evidentemente sia l'avvocato-notaio estero che quel figlio asso-pigliatutto sembravano non conoscere questo ABC, muovendosi come dei dilettanti e schizzando addosso agli altri familiari castelli giuridici fantasiosi.

Gian confermò telefonicamente la mia preoccupazione. Mi rinviò al Regolamento europeo n. 650/2012, sottolineando che non a caso era stato emanato un Regolamento e non una direttiva, inoltre ricordò che vale il principio fondamentale dell'unitarietà, del diritto internazionale privato delle successioni, superandosi (pur non senza distinguo) il principio scissionista dell'apertura di più successioni nei vari Stati ove insistono gli immobili.

E, aspetto più rilevante, sottolineò che tutti gli altri profili successori sono disciplinati dalla *lex successionis*, evitando le questioni delle differenti discipline in tema, ad es. di collazione e riduzione.

Ma rimanevano i problemi. Successivamente Gian mi omaggiò di una pubblicazione che aveva curato con Felice Casucci[9], dove il capitolo finale sul diritto successorio scritto da Lorenzo Sartori è davvero chiaro e utile per dissipare i dubbi ivi coltivati nel sistema di mosse alla base della partita ereditaria giocata tra questi parenti, nella complicità di addomesticati legali. Non so poi come sia andata a finire. Ma l'avere consapevolizzato gli altri figli sulla cannibalizzazione in atto e sul fatto che l'atto proposto dall'avvocato estero fosse da ritenersi comunque nullo (e fonte di responsabilità per lui e per l'asso-pigliatutto), fu bastevole, almeno eticamente parlando.

[9] G.A. Benacchio, F. Casucci (a cura di), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017.

8. *Consorzi privati di gestione dei RAEE: eco-contributi da verificare diacronicamente, per cambiare le regole dei giochi sotto le regole*

Accenno, infine, ad una altra preclara caratteristica che ritrovo in Gian: riuscire a tessere rapporti, nell'interesse comune piuttosto che di parte.

Un direttore generale di un Consorzio privato RAEE (per intenderci delle apparecchiature elettriche ed elettroniche – AEE – che una volta dismesse o restituite si considerano rifiuti, appunto RAEE) mi cercava perché non riusciva a commissionare uno studio comparativo, di almeno 5 anni, dei bilanci relativi a una ventina di Consorzi RAEE.

Era sua convinzione che il cosiddetto "eco-contributo" applicato per ogni AEE acquistato fosse mal gestito, se non addirittura taroccato, in talune gestioni consortili che si finanziavano con questo sistema, il tutto a detrimento dell'interesse pubblico e del consumatore.

Infatti, l'eco-contributo non avrebbe dovuto superare l'importo dei costi "effettivamente sostenuti" dal produttore per la gestione dei RAEE domestici.

Il tema era pertanto: quali sono e come si quantificano questi costi? Si può ridurre questo eco-contributo, ovvero chiederne una utilizzazione più virtuosa?

Bisognava entrare nel vivo delle contabilità consortili, ad esempio: controllare le riserve e gli utili, la loro utilizzazione, tassazione, ecc., cercando di capire gli effetti sulle somme che rimanevano a disposizione per il recupero degli AEE; verificare i fatturati e quanto veniva utilizzato (o non) per i pertinenti investimenti realizzati sotto i cosiddetti "ombrelli societari" (tra società madri e proprie società di servizi) di questi soggetti, che spesso conducono a colossali produttori (anche esteri).

Occorreva quindi commissionare il lavoro ad un Ente imparziale o, meglio, ad una Università per analizzare e certificare il tutto. Il punto è che i professori di alcune Università che erano state già interpellate dal direttore si mostravano "esitanti" ad accettare questo incarico.

Avevo due strade da percorrere per affidarmi rapidamente a un'Università: o chiedere a Gian oppure ad un altro amico, allora Preside dell'IUAV di Venezia.

Scelsi la prima. Siccome l'incarico verteva su aspetti più economici-contabili, spiegai l'esigenza per come mi era stata formulata dal direttore del Consorzio, chiedendo a Gian di indicarmi qualche suo collega esperto in queste materie, premettendo che l'incarico sarebbe avvenuto nei confronti dell'Università. Gian si recò, bontà sua, dal vertice dell'Ateneo, spiegando gli obiettivi e la problematica del caso, riuscendo a far mettere in contatto il direttore del Consorzio e i professori da incaricarsi talché l'affidamento si concretò.

So che lo studio è stato poi acquisito, con soddisfazione, dal Consorzio confermando il fatto che questi eco-contributi potevano essere, se gestiti p.c.d. "virtuosamente", ridotti a vantaggio del consumatore e del sistema pubblico. Paradossalmente lo studio fu ritenuto ancipite e non venne utilizzato (mi confidò il direttore) come si sarebbe potuto, per evitare dei *boomerang* in seno alla propria assemblea dei soci-produttori-distributori di AEE che si sarebbe tenuta di lì a poco. Comunque sia, anche questa delicata attività è stata realizzata grazie alla generosità e bravura di Gian, soprattutto nell'interesse dell'Università, evitando – ancora una volta – i cerretani.

9. *Onestà e disciplina di ortopedia esistenziale*

In queste piccole (ma sintomatiche) vicende, barlumano le qualità umane e professionali di Gian. Si tratta tuttavia di vicende personali che offrono una ancora incompleta (seppur affidabile) immagine di Gian.

Mi permetto, confidando nella sensibilità del lettore, di far affiorare un altro ricordo: a giugno 2024 ero all'estero ed ebbi l'impulso di chiamare Gian per sentire come stava; lo sorpresi in un letto di ospedale, reduce da un (secondo) intervento chirurgico, che minimizzò, anche se in quel momento era angustiato poiché non conosceva l'esito, che poi fortunatamente fu favorevole.

Sentivo il peso della situazione e, soprattutto, ero severamente stupito dal fatto che nessuno fosse con lui ad assisterlo.

Egli replicò candidamente che non aveva avvertito nessuno e che era abituato ad affrontare queste circostanze sempre da solo.

Percepii una greve solitudine e altresì la sua nitida dignità e capacità di superare tutte queste prove (come altre più melanconiche che Egli ha avuto modo di affrontare). Come scriveva H. Miller "è nel modo in cui si affrontano i colpi del destino, che un uomo dà prova di sé".

Mi sono sentito colpevole di quel destino, provavo l'esigenza di fare qualcosa, di fargli sentire il mio affetto.

Gian è davvero una persona generosa e perbene che tanto ha fatto per me come anche (a me sembra) per la comunità, altresì per i suoi affezionati sodali e pure, invisibilmente, per i suoi cari discenti.

ESPLORARE IL DIRITTO GUARDANDO AD EST

PRESCRIZIONI STATUTARIE E PRATICA GIURIDICA NELLA CITTÀ DI CATTARO NEL TRECENTO

Nevenka Bogojević-Gluščuević

SOMMARIO: 1. Cattaro nel Trecento: evoluzione giuridica e ruolo dello Statuto cittadino. – 2. Lo Statuto di Cattaro: formazione storica e trasmissione testuale. – 3. La persistenza del diritto consuetudinario nella Cattaro medievale. – 4. Applicazione dello Statuto e consuetudini nella documentazione giuridica di Cattaro… – 5. (*Segue*) il pegno. – 6. (*Segue*) la compravendita. – 7. (*Segue*) i rapporti giuridici reali. – 8. (*Segue*) la proprietà immobiliare e le limitazioni. – 9. (*Segue*) l'uso dei beni immobili fuori dalla città. – 10 (*Segue*) il testamento. – 11. (*Segue*) la dote. – 12. Conclusioni.

1. *Cattaro nel Trecento: evoluzione giuridica e ruolo dello Statuto cittadino*

La storia della città antica di Cattaro è estremamente interessante. È distinta, prima di tutto, dai frequenti cambiamenti del signore del territorio al quale apparteneva la città, anche dallo Statuto di questa Città sotto il potere straniero. Per molto tempo, la città fu governata dagli Illiri[1], e poi Romani[2], Bizantini[3],

[1] Del luogo e del nome della città dettagliatamente in A. Mayer, *Gdje je ležao stari Acruvium*, Split, 1932, 18; P. Butorac, *Teritorijalni razvitak srednjovjekovnog Kotora*, in *Anali Historijskog instituta u Dubrovniku*, X-XI, 1966, 43-101: P. Butorac, *Boka Kotorska od najstarijih vremenu do Nemanjića*, Split, 1927, 29-42, 61-77; A Mayer, *Catarensia*, in *Zbornik Historijskog instituta*, Zagreb, 1954, 95-109.

[2] Vedi più dettagliatamente in: C. Flaminius, *Catharus Dalmatiae civitatis in ecclesiastico atque civilis statu historicus documentis ilustrata*, Palavi, 1978; N. Ćorić, *Kotor do 1420*, Stara Gradiška 1934; P. Butorac, *Boka Kotorska od najstarijih vremena do Nemanjića*, Split, 1927, 61-77.

[3] Sul lungo periodo dell'amministrazione bizantina in Dalmazia, sull'importanza della stessa, sulla costituzione delle nostre città e sull'influenza di quell'amministrazione sul loro sviluppo – è stato scritto molto. Le opinioni di una serie di Autori sulle questioni sopracitate sono diverse. Vedi: J. Ferluga, *Vizantijska uprava u Dalmaciji*, SANU, knj. CCXC, Beograd, 1957, 152; G. Ostrogorski, *Istorija Vizantije*, Beograd, 1947, 480; M. Kostrenčić, *Nacrt dalmatinskih srednjovječnih gradova*, in *Šišićcv zbornik*, Zagreb, 1927, 117; K. Jireček, *Trgovački drumovi i rudnici Srbije i Bosne u srednjem vijeku*, Sarajevo, 1951, 142; M. Barada, *Dalmatia Superior*, Zagreb, 1949, knj. I, 5-25.

Slavi[4] e Veneziani[5], che hanno lasciato, tutti separatamente, una traccia visibile sulla sua organizzazione amministrativa e giuridica. Di importanza particolare fu la lunga permanenza romana, la cui organizzazione municipale e la cultura giuridica servirono di solida base per l'organizzazione di questo comune urbano nel Medio Evo[6].

Grazie alla favorevole posizione geografica che, l'orientava verso il commercio e la navigazione, Cattaro creò le condizioni per la prosperità economica, includendosi nel commercio mediterraneo già nell'alto Medio Evo[7]. Con questo, l'attività marittima le permise di arrivare più facilmente e direttamente ai frutti maturi della civiltà e della cultura[8]. La culminazione nello sviluppo la visse nel Trecento, quando era una delle città più sviluppate nella parte meridionale della costa adriatica, un importante centro commerciale marittimo e culturale. Allora, la città si trovava sotto il potere supremo della Serbia, ed era organizzata come un comune autonomo con un sistema giuridico e comunale,

[4] Cattaro fu sotto il potere della Serbia dal 1186 al 1371. Su questa questione dettagliatamente in S. Novaković, *Zakonski spomenici srpskih država srednjeg veka*, Beograd, 1910, 21; I. Sindik, *Komunalno uređenje Kotora od prve polovine XII-og do druge polovine XV-og stoljeća*, SANU (posebno izdanje), knj. CLVX, Beograd, 1950, 77; J. Kovačević, *Istorija Crne Gore*, knj. 1, Titograd, 1970, 410; K. Kostić, *Stara srpska industrija i trgovina*, Beograd, 1904. 250; N. Fejić, *Kotorska kancelarija u srednjem veku*, in *Istorijski časopis*, knj. 27, Beograd, 1980, 13; S. Mijušković, *I mercanti Veneziani a Cattaro durante il dominio dei Nemanjić (1186-1367)*, in *Studi Veneziani*, Firenze, 1968.

[5] Cattaro cadde sotto il dominio di Venezia nel 1420. Vedi dettagliatamente: M. Milošević, *Dileme ekonomske politike mletačke republike prema Kotoru*, in *Istorijski zapisi*, br. 3/4, Titograd, 1973, 237-242; A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, *Vol. IV Storia del diritto privato*, Padova, 1874, 120-135.

[6] Ci sono diversi lezi nella nostre letteratura sulla nascita delle città dalmate. Secondo un argomento sostenuto dalla maggior parte di scienziati, le citta litoranee si sono sviluppate legate strettamente ai municipi romani (M. Kostrenčić, *Postanak dalmatinskih srednjovjekovnih gradova*, in *Šišićev zbornik*, Zagreb, 1929, 114; M. Kostrenčić, *Slobode dalmatinskih gradova po tipu trogirskom*, Zagreb, 1931, 57; L. Margetić, *Rimsko i bizantsko uređenje srednjovjekovnih općina u našim primorskim krajevima*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XXIII/75, 103-113). L'argomento contrario è sostenuto da I. Strohal, che considera che lo sviluppo delle città litoranee sia autonomo, rifiutando qualsiasi loro legame coi municipi italiani (I. Strohal, *Pravna povijest dalmatinskih gradova*, Zagreb, 1913).

[7] Dall'inizio del Trecento, la città aveva un ruolo importante nel commercio con le città sull'altra costa del Mare Adriatico. Commercianti cattarini intraprendenti ottenevano da quelle città vari privilegi. Cosi, nel 1195 sono stati liberati dal pagamento di due imposte fondamentali: di ancoratica (tasse sulle navi) e di platcatica (tasse sul mercato). Vedi: S. Ćirković, *Uspon zetskih gradova*, in *Istorija Crne Gore*, Titograd, 1976, knj. 2, vol. I, 30.

[8] Comp: A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, cit., 48-60.

indipendente, simile a quello degli altri comuni mediterranei di quell'epoca in Montenegro, in Italia e nella Francia meridionale.

La fonte fondamentale del diritto era lo Statuto della città, emanato nella prima metà del Trecento. Ancora prima dell'emanazione dello Statuto, la città di Cattaro aveva il suo notariato e la sua cancelleria. I cancellieri avevano studiato in Italia. Il notariato documentava l'intera vita della città dal punto di vista privatistico e, in parte, anche pubblicistico. Per questo, i libri notarili sono una fonte estremamente importante di conoscenza del diritto e nello stesso tempo sono lo specchio dell'applicazione dello Statuto[9]. Nell'archivio di Cattaro sono conservati 128 libri notarili, con diversi atti e documenti giuridici, di cui il più risalente è datato 1326. I libri sono scritti in lingua latina in corsivo gotico. Tre libri notarili si riferiscono al Trecento. Il primo comprende il periodo dal 1326 al 1335, il secondo il periodo dell'anno 1329 e l'epoca dal 1332 al 1337, mentre il terzo viene dopo un grande vuoto di 50 anni e comprende i documenti dal 1392 al 1401. I primi due libri hanno avuto edizioni critiche e sono stampati in lingua latina[10], mentre il terzo, nel manoscritto originale con 1560 documenti, non è stato pubblicato[11].

L'obiettivo delle pagine seguenti è quello di presentare lo Statuto di Cattaro come fondamentale atto giuridico del comune di Cattaro nel Trecento e di valutare – attraverso l'analisi delle sue disposizioni e della pratica giuridica annotata nei libri notarili nello stesso periodo – se, e in quale misura, lo Statuto fosse veramente il regolatore di base dei rapporti nel comune, o se in quell'epoca anche il diritto consuetudinario fosse incorporato nello Statuto, oppure se avesse un valore indipendente nel senso della fonte del diritto. Attraverso quest'analisi sarà indicato anche quali sono le caratteristiche fondamentali di quel diritto, se ci fossero e in quale misura sono presenti gli elementi del diritto romano, incarnato attraverso lo *ius commune*, gli elementi del diritto locale autoctono consuetudinario, le aggiunte slave, oppure tracce del diritto bizantino.

[9] Del contenuto dei libri cattarini notarili medievali è scritto in *Vodič kroz arhivsku građu*, Kotor, 1977, 160, e da: I. Sindik, *Komunalno uređenje Kotora od prve polovine XII-og do druge polovine XV-og stoljeća,* cit., 1-12; H.F. Schmid, *Dalmatinische Stadtbücher*, in *Zgodovinski časopis*, 1952/53, br. 6-7, 384-385; N. Fejić, *Isprave kotorskih notara iz XV stoljeća*, Miscellanea, Istorijski institut Beograd, knj. VIII/1980; N. Fejić, *Kotorska kancelarija u srednjem veku*, in *Istorijski časopis*, XXVIII, Beograd, 1980, 1-63.

[10] A. Mayer, *Monumenta Catarensia I, Kotorski spomenici*, vol. I, Zagreb, 1951, 645: *Monumenta Catarensia II*, Druga knjiga kotorskih notara, godina 1332-1337, Zagreb, 1981, 658.

[11] *Istorijski arhiv u Kotoru, Archivio storico eli Cattaro*, Acta notarilia, vol. III (1392-1401), *Atti giuridico-notarili*, lib. III (1392-1401), 960.

2. *Lo Statuto di Cattaro: formazione storica e trasmissione testuale*

Lo Statuto di Cattaro venne emanato nel periodo in cui Cattaro apparteneva alla Serbia medievale, stato potente nell'entroterra, per cui questa città rappresentava l'uscita naturale sul mare. La posizione speciale di cui godeva la città sotto il potere serbo trovò proprio la migliore espressione nello Statuto. Questo era essenziale per la conservazione dell'autonomia e per il futuro allargamento della città[12]. Lo Statuto non nacque d'un tratto e non rappresenta la più vecchia legge di Cattaro. Le disposizioni singolari non differiscono affatto, per il contenuto e la funzione, dalle disposizioni degli altri libri statutari, ed erano state emanate a Cattato ancora all'inizio del Duecento[13]. Ciò nonostante, solo all'inizio del Trecento si è cominciato a formare il libro dello Statuto. Dopo un certo numero di capitoli, che probabilmente costituivano lo Statuto originario[14], in un libro speciale, venivano aggiunti i capitoli emanati nel Grande Consiglio. Lo Statuto, in realtà, rappresenta un complesso di leggi, nate, a seconda delle situazioni, dalle necessità concrete, annotate secondo l'ordine di emanazione. Quello Statuto aveva avuto una serie di redazioni di cui la più importante fu quella del 1371-1372. Questa non era la copiatura meccanica in un libro delle disposizioni emanate fino a quel periodo, ma aveva come obiettivo la sistemazione sulla base del contenuto. Tuttavia, l'ordine cronologico veniva modificato e la classificazione secondo il contenuto non era fatta con coerenza.

Lo Statuto di Cattare non ha avuto edizioni critiche moderne[15]. È conservato nella redazione veneziana stampata nell'anno 1616 e in quattro manoscritti: Manoscritto di Kapor nella biblioteca della famiglia Kapor a Curzola, Manoscritto veneziano (Marcian Col. Lat V, XXXII, No 26-36), Manoscritto della Biblioteca universitaria di Zagabria (R 4074) e Manoscritto di Bogišić a Ragusavecchia (Statuta Cathari 88-A, XIV, 3/38)[16]. I manoscritti differiscono fra di loro per il numero dei capitoli, e sono stati comparati con l'edizione stampata, sia per il numero dei capitoli che per materia[17].

[12] Comp.: S. Mijušković, *Statuta civitatis Cathari*, in *Godišnjak Pomorskog muzeja u Kotoru*, 1954, No. 1/2, 1-3.

[13] Comp.: V Bogišić, *Pisani zakoni na slovenskom jugu*, Beograd, 1926, 90; *Istorija Crne Core*, Titograd, 1970, knj. II, vol, 1, 90.

[14] O.O. Markov, *Statut goroda Kotora*, Zapisi ruskoga naučnoga društva, Beograd, 1930, 131; S. Mijušković, *Statuta civitatis Cathari*, cit., 6.

[15] *Statuta et leges civitatis Cathari* (apud Robertum Mietim), Venetiis, 1616, 447.

[16] Le segnature dei manoscritti citate secondo N. Fejić, *Kotorska kancelarija u srednjem veku*, cit., 11.

[17] Dello Statuto e dei suoi manoscritti in N. Bogojević-Gluščević, *Svojinski odnosi u Kotoru u XIV vijeku*, Nikšić, 1992, 38-40 e nella letteratura: S. Mijušković, *Statuta civitatis Cathari*, cit.,

In questo lavoro è utilizzata la pubblicazione stampata dello Statuto dell'anno 1616, scritta in lingua latina, che contiene 532 articoli (il primo articolo datato è dell'anno 1301).

L' edizione stampata dello Statuto è divisa in quattro parti, i cui periodi coincidono con il cambio del potere supremo a Cattaro nel Trecento e nel Quattrocento. La prima parte – *De constitutione indicium civitatis Cattari* – comprende il periodo dall'inizio del Trecento fino alla totale indipendenza cattarina, ed ha 439 capitoli, ben riordinati nel contenuto. La seconda parte – *Partes captae tempore Catharinorum* – comprende le decisioni del Grande e del Piccolo consiglio fino all'anno 1420. *Partes captae a Dominio Venetiarum* comprende tutti gli atti sulla resa di Cattaro a Venezia. La quarta parte comprende il periodo del governo dei commessi veneziani a Cattaro (1420-1424).

Lo Statuto cattarino, con le sue disposizioni, entra quasi in tutti i settori della vita giuridica, non regolandone, però, nessuno nella sua totalità. Il numero prevalente di disposizioni si riferisce all'organizzazione amministrativa della vita pubblica del comune, il che è assolutamente comprensibile per l'epoca in cui esso è stato emanato. Lo Statuto comprende numerose prescrizioni sugli organi della gestione della città, sul potere amministrativo e giuridico e sul procedimento giudiziario, sull'entrata in carica degli impiegati, e sul funzionamento dei servizi finanziari, doganali e degli altri servizi cittadini.

Dal contenuto delle disposizioni è del tutto chiaro che l'oligarchia urbana con queste prescrizioni si era assicurata un meccanismo giuridico molto adeguato ed elaborato per poter concentrare il proprio potere e la propria autorità. Con opportune prescrizioni mise poi sotto il suo totale controllo anche la chiesa, feudatario molto autorevole ed influente, suo grande rivale nel possesso dei beni.

D'altra parte, la vita sociale privata della città è organizzata con le prescrizioni statutarie solo in parte. Le disposizioni che regolavano questo segmento della vita giuridica a Cattaro non sono ben ordinate e sono disperse per lo Statuto. Lo Statuto regolava alcuni settori giusprivatistici soltanto in parte. Nel settore dei rapporti di diritto patrimoniale, non c'è nello stesso nessuna o quasi nessuna disposizione su molti istituti importanti come la proprietà, la sua pro-

1-16; V. Bogišić, *Pisani zakoni na slovenskom jugu*, cit., 90, *Istorija Crne Gore*, cit., 90; O.O. Markov, *Statut goroda Kotora*, cit., 119-162; N. Fejić, *Kotorska kancelarija u srednjem veku*, cit., 1-63; J. Božić, *Nacrt zbirke izvora za isioriju Crne Gore* (non pubblicato); G. Valentinelli, *Bibliotheca manuscripta ad S. M. Venetiarum*, Venetiis, 1868-1873; G. Valentinelli, *Bibliografia Dalmata tratla dai codici della Marciana di Venezia*, Venetiis, 1870; I. Strohal, *Statuti primorskih gradova i općina*, Zagreb, 1911.

tezione, il possesso, etc.[18]. Il diritto delle obbligazioni non è completamente regolato[19]. Nello Statuto non si fa neanche menzione di una serie di regole del diritto delle obbligazioni che erano applicate nella pratica giuridica di quell'epoca. Nessun contratto è regolato in totalità. Erano regolati con più precisione la compravendita e l'affitto, mentre altri contratti non sono neanche menzionati (per esempio: mandato, deposito).

Lo Statuto non regola una serie di questioni nel settore del diritto statutario, come per esempio, la questione della capacità giuridica. Lo Statuto contiene un numero piuttosto grande di disposizioni del diritto familiare e successorio. Sono precisamente regolate le questioni relative al modo di contrazione del matrimonio, i rapporti patrimoniali tra i coniugi, i rapporti patrimoniali personali tra i figli ed i genitori e anche tra i figli mutuamente dopo l'uscita dalla comunità familiare, la questione della dote e del modo di assicurarla, la questione dell'usufrutto vedovile del marito e della moglie, la successione legale, le forme dei testamenti, le regole sulla vendita della massa ereditaria e una serie di altre questioni[20]. La numerosità di queste disposizioni in relazione a tutte le altre del settore del diritto privato si può probabilmente spiegare con il fatto che proprio nella sfera dei rapporti familiari ed ereditari il rapido sviluppo economico aveva introdotto più novità, rompendo le comunità familiari che fino a quel periodo erano state legate con coesione.

Riguardo al modo di emanazione e riguardo al contenuto, lo Statuto Cattarino non si distingue dalla maggioranza degli Statuti medievali dei comuni litoranei emanati nel periodo che va dal Dodicesimo secolo al Quattrocento. È questa la conseguenza delle condizioni simili nelle quali venivano redatti tali statuti[21].

Eppure certe differenze sussistono fra di essi e derivano dalle differenze nel livello di sviluppo del comune.

Così, in occasione della determinazione delle caratteristiche generali del diritto contenuto nello Statuto Cattarino, in base alla ricostruzione del contenuto delle sue disposizioni ed alla terminologia giuridica usata, si può affer-

[18] Comp.: N. Bogojević-Gluščević, *Svojinski odnosi u Kotoru u XIV vijeku*, cit., 249.

[19] Comp. N. Bogojević-Gluščević, *Podaci o obligacionom pravu u kotorskim izvorima XIV vijeka*, in *Zbornik Pravnog fakulteta u Titogradu*, br. 6-7, Titograd, 1981, 95-102; N. Bogojević-Gluščević, *Ugovor o kupoprodaji u Kotoru u XIV vijeku*, Podgorica, 1997, 15.

[20] *Statuta et leges civitatis Cathari*, Venetis 1616 (nel testo seguente come *Stat. Cath.*), cap. 187-210. Vedi: N. Bogojević-Gluščević, *Forme testamenta u srednjovjekovnom kotorskom pravu*, in *Zbornik Pravnog fakulteta u Titogradu*, Titograd, 1982, br. 8, 46-58.

[21] Comp.: J. Danilović, *Dubrovački statut i „consuetudo"*, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2, Beograd, 1975, 1-25.

mare che nel Trecento, il diritto statutario cattarino aveva accettato, in misura importante, il diritto romano come diritto comune, *ius commune*, che le concordanze, nella regolazione degli istituti giuridico-privati di questo diritto con quello romano e con il diritto generale sono chiaramente visibili e riconoscibili, particolarmente nei contratti commerciali; inoltre, in questo settore del diritto è utilizzata, in notevole misura, la terminologia giuridica latina, specialmente per gli istituti del diritto delle obbligazioni (per esempio compravendita – venditio, società commerciale – societas, caparra – arra, garanzia – fideiusso, pene contrattuali – stipulatio poenae), ma anche che il sistema giuridico a Cattaro nel Trecento aveva notevoli irregolarità. Queste ultime, che sono il riflesso delle specifiche condizioni urbane, includono molti elementi del diritto consuetudinario locale e slavo, e in alcuni altri istituti giuridici ci sono anche tracce del diritto bizantino. Questo vale specialmente per il regime patrimoniale sui beni immobili nei pressi della città[22], e anche per la regolazione del sistema di punizione e di alcune sanzioni penali[23].

3. *La persistenza del diritto consuetudinario nella Cattaro medievale*

Oltre ad alcune regole giuridico-consuetudinarie che erano incorporate nello Statuto[24], nella pratica giuridica della Cattaro medievale, come fonte particolare del diritto, era in vigore il diritto locale consuetudinario-consuetudo[25]. C'erano varie ragioni per una tale pratica a Cattaro. Prima di tutto, le prescrizioni giuridiche che seguivano il processo dei cambiamenti nel comune autonomo, non potevano rispondere a tutte le esigenze della vita di ogni giorno.

Bisognerebbe senz'altro aggiungere anche che le tracce dei precedenti rapporti regolati dalla consuetudine, si sentivano vivamente in alcuni settori della coscienza sociale. Benché il Legislatore facesse di tutto per accordare legal-

[22] Vedi: N. Bogojević-Gluščević, *Svojinski odnosi u Kotoru u XIV vijeku*, cit., 249; M. Milošević, *Grbaljske bune XV stoljeća*, Zagreb, 1997, Institut za hrvatsku povijest, Radovi, 10, 275-303; E. Naumov, *Narodno vostanie v Kotoru i kotorskoj oblasti 1380. godine*, Moskva, 1966, Akademija nauka SSSR, Zapisi ruskoga naučnoga instituta, vol. XXX.

[23] I. Sindik, *Komunalno uređenje Kotora od prve polovine XII-og do druge polovine XV-og stoljeća*, cit., p. 110; S. Mijušković, S. *Mijušković, Statuta civitatis Cathari*, cit., 15; Ž. Bujuklić, *Pravno uređenje srednjevekovne budvanske komune*, Nikšić, 1988, 124, 125, 135, 153, 171, 215, 244, 261, 264.

[24] *Stat. Cath.*, cit., cap. 13, 20, 23, 26, 27, 29, 36, 37, 39, 40 e una serie di altre.

[25] Confrontata col diritto Raguseo da J. Danilović, *Dubrovački statut i „consuetudo"*, cit., 2.

mente i nuovi rapporti e per crearli, essendo nuovi, sopra le istituzioni che sparivano, indicando cosi la rottura con l'ereditato modo di riflessione, nella pratica giuridica del Trecento i giudici "si appoggiavano" al diritto consuetudinario, come lo troviamo citato nell'art. 37 dello Statuto. Alla vitalità del diritto consuetudinario e alla sua applicazione anche tanti anni dopo l'emanazione dello Statuto, fa riferimento anche il dato che il diritto consuetudinario era usato nel lavoro delle Corti d' Appello alla fine del Trecento e nel Quattrocento[26].

4. *Applicazione dello Statuto e consuetudini nella documentazione giuridica di Cattaro…*

Il materiale d'archivio conservato indica, in pratica, che le prescrizioni erano applicate, ma che venivano applicate anche le consuetudini come fonte del diritto.

Nella maggior parte dei documenti e delle controversie giuridiche c'è la clausola che la controversia è stata risolta secondo le prescrizioni statutarie e le consuetudini della città, oppure che il documento è stato fatto in concordia con la Legge e con lo Statuto – *secundum statuta et leges civitatis Cathari*. I più numerosi di tutti i documenti conservati sono senz'altro i documenti sulla realizzazione del pegno come assicurazione reale delle obbligazioni e quelli sulla realizzazione della garanzia come assicurazione personale delle obbligazioni, poi i documenti sui contratti di compravendita, ma anche varie controversie sulla proprietà, le questioni che riguardano il regime dotale e le disposizioni testamentarie.

5. *(Segue) il pegno*

Ogni documento sul pegno dei beni o un'eventuale controversia giuridica sull'esecuzione del pegno contiene l'indicazione che, conformemente alle prescrizioni dello Statuto, bisogna riscuotere il debito dalla totalità dei beni del debitore[27]. Infatti, c'era la possibilità statutaria di introdurre una specie di

[26] I. Sindik, *Komunalno uređenje Kotora od prve polovine XII-og do druge polovine XV-og stoljeća*, cit., 110; S. Mijušković, *I testi delle sentenze d'appello dei Collegi di Padova, Vicenza, Verona e Treviso su ricorsi da Cattaro*, in *Atti del II Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971.

[27] *Stat. Cath.*, cit., cap. 81, *De rebus pignoratis*; cap. 264, *De venditone pignorum*; cap. 268, *De rebus ad certum terminum remanentibus in venditione, qua sunt alijs obligata*.

ipoteca generale sui beni del debitore, come un mezzo comune per assicurare l'adempimento delle obbligazioni statutarie, indicato nei documenti dalla clausola "*super me et omnia bona mea*"[28].

Eppure, tutto quello che precisamente era prescritto e regolato dallo Statuto, in pratica non funzionava inappuntabilmente, come dimostrano alcune controversie proprio sulla realizzazione del pegno. Le ragioni per cui quelle controversie erano sorte, erano senz'altro l'inosservanza delle prescrizioni statutarie sul pegno, oppure l'impossibilità della loro realizzazione a causa degli altri diritti stabiliti dallo Statuto medesimo.

Le constatazioni addotte saranno illustrate da numerosi documenti.

Così, per esempio, il 25 agosto 1335. viene fatto un processo tra il debitore e costituente Sergije Jakanjin da una parte, e Deja, vedova di Medoš, come creditore pignoratizio dall' altra parte, la quale a causa d'inadempimento dell'obbligazione di Sergije di estinguere il debito principale, "è entrata nelle sue terre", e per il periodo di possesso delle stesse, "ha raccolto i suoi frutti". Sergije chiede che questi siano consegnati a lui. La controversia è risolta a favore di Sergije. Lui ha il diritto sui frutti delle terre date in pegno, "perché secondo lo Statuto colui che entra nelle terre di qualcuno non ha il diritto sui frutti fondiari"[29].

E interessante una controversia fatta il 10 aprile 1333. Il creditore, Mico Bisin, fa causa a Jelena, vedova di Marin Bolica, perché lei gli spenga il debito di suo marito di 23 perperi, perché "era stato caciaio fuori una parte del vigneto di suo defunto marito a Teodo in cui la corte l'aveva introdotto". La ragione era che il vigneto che era stato dato in pegno, era la dote di Jelena. La corte

[28] Per esempio, in *Monumenta Calarensia*, vol. 1, Zagreb, 1951 (nel testo seguente: *SN I*) i documenti numero 456, 16. XI 1327; doc. 446, 3. XI 1327; doc. 447, 3. XI 1327; doc. 448, 3. XI 1327; doc. 449, 13. XI 1327, doc. 50, 3. XI 1327; doc. 451, 3. XI 1327; doc. 509, 3. IV 1330; doc. 497, 25. XII 1327; doc. 498, 15. X 1327; doc. 530, 17. V 1330; doc. 531, 16. IV 1330; doc. 531, 16. IV 1220; doc. 504, 11. II 1330; doc. 510, 3. IV 1330; doc. 1038, 10. VIII 1332; doc. 1080, 10. IV 1333; doc. 10, 21. VI 1326; *Druga knjiga kotorskih notara*, godina 1329, 1332-1337, Zagreb, 1981 (nel testo seguente: *SN II*), doc. 85. 24. VIII 1332; doc. 87, 26. VIII 1332, doc. 519, 17. I 1333; doc. 547, 25. VII 1334; doc. 1007, 16. IV 1329; doc. 1038, 15. III 1336; doc. 1039, 15. III 1336; doc. 1044, 10. VI 1336; doc. 1029, 15. III 1336; doc. 1030, 15. III 1336; doc. 976, 29. I 1326; doc. 1013, 13. IV 1336; doc. 1100, 5. IV 1337; doc. 1097, 5. IV 1337; doc. 1063, 2. X 1336; doc. 1052, 12. VIII 1336; doc. 1054, 13. VIII 1336; doc. 1057, 15. VIII 1336; doc. 944, 25. VIII 1335; Istorijski arhiv Kotor, Archivio storico di Cattaro, *Acta notarilia*, vol. III (1392-1401), in *Atti giuridico-notarili*, lib. III (nel testo seguente: *SN III*), 323, doc. 1, 20. VIII 1396, 618, doc. 1, 13. XI 1398, 663, doc. 1, 20. IV 1399, 660, doc. 1, 14. IV 1399, 607, doc. 1, 17. IX 1398, 278, doc 3, 26. III 1395, 421, doc. 2, 18. III 1396 e una serie di altri.

[29] *SN II*, 1332-1337, cit., doc. 944.

giudica che Mićo "può entrare" nell'altro possesso di Marin, del doppio valore dell'ammontare a debito, di tenerlo per tre mesi, e dopo di chiedere il permesso della corte se lo vuole vendere[30]. Dunque, un documento regolare sul pegno fatto secondo la procedura chiesta dallo Statuto, in questo caso è contestato nel senso formale e materiale. Questo diritto è più forte di qualsiasi altro diritto, e perciò, secondo le prescrizioni statutarie, la Corte ha fatto entrare il creditore in un altro possedimento per riscuotere il debito.

6. (Segue) *la compravendita*

Il contratto di compravendita, come uno dei più importanti contratti giuridico-privati, è regolato dallo Statuto in tutta una serie di prescrizioni, soprattutto con riferimento al contratto di compravendita di beni immobili. Data l'estrema importanza dei beni immobili, il Legislatore ha prescritto anche un regime particolare della loro alienazione tramite un atto pubblico[31], determinato nei documenti come "*venditio cridata fuit ter in platea per Riparium secundum Statuta et consetudinem civitatis Cathari*". Ogni vendita, che non sia così annunciata, è giuridicamente nulla[32].

Quasi ogni documento di compravendita fatto nel Trecento contiene questa clausola. Sono registrati solo quattro contratti che non rispettavano questa procedura di atto pubblico[33].

Anche le altre regole statutarie che riguardano il commercio dei beni immobili erano rispettate in pratica. Così, per esempio, la regola statutaria sul diritto dei cugini alla priorità nel recupero del bene immobile venduto viene rispettata dalla Corte, e le parti, rivolgendosi alla Corte per attuare quel diritto, si riferiscono proprio allo Statuto[34]. La richiesta del recupero del bene immobile venduto, e il diritto utilizzato in questo senso dai parenti come scaturente dal diritto statutario, è registrato nel documento del 1. agosto 1335. La figlia del venditore chiede al compratore di permetterle il recupero dei beni immobili del padre, richiamandosi "al diritto secondo lo Statuto". I Giudici, dopo aver

[30] *SN I*, cit., doc. 1080, 10. IV 1333.

[31] *Stat. Cath.*, cit., cap. 256, *De constitutione venditionum*.

[32] *Stat. Cath*., cit., cap. 256, *De constitutione venditionum*.

[33] *SN I*, cit., doc. 418, 18. IX 1327; doc. 651, 9. VI 1331; doc. 684, 7 VII 1331; doc 1306, 12. VI 1335.

[34] *Stat. Cath.*, cit., cap. 261, *De venditione possessions propria*.

constatato "che il diritto è basato sullo Statuto, approvano lo stesso e ne fanno un documento"[35].

Il richiamo alle regole statutarie esiste ancora in una serie di documenti sul commercio di beni immobili. Così, per esempio, nella contestazione di una richiesta dell'attore riguardo a un bene immobile nel suo possesso, il convenuto si richiama "alle regole statutarie sui termini in cui i diritti riguardanti i beni immobili possono essere attuati" (*...statutum dicit, quod si quis viderit possedere factum suum per annum, deinde postea nihil dicere posit... et etiam quod si non fuisset in ciuilate petitor duos annos postea possessorem non valeat molestare...*). La corte pronunzia la sentenza a favore del convenuto, perché il suo richiamo alle citate prescrizioni dello Statuto era basato sui fatti[36].

Un caso simile si trova nella decisione del 15 marzo 1336, sulla pretesa usurpazione del terreno dell'attrice coltivato dal convenuto che l'ha piantato a viti. Nella sua difesa, il convenuto si richiama al fatto che "ha comprato quel terreno, che ha il diritto a quello che aveva fatto sullo stesso, e che al tempo della vendita di quel terreno non c'era nessuna obiezione riguardo a quel bene immobile, e che perciò l'attrice non ha il diritto di disturbarlo chiedendo il controverso bene immobile". Ogni fatto addotto dal convenuto ha avuto la "copertura" giuridica nello Statuto[37].

Eppure in questo settore si possono trovare documenti che provano il contrario e indicano proprio l'inosservanza delle prescrizioni statutarie. Cosi, per esempio, proprio a causa della violazione della prescrizione statutaria secondo la quale la vendita del bene immobile un anno dopo la morte del "de cuius" è invalida, la Corte ha annullato la vendita della casa che gli esecutori testamentari del defunto Vito Passi avevano fatto dopo quel termine. I Giudici hanno motivato la sentenza con l'adduzione "che lo Statuto proibisce severamente una tale alienazione dell'avere"[38]. L'osservanza dello Statuto in questo caso è stata assicurata dagli organi giudiziari.

7. (Segue) *i rapporti giuridici reali*

Le prescrizioni statutarie nel settore dei rapporti giuridici reali non sono numerose nello Statuto cattarino. Sono regolate solo alcune questioni. Un po'

[35] *SN II*, cit., doc. 939; simile nel SN II, doc. 1003, 15. IV 1329.

[36] *SN I*, cit., doc. 989, 15. IV 1332.

[37] *SN II*, cit., doc. 1041.

[38] *SN I*, cit., doc. 998, 16. IV 1332.

più dettagliatamente rispetto agli altri istituti sono trattati la conservazione e le limitazioni del diritto di proprietà in città e nei pressi della città.

Il legislatore cattarino a due riprese nel Trecento ha regolato le questioni riguardanti la conservazione dei beni immobili. La prima disposizione, *De possessio possessa duorum annorum non respondenda*, è datata 1324[39]. Il motivo della sua emanazione erano questioni non regolate sulla proprietà e sugli altri rapporti giuridici riguardanti i beni immobili all'inizio del Trecento. I problemi, nella pratica di ogni giorno, erano creati soprattutto da quegli individui che tenevano i beni immobili fin dai tempi più remoti, e "rifiutavano di rispondere alla citazione in giudizio quando le altre persone chiedevano che loro restituissero quei beni immobili". Perciò, con questa disposizione era prescritto che "ogni cittadino o straniero che ritenga di avere un diritto ai beni immobili in possessione di un'altra persona sul territorio del comune, può chiedere quel suo diritto per via di giustizia al termine di due anni dall'emanazione di questa disposizione". Dopo la scadenza di questo termine, le persone interessate non possono chiedere niente su questi beni immobili, e quelli che li possiedono non ne devono rispondere. La questione circa il diritto di proprietà era era considerata risolta. I detentori dei beni immobili potevano utilizzarli senza disturbi se nessuno, al termine previsto, gli avesse fatto causa. Il detentore è diventato cosi "versus possessor", cioè il proprietario nel senso del diritto romano postclassico e medievale, dunque nel senso dell'esercizio del pieno potere riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico, che per il suo contenuto non è severamente separato dal possesso[40].

Le controversie giuridiche indicano il rispetto di questa disposizione nella pratica quotidiana. In base alla prescrizione dall'anno 1325 viene pronunziata la sentenza nella controversia tra Rada, vedova di Mate Kimin, come attrice, e Rada, vedova di Cerna Gigin, come convenuta. L'attrice si è rivolta alla Corte, il 22 marzo 1322, perché la convenuta non ha risposto alla sua richiesta di permetterle la prelazione dell'orto che suo marito, per un debito di dieci perperi, aveva dato in pegno agli antenati del marito della convenuta ancora nell'anno 1284. La convenuta, nella sua difesa, fa obiezione che "secondo lo Statuto ha il diritto di non rispondere all'attrice perché è scaduto il termine di due anni" in cui l' accusatrice avrebbe potuto presentare una tale richiesta. La Corte accolse il reclamo della convenuta[41].

Anche il processo condotto il 15 aprile 1332 indica l'applicazione di questa

[39] *Stat. Cath.*, cit., cap. 265.

[40] Comp. A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, cit., 82-94; L. Margotić, *Srednjovjekovno hrvatsko pravo*, Rijeka, 1980, 33.

[41] *SN I*, cit., doc. 1059.

prescrizione. L'attore Jakov, nipote della defunta Draga Tomin, ha fatto causa a Margareta, vedova di Toma Pavlov, "perché questa non gli ha risposto alla richiesta di effettuare la divisione del patrimonio totale a cui, secondo lui, aveva diritto come erede, perché suo nonno Toma e i fratelli di Toma, Pavle e Medoš, avevano vissuto in una comunione in cui i beni immobili non erano stati divisi". Oltre a questo, lui considera che "ha diritto di partecipare alla divisione dei beni immobili, essendo nello stesso grado di parentela con i *de cuius* come la convenuta". La convenuta, tramite procuratore, ha presentato qualche obiezione: "prima, che Jakov non è suo fratello, che secondo lo Statuto non ha il diritto di chiedere cose che per un anno guardava tranquillamente in possesso degli altri, che poi l'attore era assente per due anni, dopo di che ha perso il diritto di chiedere alcunché, che finalmente due anni sono passati anche per lei e che perciò non risponde alla richiesta dell'attore Jakov". Siccome Jakov non poteva presentare alla Corte lo Statuto secondo il quale, tra i fratelli, i possessi di uno non pregiudicano l'altro, e siccome i Giudici hanno constatato che le adduzioni della convenuta erano completamente esatte e secondo lo Statuto, la Corte respinge la domanda attorea[42].

La disposizione dell'anno 1325, emanata per risolvere concreti problemi patrimoniali dei Cattarmi nella vita di ogni giorno, è rimasta quasi per 50 anni senza cambiamenti. La prudenza necessaria nella risoluzione delle questioni di quel tempo riguardanti il patrimonio – siccome questa disposizione significava l'interruzione con la pratica fino allora sussistita, basata sulle consuetudini – è diventata quasi superflua nella seconda metà del Trecento[43]. A vantaggio di questo va anche il fatto che con l'utilizzazione dei documenti notarili per la circolazione dei beni immobili, la sicurezza giuridica nel settore dei rapporti patrimoniali ha raggiunto una misura importante. S'imponevano il bisogno per soluzioni ben fondate e le questioni dell'acquisto originario del patrimonio sui beni immobili con il passar del tempo.

Con la prescrizione 375, *De iis qui possessiones per decem annos possident, vel possidebunt per duos annos, non valeant moleant molestari*, dall'anno 1367, il legislatore ha prescritto "che ogni possessore dei beni immobili in città e nei pressi della città, che li possedesse indisturbato per dieci anni, decorso questo termine, a condizione che per il termine di due anni dall'emanazione della disposizione nessuno lo molesti nel tenere di quei beni immobili diventerà il loro proprietario. Le persone interessate non possono più né molestarlo né avere

[42] *SN I*, cit., doc. 989.

[43] Comp. Bujuklić, *Pravno uređenje srednjevekovne budvanske komune*, cit., 119.

delle richieste su quei beni immobili"[44]. I documenti della fine del Trecento dimostrano che questa regola statutaria era severamente applicata nella pratica[45].

8. (Segue) *la proprietà immobiliare e le limitazioni*

Lo Statuto cattarino stabilisce le limitazioni del diritto patrimoniale nell'interesse comune e nell'interesse del confinante. Nell'interesse comune, riguardo all'aspetto della città, esistevano limitazioni nel modo di costruire le case e l'obbligo della manutenzione delle stesse nello stato utilizzabile.

Per esempio, la casa viene costruita sul suo terreno solo dopo la "permissione" del comune; i muri che minacciano di rovinare possono essere rovinati dal comune se non lo fa il proprietario[46].

Nell'interesse comune, per ragioni di sicurezza, viene prescritto dallo Statuto che il proprietario non debba aprire le finestre e la porta verso il mare o il fiume. La violazione di questa disposizione aveva per conseguenza la pena pecuniaria di 100 perperi[47].

Nell'interesse del confinante, sono prescritte le limitazioni riguardo alla costruzione della casa, e alla disposizione delle porte e delle finestre, balconi, tetto, all'utilizzazione degli edifici accessori, le limitazioni riguardo alla cerchia di persone a cui il terreno può essere dato in affitto, e una serie di altre.

Così, per esempio, le finestre e i balconi non potevano essere fatti verso la porta della casa confinante[48], il balcone non si poteva fare sopra il tetto della stessa[49], dal tetto di una casa l'acqua non poteva colare sul tetto dell'altra[50].

Dalle prescrizioni richiamate si rileva che il registratore, sulla piccola area urbana, cercava di regolare la questione della costruzione delle case e le altre questioni riguardanti i beni immobili, per rendere possibile ai proprietari l'ottimale utilizzazione della casa, sullo spazio obiettivamente limitato, senza disturbare gli altri proprietari nell' utilizzazione dei beni immobili.

I dati dai documenti indicano che a Cattaro tutta una serie di processi

[44] *Stat. Cath.*, cit., cap. 375.

[45] *Istorijski arhiv u Kotoru, Archivio storico di Cattare, Acta notarilia*, vol. III, 189, 15. X 1394; 212, 4. XII 1394; 324, 8. VII 1395; 849, 12. IV 1398.

[46] *Stat. Cath.*, cit., cap. 243, *De muris veteribus et ruinosis*; cap. 230, *De divisione platearum et vijs domorum in civitate*.

[47] *Stat. Cath.*, cit., cap. 241, *De portis non aperiendis ex parte maris, vel fluminis*.

[48] *Stat. Cath.*, cit., cap. 240, *De porta canipa facienda*; cap. 238, *De finestris et balchonibus*.

[49] *Stat. Cath.*, cit., cap. 233, *De salarijs supra tectum*.

[50] *Stat. Cath.*, cit., cap. 235, *De revolutione tecti*.

era condotta a causa dell'inosservanza dei diritti confinanti stabiliti dallo Statuto.

Così, per esempio, l'orefice Radoje, il 10 agosto 1333 ha fatto causa all'orefice Milko perché questo costruiva la casa accanto al suo terreno senza lasciare la distanza necessaria prescritta dalla legge. Ha richiesto che il convenuto procedesse secondo quella prescrizione. Siccome il convenuto non poteva provare che la distanza prescritta esisteva, la corte pronunzia la sentenza conforme alla prescrizione statutaria a favore dell'attore[51].

Nell'azione del 15 marzo 1336, viene rilevato che il convenuto *contra formam statuti* ha aperto la porta d'ingresso della casa di fronte alla facciata della chiesa, e che perciò l'attore richiede che quello la chiuda. Il convenuto risponde "che poteva fare la porta di fronte alla facciata della chiesa perché l'aveva fatta sulla sua casa e che perciò l'attore non ha il diritto di chiedergli di chiuderla". I Giudici, dopo aver constatato che il convenuto, contrariamente alla disposizione dello Statuto, aveva costruito la porta, pronunziano sentenza a favore dell'attore e ordinano che il convenuto chiuda la porta[52].

Processi simili venivano intentati anche sull'inosservanza della prescrizione statutaria riguardante l'utilizzazione del muro comune in occasione della costruzione della casa[53] e del passaggio attraverso il terreno[54], sull'inosservanza delle prescrizioni riguardanti il divieto di aprire le porte e le finestre di fronte alle case[55].

Qualche volta, come rileva il documento dell'8 febbraio 1337, i proprietari, anche contro le prescrizioni statutarie esistenti, cioè contro le limitazioni, potevano concordare anche un diverso procedimento riguardo all'utilizzazione delle case. Così l'orefice Miško e il calzolaio Miloje hanno concordato "di poter aprire, sulle loro case, come gli piace, le finestre, i balconi e le porte"[56].

I documenti rilevano altresì che i proprietari, oltre alle limitazioni addotte, stabilite dallo Statuto, ne avevano anche una serie di altre che istituivano da soli nel contratto[57]. C'erano delle difficoltà rispetto all'adempimento delle li-

[51] *SN I*, cit., doc. 1040.

[52] *SN II*, cit., doc. 1033.

[53] *SN II*, cit., doc. 518, 17. XI 1333.

[54] *SN I*, cit., doc. 11, 23. VII 1326; doc. 12, 23. VII 1326; *SN II*, cit., doc. 996, 15. IV 1329; doc. 1002, 15. IV 1329.

[55] *SN II*, cit., doc. 946, 16. IX 1335.

[56] *SN II*, cit., doc. 1477, 18. II 1337.

[57] *SN I*, cit., doc. 344, 26. VI 1327; doc. 1255, 6. V 1335; doc. 507, 10. Il 1330. doc. 870, 4. 1 1332; *SN II*, cit., doc. 961, 9. XII 1335.

mitazioni così istituite – come rilevano alcuni documenti[58] – nonostante il fatto che questi obblighi fossero nati dal bisogno dei proprietari di rendere possibile reciprocamente un'utilizzazione più complessa e più economica del terreno disponibile e delle case.

Così, per esempio, in contrasto col contratto stipulato con il prete, Dobroslav, genero di Codan, ha fatto la finestra sul muro della sua casa. I giudici hanno giudicato che quella finestra possa rimanere ancora, ma proibendo a Dobroslav di gettar via qualsiasi cosa attraverso la stessa[59]. È evidente che in questo caso, per mancanza della prescrizione adeguata, i giudici, nel sentenziare, si sono regolati, secondo la richiesta dell'opportunità effettiva.

Da tutto questo si può concludere che le prescrizioni statutarie in questo settore erano rispettate, ma "che le parti contraenti qualche volta stipulavano il contratto "eludendo" le prescrizioni statutarie".

9. (Segue) *l'uso dei beni immobili fuori dalla città*

Per il territorio fuori dalla giurisdizione urbana valeva un particolare regime statutario rispetto ai beni immobili[60].

Il regolamento statutario di tali questioni è basato, in gran misura, sulla consuetudine, apportando correzioni, nei casi in cui i rapporti cambiati chiedevano un regolamento più adeguato nella pratica di ogni giorno, oppure nei casi in cui l'applicazione delle regole usuali, o la loro assenza, creava difficoltà.

I diritti istituiti relativamente ai confini, soprattutto rispetto all'utilizzazione della strada, indicano che anche sul territorio nei pressi della città, in modo simile a quello cittadino, vengono stabilite le limitazioni del diritto di proprietà. Ciò nonostante, il numero di controversie sulla violazione dei diritti confinanti non è ridotto.

Nei documenti troviamo una serie di azioni promosse proprio a causa dell'inosservanza delle regole stabilite dalla consuetudine e dallo Statuto, rispetto al mantenimento e all'utilizzazione dei beni immobili sul territorio fuori

[58] Per es. *SN I*, cit., doc. 542, 9. VI 1330, doc. 843, 9. XII 1331; doc. 1217, 27. III 1335.

[59] *SN I*, cit., doc. 542, 9. VI 1330.

[60] *Stat. Cath.*, cit., cap. 248. *De vijs extra nostra civitatis qui sint cubotium sex*; cap. 248, *De vijs publicis vincarum et terrarum*; cap. 253, *De vineis et terris, quae vadut versus monte*; cap. 255, *De vineis, vel terris aquani ex alto recipientibus*; cap. 111, *De damnifactis extra civitatem*; cap. 110, *De vineis incisis, et arboribus ad forensibus*; cap. 250.

città. Nel processo e nella pronunzia della sentenza, le parti e la Corte si attengono allo Statuto[61].

10. (Segue) *il testamento*

Una serie di testamenti conservati indica che le prescrizioni statutarie sul modo di redigere il testamento, in città e fuori città[62], erano rispettate e che non c' erano diletti nella pratica notarile di registrazione dei testamenti. Eppure, nei documenti, si può trovare un numero sufficiente di prove che c'erano anche difetti, ma che non era possibile enumerarli tutti, e che erano registrati senz'altro solo quelli per cui le parti erano interessate giuridicamente.

Addurremo solo due esempi, particolarmente illustrativi.

In un documento viene chiesta "la riduzione del testamento alla forma pubblica" che viene fatta dal notaio, il quale, in quell'occasione ha menzionato "che il testamento gli era stato portato per elaborarlo, ma che nello stesso esiste un punto problematico, per cui non la può accettare quella parte come valida giuridicamente"[63].

L'altro documento è la controversia del 15 aprile 1332. L'attrice in questa controversia (la figlia della defunta) fa causa all'esecutore del testamento di sua madre chiedendo che il testamento non sia registrato dal notaio perché la testatrice, sua madre, contrariamente alla disposizione dello Statuto, disponeva di più di un quarto di proprietà.

È interessante rilevare che i giudici abbiano pronunziato sentenza richiamandosi allo Statuto, ma anche alle consultazioni con la gente anziana della città. Hanno permesso la registrazione del testamento nel libro dei documenti, proibendo però agli esecutori del testamento di distribuirne più di un quarto, siccome "tre quarti di eredità appartengono all'attrice secondo lo Statuto"[64].

[61] *SN II*, cit., doc. 261, 18. I 1333; doc. 1086, 18. II 1337; doc. 1126, 15. IV 1337; doc. 1123, 15. IV 1337; doc. 1032, 21. VII 1335; doc. 1118, 15. IV 1337.

[62] *Stat. Cath*., cit., cap. 187, *De testamentis factis extra civitatem*; cap. 188, *De constitutione epitroporum*; cap. 190, *De potestate epitroporum*; cap. 193, *De forma testamenti filij uxorati*.

[63] *SN II*, cit., doc. 1042, 15. IV 1336.

[64] *SN I*, cit., doc. 982.

11. (Segue) *la dote*

Lo Statuto comprende un numero importante di disposizioni sulla dote e sull'obbligo di darla alle ragazze in occasione dello sposalizio, sia da parte dei genitori, come dei fratelli, e degli altri parenti[65]. Un gran numero di documenti conferma che le prescrizioni statutarie che regolano tali questioni erano per lo più rispettate[66].

In base a quanto conservato in archivio sulla conservata, si ha l'impressione, però, che siano molto più numerosi i documenti in cui viene constatato che i beni dati in dote vengono regalati[67], impegnati[68], con gli stessi viene effettuato il pagamento del prezzo di compra[69], tutti atti contrari allo Statuto. Dispongono in tal modo del patrimonio non solo i mariti ed i loro parenti, ma anche le mogli in proprietà di cui sono i beni dotali.

C'è una bell'illustrazione di quest'adduzione nel documento stipulato il 4 luglio 1334, in cui viene addotto "che la moglie, proprietaria della casa dotale, in maniera indipendente, a causa della sua malattia, ne dà in pegno la metà", accentuando "che perciò nessuno possa contestare la proprietà del marito"[70]. È evidente che ha eluso la prescrizione statutaria secondo la quale i beni dotali dopo la morte della moglie vengono restituiti alla famiglia da cui questa era venuta.

Il numero maggiore di processi era iniziato dalle mogli che chiedevano la restituzione della dote dal marito nel caso del divorzio[71], o dal figliastro nel caso della morte del marito[72], o dalla matrigna nel caso della morte del padre[73].

Durante il Trecento, soprattutto, erano numerosi i processi che le vedove, per la restituzione della dote, conducevano contro gli esecutori del testamento

[65] *Stat. Cath.*, cit., cap. 149, *De dote et parchivio*; cap. 150, *De vestimentis sponsarum*; cap. 151, *De annulo sponsae*; cap. 152, *De donationibus sponsarum super parchivium*; cap. 154-159, cap. 161, 162, 164 e 165.

[66] *Istorijski arhiv u Kotoru, Archivio storico di Cattaro, Acta notarilia*, volumen III, 255, 12 XI 1395, 317, doc. 1, 10. VI 1396; 401, doc. 1, 7. II 1397; 435, doc. 1, 11. IV 1397; SN I, doc. 1306, 12. VI 1335; doc. 1242, 24. IV 1335; doc. 1142, 31. I 1335; doc. 334, 15. VI 1327; doc. 141, 20. X 1326; SN II, doc. 433, 24. X 1327; doc. 1122, 10. IV 1333; doc. 58, 23. VIII 1326; doc. 19, 15. VII 1326; doc. 948, 29. Il 1322; doc. 104. 262, 146, 506, 527, 906, 915, 927, 934, 954, 1119, 1231, 1273, 1296 e una serie di altri.

[67] *SN II*, cit., doc. 202, 4. XII 1332; doc. 805, 17. IV 1334.

[68] *SN II*, cit., doc. 832, 1. V 1334; doc. 833, 1. V 1334; doc. 1008, 15. IV 1329.

[69] *SN II*, cit., doc. 656, 17. XI 1334; *SN I*, cit., doc. 1042, 10. VIII 1332.

[70] *SN II*, cit., doc. 527.

[71] *SN I*, cit., doc. 1119, 10. IV 1333.

[72] *SN I*, cit., doc. 1128, 16. IV 1333.

[73] *SN I*, cit., doc. 1064, 1. III 1333.

del defunto marito[74], o con i parenti del marito[75]. Non è trascurabile neanche il numero di controversie in cui le vedove compariscono energicamente alla difesa dei loro diritti, non permettendo la realizzazione dei debiti del marito e della dote[76]. Molto frequenti, soprattutto nella prima metà del Trecento, erano i processi intentati contro i padri e i loro parenti a causa della restituzione dei beni dotali delle madri[77].

Nella pratica giuridica, in questo settore ci sono dei casi di applicazione dell'inosservanza regolare e obbligatoria delle prescrizioni statutarie, cosa che facevano i notai municipali. Applicando le prescrizioni, i giudici e i notai municipali procedono in modo diverso trattando per trattare la medesima questione: i giudici rispettano la prescrizione, e i notai la eludono.

Per esempio, pronunziando la sentenza, i giudici, in un processo giuridico dell' anno 1337, hanno applicato la prescrizione statutaria secondo la quale la moglie non può garantire per il marito per la somma che supera cinque perperi. Nella sentenza di questo processo intentato a causa della realizzazione del debito del marito di 7,5 perperi, per cui la moglie garantiva al creditore con la sua dote, viene addotto "che il creditore può prendere i cinque perperi dalla dote della moglie, e il resto di 2,5 perperi viene indirizzato al possesso del debitore"[78]. Nell'altro caso le parti e il notaio hanno eluso la prescrizione. In deroga e al contrario di questa prescrizione, il notaio ha fatto la verifica del documento sulla garanzia della moglie il 9 luglio 1326. Nel documento viene addotto "che il debito di 87,5 perperi viene garantito dalla moglie ad un commerciante veneziano in base ai suoi beni dotali e che il documento fattone viene ridotto alla forma pubblica valida giuridicamente"[79].

Nel maggior numero dei documenti sopracitati viene menzionata l'inosservanza o l'osservanza inconseguente delle prescrizioni statutarie delle parti contraenti. In tutte le controversie però, la prescrizione viene applicata rigidamente, il che, con l'andar del tempo, influiva anche sul cambiamento del comportamento delle parti nella realizzazione di diversi contratti sulla dote.

Passo a passo viene formata la coscienza individuale del dovere di osservare le prescrizioni statutarie sull'obbligo di dare la dote, la coscienza del fatto che la dote sia la proprietà ineccepibile della moglie e che non possa servire di copertura per debiti del marito che superano l'ammontare permesso, e che

[74] *SN I*, cit., doc. 527, 17. IV 1330.

[75] *SN I*, cit., doc. 1122, 10. IV 1333.

[76] *SN I*, cit., doc. 983, 15. IV 1332; *SN II*, cit., doc. 490, 21. XI 1333.

[77] *SN I*, cit., doc. 1090, 10. IV 1333; *SN II*, cit., doc. 954, 4. XI 1335.

[78] *SN I*, cit., doc. 1104, 10. IV 1333.

[79] *SN I*, cit., doc. 27, 19. VII 1326.

dopo la morte della moglie la stessa venga restituita nella famiglia da cui era stata ottenuta. Alla fine del Trecento, il numero di documenti di questo tipo è notevolmente ridotto[80].

Il materiale notarile ha anche tutta una serie di altri documenti molto interessanti, di carattere giuridico-privato, in cui le parti e la Corte si riferiscono alle prescrizioni statutarie, insistendo sulla loro applicazione. Si trovano registrati anche tali documenti dal cui contenuto si può concludere con piena sicurezza che erano fatti *contra legem et statutum*, e che perciò non possono avere una valida conferma giuridica. Tutto questo merita nuove analisi supplementari e molto più spazio di quello previsto in quest' occasione. Tutto il materiale analizzato, anche senza queste ricerche supplementari, offre pure una base sufficiente per le risposte alle domande poste all'inizio della nostra ricerca.

12. *Conclusioni*

Il materiale analizzato indica che nel Trecento a Cattaro erano applicate in pratica le prescrizioni statutarie basate in maggioranza sulle regole del diritto comune, con le aggiunte del diritto locale consuetudinario, del diritto slavo e con le tracce del diritto bizantino.

Le Autorità del comune cattarino in tutte le istanze insistevano sulla rigorosa applicazione dello Statuto, benché, in certa misura, soprattutto all'inizio del Trecento, ci fosse presente anche l'inosservanza dello stesso, manifestata nella diretta violazione della prescrizione giuridica o nella sua elusione. La ragione di questo, bisogna senz'altro cercarla prima di tutto nella pratica consuetudinaria assai presente e profondamente inveterata, precedentemente applicata, del regolamento dei rapporti giuridico-privati, e nel fatto che, stando così le cose, non si potesse fare una rottura radicale con questa pratica totalmente finora indisturbata e senza alcun difetto intenzionale-causale di natura giuridica materiale e formale.

Nella pratica contrattuale c giuridica del Trecento, non era applicato solo lo Statuto, ma anche il diritto consuetudinario. L'applicazione del diritto consuetudinario è prescritta esplicitamente dallo Statuto cattarino per i casi dell' esistenza della lacuna giuridica nelle prescrizioni. Non è trascurabile il numero delle prescrizioni dall'inizio del Trecento in cui i Giudici municipali, risolvendo le controversie, si riferiscono al diritto consuetudinario, o in cui i giudici

[80] *Istorijski arhiv u Kotoru, Archivio storico ili Cattaro, Acta notarilia*, volumen III, 361, doc. 1, 2. X 1396; 2, 11. XI 1397; pag. 255, doc. 1, 12. XI 1395; T. Smičiklas, *Codex Diplomaticus Regni Croatiae, Dalmatiae et Slavoniae*, Zagreb, 1904-1934, knj. VI, 27. VI 1383.

nel procedimento di pronunzia della sentenza consultano i conoscitori delle consuetudini.

Prendendo in considerazione quanto detto sopra, è senz'altro comprensibile che i legislatori cattarini, di fronte all'inesistenza dell'adeguata norma per un nuovo caso, cambiavano spesso lo Statuto nel Trecento, sia emanando nuove leggi, sia cambiando e completando quelle esistenti. Perciò è logico che le prescrizioni e la pratica giuridica dell'inizio e della fine del Trecento differiscano piuttosto tra di loro riguardo al contenuto, ma indipendentemente da quel fatto, sia in un diritto, sia nell'altro, in pratica si insisteva sull'osservanza della legge nel senso formale e materiale. L'inosservanza o l'applicazione erronea delle prescrizioni venivano punite rigorosamente dalle autorità competenti, ciò nonostante, è possibile notare difetti nella pratica.

A NON DOMINO ACQUISITION OF MOVABLES: AN EASTWARD LOOK

Francesca Fiorentini

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Civil law models. – 3. Slovenia, Croatia and Serbia. – 4. Common law models. – 5. Comparative assessment.

1. *Introduction*

The doctrine of the *a non domino* acquisition of movables from a person who is not their owner derives from the overall shared need to balance two conflicting interests in societies: from the one side, the need to protect ownership and possession as a social signal of ownership; from the other side, the need to foster an efficient allocation of property rights.[1]

This paper provides an historical and comparative survey and assessment of origins, similarities, differences and reciprocal contaminations existing on this issue in a variety of representative legal systems from both the civil and the common law tradition, with a special focus on the law of some of the Slavic countries of the Western Balkans: Slovenia, Croatia and Serbia, countries that have been deeply explored by Giannantonio Benacchio in his notable long-lasting scholarship.

[1] See L. Mengoni, *Gli acquisti* a non domino, 3rd ed., Milano, 1975; A. Gambaro, *Circolazione dei beni mobili e allocazione del rischio proprietario*, in L. Vacca (cur.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991, vol. II, 555 ff.; Id., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995, 707 ff.; U. Mattei, *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport/CT - London, 2000, 106 ff.; Id., *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 209 ff.; R. Cooter, T. Ulen, *Law and economics*, Addison-Wesley, 2012, 6th ed., ch. 4; G. Dari-Mattiacci, C. Guerriero, Z. Huang, *The Property-Contract Balance*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-70, 2014; M. Cenini, *Gli acquisti* a non domino, Milano, 2009, esp. 121 ff.; M. Frunzio (ed.), *Gli acquisti a non domino. Antiche prospettive e matrici attuali*, Pesaro, 2022.

2. *Civil law models*

The legal solutions developed by the various legal systems to balance the two basic sets of conflicting interests underlying the law of the good faith purchase of movables – i.e. those of the rightful owners as opposite to those of the good faith purchasers – have not been the result of abstract principles, but the outcome of contingent economic needs of the relevant societies. This leads us to consider that – today, as in the past – there is no single better solution to the conflict at stake. On the contrary, the solution must be tailored to the needs of the specific market(s) in which the rules will have to be applied.

On this basis, we may start recalling that in agricultural societies, such as those existing under classical Roman law and early German law, the intangibility of rightful allocation of property rights tended to be preserved, and the relevance of the subjective state of mind of the possessor was only scarcely relevant. In classical Roman law the true owner was granted a *reivindicatio* of the movable in any case of transfer by a non-owner, irrespectively from the voluntary or involuntary character of her loss of possession.[2] In early German law a distinction began to emerge between voluntary and involuntary transfers of goods, because of the two requirements for the circulation of *Gewere*,[3] i.e. consensus plus voluntary delivery. In cases of involuntary delivery – such as theft – the transfer could not occur, and the former possessor was entitled to revendicate the *Gewere* on the object. Differently, in cases of voluntary trans-

[2] The maxim in D. 50, 17, 54, book 46 of the Commentary to the Edict of Ulpiano stated that *nemo plus iuris in alio transferre potest quam ipse habet*. The only case in which the good faith possessor could prevail was the fulfillment of the requirements of acquisitive prescription (the passing of a certain period of time). In any case, *usucapio* was not applicable to stolen goods (since *lex Atinia*, promulgated between the beginning and the half of the II century): J.G. Sauveplanne, *The Protection of Bona Fide Purchaser*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1965, 29. Jahrg., H. 4 (1965), 651-653.

[3] From 100 b.C. to 500 a.C. German law – based on a society less developed than the Roman one at the times of classical and post-classical law – regulated the problem of the allocation and enjoyment of goods and land by resorting to *Gewere*, which was an undifferentiated form of ownership-possession. German law did not recognize the Roman law oppositions between *dominium* (formal right, absolute and individual) and *possessio* (factual situation), and between *dominium* and other limited real rights: W.W. Buckland, *Elementary Principles of the Roman Private Law*, Buffalo, N.Y., 2003, 58 ff. On *Gewere* see, e.g., W.E. Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des ältren deutschen Sachenrechts*, Königsberg, 1828, 2. Aufl., 1967; O. v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, 187 ff.; H. Nändrup, *Die Gewere-Theorien*, Münster, 1910. In Italian literature see at least: R. Sacco, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, VII, Milano, 1988, 46 ff.

fers from the true owner to an intermediary who then – without power of disposition – delivered the good to a transferee, the latter acquired good title, irrespectively from her subjective state of mind, and the true owner was consequently barred from any proprietary remedy. She could only be entitled to contractual damages as against the intermediary, according to the rule of *Hand wahre Hand*.[4] Similarly, the French customs developed their version of this rule, i.e. *maubles n'ont pas de suite*: the owner who *voluntarily* delivers possession of the movable to a third party cannot revendicate the object as against the purchaser. *Reivindicatio* was admitted in favor of the true owner only in cases of stolen or involuntarily lost goods. The true owner had to prove that she had *saisine*[5] over the asset and that the object had been subtracted to her against her will.[6]

In the Middle Ages the development of commerce was mostly channeled through regulated markets and fairs. For these specific situations, rules on the good faith purchase of movables began to emerge as *ius specialis*. Later on, during the XVIIth – XIXth century – at the time of the industrial revolutions – commerce and the favorable rules that attached to it experienced a generalization impacting the whole area of private law. This evolution is witnessed, e.g., in the German territories, where the modern rule developed according to which the valid acquisition of movables from a person who is not the owner required: (i) voluntary delivery; (ii) a valid title to the transfer (*guter Titel*) and (iii) subjective good faith (*guter Glaube*). This rule was directly codified in the *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* of 1861, where the good faith purchase was admitted only in cases of voluntary transfers from a merchant in the exercise of her business, and was excluded for stolen goods (§ 306).[7]

The subsequent BGB of 1900 took over this rule with its previous requirements and generalized it for the entire area of private law in § 932, applicable to any kind of transfer, not only for value.[8] The rule provides that: "(1) As a

[4] See Münchner Kommentar/Oechsler, Band VI, *Sachenercht*, 6. Aufl., München, 2013, § 932 no. 1.

[5] The notion corresponding to the German *Gewere* and to the English *seisine*: Alb. Candian, *Propriété*, in Alb. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property, Propriété-Eigentum*, Padova, 1992, 195 ff.; F.J. Longrais, *La conception anglaise de la Saisine du XII au XIV siècle*, Recueil Sirey, Paris, 1925, 19 ff.

[6] See M. Cenini, *Gli acquisti* a non domino, cit., 98.

[7] This rule took over the German maxim mentioned above of *Hand wahre Hand*: Münchner Kommentar/Oechsler, Band VI, *Sachenercht*, 6. Aufl., München, 2013, § 932 no. 1.

[8] For the requirements of § 932 BGB see Münchner Kommentar/Oechsler, VI, § 932 no. 10 ff. Of course, the *guter Titel* requirement is to be referred to the real agreement, and not the causal contract, according to the *Abstraktionsprinzip*: R. Sacco, *A Comparative Analysis: The*

result of an alienation carried out under section 929,[9] the acquirer becomes the owner even if the thing does not belong to the alienor, unless the acquirer is not in good faith at the time when under these provisions they would acquire ownership. In the case governed by section 929 sentence 2 however [*consitutum possessorium*], this applies only if the acquirer had obtained possession from the alienor. (2) The acquirer is not in good faith if the acquirer is aware, or is unaware as a result of gross negligence, that the thing does not belong to the alienor" .

Paragraph 935 BGB expressly excludes good faith acquisition of *abhanden gekommen Sachen*, this broad expression meaning stolen or involuntarily lost goods. Indeed, the *reivindicatio* acknowledged to the owner is not subject to prescription limits and is never conditioned by her obligation to reimburse the price paid for the asset by the innocent purchaser.[10] Importantly, on the basis of a *favor commercii*, § 935 II BGB in turn derogates from the above rule on *abhanden gekommenen Sachen* in case of money, negotiable instruments and assets acquired on a public auction (but excluded are purchases in fairs, markets or from professional sellers).[11]

Contractual Transfer of Ownership of Movable Property, in M. Bussani, F. Werro (eds.), *European Private Law: A Handbook*, I, Berne, 2009, 89 ff., 108 f. Furthermore, § 366 of the current commercial code (*Handelsgesetzbuch*) states that when the transfer occurs from a merchant in the exercise of her profession, title passes to the good faith purchaser if she reasonably could believe that the transferor had to power to dispose of the asset, irrespectively from the knowledge of she being the true owner of the asset. To be noticed is that in Germany good faith is presumed and is to be determined at the time of the transfer: Münchner Kommentar/Oechsler, VI, § 932, nos. 37 and 66.

[9] See § 929 BGB is entitled "Agreement and delivery" and lays down the renown *Trennungs- und Abstraktionsprinzip* that govern – at declaratory level – the German model of transfer of ownership of movables: "The transfer of the ownership of a movable thing requires the owner to deliver the thing to the acquirer and both to agree that ownership is to pass. If the acquirer is in possession of the thing, then agreement on the transfer of the ownership suffices." It is well-known that at operative level many derogations from this principle exist, according to which the causal contract at the basis of the transfer assumes relevance in order to determine a full validity of the transfer. On this interplay between declaratory and operative formants see, for all, F. Ranieri, *Die Lehre von der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19 Jahrhunderts*, in H. Coing u. W. Wilhelm (curr.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, II, Frankfurt am Main, 1977, 213 ff.

[10] The only limit to the true owner protection in case of stolen goods is the acquisitive prescription (§ 937 BGB) that operates after a possession of the asset in good faith for a ten years' period.

[11] See Münchner Kommentar/Oechsler, VI, § 935, nos. 14 ff.

In Austria, § 367 ABGB allows the good faith purchase of goods if the transfer (for value)[12] occurs either on a public auction, or from a professional acting in the course of her ordinary business, or from a person (*Vertrauensmann*) to whom the owner voluntarily entrusted the movable. The possessor's good faith is presumed (§§ 328 and 368 II). The *bona fide* transferee acquires ownership only if all the general requirements for a valid transfer are met. This means that the parties must have agreed upon an underlying causal contract and a real agreement, and both must be valid.[13] The requirements for the acquisition must be proved by the bona fide acquirer (§ 367 ABGB). The good faith purchase of stolen goods is in principle not excluded by ABGB. The thief cannot acquire them by way of *usucapio* (§ 1460), but they can be acquired by a possessor in good faith by way of *usucapio* (§§ 1472 and 1477).

In France, from the XVIIIth century and since the industrial revolution, case law stuck to the distinction between voluntary and involuntary delivery of possession, and to the rule that only involuntarily lost objects could be revendicated. From this, the well-known rule was later codified in the Code Napoléon: *en fait de meubles, la possession vaut titre* (former art. 2279, current art. 2276).[14] French law does not require a legitimate title as German or Italian law, but – despite the lack of this expression in the somewhat elusive text of the rule – requires good faith in the acquirer of possession. Good faith is presumed (art. 2274, former art. 2268) and must subsist at the time of the delivery of the asset.[15]

As to the involuntary transfers, art. 2276 II Cod. Nap. grants action of *reivindicatio* to the owner of a stolen or involuntarily lost object within three years' prescription time running from the time of the theft or from the involuntary loss of the object.[16] However, art. 2277 takes over the old French rule according to which *reivindicatio* of stolen goods acquired on public auctions, from a professional merchant, in a fair or market can be exercised within the three years' period only if the owner offers reimbursement of the paid price to the possessor.

Italy, in art. 707 of the first Civil Code of 1865, reproduced the French rule simply adding to it, explicitly, the requirement of good faith of the third party

[12] See H. Koziol, R. Welser, *Bürgerliches Recht*, I, 13. Aufl., Wien, 2007, 333.

[13] See B. Lurger, W. Faber, *Acquisition and Loss*, No. 2, 902.

[14] See L. Mengoni, *Acquisti* a non domino, 60-65.

[15] The law does not require a purchase for value from the good faith acquirer to be protected: F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3rd ed., Paris, 2008, no. 200 f., 312 ff.

[16] The possessor against whom the owner revendicates the object is granted an action against the person from whom he acquired the object: art. 2276 II.

acquirer. Remarkably, the Civil Code of 1865 excluded from the application of this rule stolen objects, thereby maintaining the traditional distinction of the two main cases of voluntary vs involuntary transfers.[17] Yet, the Civil Code of 1942 – according to the preferences expressed by some distinguished scholars[18] – abolished the distinction between voluntary and involuntary transfers, thereby extending the application of the good faith purchase also to stolen goods.[19] Current art. 1153 c.c. declares that she who acquires movables from a person who is not the owner acquires ownership through possession, if she is in good faith at the time of delivery and if there is a 'good title' for the transfer of ownership. Art. 1147 c.c. presumes good faith and states that it is sufficient that it existed at the time of the acquisition of the asset. The same rule excludes good faith if the purchaser acted grossly negligently. The Italian development abolishing the different regime for stolen goods has been strongly criticized in comparative law literature as a too radical solution, and a negative detachment from a common European tradition.[20]

All the above models have been more or less influential for the legal systems of the Slavic countries of the Western Balkans. An overview over a few of them follows.

3. *Slovenia, Croatia and Serbia*

The Slovenian Code of Property Law of 2002,[21] in its art. 64 entitled "Special cases of acquisition", allows the good faith purchase from a person who is not the owner in the same cases acknowledged under Austrian law. Para. 1 of this article simply states that "[o]wnership of a movable is acquired even if the transferor did not have the right to dispose of the thing if the acquirer was in good faith at the moment of delivery and acquired the thing on the basis of an onerous legal transaction, and the other conditions laid down in article 40

[17] Art. 708 granted *reivindicatio* to the true owner only within two years from the theft or loss of the object. Art. 709 reproduced art. 2277 cod. Nap. stating that if the possessor acquired the object in a fair or market, on a public auction or from a professional merchant, he could have to return it only if the owner offered reimbursement of the paid price and only within the two years' prescription time: L. Mengoni, *Acquisti* a non domino, 74 ff.

[18] See C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, 5 ed., III, Milano, 1935, nn. 936, 1040; G. Segré, *Sui casi contemplati dall'art. 708 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1919, II, 39 ff.

[19] See L. Mengoni, *Acquisti* a non domino, 79.

[20] See K. Zweigert, *Rechstvergleichend-kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb*, in *RablesZ*, 1958, 11 ff.

[21] See Stvarnopravni zakonik, OJ 87/2002, 17.10.2002.

of this Act are fulfilled". These conditions are the following: "[a]cquisition of ownership requires a valid legal transaction from which the obligation to transfer ownership derives, and the fulfilment of other conditions laid down in law". Again, these "other conditions" mare stated in art. 60 of the same Code requiring delivery: "Ownership of a movable is acquired with its delivery into the possession of the acquirer". Scholars affirm that the term "legal transactions" used in arts. 64 and 40 refers to a valid causal contract producing obligatory effects only.[22] If we stick to the letters of the Code, it seems that the legislative formant makes reference to the traditional Austrian manner of transferring movables which, in line with the *ius commune* tradition, requires the *cumulus* of both causal contract and delivery. However, Slovenian legal scholars[23] read the text of the law differently, placing on it the German model of the "real agreement", i.e., a contract which is abstract from its *causa*, as necessary element of the transfer of ownership. In this line, for a valid transfer, a causal contract with obligatory effect, plus a real agreement, plus a delivery would be needed, plus the entitlement to dispose. According to legal scholars, these four elements shall be cumulative to purport a transfer.[24]

The Slovenian model represents a clear dissociation between the legal and the doctrinal formants. Moreover, we notice a difference between both the *ius commune*/Austrian system of the *cumulus* of *causa* plus delivery and the German model of *Abstraktions- und Trennnungsprinzip*, which – in principle – for the validity of the transfer requires the validity of the real agreement and the delivery only.[25] By this way the Slovenian model of transfer of movables seems a hybrid model between the Austrian and the German, with particular qualifications, making it somehow original.

Coming back to art. 64 of the Slovenian Code of Property Law, according to the interpreters, the requirements for the *a non domino* acquisition are the following. First, the acquirer shall be unaware of the transferor's lack of title or legitimation to transfer ownership at the time of delivery, this being good faith.

[22] See J. Kramberger Škerl, A. Vlahek, *Property and Trust Law in Slovenia*, Alphen aan den Rijn, 2020, 165, fn. 842.

[23] E.g., A. Vlahek, *Pogodbeni prenos lastninske pravice na premičninah v evropskem pravnem prostoru* [Contraactual Transfer of Ownership of Movables in European Legal Environment], GV Založba, 2010, 258-261.

[24] See J. Kramberger Škerl, A. Vlahek, *Property and Trust Law in Slovenia*, 165.

[25] For a historical and comparative analysis of the various models of transfer of ownership *inter vivos* in the Western tradition see R. Sacco, *A Comparative Analysis: The Contractual Transfer of Ownership of Moveable Property*, in M. Bussani & F. Werro (eds.), *European Private Law. A Handbook*, Bern, 2008, p. 89 ff.

Second, delivery must happen on the basis of a legal transaction for value; excluded are gratuitous transactions. Third, the underlying contract and the "real agreement" must be both valid.[26]

Finally, para 2 of the same art. 64 adds another three conditions for the *a non domino* acquisition to be validly perfected: The transfer must be performed in one of the three following cases which only justify sacrifice of the private ownership of the true owner and protection of the *a non domino* acquirer: the movable (i) has been sold at a public auction; (ii) is purchased by a person who transferred it in its ordinary course of business; (iii) the true owner voluntarily put the movable into the transferor's possession (e.g., on the basis of a contract which did not authorize transfer of ownership or which authorized it, but was void). Furthermore, and according to para. 3 of art. 64, delivery must be actual; a *constitutum possessorium* does not suffice to perform an acquisition *a non domino*.

As it is wide-spread in all civil law systems, also under Slovenian law good faith is presumed and must exist at the time of delivery (Code of Property Law, art. 9) and ownership is acquired by the transferee free from encumbrances (Code of Property Law, art. 64 co. 5).

On the contrary, and differently from many civil law systems, the rule of *a non domino* acquisition of movables applies also to stolen or lost assets. The Code of Property Law does not state any exception for stolen and lost goods. Therefore, they can be acquired in good faith, provided the conditions set forth in art. 64 are met.

For any kind of movable acquired in good faith under art. 64 Code of Property Law, be it stolen, lost or not, the true owner has a limited remedy, which operates only if the moveable has a special importance to him/her (*pretium affectionis*); the true/previous owner in this case can offer to repurchase to object from the new owner at its market price and the request must be brought by the former owner within one year after the *a non domino* acquisition occurred (art. 64 para. 5).

In Croatia the rule of *a non domino* acquisition is taken up from the German Civil Code, with some influence warn the Austrian model.[27] On the basis of § 932 BGB, but not completely identical to it, art. 118 of Croatian Property Act[28] provides that "any person who acquires independent possession of a

[26] See J. Kramberger Škerl, A. Vlahek, *Property and Trust Law in Slovenia*, 178.

[27] See T. Josipovic, *Property and Trust Law in Croatia*, Alphen aan den Rijn, 2022, 25, 169.

[28] Act on Ownership and Other Property Rights, briefly called Property Act, in force since 1.1.1997: Property Act, OG 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.

movable in good faith by a legal transaction for consideration concluded in order to acquire the right of ownership with a possessor to whom the thing does not belong or who is not authorized to dispose of it in legal transactions, is deemed to have acquired ownership of the thing (para. 1).

The acquirer referred to in paragraph 1 acquires ownership at the moment of delivery of independent possession, if the thing was surrendered to him to immediate possession or if he already has it from before. However, if the thing is surrendered to him to independent possession by a declaration of will, he shall acquire the right of ownership only after the thing is surrendered to him to immediate possession (para. 2). A *costitutum possessorium* is not sufficient, similarly as it is under Slovenian law, and differently from what declares § 929 sentence 2 combined with § 932 of the German BGB. Moreover, differently from the German model and similarly to the Austrian (and Slovenian) one, the rule is limited to onerous transactions.

As far as good faith qualification is concerned, "the acquirer is deemed to be in good faith if at the moment of concluding the transaction and at the moment of accepting the thing to immediate possession he did not know and in view of the circumstances did not have sufficient reason to doubt that the thing belonged to the seller" (para. 3). Good faith under Croatian law is presumed until proof in contrary, according to art. 118 para. 3 of Property Act.[29]

Interesting enough, and according to the German model, but differently from the Slovenian or Italian solutions, in Croatia the *a non domino* acquisition is not applicable to stolen or lost things. According to para. 4 of art. 118, the good faith acquisition from a non-owner "does not apply if the thing was stolen from its owner or the person through whom he had possession or if he lost it or misplaced it; save for the acquisition of ready cash, bearer securities or goods at a public auction". These exceptions are directly borrowed from German law, § 935 BGB.[30] According to Croatian law, as it is under German law, the *reivindicatio* is not time-barred (art. 161 para. 2 Property Act); however, there is an acquisitive prescription time of ten years for the party in good faith who acquires a stolen good (art. 159 para. 3 Property Act).[31]

[29] According to this provision, "possession is *fair* [equivalent to good faith] if, at the time of acquisition, the possessor did not know and in view of the circumstances did not have any reason to suspect that he did not have the right to such possession; however, his fairness terminates as soon as the possessor finds out that he is not entitled to the right to possession."

[30] See N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, et alii, *Stvarno pravo* (Property rights), Zagreb, 2007, p. 446-448.

[31] See T. Josipovic, *Property and Trust Law in Croatia*, 190.

As it is under all analyzed systems, as well as under German law,[32] once the good faith acquisition is perfected, the third party acquirer acquires the thing free from other encumbrances of rights of others, save if s/he knew of their existence (art. 118 para. 5).

In Serbia,[33] *Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa* (Law on the Basis of Ownership and Proprietary Relations) of 1980 provides, in its art. 31, the legal conditions of the good faith acquisition of movables by a person who is not the owner. Interesting enough, however, and not much differently from what we saw for Slovenian law, is the fact that the interpretation by legal doctrine of this provision detaches itself and somewhat manipulates the black-letter rule, turning it to slightly different results if compared with the plain meaning of the legal text.

The models from which Serbian law borrows are the Austrian and Slovenian ones. Art. 31 of the Law on the Basis of Ownership and Proprietary Relations literally states that: "[a]n honest person shall acquire the ownership right to movables, acquired along with the compensation [consideration] from the non-owner who, within the scope of his activity, announced the sale of such thing, from non-owner, entrusted with the thing by the owner on the basis of the legal transfer that is not the base for acquiring the right to ownership, and on the public sale.

A previous owner may request the return of the thing with a compensation on the basis of the sale price from an honest acquirer if the thing has a special meaning for the previous owner.

The request specified in para. 2 of this Article may not be placed if outside the limitations period of one year from the day of acquiring the ownership right to the same thing".[34]

Commenting on this rule, Serbian scholars[35] use to distinguish between general and special conditions. General conditions are mandatory conditions, that need to be met in any case, for the rule to be applicable. These are: (i) the acquiror shall be in good faith, meaning that s/he shall not know or be able to know that the transferor has not title nor legitimation to transfer ownership in the moveable thing; (ii) a delivery of the moveable asset shall have occurred

[32] See § 936 BGB.

[33] I would like to express my gratitude to my colleague Dr. Sloboda Midorovic, Assistant Professor at the Law Faculty of the University of Novi Sad, for helping me in research on Serbian law.

[34] A disputable English translation of this Serbian law is available at https://www.osce.org.

[35] See Radmila Kovačević Kuštrimovič, Miroslv Lazić, *Stvarno pravo*, 3. izdanje Punta, Niš 2009, 101-103.

in the hands of the acquiror, meaning that the acquiror shall get immediate possession/physical control of the said asset; (iii) the transfer shall be for value, meaning that gratuitous transfers are not covered by this rule.

The special conditions regard the kind of transactions to which the rule in art. 31 may be applicable, and these transactions are the three indicated in the letter of the rule, that is: (i) delivery to the good faith acquiror shall be obtained by a non-owner who trades with moveable assets of the same kind within his ordinary business, or (ii) from a non-owner to whom the owner handed over the object, in virtue of a legal relation that is not suitable for the acquisition of ownership (e.g., deposit, rent, etc.), or (iii) the asset shall be acquired on a public auction. According to legal scholars, as far as special conditions are concerned, it is sufficient that only one of the three is fulfilled.[36]

The applicability of *a non domino* acquisition to stolen goods is not directly addressed by the law currently in force, so it seems possible under the above conditions.[37] The only requirement is that the good faith presumption is not overturned, which may be the case with symptomatic indexes, like a very low price paid for the asset if compared to its market value, and/or a questionable provenance.[38]

To be noted is that under Serbian law there is currently a reform proposal for a new Law on Property Rights and Other Real Rights[39] that provides for a slightly new rule on the acquisition of movables by a person who is not the owner (arts. 112 ss.), combining the French and the Slovenian model, with some influence from the German one, originating a quite interesting and unique solution. In particular, article 114 of the draft establishes that: (1) A former owner may, within one year after the purchase of the ownership, request that the purchaser restores the thing to his ownership, upon the payment of a consideration equal to the market price […] and upon the compensation for the damage he suffered because of the return of the thing if: 1) The thing has special importance for the former owner; 2) The thing is a pet animal; 3) The former owner […] is deprived of the thing through theft, embezzlement, threat, duress, or other punishable act, and he has not contributed to it by his

[36] *Ibidem*.

[37] The applicability of this rule to stolen assets is indisputable under Serbian legal doctrine: Nina Planojević, *Sticanje svojine od nevlasnika*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2008, 373-380.

[38] See Nina Planojević, *Sticanje svojine od nevlasnika*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2008, 253-310.

[39] Available at http://arhiva.mpravde.gov.rs.

negligence. (2) The provision referred to in para. 1 of this article shall not apply to money and securities.

4. *Common law models*

The same rigidity *vis-à-vis* good faith purchase that we witnessed in Roman law can be found in the early common law, were the relevant rule was *nemo dat quod non habet*, based on the assumption that mere possession is not conclusive of title.[40]

Gradually, also in English law, with the increasing commercialization of society, attenuations of the rigidity of the *nemo dat rule* have been acknowledged. They emerged first from case law, to be then codified in the Sale of Goods Act since its first version of 1893, and later transposed in the text of 1979. These exceptions to the *nemo dat* rule concerned essentially: (i) cases in which the true owner was *estopped* from claiming back the asset (sec. 21(1)), and – most relevantly – the cases gathered under (ii) the *market overt* rule (sec. 22), and (iii) the purchase from a *mercantile agent* (Factor's Act 1889 and SGA 1979 secs. 24-26).

The exception regarding *proprietary estoppel* has been developed by case law on the basis of equity rules operate when the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell.[41] The exceptions under (ii) and (iii) resulted in the following rules: the purchaser for value of a movable in a public market (*market overt*) or from a *mercantile agent*[42] was protected from the claim by the original owner.[43] But the *market overt* rule was abolished in 1995 in order to counteract *a non domino acquisitions* of stolen goods.[44] Since this event, English attenuations of the *nemo dat* rule diminished. In addition to the cases of *estoppel*, they are now basically gathered under the

[40] The *nemo dat* rule is now codified in the Sale of Goods Act 1979, sec. 21(1): *sale by a person not the owner*; M. Bridge, *Personal Property Law*, 3rd edn., Oxford, 2002, 97.

[41] Operative requirements of proprietary estoppel have been developed by the English House of Lords in *Thorner v Major* [2009] UKHL 18.

[42] Intended as an intermediary having in the customary course of his business authority to dispose of the assets: sec. 26 SGA.

[43] See P.M. Smith, *Valediction to Market Overt*, *Am.J.Leg.Hist.*, 1997, 225 ff.; Fr. Viding Kruse, *What does "Transfert of Property" Mean with Regard to Chattels? A Study in Comparative Law*, *Am.J.Comp.L.*, 1958, 500.

[44] The *market overt* rule was abolished by the Sale of Goods (Amendment) Act 1994 (Ch. 32). On the reasons for this abolishment see the opinion of Lord Renton delivered to the House of Lords on 12 January 1994.

rule of the *voidable title* (sec. 23 SGA), which refers to situations where the good faith purchaser for value of the movable is protected if she purchases the good before the true owner voids the title of the transferor. This rule has relatively narrow borders of application: it applies only to *sales*, and not to gratuitous or other onerous dispositions (such as gifts, mortgages, leasing contracts) and operates only if the purchaser is in good faith. As to stolen goods, the general common law rule is that no good faith acquisition can occur.[45] However, there is a positive prescription period established by the Limitation Act 1980 of six years. After this period, the owner cannot any more recover his property by way of the tort of conversion and his right is not only barred but also extinguished[46].

On the U.S. side, a larger version of the English *voidable title rule* as well as the *entrustment rule* have been developed and codified in the Uniform Commercial Code. § 2-403-(1) U.C.C. states the *voidable title rule* applies to any kind of purchaser (not only buyers in a sale contract). Moreover, according to § 2-403 (1) lit. (d), the good faith purchaser[47] is protected even if the true owner was fraudulently induced to deliver the good to the intermediary, because possession by the intermediary produces an 'appearance' of her title/power of disposition *vis-à-vis* third parties.[48] This case is not identical with theft, being a case of delivery within a voluntary transaction, though fraudulently induced. In case of stolen goods, no protection of any good faith purchaser is provided under this rule.[49]

According to the *entrustment rule* in § 2-403 – (2) U.C.C., the owner delivering her goods to a person who operates "*in the business of selling goods of that kind*", confers to that person also a power of disposition of the asset, within the limits of the ordinary course of her business. Differently from the *voidable title* rule, this rule operates only within *sales*, in favor of *buyers* in good faith

[45] See J.G. Sauveplanne, *The Protection of Bona Fide Purchaser*, 685 ff.; M. Bridge, *Personal Property Law*, cit., 113.

[46] Sec. 3, Limitation Act 1980.

[47] Under case law commenting the U.C.C. it is considered a good faith purchaser she who (i) acquires for value, paying an adequate price for the good; (ii) has honestly believed to be acquiring from the true owner; (iii) circumstances could not induce her to doubt of the transferor's title: Ark. Supreme Court, *Hollis v. Chamberlin*, 243Ark. 201, 419 S.W.2d 116 (1967); M. Cenini, *Acquisti* a non domino, 55.

[48] *Midway Auto Sales, Inc. v Mike Clarkson*, Court of Appeals of Arkansas, Division IV, Opinion delivered Nov. 1, 2000.

[49] As it is made clear by case law: *Midway Auto Sales, Inc. v Mike Clarkson*, supra; *Eureka Springs Sales Co. v. Ward*, 226 Ark. 424, 290 S.W.2d 434 (1956).

(not any purchaser).[50] The rule does not make any distinction for the delivery of stolen goods, so in principle it includes them, too. Yet, U.S. law is strict on that aspect: a buyer cannot get good title from a thief,[51] being the voidness of the transferor's title so radical that it irretrievably affects the subsequent chain of titles. The only exception to this rule is the passing of the three years' time barring the *action for replevin.*[52]

5. *Comparative assessment*

The above allows us to elaborate the following comparative classifications of similarities and differences emerging in the intensity of protection of true ownership vs commerce and efficient allocation of property rights in general.

There is a clear major distinction between common law and civil law systems: in the former the rule is that no one can transfer a better title than he himself possesses and the *a non domino* acquisition is conceived as an exception to the rule that operates only when it is needed to protect commerce. In all the analyzed civil law system, the *a non domino* acquisition is a rule that operates whenever a shared set of conditions are met: mainly good faith acquisition of possession in lieu of title. This results – in general – in a larger scope of the doctrine in civil law than in common law.

Having said this, another classification can be produced, cross-cutting the traditional distinction between common law vs civil law. It is the demarcation according to the criterium of the intensity of the protection of true ownership. To produce this classification, there is a starting point which is the consideration that overall a distinction has emerged as to voluntarily vs involuntarily (including theft) loss of the goods.

In the common law systems, the *a non domino* exceptional rule does not apply to involuntary losses of goods. Stolen goods can always be reclaimed by the owner. However, this declaration in principle is factually strongly limited by the limitation of the actions to recover the goods (only three years in the U.S.A. and six years in U.K.).

In the civil law systems, the *a non domino* doctrine – as mentioned – is

[50] See G. Gilmore, *The Good Faith Purchase Idea and the Uniform Commercial Code: Confessions of a Repentant Draftsman*, 15 *Georgia L. Rev.*, 1981, 609 ff.

[51] See E.C. Black, *Entrustment, The Hidden Risk of Leaving Your Artwork in the Care of Others - Will Your Fine Art Insurance Cover Your Loss? Probably Not*, in 1/3 *Spencer's Art Law Journal*, 2010.

[52] This is the U.S. action to recover stolen goods.

a general rule for voluntarily lost goods, however its scope is nuanced in the various jurisdictions: it is larger in France, Germany, Italy, where the doctrine applies to any kind of act of disposition of the goods, be it onerous or not; whereas it is narrower where it applies to onerous transactions only: Austria, Slovenia, Croatia and Serbia.

As to involuntarily lost (in particular stolen) goods there is an even stronger graduation of protection of the true owner. This protection is stronger in Germany, where the non-applicability of the *a non domino* rule is not only expressly stated, but also operatively respected by way of imprescriptibility of the *reivindicatio* (with the "commercialistic" exception of money, bearer securities and goods sold at public auctions). Croatia follows the German model on this specific issue. A slighter protection is to be found in France: here the declaratory non-applicability of the rule to stolen goods is operatively limited by a short (three-years) limitation time for the true owner to recover the goods. Furthermore, in the three "commercialistic" cases (money, bearer securities and goods sold at public auctions), differently than in Germany, the goods can be reclaimed within three years by paying a reimbursement of the price to the possessor. However, requiring reimbursement of the paid price is a rule disclaiming a clear *favor commercii*, allowing the good faith purchase of stolen good in a wide range of cases (always after the passing of three years from the involuntary loss of the goods without an action by the true owner). As a matter of fact, seldom if ever the owner will be ready to pay twice for the recovery of the good.[53]

Beneath Germany and France, we find a lower protection of the true ownership where the a *non domino* rule applies to stolen goods, also: in Austria, Italy (mitigating the French initial model with the Austrian one and mixing it with a pro-commerce approach), Slovenia and Serbia.

Finally, we notice that the Slavic systems analyzed result from a combination of Austrian and German models, with influences also from France, which is never a cut and paste solution, but rather an original, local mixture. Moreover, they reciprocally influence each other within a regional spectrum, as the planned Serbian reform witnesses.

[53] See M. Cenini, *Gli acquisti* a non domino, cit., 109.

THE HOUSE AS THE PROPRIETOR IN THE GENERAL PROPERTY CODE OF THE PRINCIPALITY OF MONTENEGRO

Radoje Korać

SUMMARY: 1. A novelty in the legislative practice of the period. – 2. Family forms and the nature of an individual family (inokoshtina). – 3. House community according to the general property code. – 4. The notion and the legal nature of the house. – 5. Representing the house. – 6. Liability of the house.

1. *A novelty in the legislative practice of the period*

Already on arriving in Cetinje with the purpose of preparing a code for Montenegro, Valtazar Bogišić drew the attention of Nikola I Petrović to the fact that such codification should not be performed in haste, bearing in mind that he needed to thoroughly learn about the life, spirit, circumstances, state law, customs and relations in Montenegro. Being particularly knowledgeable in his craft, the codifier decided to work on the basis of a strictly scientific method, taking into account the accomplishments of contemporary legal science, without particular influence from any legal school and with complete insight into Montenegro's reality. Only in this way could he indeed accomplish the idea of preparing a work "which would be systemic and simple at the same time" and which would "simultaneously provide the Montenegrins with an opportunity to learn about foreign law; and the foreigners to have an idea about the characteristics of Montenegrin law".[1]

These demands imposed on Bogišić a theoretical and methodological question of codification: how to determine the so-called external limits of the code. On the basis of an extensive and thorough study, he concluded the following: "Family law represents an issue that is completely different from proprietary and contract law; the last two representing strictly property law".[2] In this way, Bogišić abandoned the four-way division of civil law and, by omitting the so-

[1] V. Bogšić, *Povodom crnogorskog građanskog zakonika, nekoliko riječi o načelima i metodu usvojenom pri izradi*, Belgrade, 1888, 6.

[2] V. Bogišić, *O položaju porodice i nasljedstva u pravnoj sistemi*, Belgrade, 1893, 144.

called family rights, marked his code in name and content as one of property. "Since the code contains only property rules, we have the opportunity – the codifier wrote – to free ourselves of the chaotic name civil code and to refer to our code simply as property code, which even a two-year child can understand"[3]. Thus, Bogišić was the first in contemporary legislative practice to pave the way for modern theoretical notions, which have already indicated the need for the legislative separation of family and property law.

The theoretical and practical results of studying the family on the one hand, and the comprehensive learning about European science, legislative practice and social being of the country for which he was preparing the code, on the other, have determined Bogišić's stance towards the system of civil law. The codifier explained the reasons which had led him to abandon the systems on which the then authoritative cases of European and world legislation was based, and the need for regulating family law separately, in a study titled "About the position of the family and inheritance in the legal system".[4] This study appeared after the publishing and coming into effect of the General Property Code, with the aim to explain the accepted stance and respond to possible criticism. Still, Bogišić declared and explained his stance on this issue even before the completion of his work as a codifier, but it is clearer, more thorough and complete in this instance.[5]

In the aforementioned study, Bogišić was meticulous in analysing, from Roman law, via medieval law to modern legal science, the attempts to separate property and family law. Already in the Laws of the Twelve Tablets, then in Iustinian's codification and in a whole series of subsequent legal monuments, he encountered the more or less successful attempts to regulate family law separately. In his opinion, legislative action in smaller environments, municipalities, towns and smaller countries were particularly successful, because social relations were simpler there, making legislative regulation more natural and particular.

Of the legislative material that was supposed to confirm his thesis, he cited the Dubrovnik Statute of 1272 (which is divided into eight volumes, and Volume Four "in its 77 chapters, contains nothing more than the rules of family

[3] V. Bogišić, *Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori*, edited by T. Nikčević, Belgrade, 1967, 54.

[4] We use it here according to the work: V. Bogišić, *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, Belgrade, 1986, 143-189.

[5] See Bogišić's works: *Povodom crnogorskog građanskog zakonika*, cit., and *Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori*, cit.

and inheritance law")[6] and a whole series of other statutes from our Adriatic coast (Kotor, Korčula, Rovinj, Krk, etc.), particularly indicating the separate grouping of provisions of family law. In more recent codifications, except the General Property Code and the Japanese Civil Code (the concept of which was suggested by Bogišić), there is no such support but, after the overall analysis, Bogišić firmly believed that "family and inheritance have no real place in the so-called civil code."[7]

As he personally stated, there were two main reasons for the decision not to include family law in his code. The first is that the code would not be homogenous, because "family law, with everything that is connected with it, does not form a homogenous whole with the main content of the code, which is property law. The equality of all parts of the code is the "sine qua non" condition of simplicity, and consequently of perfect understanding, without which its implementation would pose insurmountable obstacles and prevent the unified and harmonious development of parts of the code".[8] The second, without which he would not be breaking up with the codification systems of the time, pertains to the original nature of the family, "to the several forms of this institution in the country, to the so far insufficient studying of these different forms and their mutual relations and, finally, to the overall conditions of social life of this people."[9]

Bogišić used as a starting point the conviction that "the family is full of such moral elements which should be left to the rule of morals", and only code those links and relations which are purely proprietary in character. Thus, in his opinion, "it is hard to codify items that are 1. laden with moral elements and 2. too different one from another."[10]

It stemmed from the analysis of the content of codifications created until that time that only true rights and obligations have "one nature" while "the family, on the other hand, is a union of a particular kind of living, primarily natural, and legal only in addendum". However, the legal elements of a family significantly differ from the nature possessed by property rights. While indicating several differences between family and property rights, Bogišić said: "Property rights are divisible and family rights are not, the former can be valued by money, the latter cannot, property rights are subject to the statute of limitations, family rights are not, the former can be settled by external court means, while

[6] V. Bogišić, *O položaju porodice i nasljedstva u pravnoj sistemi*, cit., 159.

[7] *Ibidem*, 167.

[8] V. Bogišić, *Povodom crnogorskog građanskog zakonika*, cit., 7.

[9] *Ibidem*, 9.

[10] V. Bogišić, *Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori*, cit., 61.

the courts can only acknowledge the latter and, at most, define the means for preserving their outside appearance".[11]

Although he believed that family law, unlike property law, was still not at the level of codification, Bogišić did not exclude the possibility of legislative action in this field, while stressing that care must be taken about "the significant number of moral elements, which this institution is full of".[12] After all, this is what he showed by preparing the codification of family law in Montenegro. By preparing projects for the law on marriage and the law on division and inheritance, Bogišić ventured into legislative work in this field, as well. The separate preparation of these two legislative projects, which some refer to as drafts,[13] although they were not prepared in the form of legal text, speaks about the codifier's intention to endorse the method of separate regulation of this field and opt for individual laws. The reason for this did not only lie in the nature of the relations which had to be codified, but primarily in the existence of different forms of family, their different composition and the different principles they were based on. In that regard, after indicating the diverse multitude of family forms ("town, contemporary, Roman, old Germanic, various *regime dotaux* in France and Germany, the south Slavic small collective, the Greater Russian, the Little Russian, Caucasian, Swiss, etc, nobility and rulers in Germany) Bogišić declared the following in the theses for the law on marriage: "This plurality of forms in itself shows how wrong it is to cram all families into one, to measure the foot by the shoe and not the other way round. It is the same when someone intends to place all types under the same form of contract. Therefore, as there are a multitude of contract types, so are there a multitude of family forms and, thus, of different rules for each of them".[14]

It seems that Bogišić believed that family law should be regulated separately for each family form.[15] His preparation of the law on marriage and law on division and inheritance in Montenegro confirms this very fact. It can be seen from the material for the preparation of the first of these laws that it was supposed to cover the material and process provisions about the marriage of citizens of only Orthodox (not Catholic or Muslim) religious confession. The

[11] *Ibidem*, 66.

[12] V. Bogišić, *Povodom crnogorskog građanskog zakonika*, cit., 10.

[13] *Cf.* T. Nikčević, *Pripreme za kodifikaciju porodičnog prava u Crnoj Gori*, in *Istorijski zapisi*, 4, 60, 705.

[14] Bogišić's preparations for the law on marriage in Montenegro, edited by T. Nikčević, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4, 58, 473.

[15] T. Nikčević, *Pripreme za kodifikaciju porodičnog prava*, cit., 714.

situation was similar with the project for the second law, which encompassed rules about division and inheritance that only applied on the Montenegrin village house community.

It is probable that these views by Bogišić about the codification of family law were one of the reasons for the preparations of these projects not having been developed into final legislative solutions. Still, it is believed that the main reason for the postponement of the codification of this segment of law in Montenegro was the accelerated process of transformation of overall social relations.[16] The development of the market economy and the emergence of merchant capital, especially from the towns which Montenegro obtained after the Berlin Congress, have precipitated the process of disintegration of larger family communities. This disturbance of the collectivist character of the Montenegrin village house community has imposed the need for a different legal regulation and practical solving of a whole series of personal and property-legal relations. The codification of family law, which would not disturb the legal relations and constituting of family life, was a complex and delicate task in such social conditions.

2. *Family forms and the nature of an individual family (inokoshtina)*

The family was one of the principal and favourite subjects of scientific interest of Valtazar Bogišić. The reasons for this should be sought in his conviction that life and customs of the people, from the legal, economic, ethnic and other aspects, can be best learned about by studying the family as the basic community of humans. The family was a total social group bound by many legal and popular customs. Learning about this fundamental customary, moral and property-legal relation in human living was his guarantee for more thoroughly studying and explaining the relations and rules that applied in other segments of the society. Thus, in his well-known "Progress for describing the legal customs living among the people" from 1866 and subsequently, in the survey for the inventory of legal customs in Montenegro, Herzegovina and Albania from 1873, he dedicated a significantly greater number of questions to those thematic parts that pertain to family and family life.[17]

[16] *Ibidem*.

[17] The first questionnaire (352 questions) resulted in the creation of the *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, Zagreb, 1874, and the second (around 2000 questions), *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, edited by T. Nikčević, Titograd, 1984.

On the one hand, his dealing with family was determined by the need for a broader scientific explanation of the social context of the entirety of the system of legal customs, and on the other, by the particular task of the codifier that called for a more thorough investigation of the organisation of social relations in a particular environment. This is confirmed by the rather broad territorial borders within which Bogišić studied the rules of organisation of family life. While working on the codification of civil law in Montenegro, Bogišić territorially expanded the study to Herzegovina and north Albania. He used some of the earlier studies performed in Dubrovnik, Konavli, Boka Kotorska, Serbia, Dalmatia, Croatia, Military Krajina, etc, for a comparative observation of particular matters.

Besides, Bogišić studied the family from the comparative legal aspect. There is a known survey that he conducted in the Caucasus in 1872, about the legal customs of Caucasian peoples. He has also shown interest in certain old forms of social life in India and Japan and has dedicated special attention to studying the Kabila families of Algeria. Bogišić studied the collective life of this tribe, whose family is greatly reminiscent of a Serbo-Croat collective, on the location and, after consulting particular literature, he prepared a draft of a special study about a complex family, which remained in the form of manuscript.[18]

In his auto-biographic data, Bogišić pointed out that family occupied a significant place in his scientific research.[19] The method and results of this research has placed him among the ranks of the founders of family sociology in our region. Understandably, one should also not lose sight of "the ethnographic, ethnological, historic and, especially, legal dimension of this research." The adequate combining of comparative and sociological method has enabled Bogišić to observe and explain the similarities and differences in the way of life, customs and law of particular peoples. Thus, he observed that different peoples had similar or same forms of family, just like identical living conditions often lead to the establishing of similar customs in different geographic regions.[20] He claimed that all legal systems were built on family relations and only differed in whether the family was individual or collective.[21] However, many of his studies, exactly of family relations, showed that discord, opposition and disharmony

[18] N. Martinović, *Valtazar Bogišić, I, Istorija kodifikacije crnogorskog imovinskog prava*, Cetinje, 1958, 259 and 206.

[19] *Spomenica dr Valtazara Bogišića*, Dubrovnik, 1938, 104.

[20] J. Danilović, *Foreword to the book by Valtazara Bogišić: Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, Belgrade, 1986, 34 and 35.

[21] N. Martinović, *Valtazar Bogišić, I, Istorija kodifikacije crnogorskog imovinskog prava*, cit., 47.

were often present between the normative and the real, between the factual relations within a family and their legal regulation.

There is a significant and very interesting typology of the family, which Bogišić presented in his well-known study titled "About the form called *inokoshtina* in the village family of the Serbs and Croats" from 1884.[22] He discerned four main forms of the family in our region: 1) collective, consisting of several brothers, cousins or more distant relatives with wives and children, if they have any; 2) individual family (*inokoshtina*), *i.e.*, a simple rural village family usually consisting of a husband, wife and their children; 3) town family, the main characteristics of which resemble that of a modern European family and is similar in composition to *inokoshtina*; 4) Muslim family "in which there are modifications due to elements of religious law; among these elements, polygamy plays the principal role".

Bogišić has precisely explained the main characteristics of the first three forms of family, indicating at the same time that the Muslim family can be defined as one of those three forms, despite different religious elements being its characteristic.

First, by analysing certain important characteristics, he described the deep and radical differences between a collective and a town family. In a town family, like in the Roman one, the father is the sole subject of all property rights: he disposes of property in life and death, without restrictions and without the required consent of any family member; he remains the master and administrator until the end of his life and cannot be replaced against his will; he may divide the property among his children, but that depends solely on his will; as a rule, property is divided only after the death of the father of the family, "because, with the master, the family also ends, in a manner of speaking".[23] Matters are different in a collective, wherein the family collective itself is the subject of property rights. The head cannot dispose of property without the consent of adult family members; the head can always be replaced, regardless of age, when "the members of the collective deem it necessary and beneficial", each male adult member of the collective may claim the part that belongs to him; the property is not divided after the death of the family head, because the family continues living and a deceased head is replaced by another.[24]

After citing the fundamental differences between these two family forms, Bogišić performed a detailed analysis of legislation, custom law and court

[22] Used here according to the book: V. Bogišić, *Izabrana dela i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, cit., 207-238.

[23] V. Bogšić, *O obliku zvanom inokoština*, Belgrade, 1884, 214.

[24] *Ibidem*, 215.

practice in order to reach the answer to the main question: what is the nature of the individual family or *inokoshtina*?

A unified stance was accepted in the legal texts and theory at that time: the village *inokoshtina* is considered equal to a town family and completely different in nature from a collective. This position, according to Bogišić, does not correspond to the truth. On the basis of direct research which he performed in Montenegro and Herzegovina, and partly in Serbia and Croatia, Bogišić established that facts spoke about the identical nature of a village *inokoshtina* and a collective, and thus about the obvious difference that exists between the nature of *inokoshtina* and that of a town family.

Bogišić also sought confirmation of this position in studying the terms "by which this type of family is referred to in the language of the people or – as he stressed – the mirror of the people's thoughts and aspirations".[25] In that regard, he criticised Vuk Karadžić for not providing the true meaning of the word collective in his Rječnik (Vocabulary). He claimed that the word collective, meaning "several families that form one community" did not exist in the people's language. The adjective "collective" is used to describe a family that has a sufficient number of labourers, regardless of whether they originate from the same father or not. Contrary to this, the individual family, in popular language, describes a house that does not have any or does not have a sufficient number of labourers, although it may include several siblings from several fathers. "When the people wish to describe a house with a sufficient number of workers (because the well-being of a family depends on the number of working hands), they add… the adjective collective to the house and, in the opposite case, the adjective individual".[26]

Bogišić has personally learned the meanings of these terms in many parts of our country and, coupled with the realisation that other researchers had found the same in other countries, concluded that the authors had corrupted the true meaning of these terms because the word collective "does not exist in the popular language, in the sense attributed by jurists or legislators". "The general word in the language of the people that describes a simple or complex family is house, which we have encountered with the same meaning since the 14th century and the Code of Dušan".[27]

According to J. Aćimović, with this new, different, at that time unknown understanding of the nature of *inokoshtina*, Bogišić "shook the foundation of the jurists' notion of that, the court practice and written laws, and proven their

[25] *Ibidem*, 229.

[26] *Ibidem*, 230.

[27] *Ibidem*.

errors, thus (at least in principle) dispelling the confusion that was in place regarding this institution…".[28] According to this jurist, the war which Bogišić declared by his discussion on "the jurists' errors about the subject it covers, is not at all less important than Daničić's war for the Serbian language and grammar". Without a doubt, Bogišić's teaching about family, presented in his study of *inokoshtina*, has greatly influenced both the concept of the General Property Code for Montenegro and the normative contents of particular solutions about a family community.

3. *House community according to the general property code*

Although family and inheritance law were not encompassed by codification, this does not mean that family remained completely out of the code's reach. Since one of the fundamental principles that Bogišić laid out in his codification work was that the code consisted of "the institutions which truly exist in the life, spirit and heritage of the people," which should not be excluded without a real need, then it is understandable that certain relations of the "house" as a specific family community of Montenegrins could not be avoided. Namely, were the external relations that a family maintains with the outside world not to be regulated, this would significantly decelerate the legal interactions in the country. This is due to the uncertainty of third parties in view of the possibilities and conditions under which an entire house, or its individual members, can enter into legal affairs, which is assume particular rights and obligations.[29]

In adherence to this requirement, the GPC arranged only those relations that pertain to the house's affairs regarding the outside world, while explicitly stating (article 769) that the codification of rules about the internal organisation and arrangement of mutual personal and property relations was left for separate laws. In the belief that these laws would not be adopted quickly, Bogišić envisaged in article 687 of the GPC that, until that time, "the hithertofore customs shall apply in all matters…".

The House, that is the domestic community, is mentioned in two places in the GPC: first, in the fifth chapter, section VI (articles 686-708), titled "The House Community", and then in the sixth chapter, section V (articles 964-968) with the title "The House or House community, and other legal proprietors".

[28] J. Aćimović, *Preface to the publication of the study in our language*, Belgrade, 1885.

[29] K. Vojinović, *Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru obzirom na ostalo crnogorsko zakonodavstvo*, Zagreb, 1889, 38.

By shaping this institution, the GPC consistently conveyed the positions of its author, which he reached by monitoring the development and appearance of certain forms of family in some of our regions.

By studying the circumstances and relations in Montenegro, Bogišić established that the Montenegrin House of a collectivist community in which everybody works and earns solely for the community; the father, who is usually the head of the House, cannot dispose of the property without the approval of adult sons; when they grow up, the sons may seek a division of property even while the father is alive; when the father dies, except for the changing of the head, "everything remains *status quo*".[30] Besides, in this regard, Bogišić took into account the conclusion that a simple and a complex family were not two forms of family, which was believed until that time, and that the nature of the village *inokoshtina* and of the collective was identical. According to him, size is not important for the collective, as we have seen, but internal organisation.

While adhering to these practical and theoretical results, Bogišić also determined the nature of this institutions in the provisions of the GPC, in which the House, unlike the collective in the Serbian Civil Code (SCC), implies not only a complex family (several brothers, cousins or distant relatives, with wives and children), but also a core family (a married couple and their children) Moreover, the House, according to an explicit provision of the Code (article 707) exists even when it is "reduced to one single member, male or female…" Thus, it is not correct to equalise the House in the sense of the GPC and, for example, a family collective according to the SCC.[31]

Bogišić also used the popular term "house" and not "collective" in codification. According to a certain opinion, this expression is not only more in conformance with the spirit of our language, but also historically justified, considering that it is found "in the donation charter of Prince Ivan Crnojević to the Cetinje monastery, written on January 4th, 1785".[32] Others, however, believe that it was excessive to say that the term "house" had primacy in our language and history over the term "collective".[33] The following terms were used as synonymous in the GPC: "House," "domestic community" and "house community". The discussion during the first reading of the Code was about

[30] V. Bogšić, *O obliku zvanom inokoština*, cit., 225.

[31] *Cf.* Ž. Perić, *Porodično zadružno pravo u Crnoj Gori*, in *Branič*, 11-12, 1925, 220.

[32] M. Vesnić, *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru i njegova važnost za nauku i zakonodavstvo*, Belgrade, 1891, 179.

[33] Ž. Perić, *Porodično zadružno pravo u Crnoj Gori*, cit., 224.

whether to codify the term "House" or "home", and the decision was made to keep both terms.[34]

The provisions of the GPC that pertain to the House show the codifier's attempts to empower this institution and primarily preserve its collectivist character, as opposed to certain other codifications of that time, which have cultivated individualism. The GPC provided the House with the capacity of owner, *i.e.*, a subject of the law, while the SCC, for instance, under the influence of the basis it was derived from, the Austrian Civil Code (ACC), which endorsed the individualist concept, stripped the collective of the collectivist character and treated it as co-ownership. With this solution, Bogišić remained faithful to the stance that no institution of Slavic law that is alive among the people should have its character changed. Moreover, he viewed the collective of the Southern Slavs as a more humane form of family life, considering that it had no knowledge of the authority of the *pater familias*, or of the Germanic *mundium*.

Other opinions also exist, according to which the GPC is conservative in this regard, exactly because of the collectivism that suppresses any individuality or personal initiative.[35] It has been claimed that this concept was "but the last attempt to save a terminal patient".[36] It seems that this opinion cannot be accepted in full, because one should not lose sight of the fact that the Code had been created while strictly taking into consideration the ideas, customs and social requirements of the environment which it was intended for.

Although the House was a remnant of family life, which was earlier a characteristic of many peoples, particularly Slavs, solutions from the codes of other peoples could not be transferred to the arrangement of its relations. Considering the specifics of Montenegrin reality, this would have caused disturbance and confusion in the legal relations and contributed to the destruction of family life. Since Bogišić was well aware of that influence, he has attempted to spare Montenegro of that disease.[37] The best concrete proof of that was in the non-implementation of provisions of Danilo's Code, according to which the Montenegrin House would have been equalised with the Roman family, in which the authority and ownership belonged to the father. Bogišić has established that these provisions remained a dead letter because the customs and

[34] *Cf.* N. Martinović, *Valtazar Bogišić, I, Istorija kodifikacije crnogorskog imovinskog prava*, cit., 224.

[35] M. Mladenović, *Porodično pravo*, vol. I, Belgrade, 1981, 72.

[36] *Ibidem*, 36.

[37] *Cf.* M. Vesnić, *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru i njegova važnost za nauku i zakonodavstvo*, cit., 184.

legal awareness of the people were stronger than the strict orders of Danilo's Code, aimed at breaking up the old Slavic institution, in which Montenegrins have been living for centuries.

Bearing in mind the imposition of foreign solutions in the arrangement of certain relations in family life, Bogišić said: "It was wrong to think that one can, with one stroke of a quill, destroy the institutions that have been created from the entirety of all institutions that are part of the life and individuality of a people, which the centuries have only solidified and consolidated… while forgetting that the strength of the family represents the strength of the very foundations of the state…".[38]

However, Bogišić did not lose sight of the principle that the code should not suppress, but "contain the support and the starting point" for the further legal development of the country. After having established the difference between a village House and a town House, he envisaged a solution in the GPC (article 708) according to which any town House may arrange its relations differently and act according to different rules, coupled with the fact that those rules, in order to be binding for third parties, had to be generally known or announced in a proper manner. In this way, he left the door open for individual initiative – in view, once again, of the concrete social circumstances (appearance of trade and craftsmanship in certain towns) and enabled the town families that have lost the collective character to act according to the rules that suited their nature.

Therefore, it cannot be claimed that the GPC had "set history in stone" by its provisions, or that it had suppressed any individualism. The codified rules about the external relations of the House, as a particular economic, social and ethical institution of the Montenegrins, represent a reflection and expression of economic, social, political and moral circumstances and, in a certain sense, mirror the existing situation.

4. *The notion and the legal nature of the house*

Although the GPC did not regulate the house community as a whole, it did, with sufficient precision, determine the notion, elements and legal nature of this institution. Article 964, among other things, reads that the House was "a defined entity to a family which is believed to be the bearer of the entire housework and property". According to this regulation, it exists for as long as "their estate, livelihood, activities and acquired property remain within the House community".

[38] V. Bogišić, *O obliku zvanom inokoština*, cit., 229.

Bearing this regulation in mind, it can be said that the House is a property community of house members who live, work and produce together. According to the GPC, the joint living of particular relatives, the joint property, joint work and joint acquired property represent the elements without which there can be no House or house community. However, while the GPC was in effect, legal theory and court practice did not always have a unified stance about when does a house community exist. There were even opinions that only one element from article 964 of the GPC was needed for the establishing of a house community, and not their cumulative existence.[39] Still, the main disagreements lied in the different understanding of the contents of certain elements that are necessary for the existence of that community. We will indicate some of these opinions in a brief analysis of particular elements which the House is founded on.

The very term "house community" indicates a community of two or more persons. The GPC determined which persons these are with sufficient precision – persons who are considered members of the house community. According to article 965: Household members are not only the male and female members born into the house, but also all members legitimately accepted into it (e.g. daughters-in-law, adopted children)".

It stems from this regulation that membership in the house community is obtained by birth from the marriage of House members or by the legal acceptance into the house. According to one understanding, the code limited the possibilities for obtaining membership in a house community outside of the mentioned methods.[40] According to another, which we believe is more accurate, the code did not list all the methods of obtaining membership in the House, because one can become a member of the house community in other ways, not only by marriage or birth.[41] Undoubtedly, this would primarily be by legalisation because, according to the Law on illegitimate children from 1894 (article 21, which Bogišić was the author of, too), a child becomes legitimate when the two transgressors marry willingly "and obtains all rights towards its parents and relatives as any other legitimate child." An illegitimate child may

[39] For more details about this *cf.* R. Vukčević, *Kad postoji kućna zajednica*, in *Arhiv*, 1-2, 1935. 93 and on.

[40] J. Drljević, *Kako se gube prava i izlazi iz obaveza člana crnogorske Kućne Zajednice*, in *Pravni zbornik*, October 1933, 162; A. Matanović, *Kuća Crne Gore sa pogledom na zadrugu Srbije i Hrvatske*, in *Arhiv*, July-August 1927, 76.

[41] A. Ilić, *Sistem prava u kućnoj zajednici u Crnoj Gori*, Belgrade, 1936, 26; B. Vuković, *Kućna zajednica u Crnoj Gori posmatrana sa stanovišta društvenog razvitka u našoj zemlji*, in *Pravni zbornik*, 1, 1961, 6.

become a member of the house community also by the so-called "proper acceptance" into the father's house, considering that, in this way, it obtains the right to a certain part of the joint property if it is male, and "the right to upkeep and dowry on marrying" if it is female (article 10 of the Law on illegitimate children).[42]

The GPC did not bind membership in a house community either to gender or a particular age, and the House exists regardless of whether its members are male or female, adults or minors. Sometimes, only one person is needed for the House to exist. As we mentioned earlier, the exception is envisaged in article 707: "Even if a House should be reduced to one single member, male or female, it shall equally keep all heretofore rights of ownership". However, according to an explicit provision of the Code, domestic attendants and servants cannot become members of the house community "regardless of the number of years they spend in the House as servants".

It stems from the provision quoted above that regulates the house community that the community of ownership is the basic element without which there is no house. If there is no joint property, either inherited (existing property) or that which the members of the household earned with their work (earned property), there can be no mention of the house community in the context of provisions of the GPC. The house cannot exist either when particular relatives live and work together and immediately spend all that they earn, and dwell in someone else's accommodation because they do not possess any movable or immovable joint property, besides their labour.[43] This is understandable because the house is primarily an economic and entrepreneurial category, and the community of ownership is the condition sine qua non for its existence.

However, opinions exist according to which the House may exist also "when its members do not have any interest from it and in it", a case when the house has no property or income from its members…[44] According to this understanding, the community of ownership is not an important element for the existence of a house community[45] and it will therefore not cease to exist "if it is left without able-bodied members or any property".[46] Although this un-

[42] According to article 12 of the Law on illegitimate children: "A proper admission of such a child is only that which is agreed on by all adult members of the house…".

[43] R. Vukčević, *Elementi zadruge i kućne zajednice*, Branič, March 1931, 101.

[44] A. Matanović, *Kuća Crne Gore sa pogledom na zadrugu Srbije i Hrvatske*, cit., 71.

[45] J. Drljević, *Kako se gube prava i izlazi iz obaveza člana crnogorske Kućne Zajednice*, cit., 167

[46] J. Božović, *Da li Kuća može postojati i bez imovine*, in *Pravni zbornik*, 7-8, 1940, 40.

derstanding possesses a certain value, it still cannot endure criticism, since it is contrary to article 964 of the GPC which views the community as a constitutive element of the House.

All property that a house possesses is collective, belonging to all members, since "neither male nor female members of a house shall generally have any rights to acquire personal property (967-968) through their enterprise, because all gains arising from their enterprise shall belong to the House for as long as they remain in the community" (article 688, para. 1). Derived from this is a provision of article 695, according to which no household member is entitled to sell "or otherwise cede his share of the house estate to another person as long as he lives within the House community". The shares of particular household members cannot be equal, but each of them has to have an ideal part in the common estate that would become his property in the case of a separation. That is also a condition for someone to be considered a household member.

Besides the common property (house estate) that belongs to all members, the GPC recognises the right to "personal property" (article 967), which is "the property to which an individual household member, male or female, is personally entitled, from the House property, and it can be separate from the right to the common estate which he has as a member". Personal property can also be a result of work in the household, although, as a rule, it is obtained as a gift or inheritance. In order for a member to obtain personal property as separate property by enterprise, that member has to obtain the permit of the House, *i.e.*, "the House explicitly grants this right" to the member (article 688, para. 2). This permit is not required only for garments and jewellery which a girl makes for herself. It is interesting that "personal property" is not "that which is haphazardly found or won". According to article 968, para. 2, "this is due to the fact that the House also suffers damage resulting from the misfortune of its members". "Household members of legal age" except a married woman "shall be free to dispose of their personal property" (article 690). The size of this property is not determined, nor does it affect the existence of the House, even if it is used together with the household property.

The community of livelihood as an element of the House was often the subject of various understandings and interpretations in legal theory and court practice. Disputes arose mainly around the issue of when does the community of livelihood exist and until which moment, especially in situations when particular members of the House live and work separately from the House, in another town, country or continent.

The GPC contains two provisions for explaining the essence of this element. According to one (article 964, para. 2) the community of livelihood should not

be interpreted very strictly because it is not necessary for all household members to live in one building, and another (article 965, para. 2) reads that, when a member of the House "leaves the House, either by marriage or deed, he ceases to be a member…". In adherence to these provisions, the predominant part of legal theory[47] and court practice[48] was at the standpoint that the community of livelihood also exists when a member leaves the House and goes to live and work in another place, breaks contact and ceases to maintain all relations with the household. Even a statement of the member that he no longer wishes to be a member of the household "has no effect on the cessation of his membership, because the House is a system of rights and obligations, which (rights and obligations) may only cease in a legally prescribed manner".[49] In other words, all members of the House live in the house community regime factually or legally until this capacity ceases to exist by separation or marriage, despite one of them going, for instance, to America with the intention of working only for himself and not maintaining any contact with the House.

According to another opinion, the community of livelihood may also cease factually, *i.e.*, when a particular member of the house leaves, establishes his own household, starts working for himself and for his behalf and stops bringing the proceeds of his work to the common treasury".[50] In this way, the community of livelihood, work and enterprise ends and it can no longer be said that the House exists in the context of the GPC. For this opinion, the existence of the act of separation is irrelevant, because the House also breaks apart when any of its elements disappear. "The absence of one element produces the same consequence as does the separation, ... The only difference is that this cessation is formal in the case of a division and factual in the case of disappearance of one or more elements".[51]

The other opinion seems more acceptable, and it cannot be said that it has no basis in the provisions of the GPC. It is true that, according to a provision of article 965, para. 2, the membership in the House is lost by him who "leaves the house, either by marriage or deed," but one should recollect the provision

[47] Ž. Perić, D. Aranđelović, *Jedan interesantan slučaj iz prava domaćih, kućnih zajednica u Crnoj Gori*, in *Arhiv*, July-August 1935, p. 128; J. Drljević, *Kako se gube prava i izlazi iz obaveza člana crnogorske Kućne Zajednice*, cit., 167; A. Ilić, *Sistem prava u kućnoj zajednici u Crnoj Gori*, cit., 47.

[48] See the rulings of the District Courts in Kolašin and Cetinje, *i.e.*, rulings of the High Court in Podgorica, cited by A. Ilić, *Sistem prava u kućnoj zajednici u Crnoj Gori*, cit., 46.

[49] A. Ilić, *Sistem prava u kućnoj zajednici u Crnoj Gori*, cit., 46.

[50] R. Vukčević, *Elementi zadruge i kućne zajednice*, cit., 104.

[51] *Ibidem*, 107.

of article 964, para. 2, according to which the House is undivided regardless of where the household members live "as long as their estate, livelihood, activities and acquired property remains within the house community". This implies unambiguously that the House is to be considered divided, *i.e.*, that one ceases to be a member of the House if any of these elements disappears. Besides, one may leave the House by marriage or division when all elements for the existence of the household are present. Therefore, the community of livelihood ceases to exist when one member of the House explicitly or tacitly declares that he no longer wishes to be a member of the community, leaves it and starts his own enterprise. From that moment, the House is considered divided because one of the elements necessary for its existence had ceased to exist. It would be the same if, for instance, the community of livelihood were to exist, but the household members were to lose their property.

The results of Bogišić's survey about the legal customs that he performed before drafting the GPC imply that, if a member of the House goes to work abroad, then he will earn for the House and enter into debt on its behalf only if he left with the permission of the House.[52] After all, the High Court in Podgorica abandoned the usual practice in 1932 and accepted in one case that a member of the House many earn solely for himself, despite not having separated or obtained the permission of the House.[53]

Joint work and acquired property mark two economically connected elements in the notion of the House. Joint work does not have to be and most often is not the same in type (cattle herding, fishing, land working, bee keeping, etc.), nor does it have to take place in one location. All the different activities of House members are just different forms of joint work, considering that "all gains arising from their enterprise shall belong to the House as long as they remain in the community" (article 688). The community of acquired property is also the best criterion for dispersing doubt about the existence of the community of enterprise and the community of livelihood. As long as all members of the House who live separately bring all the gains of their enterprise into the common treasury, that is a certain sign that they act according to the rules of the house community and that the community of enterprise and that of livelihood are, as a rule, present. "Should that normal course of matters be interrupted, this means that the circulation between the cell and the common

[52] N. Martinović, *Valtazar Bogišić, I, Istorija kodifikacije crnogorskog imovinskog prava*, cit., 93.

[53] Foreword by Ž. Perić to the mentioned book by A. Ilić, *Sistem prava u kućnoj zajednici u Crnoj Gori*, cit., VIII.

organism has been severed".[54] Moreover, what the members of the House acquire in a different manner, and not by enterprise ("that which is haphazardly found or won") belongs to the House and this is, according to article 968, para. 2, "due to the fact that the House also suffers the damage resulting from the misfortune of its members".

Unlike some other codifications of that time, the GPC solved the matter of the legal nature of the House explicitly, by giving it the capacity of a legal entity. Article 686 reads: "Each House, *i.e.*, house community (964-965) shall be deemed an independent proprietor of House assets and estate (966)". Provisions of article 964 stand in connection with this, according to which "The House, *i.e.*, a House community, entirely acts on behalf of the members of the House. … and is believed to be the bearer of the entire housework and property". Treating the House as a legal subject has determined the character of a whole series of other solutions that had to remain consistent with that determination. This primarily refers to the issue of acquisition and disposal of property, representing the House, inheriting household assets, etc. The solutions about all property acquired by male and female members belonging to the House and not to them (article 688), that no household member is authorised to sell or cede by another arrangement their share of the house estate (article 695), that what the head of the house agrees on with third parties obligates the House alone (article 691) and others, are the consequences of the determination of the GCP that the House is given the capacity of a proprietary and legal subject, *i.e.*, the non-person proprietor.

5. *Representing the house*

According to provisions of the GPC (article 691), the householder represents the House as a legal entity before the court and the world. His legal authorisation in legal affairs with third parties is determined by the formulation: "All matters agreed by the head of the house with third parties shall be deemed to be agreed on behalf of the house itself; therefore, it shall become a creditor or debtor thereby". It is clear from this provision that the authorisation of the house head is limited to legal action. He cannot "arrange" legal matters with a third party of his own will and without any limitations, except if these matters pertain to the administration of the House (paying of regular house liabilities

[54] R. Vukčević, *Elementi zadruge i kućne zajednice*, cit., 102.

for food, education, clothing, taxes and other levies, giving under lease or collecting the rent, etc.).[55]

Any legal business that the house head undertakes outside of the framework of regular management of the House shall be "legally arranged" in order to create rights and obligations for the House. The GPC did not define with sufficient clarity when the house head, as the representative of the House, had undertaken an illegal activity. Still, article 692, para. 1, reads that the House may challenge the arranged deal should the house head "agree a matter of business with a third party in bad faith or surreptitiously, and should the third party know of it". It can be concluded from this that any deal that the house head were to conclude "in bad faith or surreptitiously" would be illegal and would not obligate the House.

The judgement of whether the house head had acted "in bad faith or surreptitiously" *i.e.*, *mala fide*, is a factual matter and is to be made in each concrete case. The term "surreptitiously" is broader and less precise than the term "in bad faith". At a glance, it would seem that any legal affair which all adult members of the house had not known about was arranged "surreptitiously". However, this obviously implies the particular secrecy in arranging a particular legal matter that would have as consequence the ill-intentioned damage to the House and its interests.[56] Thus, a certain sale agreement in which the house head does not announce its elements would not be illegal, but it would be arranged "surreptitiously" if he were to decide to sell certain property at a low price and if the buyer concealed that in agreement with him.

In order for a third party to suffer the consequences of a legal affair that has been arranged *mala fide* with the house head, it is required that the third party had known about this ill intent. The burden of proof (*onus probandi*), according to article 692, para. 2, is on the side of those who claim the illegality of the legal affair: "Nevertheless, if it should be claimed that the other party is familiar with the illegitimate proceedings of the householder, such claim must be corroborated by evidence, otherwise the affair shall not be weakened by the opposition of the household members". In other words, the contestable assumption on the side of the party who entered the contract with the householder is that he acted *bona fide* and, for as long as the opposite is not proven, this contract obligates the House. If the House successfully contests that legal affair, then that affair, according to article 696 of the GPC, shall obligate the

[55] A. Martinović, *Pravni položaj domaćina u kući Crne Gore*, in *Arhiv*, November-December 1926, 417; A. Ilić, *Sistem prava u kućnoj zajednici u Crnoj Gori*, cit., 56.

[56] A. Matanović, *Kuća Crne Gore sa pogledom na zadrugu Srbije i Hrvatske*, cit., 417.

householder, but only as an ordinary member of the House.[57] He settles that liability from his personal assets "and then from his share of the estate after it is separated" (article 703, para. 1).

The householder's authority in arranging particular matters that pertain to the acts of managing and disposing of property is limited by another provision of the GPC. Namely, article 694 envisages a possibility for the head of the house to designate, of his own accord, a deputy to represent him "in the affairs which a householder can personally arrange with others". This means that affairs also exist which the head of the house cannot arrange by himself, but only together with others and with someone's approval or permission. Since he cannot undertake, of his own accord, certain acts of venturing into sale or debt, this means that such affairs require the consent, agreement and permission of other full-fledged members of the House. Still, the GPC did not list the affairs the head of the House could not undertake by himself. The editor of the GPC has probably reserved the answer to this question for a separate law, which he announced in article 687. The generally accepted opinion is that the rule applied here is that of custom law, which Bogišić also recorded, according to which consent of adult and emancipated members of the House is necessary in all important matters about the disposition of house property.[58] ("He may sell minor items, but has to consult the collective when selling major ones").

This limitation of the householder's authorisation has the purpose of protecting the House and its property. This actually enables the members of the house community to always contest a legal affair arranged by the householder that is damaging to the House. In other words, any significant act in the domain of disposition of the House's property that the householder undertakes without the consent or approval of other members is illegal.

Attention should be drawn to one other formulation in the Code pertaining to the legal affairs arranged by the householder while representing the House. Namely, the earlier quoted article 691 stipulates that the House is obligated by the affairs which the householder "legally arranges as the head of the house...". Two conclusions are derived from this: 1) that there are affairs which the householder undertakes outside of his capacity of the head of the house, and 2) that these affairs do not imply any rights or obligations for the House. Therefore, the householder shall clearly and duly manifest the capacity of head of the house when he wants to undertake particular legal activities in that ca-

[57] A. Ilić, *Sistem prava u kućnoj zajednici u Crnoj Gori*, cit., 59.

[58] A. Matanović, *Kuća Crne Gore sa pogledom na zadrugu Srbije i Hrvatske*, cit., 420; A. Ilić, *Sistem prava u kućnoj zajednici u Crnoj Gori*, cit., 60.

pacity.[59] In fact, he must declare himself as the head of the House towards the other House members and third parties alike, explain the legal affair and demonstrate that he undertakes it as the head of the House.

6. *Liability of the house*

In regulating the relations of the House towards the outside world, the GPC provides certain regulations about *liability for damage* that members of the House or its head cause to a third party. First, article 700, para. 1, stipulates liability for damage caused by "a household member" deliberately, out of ill intent, *i.e.*, if the "illicit act was done out of wantonness". As examples, the Code lists acts such as arson, manslaughter, lechery, etc. The damage so inflicted shall be settled by the perpetrator from his own property (his personal assets or from his share of the estate after it is separated).

However, the situation is different when damage is caused by an illegal act that pertained to some affair of the House, to the defence of the House's property or its honour. In such cases, the damage is settled by the House from its estate, regardless of whether the damage was caused by one or more household members or by the head of the House. Still, the liability of the House is not unconditional in this case, either: it is only liable if the perpetrator "exceeded the reasonable boundaries without reason" (article 700, para. 2). With the exceeding of reasonable boundaries in actions pertaining to particular House affairs or exceeding of legitimate defence while defending the property or honour of the House, the liability of the House ends, and such damage is settled by the perpetrator from his own assets. Besides this, one might say conditional liability of the House, the GPC also envisages (article 701) four cases when the House is always liable for the damage to a third party, regardless of which illicit act its member caused the damage by. They are listed in the Code as follows: a) if the House could have prevented the illicit act resulting in damage from happening but failed to do so; b) if the House even slightly participated in the act c) if the act resulting in damage was unintentional; and d) if the compensation does not exceed one hundred franks. This provision primarily protects third parties who suffered damage, but also the House members who caused it. The stipulated reasons are the insufficient care of the House, its indirect participation in causing the damage, the degree of guilt of the perpetrator or the insignificant value of the damaging consequence.

[59] A. Matanović, *Kuća Crne Gore sa pogledom na zadrugu Srbije i Hrvatske*, cit., 420.

The *liability for debts* of individual members of the House depends on how a debt was incurred or on the circumstances in which it was assumed. The House is liable for the debts of its members providing that they are incurred with the consent of the head and of the House. If there was no such consent, or if it was only given by either the head or by the House, "the debtor shall be liable personally" for the debt (article 696). Exceptionally, the House may assume the liability for such debts if it benefits from them. Thus, it is possible that liability is assumed both by "the debtor household member" and by the House itself – implying only the part of the debt it benefited from; for example, the head of the House brought to the House only one third of the debt he incurred independently (without the consent of the House).

The House is also liable for debts incurred by its individual members "in distress such as for treating an illness or for necessary sustenance, etc." (article 697). However, the House is not unconditionally and always liable for such debts, either. Namely, according to an explicit legal provision, the House shall settle a debt thus incurred from the House assets only if two conditions are fulfilled: 1) if the household member who incurred the debt has not settled it and 2) if that member worked for the House at that time. If these conditions are not fulfilled, the debt shall be settled by the member who had incurred it, from his personal assets and from his share of the estate after it is separated.

The GPC separately regulates the liability for debts incurred by a member of the household by engaging in trade (article 698). As a rule, the liability for such debts is that of the "member engaging in trade", regardless of whether the head of the House knew about such affairs. However, besides that member, the House may hold subsidiary liability. In order for the House to hold liability for the debts incurred in such a way, the following in required: 1) that the head of the House knew that the mentioned member was engaging in trade and had not opposed it; 2) that the personal assets of the "member engaging in trade" and his share of the estate after it is separated are insufficient to settle the debt and 3) that the "creditor acts in good faith", *i.e.*, that he did not know that the "member engaging in trade" had done so without the head's knowledge or consent of the House. On the other hand, the House shall always be liable for the debt incurred in trading if the member of the House "engaged in trade in the name of and for the account of the House" (article 698, para. 2). It is assumed that the head of the House would always trade in the name of and for the account of the House, while this has to be proven for other members of the House.[60]

[60] A. Ilić, *Sistem prava u kućnoj zajednici u Crnoj Gori*, cit., 93.

The rules about the House's liability for debts incurred by a member engaging in trade may be nullified, limited or altered by an agreement between the House and that member. In order for the agreement on the limitation of the House's liability to have effect towards third parties, "the court shall be notified thereof and publicise it by appropriate means" (article 699). If the House prohibits its member from further engaging in trade, this also has to be reported to and publicised by a court in order to have effect towards third parties.

The GPC also contains separate regulations about which assets the debts of individual members of the House and of the House itself would be settled from and in which order. When a member of the House is solely liable for the debt he incurred, then he shall settle that debt primarily from personal assets (article 703, para. 1). When that member has no personal assets, or they are insufficient, the debt shall be settled from his share of the estate after it is separated. This means that, if the debtor has no personal assets, the creditor cannot be paid before the House separates its debtor-member. In order to avoid malpractice by the House and to protect third parties, the GPC stipulates (article 703, para. 2) that the entire debt shall be settled from "the overall House estate" if the House were to refuse to separate the debtor-member. It is up to the House to decide whether it would separate the debtor-member or assume his debt in entirety. The creditor, whose debtor has no personal property or has one that is smaller than the debt, shall request the court to instruct the head of the house to separate the debtor. If the member is not separated within two months from the day of submission of that request, it is considered that the House does not wish to separate the member (article 703, para. 3). In other words, if the member is not separated within two months, the House assumes liability for the entire debt.

Besides this case, when the liability of the House depends on itself, the Code stipulates a possibility in article 702 for the House to be liable for a part of a member's debt regardless of its will. Namely, this regulation enables the court "if justice would require it due to particular reasons and circumstances" to rule that the House is liable for the debt if the personal property of the debtor and his share after separation are insufficient to settle the debt. In this, the court may, while assessing all the particular circumstances, rule that the House pays the entire shortfall (exceeding the whole of debtor's personal assets and share in the estate after separation) of the debt, or may set this obligation of the House to a lower amount. This provision, too, is protective in character, both for the creditors and for the House members.

Articles 705 and 706 regulate the liabilities of the House and its members in situations when it receives a separated member into the community, or when a House is being separated and has earlier incurred debts. When the House

receives an earlier separated member back into the community, who has spent his share of the estate entirely or in part, it shall duly announce the conditions under which this member is returning into the community. The reason for this is that third parties may know "what property standing such member commands". Should the House fail to carry out this obligation, it becomes liable for all debts of such a member, as it would be before he separated from the House. This provision was to protect the position of future creditors who would enter into agreements with that member. Creditor protection was also provided by article 706, which stipulated the obligation of the House that is undergoing separation to determine with the creditors, before separation, "the portion of the heretofore common debts to be assumed by each of the members respectively". If this agreement with the creditors is not reached before the separation, then "all the members shall be jointly liable" for all the debts for which this agreement has not been reached. Consequently, if an agreement is reached for some of the debts, then the members assume the joint liability only for the debts on which there was no agreement.

L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE L'INTÉRÊT LÉGITIME (DANS LE DROIT SERBE ET COMPARÉ)

Miodrag Orlić

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Les tentatives. – 2.1. Le dommage. – 2.2. Droit subjectif ou l'intérêt. – 2.3. Le revirement. – 2.4. La discussion. – 2.5. L'arrêt Dangereux. – 3. L'obscurité. – 3.1. Le droit serbe. – 3.1.1. Jurisprudence serbe. – 3.1.2. Le revirement. – 3.2. La doctrine. – 3.3. La notion de l'intérêt. – 3.4. Le droit autrichien. – 3.4.1. Le texte et commentaires. – 3.4.2. Les divergences. – 4. L'Étincelle. Le Code des obligations polonais. – 5. L'Éclat. – 5.1. L'Esquisse du professeur Mihailo Konstantinovitch. – 5.2. Le besoin – créateur du droit et de l'intérêt légitime. – 6. Conclusion.

1. *Introduction*

Le droit civil serbe est inconnu ou très peu connu en Europe. A la fin des années quatre-vingt-dix du XXe siècle, les grands médias prenaient, presque sans exception, la position ouvertement antiserbe. Le peuple serbe a été stigmatisé. Sa culture en général et sa culture juridique en particulier, étaient sous-estimées. Par exemple, le juriste allemand pourrait avoir l'impression que Gezetzuber Schuldverhaitnisse vom 30 Marz 1978, (la Loi sur les obligations, traduit en allemand)[1] est une loi croate authentique. Il n'y a aucun doute qu'il s'agit d'une loi de la République de la Croatie,[2] mais ce qui reste invisible, c'est fait, que les idées qu'elle contienne, ont leur origine dans l'Esquisse du professeur Mihailo Konstantinovitch, donc dans la culture juridique serbe. Telle était la situation de la Serbie à l'aube du XXI^{e} siècle.

En Europe occidentale il y a eu très peu de juristes qui parlaient la langue serbe et encore moins de ceux qui connaissaient le droit civil serbe. Et on n'est pas prêt d'admettre que c'est la doctrine juridique serbe qui a été la force motrice de la législation en droit civil en général, (sauf les droits réels) et en droit des obligations en particulier. Le système juridique serbe pour la majorité des juristes occidentaux était *terra incognita*.

[1] Narodne novine nr 53/1991.

[2] Publication: *Vertragsrecht, Kroatien IV 1a wirtschaftsrecht der Österеuropäischen Staaten*, 115 Lieferung: Kroatien, Makedonien, Slovenien 12, August 2000, Ubersetzung von K. Schrameyer (exellente traduction, d'ailleurs M.O.)

Heureusement, il y a une exception, c'est l'Italie, qui peut être fière de Gian Antonio Benacchio. Le professeur éminent de l'Université de Trente, d'une réputation méritée en droit européen et comparé et le meilleur spécialiste en Occident du droit serbe et du droit des autres Slaves du sud. Membre de la Société des sciences de Serbie, il s'exprime dans la langue de ses hôtes au point qu'il peut participer aux colloques et conférences où ses interlocuteurs sont exclusivement serbes.

À côté de ses ouvrages en droit comparé et en droit européen, il a consacré une grande partie de son énergie et de son élan aux études du droit serbe (et des droits des autres Slaves du sud). Parmi ses nombreux ouvrages, on citera les plus importants; "*La surroga dell'assicuratore nel diritto jugoslavo*", *Responsabilità civile e previdenza*, 1989; "*La nuova legge jugoslava sulle obligazione e i contratti*", *Rivista di diritto civile*, 1983; "*La proprietà nell'impresa autogestita jugoslava*", Giuffrè, 1988; "*Il diritto italiano nella ex Jugoslavia (con particolare riferimento a Croazia, Montenegro, Serbia, Slovenia)*", *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014; "*Jugoslavia: evoluzione e crollo di un modello*", *Rivista di diritto civile*, 1991; "*La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud (Sloveni, Croati, Serbi)*", Cedam, 1995; "*Nehomogenost doktrine u Jugoslaviji između dva svetska rata*" traduit en serbe est paru aux Annales de la Faculté de droit, Belgrade, 2002.

2. *Les tentatives*

2.1. *Le dommage*

Il est passionnant de suivre l'évolution de l'intérêt et de son lien avec la notion de dommage, parallèlement en droit français et en droit serbe. La comparaison des deux chemins de ce développement peut nous montrer les similitudes et les différences de ce concept dans les deux droits, pourtant issus de la même source.

Le point de départ se trouve dans la célèbre formule de Rudolf von Ihering.

> "Deux éléments constituent donc le droit (subjectif M.O.), un premier, substantiel, dans lequel le but pratique, à savoir l'utilité, l'avantage, le gain, qui à travers le droit devrait être assuré et un autre formel qui se rapporte à ce but comme un simple moyen, c'est à dire la protection juridique, l'action en justice".[3]

[3] R. von Ihering, *Geist des römischen Rechts*, Teil 39, Aalen, 1968, 339.

Et un peu plus loin pour conclure:

> "La notion de droit repose sur la sûreté juridique de la jouissance : les droits sont les intérêts juridiquement protégés".[4]

2.2. *Droit subjectif ou l'intérêt*

Est-ce que la détérioration d'une situation, ou d'un avantage, signifie que la victime pour pouvoir demander la réparation doit prouver qu'elle a subi une atteinte à un droit subjectif, ou est-ce que la lésion d'un intérêt suffit? C'est en ces termes-que s'est posée, en général, la question pour toute sorte de dommage, mais elle s'est cristallisée surtout, dans le cas d'accidents mortels.

L'évolution de la jurisprudence en France[5] a commencé en 1863 lorsqu'un journaliste avait été tué en duel. Comme il subvenait aux besoins de ses frères atteints d'aliénation mentale, on a demandé en son nom dommages et intérêts contre son meurtrier. Le défendeur a objecté que les frères n'y avaient pas droit au secours, puisqu'il n'y avait pas d'obligation alimentaire entre frères; ainsi (conclut-il) il n'y aurait pas de préjudice en l'absence d'atteinte à un droit.[6]

Par arrêt du 20 février 1863 la Chambre criminelle écarta l'objection en disant que l'article 1382 "…ne formule aucune distinction en ce qui concerne la nature du fait dommageable la nature du dommage éprouvé et en cas de décès de la victime, la nature du lien d'où résulterait un préjudice actuel ou directe pour celui qui demande réparation"[7].

Et G. Marty et P. Raynaud concluent: "Ainsi, la lésion d'un droit n'était pas nécessaire, la lésion d'un intérêt suffisait"[8].

À partir de ce moment, la réparation du dommage des proches de la victime d'un accident mortel ne trouvait plus d'obstacles majeurs sur son chemin. Cette jurisprudence libérale s'est prolongée durant presque trois quarts de siècle.[9] Cependant, dans les années trente (du XX^{e} siècle), le climat social était changé. L'opinion publique s'est opposée aux idées libérales favorables aux proches en général et à la concubine en particulier : Ainsi la jurisprudence était radicalement renversée.

[4] *Ibidem*.

[5] G. Marty, P. Reynaud, *Droit civil*, tome II, 1 er volume, *Les obligations*, Paris, 1962, 357 no 379.

[6] *Ibidem*.

[7] Crim. 20 février 1863 (*Caderousse-Gramont c. Dillon*) cf. X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Paris, 2004, 21 et no 40.

[8] G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, cit., 357, no 379.

[9] *Ibidem*.

2.3. Le revirement

Commencé par la Chambre criminelle (l'arrêt Cabassut fu 13 février 1937), ce revirement a été affirmé par la Chambre civile (l'arrêt Méténier du 27 juillet 1937),[10] qui écarta l'action de la concubine avec une fermeté exemplaire.[11]

"Vu l'article 1382, attendu que le défendeur d'une indemnité délictuelle ou quasi délictuelle doit justifier non d'un dommage quelconque mais de la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé".

"Attendu que le concubinage demeure en toute occurrence quelles que soient ses modalités et sa durée une situation de fait qui ne saurait être génératrice de droit au profit des concubines et vis-à-vis des tiers".[12]

Le principe maintes fois répété depuis, a formé une jurisprudence constante qui allait avoir la vie longue.

Sans aucun doute l'arrêt Méténier a été inspiré par la célèbre formule de Ihering; "les droits sont des intérêts juridiquement protégés."[13] Cependant il y a eu deux différences de taille:

- d'abord la définition de l'éminent professeur de droit à Giessen se rapportait aux droits subjectifs et non aux intérêts simples. Dans la phrase qui précède la définition, Ihering affirme la fragilité des intérêts à l'état pur.[14]

- ensuite, l'adjectif légitime introduit par la Chambre civile ne se trouve nulle part, dans le fragment d'Ihering consacré à la notion du droit subjectif. Avec ce nouvel élément la Chambre civile avait l'intention de filtrer la multiplication des dommages dans les actions en réparation.

Il semble que l'initiateur de ce changement était Louis Josserand,[15] professeur éminent de droit civil à l'université de Lyon, qui à cette époque était devenue conseiller à la Cour de Cassation. C'est sur son rapport,[16] que l'arrêt Méténier allait écarter l'action de concubine.

Surpris par l'avènement[17] de la concubinat,[18] Josserand a exprimé sa ré-

[10] X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, cit., 30-31.

[11] Dans l'espèce tranchée par la Chambre civile, la concubine invoquait 30 années de vie commune et l'existence d'un enfant naturel commun et reconnu. Cf. H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. I, 6ème édition, Paris, 1965, 386, note 16.

[12] Civ. 27. Juliet 1937.

[13] R. von Ihering, *Geist des römischen Rechts*, cit., 339.

[14] *Ibidem*, (…faktisches Interesse der jederzeit aufgehoben werden kann").

[15] L. Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, t. II, Paris, 1930, 204-205, no 214-217.

[16] G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, cit., 358, no 379.

[17] *Ibidem*.

[18] *Ibidem*.

probation déjà en sa qualité du professeur à la Faculté de droit, avant même d'entrer à la Cour de cassation. En voici ses mots;

"La prétendue victime doit se réclamer de la lésion d'un droit en prenant ce dernier mot dans son sens le plus compréhensif, en l'appliquant non seulement aux droits nommés et définis, mais aussi aux droits les plus vagues et les plus génériques, qui sont d'ailleurs souvent les plus impérieux; droit à l'intégrité physique, à la considération, à la liberté, à l'honneur".[19]

Et un peu plus loin; "La lésion d'un intérêt ne suffit pas. Il ne suffirait pas au demandeur d'alléguer que l'acte ou omission dont il se plaint ont lésé ses intérêts; si respectables que soient ceux-ci ils ne sont pris en considération qu'autant qu'ils sont juridiquement protégés".[20]

Il convient maintenant de comparer ce qui est dit dans le Cours de droit positif avec un des attendus de l'arrêt Méténier:

> "Attendu en effet que les relations établies par le concubinage ne peuvent à raison de leur irrégularité même, présenter la valeur d'intérêts légitimes juridiquement protégé: que susceptible de créer des obligations à la charge du concubin, elles sont impuissantes à leur conférer des droits à l'encontre d'autrui et notamment contre l'auteur responsable de l'accident survenu à l'un deux".[21]

Les ressemblances entre les deux textes, le premier tiré de la doctrine, le second de la décision de la Cour de Cassation n'ont rien d'étonnant. L'auteur en est le même; Louis Josserand. La première version a été écrite quand il était professeur à la Faculté de droit à l'université de Lyon, la seconde lorsqu'il est devenu conseiller à la Cour de Cassation. Cette dernière est d'une fermeté exemplaire et remarquable. Comme toutes les formules brèves et précises elle a eu la vie longue. Et c'est seulement en 1970 qu'un nouveau revirement dans l'arrêt Dangereux, a remplacé la doctrine de Josserand.

La nouvelle conception restrictive du dommage entendue comme la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé a été approuvée par certains[22] et critiquée par les autres.[23]

[19] L. Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, cit., 203, no 423.

[20] *Ibidem*, no 424.

[21] Arrêt *Méténier*, Civ. 27. Juillet 1937.

[22] H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, cit., 378-386, no 278-284.

[23] G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, cit., 360, no 380.

2.4. *La discussion*

C'est ainsi que dans leurs Traité, les frères Mazeaud, disent d'un ton sec et sans hésitation que

> "la concubine, quand elle demande réparation, se prévaut de l'atteinte portée à une situation illicite et immorale, situation qui, si elle n'est pas réprimée dans tous les cas par la loi pénale est du moins contraires aux règles fondamentales du droit civil qui gouvernent l'organisation de la famille.[24] L'intérêt qu'elle invoque, n'est donc pas un intérêt légitime respectable."[25]

Pourtant, il ne saurait être protégé par la loi. Aucune action en justice ne peut être exercée si elle n'est pas fondée sur une cause légitime.[26] C'est dans la note sous ce texte qu'André Tunc, exprime sa dissension (son désaccord) avec ce qui est énoncée ci-haut:[27]

Sans vouloir affaiblir les développements qui suivent, nous préférons indiquer simplement en note que nous ne partageons pas l'attitude de M.M.H et L. Mazeaud sur ce problème.[28]

Et prenant de cette façon ses distances, le jeune collaborateur expose par la suite sa profession de foi:

> "Nous ne pouvons considérer le concubinage comme immoral en soi (le vrai concubinage, celui qui consiste à vivre comme mari et femme). Mais, quand cet amour existe, le concubinage ne nous semble immoral, il ne constitue qu'une faute juridique."[29]

Et en expliquant les motifs de son propre changement d'idées exprimés auparavant, il souligne que le nœud du problème est le suivant:

> "Le refus d'indemnisation, a-t-il une valeur exemplaire suffisante pour mériter malgré ce qu'il a d'intrinsèquement injuste, d'être un élément d'une politique familiale?"[30]

[24] H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, cit., 379, no 279.

[25] *Ibidem*.

[26] H. et. L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, cit., 380, no 279.

[27] *Ibidem*, 379, no 279 et note 1.

[28] *Ibidem*.

[29] Andre Tunc in H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, cit., 379-380, no 279, note 1.

[30] *Ibidem*.

"Mais pour notre part, sur le fondement de nos observations et de nos réflexions nous concluons maintenant fermement par la voie négative."[31]

2.5. *L'arrêt Dangereux*

Partant de l'article 1382 du Code civil, la Chambre mixte de la Cour de Cassation s'est exprimée de la façon suivante:

"Ce texte ordonnant que l'auteur de tout fait ayant causé un dommage à autrui, sera tenu de le réparer, n'exige pas en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation".[32]

L'arrêt de la Cour de Cassation du 27 février 1970, célèbre du nom Dangereux, (dont l'appellation pourtant très menaçante,[33] la victime n'avait pas pris au sérieux) est très important, d'abord parce que, rendu par la Chambre mixte, car l'arrêt a tranché le conflit entre la Chambre criminelle et la Chambre civile,[34] (en faveur de la thèse de la Chambre criminelle qui avait admis la recevabilité de l'action civile de la concubine) mais aussi, en raison de la grande clarté de sa nouvelle formule.

C'est l'arrêt Dangereux qui a marqué le revirement de la jurisprudence qui datait de l'année 1937 (les arrêts Cabassut et Méténier). Il s'inscrit bien dans les changements des mœurs dans la vie sociale ainsi que dans la ligne de l'évolution législative contemporaine.[35] Comme le montrent Geneviève Viney et Patrice Jourdain, cette tendance s'est poursuivie dans la jurisprudence. C'est la Chambre criminelle qui d'abord adopta une position encore plus souple à l'égard de la concubine, avant d'admettre sans équivoque (le 19 juin 1975) le droit à réparation d'une concubine adultérine. Le motif invoqué était que:

[31] *Ibidem*.

[32] Ch. mixte 27 février 1070, Bull. crim. no 1.

[33] "Arrêt Dangereux, du nom du tiers bien nommé, qui avait causé le décès du concubin", M. Fabre Magnon, *Les obligations, 2. Responsabilité civile et quasi contrats*, 4e édition mise à jour, Paris, 2019, 176, no 152.

[34] P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, 2014, 127, no 190; G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, dans *Traité de droit civil de Jacques Ghestin*, 3e édition Paris, 75-76, no 273.

[35] G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, cit., 76, no 272.

"…l'auteur d'un homicide involontaire ne saurait se prévaloir d'une faute (l'adultère) relevant de la seule vie privée de la victime et ne portant préjudice qu'à son conjoint."[36]

Un mois plus tard (le 11 juillet 1975) une loi a supprimé la répression pénale de l'adultère et apporté un argument supplémentaire à la solution libérale[37] Il semble que les juges ont de plus en plus de la compréhension pour la thèse que le préjudice causé par la cessation du concubinage d'une certaine durée est désormais toujours considéré comme un dommage réparable.[38] C'est ainsi que lorsqu'ils ont été confrontés à la situation du concours de la femme légitime et de la concubine, présentées toutes les deux au tribunal, les juges du fond se sont montrés moins gênés pour tirer toutes les conséquences de la solution adoptée par la Chambre criminelle.[39]

Il y a plus, la Cour de Paris s'est déclarée (le 10 novembre 1976) "choquée", qu'une femme mariée puisse être dédommagé du décès de son mari et puis de son concubin, du moins si l'un et l'autre se produisaient à des dates rapprochées.[40] Mais, la Cour même ajoute

> "II serait choquant aussi de ne pas la dédommager vu du décès de son concubin, parce qu'elle serait mariée, ni du décès de son mari parce qu'elle vivrait en concubinage".[41]

Où est-on après l'affaire Dangereux? Selon une théorie soigneusement mesurée par Geneviève Viney et Patrice Jourdain, le préjudice peut être défini comme la lésion d'un intérêt. C'est très loin de la position classique de Josserand et de De Page, selon laquelle le dommage est la lésion d'un droit

[36] Crim. 19 juin 1975.

[37] G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, cit., 76, no 272.

[38] *Ibidem*.

[39] *Ibidem*.

[40] *Ibidem*.

[41] CA Paris 10 novembre 1976. On peut imaginer qu'elle était la réaction des frères Mazeaud, cette fois ci avec François Chabas. Raisonnement erroné, disant ils, car l'adultère reste une faute civile (art. 212 C. civile) et devrait donc rendre le concubinage illicite... N'est-ce pas faire figure de rétrograde que de prétendre défendre le mariage quand la Cour de Paris a le front d'affirmer que le concubinage "crée des liens d'affection et d'intérêts communs susceptible d'être assimilés à ceux résultant d'une union légitime" et quand la Cour de Cassation admet que la rupture d'un concubinage peut exposer celui qui commet cette faute à des dommages-intérêts? H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de Droit civil*, Tome II, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 7e édition, Paris, 1985, 684-685, n es 605-6.

(subjectif) ou la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé. On connaît l'évolution qui s'est opérée dans la jurisprudence et le sort qui lui était réservé par l'arrêt Dangereux.

C'est pourquoi, G. Viney et P. Jourdain sont beaucoup plus modérés. Dans un premier temps ils ne parlent que de la lésion d'un intérêt sans s'exprimer sur son caractère. Tout en disant que la formule de l'arrêt Méténier 1937 (la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé) a perdu beaucoup de sa fonction primitive de dissuader des actions des victimes par ricochet notamment des concubines, elle a néanmoins gardé une certaine utilité de contrôle pour empêcher des victimes de défendre les intérêts manifestement illicites ou immoraux. C'est donc tenant compte des dommages des deux côtés que les éminents professeurs de l'Université Paris I, gardent une attitude réservée et proposent dans un deuxième temps que l'intérêt lésé devrait avoir le caractère soit de légitimité soit de licéité.

Notons ici que la même condition de licéité, a été proposée dans l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et du droit de prescription.

Il semble que l'attitude de Philippe Brun, n'est pas très éloignée de cette position. À son avis la formule de la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, a eu son heure de gloire avec la jurisprudence qui a servi surtout d'écarter des prétentions des concubines.[42] En fait, elle n'a indiqué qu'une parenthèse jurisprudentielle et l'arrêt Dangereux a marqué la reprise de la tendance libérale d'autrefois.[43] Mais, en rejetant l'exigence des solutions restrictives, la Chambre mixte en 1970, n'a pas voulu abandonner tout contrôle par le juge de la licéité de l'intérêt lésé.[44]

3. *L'obscurité*

3.1. *Le droit serbe*

En droit serbe, la question de l'intérêt légitime a été envisagée sous deux aspects. En doctrine on s'est demandé si à côté des droits subjectifs, une autre catégorie de valeurs ou de biens peut être digne de protection juridique?

En jurisprudence la question a été posée sous un autre angle: est-ce que les parents et les proches, qui n'étaient pas les créanciers d'aliments mais qui étaient soutenus financièrement par la personne disparue dans un accident

[42] P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, cit., 126, no 188.

[43] *Ibidem*.

[44] *Ibidem*, 130, no 194.

mortel, peuvent demander la réparation du dommage subi par la perte du soutien?

3.1.1. Jurisprudence serbe

Après une période d'hésitation, les Tribunaux commençaient de qualifier le préjudice comme la lésion d'un droit subjectif: Par conséquent, ils ont appliqué cette conception aux dommages réfléchis, subis par les proches du débiteur décédé d'une obligation alimentaire. Cette jurisprudence a commencé par une décision de la Cour de Serbie; Le fils du demandeur est décédé dans accident mortel, causé par la faute du défenseur. Le père de la victime a demandé la réparation du dommage subi, en invoquant la perte de l'aide en alimentation que son fils décédé lui fournissait avant la mort.

La Cour suprême de Serbie écarta l'appel du demandeur et approuva le jugement de première instance par les motifs suivants:

"Selon la règle générale de droit, quand une victime demande des dommages-intérêts, elle doit justifier la lésion d'un droit subjectif. Comme, dans le cas concret le père n'avait pas le droit aux aliments, il ne pouvait pas demander la réparation, en alléguant que le dommage subi consistait en une perte de l'aide en alimentation.

Le fils n'ayant pas été à aucun moment le débiteur d'une obligation alimentaire envers son père, le fait qu'il lui fournissait une aide en alimentation bénévole est irrélevant".[45]

Le nouveau critère sur lequel désormais reposait la conception restrictive, écarta n'importe quel autre fondement qui n'était pas le droit subjectif. A l'époque, la notion de l'intérêt légitime, n'avait pas de place en doctrine et encore moins en jurisprudence. C'est pourquoi le père demandeur a essayé de présenter les sommes que lui fournissait le fils comme l'aide en alimentation et non pas comme l'aide bénévole, tout court.

La Cour a rejeté cette tentative en s'appuyant sur sa nouvelle doctrine. Le père n'avait pas le droit (subjectif) aux aliments envers son fils défunt. Ce qu'il recevait de lui, ce n'était qu'un fait, l'aide purement et simplement bénévole. Par conséquent il ne pouvait pas demander les dommages – intérêts, parce que la perte qu'il a subie n'était pas la lésion d'un droit.[46] Ensuite, la Cour suprême de Yougoslavie se rallia à la position restrictive de la Cour de Serbie. Après une

[45] La décisions de la Cour suprême de Serbie; Gž 2609/56 du 8 janvier 1957, Recueil des décisions des tribunaux, Belgrade t. II, vol. 1, no 52.

[46] *Ibidem*.

première décision dans laquelle son attitude n'était pas tout à fait claire elle a déclaré sa nouvelle doctrine en ces termes ;

"C'est une erreur d'affirmer que la rente à veuve et à l'enfant doit être accorder selon la situation de fait, c'est-à-dire combien le défunt fournissait effectivement pour entretenir sa femme et son enfant, indépendamment de son obligation alimentaire".[47]

Après la Haute juridiction, ce sont les Cours suprêmes des républiques socialistes de Yougoslavie, qui suivirent cet exemple.

Ainsi la Cour suprême de Bosnie et Herzégovine;

"Le père dont le fils a décédé dans un accident mortel causé par la faute du défendeur, ne peut demander la réparation du dommage que si son fils avait une obligation alimentaire envers lui".[48]

Et aussi, la Cour suprême de Croatie, sur le terrain ou les deux thèses opposées se sont heurtées depuis longtemps:

La Cour a insisté sur une interprétation rigoureuse de la règle;

"La victime par ricochet dont l'époux a décédé dans un accident mortel; causé par la faute du défendeur, peut débonder la réparation du dommage subi en tant que perte des aliments que le défunt lui fournissait, mais à l'intérieur des limites strictes de l'obligation alimentaire et à l'exclusion de la somme que le défunt lui versait au-dessus du montant légal. Comme fondement des dommages – intérêts ne peut servir ce que le défunt versait en fait, mais ce qu'il devait fournir comme obligation légale".[49]

Durant cette période la jurisprudence en Serbie et en Yougoslavie, s'était attachée à la notion du droit subjectif comme base unique de l'action en justice. Et dans le domaine du dommage réfléchi, seule la lésion du droit aux aliments pouvait être le fondement de l'action en réparation. On a insisté sur l'existence de l'obligation alimentaire sans aucune modification ou supplément. Aucune autre expression que les avocats utilisaient pour contourner l'obstacle, à savoir; l'aide alimentaire, l'aide en alimentation, alimentation de fait n'avaient pas de chance d'être acceptée. La Cour suprême censurait toutes les tentatives dans le sens opposé et gardait la distinction entre le droit aux aliments d'un côté et l'aide bénévole de l'autre par une pureté exemplaire.

[47] La décision de la Cour suprême de Yougoslavie, Rev. 2611 du 28 décembre 1962, Recueil des décisions des tribunaux, Belgrade t. VII, vol. 3, no 308.

[48] La décision de la Cour suprême de Bosnie et Herzegovine, Gž 471/1971 du 25 janvier1972, Bulletin de la Cour suprême de Bosnie et Herzegovine 24/1972, Sarajevo 15.

[49] La décision de la Cour suprême de Croatie Gž du 24, ai 1968, Revue (Pregled) de la jurisprudence de la Cour suprême en matière civile année 1967 et 1968, Zagreb 1968, 15, no 63.

3.1.2. Le revirement

Vers la fin des années soixante, cette exigence restrictive allait être radicalement renversée. Une décision de la Cour suprême de Yougoslavie a marqué le revirement de la jurisprudence:

> "L'indemnité n'est pas restreinte dans les limites du montant que le débiteur d'une obligation alimentaire devait fournir en vertu de la loi. Ce qui est limité, c'est le cercle des personnes auxquelles la loi reconnaît ce droit.
>
> Par ailleurs, la victime, c'est à dire, le créancier de l'obligation alimentaire peut demander la rente, en principe adéquate aux sommes que le défunt lui versait même si cela dépasse le montant que la victime aurait dû recevoir d'après la loi."[50]

Il est à noter, que cette décision a consacré une doctrine dissidente dans la jurisprudence dont la Haute juridiction combattait la véridicité elle-même, durant la période précédente.

Personne n'attendait le renversement de l'attitude. Les faits étaient à peu près les mêmes comme dans le nombre des cas jugée auparavant. La règle de droit que 'on devait appliquer était aussi la même (en l'occurrence, la disposition du § 1327 du Code autrichien. C'était donc une nouvelle manière de lire et d'interpréter le texte de la règle;

"Or, pour établir l'existence éventuelle des aliments, le critère ne doit pas être le montant que la victime aurait pu demander selon la législation en vigueur, mais la somme que le défunt fournissait à la victime. Donc, ce qui est relevant, c'est la perte réelle".[51]

Peu de temps après, la Cour suprême de Croatie se rallia à la nouvelle doctrine

Tout en acceptant que le volume des dommages-intérêts pourrait contenir l'excédent fourni au-dessus du montant légal, elle a gardé des réserves concernant les limites de permanence et de la régularité des prestations.

"L'auteur responsable du décès d'une personne est obligé de réparer le dommage causé aux proches envers lesquels le défunt était tenu d'une obligation alimentaire à la hauteur du montant qu'ils ont perdu en fait.

[50] La décision de la Cour suprême de la Yougoslavie, Rev. 57/1968, Recueil des décisions des tribunaux, t XIl, vol. 2. no 160, 96-97.

[51] La décision de la Cour suprême de Voïvodine Gž 2563/69 du 26, février 1970, Recueil des décisions des tribunaux, t. XV, vol. 3, no 287.

En l'appréciant ce montant il ne faut prendre en considération que les prestations que le défunt fournissait d'une façon permanente et régulière".[52]

Ainsi, avec cette nouvelle orientation la jurisprudence a accueilli l'apparition de l'Esquisse.

3.2. *La doctrine*

Depuis le début, dans les années cinquante et soixante, la doctrine a défini le dommage comme la lésion d'un droit (subjectif) ou à un intérêt légitime. Et elle continuait de le faire jusqu'à l'adoption de la Loi sur les obligations.

Pour ce qui est du droit subjectif, on peut voir d'un côté l'influence du droit autrichien et de l'autre des idées d'Ihering. Selon l'Allegemeines bürgerliches Gesetbuch 2811 (ABGB - Code civil autrichien). On appelle dommage tout désavantage qui a été causé à quelqu'un, à son patrimoine, à ses droits ou à sa personne".

La seconde source d'inspiration, d'ailleurs comme en droit français, était la conception d'Ihering. On se rappelle qu'il a défini les droits subjectifs comme les intérêts juridiquement protégés. La doctrine majoritaire en droit serbe (et yougoslave) s'est efforcée de délimiter le domaine des droits subjectifs, par rapport aux intérêts simples.

Le premier trait distinctif est que le terme intérêt désigne quelque chose de moindre importance que le droit subjectif. Ihering lui-même disait que l'intérêt en tant que tel, n'était qu'une situation de fait et il soulignait sa fragilité et sa faiblesse. Quant aux intérêts, le titulaire n'est pas toujours désigné d'une façon précise.

3.3. *La notion de l'intérêt*

Une deuxième étape dans l'étude du phénomène, était de trouver les points distinctifs de l'intérêt par rapport au droit subjectif. Il est à noter que la recherche dans le droit yougoslave allait dans la même direction que les analyses scientifiques en France et en Belgique.[53]

Partant de l'idée que l'intérêt est l'utilité ou la jouissance d'un bien, les deux études cherchent à établir une classification possible. Une chose curieuse,

[52] La décision de la Cour suprême de Croatie Gž 576-73 du 9 octobre 1973, Revue de la jurisprudence Zagreb 7/1975, no 114, 28.

[53] M. Vukovitch, *Odgovornost za Štete*, Zagreb, 1971; A. Gervais, *Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des intérêts*, dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, Paris, 1961, 244-252.

ils arrivent aux mêmes résultats, tout en travaillant indépendamment les uns des autres.

Selon M. Vukovitch, il y a, d'abord, beaucoup d'intérêts qui ne sont pas protégés. Leurs porteurs ne peuvent ni les réaliser ni les protéger en cas d'atteinte[54]. Pour André Gervais, ces intérêts, de la première catégorie sont purement et simplement illicites. Leur satisfaction est interdite par le droit objectif sous peine des sanctions pénales et civiles.[55]

La deuxième espèce comporte les intérêts indifférents. Leur usage n'est ni interdit ni encouragé. Ceci dit, ils ne bénéficient d'aucune protection ou garantie sociale. Cette catégorie existe uniquement chez André Gervais[56]. Vukovitch ne la connait pas Ce sont les intérêts légitimes qui font la catégorie suivante. Pour Vukovitch ce sont les intérêts qui ne peuvent être protégés qu'au cas de lésion.[57] Pour André Gervais il s'agit également d'une simple reconnaissance qui se manifeste par une certaine protection sociale. Les tiers ont le devoir de tenir compte des intérêts ("droit") à obtenir que ces intérêts ne soient pas méconnus.[58]

Enfin la dernière catégorie, selon M. Vukovitch ces intérêts sont promus au rang des droits subjectifs. Dans ce cas les intérêts sont non seulement protégés juridiquement, mais peuvent être réalisés.[59]

Pour André Gervais, la consécration d'un intérêt déterminé en un droit subjectif comprend d'abord d'un côté l'autorisation de satisfaire cet intérêt et une protection juridique maxima. En effet le porteur d'intérêt promu en droit aura toutes les prérogatives que son nouveau statut comporte et peut compter sur le soutien des autorités à la réalisation et à la défense contre les atteintes possibles[60]. Pour tous les deux, Vukovitch[61] et André Gervais[62], il y a une situation où les intérêts ne sont reconnus que pour la défense à l'encontre de l'action d'autres personnes. C'est un aspect très important pour notre étude. Pour Vukovitch les intérêts de deuxième sorte, pour André Gervais les droits "objectifs" (à distinguer des droits subjectifs proprement dits) sont protégés uniquement à l'encontre des atteintes et leurs porteurs ne disposent d'aucune

[54] M. Vukovitch, *Odgovornost za Štete*, cit., 90, no 202.

[55] A. Gervais, *Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des intérêts*, cit., 243, no 1.

[56] *Ibidem*.

[57] M. Vukovitch, *Odgovornost za Štete*, cit., 90, no 203.

[58] A. Gervais, *Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des intérêts*, cit. 243 no 2.

[59] M. Vukovitch, *Odgovornost za Štete*, cit., 90, no 204.

[60] A. Gervais, *Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des intérêts*, cit, 243-244.

[61] M. Vukovitch, *Odgovornost za Štete*, cit., 91, no 205.

[62] A. Gervais, *Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des intérêts*, cit., 246.

autre prérogative. C'est notamment le cas de la responsabilité délictuelle, où la victime aura droit à l'indemnisation du dommage.

Les recherches faites des deux côtés sont très utiles, car elles étaient mises en évidence la cascade du phénomène à partir des intérêts interdits jusqu'aux intérêts légitimes et droits subjectifs. Le résultat, que ses analyses ont apportées est d'avoir admis l'existence possible des intérêts légitimes, digne de reconnaissance et de protection, et pourtant distincts des droits subjectifs.

3.4. *Le droit autrichien*

3.4.1. Le texte et commentaires

Les hésitations et les revirements dans la jurisprudence en Serbie et en Yougoslavie, avaient ses racines profondes dans une disposition du Code civil autrichien.

Le texte du § 1327 modifié par la III[e] Novelle (de 1916), était stylisé de manière suivante:

> *Tötung - "Erfolg aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nur alle Kosten, sondern auch den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getötete nach dem Gesetze zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden."*[63]

Meurtre – "Si les blessures corporelles entraînent la mort, on doit rembourser non seulement tous les frais, mais tout ce dont ont été privées de ce fait les personnes que laisse le défunt et aux besoins desquelles il doit légalement subvenir" – art. 1327.[64]

La III[e] Novelle devait améliorer l'ancien texte (la version originale, datant de 1811) et elle l'a fait en élargissant[65] le cercle des personnes ayant droit à l'indemnisation, (par exemple les parents nécessiteux).[66]

Dans un autre domaine, celui du montant des dommages-intérêts, elle

[63] Allgemeines bürgerliches Gesetbuch § 1327 (ABGB) vom 1 Juni 1811, (Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum ABGB vom 19 mars 1916).

[64] Code civil général autrichien, traduit de l'allemand par M. Doucet, Paris, 1947, 210.

[65] Au lieu de la femme et des enfants (l'ancien texte) les personnes auxquelles le défunt devait fournir les aliments (III[e] Nouvelle - notre traduction est un peu différent à cet égard, de celle de Doucet).

[66] Cf. A. Ehrenzweig, *System das österreichischen allgemeinen Privatrecht, zweite Auflage, zweiter Band, erste Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse*, Wien, 1928, 633.

a eu moins de succès.[67] La disposition de l'article 1326 contenait, une véritable contradiction *in adiecto*, c'est à dire qu'il n'était pas du tout clair ce que la victime par ricochet pouvait demander comme dédommagement. L'antinomie ne sautait pas aux yeux au premier abord car la version française cachait le problème. C'est que le langage juridique en traduisant le texte, trahissait le sens (*tradutore*, *traditore*). Dans l'original il y avait une phrase au milieu:

…Unterhalt der Getötete nach dem Gesetze zu sorgen hatte… et une autre pour terminer: *…das was ihnen entgangen ist…* ce qui fait un beau cercle vicieux.

Or, quelle est la somme que la victime par ricochet, peut demander comme dédommagement?

Est-ce que c'est le montant que le défunt devait fournir pour exécuter son obligation légale (*gesetzliche Unterhaltsverpflichtung*) ou la somme entière comportant, en plus de ce qui est dû, le surplus qu'il versait bénévolement (*freiwillige Unterhalt*)?

Rédigé de telle manière, la disposition concernant l'étendue du dédommagement a ouvert la porte à deux interprétations tout à fait opposées. Selon la première soutenue par un éminent juriste contemporain autrichien, Helmut Koziol[68]:

"L'attitude que l'on doit admettre est celle, que la demande des dommages-intérêts ne peut nullement dépasser le montant du droit aux aliments légal".[69]

Une autre thèse, a été affirmée par deux éminents juristes, professeurs à l'université de Vienne:

"Il faut indemniser ce que les ayants droit ont perdu à cause de la mort du défunt, c'est-à-dire, la prestation des aliments en fait et notamment quand cela excède le montant de l'obligation alimentaire".[70]

[67] *Ibidem*, 633-634.

[68] H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band II Besonderer Teil, Wien, 1975, 122-133.

[69] Es ist daher jener Auffassung zu folgen, daß der Ersatzanspruch nicht höher sein kann als der "nach dem Gesetz "bestehende Unterhaltsanspruch", H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II Besonderer Teil*, cit., 126.

[70] "Zu ersetzen ist, was den Berechtigten "dadurch entgangen ist" also die tatsächliche Unterhaltsleistung, und zwar auch dann, wenn sie über den gesetzlichen Unterhaltsanspruch (in einem angemessen Verhältnis hinausgehen). Hat der Getötete tatsächlich weniger oder gar keinen Unterhalt geleistet, bildet die Untergrenze als Mindestanspruch der gesetzliche Unterhaltsanpruch"; R. Welser, B. Zöchling-Jud, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 14. Auflage, Wien, 2015, 412-413.

3.4.2. Les divergences

Les divergences en doctrine ne sont pas le phénomène des temps modernes. Elles sont traditionnelles dans le droit autrichien. À chaque époque les meilleures spécialistes s'opposaient entre eux à propos de cette question.

Ainsi, tout au début déjà avant la III[e] Novelle lorsque le paragraphe 1327 disposait que c'est la femme et les enfants qui auront droit au dédommagement, un grand civiliste du début du XXe siècle, Josef Krainz[71] pensait que le cercle des personnes devait être élargi[72] et surtout que les ayants droit devrait obtenir tout ce qui leur avait échappé à cause du décès du défunt ("*…alles… das was ihnen durch den Tod des Verletzen entgangen ist*").[73]

Il ne fallait pas attendre longtemps pour l'avènement d'une nouvelle conception. C'étaient les auteurs du commentaire Stubenrauch[74] qui se sont opposés à la théorie précédente. D'abord ils l'ont réfuté implicitement en ce qui concerne le cercle des personnes, qui pouvaient prétendre être victimes[75] par ricochet. En s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour suprême de l'Autriche (*…nach der Praxis der obersten Gerichtshofes*).[76]

Pour ce qui est de l'étendue des dommages - intérêts, les commentateurs se sont prononcés pour une interprétation stricte. La victime peut songer à obtenir ce qu'elle a perdu comme les aliments légaux et rien de plus.[77]

C'est presque la même chose, qui s'est passée dans les années trente du XIX siècle. Deux écoles de pensées se sont confrontées l'une à l'autre. La première prenait comme point de départ la fin de la phrase de la disposition du paragraphe 1327. D'après Karl Wolff,[78] un illustre juriste, de cette époque, "ce qui fait le manque (sous-entendu dans le patrimoine de la victime par ricochet) c'est tout qu'elle recevait du défunt et non seulement les aliments". ("*Entgangen ist aber alles was die Hinterbliebenener hielten… nicht nur der Unterhalt*").[79]

[71] J. Krainz, A. Ehrenzweig, L. Pfaff, *System Des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, Wien, 1900, 314-316.

[72] *Ibidem*, 314.

[73] *Ibidem*.

[74] M. von Stubenrauch, M. Schuster v. Bonnott, K. Schreiber, *Commentar zum österreichischen allgeimeinen bürgerlichen Gesebuche herausgegeben*, Wien, 1903, 694-700.

[75] *Ibidem*, 699.

[76] *Ibidem*.

[77] *Ibidem*.

[78] K. Wolff, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Band, *Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung*, Wien, 1935, 148.

[79] *Ibidem*.

Il est à noter, que cette attitude ne concernait que le cercle fermé des personnes indiquées dans la loi. Les autres, qui étaient au dehors, ne pouvaient pas compter sur la protection juridique de ce qu'ils avaient pu recevoir, de fait (*tatsächlich*)[80], comme prestations.

Une seconde tendance,[81] plus restrictive, représentée par un autre coryphée de la doctrine, s'appuyait sur ce qui a été dit dans les débats parlementaires.[82] Selon cette conception, seules les personnes que le défunt devait entretenir à cause d'une obligation alimentaire légale[83] auraient droit à la réparation du dommage subi. Les autres proches, que le défunt soutenait bénévolement (freiwillig unterstützt hat)[84] ne peuvent pas avoir droit aux dommages intérêts, parce que cela aurait pu mener à des situations incontrôlables.[85]

En ce qui concerne l'autre problème, celui de l'étendue du dédommagement, selon la même conception, on ne saurait élargir l'interprétation proposée au parlement,[86] c'est-à-dire qu'il faut admettre la solution restrictive.

4. *L'Étincelle. Le Code des obligations polonais*

Un pas important a été fait par le Code des obligations de la République de Pologne de 1933 (entré en vigueur 1934)[87]. Après avoir exposé les règles générales quant à l'obligation alimentaire (l'article 162, § 1 et 2)[88] le Code a pris soin de proposer une disposition particulière concernant le cœur de notre problème:

[80] *Ibidem*, 150.

[81] A. Ehrenzweig, *System das österreichischen allgemeinen Privatrecht, zweite Auflage, zweiter Band, erste Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse*, cit., 633-635; F. Gschnitzer, *Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadenrecht*, Wien, 1963, 176.

[82] A. Ehrenzweig, *System das österreichischen allgemeinen Privatrecht, zweite Auflage, zweiter Band, erste Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse*, cit., 634.

[83] *Ibidem*.

[84] *Ibidem*.

[85] *Ibidem*.

[86] *lbidem*.

[87] Code des obligations de la République de Pologne, traduit par S. Sieczkowski et J. Wasilkowski avec la collaboration de H. Mazeaud; Préface de Henry Capitant; Paris; 1935.

[88] Art. 162 §1. En cas de mort de la victime, consécutive à des lésions corporelles où à des troubles de la santé, celui qui est obligé à la réparation est tenu de rembourser les frais de traitement et d'enterrement à celui qui les a supportés. § 2 Les personnes vis-à-vis desquelles le défunt était légalement tenu d'une obligation alimentaire et auxquelles il fournissait réellement les aliments, ont le droit d'exiger du responsable, à titre de réparation des avantages perdus le paiement d'une rente calculée d'après leurs besoins d'après les revenus et la durée probable de la vie du défunt, ainsi que l'après la durée probable de leur créance alimentaire.

> "En outre, les parents, alliés, pupilles, et autres personnes proches, auxquelles le défunt fournissait bénévolement et régulièrement des aliments, peuvent demander l'allocation de ladite rente, s'il résulte des circonstances, spécialement du rapport entre la situation de fortune des personnes lésées et celle du responsable, que cette répartition répond aux exigences de l'équité".[89]

Le grand mérite du Code polonais[90] était d'abord, d'avoir trouvé une issue à l'antinomie présente dans le droit autrichien (problème de l'excédent fait par la prestation bénévole au-dessus du montant de l'obligation alimentaire) et ensuite, d'avoir indiqué la direction par laquelle on pourrait chercher la solution du problème.[91] Disposant que les prestations bénévoles au profit des parents et autres personnes proches, peuvent constituer le fondement de l'action en réparation, (de la perte de telles prestations) le Code a montré le chemin qui mène à la reconnaissance et à la protection d'un intérêt légitime.

Le Code polonais a résolu le problème majeur qui existait durant toute l'histoire en droit autrichien, celui de "l'alimentation" bénévole (freiwillige Unterhaltung). On se souvient qu'en Autriche, la question est restée sans réponse pertinente. En Pologne, le Code a affirmé que les parents et les autres proches auxquels le défunt fournissait des aliments bénévolement, étaient dans une situation juridique reconnue et protégée par le système de droit.

Evidemment, ils n'avaient pas le droit subjectif, (comme les créanciers alimentaires), car le défunt pouvait à tout moment, comme bon lui semble, refuser de leurs fournir les subsides (le Code parle des "aliments"). On sait

[89] Le Code des obligations de le République de la Pologne, art. 162, § 3.

[90] Le Code des obligations de le République de la Pologne de 1933 a été salué comme un ouvrage législatif de haute qualité et comme une étape de développement de droit comparé. Cf. H. Mazeaud, *Les dispositions du Code polonais des obligations relatives à la responsabilité délictuelle*, in *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, 2, 1934 passim, surtout 200.

[91] Comme H. Mazeaud, professeur Mihailo Konstantinovitch a eu une très haute opinion du Code des obligations de la République de la Pologne. Henri Mazeaud a donné une conférence à la Société de législation comparé dans laquelle il a eu des mots très flatteurs pour le Code. Konstantinovitch, pour sa part, dans son cours de doctorat tenu à la Faculté de Droit de Belgrade, a loué cette législation comme d'un chef d'œuvre de la science de faire les lois. Ce n'est pas étonnant, car les deux éminents juristes sont sortis de la même école. L'extrait de procès-verbal nous montre qu'à la séance du 18 juillet 1924 de la Faculté de l'Université de Lyon, au concours entre les docteurs et les aspirants au doctorat, le prix de droit privé a été décerné à M. Mazeaud Henri Felix; né à Limoges (Haute Vienne), celui des sciences économiques à M. Mazeaud Léon Marcel, né à Limoges (Haute Vienne) et d'histoire du droit à M. Konstantinovitch, né à Tchatchak (Serbie).

que le droit subjectif est souverain et ne peut guère dépendre de la bonne volonté de la partie adverse. C'est pourquoi la situation juridique dans laquelle se trouvaient les parents et les autres proches, ne pouvaient être qu'un intérêt et pas un droit subjectif. Cet intérêt était légitime par excellence, car il était explicitement reconnu et protégé par le système juridique (en l'occurrence par le Code lui-même).

L'affirmation de la légitimité de l'intérêt des personnes soutenues bénévolement a contribué à la compréhension de ce phénomène juridique. Pourtant, un point n'a pas été suffisamment élucidé. À regarder le texte de près on dirait que pour les rédacteurs une alimentation bénévole, (…le défunt fournissait des aliments… freiwillige Unterhaltung) pourrait exister à côté de l'alimentation obligatoire; article 162 § 2 (obligation alimentaire, gesetztliche Unterhaltung). Mais, l'expression "alimentation bénévole" est une contradiction. "Alimentation" à proprement parler, ne peut pas être bénévole, car elle sous-entend la satisfaction des besoins existentiels des nécessiteux. Cette fonction, en société ne peut pas dépendre de la bonne volonté de ceux qui doivent fournir les aliments. Elle est posée et doit être obligatoire (d'où l'obligation alimentaire), sinon tout le poids tomberait sur les épaules de l'assistance publique, c'est-à-dire sur la solidarité nationale.[92]

Bien sûr, le soutien financier bénévole est bienvenu. Mais, sa fonction est soit accessoire, soit supplémentaire, c'est-à-dire dans les deux cas, éventuelle. Il ne faut pas pour autant le sous-estimer, par contre, il faut lui trouver sa juste place.

Tenant compte de sa structure et de son rôle il conviendrait mieux le désigner comme l'aide (ou l'assistance bénévole en contraste avec l'obligation alimentaire.

Le Code polonais n'a pas clarifié jusqu'au bout sa propre invention: Ce sera fait dans le droit serbe (et yougoslave) dans une seconde étape de son développement avec l'Esquisse de Mihaïlo Konstantinovitch.

[92] Comme disait un premier ministre français (Michel Rocard) "La France ne peut pas héberger toute la misère de monde".

5. *L'Éclat*

5.1. *L'Esquisse du professeur Mihailo Konstantinovitch*

L'ouvrage de Mihailo Konstantinovitch, le chef-d'œuvre du droit et de la culture serbe et yougoslave, dénommé et connu sous le nom Skica[93] (Esquisse, Bozza) n'a rien de commun avec le terme esquisse[94] dans le sens de croquis. Il est très loin, même de l'ébauche, pourtant[95] une étape plus avancée que l'esquisse.[96] C'est un ouvrage entièrement achevé en ce qui concerne l'auteur, quant à son accomplissement intérieur. Il est présenté au monde extérieur comme un avant-projet privé du Code des obligations et des contrats.

D'après ses propres mots,

"On a constamment eu devant les yeux que le Code doit contenir des règles qui canalisent la circulation des biens et des services. C'est pour cette raison que l'essentiel de la matière est emprunté de notre vie juridique et notamment de la jurisprudence. Quelque fois on a dû s'éloigner de notre pratique judiciaire, lorsque celle-ci, bon gré mal gré, contenaient d'appliquer les dispositions de l'ancien droit, délaissées et tombées en désuétude et remplacées par des nouvelles règles dans la législation moderne autant qu'en doctrine".[97]

Mais, la jurisprudence serbe et yougoslave n'était guère la seule source. Très avisé en législations nationales et internationales et en doctrines, autant majoritaires que dissidentes, il puisait abondamment dans le droit comparé de la matière pour sa codification. Avec beaucoup d'adresse et de mûre réflexion,

[93] M. Konstantinovitch, *Obligacije i ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Belgrade, 1969.

[94] Esquisse; Première forme (d'un dessin et par analogie d'une statue, d'une œuvre d'architecture) de guide à l'artiste quand il passe à l'exécution de l'ouvrage définitif. Tracer une esquisse. Jeter une esquisse sur le papier. Ce n'est qu'une esquisse, *Le grand Robert de la langue française*, deuxième édition, dirigé par Alain Rey du Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française de Paul Robert, Paris, Dictionnaires le Robert, 2001, tome 3, 207.

[95] Ebauche, Première forme, encore imparfaite que l'on donne à une œuvre (plastique ou littéraire en l'ébauchon; premier état (de cette œuvre)… L'ébauche donne déjà l'idée de l'ouvrage achevé: Passer de l'état de l'ébauche à celui de la perfection: *Le grand Robert*, cit., 1760.

[96] "L'esquisse se distingue de l'ébauche en ce sens qu'elle est distincte de l'œuvre elle-même au premier stade de l'exécution" (Reau : Dict : d'art), *Le grand Robert*, cit., 207.

[97] M. Konstantinovitch, *Obligacije i ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, cit., Les notes préliminaires, 7.

il prenait comme Molière son bien là où il le trouvait, pour gagner un pari. En effet, composée des éléments divers et variés, l'Esquisse est une synthèse remarquable. Chaque règle est en parfait accord avec les dispositions correspondantes. Prises ensemble elles font un corps harmonieux.

C'est avec une perspicacité rare que notre récipiendaire s'est aperçu de l'importance de cet ouvrage et de ces qualités exceptionnelles. En voici ses mots:

"*Nel 1959 … il professor Mihailo Konstantinovitch, ricevette l'incarico governativo di predisporre un progetto di legge sulle obbligazioni che regolasse in modo unitario tanto il diritto civile quanto il diritto commerciale. Nel 1969 la facoltà di giurisprudenza di Belgrado pubblicava un volume dal titolo Obligacije i ugovori (Obbligazioni e contratti), nel quale era contenuta l'elaborazione del progetto bdi Konstantinović, intitolato* Skica za zakonik o obligacijama iugovorima *(Bozza per una legge su obbligazioni e contratti) con una prefazione dello stesso autore. Lo Skica di Konstantinović è il risultato di un approfondito studio del diritto straniero e delle sue soluzioni giurisprudenziali, e in questo senso constituisce l'espressione signicativa dell'attività della dottrina jugoslava degli anni 60 e 70, di quella dottrina che aveva fatto del diritto comparato lo strumento per construire un diritto positivo interno. Lo Skica non è altro che il risultato della fusione di soluzioni provenienti oltre che dall'esperienza autoctona, sopratutto da ordinamenti giuridici diversi, accogliendone tanto le soluzioni legislative quanto quelle dottrinali*".[98]

L'Esquisse possédait de grandes valeurs intrinsèques. Un système de règles bien ordonnées, des dispositions exprimées d'une manière claire et limpide, un style et une langue incomparables. L'opinion publique l'a reçu comme la raison écrite.

Nulle surprise, alors que les juges tenaient l'Esquisse dans leurs tiroirs demi ouverts et dictaient ses dispositions dans leurs décisions. En doctrine, nombreux étaient des collègues qui louèrent l'Esquisse comme un chef-d'œuvre autant pour ces qualités de fond que pour celles de forme.

Une fois de plus, grâce à ses compétences linguistiques, notre récipiendaire était en mesure de constater les vertus intrinsèques de la langue et du style de l'Esquisse. Il a trouvé les mots justes pour le dire:

[98] G.A. Benacchio, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del Sud*, Padova, 1995, 194.

"*Lo Skica di Konstantinovitch, sul quale poi è stata elaborata la legge sulle obbligazioni del 1978, attualmente ancora in vigore, deve la sua fortuna non solo al contenuto particolarmente elevato, ma anche alla chiarezza e alla concisione del linguaggio; alcune scelte "formali" influenzeranno la tecnica legislativa successiva. La qualità dello Skica era considerata talmente elevata che i giudici avevano cominciato ad applicarlo, accogliendone le soluzioni*".[99]

Et il ajoutait en note:

"*Per esempio ogni comma contiene una sola frase. Sono assolutamente evitati i richiami ad altri articoli, ciascuno dei quali ha un proprio titolo. Il linguagio è quanto mai semplice*".[100]

Par ailleurs, dans notre domaine, celui de l'intérêt légitime, l'auteur de l'Esquisse a offert une de ces inventions les plus originales. D'abord il a élargi l'éventail (la liste) des chefs du dommage, en y introduisant la notion de l'intérêt légitime:

"Le dommage sous-entend non est seulement toute diminution du patrimoine d'une personne (perte subie, ou dommage simple) et l'empêchement de son accroissement (le gain manqué), mais aussi (encore) la lésion d'un intérêt légitime et l'atteinte aux droits de la personnalité: liberté, l'honneur, pudeur, la paix personnelle et familiale et aux autres biens personnels, ainsi que le fait de causer à autrui une douleur physique ou psychique (dommage moral ou extrapatrimonial)."[101]

A lire ce texte, formulé comme une règle générale, on peut constater que la lésion d'un intérêt légitime est traitée au même titre que l'atteinte aux droits subjectifs (sous l'égide du patrimoine) ou la lésion des droits de la personnalité. Tout nous laisse croire que cette conception de l'intérêt légitime, affirmée dans un avant-projet législatif (certes officieux) en a.d. 1969, était une première dans le droit comparé. Elle sera suivie plus tard par les législations diverses et variées:

[99] *Ibidem*, 195.
[100] *Ibidem*, no 70.
[101] L'Esquisse, art. 124.

Japon[102] Roumanie[103] et jusqu'à l'Argentine[104]. On est loin de prétendre que la formule serbe le l'Esquisse a pu influencer les solutions de Tokio, de Bucarest ou de Buenos Aires; à cause de la langue, un obstacle presque insurmontable. Mais, le fait que la même idée soit née, par coïncidence, un demi-siècle plus tard, dans les trois pays, si éloigné l'un de l'autre, se trouvant sur les trois continents, nous confirme ; sans aucun doute, que la pensée de l'auteur de l'Esquisse était pertinente.

C'est sur la base de cette règle générale que la reconnaissance de l'intérêt légitime et sa protection juridique ont eu comme corollaire une disposition particulière explicite concernant l'aide bénévole:

"Les personnes auxquelles la victime d'un accident mortel fournissait les aliments ou versait l'aide bénévole, ainsi que celles qui avaient droit à réclamer les aliments de la victime, ont le droit à réparation du dommage subi par la perte des aliments ou de l'aide bénévole".[105]

Or c'est la lésion de l'aide bénévole (entendu comme l'atteinte à un intérêt légitime) qui a servi à l'auteur de l'Esquisse pour confirmer et illustrer par cet exemple l'existence et la notion de l'intérêt légitime.[106]

[102] La révision de Minpo art. 709 Code civil japonais en 2004, a ajouté à la notion "l'atteinte au droit d'autrui les mots suivants" aux intérêts juridiquement protégés. Cf. H. Morita, *Notion de préjudice en droit japonais*, in *Le préjudice entre tradition et modernité, Journées franco-japonaises*, F. I/2003 Bruxelles, 2015, 26-27.

[103] Le Code civil roumain de 2009 art. 1349, alinéa premier. "Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite ou les usages du lieu imposent et de ne pas porter atteinte, par ces actions ou par ses inactions, aux droits et intérêts légitime des autres personnes" et l'article 1359 (La réparation du préjudice qui consiste dans l'atteinte portée à un intérêt) "L'auteur du fait illicite est tenu de réparer le préjudice causé également lorsque ce dernier est la conséquence de l'atteinte portée à l'intérêt d'autrui des lors que cet intérêt est légitime, sérieux et crée à travers ses modalités de manifestation de l'apparence d'un droit subjectif."

[104] Et celui (l'exemple) du Code civil et commercial de l'Argentine de 2014, art. 1737 (Le concept du dommage) "Il y a dommage lorsqu'un droit ou un intérêt non désapprouvé par le système juridique est lésé, qui a pour objet la personne, le patrimoine ou un droit collectif".

[105] L'Esquisse, art. 156, alinéa 1; La Loi sur les obligations, art. 194, alinéa 1.

[106] C'est dans ce sens, qu'un de ses disciples écrira par la suite: "Nombreux sont les cas dans lesquels le dommage est causé par l'atteinte au droit subjectif: Mais, ce n'est pas indispensable. Il suffit une lésion d'un intérêt légitime protégé par la loi (ce qui ne signifie guère sa transformation en droit subjectif). C'est ainsi dans le cas d'un accident mortel, que me créancier alimentaire a droit à l'alimentation pour la perte de son droit aux aliments, et dans ce cas le dommage est la conséquence d'une atteinte à un droit subjectif. Mais, ce n'est pas tout. Le droit à la

5.2. *Le besoin – créateur du droit et de l'intérêt légitime*

Selon la loi sur les obligations deux catégories de personnes ont droit à la réparation du dommage par ricochet. Ce sont, d'un côté, le créancier d'une obligation alimentaire, et de l'autre la personne à laquelle le défunt fournissait l'aide (l'assistance) bénévole.[107] On est en présence de deux sortes de phénomènes, à savoir d'une part il y a le droit subjectif, et de l'autre un intérêt.[108] Non seulement, l'intérêt de la personne assistée a obtenu la reconnaissance du système de droit, d'être digne de la protection juridique, mais encore il a été hissé sur le pavois au même titre que le droit subjectif aux aliments.

Mais, cela ne veut pas dire que l'intérêt légitime est devenu le droit subjectif? Au contraire, Konstantinovitch s'est bien gardé de ne pas tomber dans le piège don't en a parlé Jean Carbonnier.[109]

Pour le professeur belgradois il était essentiel d'affirmer l'autonomie de l'intérêt légitime par rapport au droit subjectif. En suivant l'exemple du Code polonais, il a détaché le droit aux aliments de l'aide bénévole, tout en les traitant de la même manière.[110] C'est ainsi que l'intérêt légitime a obtenu la place qui devait être la sienne, à côté de droit subjectif, sans qu'il s'identifie à lui.[111] Entre deux idées extrêmes; intérêt simple fait (n'oublions pas que pour Ihering, avant la consécration pour la protection juridique l'intérêt n'était qu'un fait et en plus très fragile.[112] Et intérêt noyé dans la notion de droit subjectif ("intérêt légitime juridiquement protégé") l'auteur de l'Esquisse a su trouver une position indépendante. Dans l'Esquisse, comme dans la loi sur les obligations, l'intérêt

réparation du dommage subi, est concédé aussi à la personne à laquelle le défunt fournissait l'aide bénévole, fondée sur un devoir moral, quoique la personne qui recevait cette aide n'avait pas le droit subjectif". Obren Stanković, *Šteta (dommage)*, in *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tome troisième, Belgrade, in *Sluzbeni list*, 254, no 6.

[107] L'article 194, alinéa premier de la Loi sur les obligations; article 156 du l'Esquisse de Mihailo Konstantinovitch (en serbe).

[108] Dans le texte de la loi sur les obligations, il n'y a aucune différence entre les effets du droit aux aliments et l'intérêt légitime de l'aide bénévole, Cf. article 194, alinéa premier.

[109] La formule est du reste ambigu. Elle peut signifier qu'il n'a de dommage que dans le besoin d'un droit subjectif ("intérêt juridiquement protége" est la definition que Jhering a donné du droit subjectif); à ce compte, seuls pourraient demander des réparations en cas d'accident mortel les parents justifiant d'une créance alimentaire. J. Carbonnier, *Droit civil, les biens, les obligations*, Paris, 2004, 2278, no 1126.

[110] M. Konstantinovitch, Esquisse, l'article 156, alinéa premier (en serbe).

[111] M. Konstantinovitch, Esquisse, article 124.

[112] R. von Ihering, *Geist des römischen Rechts*, cit., 316.

légitime est une notion autonome. C'est un intérêt digne de reconnaissance et protégé par le système de droit.

On a vu et on s'est rendu compte des différences qui séparent le droit subjectif aux aliments d'un côté, et l'intérêt légitime de l'autre. Comment alors dans ces conditions-là peut-on mettre sur le même pied un droit subjectif et un intérêt simple? I a-t-il, malgré toutes les différences majeures, un élément qui sert comme dénominateur commun, entre ces deux phénomènes aussi disparates comme droit subjectif et intérêt légitime? La réponse n'est pas si difficile, comme il peut sembler à première vue. Oui, il existe un dénominateur commun, à savoir: la nécessité. C'est donc le besoin[113] qui crée le droit du créancier alimentaire à l'action en réparation, est c'est également le besoin qui crée la légitimité de l'intérêt de la personne qui reçoit l'aide bénévole. Le droit aux aliments est une créance dont le fondement est le besoin. Les aliments dans le sens large comprennent la nourriture, le logement, les soins médicaux et chirurgicaux, c'est-à-dire tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie. Pour les satisfaire, le système juridique crée également l'autre partie du rapport le débiteur de l'obligation, alimentaire.

C'est celui-ci qui est tenu dans les limites de ses ressources (moyens) d'assurer la subsistance du créancier alimentaire. Le rôle de ces rapports alimentaires est d'une grande importance pour la société. Quand certaines personnes sont en nécessités, ce sont leurs parents, alliés et autres proches voire époux, qui sont appelés au premier rang à subvenir à leurs besoins. Si cela n'était pas comme ça, si les différentes formes de rapport alimentaire n'existaient pas, c'est le système de protection sociale, fondé sur la solidarité, qui devrait permettre la subsistance aux personnes démunies de ressources suffisantes. Dans ce cas-là, les dépenses sociales pèseraient lourdement sur la communauté. Il n'est pas étonnant de voir que le système juridique est prêt d'accorder une position spéciale à toutes les formes de solidarité privées et notamment aux droits aux aliments.

Le besoin est le fondement véritable de la situation privilégiée dans laquelle se trouve la personne qui reçoit l'aide bénévole de la part du défunt. Il va de soi, lorsqu'un avantage (l'action en réparation) est concédé à un droit subjectif, déjà existant, mais on comprend mal quand une telle préférence est allouée à un simple intérêt. Et pourtant, la raison dans les deux cas est la même. L'intérêt de la personne qui recevait l'aide bénévole (du défunt) est légitime parce qu'il est, lui aussi, fondé sur le besoin.

[113] A. Sayag, *Essai sur le besoin créateurs de droit*, préface par J. Carbonnier, Paris, 1969, passim, spécialement 125-127, 167-168.

Certes, celui qui satisfait les besoins par l'aide bénévole ne le fait pas de la même manière comme le débiteur de l'obligation alimentaire. Son assistance est dans un sens plutôt accessoire ou supplémentaire. C'est l'obligation alimentaire qui doit satisfaire les nécessités existentielles. Ceux qui subviennent aux besoins des personnes proches, sans y être contraints, envisagent soit d'améliorer la qualité de la satisfaction des besoins (au lieu d'habiter la Cité universitaire à Paris, l'oncle d'un étudiant lui verse de l'argent, pour qu'il habite la rue du Petit pont, ou la rue Saint-Séverin), au lieu de se nourrir, également à la Cité universitaire, d'aller manger dans les restaurants au Quartier Latin etc.), soit de franchir le seuil des besoins secondaires jusque-là, non subvenus (l'achat des livres chers, sorties aux théâtres, visites aux musées, les vacances au bord de la mer, études de doctorat ou sub spécialisation…).

C'est donc, le besoin qui unit le droit subjectif aux aliments et l'intérêt légitime de l'aide bénévole, un droit et un non-droit. Par contre, ce même critère désunit la famille des droits subjectifs. Les créanciers, en règle générale, ne disposent guère d'une action en réparation du dommage subi au cas de l'accident mortel dans lequel leur débiteur a perdu la vie. Les employés et les ouvriers sont souvent les premiers lésés, car laissés en chômage, ils (en temps des crises) ne peuvent pas trouver un autre travail. Leur situation s'est aggravée (il ne peut même pas s'adresser aux héritiers) et pourtant ils ne disposent pas d'une action en réparation.

Par contre, les créanciers alimentaires, comme on a vu, ont droit aux dommages-intérêts. Leur droit-besoin est protégé à l'encontre de l'acteur de l'accident dans lequel a trouvé la mort leur débiteur. C'est une exception et la raison sur laquelle elle est fondée, c'est justement le besoin. L'exception, concédée à l'intérêt légitime est identique: la satisfaction des besoins.

6. *Conclusion*

Notre conclusion sera très brève. Les hésitations et les revirements de la jurisprudence en Serbie et en Yougoslavie, avaient leurs racines dans la disposition 1327 du Code civil autrichien. C'est pourquoi il fallait chercher la solution dans le droit autrichien. Cependant, le texte de cette disposition contenait une contradiction in adiecto, que malgré tous les efforts la doctrine autrichienne n'a pas réussi à la résoudre. C'est dans le Code des obligations polonais de 1939, qu'on a pu déceler la sortie de ce cercle vicieux. Mais, c'est l'Esquisse de professeur Mihailo Konstantinovitch d'abord et la Loi sur les obligations yougoslave ensuite, qui ont offert la solution du problème. Considérant l'aide bénévole, au même titre que la créance ali-

mentaire, l'Esquisse a hissé l'intérêt légitime sur le même pavois comme le droit subjectif.

LEGAL CHANGE, ISTITUZIONI E ORGANIZZAZIONI: BREVI RIFLESSIONI INTORNO ALLE TRANSIZIONI COMPIUTE E INCOMPIUTE

Barbara Pasa

SOMMARIO: 1. Memorie. – 2. Cambiamento, istituzioni e organizzazioni. – 3. Ostrecht. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Memorie*

Questo breve contributo per il *Liber amicorum* dedicato a Gian Antonio Benacchio prende spunto dall'esperienza personale legata alla frequentazione degli studioli della mansarda dell'(allora) Facoltà di Giurisprudenza di Trento, dove docenti e ricercatori, cultori della materia e dottorandi potevano intrattenersi e discutere con i docenti gli esiti delle ricerche e i futuri avanzamenti – esilarante la "gestione collettiva" degli abbaini, dai quali entrava luce sì, … ma anche tanta pioggia! In quegli spazi, sul finire degli anni '90 ho avuto il piacere di essere compagna di scrivania di Gian Antonio, prima mio professore e poi carissimo amico e collega di avventure editoriali, ricerche e traduzioni di lavori.

A una persona di bontà e gentilezza quasi leggendarie dedico, dunque, queste brevi riflessioni. Esse riguardano un'area di studi, quella del diritto dell'Europa centro-orientale a seguito dell'abbandono dell'opzione socialista, oggetto di analisi approfondite da parte dei comparatisti che insegnavano a Trento in quegli anni, la cd "Scuola di Rodolfo Sacco". In particolare, Gian Antonio Benacchio e Gianmaria Ajani[1] si occupavano di sistemi giuridici socialisti, di diritto jugoslavo e di quello sovietico, indagando regole e modelli giuridici, la loro circolazione, gli assetti politico-istituzionali, e successivamente le complesse questioni legate alle "transizioni" verso la democrazia e un'economia di mercato, il processo di allargamento dell'Unione europea e i criteri di

[1] Non erano gli unici, ma tra i pochi ad occuparsene, poiché conoscevano le lingue slave che davano accesso alle fonti di prima mano. Gabriele Crespi Reghizzi era sicuramente tra i più attivi ed autorevoli studiosi d'area, e pubblicava con regolarità sin dalla fine degli anni '60.

condizionalità, la nascita delle nuove Repubbliche dopo la dissoluzione della Repubblica socialista federativa di Jugoslavia.

La monografia di Benacchio *La circolazione dei modelli giuridici tra gli slavi del sud: sloveni, croati, serbi* e ad altre precedenti pubblicazioni sulla prestigiosa *Rivista di diritto civile*[2] hanno costituito importanti punti di riferimento per la formazione dei giovani comparatisti che, come me, si occupavano di questi temi nella tesi di laurea e poi durante il dottorato.

I conflitti militari che hanno interessato questi Paesi negli ultimi anni – dalla guerra serbo-bosniaca, al conflitto in Kosovo, sino alla guerra russo-georgiana e quella russo-ucraina ancora in corso – rilanciano gli *area studies*, dopo qualche decennio di (almeno parziale) disinteresse da parte della comunità scientifica dei comparatisti, al netto di poche eccezioni. La crescente facilità di reperimento delle fonti e la definitiva apertura al dialogo con i giuristi dell'Est, grazie anche all'incremento nel numero di pubblicazioni giuridiche nelle lingue nazionali, accanto alle più tradizionali voci enciclopediche in inglese e alle monografie di settore, innervano di relazioni e frequentazioni i centri di documentazione (come quello di Leida o di Monaco) e superano quello che era stato inquadrato come un problema di "oggetto", da un lato, e la riconosciuta interferenza dell'elemento extragiuridico sull'enunciato giuridico, definito come un problema di "metodo", dall'altro. Cade così ogni alibi per i comparatisti che si trovino oggi ad osservare questi ordinamenti[3]. Si auspica che possano riprendere quella "entusiasmante avventura" dello studio del diritto dell'area orientale post-sovietica[4].

2. *Cambiamento, istituzioni e organizzazioni*

Come è noto, i paesi che oggi chiamiamo post-socialisti o ex-socialisti dell'Est hanno sperimentato cambiamenti strutturali di grande complessità

[2] In particolare, tra gli scritti di G.A. Benacchio, il riferimento è a *La circolazione dei modelli giuridici tra gli slavi del sud: sloveni, croati, serbi*, Padova, 1995; G.A. Benacchio, *La proprietà nell'impresa autogestita jugoslava*, Milano, 1988; G.A. Benacchio, *La nuova legge jugoslava sulle obbligazioni e i contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 77; G.A. Benacchio, *Jugoslavia: evoluzione e crollo di un modello*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, I, 361; G.A. Benacchio, *La Cee e la nuova Europa dell'est: strumenti giuridici*, in *Rivista di diritto civile*, 1992, II, 627.

[3] G. Ajani, *Il diritto sovietico in teoria e in pratica*, in *Rivista di diritto civile*, 1986, II, 91.

[4] In questi termini si espresse un noto sovietologo: F.J.M. Feldbrugge, *The Study of Soviet Law*, in *Review of Socialist Law*, 1978, 201.

nella transizione verso un *ideale* di democrazia di stampo occidentale[5] e un altrettanto *paradigmatico modello* di libero mercato, recuperando una nozione che per decenni era rimasta silente nel vocabolario nazionale dell'area: quella di Stato di diritto (*Rule of law*). Una nozione vaga che raccoglie un insieme di concetti, il cui contenuto giuridico e tecnico è tutt'altro che certo e che, come è stato più volte segnalato[6], è diventata uno standard per valutare la modernizzazione di un ordinamento giuridico.

Poiché le formule vaghe, espresse in un linguaggio ordinario, sono più appetibili per i media e le persone comuni, il processo di legittimazione delle riforme giuridiche non poteva che essere costruito intorno ad argomentazioni semplici e "circolari", come la reputazione e il prestigio di un modello normativo straniero che promuove il trapianto di regole volte a favorire il "buon funzionamento" delle istituzioni e, per proprietà transitiva, dei mercati. Queste argomentazioni sono presto diventate il sostituto di una reale discussione sugli effetti delle politiche di sviluppo, oltre che un artificio retorico adatto per aggirare, almeno nelle fasi iniziali del dialogo tra donatori e Paesi beneficiari, un dibattito aperto su democrazia, pluripartitismo e indipendenza giudiziaria. L'accento è stato posto sulla pervasività globale dell'idea di mercati "efficienti" in relazione al "buon governo" dello Stato di diritto e, come ricordato, secondo una certa circolarità, su quanto e come gli strumenti giuridici incidano sulla *performance* economica (il noto "funziona-

[5] Una prima questione, come è noto, ha riguardato la nozione di "democrazia", che proprio negli anni della *perestroika* è stata riletta da molteplici angolature: un carattere comune alle democrazie dovrebbe essere la loro "contestabilità" aperta alla partecipazione di tutti, e che le definisce come sistemi di bilanciamento di interessi, di compromessi tra forze politiche e forze sociali tendenti al raggiungimento di continui punti di equilibrio; le istituzioni e tutte le forze politiche (anche quelle uscite sconfitte dalle elezioni, per cui la sconfitta è accettabile e più attraente rispetto a un'alternativa antidemocratica) dovrebbero ritenere più opportuna la collaborazione nella composizione degli interessi in gioco per il bene delle istituzioni stesse e delle persone che le abitano. R. Dahl, *A preface to democracy theory*, Chicago, 1956; R. Dahl, *A preface to economic democracy*, Berkeley, 1985; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984; S. Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Bologna, 1993. Una seconda questione ha riguardato la definizione di "mercato", in relazione alle diverse esperienze dei capitalismi occidentali e ad un approccio detto gradualista, che ha preconizzato una progressiva introduzione delle regole di mercato con l'obiettivo dell'integrazione europea, previsione di fatto azzeccata e realizzatasi con gli Accordi di Associazione e poi con l'allargamento dell'Unione europea ad Est (Trattato di adesione firmato il 16 aprile 2003). Cfr D. Steinel, *Transition to democracy and market*, in *Problems of Communism,* 1992, 134-138; G. Macesich, *Successor States and Cooperation Theory*, Prague, 1994.

[6] G. Ajani, *The Transplant of Vague Notions* in I.H. Szilàgyi, M. Paksy (eds), *Ius Unum. Lex Multiplex. Festschrift in Honour of Zoltàn Péteri*, Budapest, 2005, 17-37.

lismo"[7]) sino a ottenere misurazioni in termini di "grandezze quantitative". Queste sono servite a giustificare il piazzamento nelle graduatorie dei *Doing Business Report* della Banca mondiale[8] e a giustificare il processo di trasferimento di norme da sistemi riconosciuti (dall'Occidente) come economicamente maturi a sistemi in transizione, attraverso una matrice fatta di soft law, proposte e raccomandazioni per le riforme, sostenute dalle istituzioni finanziarie regionali (come la Banca Europea per la Ricostruzione e Sviluppo)[9] e internazionali (come la Banca Mondiale e il Fondo Monetario internazionale)[10]. Nell'Est post-sovietico, la transizione politico-economica è stata, infatti, avviata in concomitanza con l'introduzione delle cosiddette "clausole di condizionamento politico" (tra cui ad esempio la partecipazione democratica dei cittadini attraverso libere elezioni, il rispetto per le minoranze, il pluripartitismo, e così via) previste anche dall'Unione europea ai fini dell'integrazione nel mercato interno[11]. In tale contesto, è emerso il concetto di "capitalismo politico", un modello economico progettato dalle élite riformiste, la cui legittimazione è dipesa dalla capacità di superare la diffidenza popolare nei confronti delle privatizzazioni degli anni '90. Il capitalismo politico seguiva la logica del *capitalism by design*, per cui, da un lato, il mercato può fallire nel garantire una distribuzione equa dei benefici economici così come, dall'altro,

[7] Per una sintesi sul tema cfr. M. Graziadei, A. Somma (eds), *Esperienze giuridiche in dialogo. Il ruolo della comparazione*, Roma, 2024.

[8] Per una critica si veda A. Gambaro, *Misurare il diritto*, in *Annuario di Diritto Comparato*, 2012; M. Infantino, *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, 2019.

[9] Lo scopo della BERS, secondo l'articolo 1 dell'accordo istitutivo del 1990, consiste nel "favorire la transizione verso economie aperte e orientate verso il mercato e nel promuovere l'iniziativa privata e l'attività imprenditoriale nei paesi dell'Europa centro-orientale e della Comunità degli Stati indipendenti (CSI) che riconoscono e applicano i principi della democrazia pluripartitica, del pluralismo e dell'economia di mercato". Secondo la relazione del Parlamento Europeo, l'attività della BERS, estesa anche agli Stati creatisi dopo il crollo dell'URSS e della Jugoslavia, è stata "multilivello", con notevoli differenze per quanto riguarda il volume degli investimenti pro capite dei fondi BERS nei singoli paesi, per cui l'Estonia, la Slovenia e la Croazia hanno ricevuto la maggior parte delle risorse, mentre l'Ucraina, gli altri paesi dell'ex Jugoslavia, la Bielorussia e il Tagikistan ne hanno ricevute meno. Cfr. *Relazione sulle attività della Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo*, (2002/2095(INI)), A5-0421/2002.

[10] Sulle Multilateral Development Banks, M.H. Hurlock, *New Approaches to Economic Development: The World Bank, the EBRD, and the Negative Pledge Clause*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, 345-371; J. Taylor, *New Laws, New Layers and the EBRD,* in *International Business Layer*, 1996, 98 ss.

[11] Il noto Libro Bianco della Commissione europea, *Preparazione dei Paesi associati dell'Europa centrale e orientale all'integrazione nel mercato interno dell'Unione*, COM(1995) 163 def., 3 maggio 1995.

la democrazia può distorcere o ostacolare l'affermazione dei meccanismi di mercato. Ciò aveva indotto i riformisti ad approvare un complesso sistema di riforme che ha avuto conseguenze critiche: da un lato, la progettazione di istituzioni democratiche fragili, presto transitate verso regimi autoritari o populisti, caratterizzati da un'ampia frammentazione sociale; dall'altro, il ritorno di un controllo quasi-statale sui beni, gestiti da nuovi gruppi di interesse, come alcuni commentatori avevano del resto previsto[12].

A circa trent'anni dall'inizio di queste riforme, quali esiti registriamo? Che ne è stato della "triplice trasformazione"[13] che ha coinvolto tutti i livelli decisionali durante gli anni '90 nell'ex-Unione Sovietica e negli ex-Stati satellite? Una prima trasformazione riguardava la determinazione dei confini territoriali degli Stati, ed era sostanzialmente una decisione che avrebbe pesato sull'identità della Nazione. La seconda trasformazione riguardava la dissoluzione dei regimi e la costruzione, guidata dall'esterno, delle nuove democrazie, una dinamica complessa nel dialogo interno/esterno che avrebbe inciso sulla struttura istituzionale e gli organi di governo di quegli Stati. La terza trasformazione riguardava l'ordine economico, in altre parole riguardava una nuova relazione tra Stato e Mercato e la riallocazione delle risorse economiche attraverso le privatizzazioni delle imprese di stato e la riforma della *corporate governance*[14]: anche in questo caso, l'accesso al nuovo ordine economico globale era soggetto a un processo eteronormato, fatto di clausole di condizio-

[12] Si vedano i commenti di Offe in relazione all'area post-sovietica. Lo stesso autore ha sottolineato come, in alcuni Paesi (Polonia e Ungheria), il contributo delle organizzazioni della società civile e dei movimenti di opposizione negli anni Settanta abbia favorito la costruzione di istituzioni democratiche solide; mentre in altri (l'ex-Cecoslovacchia, Bulgaria e Romania) l'assenza di organizzazioni sociali intermedie e l'approccio dirigista abbiano reso il processo più fragile, influenzato dall'eredità dei regimi precedenti. K. Offe, *Capitalism by democratic design? Democratic theory facing the triple transition in East Central Europe*, in *Social Research*, 58, 4, 1991, 866-902; K. Offe, *Disorganized Capitalism,* Cambridge (Mass.), 1995.

[13] K. Offe, *Disorganized Capitalism*, cit.

[14] Sul processo e i paradossi dello Stato che si ritira dal mercato e che, al contempo, è il soggetto giuridico che guida la transizione cfr. R. Frydman, A Rapaczynski, *Privatization in Eastern Europe: Is the State Withering Away?*, Budapest, 1994; G.S. Alexander, G. Skapska (eds), *Privatization, Property, and the Emergence of New Market Economies*, London, 1994; A. Bim, C.J. Derek, T. Weisskopf, *Privatization in the Former Soviet Union and the New Russia*, in S. Estrin (ed), New York, 1994; Z. Novotni, *La privatizzazione: un problema giuridico dell'Est europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 46, 1992, 1213-1223; M. McFaul, *State power, institutional change and the politics of privatization in Russia*, in *World Politics*, 47, 1995, 216-243; R.M. Buxbaum et al., *European Economic and Business Law: Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlino, II ed., 1996; OCSE, *Effective Mechanism for Corporate Governance in the Transition Economies of the CIS*, 5th Economic Forum, Prague, 1997.

namento politico imposte dall'esterno. Le difficoltà e i paradossi emergevano nel momento in cui si tentava di trapiantare[15], in un'unica soluzione, democrazia e mercato[16] sottovalutando la portata del cambiamento rivoluzionario implicato dal trasferimento e dalla concentrazione della ricchezza nelle mani di nuovi soggetti[17], e i mutui effetti di costrizione e limitazione tra democrazie e mercati[18]. Il rapporto tra sistema economico e sistema politico e il processo di cambiamento che deriva da quella relazione è stato, ed è, al centro dell'analisi di varie discipline. In particolare, i contributi teorici sull'impresa della *New Institutional Economics* (NIE) da Williamson (1985) a North (1990), alla ricerca della migliore struttura organizzativa e di *governance*, dati i vincoli istituzionali esistenti, dimostrava che la sola considerazione delle regole formali e della loro applicazione davano esiti ambigui. Bisognava dunque analizzare l'interazione continua tra istituzioni (che definiscono l'insieme delle opportunità di una società) e organizzazioni (che vengono costituite proprio per sfruttare quelle opportunità) le quali, nel corso della loro esistenza, alterano le istituzioni esistenti tramite processi di retroazione[19]. Una chiave di volta fondamentale riguardava l'intervento sui vincoli informali (consuetudini, codici etici, logiche cognitive imperfette, miti, cultura e ideologie) – sottoprodotti delle attività razionali delle organizzazioni orientate ad uno scopo, quali erano le nuove società di persone e di capitali che si andavano costituendo –. Una modifica presto dichiarata "impossibile" poiché "*l'eredità culturale di fondo contraddistingue i vincoli informali che così dimostrano grande capacità di sopravvivenza al cambiamento*"[20]. Sotto questo profilo, ricordiamo che i comparatisti avevano già mappato il diritto dei sistemi giuridici dell'Est at-

[15] Sui trapianti giuridici, come è noto, la dottrina è copiosa: sull'area in questione cfr G. Ajani, a partire da *La circulation de modèles juridiques dans le droit post-socialiste*, in *Revue International de droit comparé,* 4, 1994, 1087 e G. Ajani, *By chance and prestige: legal transplant in Russia and Eastern Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 4, 1994, 1087-1104. Sugli aspetti legati alla transizione verso il mercato cfr. T.W. Waelde, J.L. Gunderson, *Legislative reform in transition economies: Western transplant - A short cut to social market economy status?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 43, 1994, 347-378.

[16] D. Ost, *Labour and societal transition*, in *Problems of Communism*, 1992, 51-67, 51; K. Hendley, *Legal development and privatization in Russia: a case study*, in *Soviet Economy*, 8, 1992, 115-135, 130.

[17] M. Dobb, *Problemi di storia del capitalismo*, Roma, 1974.

[18] A. Przeworski, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge, 1991; G.M. Maravall, A. Przeworski, *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, 2003.

[19] D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, 1990, trad it. W. Santagata, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, 1994.

[20] *Ibidem*.

traverso l'analisi dei formanti declamatori e operazionali, rinunciando ad utilizzare dati quantitativi (non esistono, ad esempio, misurazioni quantitative dei crittotipi), pur riuscendo, attraverso un approccio critico speculativo, a riconoscere il disegno politico celato da fonti sub- o para- legali, palesi ed occulte, da decisioni amministrative, anche non pubblicate, da fatti politici e interessi mutevoli di natura ideologica, e da decisioni giurisprudenziali. Gli economisti suggerivano ulteriormente che nei "mercati delle regole" politiche ed economiche, soggetti a vincoli istituzionali formali e informali, nascevano particolari organizzazioni di scambio che al più generavano alti costi di transazione i quali "intaccavano" e "decomponevano" i corollari tecnici del diritto, come ad esempio il dogma individualista della proprietà, generando diritti di proprietà inefficienti[21]. "*Siccome le regole economiche sono emanate e rese esecutive a opera del sistema politico, non sorprende che i diritti di proprietà siano raramente efficienti*"[22].

Un secondo aspetto fondamentale messo in luce da chi conduceva l'analisi delle istituzioni che favoriscono o frenano lo sviluppo economico ruotava intorno alla questione degli incentivi individuali e riguardava le politiche redistributive discrezionali e i privilegi legati al monopolio delle informazioni essenziali che premiavano la capacità individuale di procurarsi rendite di posizione[23]. Anche in questo caso, veniva sottolineata l'incapacità di questi sistemi in transizione di raggiungere soluzioni di compromesso, assumendo come punto di partenza il saggio di Paul David, *Clio and the Economic of QWERTY* (1985) che ebbe una certa fortuna presso gli storici dell'economia, e quello di Brian Arthur, *Self- reinforcing Mechanism in Economics* (1988) che sviluppava la tesi dei piccoli accidenti storici e delle circostanze fortuite che portano, nel corso del tempo, a soluzioni che obbligano a imboccare un percorso determinato. Tra l'altro, l'esistenza e la permanenza di istituzioni e organizzazioni inefficienti, che non risolvono i problemi legati alla mancanza di cooperazione e che non sono in grado di valorizzare i vantaggi sociali degli scambi, sollevano ancora oggi questioni di grande attualità[24].

[21] Lo Stato socialista era sovrano e proprietario, non esercitava in prima persona l'attività di produzione, pur mantenendo, nonostante il trasferimento dei mezzi di produzione alle imprese e la gestione operativa, le vesti di proprietario.

[22] D. North, S*tructure and Change in Economic History,* New York, 1981; D. North, *Economic Performance Through Time*, in *The American Economic Revie*w, 84, 1994, 359-368.

[23] Il tema delle informazioni incomplete è legato alla garanzia dell'applicazione delle regole: D. North, *Institutions, Institutional Change and*, cit., da 87 e ss.

[24] Con una certa regolarità se ne è discusso negli ultimi quindici anni: si veda in prospettiva critica: J. Faundez, *Douglass North's Theory of Institutions: Lessons for Law and Development*, in *Hague J. Rule Law*, 8, 2016, 373-419; S. Dellepiane-Avellaneda, *From Property Rights and*

La messa a terra di queste teorie, all'epoca delle ben note riforme di mercato neo-liberiste degli anni '90, è pertanto consistita nel ridisegnare il contenuto delle norme giuridiche a partire da quelle di diritto civile e commerciale, ad esempio quelle sulle imprese di stato e sulle proprietà collettive, nel riattivare istituzioni che avevano vissuto in semi-latenza, ad esempio la proprietà privata, e nel riallocare le risorse economiche[25] attraverso il diritto dei contratti, con il fine ultimo di migliorare il benessere dei singoli e della collettività, come sosteneva l'economista americano Jeffrey Sachs, il principale architetto della *shock therapy*[26]. Diverse scuole di pensiero hanno mostrato come il tentativo iniziale degli "ingegneri della *shock therapy*" di decostruire le istituzioni socialiste di coordinamento industriale, assistenza sociale e pianificazione urbana sia stato in parte ostacolato dalla ostinata eredità materiale del socialismo e dal noto fenomeno di *path dependency*[27]. Il punto era se il cambiamento *(legal change*), per realizzarsi, richiedesse istituzioni democratiche, che tuttavia erano ancora in fase nascente, oppure se le riforme giuridiche ed economiche potessero avanzare anche sotto regimi non democratici; oppure se le nascenti democrazie potessero sopravvivere abbandonando le riforme (i politici, pur di non perdere il supporto elettorale, avrebbero abbandonato una strategia impopolare), o se i processi di riforma e la transizione verso la democrazia potessero essere minate da prese di posizione populiste e nazionaliste. Nonostante la previsione degli effetti nefasti[28] delle "riforme orientate al mercato", basate su una presupposta razionale e perfetta allocazione delle risorse attraverso la riorganizzazione dei mercati e delle loro regole (con conseguente attenuazione della pianificazione economica e dei monopoli di stato; liberalizzazione dei prezzi fino ad allora compresi nei ristretti confini del Comecon; riduzione delle spese pubbliche

Institutions, to Beliefs and Social Orders: Revisiting Douglass North's Approach to Development, *DISCUSSION PAPER*, 2012, online; T. Besley, M. Ghatak, *Property Rights and Economic Development*, in D. Rodrik, M. Rosenzweig (eds): *Handbook of Development Economics*, Amsterdam, 2010, 4525-4595; M. Everest-Phillips, *The myth of 'secure property rights': Good economics as bad history and its impact on international development*, *SPIRU Working Paper, Strategic Policy Impact and Research Unit*, 2008 online.

[25] Queste "risorse" comprendevano le comunità, le istituzioni sociali, i processi industriali e finanziari, le fabbriche e le reti umane, che costituivano il tessuto della vita collettiva nella nascente società postsocialista.

[26] Il cd. *Balcerowicz Plan*: cfr. il suo noto saggio *Shock Therapy in Poland: Perspectives of Five Years*, The Tanner Lectures on Human Values delivered at University of Utah, April 6 and 7, 1994 (online).

[27] A. Przeworski, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, cit.

[28] *Ibidem*, 136 ss.

e l'aumento delle entrate)[29], esse erano ritenute assolutamente indispensabili. Così vi era chi giungeva a conclusioni pessimistiche sulle conseguenze della 'transizione dallo Stato al Mercato' nella convinzione che, se anche il sistema delle riforme fosse stato il più efficiente possibile, "*il transitorio deterioramento delle condizioni di vita materiali delle popolazioni di quei paesi sarebbe stato sufficiente a minare le istituzioni del mercato*"[30]. La rivoluzione pacifica (come fu definita) avrebbe portato solo a un nuovo regime anticomunista e gli sviluppi ad Est non sarebbero dunque stati molto diversi da quelli dei paesi latinoamericani in cui la transizione era occorsa anni prima[31]. Ma dato che la sopravvivenza di queste nuove democrazie sarebbe dipesa largamente dai risultati della performance economica, bisognava comunque procedere.

Altri autori[32] avevano messo in luce un diverso aspetto della strategia neo-liberista, la cosiddetta "scommessa sulle *elité*", una emergente classe sociale capitalista che doveva fungere da corpo intermedio e che sarebbe stato l'humus sociale del nuovo ordine politico, e avrebbe potuto guidare un programma di riforme radicali attraverso azioni d'intervento a livello micro e macro economico: la riduzione dei sussidi statali, la liberazione dei prezzi e la privatizzazione. Altri autori ancora affermavano che sarebbe stato un grave errore non coinvolgere ogni strato sociale della popolazione partendo dal basso e, in particolare, dai lavoratori. L'affermazione per la quale i lavoratori sarebbero solo interessati a conservare il posto di lavoro e a un salario più elevato non coglieva nel segno, anzi disconosceva il loro possibile contributo al cambiamento, partecipando alla riforma del sistema politico ed economico. Solo una "*work friendly reform*"[33] che mobilitasse tutti i lavoratori, dotandoli di "voice" nella co-determinazione delle decisioni societarie, e che rafforzasse la posizione del sindacato, dotandolo di effettivo potere contrattuale, avrebbe potuto dunque dirsi fondativa delle nascenti democrazie[34].

Di fatto il processo di riforma, sebbene in sé considerato potesse essere sinonimo di apertura e rinnovamento, era dotato di scarsa effettività a causa

[29] L'inflazione cresce quando i prezzi vengono liberalizzati, la disoccupazione aumenta nel momento in cui si intensifica la concorrenza, l'efficienza allocativa declina quando la struttura economica è in trasformazione. *Ibidem*, 140 ss.

[30] A. Przeworski, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, cit., 190.

[31] *Ibidem*, e contra D. Ost, *Labour and societal transition*, cit.

[32] D. Ost, *Labour and societal transition*, cit.

[33] *Ibidem*; H.H. Ticktin, *Permanent chaos without a market: The non-latinamericanization of the USSR*, in *Studies in Comparative Communism*, 1992, 242-256.

[34] D. Ost, *Labour and societal transition*, cit.

della sua stessa natura, poiché la riforma era pur sempre l'esito dell'interazione tra regimi autoritari e società civile.

Dato che la transizione politica doveva continuamente confrontarsi con la trasformazione economica e viceversa, il processo era caratterizzato da una certa brutalità nell'uso della decretazione d'urgenza per introdurre le riforme *ex abrupto,* senza discutere né analizzare i reali costi della transizione economica (costi a breve termine, costi inerziali, costi a lungo termine) che minacciavano le nascenti democrazie indipendenti. Inoltre il processo di riforma era stato, per lungo tempo, un rituale molto caro ai paesi socialisti proprio in quanto l'economia di tipo pianificato non conteneva meccanismi di autocorrezione e ogni volta che si generavano effetti indesiderati la riforma era l'unico strumento a cui poteva ricorrere il regime. Numerosi sono gli esempi, nel periodo socialista, in cui il regime si riformò dal proprio interno, e che evidenziano come, attraverso le riforme, quegli ordinamenti cercarono di rilassare le tensioni sociali e, al contempo, di rafforzare la propria posizione[35]. In questo contesto, l'ideologia[36] ha continuato a rivestire un ruolo centrale nelle relazioni tra Stato e Mercato, innervando anche le teorie sulla *corporate governance* dell'impresa[37]. Infatti, la ridefinizione dei confini dello Stato nella transizione e nei processi di riforma non poteva che iniziare dall'unica struttura in cui questi Stati avevano maturato decenni di esperienza: le reti di imprese statali.

La "proprietà statale", istituto presente nei testi delle Costituzioni sovietiche del 1936 e del 1977, così come nelle Costituzioni degli altri Paesi socialisti, redatte tra il 1948 e il 1950 e nelle codificazioni commerciali dell'area, è stata strumento essenziale durante il periodo dell'economia pianificata. Gli approcci interpretativi possono essere distinti in due grandi categorie. Il primo approccio, di natura giuridico-formale, era fondato sulla definizione classica di proprietà privata e comprendeva quattro elementi fondamentali: (1) il diritto di utilizzo di un bene, (2) il diritto di trarne benefici, (3) il diritto di modificarne la forma o la sostanza e (4) il diritto di alienarlo, totalmente o parzialmente, al prezzo pattuito. Il secondo approccio, di tipo politico-economico, era imperniato sulla complessa e incerta allocazione dei diritti di proprietà[38]. In

[35] Spicca ad es. il caso della Polonia degli anni 1955-57, e degli anni 1985-86, con le leggi di amnistia per le attività politiche con cui di fatto si legalizza l'opposizione.

[36] L'ideologia, formante dell'ordinamento giuridico, fondata sul principio di legalità socialista e sul ruolo fondamentale giocato dal partito unico, accompagna anche oggi i processi di *legal change*.

[37] La proprietà qui intesa come il diritto di rivendicare la ricchezza residuale e di prendere decisioni sull'allocazione delle risorse porta a interrogarsi sui meccanismi di allocazione delle risorse e di distribuzione della ricchezza e quindi sulla funzione regolativa dello Stato.

[38] I. Major, *Privatization in Eastern Europe: a critical approach*, Cheltenham, 1993.

questa prospettiva, non era tanto la struttura giuridico-formale a determinare la trasformazione della proprietà statale, quanto piuttosto la distribuzione del potere e la capacità di negoziazione degli attori coinvolti. Il controllo effettivo passava dagli organi di partito ai membri dell'apparato burocratico, fino ai manager delle imprese, con la conseguenza che chiunque avesse titolo all'esercizio del potere decisionale (controllo) condivideva *de facto* la proprietà. Tuttavia, i costi derivanti da un diritto di proprietà così configurato venivano sistematicamente redistribuiti sull'intera popolazione, mettendo in dubbio la sostenibilità di questo istituto nella transizione. Attraverso le privatizzazioni si è dunque inteso espungere l'impresa di stato per sostituirla con il riconoscimento dell'imprenditoria privata, della libertà di iniziativa economica, e di forme societarie tipiche delle economie a capitalismo avanzato. Come noto, le privatizzazioni non sono state la panacea di tutti i mali e le varie forme di proprietà e controllo[39] sono state il terreno di sperimentazione delle teorie economiche che intendevano spiegare l'efficienza dell'impresa come un effetto del particolare tipo di *corporate governance* adottato[40]. In alcuni casi, la privatizzazione delle imprese di stato ha determinato un aumento della pressione per l'assegnazione di sussidi, compromettendo la capacità dello Stato di opporsi efficacemente alle rivendicazioni dei lavoratori (fenomeno in parte riconducibile al fatto che il controllo delle imprese in mano ai manager ha implicato un approccio di tipo paternalistico nei confronti della forza lavoro). In altri casi, il trasferimento della proprietà dalle imprese di stato agli *insider*, associato a una frammentata distribuzione azionaria presso il pubblico degli investitori esterni, ha sollevato interrogativi circa l'effettiva portata della riforma in relazione alla ristrutturazione delle relazioni industriali. In altri casi ancora, lo Stato si è configurato come l'ente regolatore, che stabilisce le nuove regole del gioco in funzione della massimizzazione dei propri obiettivi, volti alla preservazione dello status quo, un attore assimilabile a un monopolista dei beni essenziali[41].

[39] Per una breve rassegna delle privatizzazioni, B. Pasa, *Privatizzazioni e corporate governance nell'Est*, in *Biblioteca delle Libertà*, maggio-agosto 1998, n. 145, pp. 71-109.

[40] H. Hansmann, *Ownership of the Firm*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 4, 1988, 267-301.

[41] Secondo alcuni studiosi (R. Frydman, A Rapaczynski, *Privatization in Eastern Europe: Is the State Withering Away?*, cit.), l'assetto economico dei Paesi dell'Est Europa costituiva una fase intermedia della transizione verso un'economia di mercato, a causa dello squilibrato sviluppo dell'industria pesante rispetto al settore dei servizi, dell'allocazione inefficiente e irrazionale delle risorse produttive e della costante interferenza degli interessi politici con la sfera giuridica. Altri autori, come Ost, Ticktin, cit., sopra, e D. Binns, R. Bernstein, *Employee Owenership*, 1996 (paper Univ. Pittsburgh), sostenevano la necessità di rafforzare il ruolo dei lavoratori, ispirandosi alle esperienze industriali europee, in particolare a quella tedesca.

In estrema sintesi, le economie in transizione si trovavano di fronte alla necessità di operare rapidamente alcune scelte fondamentali. Da un lato, potevano confidare nel fatto che gli investitori, sia stranieri sia domestici, avrebbero acquistato le azioni delle imprese in fase di privatizzazione; dall'altro, auspicavano l'adozione di un modello basato sull'azionariato dei dipendenti, coinvolgendoli direttamente nel processo di riforma e procedendo contestualmente alla trasformazione della veste giuridica e della struttura delle imprese. Un simile percorso avrebbe inevitabilmente richiesto un'ampia ristrutturazione delle reti d'impresa, anche attraverso la riforma del sistema bancario e la creazione di istituzioni finanziarie intermedie, come società e fondi di investimento; bisognava in ogni caso seguire le raccomandazioni delle istituzioni finanziarie internazionali, in particolare del Fondo Monetario Internazionale e della Banca Mondiale, e poi dell'Unione europea[42]. Tuttavia, senza aver definito dall'interno e con chiarezza gli obiettivi del processo di *legal change*, il mutamento della struttura sociale, politica ed economica rischiava di diventare un obiettivo fine a sé stesso, a discapito delle condizioni di vita di ampie fasce della popolazione, che infatti hanno sopportato costi umani considerevoli.

Vi è chi ha rappresentato questo quadro complesso e la sua evoluzione attraverso la metafora nota come il *dilemma dei tre orologi*[43]. Secondo questa rappresentazione, i diversi livelli di trasformazione delle società post-comuniste si sviluppano con tempistiche differenti. Il primo livello, il più superficiale, riguarda la riforma legislativa e l'assetto delle istituzioni politiche: è *l'ora dei giuristi*, un processo relativamente rapido. A un livello intermedio si colloca *l'ora degli economisti*, la fase della transizione economica, che può richiedere un tempo fino a dieci volte superiore. Infine, il livello più profondo è quello della ricostruzione dei codici culturali e della società civile: *l'ora dei cittadini*, un percorso che necessita di un tempo cento volte più lungo rispetto alle riforme istituzionali. Solo quando questi tre livelli saranno sincronizzati, la 'rivoluzione' potrà dirsi compiuta.

[42] R. Frydman, A Rapaczynski, *Privatization in Eastern Europe: Is the State Withering Away?*, cit.

[43] P. Stzompka, *The intangibles and imponderables of the transition to democracy*, in *Studies in Comparative Communism*, 1991, 295-311; P. Stzompka, *The Ambivalence of Social Change In Post-Communist Societies*, in *Kultura i Polityka : zeszyty naukowe Wyższej Szkoły Europejskiej im. ks. Józefa Tischnera w Krakowie nr 2/3*, 131-153, a p. (ripresa da Dahrendorf, 1990).

3. *Ostrecht*

L'area dei paesi ex-socialisti dell'Europa dell'Est non era, e non è omogenea al suo interno[44], sebbene i manuali di comparato abbiano condiviso tassonomie comuni basate su criteri geopolitici, che hanno assunto nel tempo un significato convenzionale (diritto dell'Europa centro-orientale, diritto post-socialista, diritto dell'Europa dell'Est, diritto dei Balcani occidentali, etc.). A partire dalle 'rivoluzioni' che dal 1989-91 hanno riguardato questi paesi, ci si è chiesti che senso abbia mantenere una trattazione separata rispetto ai sistemi della famiglia romano-germanica (per gli Stati dell'Europa centrale) o rispetto ad altre tradizioni giuridiche, come ad esempio quella islamica (il rapporto tra diritto e istituzioni religiose islamiche nei paesi della Federazione russa, come Tatarstan, Daghestan o Cecenia, e della CSI, come Kazakhstan, Kirghisistan, Tagikistan, Uzbekistan e Azerbaigian, è oggetto di studio[45]) soprattutto a seguito dell'abbandono dell'opzione politica marxista-leninista e svanito il prestigio del modello giuridico sovietico che ne assicurava la circolazione in tutta l'area. Il diritto di questi Paesi sembra, dunque, tornato ad identificarsi *mutatis mutandis* con il substrato romanista, o con l'Islam radicale, o in taluni casi con l'Islam funzionale alla stabilità dello Stato, e a mescolarsi con regole provenienti dal diritto uniforme, dall'area anglo-americana oppure anche di matrice unionista (europea)[46]. D'altro canto, sempre meno fattori comuni uniscono i sistemi giuridici di Lettonia, Slovenia, Romania, Ungheria, Croazia, Serbia, Bosnia-Erzegovina, Armenia, Moldavia, Turkmenistan… La prospettiva del blocco dell'*Ostrecht*, tipica della Guerra Fredda, si declina oggi nello studio del diritto russo, ucraino, bielorusso, ungherese, polacco, montenegrino, albanese, turkmeno, tagiko, etc… Il che conduce gli studiosi contemporanei a chiedersi se vi sia ancora bisogno di identificare un "*Ostrecht*" con caratteristiche peculiari. La risposta sembra essere la stessa del periodo in cui si affermava la NATO e, in risposta al blocco orientale, il Patto di Varsavia: un pragmatico "sì"[47].

[44] Per retroterra storico culturale, per la coesistenza di molte etnie all'interno degli stessi confini statuali, per le differenti politiche economiche e la diversa circolazione dei modelli e delle regole giuridiche occidentali in quest'area, tutti elementi che hanno condizionare la transizione nell'Est europeo.

[45] A partire da S. Filatov, A.V. Malašenko (eds.), *Islam e politica nello spazio post-sovietico*, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2000.

[46] Si vedano a tal proposito gli scritti di Ajani, Benacchio, Crespi Reghizzi citati in apertura.

[47] H. Küpper, *Expert Opinions on Foreign Law in Court: Applied Comparative Law in the Munich Institute for East European Law*, in *Central European Journal of Comparative Law*, vol I, 2020, 111-130.

Un fattore che ha accomunato questi sistemi giuridici (supra § 2), e che a ben vedere resiste, è un formante[48] piuttosto noto chiamato 'ideologia'. Essa è stata una fonte del diritto socialista, che ha operato anche nel momento della transizione, con l'enfasi sulla codificazione come strumento di ingegneria sociale e che, nonostante le declamazioni sull'originalità e discontinuità tra vecchio e nuovo diritto, ha fatto sì che le regole del passato, stratificatesi nel tempo, emergessero quando utili nella mente degli interpreti. Se questo è un dato condiviso dalla comunità degli studiosi, diverse sono le prospettive circa il peso che questo formante ha avuto nei vari Paesi, e ha nella contemporaneità.

Il potere auto-trasformativo dell'ideologia rivoluzionaria sovietica è stato messo in luce in prospettiva storica ed etnografica[49], politica ed estetica[50]. "*Un'intera civiltà con la sua ideologia è stata messa a nudo per essere dissezionata e indagata*"[51]. La costruzione di una specifica soggettività socialista ha costituito un tema di indagine importante, ripreso principalmente dagli storici[52] che riflettono sulla creazione di una particolare forma di soggettività e coscienza

[48] Cfr. R. Sacco, che ha applicato la teoria dei formanti al diritto socialista: R. Sacco, *Il sostrato romanistico del diritto dei paesi socialisti*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Torino, 1971; IV, 737 (tradotto nella *Review of Socialist Law*, 65, 1988); G. Crespi Reghizzi, R. Sacco, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, in *Rivista di diritto civile*, I, 179, 1979. Vedi anche M. Graziadei, *Rodolfo Sacco: An Intellectual Portrait*, in *The Italian Law Journal*, 8, 1, 2022, 11-19, online.

[49] Una prospettiva etnografica sull'ideale staliniano dell'Homo Sovieticus è presentata da Jochen Hellbeck (*Revolution on my mind: writing a diary under Stalin*, Cambridge (Mass.), 2006), che legge il diario di un giovane attivista del Komsomol, che si strugge per il colpevole segreto delle sue origini borghesi nella Mosca della fine degli anni Trenta. Un altro esempio è quello di Katherine Verdery (*National ideology under socialism: identity and cultural politics in Ceausescu's Romania*, Berkeley, 1991), mentre prima del 1989, vi era un limitato corpus di ricerche etnografiche occidentali riconducibili a Caroline Humphrey, (*Karl Marx collective: economy, society and religion in a Siberian collective farm*, Cambridge, 1983; 2002).

[50] L'estetica degli ambienti domestici, la forma, la consistenza e l'atmosfera della loro materialità, forniscono il luogo per l'esplorazione delle relazioni reciproche tra ideologia (dello Stato, del mercato o di gruppi particolari), cose (abitazioni, arredi e stili estetici) e persone (soprattutto l'esperienza incarnata delle persone) in K. Fehéreváry (*From socialist modern to supernatural organicism: cosmological transformations through home décor*. In *Cultural Anthropology*, 27(4), 2012, 615-40; K. Fehéreváry, *Politics in color and concrete: socialist materialities and the middle class in Hungary*, Bloomington, 2013).

[51] W. Benjamin, *On the concept of history*, in H. Eiland, M.W. Jennings (eds), *Walter Benjamin: selected writings vol.4, 1938-1940*, 2003 Cambridge (Mass.), 389-400.

[52] Si vedano S. Kotkin (1995), Y. Slezkine (2000), I. Halfin (2007), K. Clark (2011) e V. Zubok (2009) citati in M. Dominic (2021), 2023, *Postsocialism*, in *The Open Encyclopedia of Anthropology, edited by Felix Stein. Facsimile of the first edition in The Cambridge Encyclopedia of Anthropology* (online *https://www.anthroencyclopedia.com/entry/postsocialism*).

sociale. Tanto da arrivare ad affermare che "*il socialismo persiste come penombra sotto la quale continuano a emergere e a svilupparsi particolari soggettività e forme di essere-nel-mondo*" e che la "*presenza spettrale di un'ideologia che si rifiuta di morire*" sembra essere ancora dominante nella fase post-socialista della contemporaneità[53]. Questa persistenza riguarda anche le complesse dinamiche politico-istituzionali e le riforme economiche. Il *legal change* con il passaggio da un'economia di piano fondata sulla nazionalizzazione dei mezzi di produzione ad un'economia di mercato e il trapianto della *Rule of Law* non hanno implicato necessariamente un ribaltamento dell'ideologia, che può, per l'appunto, rimanere intatta[54].

4. *Riflessioni conclusive*

Che ne è stato dunque della 'triplice trasformazione' (*supra* § 2) che doveva incidere su identità nazionale, dissoluzione dei regimi autoritari, trapianto di istituzioni democratiche e di mercato?

Un primo ostacolo che i Paesi in transizione hanno dovuto affrontare – e che per molti di questi ordinamenti rimane una questione aperta – è rappresentato dalla rinascita dei nazionalismi, un fenomeno che ha assunto connotati particolarmente drammatici nello smembramento dell'URSS e in quello dell'ex Jugoslavia, ma che si è manifestato, con modalità differenti, nelle esperienze dell'Europa centro-orientale: nazionalismi che si sono espressi attraverso un crescente sentimento antisemita[55], o che hanno alimentato la nostalgia per la grandezza dell'Impero, da quello russo a quello magiaro, quest'ultimo talvolta declinato in chiave ostile nei confronti delle comunità rom e rumene. Nell'ex Unione Sovietica, come è noto, la propaganda nazionalista ha spesso oltrepassato i confini del confronto verbale, sfociando in episodi di violenza e in conflitti armati. Alla carenza di una cultura democratica si aggiunga la strumentalizzazione storica dei rapporti tra minoranze, operata dai regimi a partito unico, con l'obiettivo di creare divisioni sociali funzionali al controllo politico. In questo contesto, l'eredità del sistema comunista continua a esercitare un'in-

[53] "*Key postsocialist works indicate that postsocialist forms of being were established well before socialism's political demise. Similarly, some of socialism's material forms and social norms continued and have proved to have a resilient afterlife*", M. Dominic cit. nota precedente.

[54] A. Przeworski, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, cit.

[55] S.P. Ramet (ed), *The Radical Right in Central and Eastern Europe Since 1989*, Philadeplhia, 1999; in continuità con i suoi precedenti studi cfr. D. Ost, *Workers and the Radical Right in Poland*, in *International Labor and Working-Class History*, 2018, 93, 113-124.

fluenza di grande rilievo. Come è stato messo in luce, l'eredità culturale del periodo socialista aveva generato uno stato d'animo nemico delle istituzioni occidentali; gli studiosi, confermando nel tempo questo dato, hanno rilanciato l'idea che il successo o l'insuccesso della transazione sia dipeso dal cd. *deep level* o *level of cultural code* (il livello personale delle motivazioni, delle attitudini e dei valori direttamente riflessi nella condotta umana) e che, essendo stato un sottoprodotto del clientelismo e della corruzione, abbia reso questi ordinamenti resistenti al cambiamento[56]. Il codice culturale è fondamentale poiché presiede alle azioni sociali ed è l'asse attorno a cui ancora oggi ruota l'opposizione tra sfera privata (personale) e quella pubblica (ufficiale).

Un secondo ordine di questioni – che rimane in parte irrisolto – riguarda la trasformazione politico-economica, dalla dissoluzione dei regimi autoritari alla creazione di un nuovo ordine economico stabile e performante, a partire dal trapianto di istituzioni democratiche e regole di mercato. La strategia neoliberista non è stato l'unico programma che ha trovato concreta realizzazione in questi Paesi, ma paradossalmente è stata quella che ha contribuito a spingere più lontano dalla democrazia quegli ordinamenti, verso ciò che è stato definito una forma di "autoritarismo populista", sostenuto dalla promessa che, nel breve periodo, sarebbe stato proprio quel programma economico a innescare processi di riforma democratici[57].

In conclusione, la nota ricetta neoliberista "*one size fits all*", fondata sul cd. approccio tecnico, secondo il quale le riforme legislative avrebbero introdotto regole 'neutrali' per promuovere il cambiamento, non ha convinto: è stato un errore manifesto, o almeno un malinteso, credere nella dimensione a-politica o im-politica del diritto, proprio quando i *policy makers* attuavano scelte politiche significative, dando contenuto giuridico agli ideali fondamentali delle democrazie rappresentative, alla *Rule of Law* e a istituti mercantilistici come la proprietà privata, la libertà contrattuale etc.[58]. Non susciterà dunque sconcerto l'apprendere che il diritto e le sue manifestazioni, a partire dalla legge, non sarebbe neutrale rispetto al dato politico. Quello che era noto come 'paradosso del normativismo sovietico' ed era identificato come un elemento qualificante l'area socialista sovietica – e cioè la continua tensione tra i due poli, uno della legge, che esalta il dato positivo creato dallo Stato, e l'altro della politica, che

[56] K. Offe, *Disorganized Capitalism*, cit.

[57] Programmi neoliberali di diverso segno ma accomunati dal fatto che imponevano alla maggioranza della popolazione di rimanere a guardare, mentre una ristretta minoranza spesso alleata con gli investitori stranieri conduceva le riforme e concentrava la ricchezza nelle proprie mani.

[58] W. Devroe, *Privatization and Community Law: Neutrality versus Policy*, in *Common Market Law Review,* 1997, 267-306.

vede il diritto come volontà partitica contingente che opera anche a livello informale – caratterizza di fatto il dibattito contemporaneo tanto a Est quanto a Ovest. In relazione al ruolo dell'ideologia, e all'élite precedentemente al potere che se ne faceva portavoce, l'affermazione che i sistemi giuridici socialisti sono del tutto collassati a colpi di riforme è probabilmente un'altra fonte di equivoci. L'élite precedente si è adattata al periodo transitorio, talvolta lo ha usato per consolidare la propria posizione all'interno delle istituzioni statuali e delle organizzazioni economiche riformate (paradossalmente, ad essere più interessata alla transizione verso la democrazia e il mercato è stata proprio la forza conservatrice nazionalista). Una dinamica evidente ad esempio nella Federazione Russa, in cui il potere politico ed economico è concentrato nelle mani di una nuova *nomenklatura* e in cui una diversa ideologia rispetto al passato, ma non meno pervasiva, ha creato un sistema ibrido post-liberale autoritario. Questo fa riferimento, da un lato, alla persona del presidente e ai rappresentanti dei conservatori nazionalisti e, dall'altro, a tecnocrati pragmatici che aspirano a un governo dell'economia accentrato e autoritario.

La dissoluzione dell'Unione Sovietica, la fine degli Stati satellite e lo smembramento della Jugoslavia hanno rivelato che il sistema socialista è almeno in parte irriformabile, lasciando spazio a instabilità e incertezza. Al contempo, comparando le esperienze dei diversi Paesi dell'area, emerge che la sostenibilità del *legal change* dipende non solo dall'architettura giuridico-istituzionale, ma soprattutto dalla fiducia e dalla cooperazione dei cittadini nel sostenere i costi delle riforme, e che pertanto può avere esiti molto diversi. Questo quadro, già di per sé complesso, si intreccia con le sfide poste dalla globalizzazione dei mercati e dalla cd quarta rivoluzione industriale, caratterizzata dall'introduzione massiva dell'intelligenza artificiale e dell'automazione avanzata. Anche i sistemi post-socialisti, dunque, come gli altri, si confronteranno con le implicazioni di una crescente inoccupazione tecnologica, fenomeno che rischia di escludere fasce sempre più ampie di popolazione dal mercato del lavoro.

Se già in passato Jeremy Rifkin aveva teorizzato la progressiva riduzione del lavoro umano, tale fenomeno appare oggi più evidente, con una crescente marginalizzazione di diverse categorie di lavoratori nel processo produttivo su scala globale. L'economia di mercato, tradizionalmente fondata sull'aumento della produttività e dell'efficienza, si trova dinanzi a una trasformazione strutturale, in cui la sostituzione del lavoro umano con le macchine non è più solo una prospettiva del futuro. In questo scenario, acquista particolare rilevanza – soprattutto nei contesti dell'Europa centro-orientale, dove sembra essersi manifestato l'effetto Pigmalione delle profezie autoavverantesi – il dibattito sul ruolo di un'economia sociale fondata sulle relazioni interpersonali, sul senso di collettività e sulla logica del servizio, dimensioni umane che, almeno nell'attua-

le fase di sviluppo tecnologico, appaiono ancora insostituibili. Di fronte a tali trasformazioni di portata epocale, sembra interessante tornare a riflettere sulla capacità dei sistemi politico-economici e giuridici di tutelare proprio i lavoratori. Questa sfida rappresenterà un banco di prova decisivo per la tenuta della *Rule of Law* nella contemporaneità.

ALCUNI ASPETTI MATERIALI E PROCESSUALI DELLA TUTELA INIBITORIA DEI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ IN CROAZIA

Aldo Radolović, Oliver Radolović

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritto civile patrimoniale e diritto civile non patrimoniale come parti integranti del diritto civile. – 3. La tutela dei diritti della personalità nel diritto civile (in generale). – 4. La tutela inibitoria dei diritti della personalità in Croazia. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

I diritti della personalità[1] (adesso "*pravo osobnosti*", precedentemente noto come "*pravo ličnosti*") sono entrati nello spazio giuridico dell'ex Stato Yugoslavo, e quindi anche nello spazio giuridico della Repubblica (allora socialista) di Croazia, con la *Zakon o obveznim odnosima* (in sigla ZOO 1978), ovverosia la Legge sui rapporti obbligatori del 1978[2].

Si tratta di diritti che in precedenza non erano del tutto sconosciuti nello spazio giuridico croato, ma noti solo in forma "rudimentale"[3]. ZOO 1978 può essere indicato come momento di svolta in materia.

Il redattore capo del vecchio ZOO 1978, il prof. Konstantinović[4], era uno studente e dottorando francese. Per lui fu naturale trovare nel sistema francese un modello per i diritti della persona, insieme al modello, espressione di una

[1] I diritti della personalità, anche noti in alcune fonti come "i diritti della persona" sono un complesso di situazioni giuridiche strettamente collegate al concetto di persona. Nel contesto di questo articolo e più corretto utilizzare il termine "il diritto o i diritti della personalità" (nella letteratura italiana a.e. De Cupis, Pino, Cassano, Soriano, Zeno-Zencovich, Messinetti…).

[2] *Zakon o obveznim odnosima* del 1978 ovverosia la Legge sui rapporti obbligatori, pubblicata nella *Gazz. Uff. SFRJ* 29/78 del 26 maggio 1978.

[3] L'*ABGB* (codice civile austriaco) del 1811 che da lungo tempo veniva applicato anche in Croazia si basava sulla scuola del diritto naturale e non toccava l'essenza dell'apprendimento del diritto della personalità.

[4] Prof. Mihajlo Konstantinović (1897-1982), professore di diritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza di Belgrado, l'autore de *Obligacije i ugovori, skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (1969) ha scritto anche il progetto del vecchio ZOO 1978.

visione più ampia, promosso dal movimento per i diritti umani che all'epoca imperversava in tutto il mondo.

Non c'è dubbio che gli obiettivi proclamati dal movimento per i diritti umani (protezione generale della vita, salute, giustizia sociale, uguaglianza sociale, ecc.) hanno avuto un effetto positivo sullo sviluppo dei diritti della personalità, perché essi possono svilupparsi adeguatamente solo se i conflitti nella società sono lievi, se vi è dialogo culturale e tolleranza e un elevato grado di certezza giuridica. Tuttavia, a parte questo tipo di interazione tra diritti umani e diritti della personalità, esistono tra loro anche differenze significative che devono essere sottolineate. Senza ciò si corre il rischio di equiparare i diritti umani ai diritti della personalità, il che non è giuridicamente corretto.

La differenza essenziale è che il movimento per i diritti umani opera a livello di diritto pubblico (diritto costituzionale) e sul principio generale che tutte le persone sono uguali. Il diritto della personalità, al contrario, è un diritto privato (diritto civile) e si fonda sull'originario presupposto filosofico-sociologico che tutte le persone sono diverse.

Il vecchio ZOO 1978 presentava alcune lacune in materia di diritti della personalità (non veniva nemmeno specificato cosa fossero questi "diritti della personalità", non includeva le persone giuridiche come titolari di tali diritti, non introduceva i concetti di diritti della personalità e danni non patrimoniali in un rapporto giuridico, le sanzioni previste erano piuttosto vaghe…) ma merita di essere ricordato per aver menzionato per la prima volta un concetto completamente nuovo (ad un livello normativo allora più importante del diritto civile).

Dopo la sua indipendenza giuridica, la Croazia ha dapprima adottato la citata legge federale (*G.U.* 53/91) e nel 2005 ha approvato la sua nuova *Zakon o obveznim odnosima* (in sigla ZOO 2005) ovverosia Legge sulle obbligazioni[5].

Nel nuovo ZOO 2005 i diritti della persona sono meglio disciplinati:

a) vengono elencati i diritti della persona individuale (art. 19, co. 2);

b) le persone giuridiche sono riconosciute titolari di tali diritti (art. 19. co. 3);

c) il danno non patrimoniale alle persone è equiparato alla violazione dei diritti della personalità (art. 1046);

d) è previsto anche il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per inadempimento contrattuale (art. 346, co. 1).

Tuttavia, nel nuovo ZOO 2005, alcune questioni sono rimaste irrisolte: 1)

[5] Si veda *Zakon o obveznim odnosima* ovverosia la Legge sulle relazioni obbligatorie del 2005, pubblicata nella *Gazz. Uff. Croazia* 35/05 del 17 marzo 2005.

il contenuto[6] dei diritti della personalità individuale e 2) una regolamentazione più precisa per la tutela dei diritti della personalità.

2. *Diritto civile patrimoniale e diritto civile non patrimoniale come parti integranti del diritto civile*

Nella sua lunga storia, il diritto civile è stato prevalentemente (e quasi esclusivamente) diritto patrimoniale, cioè si è occupato principalmente della tutela della proprietà dei soggetti.

Solo in tempi recenti ad essa si è aggiunta la tutela dei valori non patrimoniali (vita, integrità, salute, vita privata, immagine, voce, ecc.), e da allora si parla di parte non patrimoniale di diritto civile.

Di conseguenza, è logico concludere che il diritto civile (in senso oggettivo) è un insieme di regolamenti e regole che determinano la tutela dei valori patrimoniali e dei valori non patrimoniali di tutti i soggetti di diritto[7].

Sebbene sia impossibile quantificare il rapporto reciproco tra queste norme (cioè rispondere alla domanda se nel diritto civile esistano più diritti patrimoniali o non patrimoniali), va comunque detto che il diritto civile è principalmente diritto patrimoniale. Ciò non significa però che la parte non patrimoniale del diritto civile sia un altro e diverso diritto.

Molti principi fondamentali del diritto civile sono, ad esempio, gli stessi per entrambe le parti (patrimoniale/proprietaria e non patrimoniale/proprietaria): dispositività, trasferibilità, trafficabilità e sanzione civile[8].

L'art. 1 della *Zakon o parničnom postupku* del 1991 (in sigla ZPP 1991)[9], ovverosia la Legge croata sulla procedura civile disciplina la procedura "…

[6] Ad esempio, la legge riconosce il diritto di proprietà come il diritto reale più importante, ma non specifica di che diritto si tratta e quali poteri conferisce al titolare.

[7] Si veda P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, Zagreb, 2006, 7; V. Vodinelić, *Građansko pravo*, Beograd, 2012, 7.

[8] In teoria si parla ancora di "sanzione patrimoniale"; P. Klarić, M. Vedriš, *op. cit.*, 9; V. Vodinelić, *op. cit.*, 41-42. Vodinelić rileva che il diritto civile riconosce anche sanzioni che colpiscono la personalità, ma che "lo scopo di queste sanzioni personali è lo stesso di quello delle sanzioni patrimoniali". L'obiettivo è ovviamente lo stesso (adempimento forzato dell'obbligo), ma nel diritto patrimoniale il contenuto dell'obbligo viene sanzionato con una sanzione e nel diritto non patrimoniale con una sanzione sulla proprietà per forzare debitore per adempiere ad un'obbligazione non patrimoniale. Ecco perché nel diritto civile moderno dovremmo parlare di "principio di sanzione civile" e non solo di "principio di sanzione patrimoniale".

[9] Si veda *Zakon o parničnom postupku* ovverosia la Legge sulla procedura civile del 1977/1991, pubblicata nella *Gazz. Uff. SFRJ* 4/77 e *Gazz. Uff. Croazia* 53/91 dell'8 ottobre 1991.

nelle controversie sulla proprietà e altre controversie di diritto civile…" (sebbene la ZPP 1991 nella versione originale del 1977 parlasse solo di controversie patrimoniali).

La somiglianza ricorre anche quando i nomi delle forme di protezione non sono gli stessi. Il possesso delle cose e dei diritti è chiaramente definito nel diritto di proprietà; il possesso dei diritti non patrimoniali nel diritto civile dovrebbe esistere, ma sarà necessariamente determinato in modo del tutto diverso.

Tuttavia, non è difficile notare che esistono differenze significative tra la parte patrimoniale e quella non patrimoniale del diritto civile. Ad esempio, la dispositività è maggiore nella parte patrimoniale (soprattutto nella parte obbligatoria), ma una certa dispositività deve esistere anche nella parte non patrimoniale del diritto civile perché, senza almeno qualche dispositività, i valori non patrimoniali del diritto civile non possono far parte del diritto civile[10].

Dopotutto, esistono diversi livelli di dispositività anche nella parte patrimoniale del diritto civile; è maggiore nel diritto obbligatorio che in quello reale, ed è circa "sulla metà" in quello ereditario. Tutto ciò vale anche per le sanzioni previste dalla parte non patrimoniale del diritto civile contro i violatori dei diritti soggettivi altrui.

La parte non patrimoniale del diritto civile viene sempre più riconosciuta sotto un nuovo nome: diritti della personalità (*pravo osobnosti*[11], *das Persönlichkeitsrecht*[12], diritti della personalità[13]).

"Parte non patrimoniale del diritto civile" e "diritto della personalità" sono sinonimi. La scienza e la pratica, tuttavia, sono piuttosto caute nell'equiparare questi termini. Ci è voluto molto tempo per convincere che anche la parte non patrimoniale è parte integrante del diritto civile, quindi ora c'è un nuovo sforzo per chiamare propriamente quella parte non patrimoniale "diritto della personalità".

Le regole dell'ordine morale svolgono un ruolo importante nel diritto della personalità (più che nella parte patrimoniale del diritto civile, sebbene anche

[10] Il diritto alla vita, ad esempio (oltre ad essere un diritto costituzionale, umano) è anche un diritto della personalità. Certamente il più importante, ma dal punto di vista del diritto civile è anche il più controverso diritto della personalità, perché la questione è se una persona possa disporre legalmente della propria vita (è controverso in particolare il diritto all'eutanasia). Tuttavia, già nella vita di tutti i giorni assistiamo a numerose forme di disposizione legale della propria vita: lavorare a grandi altezze e profondità, posare con lanciatori di coltelli nei circhi, alcuni sport difficili e pericolosi per la vita, cedere parti del proprio corpo, ecc. Per questi motivi includiamo il diritto alla vita come diritto (civile) della personalità.

[11] Si veda N. Gavella, *Osobna prava I. dio*, Zagreb, 2000.

[12] Si veda H. Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln-Graz, 1967.

[13] Si veda A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Milano, 1982.

qui la moralità sia una componente importante – ad esempio la regola della coscienziosità e dell'onestà nei rapporti contrattuali).

Esiste anche una forte "collisione" con i diritti costituzionali, penali, amministrativi, mediatici, medici, sportivi e altri, che complicano la costruzione coerente dei diritti della personalità.

Una visione ottimistica sullo sviluppo futuro dei diritti della personalità prevede, ad esempio, leggi speciali sul diritto della personalità e/o sulla procedura per la tutela del diritto della personalità.

Allo stato attuale dello sviluppo dei diritti della personalità, il mondo del diritto (sia all'estero che in Croazia ancor di più) è ancora alle prese con alcune "malattie infantili" – ad esempio: secondo il diritto croato è possibile sostenere l'eutanasia passiva (aiuto al suicidio) come espressione della disposizione ammissibile del diritto alla vita ovvero come reato sanzionato dal codice penale.

Un esempio di sviluppo dei diritti della personalità si trova anche nel diritto medico. L'Europa (in alcuni paesi membri dell'Unione Europea) conosce da tempo il cosiddetto testamento biologico[14] (uno degli ultimi introdotti dall'Italia con la legge sul biotestamento[15], in vigore dal 31 gennaio 2018). "Biotestamento" o "testamento biologico" è solo un nome colloquiale per DAT (disposizioni anticipate di trattamento). Si tratta, in sostanza, del fatto che una persona, mentre si trova in uno stato di capacità mentale, determina a quale forma di trattamento è d'accordo e quale no, nel caso in cui non sarà più mentalmente capace.

La Repubblica di Croazia non dispone di tale regolamentazione e non potrà averla finché non si svilupperà, nel suo pieno significato, il concetto del consenso informato del paziente durante il trattamento in uno stato di normale capacità mentale.

[14] Si veda A. Radolović, *"Biološka oporuka" u pravu osobnosti i medicinskom pravu (pravo osobnosti i trgovačko-zdravstveni aspekti)*, in *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2009, 1, 147-164.

[15] Si veda la Legge 22 dicembre 2017 n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, pubblicata nella *Gazz. Uff.* della Repubblica Italiana n. 12 del 16 gennaio 2018.

3. *La tutela dei diritti della personalità in diritto civile (in generale)*

Il nuovo ZOO 2005 croato ha adottato (per la prima volta nel diritto interno) una regola particolarmente importante che collega il "diritto alla personalità" al "danno morale" (art. 1046).

Ciò crea la regola secondo cui qualsiasi danno non patrimoniale è anche una violazione dei diritti della personalità e ovviamente viceversa.

In teoria questa viene qualificata come "concezione oggettiva del diritto della personalità"[16] perché ogni violazione del diritto della personalità costituisce *ipso facto* un danno non patrimoniale.

Ciò abbandona radicalmente la regola del vecchio ZOO 1978 (art. 155) secondo cui il danno non patrimoniale (nel testo della vecchia legge "materiale") è "…infliggere dolore fisico o psicologico o paura a un altro".

Interpretatio ad absurdum potrebbe quindi rappresentare un danno non patrimoniale, ad esempio il dolore di un tifoso per la perdita di una partita della sua squadra (1), di un dipendente licenziato legalmente da un'azienda (2), di un coniuge in caso di divorzio (3), ecc.

Anche prima dell'adozione del nuovo ZOO 2005 era chiaro che c'era qualcosa di sbagliato in un simile concetto di danno non patrimoniale e che questo danno doveva essere collegato con l'insegnamento del diritto della personalità. Il risultato di un simile approccio è che il danno non patrimoniale è il danno illecitamente arrecato a qualcuno violando un certo diritto soggettivo della personalità. In questo modo, ovviamente, non si verificano danni non patrimoniali rilevanti solo perché qualcuno ha preso duro il divorzio. Il divorzio è cioè un diritto costituzionale e civile di ogni coniuge e il fatto stesso del divorzio o il conseguente trauma dell'altro coniuge non violano i diritti della personalità o il danno non patrimoniale. Tuttavia, la situazione giuridica è diversa se, ad esempio, dopo un matrimonio validamente divorziato, uno degli ex coniugi avanza affermazioni diffamatorie nei confronti dell'altro (soprattutto nell'ambito della vita coniugale, privata e intima). Quindi, ovviamente, si tratta di una violazione dei diritti della personalità e di un danno non patrimoniale.

Per danni non patrimoniali cagionati e quindi anche per violazione dei diritti della personalità, il nuovo ZOO 2005 prevede (articolo 1099) la pubblicazione di una sentenza o una rettifica, il ritiro della dichiarazione con la quale è stata commessa la violazione, o quant'altro possa conseguire lo scopo ottenuto attraverso un giusto compenso monetario. I redattori del nuovo ZOO 2005 hanno agito correttamente quando hanno elencato le forme di

[16] Si veda P. Klarić, *Zakon o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005, p. XXVI (prefazione).

risarcimento non patrimoniali come la prima (e quindi la più importante) forma di risarcimento per danni non patrimoniali e violazione dei diritti della personalità.

Il difetto della norma è però che la "pubblicazione della sentenza o della rettifica" di regola dipende da un terzo (ad esempio, editore dei mezzi di comunicazione pubblica) e non solo dall'imputato e dal giudicato danneggiatore[17].

Inoltre, non è del tutto chiaro cosa sia "cos'altro" e perché sia collegato a un giusto compenso monetario. "Cos'altro" può, ad esempio, essere un'affermazione secondo cui l'imputato che ha causato danni non patrimoniali violando i diritti della personalità paga una certa somma di denaro a favore di un terzo (scuola, ospedale, asilo, ecc.). Un contratto a favore di terzi è normalmente una questione di diritto civile (diritto obbligatorio) sui beni, ma non vi è motivo per non applicarlo anche nell'ambito di diritto non patrimoniale (artt. 337-340, dello ZOO 2005)[18]. Lo stesso vale per la clausola che per raggiungere lo scopo venga utilizzato qualcos'altro mediante un giusto compenso monetario. Il nuovo ZOO 2005 (art. 1100), però, non specifica lo scopo che si raggiunge con l'equo compenso monetario[19], per cui resta solo la regola interpretativa che si tratta di soddisfazione (*satisfactio*) per la violazione dei diritti della personalità[20].

[17] Si veda l'art. 1099 dello ZOO 2005 riguardante la "pubblicazione della sentenza o della correzione" si riferisce ovviamente a situazioni in cui il violatore del diritto soggettivo della persona di qualcun altro non è l'editore dei media pubblici (in queste situazioni, la pubblicazione attraverso i media dipende infatti solo dalla buona volontà dell'editore che non ha commesso lui stesso la violazione dei suoi diritti né è stato denunciato o condannato); la seconda è tutt'altra cosa, è la situazione in cui l'editore viene citato in giudizio e le sanzioni (risposta, correzione) sono regolate secondo la *Zakon o medijima* ovverosia la Legge croata sui media del 2004 (pubblicata nella *Gazz. Uff. Croazia* 59/04 dal 10 maggio 2004). Si veda A. Radolović, *Odnos prava osobnosti i medijskog prava*, in *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2007, 1, 267-315.

[18] In tali casi sono legittimati ad agire entrambi i soggetti, sia il danneggiato originario sia il terzo a cui è stato ceduto il diritto; se, invece, la persona offesa fa causa egli stesso, dovrebbe produrre la prova che il diritto è stato trasferito a un terzo e che quest'ultimo lo ha accettato, almeno fino alla fine del dibattimento principale, e lo stesso vale viceversa.

[19] Si veda D. Pichler, *Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava*, in *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, 2015, 3-4, 7-23.

[20] Nella scienza e nella pratica si parla di "soddisfazione": P. Klarić, M. Vedriš, *op.cit.*, 635, gli autori parlano anche di "soddisfazione morale" (che è diversa dalla soddisfazione monetaria). Lo stesso si afferma da tempo nella scienza giuridica straniera: K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1976, Band II, Besonderer Teil, 518-519 (tutti riferiti agli art. 253

Il nuovo ZOO 2005, nella parte in cui parla di risarcimento (riparazione) dei danni non patrimoniali (generali e specifici[21]), parla anche del diritto al risarcimento dei danni patrimoniali[22], e soprattutto (e più ampiamente) del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali (artt. 1100-1106)[23].

Le citate disposizioni di riparazione dei danni non patrimoniali, tuttavia, non sono le uniche forme possibili in questa materia. A questi vanno aggiunti anche: la pubblicazione di risposte e correzioni ai sensi della legge sui media[24], la tutela giudiziaria declaratoria[25], la tutela attraverso l'istituto per l'arricchi-

e 847 del BGB tedesco, che prevedono risarcimenti pecuniari solo in casi ben determinati e per importi relativamente modesti, cd. "*billige Entschädigung in Geld*"). Lo stesso affermano nella letteratura italiana G. Alpa e colleghi, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2005, 939. Il problema scientifico, però, è che la soddisfazione è un concetto giuridico molto soggettivo ma la concezione dei diritti della personalità è oggettiva.

[21] Si veda O. Radolović, *Contractual Liability of the Guest for Damage in Direct Hotelkeeper's Contract* (*Ugovorna odgovornost gosta za štetu u izravnom ugovoru o hotelskim uslugama*), in *Ekonomska Istraživanja*, *Odjel za ekonomiju i turizam Sveučilišta u Puli*, 2010, 1, 97-114; O. Radolović, *Odgovornost ugostitelja za štetu zbog povrede obveza iz izravnog ugovora o hotelskim uslugama*, in *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2009, 2, 1034-1080.

[22] Infatti, il nuovo ZOO 2005 croato parla solo indirettamente del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali; tale diritto sussiste indipendentemente dal risarcimento del danno non patrimoniale (argomentazione dall'art. 1100, co. 3.), e altrimenti il diritto al risarcimento del danno patrimoniale sussiste per ogni caso di diminuzione del patrimonio altrui o di impedimento al suo aumento (art. 1046).

[23] Le numerose disposizioni giuridiche sul diritto al "risarcimento" in denaro per danni non patrimoniali potrebbero (erroneamente) indicare che questa è la forma più importante di protezione dei diritti della personalità. Lo stesso ZOO 2005 croato menziona la tutela dello "scopo servito da questa compensazione" e il fatto che "essa non favorisce aspirazioni incompatibili con la sua natura e finalità sociale" (art. 1100, co. 2).

[24] Il diritto dei media è parte integrante (e specializzata) del diritto generale della personalità. E a livello pratico, questo dovrebbe essere preso in considerazione (ciò non è possibile con la assegnazione digitale dei casi di appello in cui la questione mediatica arriva in tribunale e un giudice che non ha conoscenza ed esperienza in materia).

[25] La tutela giurisdizionale declaratoria è una delle forme classiche di tutela giurisdizionale (art. 187, ZPP 1991). Si può anche dire che è molto più appropriato nella parte non patrimoniale del diritto civile che in quella patrimoniale. Per tale tutela occorrerebbe un "interesse giuridico" (art. 187, co. 2, ZPP 1991), ma nel diritto non patrimoniale (diritto alla personalità) non si tratta di un interesse economico monetario, ma dell'interesse della personalità del ricorrente. E la principale teoria croata del diritto processuale civile – S. Triva, M. Dika, *Građansko procesno pravo*, Zagreb, 2004, 400-401 – non esclude un interesse giuridico di carattere non patrimoniale, ossia riconosce come interesse rilevante qualsiasi interesse giuridico, soprattutto quello che richieda l'intervento del giudice prima della violazione e al fine di prevenirla.

mento ingiustificato[26] e le azioni legali per fermare la violazione dei diritti della personalità[27].

4. *La tutela inibitoria dei diritti della personalità in Croazia*

Per la tutela dei diritti della persona sono importanti due premesse[28]: 1. che essi devono essere sanati innanzitutto con mezzi non patrimoniali e 2. che la protezione preventiva è molto più efficace della protezione repressiva.

La citata disposizione dell'art. 19, co. 1, ZOO 2005 ("che ognuno ha diritto di esigere la tutela dei propri diritti della personalità nei presupposti stabiliti dalla legge") solo apparentemente elimina la possibilità della tutela preventiva dei diritti, cioè della rimozione delle conseguenze della violazione dei diritti.

In primo luogo, le disposizioni dell'art. 19, co. 1, ZOO 2005 non dicono "…da questa legge", quindi si considerano applicabili anche altre leggi.

[26] Anche l'arricchimento senza causa (o l'acquisizione senza fondamento) rientra tra le obbligazioni extracontrattuali (art. 1111-1120, ZOO 2005). Un presupposto qui è il diritto alla restituzione della proprietà quando parte della proprietà dell'entità A è stata trasferita alla proprietà dell'entità B senza base giuridica con un'azione che altrimenti non è un'azione dannosa (arg. dall'art. 1111, co. 1, ZOO 2005). Questo istituto viene in considerazione quando il meccanismo della responsabilità per danni patrimoniali e non patrimoniali non può essere utilizzato per sanare la violazione del diritto alla personalità, quando non è possibile togliere tutto il beneficio patrimoniale che qualcuno ha illecitamente acquisito violando i diritti soggettivi diritto alla personalità (il caso recente dell'ex asso automobilistico Michael Schumacher, gravemente malato, che si trova in stato vegetativo, dove un editore che utilizzava l'intelligenza artificiale ha pubblicato un'intervista simulata con il famoso pilota). Il vecchio ZOO 1978 ad es. conteneva una disposizione secondo la quale ciò che è stato acquisito tramite contratti invalidi può essere confiscato a favore dello Stato (art. 104, co. 2.). Nel nuovo ZOO 2005 non esiste più tale disposizione. Le soluzioni future dovrebbero essere ricercate nell'ambito del diritto penale (confisca dei beni) o mediante una disposizione speciale nell'ambito dell'acquisizione senza fondamento.

[27] Il vecchio ZOO 1978 e il nuovo ZOO 2005 prevedono infatti lo stesso diritto alla tutela dei diritti della personalità: ogni persona fisica e giuridica ha diritto alla tutela dei propri diritti secondo i presupposti stabiliti dalla legge. Tuttavia, il vecchio ZOO 1978 all'art 157, co. 1, era un po' più preciso: "Ogni individuo ha il diritto di chiedere al tribunale o ad altro organo competente di ordinare la cessazione di un atto che viola i suoi diritti della personalità." Possibile conclusione che il vecchio ZOO 1978 prevedesse in tale disposizione un mezzo importante per la tutela del diritto della personalità che il nuovo ZOO 2005 non riconoscesse, sarebbe completamente sbagliato.

[28] Si veda A. Radolović, *Pravni poslovi prava osobnosti*, in *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2014, 1, 95-118.

In secondo luogo, la citata disposizione può essere interpretata come un riferimento ad una norma in senso generale, nella quale certamente entra in considerazione la Costituzione (la Costituzione infatti è sempre autorevole, sia che ad essa faccia riferimento o meno una norma gerarchicamente inferiore). La Costituzione della Repubblica di Croazia garantisce ad ogni cittadino la tutela di tutti i diritti (arg. dall'art. 3 e art. 14).

In terzo luogo, la protezione preventiva in realtà esiste già ed è espressamente menzionata nel diritto straniero. Non è neppure da escludersi l'analoga applicazione di noti istituti giuridici del risarcimento patrimoniale, che di fatto rappresentano anche tutela preventiva o riparatoria dei diritti senza risarcimento pecuniario del danno commesso[29].

Infine, lo stesso ZOO 2005, all'art. 1048, ha fugato tutti i dubbi che potevano sorgere dalla formulazione dell'art. 19, co. 1, e ha ripetuto ma anche ampliato la disposizione dell'art. 157, co. 1 del vecchio ZOO 1978: "Ognuno ha il diritto di chiedere al tribunale o altro organo competente di ordinare la cessazione dell'azione che viola il diritto della sua personalità e la rimozione delle conseguenze da essa causate."

Ma con queste certe incongruenze, ZOO 2005 apre, in primo luogo, altre (più nomotecniche) questioni:

a) perché il contenuto dell'art. 1048 non è riportato (immediatamente all'inizio della legge) nell'art. 19?

b) perché lo stesso è compreso nell'art. 1048 in materia di "causa di danno" ma in "principi generali" e non in materia di "riparazione del danno non patrimoniale"?

c) la disposizione dell'art. 1048 (come quella dell'art. 157. del vecchio ZOO 1978) è solo di principio, rientra in norme non sanzionatorie (*leges imperfectae*) o costituisce base per una causa speciale a tutela dei diritti della personalità?

Forse sarebbe infatti più opportuno che il contenuto dell'art. 1048 del nuovo ZOO 2005 fosse immediatamente incorporato nelle disposizioni dell'art. 19 della stessa legge, e sarebbe ancora meglio se la legge prevedesse una sezione speciale sul diritto di personalità. ZOO 2005 nel suo insieme equipara la violazione dei diritti della personalità al danno non patrimoniale, ma ciò non significa che non esista protezione dei diritti della personalità al di fuori della responsabilità per danni. La disposizione dell'art. 1048. non è una *lex imperfecta* perché fornisce una base giuridica assolutamente ed effettivamente necessaria per la tutela dei diritti della personalità.

[29] Per esempio si veda "Richiesta di eliminazione del pericolo di danno" (art. 1047, ZOO 2005) o "Istituzione dello stato precedente" (art. 1085, co. 1, ZOO 2005).

La letteratura giuridica straniera molto rilevante non mette in dubbio che esista una causa speciale per l'omissione della violazione del diritto della personalità e per l'eliminazione delle conseguenze del diritto della personalità.

In Austria, principali autori in materia, Koziol-Welser[30] distinguono *Unterlassungsanspruch* e *Beseitigungsanspruch*; la prima può essere tradotta come un'azione legale per omissione (cioè per non consentire all'imputato di fare qualcosa), e la seconda come un'azione legale per la rimozione (eliminazione) delle conseguenze della violazione dei diritti della personalità.

In Italia si usano termini diversi[31]. Si parla di "azione inibitoria meritoria" (che sarebbe un'azione di rimozione) e di "azione inibitoria preventiva" (azione di omissione).

Lo croato ZOO 2005 nell'articolo già citato riconosce effettivamente entrambe queste due distinte cause ("…ordinare la cessazione dell'azione…") e rimuovere le conseguenze causate ("…e rimozione delle conseguenze causate")[32].

Il vecchio ZOO 1978 non conosceva così direttamente questa seconda rivendicazione, anche se il diritto a questa seconda rivendicazione poteva ancora essere "letto" dal testo della disposizione dell'art. 157, co. 1.

Un altro termine è apparso nella scienza: causa negativa[33]. Ciò è ovviamente dovuto alla somiglianza con la *actio negatoria* nel diritto immobiliare, ma secondo il diritto croato (art. 167 della Legge sulla proprietà)[34] la *actio negatoria* presuppone che le molestie siano già iniziate[35].

Actio negatoria potrebbe, quindi, essere utilizzata solo per analoga applicazione in una controversia intesa a rimuovere la violazione dei diritti della personalità.

Da quanto precede discende che l'espressione più adeguata è *actio inhi-*

[30] Si veda H. Koziol, R.Welser, *Bürgerliches Recht*, Wien, 2007, Band II, 302.

[31] Si veda P. Cendon ed altri, *Privacy*, Padova, 1999, 677-694.

[32] Si veda A. Radolović, *Specifični postupovnopravni problemi u zaštiti prava osobnosti*, in *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2013, 3-4, 695-715. Il fatto che ancora non esistano speciali disposizioni giuridiche procedurali (che sono realmente necessarie) rende particolarmente difficile la tutela dei diritti della personalità. In questa direzione, dovrebbe (analogo alla parte patrimoniale del diritto civile) per ampliare e meglio definire termini e contenuti del diritto non patrimoniale della personalità, ma al tempo stesso in linea con il primo processo per creare un meccanismo di diritto procedurale della personalità, sarà necessario un mezzo per un'efficace realizzazione dei diritti non solo in Croazia ma anche nell' ambito della UE.

[33] Si veda V. Vodinelić, *op. cit.*, p. 514.

[34] Si veda *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* (1996) ovverosia la Legge sulla proprietà ed altri diritti reali (pubblicata nella *Gazz. Uff. Croazia* 91/96 del 28 ottobre 1996).

[35] Si veda P.Klarić, M.Vedriš, *op. cit.*, str. 300.

bitoria (azione inibitoria, azione giudiziaria per omissione e rimozione di una violazione del diritto della personalità).

La tutela civile inibitoria dei diritti della personalità, quindi, come termine[36] comprende le azioni legali per omissione e le azioni legali per rimozione, e il suo nome si riferisce ad un effetto rapido ed efficace[37].

In entrambi i casi è anche possibile emettere misure provvisorie, la Legge croata sull'esecuzione (in sigla OZ 2012)[38] all'art. 347 ("Tipi di misure provvisorie per garantire crediti non pecuniari") elenca (1-10) i tipi tali misure e non elenca i casi di violazione dei diritti della personalità. Questo non è un *numerus clausus* ma solo un elenco delle misure più comuni[39] e quindi non impedisce di attuare altre misure secondo i presupposti generali (art. 346 del nuovo ZOO 2005, probabilità di diritti, danno imminente, pericolo di violenza).

Nelle controversie per la tutela dei diritti della personalità, questi diritti molto spesso si scontrano con alcuni diritti pubblici, primo fra tutti il diritto all'informazione pubblica.

Sebbene nel diritto civile (così come oggi nel diritto penale) si ritenesse che l'interesse pubblico avesse sempre la precedenza[40], oggi predomina l'opinione che a livello astratto e normativo non vi sia alcuna base per affermare che uno di questi diritti sia più forte di l'altro e che vale sul piano concreto "bilanciare" a quale diritto in concreto caso dare la preferenza[41].

Se un procedimento di esecuzione ha luogo per realizzare l'obbligazione del creditore derivante da una sentenza definitiva nella tutela dei diritti della

[36] Si veda A. Radolović, *Specifični postupovnopravni problemi u zaštiti prava osobnosti*, cit., 695-715.

[37] La parola "inibitore" è originariamente un termine medico-farmaceutico e indica un farmaco che interrompe rapidamente e drasticamente uno stato patologico (ad esempio abbassando la pressione sanguigna nell'ipertensione).

[38] Si veda *Ovršni zakon* ovverosia la Legge di esecuzione del 2012, pubblicata nella *Gazz. Uff. Croazia* 112/12 dell'11 ottobre 2012.

[39] Si veda M. Dika, *Građansko ovršno pravo - 1. knjiga: Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007, 879.; G. Mihelčić, *Komentar Ovršnog zakona*, Zagreb, 2015, 1040.

[40] Si veda P. Cendon, *op. cit.*, str. 684. Tale concezione, a quanto pare, prevale ancora oggi nel diritto penale.

[41] In numerose decisioni la Corte Costituzionale della Repubblica di Croazia parla del "test di proporzionalità". Questo è sostanzialmente lo stesso che in termini civili significa il termine "pesare" (bilanciare, *wiegen*). A livello contenzioso si tratta di una questione giuridica, la *praemissa maior* della conclusione del giudice. La nuova concezione oggettiva dei diritti della personalità non richiede l'esame di fattori soggettivi (dolore, paura). Nelle controversie di natura inibitoria, la fonte giuridica per il processo decisionale, anche quando si tratta di una controversia sui media (dove il convenuto è un editore), è sempre lo ZOO e non la legge sui media.

personalità (decisione di carattere inibitorio), si tratterà di un'esecuzione finalizzata all'adempimento di un'obbligazione di compiere un atto che può essere solo eseguite dal creditore (art. 262, OZ 2012), e ci saranno sanzioni pecuniarie che fungono da mezzo di coercizione.

5. *Conclusioni*

Tutte le sanzioni conseguenti alla violazione del diritto soggettivo della personalità sono per loro natura sanzioni di diritto civile (solo talvolta penali o amministrative, ma questo non è oggetto di considerazione qui) e sono strettamente legate al diritto civile generale (diritto patrimoniale, che ha avuto inizio il processo permanente di sviluppo dei diritti civili complessivi, storicamente dominante).

La tutela civilistica inibitoria del diritto alla personalità nasce fondamentalmente dalla tutela negativa del diritto di proprietà in quanto diritto di patrimoniale più importante (*actio negatoria*).

Il diritto della personalità aggiunge anche la sua specificità essenziale: che l'azione inibitoria può essere proposta anche quando la violazione non è ancora avvenuta – cioè per impedirne la formazione.

La causa inibitoria contiene in realtà due sottotipi di cause: quella volta a prevenire la violazione dei diritti della personalità (querela per omissione - *Unterlassungsanspruch*) e quella per la rimozione (eliminazione) della conseguente violazione (*Beseitigunsanspruch*).

Queste cause, per la loro particolare importanza nello studio dei diritti della personalità, esprimono specificamente due principi importanti: 1) che la violazione dei diritti della personalità come diritto non patrimoniale dovrebbe innanzitutto (di regola) essere sanata con strumenti non patrimoniali e 2) che un'enfasi specifica dovrebbe essere posta sulla protezione preventiva laddove la violazione non si è ancora verificata, ma rappresenta una minaccia rilevante di accadimento.

Una sanzione pecuniaria (monetaria, materiale) deve costituire un'eccezione ed essere applicata solo laddove, secondo la natura delle cose e il buon senso, una sanzione non pecuniaria non avrebbe senso (gravi lesioni fisiche o psicologiche).

Il nuovo ZOO 2005 costituisce una base giuridica sufficiente per l'applicazione di entrambi i tipi di procedimenti ingiuntivi nella Repubblica di Croazia e dimostra quindi che, è vero, la violazione dei diritti della personalità è anche un danno non patrimoniale, ma che la violazione dei diritti della personalità è tutelato anche oltre ogni responsabilità per danni.

A tali giudizi, quale strumento di tutela dei diritti della personalità violati, va aggiunta l'emanazione di provvedimenti temporanei; la OZ 2012 croata non riconosce esplicitamente tali misure, quindi sulla base del collegamento tra le parti patrimoniali e non patrimoniali del diritto civile (che insieme formano un tutto), si deve concludere che l'emanazione di misure temporanee in questioni non patrimoniali (diritto alla personalità) è possibile alle stesse condizioni del diritto di proprietà.

Una particolarità dei diritti della personalità sono le violazioni commesse attraverso i media e le persone lese si oppongono alla protezione inibitoria. Questo articolo sottolinea la posizione secondo cui in tali casi solo lo ZOO 2005 (non il Media Act) viene preso in considerazione come base rilevante per il processo decisionale e che l'importante compito del tribunale consiste nel "valutare" (bilanciare) se l'interesse pubblico prevale il caso specifico (che richiederebbe il rifiuto della tutela inibitoria) o l'interesse personale (poi, ovviamente, la tutela andrebbe prevista).

I diritti della personalità si trovano attualmente in una certa fase di stallo sia nel nostro Paese che nel mondo, ma resta la speranza che in tempi futuri continuino i processi avviati nello sviluppo della tutela della personalità umana.

THE MARRIAGE CONTRACT BETWEEN THE MONTENEGRIN PRINCESS JELENA PETROVIĆ NJEGOŠ AND THE HEIR TO THE THRONE OF ITALY VITTORIO EMANUELE FERDINANDO MARIA GENNARO DI SAVOIA

Zoran Rašović

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Prince's previous conversations with the representatives. – 3. The principal's instructions to the representatives. – 4. Negotiations in Rome and conversations with the King in Monza. – 5. The content of the marriage contract. – 6. The Protocol and the issue of renouncing of the Montenegrin throne.

1. *Introduction*

The wedding of Montenegrin Princess Jelena Petrović Njegoš, daughter of Prince Nikola and Princess Milena Petrović, and Vittorio Emanuele Ferdinando Maria Gennaro di Savoia, heir to the throne of Italy, Prince of Naples, son of Italian King Umberto and Queen Margherita Maria Teresa Giovanna, was organized 129 years ago. This event attracted unprecedented attention from the public at the time. Europe then "turned its eyes" to small Montenegro. But this time, it was not because of another military feat of the Montenegrins, another victory won in defense of the "heartland of freedom and independence". The European and world public at that time was turned towards Montenegro because of a happy event in its dynasty.[1]

The wedding of the Montenegrin Princess and the Italian Prince attracted unusual attention in the world press, which "unanimously showered praise" on this act. Major newspapers sent "special correspondents" to Montenegro in order to collect as much material as possible about this country and its dynasty. The Venetian, Vatican, and Dubrovnik archives were "opened" for them "to present as many historical facts as possible from the past of Montene-

[1] P. Cesarini, *Elena: la moglie del re*, Firenze, 1953; G. Bonnano, *Elena d'Italia: la regina buona*, Taranto, 2016; R. Barneski, *Jelena Savojska*, translated from Italian by T.M. Đerković, Beograd, 1988.

gro". Numerous books, brochures and other writings about Montenegro were published on this occasion in many languages. In times of peace, Montenegro "could not have experienced more beautiful days than these."[2]

One century has passed since that event, and a quarter since the second event. However, two significant facts have remained unexplained to this day: the marriage contract between the Montenegrin princess and the Italian prince (pre-contractual phase, conclusion of the contract phase and post-contractual phase) and the role of Valtazar Bogišić and Božidar Petrović Njegoš in its drafting.

The deposited data of the National Museum of Montenegro contain a copy of the marriage contract and the Protocol in the original, drafted in French and Italian. As far as we know, we do not have an unofficial translation of this contract from French to this day, as an authentic text. However, a translation of the marriage contract written in Italian has been published to this day.[3] In that text, unlike the text written in French, two statements are inserted: one from the King of Italy (at the beginning) and the other from Minister Venosta (at the end). There will be a few more words about those nuances in the continuation of this text.

The original marriage contract drafted in Italian cannot be considered as an authentic text, but it cannot be denied the status of an official text, since both parties (the king and the prince's representatives) agreed to it. In principle, when there are different opinions regarding interpretation of the authentic and official texts, the first one has precedence. Of course, the polyglot Bogišić, with a good knowledge of French and Italian, could not have missed any significant difference between the two texts.

In his notes, Bogišić "testifies" to the fact that the marriage contract and Protocol were originally written in French and that the text was subsequently written in Italian, mostly for "domestic" needs.

Another unknown fact concerns the role of Valtazar Bogišić and Božidar Petrović Njegoš in drafting the aforementioned marriage contract. The marriage contract was signed by the representatives of the Prince Nikola and the King Umberto of Italy. The prince's representatives were: Duke Božidar Petrović Njegoš, the President of the State Council, the Minister of the Interior, the Holder of the Grand Cross of several high orders, and PhD Valtazar Bogišić, the Minister of Justice in the Principality of Montenegro, then state adviser to Russia and Montenegro, holder of the Grand Cross of the High Orders.

[2] V.G. Vuković, *Memoari, priredio Slobodan Tomović*, Cetinje, 1996, 511-541.

[3] M.M. Dragićević, *Ugovor o braku između Viktora Emanuela III Savojskog i crnogorske princeze Jelene Petrović Njegoš*, in *Istorijski zapisi*, 2010, g. LXXXIII, 1, 20, str. 265-276.

The King's representatives were: Marquis Visconti Venosta, the Senator of the Kingdom, the Minister of Foreign Affairs, holder of the Grand Cross of Italian Orders and several foreign orders, and Knight Jacques Joseph Costa, attorney-at-law, the Senator of the Kingdom, the Minister of Mercy, Justice and Religion, holder of the Grand Cross of Italian Orders, honoured with several foreign honours.

The conclusion of the marriage contract was preceded by conversations between the representatives and the Prince Nikola, instructions from the sovereign given in Cetinje, as well as several days of negotiations between the King's and the Prince's representatives in Rome. Bogišić left unpublished material about this, which is located in his archive in Cavtat.[4]

2. *The Prince's previous conversations with the representatives*

Box XXII/8 in Bogišić's archive in Cavtat contains, *inter alia*, his note entitled: "The Wedding of Elena". Bogišić began this note with the suheading: "Princess Milena as the Negotiator". The new subheading was: "On the Wedding of Princess Jelena". Bogišić also noted his impressions of all of this in his "Diary".

From Bogišić's unpublished diary, we find out that on 19/31 July 1896, a letter from the King Umberto arrived in Cetinje in order to propose to Princess Jelena. In the letter, *inter alia*, it says: "Princess Jelena should first go somewhere abroad, and not to Cetinje (small change) to learn something more about the Catholic religion, so after her return, the prince of Napoli will arrive in Cetinje, to get to know each other well first, and maybe get engaged formally. No property is requested from either the Prince or Montenegro, moreover, the King accepts the wedding expenses on his own."

Bogišić was consulted the next day about the editing of the response, which the Prince Nikola sent two days later[5]. However, he was not the only consultant. At the Montenegrin Court, there was much hesitation and doubt on how to draft the response to the King, especially with reference to the part that was related to the Princess's conversion to the Catholic religion. Metropolitan Mitrofan was against the conversion, advocating that the Princess Jelena retain the Orthodox religion as the Queen of Italy. Princess Milena also found the conversion "too difficult", which she had been against even before. Duke Gavro

[4] Zbirka Baltazara Bogišića (hereinafter: ZBB HAZU), XXII/8.

[5] ZBB HAZU, XXII/8.

Vuković was resolutely in favour of conversion. Neither Russia nor its church hid their opposition to conversion.

During June, July and September 1896, numerous conversations were held at the Court in Cetinje between the Prince Nikola and his special representatives. Thus, at the meeting held on the last day of June, there had been a conversation about the marriage of the Princess Jelena and the application of the conditions for her to marry as an Orthodox princess. On that occasion, Bogišić received from the Prince, as a model, a copy of the marriage contract between the Princess Milica Nikolina Petrović and the Grand Duke Petar Nikolajevič, concluded in Saint Petersburg on 25 July 1889. The Prince Nikola then informed him that everything had been arranged regarding the marriage and inheritance.

He told him that the plan was that the Princess Jelena marries according to the Orthodox ceremony, and afterwards "having become an Italian wife and Italian servant - she can do as she pleases."[6]

In mid-July (13/25) 1896, a meeting between the Prince Nikola and Bogišić was organised again. The Prince then informed him that it had been agreed that the Italian Prince would first come to Montenegro at the end of July or at the beginning of August of the same year. However, "some remarks by Emperor Wilhelm about the Italian army, made precisely against the de. Nap., caused him some difficulties, which were increased by a partial change in the Ministry". Therefore, the Italian Court wanted the Montenegrin commissioners to first go to Rome, but the Prince Nikola postponed this until the Italian Prince arrived in Montenegro.[7]

In the second half of September (22 September/4 October) of the same year, in Odžaklija, at the Montenegrin Court, a new meeting between the Prince Nikola and his representatives was held. On that occasion they discussed about some elements of the marriage contract. One of the elements referred to the hereditary right of the Princess Jelena: she will have "her hereditary right to paternity, *i.e.* in private property, as understood after him". In the contract will be inserted also "renunciation of all ruling rights of all descendants who come out of of that marriage". The Prince asked Bogišić to make "bronylon letters to the Pope, so that he would not make obstacles for the wedding to be here in the Orthodox Church before leaving from here. And later in Italy to be a conversion and a Roman wedding". Bogišić wrote that he didn't have time for something like that, to which the Prince replied that he will entrust that job to Msgr. Milinović, whom he expects at the palace tomorrow, and from there he

[6] Bogišićev dnevnik, ZBB HAZU, XXII/8.

[7] ZBB HAZU, XXII/8.

will travel to Rome. The Prince Nikola suggested to Bogišić that the marriage contract did not mention in which church the conversion and wedding would be organised, because "all of that was arranged" between him and the Italian King Umberto.[8]

The systematic and thorough Bogišić did not like the urgent action that had preceded the conclusion of the marriage contract. Upon his return from Rome, impressions on all the preparatory actions were settled. He wrote a "note" about it, which he titled: "On the Montenegrin and Italian Marriage Contract". In the "note" he noted that "there was no serious discussion about the contract in Cetinje before leaving". What was written in the so-called instructions was drafted by him, and "it remained as *pro forma*". Bogišić asked the Prince for permission to go to Dubrovnik for a few days before leaving for Rome, in order to study the Italian statute, their Civil Code and the Statute of the royal house, because these acts were not available in Cetinje. This was not granted to him.[9]

Upon arriving in Rome, "the first day and a half until midnight" he studied all the aforementioned documents. He complained about the time he spent in Rome: "we didn't even stay for full 4 days. If we ignore the visits, formalities, how much time I have left for work!" He noticed that he had learned his job to some extent. He found a way to examine "two previous marriage contracts of the House of Savoy (Margarita and the Princess of Bavaria)". This "encouraged" him that the contract would not include "any inheritance or property, because the Princess of Bavaria almost had no property".[10]

As for abdicating the Montenegrin throne, Bogišić believed that the Princess Jelena should draft a suitable document about it before departure for Rome.[11] Nevertheless, it prevailed an opinion to leave that question for a separate protocol, about which it will be discussed later in this article.

Bogišić could not leave out some unpleasant experiences in "note" from the secret correspondence of the representative with their principal – the Prince Nikola. Disappointed that Mr Božo Petrović did not immediately departed from Rome to Monza to visit King Umberto, in order to receive from him "some concessions regarding formalities and time of conversion", the Prince

[8] ZBB HAZU, XXII/8.

[9] ZBB HAZU, XXII/8.

[10] The Prince Thomas, Duke of Genoa, born on 6 February 1854, married to Bavarian Princess Isabelle with whom he had the Prince Ferdinando and the Prince Filiberto (*Glas Crnogorca*", no. 34 of 17 August 1896).

[11] ZBB HAZU, XXII/8.

Nikola reproachfully telegraphed that the contract was simply "brought to him".[12]

Bogišić "blamed" the inadequate preparation for the negotiations in Rome on the urgency "in which all this was done", and also on the "trivialization of forms that certainly have their own meaning".[13] He noted with satisfaction that nothing was included in the contract "about the property and private inheritance".

It was thanks to him that a provision was introduced for 50 thousand francs per year, "guaranteed by the appanage of the Prince of Naples, which was not in the Italian contract". He also intervened in the provision in which "100 thousand francs were fixed" per year. As for the renunciation of the Montenegrin throne, the Prince Nikola did not particularly insist on it, which was also evident when the representative departed to Italy, when he said "that he would try to completely break the protocol".[14]

3. *The principal's instructions to the representatives*

In Bogišić's archive in Cavtat, we found documents written by Bogišić with the simple title: "Instructions".[15] From a formal and legal point of view, these are instructions that the Prince Nikola gave to his representatives, Mr Božo Petrović and Valtazar Bogišić, for the purpose of conducting negotiations with the representatives of the King Umberto of Italy, with the aim of drafting the marriage contract.

The Instructions consist of five parts, which have the following subheadings: Introduction; On the reception of religion; Time and place of the wedding; What will approximately be in the contract; Final remarks. From the Instruction we get acquainted with the fact that the representatives received a power of attorney from the Prince, "from which the contract" had already been drafted. From the Instruction it is clear that the principal asked his representatives to be "very careful, cautious and thoughtful" in the negotiations and to analyse "every question that may concern this matter" "carefully, seriously, thoroughly and from every possible aspect". He recommended that it would be better for the Italian representatives to offer the draft contract first, "not only because it is easier to criticise it than to draft it", but also because "in this

[12] ZBB HAZU, XXII/8.
[13] ZBB HAZU, XXII/8.
[14] ZBB HAZU, XXII/8.
[15] ZBB HAZU, XXII/8.

way they will notice from the beginning all the places that will need to be supplemented or revised". In addition, they are more familiar with "local forms of injustice".[16]

Anyway, let's take a look at the text of the Instructions, which, as far as we know, is being published for the first time on this occasion.

"Instructions

for the Gentlemen: Duke Božo Petrović, Minister, President of the Council of State, and PhD V. Bogišić, Minister of Justice and State Counselor, who are going to Rome, as my representatives, to meet with the delegates of His Majesty the King of Italy, and to agree with them on all the conditions that will be included in the marriage contract of my dear Daughter, Her Majesty Princess Elena, with His Majesty the Prince of Naples, Victor Emmanuel of Savoy."

"Introduction

Since this is the first time that a person from our palace enters the Western palace of rulers, and indeed the Royal House, – where the customs, religion, living conditions, state structure, historical development, memories, traditions are very different from ours, I most warmly recommend to you, that during the negotiations you should be very careful, cautious and thoughtful; that you analyse every issue that may concern this matter carefully, seriously, thoroughly and from every possible aspect.

I. And immediately, as soon as the information arrives that the King's commissioners have been appointed, you will proceed, without delay and by the shortest route to Rome, taking with you the document of authorization, from which the contract has already been drafted.[17]

II (I). Having arrived in Rome, you will go without undue delay to the Consulta, *i.e.* to the Ministry of Foreign Affairs (or the Ministry of the Royal Palace) where you will be introduced to the King's delegates.[18] The first thing they will do is this: after the powers of attorney have been examined and amended, you will determine the place and time of your meetings.[19]

III. It should be tried that the royal delegates themselves make either a list of the conditions on which there will be deliberations, or the draft of the treaty itself. It would be better for you if they did this, not only because it is easier to criticize than the draft itself, but also because in this manner you will notice firsthand all the places that will need to be supplemented or improved. Besides, they, of course, know the local forms of injustice better. For the rest,

[16] ZBB HAZU, XXII/8.

[17] Note: This provision was crossed out.

[18] Note: first part of the sentence in this provision is crossed out.

[19] Note: this provision became the provision of Article 1.

it will all depend on the circumstances according to which you will govern yourself.

About receiving of religion

IV. Since the future queen of Italy cannot belong to another Church than to the one to which the royal family also belongs and almost all the Italian people, you have to agree that the Princess Jelena accepts the religion of her future husband.

First of all, you will therefore make sure that the time and manner of the aforementioned receiving is indicated.

If it happens before it is arranged, it may not even need to be arranged about what he mentions in the contract, which would definitely be the best.

As much as I am, a faithful son of the Orthodox Church, that is, the Church of my home and my people, I accept the transition of the Princess Jelena to another religion, no matter how related she was, just because it is a great, necessary need. From my part, the agreement to it is a huge sacrifice! But I recommend that you take care that the act of this transition be as simple and as non-offensive as possible to our national religion. It would be best if it could be arranged for the transition to be completed by a simple signature, with reversals drafted especially for that - because there is already a precedent.

Time and Place of the Wedding

V. The wedding will take place in Rome and the time will be determined between the 20th and 30th of October of this year.[20] If, God forbid, the death of any person should necessitate domestic mourning, then the day of the wedding will be determined so that at least 6 weeks will have passed until that day, counting from the day of death, unless it is found more convenient to suspend the official mourning for a few days."[21]

What will approximately be included in the contract?

N.B. Here are only notes on Articles that should be included in the contract, according to those found in the marriage contract of another already married Princess, and otherwise as necessary. His Highness the King will be pleased to provide his own solutions to these notes; – only later the final redaction could be.

1. The first article could be this:

a) The express consent of the Prince as father and the Princess to give their daughter, the Princess Elena, with her free and complete will, as the full and lawful wife of H. R. H. the Prince of Naples. To the Heir to the Crown of Ita-

[20] Note: on the left side of this provision Bogišić wrote: Rome 24/12 October.

[21] Note: the second sentence of this Article is crossed out.

ly Victor Emmanuel (Vittorio – Emanuele Ferdinando – Maria Gennaro) the only son of the now happily reigning King of Italy Umberto I.

b) The express promise of the Prince Victor Emmanuel to take her as his full and lawful wife, to have always towards her the respect and love, as towards his own wife;

c) The express promise of the King and Queen to have towards their future bride all those considerations and love which befit her as such.

2. This article will specify the place (and perhaps the day?) where the wedding will take place.[22]

Should it be mentioned in which church, – Who will be present at the wedding?[23]

3. How much will the princess's property be?

Who gives it? Will the King of Italy, as the Emperor of Russia gave to Princess Milica? Where will the princess be accommodated for protection?

It should be said that the Princess will receive income from this Principal as long as she lives.

4. If the contract is to mention clothing, *etc.*, what the princess receives from her parents, it should be stated here.[24]

5. Will His Highness the Prince of Naples determine for his future wife the main debt as a gift? (Grand Duke Peter Nikolaevich determined for Grand Dutchess Milica 50,000 rubles). If this is determined, it should be decided here: where will the amount of main debt be set and how the Princess will receive income from it.

6. What annual income will be allocated to the Princess Elena for her daily expenses (Grand Duchess Milica has an annual income of 20,000 rubles), and where will it come from? This sum should not include the salaries of the persons who will be in the Princess's service. Should we mention anything about the expenses for the palace in which the Princess will reside while she is the heiress?[25]

7. In the event that His Royal Highness the Prince of Naples dies during the lifetime of his wife and as the heir, it should be determined that the Princess Jelena, until she remarries and leaves Italy without the King's consent, will receive all the income specified in the previous Article (6). But even if she were to remarry and leave Italy, she should still receive at least some part of that

[22] Note: on the left side of this provision Bogišić wrote: "Rome".

[23] Note: this provision is crossed out.

[24] Note: this provision is crossed out.

[25] Note: on the left side of these provisions Bogišić wrote: "As the note".

income (for Her Royal Highness the Princess Milica, it was determined that in such case she would receive one third of that income).[26]

8. If, in the case mentioned in the previous article, the Princess Jelena were to remarry or leave Italy; it should be established that she would then retain her private property, and that the sums specified in Articles 3 and 5 would be hers, and she would be able to dispose of them freely and receive income from them. However, if she still had living children with the Prince of Naples, she would not be able to dispose of the main debt specified in Article 6 by will, except for the benefit of her children.

9. The Court of the heir Princess in which she would be widowed would remain to her for the enjoyment, as before, at the expense of the one whom had previously supported.

Likewise, her children would be supported, educated and settled at the expense of His Majesty the King of Italy.[27]

10. Perhaps it would not be inappropriate to add this: If the Princess Jelena becomes a widow as the queen, she will, in addition to what has been said in the previous Articles, have all the rights that the Queens-widows have, based on the rules and orders of the domestic law of the reigning Court of Savoy or the Constitution of the Kingdom of Italy.[28]

11. The Princess Jelena and her children may have the right of inheritance, like the other children of the now happily reigning Prince Nikola I, to an equal part with the other children of the private estate. But it is understood that this does not prevent anyone's freedom of testamentary disposition.[29]

12. In the previous Article 11, it is specifically declared by both parties that the children born from this marriage cannot, by themselves, have any rights of inheritance or any property or part of the property of the Royal House of Montenegro, present or future, – and even less can they have any political or sovereign rights in Montenegro itself.

Final remarks

- The Articles and provisions of the marriage contract of the Grand Duchess Milica cannot be taken as an exclusive model for this contract in question, for two main reasons: a) The contract with the Russian Imperial House was like the one concluded with an old acquaintance, with a man of almost the

[26] Note: on the left side of this provision Bogišić wrote: "In this case a big sacrifice of the Princess Jelena regarding the change of religion should be taken into consideration."

[27] Note: on the left side of this Article Bogišić wrote: "here to pay attention".

[28] Note: this provision is crossed out.

[29] Note: the last sentence in this Article is crossed out.

same family, with whom all this should not be aimed, because it is easy to make additions and corrections later, if necessary.

b) The Imperial Russian House has a completely free will in such agreements, both now when it is signed and later when any changes need to be made. On the West, on the contrary, the Houses of the Rulers themselves, even in their domestic affairs, are subject to all kinds of control and influence from representative elements. These differences, I think, should be kept in mind when signing this agreement.

- Even before the conclusion of the contract in question, these three should be thoroughly examined:

a) Italian family and inheritance law in the Civil Code;

b) that same law according to the orders and provisions of the domestic Law of the House of Savoy, and the difference between this and the general law in the Civil Code;

c) which legal influence the Parliament has on the family relations of the ruling House of Italy.

– Do not forget that the representatives should bring with them the codes for correspondence."[30]

4. *Negotiations in Rome and conversations with the King in Monza*

In Bogišić's archive in Cavtat we found a very valuable record on the negotiations in Rome with the Italian representatives and on the conversations with the King of Italy in Monza. In essence, it is a kind of (unpublished) Bogišić's testimony about the course of the negotiations (pre-contractual phase), their results (contractual phase), as well as the conversations with the King Umberto of Italy (post-contractual phase).[31]

From Bogišić's notes we get acquainted with the fact that the Prince's representatives arrived in Rome on 7 October 1896. The King of Italy appointed high-ranking state officials as his representatives: Marquis Emilio Visconti Venosta and Knight Jacques Joseph Costa. The Italian representatives had separate powers of attorney.

Bogišić did not want to leave anything to chance, so he analysed the norms of the Italian Civil Code and the Statute.

He was angry with his co-representative for wanting to finish the negotiations as soon as possible. In addition to the provisions from the two afore-

[30] ZBB HAZU, XXII/8.

[31] ZBB HAZU, XXII/8.

mentioned Italian acts, he wanted to analyse the corresponding rules from the "house laws of the royal family". He also wanted to analyse the contracts of the "Princesses who married into the House of Savoy". He compared the draft contract with the contract of the Grand Duchess Milica, "this particularly since the copy of that contract had already been given to the Prince of Naples, and he gave it to the royal delegates".[32]

After all, it is best to look into Bogišić's unpublished notes on negotiations with Italian representatives and on the conversations with the King of Italy Umberto.

"Beginning

Trip to Rome Workbook 93 and 94

Rome 7 Oct. 1896 Wednesday

We arrived in Rome around 13:30 p.m. We were met as we got out of the carriage by Commanatore Raffaele Lamborini, Direttore generale del Ministero delle Casa Reale, because the Minister himself was not in Rome. In addition, many curious people and journalists came, and our arrival was mentioned the evening newspapers the very same day. It was particularly emphasized that we were modestly dressed. And that was indeed the case, because we hoped to be welcomed. Lamborini took us into the royal carriage, gave us a place of honour and sat himself on the side of the horse.

He drove us to the Svaud Hotel and we were accommodated in a very luxurious apartment with 4 rooms and a hall on the first floor (piang mobile). The rest of us, two Court servants and the carriage, were assigned to meet the royal delegates: Marquis Visconte Venocta, the Minister of Foreign Affairs and Mr. Costa, the Minister of Justice. At 6 o'clock, we found them both in the Ministry of Foreign Affairs. The first one is over 60 years old, tall kind arist. face. The other is around 50, a full man already with gray beards: both very kind. French was spoken.

They had already prepared a draft of the contract and gave it to us, so we took it. It was written in Italian, agreed that I would be back tomorrow to meet with Costa in his Ministry.

Then Mr. Božo sent the telegram to the Lord that we had arrived in Rome.

"Rome 8. Oct. 96 on Thursday

This morning I started reading the Civil Code and the Statute, writing the Articles that I was interested in for this job. Lunch at noon in the Hotel.

When on 7th October, *i.e.* Wednesday, we visited Minister Costa, I agreed with him that I would be at his place from 5 to 7 to discuss anything.

However, in the afternoon I read the Civil Code and the Statute, and

[32] ZBB HAZU, XXII/8.

around 4 o'clock I went for a walk and bought some things. However, both Ministers Venosta and Costa came to visit us and did not find me. Mr. Božo was at home, and they said how sorry they were for coming when I was not there; and as they were leaving, they said au revoir demain.

Therefore, and because visits had to be made to all the Ministers and the Presidents of both chambers, I did not go to visit Costa.

We made visits this day, but we left cards: Pelloux (guerre), Rudini (interno aprioiezza); Snicaiardini; Brin (marina); Prineti (lavori pubblici); Branca (finanze); Lineo (poste e telegrafi); Sianturco (pubistruzione). We visited Venosti and Costi yesterday. Then the latter gave us a draft of the contract. In the evening we left with Mr. Božo in a carozza across the Corso to the Villa Borghese.

Today more cards from Mrs. Barković arrived. Around noon my former professor Srehel, now direttore dell'Instituto austriano de studi storici in Rome, came to visit me in person.

Podreka from Cividale sends his greetings by telegram. On the morning of the very same day, 8th October (Wednesday), Mr. Božo sent a telegram to the Lord approximately as follows:

"The contract is short. The future of the fiancée in the event of widowhood is ensured, almost like in the Russian one. It does not mention your property or renunciation of hereditary rights". The telegram was encrypted. In the evening we received a telegram addressed to Mr. Božo from the Lord, also encrypted. It is very long, the decryption was until midnight. The content is, in essence, like this: Accept it as it is, *i.e.* do not talk about property or renunciation of the inheritance to the throne.

Then comes another order for Mr. Božo to go to Monza or elsewhere where the King is and to explain to him the need for a concession, which is that in the same church where the wedding will take place, the reception of religion will also take place, but after the wedding, and this for political reasons.

We were convinced that this would be difficult to achieve since the Prince had unconditionally accepted everything, but I added that the proposal should be divided into two parts: 1) that a religious wedding should be requested before the conversion of religion; 2) if that was not possible, that at least a civil wedding should be requested before the conversion of religion. 3rd = religious wedding.

This telegram was sent to Mr. Božo. Mr. Božo, who had been rushing everything and thought that everything was correct in the draft contract, because he intended to return to Cetinje and come here again with the bride, began to rush even more. I got angry because of that, and even said a few harsh words. And indeed, it was hard for me. I intended to proceed systematically and do at least this before signing:

a) Analyse Italian family and inheritance law according to the Codice Civile;

b) La Statut.

c) The Household Laws of the Royal Family;

d) Review, if possible, the previous contracts of the Princesses who married into the House of Savoy; e) Compare the draft contract with the contract of Her Royal Highness Princess Milica, this particularly since a copy of that contract had already been given to the Prince of Naples and he had given it to the royal delegates.

And on the basis of all of this, make your proposals. Amen demenante cum causae cognitione.

But, especially after the abovementioned telegram, that was absolutely impossible, because in Cetinje it was not possible, our journey was à tambour battant, and here the Lord accepts everything even against instructions, and Mr. Božo is in a hurry, because now, in addition to the fact that we need to arrive in Cetinje before the wedding guest leave, we also have to go to the King who is in Monza. He therefore wants to go to the delegates tomorrow morning and get the job done. However, I have so far only been able to analyse the points under a. and b. Regarding the c, *i.e.* the house laws of Savoy, they told us that they did not exist, but that they were governed by customs. But where can we find the customs? Are they written down anywhere? Nobody knows!

"Rome 9 Oct. 96 Friday

In the morning Mr. Božo said to us to go to the delegates, I left after 10 AM. He was of the opinion that the contract was good, that no changes were needed, that the Lord accepted it, that it was very useful for the Princess; because he says "the main thing, as you said, is that she would have children, and then everything will be fine". But if there are none? We should foresee everything to be pessimistic, so if it goes well, it is better! Our duty is to make the position of our Princess as safe and comfortable as possible. But as it was already thought in Cetinje that the contract was just a formality, there was nowhere to go but to go with him immediately after 10 o'clock to the Ministry of Foreign Affairs.

There we found the Minister Marc. Visconti-Venosta who was telegraphing to the Ministry of Justice to see if Costa was there. When he replied that he was, we agreed that we would go and talk to him, and that we would come back to the Ministry of Justice at 4 o'clock in the afternoon together with the Minister of Justice Costa. Then we went to the Minister Costa, but on the way he did not say that I did not lead any discussions, that everything was fine as it was in the contract, and especially that I was not giving such proposals that would show some distrust on our part or because it should be taken from the King.

I accepted this last point, since I had to go to the King once again and receive concessions. When we got to Mr. Costa, I said that it would be good, if there was no written law of the royal family, for the sake of equality, to show us, if possible, the marriage contracts of other Princesses who had married into the House of Savoy.

He then took out and read to us the contract of the Queen Margarita.

I have already seen a big difference in the definition between the dowry and donatio ante nupitas with the one that is assigned to the Princess Elena.

For the Queen Margarita, who also gets married, for the heir is determined:

a) 500,000 francs of the dowry from the State;

b) 300,000 from the Heir's father's side;

c) by the heir himself, *i.e.* the King himself 300,000.

Princess Elena is only given 100,000 fr. in all? It is true that she was from the same house as the heir and fiance, but I think it still makes a big difference.

The Bavarian Princess did not have such rich grants but something similar to the Princess Elena and she was not supposed to be the wife of the heir.

But since the King did not want to suggest to the Parliament an appanage to the heir, he took the costs upon himself (Kosta said that he would still ask for the appanage). With reference to that, I could talk less about the Princess's subsidy from the Italian Parliament. And since the Lord does not give the Princess anything, it was not possible to spend it from the King, who even without that, immediately proposed 100,000 to her total disposal. So, it was left like that. It is a pity that it was not possible to analyse the aforementioned two contracts in more detail. This is stated in Article 2 of the original contract written in Italian.

But, before we move on to the 3rd article, there is something about the 1st one, in which there is nothing but a general promise that a marriage will be concluded between the Prince of Naples and the Princess Elena.

Here we notice in advance with pleasure that there is no word about a change of religion, which I did not want to discuss at all. It was said that the wedding would be a norme delle legge civile Auliana, e col rito religioso cattolico, does not involve any change of religion. But, I asked Costa, since there is nothing about it in the Code: whether the civil or the religious wedding is performed first, as it is ordered by the law in France, the answer is that it always happens that way, but that the law has not established anything about it (this is good for the proposal that Mr. Božo will make to the King).

Then I noticed that only the King of Italy and the Prince of Montenegro negotiate and agree to the marriage, and the Queen and the Princess are not mentioned, as it is the case in the Russian one. But I realised that this was an influence of Roman law, in which only the father was the guardian, the mother did not legally interfere in this matter, and so I made no remarks.

In the 3rd article there is a promise that until the Prince of Naples receives his appanage, the King will spend from his own for their Court and house according to the needs of the new state of things.

This is a general order, there was nothing to change.

Article 4 (later 5) establishes the Princess's annual income of 50,000. I only noticed that there is no sufficient guarantee because it was said that the Prince of Naples would give it, and yet he does not have an appanage. To better establish this, it is included in:

1. the previous article "compresa anche la a annuo assegno cotate all articolo seguente";

2. in this article: "delle somme che il principe aura all'articolo precedente". This means that his appanage guarantees it.

Article 5 (later 6) stipulates 100,000 francs annually as a donaire, promised by the King himself. The sum is quite high; therefore, any words about it; but the insert "quando non venga attrimenti provveduto per legge" I didn't like it because the law can diminish the amount and the method of receiving. He admitted that it needed to be changed, and he would amended as follows: quando per legga non foste provveduto in una misura piu larga. In addition, in the original contract it was said in the 6th article "rimanga vedova senza pole", I suggested to say au croche senza pole. It was adopted.

Now it was the turn to discuss the question regarding the language. The Queen's Margarita contract was written in Italian, the one with the Bavarian Princess in German and Italian. We said that since Mr. Božo does not know Italian well, to write or simply French, or Italian and Serbian. It was accepted that both copies would be written in French.

Since that is how our meeting with the Minister Costa ended, he telegraphed Min. In. Affairs Venosta when we would meet him. Answered today at 4 PM in the afternoon. However, I once again reviewed the draft contract at home and found, along with what I had noticed before, but there was no time to discuss it with Costa, that these points should be considered:

1. Although the Lord had freed us by the telegram from not talking about the property, it still seemed to us that it would be somehow inappropriately unadded, so that we could talk about the inheritance of the Prince's private property as a dos. However, recalling the morning reading of the contract that neither the Queen Margarita nor the Bavarian Princess were supported by everyone, I thought that we could talk about it glissant dessus: talk, rather than write about it.

2. About the renunciation of all political rights, *i.e.* the Montenegrin throne.

3. Art. 134 of the Civil Code of Italy seemed to me like a limit for a married woman, and therefore also a princess. But in the same article there is also a way in which her right of disposal can be extended. We should talk about that.

On the same day at 4 o' clock in the afternoon, *i.e.* in the Ministry of Foreign Affairs, where we found the Marquis Venosta.

- First, those points (3, 4 and 5) that were discussed this morning with Min. Costa were ammended.

- Then a few words about the inheritance of the Prince's private property, but by pointing to Art. 454 j'y ai glisse so that nothing was included in the contract. The reason is up to you!

- Then about the redaction on any right to the Montenegrin throne. There were a little bit surprised, it is clear that they were not thinking about that. They almost said that they were not authorised to talk about it. On the other hand, I see that Mr. Božo does not want to go into a deeper discussion, because he is afraid that they will say that the King should be asked, and that he could think that we doubt his loyalty.

I, however, batto d'urso, and brought the matter to the point that if it won't be included in the contract, it should be stated in a special protocol that will represent the integral parts of the contract.

The protocol was edited - the addition was brief: "Since the law on the succession to the throne in Montenegro is purely legal, this fact is hereby stated and the King receives (accepte) him for the Prince of Naples, the Princess and their heirs". The editing was done by Costa and supplemented by Venosta. I did not like the editing because I saw that it was muddled and moved away from vulgarity, but again Mr. Božo made a sign to me not to ask for corrections for fear that they would talk to the King and find an excuse for not receiving us, and by order of the Lord, we must speak to him.

- And regarding the extension of the Princess' disposal, it was accepted that the Prince of Naples would act according to the 2nd paragraph of the Italian Art. 134 of the Civil Code as soon as she requested it.

- Regarding the language, it was finally decided that the both copies would be written in French. I forgot to say that the powers of attorney were amended right at the beginning of the session. Each of them had a separate power of attorney.

During the entire session, there had not been a word about the conversion, nor about the place, time and manner of that act. Both of them asked me dully whether I would come to the wedding. I replied that there was no discussion about that, and that, since it was decided that only the Royal family would be there, I probably would not be. With that, the session was concluded.

It was decided that the state advisor Mr. Malvano, who was called to translate the minutes from Italian to French and finally, that they would be there on Sunday at three o'clock in the afternoon, Minister Costa said that he would come and show me some state decrees (Senate, New Palazzo Argintizia, Monumento Garibaldi, etc.).

After we got home, we got an invitation for lunch at the Ministry of Foreign Affairs on Sunday (11 October) at 8 o'clock in the evening.

We also needed to translate the French minutes of the contract as it had been arranged.

Let's now turn to the correspondence with the Lord. In the morning, Mr. Božo received a telegram by which it was ordered to him to go immediately to the King, leaving and authorising me to conclude the contract myself. To explain to the King the sacrifice the Prince was making and that if the wedding could not be allowed to take place in Cetinje in the Orthodox Church, let the wedding take place and immediately afterwards, without leaving the church, the conversion could take place.

We understood the importance of this message, but at the same time we saw how difficult it would be, and no matter how much Milinković said that the Pope could allow it. The only question was whether he would? Besides, there was no time to start negotiations successfully now.

We were of the opinion that we should try it, but it seemed to us that we would alarm the Ministry of Foreign Affairs if one of us left before the contract was signed, and even more, we that could easily result in the fact that the King would not receive us. Besides, it seemed to us that this could be taken as subordinating the signing of the contract to the achievement of what we are seeking."

"In this sense, Mr. Božo telegraphed to the Lord:

Rim que 10 October 1896, Saturday

In the morning we received a telegram from the Lord. He began: "I thought you would listen to me, etc.", in a tone of reproach, which greatly infuriated Mr. Božo.

By one o'clock a second telegram arrived, nevertheless approving the decision not to go to the King until the contract had been signed.

Around 10 o'clock in the morning we sent a reply to Venosta that we gratefully accept the invitation to lunch.

Around the same time I personally took it to Mr. Malvano at the Ministry of Foreign Affairs and returned to him a minute with two or three corrections in the language, which he had received (he had been assigned to do the translation and the final editing).

Then we talked about the article which was expanding the Princess' property, which had been included as "Art. 2" so that it would be good that it is included as the penultimate. We both found it more logical that way, and so it was done.

- Now it is turn for the question of whether the word "Loi Salique" means that woman is excluded from the throne, or their male heirs?

I asked them to bring the dictionnaire du droit from the library public et Ch. Calvo and I found in the Salique article among others this: "Depuis cette époque (1316) l' exclusion du trône des filles et de leurs diseanoanty a post partir des lois fundamentales du toy anale de France. So it can be seen that the word has its meaning and the male children".

As a result, the word salique remains without any addition. I thought that I can leave without an allowance because of what I did yesterday when negotiating with the two Ministers, that would be also discussed, if the Lord finds that this is not enough, he can make the princess signs a formal renunciation of all rights to the throne (than it was done in the contract itself for the Bavarian Princess). After that Mr. Malvano promises that the contract will be ready for signing at 4 o'clock tomorrow. Since the place of ratification was also discussed, but for several reasons no conclusion was reached, it was decided that this would be determined tomorrow at the signing.

Around 10:30 AM I went to see Ev. Popović to go buy some small things with him.

After the shopping was finished, he came to the hotel to greet Mr. Božo, whom he had known from before.

We invited him to come and dine with us in the evening. We thought we would talk to them about some article, since he told us that the Italian newspaper had recently been entertaining the King for giving so much importance to the Princess's conversion to Catholicism.

Around 2 o'clock Tkalec came and showed me a letter that he wrote to Don Chriserotte's diary asking him not to scold C.G.. He gave me a copy of that letter and assured me that the letter had been successful.

In today's issue of Don Chriserotte there is a humorous column in which me, Mr. Božo, Venosta and the Roman serf are.

At three o'clock in the afternoon, Minister Costa came for a Sous – Secrétare d' etat Ronehetti by a car to take me for a walk.

We reviewed with him la Corte de laperione which has 4 sections (but are there still cassations in Turin and Palermo and Topua? and in one more place as the palazzo de symmetry when it is finished, perhaps it will be united). Monte Granicolo and on it the monument to Garibaldi, and the Senate with the library (in it they asked me about the acts: Lawful customs, Trox du droit Coutumier de Russie usar la parne... and I told them the title of the Collection of Customs from 1884).

In the evening I visited Ms. Tkalčeva.

In the evening there was no discussion with Popović about the Article. Mr. Božo went for a walk with him after dinner and I stayed at home so I don't

know what he said to him. In the evening the slavist De' Nunzio also came to me.

"Rome que 11 October, Sunday

This morning, thinking that we were almost ready to leave, I suggested these thoughts to Mr. Božo:

In the matter of the Princess' marriage, we have three questions that we can either resolve or get some information in respect to those:

Here they are:

1. To conclude the marriage contract;

2. To find out about the forms that will be followed in the act of the Princess's conversion;

3. To carry out the order of the Lord that came to you by telegram, and it concerns the conversation with the King that the conversion and the marriage should be in the same Latin church, but that the latter should be before the conversion.

Ad. 1. The contract is completely done and only needs to be signed today, as soon as all the work is done.

Ad. 2. The truth is that in the minutes of the contract there is no word on transfer, but what Costa said to us as if involuntarily, I see that it was discussed between the Government and the Vatican, and according to Tolotos che Corponder it can be seen that the ab jure formula will prevail in the church.

It would therefore be good if this was discussed, when signing the contract, and if, like Costa or Venosta aksed themselves inadvertently, what was done to exclude destructive forms to us. What is excluded in this sense.

This is what we are instructed to strive for, and Lord's telegram does not concern this issue. So we have the right, but not the duty, to talk about it.

Another question is about convenience, about opportunity. Will not the recognition, however discreet, of this issue cause the Ministry to thwart Mr. Božo's approach to the King? This issue can only be resolved after the following is discussed.

Ad. 3. After much thinking, should we talk about the previous Article and about this one with the local Ministers fearing that if they don't like it, they could thwart the visit to the King, it was decided that if the opportunity arises after the signing academiqu ement, I will speak with Kosta as if for information: what is decided on the subject of the previous Article; and that Mr. Božo would express the wish to Minister Venosta that, by order of the Prince, he could go to the King to thank him for all the attention that was shown to us.

As it was the day before yesterday, we went at 3 o'clock in the afternoon today, 11 October, to the Ministry of Foreign Affairs for the signature. There,

in addition to the delegate and director Malvano, we found another official as well as the Sous - senatoir d'etat Conte Bonin. Since Malvano had read the entire act with the protocol, and in the meantime Mr. Božo reviewed the second copy and checked whether it was the same as the one that what was being read, we all signed it so that the signatures of Venosta and Božo come first, and mine and Kosta's later.

Then the seals of all four were attached. And finally, we were given an authentic copy to carry with us, and then congratulations for good luck. We forgot to take their powers of attorney, because they kept ours. We will have to talk about it with Kosta.

After that, Božo took Venosta aside and told him about his intention to bow to the King. He said that he would telegraph the King about it. I, on the other hand, spoke about the form of conversion with Kosta, but quite academically: he told me that all the formalities were reduced to reading the Credo, and since it would be in the Crypt, there would be no audience. Then he told me that he had proposed that the marriage ceremony should also be held in Cetinje according to Orthodox customs, but that he had found a great and irresistible obstacle, moreover an absolute refusal from the Vatican. I noticed that a civil marriage could be concluded before the conversion, he replied that we should have thought about it first. From there, around 4 o'clock, we all gathered at the Ministry of Finance to hear the conference of Minister Lazzatti on the occasion of the opening of the monument to Aut. Scialoja in his birthplace, which is happening right now.

There we found all the Ministers to whom we had been introduced. The Conference ended at 5 o'clock; congratulating Lucata on his success, we went home.

Leaving the Conference of the Ministry of Finance at 5 o'clock, we went to the Commendatore Lamborini (Dirèttore generale de ministero della casa reale) to pay him la visite de congé. He was pleased and we told him that we were going to the King, so he, in turn, telegraphed to Monza and ordered all the directors di case reali in Pisa, Tepui and Milan to meet us at the railways of their cities.

The very same day, 11 October, *i.e.* on Sunday evening at 20 o'clock, according to the aforementioned invitation, we went to lunch at the Ministry of Foreign Affairs. There were 25 of us, presided over by Visconti - Venosta. All the ministers were there with the president, PhD Rudini, and some senior officials such as Sotto Secretari di stato (Ronchetti - Min. Duesina Tozia), Conte Bonin (Min. Affari Citesi); Direttor Lamborini; Direttor Politico Malvano, etc. The chair was, of course, March. Visconti Venosta, I was on his left and Mr. Božo on his right. There was lively conversation about everything, but mostly about skills.

After we had finished eating, Rudini came to me, so we from tough issues moved on to other things. However, he went to Božo and all the ministers approached to me and talked to their heart's about the Code, about the method, about the legislation in general, and so they stayed with me until the end. Around 22:30 it was all over, we left in the best mood.

The food was almost double what it usually is. I was surprised when they gave us glace before lunch, and at the end of the meal another glace of another kind. When we got home we had done more than half of our malles, and the rest for tomorrow morning."

"Rome, 12 October 1896 (Monday)

I got up in the morning at 4:30 and in an hour I had finished my malles for the trip. Around 6:30 Mr. Božo got up and he also finished his preparations. We asked who was paying for the hotel and food: the King they told us. It will certainly be expensive for him, because for some things that we ordered, we were charged with food, it was so expensive. For the first day, the barber would be charged: barba franchi 10. And the coachman would be charged to the King's account.

We gave all the more generously for everyone's general expenses. For example, we gave two court servants who were put at our disposal 3 napoleons each, the coachmen 2 napoleons, etc.

Around 8 o'clock in the morning we were on the train to Milan. On the train we found Min. Costa who came to greet us at the same time as Lamborini.

Along the way, at the Pisa and Tenua stations, the directors of the royal estates came to greet us. Our journey to Milan was paid for by the King."

"Milan About 22 PM, we arrived in Milan. Count Santa Rosa Maôtre des cérémonies du roi, came to greet us on behalf of the King, who offered us an apartment at Hôtel Milan, specifically the Verdin apartment, and for the next day, we were invited by the King to have breakfast in Monza. He left the carriage at our disposal and said he would come around 10 AM the next day to take us.

N.B. Caricatures in 3 issues of Don Chiseiatte.

"Milan, 13 October 1896, Tuesday

Around 10 AM, Count Santa Rosa arrived by a carriage to pick us up. Around 10:30, we left with them in the royal carriage for Monza. It was past 11 AM when we arrived. The palace is magnificent and even more magnificent is the Royal park. Monza, as a city, has 20 to 25 inhabitants.

Mr. Božo, as it was previously arranged, went alone to the King right away, and as he later told me, he spoke with him for over an hour, mostly about the aforementioned matter that the Prince had instructed him on. When he finished, after thanking the King for the Queen, he asked him, as we had dis-

cussed, if it could be arranged to conclude the civil marriage before the conversion. To which he replied that it was too late.

We later discussed the matter and concluded that it was indeed too late, and that if it had been done ten days earlier, we could have achieved everything we wanted. As for what is being hidden from the Queen, this is impossible to do against the decision of the Ministers, Parliament and public opinion.

However, while Božo was with the King, Count Santa Rosa came to me and conveyed something to me regarding the invitation. He then took me to the library, of which he is the director. It contains no more than 3-4 thousand volumes, mostly novels, reference books, and those sent by authors to the King as gifts. There is a manuscript by Cesare Saluzyo (Saluces), Marquis Thomas: Roman de Chevalier cirant (in French), written in 1394.

About a quarter of an hour after noon, Božo arrived upon the conversation with the King, and we were then escorted to the Grand Salon, where we found seven or eight gentlemen and ladies, all entirely unknown to us.

After 2-3 minutes, Count Santa Rosa arrived and introduced us first to the ladies: La Duchesse de Gènes, the Queen's mother (she was born into the Saxon Royal family), Princess... (I don't remember the names, a woman 40-50 years old, fat , not very beautiful); Contessa Golli; Lady d'Honneur de la reine. Among the men there were two generals, the Italian minister à la Haye (we arrived together in the same carriage from Milan), and besides them, la Conte de Turin, a young man around 20-25 years old.

Around 12:30 PM, the King arrived, followed by the Queen. Both of them were introduced to me. Both shook my hand (the Duchess de Gènes did not), I kissed the Queen's hand.

After that, we headed to the table. The King took Duchess de Gènes by the arm, the Queen was escorted by la Conte de Turin and the Countess, dame d' Honneur de la reine. Upon reaching the table with Mr. Božo, I had to leave our ladies and sit down; I sat to the right side of la Duchessa de Gènes, who was seated to the right side of the King, while Božo sat to the left side of the Queen (Conte de Turin was on her right). The conversation lasted throughout the meal or breakfast, which took about an hour. Afterwards, everyone took their ladies, and we returned to the Salle de réunion. The Queen and the remaining three ladies made a circle in the middle of the room, and each took up their work, mostly embroidery. Meanwhile, we spoke with Conte di Santore and others (among them two generals) who had been introduced to us.

The King first spoke with Božo, then with me in the same manner; finally, he took a green box from the table containing the Order of St. Maurice and Lazarus and gave it to Božo with several compliments, and then gave me a red box containing the Order Carena de Italia, first degree, with simple words:

je suis bien désireux de vous donner cette distinction comme souvenir des plus belles mains, etc. After a few minutes, we bowed and, after the King and Queen shook our hands (the Duchess de Sine did not!), we took the royal carriage to the railway station. The King had ordered us to be driven through the park, which is magnificent, but the rain stopped us.

Around 3 PM, we were back at our apartment in Verdine at the Hôtel Milan.

Božo telegraphed the Prince with the King's negative reply, and I went out for a stroll in the city. I met the journalist Mario Borsa, whom I had met in Cetinje; he took me to show me the old Visconte Castle in Stroza, which had just been restored to its original form last year or the year before, as the Austrians had turned it into a barracks. Around 23 PM, after spending several napoleons on gifts for the hotel staff (accommodation and meals on the Kings's account) We went to the railway station and set off for Trieste.

I forgot to mention that around 5 PM we received a telegram from Prince Tommaso (the King's brother, admiral in the military) suggesting that if we would be in Brindisi by the morning the day after tomorrow, he would take us with him on the ship Savoia and disembark us in Bar. Since we were already tired from the official receptions, and the 26-hour train journey scared us, we thanked him, adding that we would reach Cetinje earlier via Trieste, which was only 12 hours by train.

In the carriage, we discussed the King's response and concluded that the King couldn't have done anything due to the Ministers who had already arranged everything, but that he didn't want to say so and instead hid behind the Queen. From what we saw and heard in Rome, we concluded that if we had been sent to Rome 15 days earlier, everything could have been arranged, including the wedding in Cetinje (or at least a civil marriage before the conversion), etc. Negotiating directly with the King did not take into account the Italian state structure and the position the King holds in political matters, which, of course, includes the marriage of the heir to the throne.

"Trieste, 14 October 1896, Wednesday

Around 11 AM, we arrived in Trieste and checked into Hotel Delarine. After the royal accommodations in the hotels, a small room (No. 48) on the 4th floor was enough for both of us; everything else was occupied. Only later in the afternoon we found a room (No. 1) which Mr. Božo took.

In Trieste, at Caffè Spenti, I met Vita Gocca and Rešetar, and I also visited Ivo Čingrija. I also met Jakić, but I didn't stop to talk with him.

I found a copy of Mattino in Trieste, in which there were my compliments, and to make it more piquant, mentioned that at 18 years old, I still hadn't learned to read or write!

"Trieste, 15 October 1896, Thursday

At 12:30 PM, we departed by steamer Svetlov for Kotor. Captain Bilafer, friendlier than the first time, was with us. Also with us there were Supuk from Šibenik, Inspector Glavinić, and Milić, the President of the Dubrovnik Court.

"16 October 1896, Friday

At 18 PM, we arrived in Kotor and immediately went by carriage to Cetinje. We reached Cetinje around midnight. I stayed again at Vuk's.

"17 October, 1896, Saturday

Around 10 AM, I barely managed to meet with the Prince to tell him the results of our mission. In our conversation with him, we began to discuss the protocol, how poorly its contents were arranged, and how we couldn't make any corrections, as we were afraid they might ask the King, who, seeing our distrust, might refuse to receive us. Suddenly, Princess J. entered and came into the small salon, without greeting the Prince or me, and then left. I believe that during the conversation with the Prince, I expressed my thoughts on the Princess's renunciation: I didn't tell him even half of it. At that moment, a telegram arrived from Petrograd, reporting that H. P. Milica had given birth to a son. The Prince stood up, left to tell his family, and I didn't see him again.

In the evening, there was a dinner with the diplomatic corps. New style.

"18 October 1896, Sunday

In the morning around 10 AM, I managed to meet with the Prince Mirko at his house, where we spoke about the protocol and the marriage contract. There were the Duke Petar, S. Popović, and another of those close to the Court. I told him that I still needed to discuss the protocol, speaking in French so that the others who were present wouldn't understand. He replied in our language that he hoped there would be enough men at home, so the Italians wouldn't be prioritised. He said it would be best if the protocol was destroyed, and that it should not be discussed any further.

During the day, I also saw Gavro, to whom I mentioned this.[33]

5. *The content of the marriage contract*

In the deposited data of the National Museum of Montenegro, the original text of the marriage contract between the Montenegrin Princess Jelena Petrović Njegoš and the Italian heir to the throne, the Prince Victor Emmanuel III of Savoy, is kept in both French and Italian. Along with the contract, there is also a protocol, in which the Prince Nikola (through his representatives) confirmed

[33] ZBB HAZU, XXII/8.

that the succession to the throne in Montenegro was regulated according to the Salic law, and that the King of Italy had fully accepted it (through his representatives) on behalf of the Prince of Naples, his wife, and their descendants.

As it was mentioned, Bogišić took the marriage contract of the older daughter of the Prince Nikola, the Princess Milica, and the Grand Duke Petar Nikolayevich, to Rome. For the conclusion of this contract, Prince Nikola appointed the Duke Božo Petrović, the President of the State Council, Minister of Justice at the time, and a knight of the Montenegrin Order of Danilo, first degree, White Eagle, and many other foreign orders, as his representative. The Emperor of Russia appointed his representatives: Mr. Nikolai Girs, the State Secretary, senator, secret adviser, knight of many Russian and foreign orders, the Minister of Foreign Affairs, and his general adjutant, the General Lieutenant, the Count Ilarion Vorontsov-Dashkov, the Minister of the Imperial Court and Estates, the Chancellor of Imperial and Royal Orders, and a knight of many Russian and foreign orders. In addition to this contract, Bogišić also analysed the marriage contracts of the Savoy House, i.e. those of the Queen Margarita and the Bavarian Princess.

After several days of negotiations, an agreement was reached between the representatives on the essential elements of the marriage contract and its Protocol as a constituent part. The contract was concluded "In the name of the Holy and Undivided Trinity.". The introductory part of the contract (the preamble) established the agreement to marry between the two betrothed (with the indication of their titles and the names and titles of their parents). It also contains a statement about the agreement of the fathers of the betrothed to the marriage. The Queen Margarita and the Princess Milena were not mentioned as the ones giving consent, as it was done in the contract of the Princess Milica and the Grand Duke Petar Nikolayevich. Bogišić noted that this was due to the influence of Roman law, where "only the father is the tutor" and the mother "does not intervene in this matter.". At the end of the introductory part of the contract, the details of the representatives of the Prince and the King are listed.

The marriage contract contains six articles, which address the following: The manner of the marriage ("according to the Italian civil law and with a religious Catholic ceremony"); the gift from the King of Italy to the Princess Jelena ("one hundred thousand liras"); the King's obligation to cover the costs of the Court and the house of the Prince and the Princess of Naples; the annual Princess's Allowance (fifty thousand liras) for clothes and personal expenses; the Prince's approval regarding the management of the Princess' property; the Princess' rights in case she becomes a widow (an annual pension of 100 thousand liras and the use of an apartment in one of the royal residences). At the

end, there is a provision confirming the contract with the protocol as its integral part. After that, the signatures of the four representatives.

An agreement was made among the representatives that the language of both copies of the contract and protocol would be French (the authentic text). The contract and protocol were also made in Italian (the official text), but this was more for "domestic" purposes.

For the purposes of this paper, it seems, for the first time, we provide an unofficial translation of the Marriage Contract and the Protocol made in French.[34]

"Marriage Contract and Protocol

In the name of the Holy and Undivided Trinity

Since the marriage has been arranged between His Royal Highness Victor Emanuel Ferdinand Mari Jeanvieux of Savoy, heir to the throne of Italy, the Prince of Naples, son of His Majesty King Umberto and Her Majesty Queen Margarita Maria Teresa Jane, Princess of Savoy, who rule happily,

and Her Highness Princess Jelena (Nikola) of Montenegro, daughter of His Highness Nikola I Petrović Njegoš, Prince of Montenegro, and Her Highness Milena Petrović Vukotić, who rule happily,

His Highness the Prince of Montenegro and His Majesty the King of Italy, having given their consent to this marriage, have decided that each will appoint their representatives for the conclusion of the marriage contract.

For this purpose,

His Highness the Prince of Montenegro has appointed, as his representative, Duke Božidar Petrović-Njegoš, President of His State Council, the Minister of Interior, holder of the Grand Cross of several high orders, and PhD Baltazar Bogišić, His Minister of Justice, now the State Counselor of Russia and Montenegro, holder of the Grand Cross of several high orders,

and His Majesty King of Italy, on the other hand, appointed as his representatives Marquis Emilio Visconti Venosta, senator of the Kingdom, Minister of Foreign Affairs, holder of the Grand Cross of Italian orders and several foreign orders, and Knight Jacques Joseph Costa, attorney-at-law, senator of the Kingdom, Minister of Mercy, Justice and Religion, holder of the Grand Cross of Italian orders, decorated with several foreign honours;

who, after exchanging their powers of attorney, confirmed in a good and prescribed form, have agreed and consented to the following:

[34] We would like to thank Ms. Katerina Terzić, independent adviser for inter-academic and international cooperation at CANU, for her selfless assistance in translating the marriage contract and the protocol from French.

Article 1

With the consent and approval of His Highness the Prince of Montenegro and His Majesty the King of Italy, and with the full and free consent of Their Princely Highnesses the fiancés, the wedding of Her Highness the Princess Jelena (Nikola) of Montenegro to His Royal Highness the Prince Victor Emmanuel Ferdinand Marie Jeanvieu of Savoy, Crown Prince of Italy, Prince of Naples, will be carried out in accordance with Italian civil law and the Catholic religious ceremony.

Article 2

His Majesty the King of Italy, as a gift to the Princess Jelena of Montenegro, will grant the amount of one hundred thousand liras (100,000 ₤), which Her Highness may dispose of on her own, even before the marriage.

Article 3

Until His Royal Highness the Prince of Naples acquires the right to use the apanage referred to in Article 21 of the Basic Statute of the Kingdom of Italy, His Majesty the King of Italy will continue to take care of the expenses of the Court and household of the Prince and the Princess of Naples, including the compensation determined by the next Article, in a manner corresponding to the new status of Their Highnesses.

Article 4

During the marriage, the Princess wife will have the right, from what belongs to the Prince according to the previous Article, to an annual allowance of fifty thousand liras (50,000 ₤) for clothing and personal expenses, independent of the expenses for her room (camera) and her house, which will be provided by the Prince husband.

Article 5

At the request of Her Highness the Princess wife, His Royal Highness the Prince husband will grant her, by public act, the right to all acting, in general, that exceed the usual management framework, and which concern her property.

Article 6

In the event that the Princess becomes a widow, even without children, and as long as her widowhood lasts, and unless otherwise determined by law, His Majesty the King of Italy will establish and grant her, based on widowhood, an annual allowance of one hundred thousand liras (100,000 ₤), in addition to the right to use and enjoy an apartment furnished in accordance with her rank in one of the royal residences.

This Agreement, accompanied by the Protocol which is its integral part, will be confirmed by His Highness the Prince of Montenegro and His Majesty the King of Italy, and the confirmations will be exchanged in Rome as soon as possible.

Done in Rome, at the Palace de la Consulta, on 11 October 1896.
Božidar Petrović Njegoš
Visconti Venosta
Baltazar Bogišić
Ž. Kosta

Protocol

His Highness the Prince of Montenegro states and, if necessary, declares that the succession to the throne, in Montenegro, is regulated by the Salic law, and His Majesty the King of Italy, acknowledging this statement, declares, on his part, […] that he accepts it, in relation to the Prince of Naples, the Princess wife, and their descendants.

Done in Rome, at the Palace de la Consulta, on 11 October 1896.
Božidar Petrović Njegoš
Viskonti Venosta
Baltazar Bogišić
Ž. Kosta[35]

In the Italian version of the marriage contract, at the beginning, there is an inserted statement from the King of Italy, which reads:

"UMBERTO I
By the grace of God and the will of the people,King of Italy
Greetings to all who will see this document

The contract, followed by the Protocol which is its integral part, and which has been concluded in Our name, by the representatives we have appointed and chosen, with the representatives of His Highness the Prince of Montenegro, by whose acts the marriage contract for the union between Our beloved son, Victor Emmanuel, the Prince of Naples, and the Princess Jelena of Montenegro, daughter of His Highness, is established, entails the following[…]."[36] This statement does not appear in the original version of the contract in French.

At the end of this text, there is a statement from the Italian Minister of Foreign Affairs, given on behalf of the King, which reads as follows: "Having seen and examined the aforementioned contract with the attached Protocol, We have accepted, ratified, and confirmed it, as We hereby accept, ratify, and confirm it, promising to respect it and ensure that it is irreversibly respected. In faith of this, We have signed this letter of ratification and gave Our Roy-

[35] Deposited data of the National musem of Montenegro, the Prince's Nikola fund.
[36] Deposited data of the National musem of Montenegro, the Prince's Nikola fund.

al Seal to be affixed. Done in Rome, at the Royal Palace of Quirinal, on the twenty-first of October, in the year of Our Lord one thousand eight hundred ninety-six, the nineteenth year of Our reign."

(M. P.)

In the name of His Majesty the King

Minister of Foreign Affairs

Viscount Venosta, sgd."[37]

This statement is also not mentioned in the original contract in French.

6. *The Protocol and the issue of renouncing of the Montenegrin throne*

One of the issues that caused trouble to Bogišić (more than the Prince Nikola and the other co-representative) was the matter of the statement of renouncement by the Princess Jelena of her right to the Montenegrin throne. The statement would also apply to her descendants. In Bogišić's archive[38] in Cavtat, we found a draft of the unfinished statement by the Montenegrin Princess Jelena (written in Bogišić's handwriting) on the renouncing of her right to the Montenegrin throne. It is most likely that the draft of the statement was made before the Princess's departure to Italy.

The text of the incomplete statement reads as follows: "Since the inheritance of the throne in Montenegro can only be through the male line of Petrović family, I, the undersigned Princess Jelena, daughter of His Royal Highness the Prince Nikola I of Montenegro, who is marrying His Royal Highness Vittorio Emanuele of Savoy, heir to the Italian throne, declare for myself and for all my descendants[…]"

It is clear that the exclusion also applies to the male descendants of a female.[39]

Before the representatives traveled to Rome for negotiations, discussions were held in Cetinje regarding the statement of renunciation of all sovereign political rights of descendants "who are born during this marriage". In this

[37] Deposited data of the National musem of Montenegro, the Prince's Nikola fund.

[38] ZBB HAZU, XXII/8

[39] In the translation, the comment reads as follows: "Corrected […] with this explanatory clause, as follows: the statement contained in the added Protocol of this Contract applies in full to all descendants of the Princess Jelena and the Prince of Naples regarding the inheritance of the Montenegrin throne."

Calvo, Dictionary of Public Law: Under Salic law: "[…] from that time (1316), the exclusion (from inheritance) from the throne of daughters and their descendants, was part of the fundamental laws of the Kingdom of France" (ZBB HAZU, XXII/8).

regard, the representatives were given the following instructions: "In the previous Article (11), it is particularly stated from both sides that the descendants from this marriage cannot, by themselves, have any inheritance rights or any property or part of the property of the Montenegrin Royal House, present or future – and even less can they have any political or sovereign rights in Montenegro."[40]

The question of renouncing of the Montenegrin throne remained relevant during the negotiations in Rome. Bogišić particularly insisted on it. The King's representatives asked him: "Why is this issue being raised at all?" They almost said they did not have the authority to discuss it. The Prince's second representative, Mr. Božo, did not want to engage in a deeper discussion about it, fearing the reaction of the King Umberto. Nevertheless, Bogišić continued to insist on resolving the issue, believing it should be addressed, at least in a separate protocol, if not in the contract. Eventually, the representatives agreed to address it in a separate protocol. The wording was drafted by the Minister Costa and supplemented by the Minister Venosta. Bogišić did not like their wording, as he felt it "deviated from simplicity". However, Mr. Božo, fearing a potential negative reaction from the King of Italy, did not allow further insistence on the matter.

One of the uncertainties regarding the content of the protocol was related to the inheritance of the throne in Montenegro according to the Salic Law. In this sense, the question arose as to whether the reference to the provisions of the Salic Law on inheritance of the throne had one of two meanings: that woman was excluded or that male heirs were excluded.

Bogišić then requested that appropriate literature be brought to him, from which it was clearly evident that it is applied to male descendants as well. However, it remained open for the Prince Nikola to analyse this issue, and if he found it inadequately addressed, he could influence the Princess Jelena to "formally sign a renouncement of all rights to the throne."[41]

Otherwise, the Salic Law (*Lex Salica*) belongs to the group of the oldest so-called barbarian codes. It contains the customary law norms of the Salian Franks. The first edition (*Pactus legis Salicae* – 65 articles) was created at the end of the 5th or the beginning of the 6th century, during the reign of Clovis (481-511), the grandson of the founder of the Merovingian dynasty, and the last edition (*Lex Salica emendata* – 70 Articles) dates from the time of Charlemagne. During that period, other so-called *leges barbarorum* were also adopted, which, along with the Lex Salica, represented a significant source of early

[40] ZBB HAZU, XXII/8.
[41] ZBB HAZU, XXII/8.

feudal law in Western Europe. The application of the Salic Law extended into the 9th century. With the collapse of the Frankish state, the Law gradually transformed into customary law. It primarily consists of criminal law norms, with considerably fewer provisions on property, obligations, family, inheritance, and procedural law.

In the Protocol to the marriage contract concluded between the Montenegrin Princess Jelena and the Italian heir to the throne, Victor Emmanuel, it was emphasized that the succession to the throne in Montenegro was regulated according to the Salic Law, thereby indicating that the Princess Jelena, her husband and their descendants could not claim the Montenegrin throne.

The Protocol was drafted in Rome at the Palazzo della Consulta on 11 October 1896, and was signed by the two Italian ministers, Visconti Venosta and Ž. Costa, on one side, and Valtazar Bogišić and Božidar Petrović Njegoš, on the other side. The Protocol states: "His Highness, the Prince of Montenegro, acknowledges and, if necessary, declares that the succession to the throne in Montenegro is regulated according to the Salic Law, and His Majesty the King of Italy, acknowledging this declaration, states that he accepts it regarding the Prince of Naples, the Princess wife and their descendants."[42]

[42] ZBB HAZU, XXII/8.

IL PREAMBOLO DELLE COSTITUZIONI DELLE REPUBBLICHE DELLA *EX* JUGOSLAVIA

Roberto Toniatti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I profili formali del procedimento costituente indicati dal Preambolo. – 3. La storia quale fonte di legittimazione dell'indipendenza. – 4. La titolarità dell'autodeterminazione. – 5. La forma della democrazia costituzionale liberale e sociale. – 6. La vocazione europea ed internazionale. – 7. Rilievi finali.

1. *Introduzione*

Il Preambolo rappresenta la sede solenne nella quale una Costituzione esprime una propria visione di sintesi che richiama la storia e proietta nel futuro il patrimonio di valori e il nucleo essenziale dei programmi dell'ordinamento che essa ha la funzione di costituire e reggere. Esso, pertanto, è la "forma" emblematica della rappresentazione ideologica di una volontà politica pre-costituente, che seleziona quelle parti del passato che s'intende privilegiare –. nel bene e nel male – per costruire l'identità del presente e del futuro e che seleziona altresì quei profili programmatici attraverso i quali si vogliono qualificare le finalità e le priorità di governo dell'ordinamento.

Il Preambolo non è un contenuto necessario della Costituzione e, pertanto, sotto questo profilo, quale suo elemento facoltativo, ben rappresenta una precisa volontà politica che abbiamo definito pre-costituente non tanto in ragione della sua collocazione – che precede il testo dell'articolato costituzionale – quanto in virtù della sua idoneità ad anticipare con le proprie enunciazioni ideali la parte prescrittiva vera e propria della Costituzione[1].

[1] La natura e le funzioni del Preambolo sono stati approfonditamente studiati dal punto di vista sistematico e secondo il metodo comparato. Fra gli studi principali si rinvia a J.O. Frosini, *Constitutional Preambles At a Crossroads between Politics and Law*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012; Idem, *The Making of Constitutional Preambles*, in D. Landau, H. Lerner (eds), *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, 2019, 341 ss.; W. Voermans, M. Stremler, P. Cliteur, *Constitutional Preambles. A Comparative Analysis*, Cheltenham, 2017. In questa sede, la nostra ricerca intende solo focalizzare i contenuti più rappresentativi e lo specifico contributo che i Preamboli delle Costituzioni della ex Jugoslavia, in virtù dell'interesse del contesto delle

La definizione del Preambolo quale fonte pre-costituente – qui sopra suggerita – riflette anche le incertezze sistematiche sulla necessità di precisare la natura meramente dichiarativa ovvero propriamente precettiva del Preambolo stesso: di quest'ultimo di certo si riconosce almeno la forte vocazione di ausilio all'interpretazione della fonte costituzionale, sia della sua origine, sia della sua impostazione ideologica ed assiologica, sia, infine, se del caso, di determinati istituti o singole prescrizioni poi previsti e disciplinati nel testo. L'eventuale portata solo o prevalentemente dichiarativa, pertanto, è comunque integrata dalla forza ermeneutica che il Preambolo esprime al fine di orientare e vincolare l'interpretazione delle disposizioni e pervenire all'individuazione della norma costituzionale.

In ogni modo, occorre riconoscere che, dopo il precedente francese avviato dal *Conseil constitutionnel* nel 1971, la questione teorica può essere considerata di rilievo solo relativo in quanto, in ultima analisi, compete alla giurisprudenza costituzionale dell'ordinamento determinare l'*an* stesso dell'efficacia vincolante del Preambolo[2]. In tal senso, la giurisprudenza costituzionale dimostra la sua attitudine ad autoqualificarsi quale norma *sulla* produzione, volta, cioè, ad identificare atti o fatti idonei ad innovare l'ordinamento giuridico, anche con riguardo alla fonte costituzionale[3].

Oggetto di questa riflessione sono i Preamboli delle Costituzioni degli ordinamenti nei quali si è frantumata la Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia (RSFJ), la cui breve esistenza (1945-1992) è inversamente proporzionale all'importanza di quell'esperienza, non solo per l'Italia in quanto Stato confinante – anche in ragione delle forti tensioni che si erano manifestate già all'epoca del pregresso Regno di Jugoslavia (sorto nel 1918), culminate nell'ag-

loro origini – al di là dell'attualità del tema – possono dare alla conoscenza e alla comprensione del fenomeno.

[2] Anche in ragione del precedente citato si giustifica il confronto che, a suo tempo, si era manifestato a proposito della proposta di inserire un richiamo alle "radici cristiane" – o, in un secondo tempo, "giudaico-cristiane" – nel Preambolo del testo di una Costituzione per l'Europa. Attualmente, nel Preambolo del trattato istitutivo dell'Unione Europea si legge "ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto"; e, nel Preambolo della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si afferma che "consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà".

[3] Cfr. in argomento R. Toniatti, *La giurisprudenza costituzionale come norma sulla produzione*, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimi, A. Guazzarotti, C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 578 ss.

gressione nazi-fascista e nella conseguente reazione – ma anche soprattutto per il ruolo internazionale che la RSFJ aveva saputo crearsi[4].

La Jugoslavia federale era composta da sei Repubbliche[5] e da due Regioni autonome poste all'interno della Serbia, il Kosovo e la Voivodina. Di tutte queste entità, solo quest'ultima non ha acquisito la propria statualità sovrana. Si tratta, dunque, di un fenomeno di estremo interesse in una prospettiva di diritto costituzionale comparato[6].

Accogliendo una felice definizione – secondo la quale "*if anything preambles are professions of faith. Faith in the law expressed in the constitution that ensues. Faith that the law therein will inspire, guide and regulate the constitutional-political system it establishes and addresses*"[7] – è agevole comprendere quanto, anche solo in ragione del dato quantitativo, la dinamica occorsa abbia generato materia di riflessione in una prospettiva pluridisciplinare volta ad approfondire i tanti aspetti legati a questa imponente transizione costituzionale.

2. *I profili formali del procedimento costituente indicati dal Preambolo*

Negli ordinamenti delle nuove Repubbliche ex-jugoslave l'adozione di un Preambolo costituzionale presenta profili formali meritevoli di attenzione.

In proposito, giova richiamare una classificazione di autorevole dottrina che, con riguardo all'origine di una costituzione, aveva distinto fra procedimenti di fatto o rivoluzionari e procedimenti giuridici: nei primi, si escludeva ogni riferimento all'ordinamento pregresso quale fonte di legittimità di quello nuovo, negando, pertanto, ogni forma di continuità formale; nei secondi, invece, il nuovo ordinamento riconosceva di ripetere la propria legittimazione

[4] Sul tema cfr. *J.O. Frosini, Mere dichiarazioni o fonti costituzionali? Uno studio comparato dei preamboli alle Costituzioni dei Paesi dell'ex Jugoslavia*, in L. Montanari (a cura di), *L'allargamento dell'Unione europea e le transizioni costituzionali nei Balcani occidentali: una raccolta di lezioni*, Napoli, 2022, 123 ss.

[5] Si tratta, segnatamente, della Repubblica Socialista di Bosnia ed Erzegovina, della Repubblica Socialista di Croazia, della Repubblica Socialista di Macedonia, della Repubblica Socialista di Montenegro, della Repubblica Socialista di Serbia, e della Repubblica Socialista di Slovenia.

[6] M. Calamo Specchia, M. Carli, G. Di Plinio, R. Toniatti (a cura di), *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, 2008.

[7] In W. Voermans, M. Stremler, P. Cliteur, *Constitutional Preambles. A Comparative Analysis*, cit., 150.

dalla conformità del procedimento impiegato nella circostanza storica attuale in relazione con le fonti precedenti[8].

Si tratta, da un lato, di esprimere con chiarezza la continuità con un passato (remoto e più recente) implicante una statualità pregressa ovvero la pre-statualità della nazione – alla ricerca del recupero di una identità pre-jugoslava – e, dall'altro, invece, di formalizzare la cesura con l'assetto dal quale si statuisce la separazione radicale, ossia la RSFJ.

In proposito, come si vedrà, occorre fare riferimento all'impiego di nozioni di base che consentiranno, fra l'altro, di anticipare la riflessione su profili sostanziali, quali nazione, popolo, cittadini, minoranze.

Il caso della Slovenia è probabilmente il più complesso ed articolato, sia per la marcata sensibilità della cultura giuridica di quell'ordinamento, sia, più semplicemente, perché essa è stata la prima ad avviare la procedura di secessione e a dover esplorare territori non già praticati in precedenza.

Giova richiamare brevemente le due fonti cui occorre fare riferimento[9].

In primo luogo, l'Atto Costituzionale Fondamentale sull'Autonomia e l'Indipendenza della Repubblica di Slovenia, che rappresenta, per così dire, l'atto di uscita dalla Jugoslavia e, successivamente, la Costituzione.

Nel primo, oltre ad un riferimento al referendum ("in virtù della volontà del popolo sloveno e della popolazione")[10], si espongono in sede preliminare le motivazioni che hanno non solo giustificato ma, anzi, reso necessaria l'opzione dell'indipendenza[11] e però, nello stesso tempo, non si inibisce la via di eventuali

[8] Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988, VI ed., 638 ss.

[9] Dal punto di vista del processo politico, il dato di partenza (fatta eccezione per la frattura già verificatasi all'interno del circuito politico, ossia del partito della Lega dei comunisti) è dato dalla revisione della Costituzione della Repubblica Socialista di Slovenia e dall'indizione del referendum sull'indipendenza della Slovenia (23 dicembre 1990), in occasione del quale – con un'affluenza del 94,8% degli aventi diritto – l'88,5% di tutti gli elettori (dei partecipanti) votò per l'indipendenza, dichiarata il 25 giugno 1991.

[10] Cfr. C. Ribičič, *Slovenian Experiences in the Preparation and Administration of Referendum and Gaining Independence*, in *Legal Aspects for Referendum in Montenegro in the Context of International Law and Practice*, *Foundation Open Society Institute*, Podgorica 2005, in http://crnvo.me/docs/biblio_eng/p10.pdf.

[11] Si afferma, infatti, che "considerato che la Repubblica di Slovenia era già uno Stato sovrano in base al vigente ordinamento costituzionale e che esercitava solo in parte i propri diritti sovrani nella Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia; considerato che la Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia non opera come un vero stato di diritto e che in essa vengono gravemente violati i diritti umani, i diritti nazionali nonché i diritti delle Repubbliche e delle Regioni autonome; considerato che l'ordinamento federale della Jugoslavia non rende possibile la soluzione della crisi politica ed economica e che tra le Repubbliche jugoslave non si è addivenuti

possibili nuove formule di aggregazione (genericamente indicata quale "un'unione di Stati sovrani") con le altre Repubbliche[12].

Il contenuto dell'Atto, a sua volta, procede alla proclamazione della nuova forma costituzionale dell'ordinamento ("La Repubblica di Slovenia è uno Stato autonomo e indipendente") disponendo l'estinzione di quello precedente ("Nella Repubblica di Slovenia cessa di avere efficacia la Costituzione della Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia"). La continuità viene definita anche con riguardo alla sfera del diritto internazionale[13] e, in particolare, si confermano i confini già propri della RSFJ.

Accanto a questi contenuti, che potrebbero essere classificati come inerenti la "tecnica giuridica della secessione", l'Atto prosegue anche con una qualificazione della natura ideologica ed assiologica della nuova forma organizzativa dello Stato, di evidente matrice liberale e democratica[14] e, significativamente, si rivolge alle due minoranze nazionali più consistenti, l'italiana e l'ungherese[15].

In tal senso, potrebbe ritenersi che l'Atto anticipi i contenuti che si ritrovano nel vero e proprio Preambolo – molto sobrio – della Costituzione: quest'ultimo, infatti, si limita a richiamare l'Atto e il referendum e si ispira ai "diritti dell'uomo" e alle "libertà fondamentali" (oltre ad altri contenuti che verranno indicati oltre).

In sintesi, siamo di fronte ad un'articolazione di fatto del Preambolo in due fonti testuali, ciascuna con una propria distinta logica di sistema che, semplificando, potremmo definire di focalizzazione verso il passato e verso il futuro.

ad un accordo che consentisse l'emancipazione delle Repubbliche e dunque il passaggio dallo Stato federativo jugoslavo a un'unione di Stati sovrani".

[12] Si delinea, infatti, una prospettiva di dialogo: "fermamente determinata a far sì che la Repubblica di Slovenia rispetti gli eguali diritti delle altre Repubbliche jugoslave e che con esse regoli gradualmente, su base di eguaglianza, in modo democratico e pacifico, tutte le questioni inerenti alla comune esistenza e rispetti la loro sovranità e integrità territoriale; e, disposta a negoziare con le altre Repubbliche jugoslave, quale Stato autonomo e indipendente, anche in futuro i rapporti istituzionali ed altri".

[13] Così il testo: "La Repubblica di Slovenia si assume tutti i diritti e gli obblighi demandati dalla Costituzione della Repubblica di Slovenia e dalla Costituzione della RSFJ agli organi della RSFJ".

[14] Così il testo: "La Repubblica di Slovenia assicura la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali a tutte le persone che vivono sul territorio della Repubblica, indipendentemente dalla loro appartenenza nazionale, senza alcuna discriminazione, in conformità della Costituzione della Repubblica di Slovenia e dei trattati internazionali vigenti".

[15] Così il testo: "Alle Comunità italiana e ungherese presenti nella Repubblica di Slovenia e ai loro appartenenti sono garantiti tutti i diritti previsti dalla Costituzione della Repubblica di Slovenia e dai trattati internazionali vigenti".

Un secondo Preambolo che si distingue per l'attenzione rivolta ai profili procedimentali si riferisce alla Costituzione federale della Bosnia ed Erzegovina ma, paradossalmente, per motivi del tutto opposti a quelli testé indicati, e, dunque, in ragione di quello che non si dice ben più che di quello che si dica. Il testo, infatti, si limita a ricordare alcune tappe del processo di pace che ha portato alla conclusione del trattato di Dayton, del quale la Costituzione rappresenta nient'altro che l'Allegato IV[16].

Si tratta, palesemente, di un riflesso del problema ben noto come di "*ownership*" della Costituzione di un ordinamento composto ma in realtà estraneo ad ogni ipotesi di esercizio di autodeterminazione e dunque anche formalmente imposto a tutte la parti in causa ad opera della comunità internazionale[17]. Un testo estremamente – e comprensibilmente – laconico, pertanto, fatta eccezione per la connessione con il patrimonio assiologico di quest'ultima, destinato (auspicabilmente almeno) ad esercitare una funzione pedagogica. Nondimeno, occorre anche tenere presente che, come si dirà, è proprio questo Preambolo, paradossalmente, ad aver dato fondamento testuale ad un'importante decisione della Corte costituzionale che, in una prospettiva comparata, contribuisce a fare dei preamboli una fonte giuridicamente rilevante e vincolante in sede di interpretazione giurisprudenziale.

Ancora per contrasto è da menzionare la Costituzione della Croazia (1991), il cui lungo testo – oltre ad un'ampia ricognizione storica – si limita a fare riferimento a "*the inalienable and indivisible, non-transferable and nonexhaustible right of the Croatian nation to self-determination and state sovereignty, including its fully maintained right to secession and association*" e all'intento di "*respecting the will of the Croatian nation and all citizens, resolutely expressed in the free elections, the Republic of Croatia is hereby founded*".

Altrettanto può dirsi per il Preambolo costituzionale del Montenegro ("*the decision of the citizens of Montenegro to live in an independent and sovereign state of Montenegro, made in the referendum held on May 21, 2006*"), della Repubblica di Macedonia del Nord ("*the freely manifested will of the citizens of the Republic of Macedonia in the referendum of September 8th, 1991*") mentre tanto la Costituzione del Kosovo quanto quella della Serbia sono del tutto

[16] Si afferma, infatti, che "*Recalling the Basic Principles agreed in Geneva on September 8, 1995, and in New York on September 26, 1995, Bosniacs, Croats, and Serbs, as constituent peoples (along with Others), and citizens of Bosnia and Herzegovina hereby determine that the Constitution of Bosnia and Herzegovina is as follows (…)*".

[17] Si veda J. Woelk, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile*, Padova, 2008.

silenti sugli aspetti procedimentali che hanno condotto all'adozione della Costituzione.

Sul piano sistematico, ne deriva che, con riguardo alla Slovenia, l'articolazione delle fonti citate può suggerire che sia stato esercitato un potere costituente sotto forma di revisione costituzionale, con la quale, tuttavia, si è operata una autentica transizione costituzionale con mutamento della forma di stato, mentre negli altri ordinamenti – compresi Croazia, Montenegro e Macedonia del Nord con il rispettivo richiamo del referendum costitutivo – ci si trova di fronte all'esercizio di un procedimento democratico di formazione di un nuovo ordinamento e di una nuova forma di stato.

3. *La storia quale fonte di legittimazione dell'indipendenza*

Il Preambolo di ordinamenti che accedono allo *status* di statualità sovrana attraversi un atto di secessione non potrebbe non ricercare e individuare nella storia uno dei fattori più rilevanti di giustificazione. Nel caso delle Repubbliche ex-jugoslave si tratta, a ben vedere, di un aspetto condiviso, sia pure con accentuazioni diverse, che includono il riferimento o una statualità pregressa, o al concetto di nazione e, in tutti i casi, al titolo fondativo radicato nell'esercizio dell'autodeterminazione.

Ancora una volta, è la Slovenia a rappresentare, anche sotto questo profilo, un'eccezione, in quanto l'unica forma statuale del passato richiamata dall'Atto costitutivo fondamentale è quella, di immediata provenienza, relativa alla Repubblica socialista. Nessun accenno, invece, come pure ci si sarebbe potuti aspettare, al lungo periodo di appartenenza all'Impero absburgico, che già aveva segnato un'importante transizione di forma di stato e di ordinamento giuridico[18].

Tutto all'opposto, il Preambolo della Croazia spazia nella storia per ricostruire la propria "*millennial statehood*"[19], richiama espressamente "*the Consti-*

[18] In argomento si rinvia alla prolusione letta in occasione dell'inaugurazione del primo anno accademico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Lubiana (1920) dal suo Preside, Leonid Pitamic, intitolata *Law and Revolution*, pubblicata (per la prima volta in inglese) e commentata in M. Accetto, K. Škrubej, J.H.H. Weiler (eds), *Law and Revolution. Past Experiences, Future Challenges*, Abingdon and New York, 2024, disponibile anche in *open access*.

[19] L'*excursus* storico parte dalla "*formation of Croatian principalities in the seventh century; The independent mediaeval state of Croatia founded in the ninth century; The Kingdom of Croats established in the tenth century*" e prosegue richiamando le fasi successive ("*The preservation of the identity of the Croatian state in the Croatian-Hungarian personal union; The independent and*

tution of the People's Republic of Croatia (1947) and all later constitutions of the Socialist Republic of Croatia (1963-1990)" nonché "*the victory of the Croatian nation and Croatia's defenders in the just, legitimate and defensive war of liberation, the Homeland War (1991-1995)*".

Anche il Preambolo della Costituzione della Macedonia del Nord risale nel passato ma in modo del tutto generico, fatta eccezione – anche in questo caso – per il periodo riconducibile alla "*constitutional and legal continuity of the Macedonian state as a sovereign republic within Federal Yugoslavia*"[20].

La Serbia non ha avuto di certo l'esigenza di ricostruire in modo analitico la propria statualità nella storia ed infatti il succinto Preambolo della Costituzione indugia quasi esclusivamente sui gravi problemi connessi alla propria integrità territoriale del presente[21].

4. *La titolarità dell'autodeterminazione*

Uno dei connotati tipici della più recente generazione di Costituzioni dell'Europa centrale, orientale e sudorientale nonché uno dei contributi che esse offrono ad una prospettiva aggiornata di ricerca nel diritto costituzionale

sovereign decision of the Croatian Parliament (Sabor) of 1527 to elect a king from the Habsburg dynasty; The independent and sovereign decision of the Croatian Parliament of the Pragmatic Sanction of 1712; The conclusions of the Croatian Parliament of 1848 regarding the restoration of the Triune Kingdom of Croatia under the authority of the Banus grounded on the historical, national and natural right of the Croatian nation; The Croatian-Hungarian Compromise of 1868 on the relations between the Kingdom of Dalmatia, Croatia and Slavonia and the Kingdom of Hungary, grounded on the legal traditions of both states and the Pragmatic Sanction of 1712"), sino alle varie fasi dell'invasione a metà '900 e della seconda guerra mondiale.

[20] Così il breve testo: "*Taking as the points of departure the historical, cultural, spiritual and statehood heritage of the Macedonian people and their struggle over centuries for national and social freedom as well as for the creation of their own state, and particularly the traditions of statehood and legality of the Krushevo Republic and the historic decisions of the AntiFascist Assembly of the People's Liberation of Macedonia, together with the constitutional and legal continuity of the Macedonian state as a sovereign republic within Federal Yugoslavia*".

[21] 1. In tal senso si veda il Preambolo: "*Considering the state tradition of the Serbian people and equality of all citizens and ethnic communities in Serbia, Considering also that the Province of Kosovo and Metohija is an integral part of the territory of Serbia, that it has the status of a substantial autonomy within the sovereign state of Serbia and that from such status of the Province of Kosovo and Metohija follow constitutional obligations of all state bodies to uphold and protect the state interests of Serbia in Kosovo and Metohija in all internal and foreign political relations*".

comparato si riferiscono all'inquadramento normativo del fenomeno del pluralismo delle identità di singoli segmenti della popolazione.

Si tratta di una delle conseguenze più marcate del prolungato periodo di permanenza di queste società in contesti ordinamentali di natura plurinazionale (l'impero asburgico, l'impero russo zarista, l'impero ottomano) nei quali non ha avuto modo di generarsi e svilupparsi una nozione paritaria e priva di ulteriori qualificazioni quale la cittadinanza *tout court*, ossia eguale, paritaria e indifferenziata, tipica del regime unitario e uniformante degli Stati nazione dell'Europa occidentale. Il riconoscimento costituzionale delle identità differenziate si rivela, di conseguenza, lo strumento idoneo per metabolizzare, da un lato, l'esistenza di questa forma di pluralismo ed impostarne una gestione razionale rispettosa delle minoranze – conforme ad un modello dello Stato nazionale a vocazione mutinazionale e promozionale[22] – ed altresì per contenere entro un quadro di sostenibilità razionale, dall'altro, la valorizzazione del concetto di nazione e delle sue degenerazioni nazionaliste che – caduta l'ideologia comunista e la sua vocazione autoritaria e totalitaria – minacciavano seriamente l'esito della transizione post-jugoslava (come, del resto, avvenuto soprattutto in Bosnia, anche in base ad un fondamento religioso)[23].

In questo complesso scenario, il Preambolo rappresenta la sede nella quale dare evidenza e visibilità (interna ed esterna) alle necessarie mediazioni insite in un processo di configurazione di nuovi assetti riconducibili, allo stesso tempo, sia allo *state-building*, sia al *nation-building*, La mediazione di sistema si ritrova spesso nel riferimento prioritario – ed inevitabile – della titolarità dell'autodeterminazione statuale sovrana alla nazione, nell'aggregazione nel relativo esercizio delle minoranze (o nazionalità), ossia delle identità differenziate, ed altresì, da ultimo, nella valorizzazione indiretta del concetto di cittadini e di cittadinanza indifferenziata.

Nel Preambolo della Costituzione della Slovenia si afferma "*the fundamental and permanent right of the Slovene nation to self-determination*" e che "*from the historical fact that in a centuries-long struggle for national liberation we Slovenes have established our national identity and asserted our statehood*" (enfasi aggiunta). Ma si è anche visto come l'Atto Costituzionale Fondamentale

[22] Si veda R. Toniatti, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, in T. Bonazzi e M. Dunne (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, 294; e, più in generale, F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Milano, III ed., 2012.

[23] R. Toniatti, *La transizione costituzionale nei Balcani occidentali e il paradigma costituzionale europeo: il pluralismo delle fonti e delle identità*, in L. Montanari, R. Toniatti, J. Woelk (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionaledei Balcani: Diritti e garanzie*, Trento, 2010, 267.

– giova ripetere – garantisca "la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali a tutte le persone che vivono sul territorio della Repubblica, *indipendentemente dalla loro appartenenza nazionale, senza alcuna discriminazione* [enfasi aggiunta] …" e statuisca che "alle Comunità italiana e ungherese presenti nella Repubblica di Slovenia e ai loro appartenenti sono garantiti tutti i diritti previsti dalla Costituzione della Repubblica di Slovenia e dai trattati internazionali vigenti". Si tratta di un'anticipazione preordinata a dare evidenza a quanto successivamente prescritto dall'art. 3 in tema di cittadinanza ("La Slovenia è lo Stato di tutti i suoi cittadini, fondato sul diritto permanente e inalienabile della nazione slovena all'autodeterminazione") e dall'art. 5 a proposito, ancora una volta, delle due minoranze ("Lo Stato …tutela e garantisce i diritti della comunità nazionale autoctona italiana e di quella ungherese").

Nel Preambolo della Costituzione croata sono frequenti i richiami alla nazione croata ("*the inalienable and indivisible, non-transferable and nonexhaustible right of the Croatian nation to self-determination and state sovereignty …, the Republic of Croatia is hereby established as the nation state of the Croatian nation*") ma contestualmente si afferma altresì che la Repubblica di Croazia è "*the state of the members of its national minorities: Serbs, Czechs, Slovaks, Italians, Hungarians, Jews, Germans, Austrians, Ukrainians, Rusyns, Bosniaks, Slovenians, Montenegrins, Macedonians, Russians, Bulgarians, Poles, Roma, Romanians, Turks, Vlachs, Albanians and others who are its citizens and who are guaranteed equality with citizens of Croatian nationality and the exercise of their national rights*".

La tutela delle minoranze è poi dettagliata nel testo costituzionale, a partire dall'art. 15 quale norma di portata generale[24].

La medesima tecnica normativa, con qualche sottile distinzione, si ritrova anche nei Preamboli di Macedonia del Nord e Montenegro.

Nel primo caso, si proclama espressamente che "*Macedonia is established as a national state of the Macedonian people*" ma si precisa subito dopo "*in which full equality as citizens and permanent co-existence with the Macedonian people is provided for Albanians, Turks, Vlachs, Romanies and other nationalities living in the Republic of Macedonia*"; si imputa l'esito del referendum

[24] Così il relativo testo: "*Members of all national minorities shall have equal rights in the Republic of Croatia. Equality and protection of the rights of national minorities shall be regulated by the Constitutional Act which shall be adopted in the procedure provided for the organic law. Besides the general electoral right, the special right of the members of national minorities to elect their representatives into the Croatian Parliament may be provided by law. Members of all national minorities shall be guaranteed freedom to express their nationality, freedom to use their language and script, and cultural autonomy*".

per l'indipendenza a "*the freely manifested will of the citizens of the Republic of Macedonia*"; si introducono le nozioni di "*ethnic equality*" e di "*a common home for the Macedonian people with the nationalities living in the Republic of Macedonia*"[25].

Anche nel secondo, si riconosce sia "*the decision of the citizens of Montenegro to live in an independent and sovereign state of Montenegro, made in the referendum held on May 21, 2006*", sia "*the commitment of the citizens of Montenegro to live in a state in which the basic values are freedom, peace, tolerance, respect for human rights and liberties, multiculturalism, democracy and the rule of law*", sia, infine, "the determination that we, as *free and equal citizens, members of peoples and national minorities* who live in Montenegro: Montenegrins, Serbs, Bosniacs, Albanians, Muslims, Croats and the others, are committed to democratic and *civic Montenegro*" (enfasi aggiunta).

Oltre alle statuizioni già contenute nel Preambolo, la Costituzione del Montenegro dedica al tema del pluralismo delle identità un Capitolo "speciale" della Parte 2 (*Human Rights and Liberties*") espressamente rivolto ai "*Minority Rights*", con una disciplina dettagliata[26], nella quale è contenuto anche,

[25] Anche in questo caso può dirsi che il Preambolo dia specifica visibilità al tema, anticipando ulteriori disposizioni, in particolare l'art. 48 a mente del quale: "*Members of nationalities have a right freely to express, foster and develop their identity and national attributes. The Republic guarantees the protection of the ethnic, cultural, linguistic and religious identity of the nationalities. Members of the nationalities have the right to establish institutions for culture and art, as well as scholarly and other associations for the expression, fostering and development of their identity. Members of the nationalities have the right to instruction in their language in primary and secondary education, as determined by law. In schools where education is carried out in the language of a nationality, the Macedonian language is also studied*".

[26] L'art. 79 prevede, infatti, che "*Persons belonging to minority nations and other minority national communities shall be guaranteed the rights and liberties, which they can exercise individually or collectively with others, as follows: 1. the right to exercise, protect, develop and publicly express national, ethnic, cultural and religious particularities; 2. the right to choose, use and publicly post national symbols and to celebrate national holidays; 3. the right to use their own language and alphabet in private, public and official use; 4. the right to education in their own language and alphabet in public institutions and the right to have included in the curricula the history and culture of the persons belonging to minority nations and other minority national communities; 5. the right, in the areas with significant share in the total population, to have the local self-government authorities, state and court authorities carry out the proceedings in the language of minority nations and other minority national communities; 6. the right to establish educational, cultural and religious associations, with the material support of the state; 7. the right to write and use their own name and surname also in their own language and alphabet in the official documents; 8. the right, in the areas with significant share in total population, to have traditional local terms, names of streets and settlements, as well as topographic signs written in the*

di particolare rilievo, l'art. 80, il quale stabilisce che "*Forceful assimilation of the persons belonging to minority nations and other minority national communities shall be prohibited. The state shall protect the persons belonging to minority nations and other minority national communities from all forms of forceful assimilation*".

Mentre il Preambolo della Costituzione della Serbia ignora del tutto il tema della titolarità dell'autodeterminazione, nel testo del Preambolo del Kosovo – paradossalmente, a causa dei gravissimi problemi sorti in conseguenza della secessione del territorio dalla Serbia (non riconosciuta da tutti gli Stati membri dell'Unione Europea) – compaiono solo ed esclusivamente riferimenti unitari e "civici": nello stesso incipit del documento si legge un solenne ed emblematico "*We, the people of Kosovo*", si prospetta un futuro nel quale lo Stato rappresenta "*a homeland to all of its citizens*"; si precisa "*a state of free citizens that will guarantee the rights of every citizen, civil freedoms and equality of all citizens before the law*".

Quasi a compensazione di tale opzione di privilegiare un'immagine "non-nazionale" o "non-etnica" e di dare, dell'ordinamento del Kosovo, una configurazione più rappresentativa di una realtà "civica" fondata su un concetto di cittadinanza non qualificata da fattori di identità, la Costituzione dedica al tema un intero Capitolo III, dedicato a "*Rights of Communities and their Members*"[27].

Come anticipato, è il Preambolo della Costituzione della Bosnia ed Erzegovina che, seguendo il modello prevalente sopra indicato – tendenzialmente equilibrato ed articolato fra riferimento a nazione, minoranze e cittadinanza – è stata valorizzato nel suo potenziale prescrittivo da una pronuncia molto rilevante della Corte costituzionale (sentenza U 5/98). Il ricorso era stato presentato contro singole disposizioni delle Costituzioni delle due Entità federate – la Federazione di Bosnia ed Erzegovina e della *Republika Srpska* – ritenute in

language of minority nations and other minority national communities; 9. the right to authentic representation in the Parliament of the Republic of Montenegro and in the assemblies of the local self-government units in which they represent a significant share in the population, according to the principle of affirmative action; 10. the right to proportionate representation in public services, state authorities and local self-government bodies; 11. the right to information in their own language; 12. the right to establish and maintain contacts with the citizens and associations outside of Montenegro, with whom they have common national and ethnic background, cultural and historic heritage, as well as religious beliefs; 13. the right to establish councils for the protection and improvement of special rights".

[27] Si tratta dell'art. 57 ("*General Principles*"), dell'art. 58 ("*Responsibilities of the State*"), dell'art. 59 ("*Rights of Communities and their Members*"), dell'art. 60 ("*Consultative Council for Communities*"), dell'art. 61 ("*Representation in Public Institutions Employment*").

violazione del Preambolo federale e discriminatorie in relazione all'imputazione della titolarità soggettiva dell'autodeterminazione a "*Bosniacs, Croats, and Serbs, as constituent peoples (along with Others)*".

La Corte ha precisato che "*the constitutional principle of collective equality of constituent peoples following from the designation of Bosniacs, Croats and Serbs as constituent peoples prohibits any special privilege for one or two of these peoples, any domination in governmental structures or any ethnic homogenisation through segregation based on territorial separation*"[28].

5. *La forma della democrazia costituzionale liberale e sociale*

La definizione della forma di Stato è uno dei contenuti tipici dei Preamboli costituzionali, a maggiore ragione se in coincidenza con una transizione da un regime socialista ad un assetto di democrazia costituzionale liberale e sociale. Da questo punto di vista, i Preamboli delle giovani Repubbliche ex-jugoslave non rappresentano un'eccezione né, d'altra parte, offrono spunti originali o di particolare interesse.

In Slovenia, il riferimento esclusivo è alla "salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" nell'Atto costituzionale fondamentale e ai "diritti dell'uomo e le libertà fondamentali" nel Preambolo in senso stretto. Anche gli altri ordinamenti rappresentano in proposito un'immagine essenziale e contenuta[29].

[28] In proposito cfr. L. Montanari, *Le minoranze: il caso della Bosnia ed Erzegovina*, in *DPCEOnline*, 2021; sulla sentenza, in particolare, cfr. F. Palermo, *Bosnia.-Erzegovina: La Corte Costituzionale fissa i confini della (nuova) società multietnica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 1479 ss.; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Comments on the Implementation of Decision U5/98 ("Constituent Peoples") of the Constitutinal Court of Bosnia and Herzegovina by the Amendments to the Constitution of the Republika Srpska*, 2002; J.O. Frosini, *Constitutional Preambles More than Just a Narration of History*, in *University of Illinois Law Review*, 2017, 618 ss.

[29] Ad esempio, a fronte del silenzio in proposito nel Preambolo della Serbia, "*the Republic of Croatia is hereby founded and shall develop as a sovereign and democratic state in which equality, freedoms and human rights are guaranteed and ensured, and their economic and cultural progress and social welfare promoted*"; il Montenegro si proietta come "*a state in which the basic values are freedom, peace, tolerance, respect for human rights and liberties, multiculturalism, democracy and the rule of law* (…)"; la Macedonia del Nord prospetta "*the establishment and consolidation of the rule of law as a fundamental system of government; the guaranteeing of human rights, citizens, freedoms and ethnic equality;* (…) *and on the provision of social justice, economic wellbeing and prosperity in the life of the individual and the community*"; il Kosovo si riferisce a sé stesso come ad "*a free, democratic and peace-loving country* (…)" e si qualifica come "*committed to*

Il Preambolo del Montenegro aggiunge "*the conviction that the state is responsible for the preservation of nature, sound environment, sustainable development, balanced development of all its regions and the establishment of social justice*".

In linea con le peculiarità del proprio contesto di origine, nelle diverse articolazioni del testo del Preambolo della Bosnia ed Erzegovina si legge che "*based on respect for human dignity, liberty, and equality, dedicated to peace, justice, tolerance, and reconciliation, convinced that democratic governmental institutions and fair procedures best produce peaceful relations within a pluralist society, desiring to promote the general welfare and economic growth through the protection of private property and the promotion of a market economy*".

6. *La vocazione europea ed internazionale*

Alcuni dei Preamboli delle Repubbliche ex-jugoslave – con le rilevanti eccezioni di Croazia, Serbia e Slovenia – offrono un orientamento favorevole a concezioni di politiche estera di tipo occidentale, più spesso di collegamento con l'Europa e l'Unione Europea e di alleanza atlantica.

Il testo più articolato sembra essere il Preambolo costituzionale del Kosovo[30] mentre quello del Montenegro si limita ad indicare "*the dedication to cooperation on equal footing with other nations and states and to the European and Euro-Atlantic integrations*".

Inevitabile è il riferimento, nel Preambolo costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, alla comunità internazionale e alle sue fonti[31].

the creation of a state of free citizens that will guarantee the rights of every citizen, civil freedoms and equality of all citizens before the law; committed to the state of Kosovo as a state of economic wellbeing and social prosperity".

[30] Così il testo: "*convinced that the state of Kosovo will contribute to the stability of the region and entire Europe by creating relations of good neighborliness and cooperation with all neighboring countries; convinced that the state of Kosovo will be a dignified member of the family of peaceloving states in the world; with the intention of having the state of Kosovo fully participating in the processes of Euro-Atlantic integration*".

[31] Si veda: "*guided by the purposes and principles of the Charter of the United Nations, committed to the sovereignty, territorial integrity, and political independence of Bosnia and Herzegovina in accordance with international law, determined to ensure full respect for international humanitarian law, inspired by the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, and the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, as well as other human rights instruments*".

Degna di nota, in argomento, è anche una disposizione della Costituzione della Croazia che, benché non contenuta nel Preambolo, potrebbe farne parte, a condizione, probabilmente, di garantirne la sicura precettività: si tratta dell'art. 135, che intende escludere dall'orizzonte dello Stato qualsivoglia prospettiva di riproposizione di un futuro assetto ispirato al modello della ex-Jugoslavia[32].

7. *Rilievi finali*

La ricognizione fin qui svolta del testo dei Preamboli costituzionali delle Repubbliche ex-jugoslave ha confermato le ipotesi e le aspettative della partenza: il Preambolo è una sede di comunicazione di contenuti ricorrenti corrispondenti ad una logica condivisa e funge da componente selettiva "nobile" dell'architettura costituzionale attraverso la quale si conferisce la massima visibilità all'immagine di sé che si vuole trasmettere; esso opera, di conseguenza, come un riflettore che dà luce alla esibizione dei contenuti ritenuti più meritevoli di venire palesati con una propria autonomia.

Gli ordinamenti *de quibus* hanno univocamente assunto l'orientamento favorevole all'*an* di un Preambolo[33] ma anche, in ampia misura, su alcuni suoi contenuti che potrebbero essere valutati quali tipici di questa esperienza di transizione costituzionale, almeno per quanto concerne sia la ricerca di una legittimazione storica della scelta dell'indipendenza, sia l'attribuzione della titolarità del diritto all'autodeterminazione in un quadro di gestione del pluralismo delle identità culturali. In proposito, non sorprende di certo la valorizzazione del fattore "nazione" – sorprende, piuttosto, una valorizzazione tendenzialmente equilibrata, a fronte delle dimensioni storiche assunte dal contestuale nazionalismo politico – sia pure in modo compatibile con quel principio di "eguaglianza collettiva" – riferita proprio al fattore pluralista – felicemente ricavato dalla Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina proprio dalla formulazione del testo del Preambolo di quell'ordinamento.

[32] Così il testo dell'art. 135: "Procedure for the association of the Republic of Croatia into alliances with other states may be instituted by at least one- third of the representatives of the Croatian Parliament, the President of the Republic and the Government of the Republic of the Croatia. *It is prohibited to initiate any procedure for the association of the Republic of Croatia into alliances with other states if such association leads, or might lead, to a renewal of a South Slav state community or to any Balkan state form of any kind*" (enfasi aggiunta).

[33] In proposito è stato acutamente osservato che "*if a preamble has been written the words it contains have a reason*", in J.O. Frosini, *Constitutional Preambles*, cit., 153.

La materia oggetto di questa riflessione si è rivelata di grande interesse e meriterebbe ulteriori approfondimenti, anche con il contributo di esperti linguisti delle lingue originarie dei testi[34].

[34] In questo lavoro si è fatto riferimento ai testi tradotti in inglese della raccolta *constitute project*, fatta eccezione per la Slovenia che, per rispetto delle due più significative minoranze nazionali, ha ufficialmente tradotto la propria Costituzione in italiano e in ungherese.

SOME ISSUES IN THE ENFORCEMENT OF LAW ON PROTECTION OF COMPETITION IN SERBIA

Radovan D. Vukadinović

SUMMARY: 1. Legal framework for the regulation of competition in Serbia. – 2. Subject and scope of the application of the Law on protection of competition. – 3. Types of competition infringement. – 4. The bodies and procedures for establishing competition infringements. – 4.1. Public enforcement. – 4.2. Private enforcement.

1. *Legal framework for the regulation of competition in Serbia*

History of regulating competitors' behaviour within the scope of rules on preventing unfair competition in Serbia date back to the first half of the 19th and 20th century.[1] After the Second World War, new social and political system of Socialist Yugoslavia was based on state ownership, and then on social ownership, social consensus and self-government agreements. Although in this period monopoly and cartel agreements were prohibited[2], these bans and restrictions could apply only within the boundaries of planned economy and associated labor. The conditions for market behavior of economic subjects were created after the adoption of the Constitution of 1974[3] and the Law on preventing unfair competition and monopoly agreements.[4] However, the Antitrust law was not adopted before 1996 when it was passed as a part of the measures aimed at establishing market economy. This law, which was modified and amended several times[5] represented the first legal regulation of competition in Serbia. The Antitrust law was replaced by the Law on Protection of com-

[1] See: R. Prica, *Unfair competition*, doctoral thesis, Belgrade, 1962, states that there was a special regulation from 1822 forbidding tradesmen to denounce the cattle of other tradesmen. Later on, in 1922 the Law on protection of industrial property was passed and in 1930 the Kingdom of Yugoslavia passed the Law on preventing the unfair competition.

[2] The Basic law on regulating business market relationship (Official Journal of FNRY, no. 30/62) proclaimed the principle of free and independent business activities of business organizations in the market.

[3] Official Journal of SFRY, no. 9/1974.

[4] Official Journal of SFRY, no. 24/74.

[5] Official Journal of SRY, no. 29/96 and Official Gazette of RS, no. 85/2005 - oth. law.

petition which was adopted in 2005.[6] The current Law on Protection of competition (further referred to as the Law) was adopted in 2009 and ammended in 2013[7]. Its provisions represent "the reception of the European Community law".[8] In addition to this Law, Serbia can apply EU rules as exterritorial; namely, although Serbia is not an EU country, it has a status of a candidate country and EU rules on protection of competition can be applied as exterritorial to "the acts and practices performed outside its territory which affect or could affect the competition on the territory of the Republic of Serbia".[9] By signing the Stabilization and Association Agreement with EU and its member States in 2008 [10] Serbia agreed to implement Articles 81, 82, 86 and 87 of the EU Treaty on the Functioning (presently they are articles 101, 102, 106 and 107) as well as "the instruments for interpretation which were adopted by EU institutions" ... "to the extent that could affect the trade between European Union and Serbia". Also, the rules governing the protection of competition are included into a number of international treaties, such as the Central European Free Trade Agreement - CEFTA[11] (Article 20) and the Agreement establishing the Energy Community (Articles 18 and 19).[12]

2. *Subject and scope of the application of the Law on protection of competition*

The subject of the Law on protection of competition is "the protection of competition in the market of the Republic of Serbia, in order to achieve economic prosperity and well-being of the society, and especially the benefit of the consumers…". Although the protection of consumers' interests is the central

[6] Official Gazette of RS, no. 79/2005

[7] Official Gazette of RS, no. 51/2009 and 95/2013.

[8] M. Stanivuković, *Sud Evropske unije i pravo konkurencije*, Belgrade 2010, 5.

[9] Article 2 of the Law.

[10] Law on the ratification of Stabilization and Association Agreement, Official Gazette of RS - International treaties, no. 83/2008.

[11] Law on the ratification of the Agreement on the change and accession to Central European Free Trade Agreement – CEFTA, Official Gazette of RS- International treaties, no. 88/2007.

[12] Law on the ratification of the Agreement establishing the Energy Community between the European Community and Republic of Albania, Republic of Bulgaria, Bosnia and Herzegovina, Republic of Croatia, FYR of Macedonia, Republic of Montenegro, Romania, Republic of Serbia and Temporary Mission of the United Nations on Kosovo according to the Resolution 1244 of the UN Security Council, signed on October 25th, 2005 in Athens, Official Gazette, no. 62/2006.

goal of modern competition laws,[13] the law makes difference between protection of competition and protection of consumers because consumers cannot be put in the same line with buyers or suppliers, or potential competitors. Despite its complementarity, the law on protection of consumers and competitors represents two different legal disciplines[14] which realize their goals through different means, based on different principles. Thus, the protection of consumers is based on the assumption and principle that consumers are a weaker party in the market who need to be directly protected. Competition law protects competitors, as mere market participants, only indirectly by providing them with fair and predictable market conditions.

From the territorial point of view, the Law applies to acts and practices performed on the territory of the Republic of Serbia, that is to acts and practices performed outside its territory which affect or could affect the competition on the territory of the Republic of Serbia. As for the type of entity, the Law applies to all natural and legal entities who, directly or indirectly, permanently, temporary or on a one-term basis participate in trade of goods and services, regardless of their legal status, ownership, citizenship or state affiliation. This inludes domestic and foreign companies and entrepreneurs, state authorities, bodies of territorial autonomy and local government, other natural and legal entities and associations of undertakings, public enterprises, companies, entrepreneurs and other undertakings who perform activities of public interest, or those that have been given a fiscal monopoly through the act of competent state authority.[15] They are generally referred to as undertakings. The Law also applies to affiliated undertakings which are more closely regulated in Article 5 of the Law, whereas the control over an undertaking is defined as a "possibility of decisive influence on the conduct of activities of another or other undertakings". Affiliated undertakings within the meaning of this Law are considered as a single undertaking.

[13] S. Nathani, P. Akman, *The Interplay between Consumer Protection and Competition Law in India*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 5, 2017, 197. Also see: OECD, *The Interface Between Competition and Consumer Policies (Policy Roundtables)*, DAF/COMP/GF(2008) 10; K. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection*, Alphen aan den Rijn, 2005, especially ch. 7; M. Ioannidou, *Consumer Involvement Private EU Competition Law Enforcement*, Oxford, 2015, especially Part A.

[14] See: K.J. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection*, cit., 1.

[15] More on types of public enterprises and monopolies, see the expert's comments published in *Paragraph Lex* data base.

3. *Types of competition infringement*

Competition infringement includes acts or practices of undertakings that as their purpose or effect have or may have a significant restriction, distortion, or prevention of competition.

The Law regulates three types of prohibited behaviour which are considered to be illicit forms of competition infringement: restrictive agreements, abuse of dominant position and concentration of undertakings. Restrictive agreements are regulated by Article 10 of the Law as the agreements between undertakings which as their purpose or effect have a significant restriction, distortion, or prevention of competition in the territory of the Republic of Serbia.

They do not need to be complete documents/agreements, but can include certain contract provisions, express or tacit agreements, concerted practices, as well as decisions of undertakings associations. The Law provides the examples of restrictive agreements as those which in particular:

1) directly or indirectly set the purchasing or selling prices or other conditions of trade;

2) limit and control production, markets, technical development or investments;

3) apply dissimilar business conditions to equivalent transactions with respect to variety of undertakings, by which undertakings are placed in unfavorable position against competitors; 4) preconditions the conclusion of contract or agreements with the acceptance of supplementary obligations which, given their nature and trading customs and practices, are not related to the subject of the agreement;

5) share markets or sources of supply.

The Law distinguishes two types of restrictive agreements: horizontal and vertical based on the position of the parties on the market. If the parties operate at the same level of production and distribution chain, it is a horizontal agreement. If the parties operate at the different level of production and distribution chain, then it is a vertical agreement.

Both restrictive agreements could be prohibited under conditions set in Article 14 of the Law and void, except in cases of exemption from the prohibition pursuant to this Law. Restrictive agreements may be exempted from the prohibition if they contribute to the improvement of production and trade, or incite technical or economic progress, while providing consumers with a fair share of benefits, provided that they do not impose restrictions on undertakings that are not necessary for achieving objectives of the agreement, that is, do not exclude competition in the relevant market or in its substantial part. In addition to individual exemption, the Law also foresees the exemption from

prohibition according to categories of agreements (group exemptions, Article 13) or agreements of minor importance.

In case of individual exemption, the request must come from a party to restrictive agreement who bears the burden of proving that the prescribed conditions are fulfilled. The period to which the individual exemption refers cannot be longer than eight years.

Group exemptions are considered to be approved if both general and specific conditions are fulfilled without submitting the agreement to the Commission to decide on its exemption.

The second form of forbidden conduct is *the abuse of dominant position*. Based on Article 15 of the Law, the dominant position holds an undertaking that because of its market power in the relevant market can substantially independently operate in relation to actual or potential competitors, customers, suppliers or consumers. The market power of undertakings is determined in relation to the relevant economic and other indicators, listed in the Law. Two or more legally independent undertakings may have a dominant position if they are economically linked in such a way that in the relevant market they jointly perform or act as one participant (collective dominance). The Commission carries the burden of proving the dominant position on the relevant market. The Law, as well as comparative law, does not prohibit gaining and having a dominant position[16]. What is prohibited is the abuse of a dominant position in the market. When determining whether there is an abuse of dominant position in the relevant market, the Administrative Court, as the body of second instance, must explain the situation in the relevant market and relevant geographical market, then the difference between unequal and unfair business conditions, as well as the consequences of the competition infringement since they are all the elements of the right to a reasoned court decision.[17]

The Law presents the following examples of the abuse of a dominant positiona, in particular the practices which:

1) directly or indirectly impose unfair purchasing or selling prices or other unfair business conditions;

2) limit production, markets or technical development;

3) apply dissimilar business conditions to equivalent operations with respect to a variety of undertakings, by which some undertakings are placed in unfavorable position compared to competitors;

4) precondition the conclusion of agreement with the acceptance of sup-

[16] See: R. Vukadinović, J. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo EU*, Belgrade, 2020, 330.

[17] See: Judgement of the Supreme Court of Cassation, Uzp 342/2017 of 17/11/2017. *Paragraph Lex* data base.

plementary obligations by other party, that given their nature or trading customs are not related to the subject of agreement.

The third type of the competition infringement foreseen by the Law is *concentration of undertakings*. Based on Article 17 of the Law, the concentration of undertakings occurs in the following cases:

1) mergers and other statutory changes in which a merger of undertakings occurs, within the meaning of the law governing status of companies;

2) acquisition of direct or indirect control, within the meaning of Article 5, Paragraph 2 hereof, by one or more undertakings over another or more undertakings or over part or parts of other undertakings, who may represent an independent business entity;

3) joint venture of two or more undertakings in order to create a new undertaking or to gain a joint control, within the meaning of Article 5, paragraph 2 hereof, over an existing undertaking who operates on a long term basis and has all functions of an independent undertaking.

Two or more transactions between the same undertakings concluded during the period of less than two years are considered as a concentration, whereas the time of its occurrence is considered to be the day of the last concluded transaction.

However, the mere existence of a restrictive agreement, or a dominant position, or a concentration of undertakings is not unlawful and punishable by itself. Whether an undertaking's behaviour will be forbidden and punished depends on the extent and intensity of competition infringement and incurred damages.

The Law measures the extent of a competition infringement in relation to its intensity and territory. As for the intensity, the Law adopted the formulation from Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union where it is graded as prevention, restriction or distortion of competition. The agreements which do no produce such effects are not considered to be restrictive. On the other side, it is necessary that such agreements (and other acts and practices) contain a goal or a consequence that already *significantly* contributes, or could contribute, to prevention, restriction or distortion of competition. Namely, the mere signing of the agreement imposes certain obligations to the parties which change (distort) the market structure and influence behaviour of other undertakings, which would probably not have occurred if the agreement had not been signed. Therefore, the Law does not prohibit all agreements, but only those which have *significant adverse* effects, that is which prevent, restrict and distort competition. There may be some confusion related to the interpretation of the formulation that not only those agreements which produce distorting effects on competition are forbidden,

but also those agreements "whose goal" is distortion of competition. However, since these agreements did not produce harmful effects, the above given formulation should be taken only as preventiv – to prevent the adverse effects in advance.

4. *The bodies and procedures for establishing competition infringements*

The Law foresees the Commission for protection of competition (further referred to as the Commission) as a body authorized to ensure the compliance with competition law and respect of market procedures. The Commission is an independent and autonomous organization that performs public competences in accordance with this Law. The Commission has the status of a legal entity. Its governing body is the Council consisting of the President and four members. The Council passes all major decisions and acts under its competences unless otherwise regulated by its Statute or this Law. The President of the Commission represents and appears for the Commission, passes decisions and performs other activities in accordance with the Statute and law. He is accountable for his work to the National Assembly, to which he shall submit an annual work report.

The Commission has a number of delegated and transferred competences, and, for the purpose of this paper, we will mention three of its general competencies. According to the provision 21(1) Commission is authorized to decide on the rights and obligations of undertakings in accordance with the Law, to impose administrative measures in accordance with this Law and to organize, undertake and supervise implementation of measures that secure protection of competition. In further text we will analyze the procedure and method used for settling disputes related to the rights and duties of unertakiangs.

The rights and duties of undertakings are executed through public and private enforcement of competition law. In the European Union, public enforcement is conducted by the European Commission, and in member States by independent regulatory bodies, while private enforcement is carried out by general or specialized courts in accordance with national regulations. In Serbia public enforcement is performed by the Commission for protection of competition, while private enforcement is conducted in national courts of competent jurisdiction. These are complex and complementary procedures where the Commission for the Protection of Competition decides on the existence of competition infringement in the relevant market and imposing adequate measures, while the Administrative Court assesses the legality of

the Commission's final decision.[18] National courts adjudicate the claims for damage compensation.

4.1. *Public enforcement*

The goal of public enforcement is to determine whether a competition infringement has occurred, and if it has, to stop further infringement and prevent harmful effects. For that purpose, the Commission and national regulatory bodies impose protective measures, such as interim orders or structural measures, as well as heavy fines on infringers. The main purpose of these sanctions is to deter other undertakings from violating the provisions of competition law. The shortcoming of public enforcement of the Law is that it takes into account only the public interest and disregards the interest of the individuals who suffered the damage and other inconveniences because the imposed fines are paid into the state budget. The individuals may file claims and seek damage compensation before national courts, and this enforcement of the Law is generally known as private enforcement.

The procedure for public enforcement may be initiated by the parties or by the Commission *ex officio*. The Law foresees that the party in the procedure before the Commission is the undertakings that notifies concentration or requests individual exemption, as well as the undertaking against which the investigation procedure is initiated.[19] The parties in this procedure are claimants, persons that notified potential infringements regarding the competition, providers of information and data, experts and organizations whose analyses are used in the procedure, as well as other public entities and organizations cooperating with the Commission in the procedure.[20] The procedure of investigating the infringement of the competition is initiated *ex officio* when the Commission learns on the basis of submitted initiatives, and otherwise available information that there are plausible indications of the infringement, as well as in the case of investigation of the concentration. The order on the initiation of the procedure passed by the President of the Commission must contain a description of the

[18] The decree of the Supreme Cout of Cassation, Rev 4171/2018 of 04/04/2019. Paragraph Lex data base.

The decree of the Appellate Court in Belgrade, Gž 1370/2018 of 01/03/2018.

[19] Article 33.

[20] See: Decree of the Administrative Court which states the Court's opinion that "the undertakings which did not participate in the procedure preceding the adoption of a decree passed on the basis of the notification of concentration, is not actively legitimate for submitting the claim in an administrative procedure which contests the legality of that decree." Decree of Administrative Court no. 3U 2054/2019 of 09/05/2019. *Paragraph Lex* database.

action or the provisions of the law which might present the infringement of the competition, legal basis and reasons to initiate the procedure, as well as an invitation to all natural and legal persons to send the Commission the documents and other relevant information they have. Appeal against the order on initiation of the procedure is not permitted.

The Commission passes a decision on the infringement of competition, as well as on individual exemption and approval or prohibition of the concentration. Before passing a decision on possible infrigement of competition, the Commission will notify the party on important facts, evidence and other elements on wich its decision would be based upon and it shall invite the party to present its case.[21] Appeal against the final decision of the Commission may be filed to the Administrative Court to decide on it within 30 days from the date the party has received it. Appeal against the decision shall not postpone its execution. The lagality of Commission's decisions is determined based on the provisions of administrative law, unless otherwise determined by the Law.

Public enforcement of competition law includes the right of the Commission to issue administrative measures, such as the measure for protection of competition, measures for removal of results of competition infringement, or other administrative measures. *Measures for the protection of competition* are imposed in the form of a fine, a measure for removal of results of competition infringement, or other administrative measures. When determining the amount of fine under measure for protection of competition or procedural penalty, intention, gravity, consequences and period of the competition infringement are considered. Payment of the fines are into the account of the state budget. Finally, the Commission may issue *measures for removal* of results of competition infringement with the goal to eliminate, or prevent the infrigement of the same or similar kind, giving the order for certain behaviour, or to ban a certain behaviour (*behavioral measure*). These measures have to be proportionate to the infringement in question and in direct relation with acts or actions that caused it.

As the most severe measures, *structural measures* are issued if competition infrigement is determined, as well as significant danger of its repetition as a result of the structure of the undertaking, In that case the Commission may order a measure that requires decomposition of the structure, or restoring of the stracture that had existed before the infringement took place. Structural measure may particularly require decomposition of the structure of the undertaking through sell-off of its parts or property to the persons that are not connected to that undertaking.

[21] Judgement of the Supreme Court of Cassation, Uzp 233/2017 of 22/06/2017.

4.2. *Private enforcement*

While public enforcement of the Lw on protection of competition is aimed at achieving public goals which are designated in the Law as "potection of competititon", the aim of private enforcement is to allow individuals, as private persons to potect their subjective rights. These different goals have influenced other distinctions, in particular those related to the method of their realization in both procedural and substantive sense. Public enforcement is conducted at the national level by administrative and executive bodies through a special administrative procedure by passing measures for removal of the results of competition infringement. Private enforcement is conducted before national courts in regular civil procedures where the court may render restrictive agreements void, adjudicate the compensation for damages and order interim measures[22]. The reason for the introduction of private enforcement can be found in the character of public enforcement and the lack of available sanctions, but also in the overload of European Commision, particularly after the big enlargement of Euoropean Union in 2004. National courts in EU member States were allowed to conduct private enforcement of EU laws after the adoption of Regulation (EC) No 1/2003[23] and the recognition of direct effect according to the provisions of Article 101 (3) of EU Treaty on Functioning. In Serbia, private enforcement, as the right of an individual to initiate a claim for the compensation of damages is generally foreseen in Article 73 of the Law on protection of competition, adopted in 2009. According to the provisions of this Law, the compensation for damages caused by acts and practices which constitute competition infringement within the meaning of this Law, and which is determined by the decision of the Commission, may be claimed in a civil procedure before the court of competent jurisdiction. However, although more that a decade passed since the adoption and coming into force of this Law, the court practice has not recorded a single claim for the compensation for damages.[24] There is a number of reasons for this, in particular the decision of Serbian Constitutional

[22] J. Vukadinović Marković, *Ostvarivanje prava na naknadu štete zbog povrede prava konkurencije pred nacionalnim sudovima i arbitražnim tribunalima*, in *Naknada štete i osiguranje: savremeni izazovi*, Beograd, 2016. 183-193.

[23] Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 *on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, published in OJ L 1, 4 January 2003, 1-25.

[24] There was only one case when the consumer organization "Efektiva" initiated a law suit against three national banks, but after the decision of the Constitutional Court in which a section XXXVI of the Law on civil procedure regulating the protection of citizens collective rights and interests was proclaimed unconstitutional, the law suit was rejected.

Court in which a section of the Law on civil procedure[25] related to the protection of citizens collective rights and interests was proclaimed unconstitutional (Articles 494-505)[26]. According to the opinion of the Constitutional Court, the disputed section of the Law on civil procedure failed to define the notion of "collective rights and interests" this procedural mechanism was aimed at protecting. Furthermore, the Court stated that in order for a general act to be considered a law, its norms must be sufficiently precise to denote to which law suits they pertain to. In other words, the disputed articles failed to regulate which civil procedure can be considered as the procedure initiated to protect collective rights and interests, as well as to define the notion of "collective rights and interests".[27]

As for the court of competent jurisdiction, the Law on civil procedure contains a general provision stating that the compensation for damages caused by acts and practices which constitute competition infringement in terms of this Law, and which is determined by the decision of the Commission, may be claimed in a civil procedure before *the court of competent jurisdiction*.

However, national legislation does not regulate which courts are those. The nature of law suit (related to trade of goods or services) and the character of parties involved (undertakings are companies and entrepreneurs) point to basic courts of first instance as the courts of general jurisdiction. In that context we will interpret the provision from Article 4, paragraph 2 of the Law on the

[25] Official Gazette, no. 72/11.

[26] Decision of the Constitutional Court IUz no. 51/2012 of May 23rd, 2013, published in Official Gazette of RS, no. 49/2013 of June 2013.

[27] The Constitutional Court also questions the possibility that the law which regulates civil procedure can also regulate substantive issues, such as forms of collective protection of rights and interests, if they are not regulated by separate laws, although at the same time the Court states that such provisions are not unconstitutional by themselves. It further argues that the provisions of the Law on civil procedure assume that a civil procedure is aimed at protection of individual and subjective rights, while the provisions of Article 494-504 of the law regulate civil procedures which should in an abstract way protect citizens collective rights and interests, that is the rights and interests of an entire social group (associations, collectives). As for the issue of active legitimation of consumer associations, the Court contested their active legitimation given the fact that these associations, in terms of this law, are voluntary, non-profit NGOs, based on the freedom of association of natural persons or legal entities, established for the purpose of achieving or improving a certain common goal or a general interest. This means, the Court argues, that according to this law, the associations are not organized for the purpose of the realization of collective rights, but for the purpose of achieving the non-profit goals of common interest.

organization of courts[28] "that basic courts shall adjudicate in the first instance in civil litigation, unless some falls under the jurisdiction of another court".

The jurisdiction of private enforcement includes, in addition to adjudicating claims for damage compansation, the competence of the court to render cartel agreements void and order interim measures, which is not the subject of this paper.

Comparative law of EU member states shows that the courts of competent jurisdiction in these states are usually commercial (trade) courts[29] or basic courts, as the courts of general jurisdiction.

Since the regulations governing protection of competition are enforced before administrative or judicial bodies, it is necessary to determine mutual relationship between these two types of procedures. This issue becomes particularly important in case of, so called, parallel procedures, when the same case is decided before a national court and before the Commission for protection of competition. This can occur if a damaged party initiates a law suit for the compensation of damages before a court of competent jurisdiction while, at the same time, the Commission is deciding whether a competition infringement has taken place, or requests from the court to confirm the existence of competition infringement, order the annulment of restrictive agreement and damage compensation.

Some of these issues have been resolved by the Supreme Court of Serbia. As for the issue of jurisdiction for determining competition infringement, the Court clearly stated that the "Commission for protection of competition is competent body for determining the existence of competition infringement in the relevant market, while the Administrative Court shall decide on the legality of the Commission's final decision."[30] In the expalanation of its stand, the Court argued that in the concrete case the claimant requested from "the litigation court to establish the existence of competition infringement in the market on the territory of the Republic of Serbia based on which it would order the defendants to stop with the conduct which had caused the competition infringement and prohibit the recurrence of such conduct, as well as to request

[28] Official Gazette of RS, no. 10/2023, Article 24, paragraph 1, states "Basic courts shall adjudicate in the first instance in civil litigation, unless some falls under the jurisdiction of another court".

[29] See Article 30 and 32 of the Law on civil procedure of the Republic of Slovenia where the lawsuits related to protection of competition are considered to be trade disputes. Also, Article 3, line 13 of Croatian Law on compensation for damages regulates that Commercial Court and High Commercial Court are the courts of competent jurisdiction for this kind of disputes.

[30] Decree of Supreme Court of Cassation, Rev 4171/2018 of 04/04/2019. *Paragraph lex* database.

from the National Bank to undertake the measures which would prevent competition infringement by publishing the court's judgement and order an interim measure to prevent irreparable harm caused by practices leading to competition infringement". By taking this stand, the Court practically refused to accept, so called, individual law suits. Therefore, in case of parallel procedures, courts have to wait for the Commission to pass its decision first and then, based on this decision to adjudicate the claim for damage compansation. A decision passed by the Commission for protection of competition can be reviewed only by the Administrative Court in an administrative procedure.

The existence of infringement, however, does not presume liability and the existence of damage. On the contrary, a decision issued by the Commission does not presume that actual damage has been caused. This needs to be proven in a court procedure which practically means that the Law does not accept the system of objective liability, but only foresees subjective liability. It is on the damaged party to prove the liability of the cartelists.

In comparative law and in EU Directive 2014/104[31] it is presumed that "… cartel infringements cause harm. The infringer shall have the right to rebut that presumption." The infringers may even contest the extent of caused damage in a court procedure. In some EU member states, there is a presumption, that may be contested, that the mere existence of cartels causes damage, such as rising prices in a certain amount or percentage.[32] However, not all member states have accepted this presumption. In some member states this presumption is restricted to the infringements of horizontal cartels.[33] The question remains whether this presumption can be extended to include, so called, umberella prices/cartels.[34]

By placing the burden of proof on the damaged party, as it is foreseen by the Law on protection of competition, Serbian legislators practically put at risk

[31] Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 *on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, published in OJ L 349, 5 December 2014, 1-19.

[32] See P. van Wijck, F. Weber, *The Abstract presumption of harm in the Damages Directive: overconcern of overcompensation*, in *European Competition Journal*, 18, 1, 2022, 226 states that in Romania there is a presumption that cartel cause price rising of 20%, and in Lithania and Hungary for over 10%. See also L. Hornkohl, *The Presumption of Harm in EU Private Enforcement of Competition Law - Effectiveness vs Overcompensation*, in *EU and Comparative Law issues and challenges Series (ECLIC)*, 5, 2021, 29-59.

[33] For more details see *ibidem*, 4.5.

[34] *Ibidem*, 3; J.-U. Franck, *Umbrella pricing and cartel damages under EU competition law*, in *European Competition Journal*, 2015, 135.

private enforcement, that is its part related to damage compensation and thus alienated Serbian law from EU law putting cartelists and buyers/consumers in an asymetrical position of protected vs. damaged party. Unfavourable position of buyers is the result of the fact that cartel agreements, by rule, cause small damage to a large numbe of buyers in a long period of time (mass damage), so the costs of the research and survey of the behavior of cartel participants are disproportionately high, while the final result is uncertain. After a futile attempt to introduce into the Law a separate procedure for the protection of citizens collective rights and interests, it remains disconcerting that more than a decade elapsed and the reasons for the unconstitutionality of disputed provisions have not been eliminated, nor the problem of the protection of citizens' collective rights and interests has been solved in any other way. Yet in legal theory, there is an increasing number of authors who favor the introduction of a new mechanism of collective protection through various forms of class action suits[35].

Starting from the premise that according to general rules of delict law, the right to compesation for damages is the right of every person who has suffered some kind of damage or claims that damage has been incurred to him and has a legal interest to pursue a law suit, and it is a duty of every country to povide a national mechanism for full and effective realization of the right to damage compensation.[36] Although Serbia is not an EU member state, its rules, particularly those included in Directives 2003/1/EC, 2014/104/EU and (EU) 2020/1828, may serve as a tested model. However, there is a preceding question – the question of making a clear distinction between individual and collective interests that comes down to determining what constitutes collective interests. This entails the necessity to make difference between individual protection of collective interests and collective protection of indvidual rights, which is not an easy task. In terms of competition law, collective interest is reflected in the "protection of competition". The right to resort to a legal action to protect this collective interest should be available to each citizen *(actio popularis)*. When we speak about unlawful cartels, all the customers who bought such goods directly or indirectly (through an intermediate source) and paid higher price are

[35] D. Protić, *Kolektivna tužba, moguća rešenja problema masovnih*, 2021; D. Protić, K. Grga, *Izveštaj o potrebi rešavanja problema masovnih parnica i mogućnostima uvođenja kolektivne tužbe u pravni poredak Republike Srbije*, 2021; J. Veličković, V. Bošković, N. Ivković, *Class Action in the USA and Its Prospects in Serbia - Part II*, 2023/; M. Kapural, *Pravo na naknadu štete za povrede propisa o tržišnom natjecanju u EU*, in *Pravo i porezi*, Zagreb, 1, 2010, 70-79.

[36] See V. Vukadinović, *Naknada štete kao građansko pravna sankcija u pravu konkurencije Evropske unije*, Novi Sad, 2019.

the damaged party. Here we speak about a large number of subjects who have individual interests that should be protected, for economic reasons, in a single collective procedure, in a sort of a class action suit. The author of this paper favors the version of a follow-on claims, based on *opt in* priciple.[37]

[37] R. Vukadinović, *O kolektivnim tužbama zbog povrede EU prava konkurencije*, in *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 18, 2021, 31-48.

IL 'DILEMMA' COSTITUZIONALE DELL'ADESIONE DELLA BOSNIA-ERZEGOVINA ALL'UNIONE EUROPEA

Jens Woelk

SOMMARIO: 1. Fermi nella transizione: perché discutere di questioni costituzionali in BiH? – 2. La dimensione costituzionale dell'integrazione UE per gli Stati membri. – 3. La Bosnia-Erzegovina dopo la guerra: ricostruzione internazionale e sovranità limitata. – 4. L'UE e i Balcani occidentali: aspettando un futuro migliore? – 5. I rapporti fra la Bosnia-Erzegovina e l'UE: "da Dayton a Bruxelles"? – 6. Preparare la Costituzione per l'adesione: Che cose deve essere cambiato e perché? – 7. "Mission impossible?" Come arrivare ad una modifica costituzionale in Bosnia-Erzegovina?

1. *Fermi nella transizione: perché discutere di questioni costituzionali in BiH?*[1]

Sebbene da due decenni le relazioni tra la Bosnia-Erzegovina (BiH) e l'Unione europea (UE) ruotino intorno alla prospettiva di una sua futura adesione all'UE, la discussione sull'impatto costituzionale del percorso di integrazione verso l'UE è ancora limitata. Questo è vero anche oggi, dopo che la Commissione europea ha individuato nel 2019 le questioni di rilevanza costituzionale

[1] Per tanti anni abbiamo condiviso l'insegnamento del diritto dell'Unione europea e sempre trovato un accordo, soprattutto nell'affetto profondamente sentito per i Balcani e la sua gente. Per questo legame propongo questo scritto sulla situazione complessa della Bosnia-Erzegovina, da più di 25 anni oggetto delle mie ricerche e riflessioni, come segno di apprezzamento per una regione che ci ha toccato entrambi. Si tratta di una versione tradotta in italiano, accorciata e adattata di: J. Woelk, *Brussels versus Dayton? The Constitutional Impact of Future EU Accession*, in M. Sahadžić, T. Sekulić, N. Vranješ, J. Woelk (a cura di), *The Dilemma of Constitutional Reform in BiH, Leiden-Boston*, 2025, 279-307 (in corso di stampa). L'attenzione di Gian Antonio per questa regione è dimostrato da numerose pubblicazioni, a partire dal suo volume G.A. Benacchio, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli slavi del sud: sloveni, croati, serbi*, Padova, 1995, e soggiorni e frequentazioni nei paesi dell'area, come gli incontri accademici annuali a Kopaonik in Serbia (https://kopaonikschool.org), fino al recente saggio G.A. Benacchio, *National Courts and Comparative Law - The States of Former Yugoslavia (Slovenia, Croatia, Serbia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia and Montenegro)*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Judicial Cosmopolitanism*, Leiden-Boston, 2019, p. 745-768.

da affrontare e modificare. Né il ricevimento dello status ufficiale di candidato all'adesione all'UE, nel dicembre 2022, ha innescato un dibattito sulla riforma costituzionale. Questa importante questione per il futuro del Paese sembra rimanere un pio desiderio. L'adesione all'UE (o anche solo l'avvio dei negoziati) è percepita, nella migliore delle ipotesi, come un'ipotesi molto lontana.

E nonostante tutte le critiche, la Costituzione della BiH ha dimostrato di essere resistente al cambiamento, non da ultimo per l'assenza di una visione comune tra gli attori politici e le élite. Se la BiH diventerà uno Stato membro dell'UE, a un certo punto saranno necessarie sia una visione comune che modifiche costituzionali. Lo dimostra l'esperienza degli Stati membri dell'UE, la maggior parte dei quali ha introdotto clausole di integrazione nelle proprie costituzioni. Anche se la BiH è rimasta in una fase di transizione negli ultimi vent'anni[2], le indicazioni fornite dall'UE, proprio perché mettono in discussione lo status quo, potranno servire da guida per passare a un sistema sostenibile.

Dopo aver introdotto l'impatto costituzionale dell'adesione all'UE e i modi trovati negli Stati membri per affrontare questa importante questione, questo contributo chiarirà brevemente il punto di partenza della Bosnia-Erzegovina e la sua sovranità limitata nella prima fase di ricostruzione dopo la guerra. La promessa di adesione all'UE e il subentro dell'UE alla Comunità internazionale, nelle relazioni con la regione dei Balcani occidentali e con la Bosnia-Erzegovina, saranno discussi prima di entrare nel merito del necessario cambiamento costituzionale. Il contributo si conclude con considerazioni sulle effettive possibilità di cambiamento.

2. *La dimensione costituzionale dell'integrazione UE per gli Stati membri*

Come conseguenza dello specifico carattere sovranazionale dell'ordinamento giuridico dell'UE, in particolare dell'effetto diretto e della supremazia delle fonti giuridiche dell'UE, che limita la sovranità degli Stati membri, l'adesione all'UE solleva numerose questioni costituzionali. La base giuridica per la conformità al diritto UE è il principio di leale cooperazione che obbliga gli

[2] Sulla transizione costituzionale e sull'ordinamento costituzionale della Bosnia-Erzegovina v. J. Woelk, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina: dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile*?, Padova, 2008; sui concetti costituzionali più importanti, s. veda il glossario "*Citizens, Constitution, Europe. Glossary of essential constitutional concepts in BiH*", a cura di M. Sahadžić, D. Banović, D. Barbarić, G. Marković, Università di Sarajevo, Facoltà di Giurisprudenza, 2023 (in lingua inglese e bosniaco-croato-serbo); liberamente accessibile a (https://www.balcanicaucaso.org/Progetti/Bosnia-and-Herzegovina-the-Constitution-and-EU-Accession/Citizens-Constitution-Europe).

Stati membri ad attuare efficacemente il diritto dell'UE nei loro ordinamenti giuridici (articolo 4.3 TUE). Già la mera preparazione all'adesione all'UE richiede un adattamento costituzionale: è necessario un allineamento "tecnico" dell'ordinamento giuridico nazionale per attuare l'*acquis comunitario*, ossia il corpus normativo esistente dell'UE, in determinate aree. Infatti, questo adattamento tecnico può anche avere una dimensione costituzionale, ad esempio per la rilevanza dei diritti umani o per l'indipendenza e l'organizzazione del sistema giudiziario. A maggior ragione, i criteri (politici) di Copenaghen dell'UE per l'adesione richiedono che tutti i Paesi candidati garantiscano il rispetto e l'attuazione dei valori costituzionali comuni (ora art. 2 TUE). È importante notare che non esiste uno schema unico o un modello per tutti: un certo grado di diversità è addirittura espressamente garantito dal Trattato di Lisbona, almeno per quanto riguarda i principi o le strutture costituzionali fondamentali (articolo 4.2 TUE).

Da un lato, l'esperienza dei diversi cicli di allargamento, in particolare quelli che hanno coinvolto ex dittature (Grecia, Portogallo e Spagna), nonché ex Paesi socialisti (Paesi baltici e dell'Europa centrale e orientale), ha richiesto all'UE di sviluppare criteri relativi alla sfera costituzionale.[3] Dall'altro, la maggiore integrazione dell'UE dopo il Trattato di Maastricht (1992), con diverse riforme dei Trattati, o l'adesione all'UE, ha innescato modifiche costituzionali in molti Stati membri per affrontare la necessità di una base costituzionale sicura per l'adesione all'UE e le sue conseguenze nel sistema giuridico nazionale[4].

In genere, le clausole di integrazione dell'UE nelle costituzioni degli Stati membri regolano le seguenti questioni chiave per garantire la conformità con il diritto dell'UE e facilitare il processo di integrazione:

- il trasferimento di alcuni poteri sovrani alle istituzioni dell'UE;
- il riconoscimento della supremazia del diritto dell'UE;
- la ratifica dei trattati dell'UE per garantire la legittimità democratica[5];
- la cooperazione e l'attuazione giudiziaria, garantendo l'interpretazione e l'applicazione uniforme del diritto dell'UE.

[3] F. Hoffmeister, *Constitutional implications of EU membership: a view from the Commission*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2007, 3, 59-97.

[4] A. Albi, *'Europe' Articles in the Constitutions of the Central and Eastern European Countries*, in *Common Market Law Review*, 2005, 42, 399-423; M. Claes, *Constitutionalizing Europe at its Source: The 'European Clauses' in the National Constitutions: Evolution and Typology*, in *Yearbook of European Law*, 2005, 24(1), 81-125.

[5] In alcuni Paesi, oltre a un esplicito emendamento costituzionale, è necessario un referendum per ratificare una riforma dei Trattati UE, ad esempio in Francia (art. 88-IV Costituzione francese).

Si tratta di questioni generali sollevate dall'appartenenza all'UE, che vengono solitamente affrontate dagli Stati membri in clausole di integrazione ampie o specifiche all'interno della Costituzione, o almeno implicitamente, ad esempio attraverso sentenze della Corte costituzionale o della Corte di Cassazione[6]. La Costituzione italiana, con il suo articolo 11, fornisce un esempio di clausola generica e ampia che consente la limitazione della sovranità del nostro Paese, in condizioni di parità con gli altri Stati, per obiettivi di pace e giustizia (in realtà, era stata originariamente pensata per l'adesione all'ONU). A questa base indeterminata e aperta è stato poi aggiunto un riferimento specifico: il riconoscimento del diritto dell'UE come limite per i legislatori statali e regionali (articolo 117.1). Tra gli esempi di clausole di integrazione specifiche che regolano diversi aspetti, vi sono norme molto dettagliate in Austria (articoli da 23a a 23f della Costituzione federale) e in Croazia (articoli da 143 a 146 della Costituzione croata). L'articolo 23 della Legge fondamentale tedesca (GG), introdotto nel 1992, può essere considerato una soluzione intermedia: si occupa specificamente dell'integrazione nell'UE, riassumendo le questioni principali in un unico articolo – compresi i valori e il processo di ratifica, con molti dettagli riguardanti la partecipazione del Parlamento e dei Länder.

Sebbene queste questioni generali riguardino tutti gli Stati membri, devono essere affrontate separatamente dagli Stati membri nei propri ordinamenti. Pertanto, le soluzioni per adattare le loro costituzioni variano, ma si può osservare una tendenza generale verso l'adozione di clausole di integrazione specifiche. Queste possono anche affrontare questioni peculiari dello Stato membro, come l'impatto dell'integrazione dell'UE sulla struttura federale in Austria oppure in Germania. Nel caso della Bosnia-Erzegovina, vi sono questioni strutturali uniche che richiedono modifiche costituzionali prima che il Paese possa aderire all'UE.

3. *La Bosnia-Erzegovina dopo la guerra: ricostruzione internazionale e sovranità limitata*

Nella Costituzione di Dayton non c'è l'integrazione europea. Naturalmente, questo silenzio si spiega con le sue funzioni primarie di porre fine

[6] In Irlanda, una decisione del 1987 della Corte Suprema ha stabilito che la ratifica di qualsiasi emendamento significativo ai Trattati dell'Unione Europea richiede un emendamento alla Costituzione (in Irlanda, tutti gli emendamenti costituzionali richiedono l'approvazione tramite referendum): v. *Raymond Crotty v An Taoiseach and Others* [1987] IESC 4 (9 aprile 1987).

alla guerra e consolidare la situazione postbellica nella prima fase della transizione[7]. L'obiettivo dei negoziati che hanno portato all'Accordo di pace di Dayton (DPA), di cui la Costituzione fa parte (Allegato 4), è stato chiaramente quello di trovare un compromesso per tenere unito il Paese, che è stato raggiunto combinando una struttura federale con caratteristiche di condivisione del potere ("*power sharing*"). L'essenza dello "Stato complesso" che ne risulta è un sistema di garanzie per i tre gruppi principali (bosgnacchi, croati e serbi), cioè i "popoli costituenti". Il sistema costituzionale è quindi caratterizzato da un pregiudizio strutturale a favore dello status quo[8], rafforzato e perpetuato nella realtà politica da un cartello di potere di partiti etno-nazionalisti al centro, nonché da un tendenziale antagonismo delle due entità territoriali. Di conseguenza, il panorama politico della Bosnia-Erzegovina è stato dominato da elementi statici.

Per migliorare il funzionamento del sistema e garantire ai rifugiati e agli sfollati interni il diritto al ritorno e alla restituzione dei beni, gli elementi dinamici del DPA e della Costituzione sono stati rafforzati da due attori istituzionali: l'Ufficio dell'Alto Rappresentante (OHR) e la Corte costituzionale della BiH. Pertanto, il primo decennio della transizione costituzionale della BiH può essere caratterizzato da una ricostruzione internazionale con sovranità fortemente limitata. La Comunità internazionale ha agito come motore del cambiamento. Ben presto è stata criticata per aver istituito un "semi-protettorato" internazionale[9], in quanto il coinvolgimento internazionale diretto garantiva le funzioni più importanti di uno Stato sovrano, come la sicurezza esterna e interna (SFOR e IPTF)[10], la democrazia[11], i diritti umani[12] e lo Stato di diritto[13].

[7] R. Holbrooke, *To End a War: The Conflict in Yugoslavia--America's Inside Story--Negotiating with Milosevic*, New York, 1999.

[8] A. Lijphard, *Constitutional Design for Divided Societies*, in *Journal of Democracy*, 2004, 15, 96.

[9] In particolare G. Knaus, F. Martin, *Lessons from Bosnia and Herzegovina: Travails of the European Raj*, in *Journal of Democracy*, 2003, 60, 61-63; ma anche: European Commission for Democracy through Law, *Opinion on the constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the powers of the High Representative*, Venezia, 11 marzo 2005.

[10] SFOR (*Stabilisation Force*) come forza di *peacekeeping* multinazionale e IPTF (*International Police Task Force*) come missione di polizia delle Nazioni Unite.

[11] Attraverso la Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE).

[12] Entrambi le istituzioni chiave del dopoguerra, la Human Rights Chamber (DPA, Annex VI) e la Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees (DPA, Annex VII), erano composte da una maggioranza di stranieri.

[13] I giudici stranieri hanno svolto un ruolo importante nella fase di ricostruzione internazionale, in particolare per i crimini di guerra.

Il crescente disimpegno della Comunità internazionale a partire dal 2005/6 avrebbe dovuto essere compensato da un importante cambiamento: si pensava che l'attraente prospettiva di una futura adesione all'UE avrebbe creato le dinamiche per un processo di riforma autosufficiente e vantaggioso per la stabilizzazione del Paese. Il concetto di "titolarità locale" (*local ownership*) doveva sostituire l'imposizione internazionale[14]. In un certo senso, la filosofia dell'integrazione europea, ossia la creazione di valore aggiunto attraverso la cooperazione e la limitazione della sovranità degli Stati membri, doveva essere ripetuta su scala ridotta[15]. Questo era il progetto ottimistico per la seconda fase della transizione costituzionale della BiH: riforme autonome, guidate dall'esterno e assistite dall'UE. Pur avendo ragione nella sua premessa che un cambiamento sostenibile può essere creato e consolidato solo dall'interno, ci si è profondamente sbagliati a calcolare le precondizioni, così come gli incentivi, e si hanno sottovalutato la resistenza delle *élites* in Bosnia-Erzegovina.

Ciò è diventato subito drammaticamente chiaro con il fallimento dell'adozione del "Pacchetto di aprile" nel 2006[16]. Concepita come un progetto di "rimpatrio", la riforma costituzionale completa avrebbe dovuto risolvere il peccato originale della Costituzione di Dayton, ossia il suo deficit di legittimità. Dopo un decennio di dominio internazionale, l'adozione da parte dell'Assemblea parlamentare della BiH avrebbe dovuto ratificare formalmente la base comune per lo sviluppo futuro e preparare la piena sovranità sotto la responsabilità bosniaca, dopo il progressivo ritiro della Comunità internazionale. Il piano è fallito, con uno stretto margine, e la BiH è entrata nella seconda fase di transizione senza emendamenti alla Costituzione di Dayton.

[14] Sul cambiamento verso più "*local ownership*" nei Balcani, cfr. S. Kappler, N. Lemay-Hébert, *Hybrid local ownership in Bosnia-Herzegovina and Kosovo. From discursive to material aspects of ownership*, in S.Y. Lee, A. Özerdem (a cura di), *Local Ownership in International Peacebuilding*, Londra, 2015.

[15] Con il senno di poi, ciò appare ingenuo. Ma quelli erano gli anni immediatamente successivi al successo dell'allargamento del 2004, che aveva "riunito" le due metà dell'Europa. Nel 2012, il Premio Nobel per la Pace è stato assegnato all'UE "per aver contribuito per oltre sei decenni al progresso della pace e della riconciliazione, della democrazia e dei diritti umani in Europa", con il contributo dell'UE "alla riconciliazione nei Balcani dopo le guerre e la dissoluzione della Jugoslavia" citato nella motivazione (https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2012/eu/facts/).

[16] Il "pacchetto di Aprile" non è stato approvato per soltanto due voti dalla Camera dei Rappresentanti della BiH. Cfr. D. Hays, J. Crosby, *From Dayton to Brussels. Constitutional Preparations for Bosnia's EU accession*, United States Institute of Peace, Special Report 175, October 2006 (https://www.usip.org/sites/default/files/resources/SRoct06_2.pdf).

4. *L'UE e i Balcani occidentali: aspettando un futuro migliore?*

Già nel 2000, con un approccio regionale, l'UE ha avviato il Processo di stabilizzazione e associazione per i Balcani e, dal vertice del Consiglio europeo di Salonicco del giugno 2003, ha aperto la prospettiva di adesione a tutti gli Stati dei Balcani occidentali: "Il futuro dei Balcani è nell'Unione europea"[17]. Immediatamente, però, è stato chiarito che i "Paesi (…) diventeranno parte integrante dell'UE, una volta soddisfatti i criteri stabiliti"[18], introducendo così l'importante principio della condizionalità[19]. Mentre quattro Stati sono stati progressivamente riconosciuti come candidati (Macedonia del Nord, 2005, Montenegro, 2010, Serbia, 2012, e Albania, 2014) e hanno persino avviato i negoziati (Montenegro, 2012, Serbia, 2014; solo nel luglio 2020 è stata presentata agli Stati membri dell'UE la bozza del quadro negoziale per l'Albania e la Macedonia del Nord), per molto tempo il Kosovo e la Bosnia-Erzegovina sono rimasti nella categoria dei "candidati potenziali".

Il processo di allargamento aveva perso la sua priorità per l'UE, da almeno 15 anni. L'opinione pubblica di molti Stati membri dell'UE era diventata più critica, non c'erano grandi successi politici e, dopo il fallimento dell'adozione del Trattato costituzionale nel 2005, l'UE stessa ha attraversato diverse crisi che hanno assorbito la sua attenzione e le sue energie politiche[20]. L'incertezza nella regione è aumentata dal 2008, dopo la dichiarazione unilaterale di indipendenza del Kosovo, che non è ancora riconosciuto da cinque Stati membri dell'UE, nonostante l'impegno dell'UE in una vasta missione sullo Stato di diritto (EULEX)[21]. Nel 2014, il Presidente della Commissione europea Juncker ha persino dichiarato che non ci sarebbe stato alcun allargamento durante il suo mandato.

[17] EU-Western Balkans Summit, Thessaloniki 21 June 2003, Declaration (sub 2).

[18] Thessaloniki European Council, 19 and 20 June 2003, Presidency Conclusions (par. 40-43).

[19] Sulla condizionalità nei Balcani si vedano V. Džihić, A. Wieser, *Incentives for Democratization? Effects of EU Conditionality on Democracy in Bosnia & Hercegovina*, in *Europe-Asia Studies*, 2011, 63(10), 1803-1825, e J. Džankić, S. Keil, M. Kmezić (a cura di), *The Europeanization of the Western Balkans: A failure of EU conditionality?*, Cham, 2019.

[20] Alla crisi economica e finanziaria hanno fatto seguito la crisi migratoria, la Brexit e la pandemia di Covid-19.

[21] EULEX, la più grande missione civile nell'ambito della Politica di Sicurezza e Difesa Comune dell'UE, sostiene le autorità del Kosovo nella creazione di istituzioni dello Stato di diritto sostenibili e indipendenti (https://www.eulex-kosovo.eu/). In base al suo attuale mandato, prorogato fino al 14 giugno 2025, EULEX svolge attività di monitoraggio, tutoraggio e consulenza e ha limitate funzioni esecutive.

Ciononostante, il processo è continuato, condotto dalla Commissione europea come un esercizio piuttosto tecnico. Ma era evidente che il processo di allargamento aveva perso il suo slancio, sollevando seri problemi di credibilità per l'UE nei Balcani occidentali, giustamente soprannominati "sala d'attesa"[22]. La "crisi dello Stato di diritto" e le difficoltà dell'UE nell'affrontare e applicare un principio comune fondamentale nei confronti di due Stati membri, Ungheria e Polonia, hanno ulteriormente eroso la fiducia e la motivazione alle riforme[23]. Nel 2022, la riattivazione del processo di allargamento in fase di stallo è diventata parte della reazione dell'UE all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, soprattutto per considerazioni geopolitiche[24]. In questo contesto, lo status di candidato è stato concesso alla BiH nel dicembre 2022; un anno dopo, il Consiglio europeo ha deciso di "aprire i negoziati di adesione, una volta raggiunto il necessario grado di conformità ai criteri di adesione"[25]. Anche in questo caso, tuttavia, si pone la questione della condizionalità.

5. *I rapporti fra la Bosnia-Erzegovina e l'UE: "da Dayton a Bruxelles"?*

La seconda fase della transizione della Bosnia-Erzegovina è stata spesso riassunta con lo slogan "Da Dayton a Bruxelles"[26], riflettendo l'aspettativa che la titolarità locale del processo di trasformazione avrebbe dovuto sostituire il massiccio intervento internazionale. L'obiettivo di diventare membro dell'UE era ampiamente considerato come generalmente accettato, in grado di creare lo slancio per innescare le riforme necessarie. Il "bastone" delle misure coer-

[22] A causa della "fatica pre-allargamento", R. Belloni, M. Brunazzo, *After 'Brexit': The Western Balkans in the European Waiting Room*, in *European Review of International Studies*, 2017, Vol. 4, No. 1, 21-38, e J. Woelk, *From Enlargement Perspective to "Waiting for Godot"? Has the EU Lost its Transformative Power in the Balkans*? In: L. Antoniolli, L. Bonatti, C. Ruzza (a cura di), *Highs and Lows of European Integration. Sixty Years After the Treaty of Rome*, Vienna, 2017, 27-47.

[23] Sulla "crisi della Rule of Law", ad esempio C. Ruzza, L. Antoniolli (cur.), *The Rule of Law in the EU. Challenges, Actors and Strategies*, Springer, Cham 2024, p. 245-262.

[24] Nell'ambito del sostegno dell'UE all'Ucraina, il Paese ha ottenuto lo status di candidato nel giugno 2022, insieme alla Moldavia e (con alcune condizioni) alla Georgia. Tuttavia, il rischio di una "corsia preferenziale" per l'allargamento doveva essere evitato considerando la situazione dei Balcani occidentali, anch'essi esposti all'influenza russa.

[25] European Council meeting (21 e 22 marzo 2024), conclusioni, 7/24 (sub 30).

[26] R.B. Hitchner, *From Dayton to Brussels: The Story Behind the Constitutional and Governmental Reform Process in Bosnia and Herzegovina*, in *The Fletcher Forum of World Affairs*, 2006, 30(1), 125-135.

citive imposte a livello internazionale non doveva più essere usato[27]. Questa logica è in linea con il carattere volontario dell'integrazione europea, costruita sulla cooperazione e sulla sovranità limitata. Da un lato, l'esperienza di "europeizzazione" delle Repubbliche baltiche e dei Paesi dell'Europa centrale e orientale negli anni '90 era fresca, l'UE si preparava a una riforma globale e all'allargamento allo stesso tempo, e l'aspettativa ottimistica era che questi sviluppi positivi avrebbero contribuito a porre fine alla depressione postbellica dei Balcani occidentali. Dall'altro, è apparso presto chiaro a molti che il contesto specifico della regione avrebbe richiesto un adattamento dell'approccio dell'UE, vale a dire non una semplice "(ri)costruzione statale" dopo il conflitto, ma una mirata "costruzione di uno Stato membro dell'UE"[28].

Parallelamente al progressivo disimpegno della Comunità internazionale, l'UE si è impegnata a fondo con la BiH nell'ambito della Politica estera e di sicurezza comune (PESC) e della Politica di sicurezza e difesa comune (PSDC). Il rappresentante speciale dell'UE (RSUE) è allo stesso tempo anche capo della delegazione dell'Unione europea (EUD)[29]. Tra il 2003 e il 2012, l'UE ha gestito una missione di polizia (EUPM), come successore dell'IPTF, e gestisce tuttora una missione EUFOR (operazione ALTHEA) con truppe che dovrebbero garantire un ambiente stabile e sicuro nel Paese. L'impegno diretto è stato sostituito da strumenti più morbidi, più rispettosi della sovranità formale, senza tuttavia rinunciare all'influenza.

Attualmente, diversi accordi costituiscono la base giuridica delle relazioni bilaterali tra l'UE e la BiH, primo fra tutti l'Accordo di stabilizzazione e associazione (ASA), in vigore dal 2015. La condizionalità, ossia il rispetto di obiettivi predefiniti, concordati durante i negoziati, garantisce le riforme necessarie per la partecipazione immediata a determinati programmi e la preparazione alla futura adesione all'UE. La condizionalità è monitorata dalla Commissione europea[30]. È

[27] Di fatto, tra il 2007 e il 2020, l'Alto Rappresentante non ha praticamente utilizzato i suoi poteri straordinari. I poteri coercitivi dell'UE sono limitati alle sanzioni (finanziarie), in particolare alla sospensione dei fondi di assistenza, che a loro volta impediscono anche il raggiungimento degli obiettivi. Insieme alla necessità di successo per giustificare il proprio impegno e la propria assistenza, questo porta a un'applicazione morbida della condizionalità.

[28] F. Bieber, *Building Impossible States? State-Building Strategies and EU Membership in the Western Balkans*, in *Europe-Asia Studies*, 2011, 63(10), 1783-1802; J. Woelk, *EU Member State-Building in the Western Balkans: (Prolonged) EU- protectorates or new model of sustainable enlargement? Conclusion*, in *Nationalities Papers*, 2013, 41(3), 469-482.

[29] La delegazione UE a Sarajevo è una delle più grandi in tutto il mondo (https://www.eeas.europa.eu/delegations/bosnia-and-herzegovina_en?s=219).

[30] I risultati sono pubblicati in relazioni annuali, ad esempio European Commission, *2023 Enlargement Package*, 8 novembre 2023.

sostenuta da una significativa assistenza tecnica e finanziaria, fornita attraverso i programmi IPA (strumento di assistenza preadesione); si stima che l'assistenza finanziaria dell'UE alla BiH tra il 1996 e il 2021 ammonti a 3,5 miliardi di euro[31]. L'UE è anche il principale partner commerciale della BiH (esporta quasi il 75% dei beni e servizi verso l'UE e importa dall'UE circa il 60% delle importazioni totali).

Nonostante l'assistenza e il sostegno dell'UE e di altri donatori, i progressi verso l'adesione all'UE sono stati estremamente lenti. Sebbene diversi impegni assunti dai leader politici locali in merito a importanti riforme non siano stati rispettati, al Paese è sempre stato permesso di andare avanti comunque, attenuando o addirittura mettendo in discussione la rigida "condizionalità" del processo di allargamento dell'UE[32]. Nessuna vera riforma nella sostanza, ma nessuna conseguenza. Anziché portare a un'appropriazione locale, i programmi di riforma internazionali sono stati invece conquistati e manipolati dalle *élites* locali.

In queste condizioni, la riforma costituzionale è diventata un tabù. Per oltre un decennio sono state disponibili solo le carote (oltre a qualche blanda critica), ma non è stato più usato il bastone. L'intero processo è stato di fatto "declassato" a mero esercizio tecnico; ma anche a questo livello senza grandi progressi, come dimostrano i rapporti annuali di monitoraggio della Commissione europea.

6. *Preparare la Costituzione per l'adesione: Che cose deve essere cambiato e perché?*

Nel "Parere sulla domanda di adesione", cioè uno studio di fattibilità pubblicato dalla Commissione Europea nel maggio 2019[33], sono elencati 14 priorità chiave che devono essere soddisfatte prima che la Commissione possa raccomandare l'apertura dei negoziati di adesione. Tuttavia, secondo la relazione annuale della Commissione del 2023, solo poche di queste condizioni sono state soddisfatte.

[31] IPA II allocazioni bilaterali indicative per il periodo 2014-2020 ammontano a 552.1 milioni di euro.

[32] A. Zhelyazkova et al., *European Union Conditionality in the Western Balkans: External Incentives and Europeanization*, in J. Džankić, S. Keil, M. Kmezić, *The Europeanization of the Western Balkans: A failure of EU conditionality?*, cit., 15-39.

[33] European Commission, *Opinion on the application for membership*, 29 maggio 2019, COM(2019) 261 final, 14-16.

Il "Parere" certifica ufficialmente e chiaramente che l'adesione all'UE non avverrà senza modifiche alla Costituzione di Dayton. Almeno sei questioni chiave, identificate già dalla Commissione di Venezia nel 2005, richiedono emendamenti costituzionali riguardanti valori, stato di diritto, democrazia, diritti umani, attuazione delle sentenze della CEDU e funzionalità. A causa della frammentazione territoriale della BiH, è necessaria molta più coordinazione fra le autorità substatali per l'attuazione del diritto dell'UE, garantendo comunque anche la certezza delle competenze e lo status delle istituzioni statali create mediante accordi con le Entità.

Per l'integrazione nell'UE, è inoltre necessario modificare l'equilibrio tra principi etnico e civico a favore di quest'ultimo. Il "Parere" insiste sull'attuazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha dovuto decidere in diversi casi su denunce di cittadini della BiH che sostenevano di essere discriminati e privati del diritto di candidarsi alle elezioni per determinate cariche (tra cui la Presidenza collettiva), in quanto non erano membri di uno dei tre popoli costitutivi, non si erano dichiarati tali o erano stati esclusi a causa della loro residenza. Diverse sentenze, a partire dal caso *Sejdić and Finci v. BiH* del 2009, fino alla recente *Kovačević v. BiH* (2023), hanno dichiarato incostituzionale tale esclusione di cittadini da cariche politiche e dal diritto di voto[34]. Nonostante l'articolo II.2 della Costituzione BiH preveda l'applicazione diretta della CEDU nell'ordinamento bosniaco, nessuna di queste decisioni è stata attuata finora.

Sono necessari sforzi considerevoli per rafforzare la capacità amministrativa e di coordinamento a tutti i livelli, data la presenza di ben 14 esecutivi con competenze rilevanti per l'attuazione dell'acquis UE, e le capacità di alcune autorità substatali sono insufficienti (livello cantonale). Sebbene sia stato istituito un meccanismo di coordinamento per gli affari europei, non è ancora pienamente operativo. Manca inoltre un programma nazionale per l'adozione dell'acquis UE, essenziale per la pianificazione. Il "Parere" suggerisce di introdurre una clausola di sostituzione costituzionale che consenta allo Stato di esercitare temporaneamente le competenze di altri livelli di governo per prevenire violazioni del diritto UE[35].

[34] Sentenze Corte EDU *Sejdić and Finci v. BiH* ([GC], App nos. 27996/06 and 34836/06, ECHR 2009), *Zornić v. BiH*, App no 3681/06 (ECtHR, 15 luglio 2014), *Pilav v. BiH*, App no 41939/07 (ECtHR, 9 giugno 2016), *Šlaku v. BiH*, App no 56666/12 (ECtHR, 26 maggio 2016), *Pudarić v. BiH*, App no 55799/18 (ECtHR, 8 dicembre 2020) e *Kovačević v. BiH*, App no. 43651/22 (ECtHR, 29 agosto 2023); quest'ultimo caso per una violazione dei diritti di voto attivo.

[35] Simile all'art. 120 Costituzione italiana.

Sono richieste ulteriori garanzie costituzionali per l'indipendenza della magistratura, incluso l'Alto Consiglio giudiziario e della Procura (HJPC), a causa di interferenze indebite e contestazioni politiche alle istituzioni statali. Inoltre, deve essere affrontata la mancanza di una Corte Suprema a livello statale che garantisca un'interpretazione uniforme della legge, nonostante in BiH operano ben quattro sistemi giuridici distinti senza un'organizzazione gerarchica[36]. Il "Parere" della Commissione europea si oppone ai criteri etnici nella composizione e nel processo decisionale di organi amministrativi e ai diritti di veto basati sull'etnia nel Parlamento e nelle assemblee legislative delle entità, poiché pongono rischi per l'attuazione dell'acquis UE. La logica è chiara: l'effetto diretto e la supremazia del diritto dell'UE, in quanto garanti della sua applicazione efficace e uniforme negli Stati membri, non devono essere limitati in alcun modo.

La Commissione Europea raccomanda infine una riforma della Corte costituzionale, affrontando la questione dei giudici internazionali e garantendo l'esecuzione delle sue decisioni. L'Alto Rappresentante (OHR) e i suoi poteri sostitutivi ("*Bonn powers*") sono considerati incompatibili con la sovranità della BiH e quindi con l'adesione all'UE, sebbene la chiusura dell'OHR sia soggetta a condizioni. Infine, sarebbe opportuno introdurre una specifica clausola di integrazione nella Costituzione come base costituzionale per le limitazioni di sovranità necessarie per l'integrazione europea, indicando l'obiettivo dell'adesione all'UE e fornendo una base giuridica per il trasferimento di diritti sovrani e per il coordinamento interno[37].

7. *"*Mission impossible?*" Come arrivare ad una modifica costituzionale in Bosnia-Erzegovina?*

L'UE ha certificato che la Bosnia-Erzegovina deve modificare la Costituzione di Dayton in diversi punti nevralgici. È vero (e ovvio) che l'adesione a un'organizzazione sovranazionale con regole comuni per tutti i membri richiede adattamento e cambiamento. Molti Stati membri si sono preparati all'adesione adottando clausole o sezioni di integrazione nella loro Costituzione, come ad esempio Austria, Slovenia e Croazia. Le questioni affrontate

[36] Cfr. J. Woelk, *Il potere giudiziario e le riforme per preparare l'adesione all'Unione europea*, in L. Montanari (a cura di), *L'allargamento dell'Unione europea e le transizioni costituzionali nei Balcani occidentali. Una raccolta di lezioni*, Napoli, 2022, 261-278.

[37] Una tale clausola faceva già parte della proposta del "Pacchetto di aprile" del 2006 (art. III 6 c).

da queste disposizioni costituzionali riguardano principalmente l'adattamento delle strutture e delle competenze interne all'impatto del diritto dell'UE, con i suoi effetti diretti e la sua supremazia, nonché l'obbligo di garantire un'attuazione efficiente ed efficace. Si tratta di questioni tecniche di rilevanza costituzionale. Nel contesto della complessità della Bosnia-Erzegovina, già questa agenda funzionale crea la necessità di un cambiamento importante per garantire un coordinamento sufficiente e una rappresentanza con una sola voce. Ma è necessario fare di più.

I problemi principali sono legati alla specifica identità costituzionale della Costituzione di Dayton e in particolare al compromesso a favore dei diritti dei tre "popoli costitutivi", anche rispetto ai diritti individuali di tutti i cittadini. La Commissione di Venezia e la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno più volte chiarito che l'accordo costituzionale di Dayton ha solo carattere transitorio, giustificato dalla necessità di porre fine alla guerra, e che lo status quo non può essere considerato una soluzione permanente[38]. Ora, anche la Commissione europea chiede di modificare lo status quo, comprese modifiche dell'equilibrio tra i principi civico ed etnico. Quindi, il dilemma: le riforme costituzionali sono necessarie. E riguardano questioni centrali del compromesso di Dayton.

La riforma della Costituzione segnerebbe l'inizio della fine della transizione del Paese, poiché significherebbe assumere la "titolarità" del processo di trasformazione e non solo creare le precondizioni per la futura adesione all'UE. Tuttavia, mentre gli elementi sono stati identificati e c'è una direzione generale da prendere (meno enfasi sulla divisione etnica, più funzionalità), non c'è un piano specifico per la riforma, perché questo significherebbe imposizione. "La Commissione europea non prescrive un metodo specifico su come un candidato dovrebbe affrontare questi temi. (…) La scelta di come e quando optare per un modello costituzionale che sia meglio conciliabile con la tradizione nazionale del candidato rimane certamente nelle mani dei rappresentanti democraticamente eletti del Paese candidato stesso"[39].

Anche se l'integrazione europea è un obiettivo condiviso, secondo le dichiarazioni, non può essere considerata neutrale rispetto alle posizioni politiche: il rafforzamento dello Stato minaccia l'autonomia della Republika Srpska (l'entità a maggioranza serba) e favorisce le preferenze politiche dei bosgnacchi; i croati insistono per la creazione di una terza entità o almeno per un con-

[38] Si veda il chiaro messaggio del parere della Commissione di Venezia (2005), ribadito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua giurisprudenza Sejdic-Finci.

[39] F. Hoffmeister, *Constitutional implications of EU membership: a view from the Commission*, cit.

trollo maggiore di alcuni territori in cui sono maggioranza. Non esiste ancora una visione comune per il Paese e la polarizzazione prodotta dalla guerra si è mantenuta e prevale nelle posizioni politiche dei partiti che rappresentano i gruppi. Il radicamento istituzionale e territoriale dell'etnia, unito al numero limitato di attori istituzionali, crea regolarmente antagonismo anziché favorire soluzioni creative. I politici serbo-bosniaci insistono sull'integrità della Republika Srpska (RS), l'entità a maggioranza serba, e cercano regolarmente di minare le istituzioni statali, mettendo addirittura in discussione lo Stato stesso[40].

Pertanto, sebbene l'adesione all'UE sia un obiettivo condiviso, sembra ancora secondario rispetto all'obiettivo di preservare il potere relativo del proprio gruppo. L'attrattiva dell'obiettivo dell'adesione è troppo debole, il suo significato per la Bosnia-Erzegovina troppo astratto e la sua possibile realizzazione troppo lontana nel futuro per motivare l'elaborazione di una concreta visione comune dello Stato. Per fare una riforma costituzionale, la Comunità internazionale e l'UE dovranno essere coinvolte nel processo che porterà alle proposte, creando spazi sicuri per il dibattito pubblico, garantendo le procedure e facilitando il processo – senza tuttavia imporre il risultato.

Poiché la sostanza delle modifiche costituzionali tocca inevitabilmente il compromesso fondamentale, il passaggio da un sistema costituzionale imposto dall'esterno a uno generalmente accettato potrebbe essere considerato un vero e proprio momento decisivo per la Bosnia-Erzegovina. La fine del processo di transizione dovrebbe essere formalmente segnata da un atto costituente, come l'adozione legittimata dal popolo di una nuova Costituzione o di modifiche importanti alla Costituzione di Dayton. Pertanto, il processo che porta alla riforma costituzionale deve essere pubblico e trasparente, deve includere la società civile e deve iniziare e concludersi in Parlamento. Dovrà essere assistito (tecnicamente) da esperti internazionali e dell'UE[41]. E deve diventare parte della strategia e della narrativa dell'UE. Un capitolo 35 dei negoziati di adesione, dedicato alla riforma costituzionale, fornirebbe un formato utile, rendendo la questione visibile e importante, oltre a concentrare gli elementi diversi ma collegati in un unico forum. Tutto ciò richiederebbe anche che l'UE sviluppi una propria strategia (politica).

[40] Nella primavera del 2025, dopo la condanna del Presidente della RS, Milorad Dodik, l'escalation delle tensioni tra la leadership della RS e le istituzioni statali della BiH ha raggiunto un nuovo apice, la dinamica delle frequenti crisi degli ultimi anni mettono sempre più in discussione l'autorità statale e l'Ufficio dell'Alto rappresentante.

[41] Per E.P. Joseph, R.B. Hitchner, *Making Bosnia Work. Why EU Accession is Not Enough*, USIPeace Briefing, giugno 2008, 7, sono questi gli insegnamenti da trarre dal fallimento del "Pacchetto di Aprile".

L'anno 2021, un anno senza elezioni, è stato ampiamente considerato come un'opportunità per una riforma globale in Bosnia-Erzegovina. A 25 anni dagli accordi di pace di Dayton, i tempi sembravano maturi per un cambiamento. Ma nonostante le grandi aspettative, non si è ottenuto molto. I negoziati con i leader dei partiti sono falliti, ancora una volta. La loro insistenza sullo status quo e sui guadagni a breve termine è comprensibile, dal loro punto di vista: le legislazioni sono troppo brevi rispetto alla sfida di un cambiamento costituzionale globale. Un esperimento innovativo guidato dalla delegazione dell'UE con un'assemblea di cittadini ha prodotto proposte innovative, che però non sono mai state discusse pubblicamente o in Parlamento. Se da un lato le forme di democrazia deliberativa possono aprire nuove prospettive e garantire il pluralismo coinvolgendo la società civile, la comunità accademia e le parti interessate[42], dall'altro è essenziale che le raccomandazioni risultanti da tale dibattito confluiscano nel processo decisionale istituzionale.

Sia la democrazia consociativa che il federalismo richiedono un atteggiamento costruttivo per funzionare. Il caso della Bosnia-Erzegovina, dove spesso entrambi sono bloccati, dimostra che la sostituzione di attori politici riluttanti con interventi e garanzie esterne è possibile, almeno per un breve periodo dopo un conflitto. Tuttavia, il prezzo da pagare per l'eccesso di potere nella prima fase, e per il *laissez-faire* in seguito, è il consolidamento di strutture etno-nazionaliste, che perpetuano la mancanza di consenso sugli obiettivi comuni tra quelle *élites* che dovrebbero cooperare. La situazione che ne deriva, che oggi caratterizza la Bosnia-Erzegovina, contrasta profondamente con l'essenza dell'integrazione europea, che si basa sulla cooperazione volontaria e non imposta.

Non esiste una via d'uscita facile dal dilemma costituzionale[43]. Ma l'alternativa è lo status quo. Una generazione dopo Dayton, i problemi fondamentali devono essere affrontati. Sono l'elefante nella stanza. E l'UE deve tenerne conto.

[42] Anche la promozione di un dibattito accademico libero tra gli studiosi di tutto il paese è un elemento fondamentale per contribuire al dibattito pubblico, stimolandolo con saperi accademici relativi alle questioni di primaria importanza per l'agenda politica. Negli ultimi anni si è creata una rete di studiosi a tale scopo; i risultati del loro dibattito sono liberamente accessibili qui: "*Bosnia Erzegovina, la Costituzione e l'adesione all'UE. Una piattaforma accademica per discutere delle opzioni*" (https://www.balcanicaucaso.org/Progetti/Bosnia-and-Herzegovina-the-Constitution-and-EU-Accession).

[43] "Dilemma" è usato molto spesso nelle tre lingue ufficiali della Bosnia-Erzegovina ("B-H-S"), come se non si trattasse di un dubbio esistenziale, ma solo di una domanda difficile. Forse questo dà speranza…

DIRITTO COMPARATO:
METODO, MODELLI E TRADIZIONI

DIRITTI FONDAMENTALI E PROCESSO NEGLI STATI UNITI. CIÒ CHE APPARE E CIÒ CHE RIMANE NASCOSTO

Vittoria Barsotti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Decisioni alla luce del sole. – 3. Decisioni nell'ombra. – 4. Ciò che appare e ciò che rimane nascosto.

1. *Premessa*

Quando si studia il diritto costituzionale degli Stati Uniti l'attenzione è generalmente rivolta alla giurisprudenza della Corte suprema e ciò è vero soprattutto se vengono in considerazione i diritti fondamentali. Numerose e note sono le sentenze che hanno caratterizzato le varie epoche della Corte americana ampliando o restringendo il godimento di alcune libertà vuoi previste espressamente dalla Carta fondamentale vuoi riconosciute dai *Justices* nella penombra di alcune sue disposizioni *open ended*, prima fra tutte la *due process clause*. A partire da *Lochner v. New York*[1] e dall'accoppiata *Plessy v. Ferguson* e *Brown v. Board of Education*[2], arrivando a *Dobbs v. Jackson*[3], e passando per molte decisioni che hanno riconosciuto diritti alcuni dei quali sono poi stati via via erosi fino talvolta a scomparire[4], la giurisprudenza della Corte suprema è

[1] 198 U.S. 45 (1905).

[2] *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) e *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 74 (1953).

[3] *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

[4] A proposito di affermazione di diritti da parte della Corte suprema e loro successiva erosione, sono emblematiche le vicende, pur lontane tra loro per tanti motivi, relative alle persone fermate dagli agenti di polizia e quelle relative all'interruzione volontaria della gravidanza. Sulla prima vicenda: nel 1966, con il famoso caso *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436), la Corte suprema ha garantito che le persone fossero informate dei loro diritti, tra cui il diritto a rimanere in silenzio e quello al difensore, quando fermate e interrogate dalle forze dell'ordine; tuttavia, nel corso degli anni, la medesima Corte ha posto limiti a tali diritti erodendo il contenuto di *Miranda*. *V*. *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004); *Montejo v. Louisiana,* 556 U.S. 778 (2009); *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 778 (2010). Sul diritto all'interruzione volontaria della gravidanza v. diffusamente *infra*, testo e nota 9.

sempre stata una lente privilegiata attraverso cui osservare evoluzioni e involuzioni dell'ordinamento degli Stati Uniti.

I quattro *Term* che si sono succeduti durate la Presidenza Biden hanno confermato l'attenzione di studiosi e opinione pubblica sulle due sponde dell'Atlantico per la giurisprudenza della Corte suprema[5] – una delle più conservatrici della recente storia americana, a seguito della nomina di tre giudici da parte del Presidente Trump durante il suo primo mandato[6]. Tale giurisprudenza ha rivelato in numerose occasioni la posizione fortemente ideologica della maggioranza, che riflette e contemporaneamente contribuisce a radicare la polarizzazione tra due anime di una nazione profondamente divisa[7].

Gli anni della Presidenza Biden, durante i quali non poche decisioni hanno rappresentato un ostacolo al perseguimento delle politiche dell'amministrazione democratica[8], confermano dunque che lo studio delle sentenze della Corte suprema è imprescindibile per la comprensione del diritto costituzionale e delle sue recenti metamorfosi; tuttavia, questi ultimi anni rivelano anche che, per avere un quadro almeno tendenzialmente completo dell'impatto della giurisprudenza sui diritti fondamentali, è opportuno prendere in considerazione non solo le *full opinions*, ovvero le sentenze pienamente argomentate, in vario modo sottoscritte da tutti i giudici e pronunciate a seguito dell'*oral argument*, ma anche i casi che non vengono decisi e, soprattutto, i casi che vengono decisi in modo sommario. Quindi, insieme a ciò che la Corte dice in maniera esplicita, è importante tenere conto di ciò che dice in via sommaria, quasi nascosta. E tale accurata ricostruzione appare partico-

[5] Per una breve rassegna delle sentenze più significative della Corte Suprema nei quattro anni della presidenza Biden, v. V. Barsotti, *President Biden and the Supreme Court*, in *DPCE online*, 2024, 3, 15 ss.

[6] Durante il suo primo mandato il Presidente Trump ha avuto l'opportunità di nominare Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh ed Amy Coney Barrett che, insieme a Samuel Alito, Clarence Thomas e al *Chief Justice* John Roberts, rappresentano l'ala conservatrice della Corte suprema. L'ala *liberal* è invece rappresentata da Sonia Sotomayor, Elena Kagan e Ketanji Brown Jackson – l'ultima ad entrare a far parte della Corte, nominata dal Presidente Biden nel 2022.

[7] A. Baraggia, *Reshaping the US Judiciary in times of polarization: Biden's Judicial nominations and Supreme Court reform*, in *DPCE online*, Special issue, *The American Presidency After Two Years of President Biden*, 2023, 9 ss.

[8] Emblematico il caso *Biden v. Nebraska*, 600 U.S. (2023) con cui la Corte suprema ha bloccato il famoso "Student loan forgiveness plan" del Presidente Biden volto a ridimensionare significativamente gli obblighi contratti dagli studenti nei confronti delle banche per pagare gli studi superiori- problema particolarmente grave la soluzione del quale costituiva uno dei cavalli della campagna elettorale di Biden. V. Barsotti, *President Biden and the Supreme Court*, cit., 12-13.

larmente significativa in un ordinamento ove vige un controllo di costituzionalità di tipo diffuso e concreto[9].

Un interessante punto di osservazione per verificare il rapporto tra *full opinions* e decisioni sommarie nonché l'importanza di alcuni istituti processuali tipici della *common law* americana e il loro possibile impatto sui diritti, attiene alla recente giurisprudenza in tema di interruzione volontaria della gravidanza.

2. *Decisioni alla luce del sole*

Dobbs v. Jackson[10], che nel 2022 ha cancellato dall'ordinamento federale il diritto delle donne a interrompere la gravidanza riconosciuto fin dai tempi di *Roe v. Wade*[11], è una *full opinion* che ha avuto una notevolissima risonanza, e non solo negli Stati Uniti: qui se ne riassumono brevemente i tratti salienti per poi riflettere su alcune vicende avvenute prima della sentenza.

Innanzi tutto, *Dobbs*, nel dichiarare inesistente un diritto costituzionalmente tutelato da più di cinquant'anni, se pur talvolta eroso nella sua effettività, compie *l'overruling* di due importanti precedenti, *Roe* e *Casey*[12], definendoli

[9] Uso la famosa distinzione cappellettiana tra modelli diffusi e accentrati, ben consapevole che altre importanti tassonomia sono state suggerite, v. A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni cost.*, 1982, 521 ss. e P. Passaglia, *Il controllo di costituzionalità delle leggi e la contrapposizione tra garanzia giurisdizionale ordinaria e garanzia giurisdizionale speciale della costituzione*, in *DPCE*, n. speciale 2019, 583 ss.

[10] *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

[11] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 215 (1973).

[12] È noto che il diritto all'interruzione della gravidanza è stato riconosciuto dalla Corte suprema nel 1973 con la famosissima sentenza *Roe v. Wade*, 410 U.S. 215 (1973) e tale diritto, pur circoscritto, è stato confermato nel 1992 in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Nel tempo che intercorre tra *Roe* e *Casey* la Corte Suprema si è pronunciata varie volte sul tema dell'interruzione volontaria della gravidanza. In particolare, negli anni che vanno da *Roe* a *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989), questa ha dichiarato incostituzionali numerose disposizioni legislative statali intese a disciplinare le procedure abortive durante la fase iniziale della gravidanza, ritenendo legittime solo quelle disposizioni che non incidevano sulla libertà di scelta della donna ma si limitavano ad imporre, per esempio, la denuncia e la schedatura degli aborti eseguiti o a richiedere che il consenso all'operazione venisse espresso in forma scritta. Ma se da un lato la Corte, attraverso un controllo attento (*strict scrutiny*) della legislazione statale, intendeva tutelare l'inviolabilità della decisione ad abortire presa dalla donna durante il primo trimestre di gravidanza, seguendo quindi *Roe*, dall'altro seguiva un atteggiamento diverso nei casi in cui veniva chiamata a decidere se l'operazione di aborto meritasse il medesimo contributo finanziario pubblico concesso nell'ipotesi di maternità. In più di una occasione, infatti, la Corte nulla trovò da eccepire ri-

"egregioulsy wrong"[13]. In particolare, *Dobbs*, superando *Casey*, disconosce un "precedente sul precedente"[14], poiché in questo caso non solo si era riaffermata la validità del nucleo centrale del diritto di aborto così come riconosciuto in *Roe,* ma ne era stata esaminata nel dettaglio l'autorità di precedente e confermata la perdurante forza vincolante. *Dobbs* adotta dunque una lettura molto leggera del principio *stare decisis* allontanandosi pericolosamente dalla *rule of law*.

In secondo luogo, *Dobbs* consegna agli stati il potere di regolare senza alcun limite la materia dell'interruzione della gravidanza con ciò contribuendo ad acuire le differenze, talvolta assai profonde, tra stato e stato riguardo al ruolo della donna nella società. Si favoriscono inoltre i così detti "interstate conflicts"[15].

Inoltre, *Dobbs* adotta un approccio ermeneutico particolare, non tanto originalista quanto, piuttosto, tradizionalista[16]. Per la Corte, infatti, la *due process*

guardo a leggi che prevedevano il finanziamento statale o federale nei casi di maternità e non in quelli di aborto, oppure che vietavano le operazioni di interruzione della gravidanza in strutture ospedaliere pubbliche, v. V. Barsotti, *La Corte suprema degli Stati Uniti e la questione dell'aborto: verso una nuova maggioranza?*, in *Foro it.,* 1992, IV, c. 527 ss. V., da ultimo, la bella ricostruzione di A. Baraggia, *Stati uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due sentenze paradigmatiche*, Torino, 2023.

[13] "Roe was egregiously wrong from the start. Its reasoning was exceptionally weak, and the decision has had damaging consequences", 597 U.S. _ (2022), slip op., opinion of the Court, 6. Sul problematico rapporto tra interpretazione originalista della Costituzione e teoria del precedente vincolante v. N. Iacono, *Stare (In)decisis: The Elusive Role of Precedent in Originalist Theory and Practice*, in *Geo. J. L. and Public Policy*, 2022, 20, 389 ss.

[14] "Casey is in significant measure a precedent about the doctrine of precedent - until today, one of the Court's most important". 597 U.S. _ (2022), slip op., Justices Breyer, Sotomayor, and Kagan, dissenting, 9.

[15] Se guardiamo oggi una cartina degli Stati Uniti, questa appare come una coperta *patchwork* con stati di colore rosso scuro (più restrittivi), stati di un blu profondo (più permissivi) e stati con varie sfumature di rosa e celeste. In una geografia così diversificata non solo tende ad acuirsi il triste fenomeno del "turismo abortivo", per le sole donne che possono permettersi di viaggiare, ma, in considerazione della complessità del federalismo americano, potrebbero sorgere seri problemi nei rapporti tra stato e stato. Per esempio, le cliniche che praticano interventi di aborto negli stati dove questo è permesso, possono pubblicizzare la propria attività negli stati dove ciò è proibito? La pillola abortiva può essere spedita da uno stato blu ad uno stato rosso? Pare quindi che *Dobbs*, rinunciando a bilanciare, come era stato fatto soprattutto con *Casey*, i diritti della madre con quelli di chi "persona deve ancora diventare" e rimettendo la questione interamente agli stati, invece di porre fine ad una lunga e drammatica storia di scontri nelle corti (e non solo) apra invece un nuovo capitolo, dedicato agli "interstate conflicts". V. K.M. Bridges, *The Supreme Court 2021 Term, Foreword: Race in the Roberts Court*, in 136 *Harv. L. Rev.*, 2022, p. 23 ss., pp. 51-53.

[16] Per quanto connesse tra loro, le due teorie, originalismo e tradizionalismo, non sono

clause offre sì tutela ai diritti non espressamente previsti dal testo della Costituzione, ma solo a quelli che siano contemporaneamente "deeply rooted in this Nation's history and tradition» e "implicit in the concept of ordered liberty"[17]. La Corte sottolinea poi che l'idea stessa di "substantive due process," attraverso cui la nozione di libertà ha assunto connotati che vanno oltre la natura processuale, "has long been controversial"[18]. E qui è importante ricordare che un'analoga interpretazione di tipo tradizionalista era stata adottata dalla Corte Suprema nel 1997 in *Washington v. Glucksberg*[19], ma rigettata dopo soli sei anni in *Lawrence v. Texas*[20]. In questo celebre caso la Corte ha dichiarato costituzionalmente invalida la "sodomy law" del Texas che sanzionava alcuni particolari comportamenti sessuali e che implicitamente discriminava le persone omosessuali, riconoscendo dunque a tutti gli adulti consenzienti il diritto ad intrattenere relazioni intime indipendentemente dall'orientamento sessuale: tale diritto viene letto proprio nell'idea di libertà contenuta nella *due process clause*, da cui si estrae la nozione di *privacy* e alla quale si affianca quella di dignità[21].

coincidenti. La tradizione viene infatti in considerazione nel dibattito sugli "unenumerated rights", ovvero nel dibattito sui metodi con cui colmare i "grandi silenzi" della Costituzione. L'originalismo, invece, guarda al testo costituzionale e si pone il problema del valore da assegnare all'intenzione del costituente nel suo adattamento alle mutate condizioni sociali e culturali. In termini generali, sull'originalismo quale tecnica ermeneutica v. W. Baude, *Is Originalism Our Law?*, in *Columbia Law Rev.*, 2015, 115, 2349 ss.; R.W. Bennett, L.B. Solum, *Constitutional Originalism: A Debate,* Ithaca, N.Y., 2022. Con particolare riferimento al *due process*, v. L.B. Solum, M. Crema, *The Original Meaning of "Due Process of Law" in the Fifth Amendment*, in *Va. Law. Rev*., 2022, 108, 447 ss. Per una breve distinzione tra originalismo e tradizionalismo con riferimento a *Dobbs*, v. A. Sperti, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2022, 3, 23 ss.; e Id., *"Dobbs" e il controverso overruling di "Roe v. Wade" sullo sfondo del confronto tra opposte visioni del rapporto tra storia e Costituzione*, in *Foro it*., 2022, IV, c. 449 ss. V. anche A. Buratti, *Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2019, 10, 423 ss.

[17] 597 U.S. _ (2022), slip op., opinion of the Court, 7. Cass Sunstein sottolinea in modo particolare i pericoli che possono nascere dall'approccio tradizionalista presente in *Dobbs*, v. C. Sunstein, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, preliminary draft, online, 6/25/2022. V. anche C. Sunstein, *Due Process Traditionalism*, in *Mich. Law Rev*., 2008, 106, 447 ss.

[18] Ibid., 2.

[19] 511 U.S. 702 (1997). In questo caso la Corte Suprema ha ritenuto all'unanimità che il suicidio assistito non fosse un diritto tutelato dalla *due proces clause* del XIV Emendamento.

[20] 539 U.S. 558 (2003).

[21] Sul caso *Lawrence v. Texas* e la *litigation* che ha portato alla sentenza v. V. Barsotti, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005.

Ne segue che l'approccio interpretativo adottato in *Dobbs*, nonostante le rassicurazioni offerte dal giudice Alito nell'opinione di maggioranza[22], potrebbe condurre a limitare altri diritti fondamentali inerenti alle scelte più intime della persona nati all'ombra della *due process clause*. Ed infatti, nell'opinione concorrente, il giudice Thomas sostiene molto candidamente che: "… in future cases, we should reconsider all of this Court's substantive due process precedents, including *Griswold*[23], *Lawrence*[24], *Obergefell*[25]. Because any substantive due process decision is demonstrably erroneous"[26]. Oltre al diritto ad intrattenere relazioni intime affermato in *Lawrence*, si pongono dunque in dubbio anche altri diritti quali l'uso di contraccettivi (*Griswold*) e il matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Obergefell*). D'altronde, tutti i casi citati costituiscono un serrato *continuum* giurisprudenziale e condividono, guardando alla Costituzione come un *living document*, un'interpretazione estensiva dell'idea di libertà contenuta nel XIV Emendamento.

Infine, può colpire l'osservatore, soprattutto europeo, che nell'opinione di maggioranza in *Dobbs* venga ignorato il ruolo della donna nella società e venga altresì ignorato come tale ruolo sia connesso alla "reproductive autonomy"[27], ovvero al controllo della donna sulla propria capacità riproduttiva, né siano discussi gli effetti diretti che il superamento dei precedenti *Roe* e *Casey* può avere sulla vita di moltissime donne. Persino la parola "woman" pare assente dal lessico del giudice Alito[28]. Quanto le conseguenze di *Dobbs* andranno ad incidere sulle donne meno abbienti e appartenenti alle minoranze più svantaggiate[29] è invece efficacemente sottolineato nell'accorata opinione dissenziente la quale, contrariamente alla tradizione che vede tali opinioni terminare con la frase "We respectfully dissent" , si chiude in una maniera che non lascia dubbi

[22] 597 U.S. (2022), slip op., see, e.g., opinion of the Court, 32, 71.

[23] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). V. anche *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) e *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678 (1977).

[24] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

[25] *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

[26] 597 U.S. (2022), slip op., Justice Thomas, concurring, 3.

[27] Così Chemerinsky che ripercorre in maniera efficace tutta la giurisprudenza in tema di "reproductive autonomy" a partire da *Griswold v. Connnecticut*, 381 U.S. 479 (1965). E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Ch. 10, §10, 6th ed., Boston, 2019.

[28] V. M.R. Marella, *"Dobbs" e la geopolitica dei diritti*, in *Foro it.*, 2022, IV, c. 442 ss., c. 443.

[29] L'impatto negativo di *Dobbs* sulle persone appartenenti a minoranze etniche è messo drammaticamente in evidenza da Kyara Bridges: "The analysis of *Dobbs* shows that the Court failed to appreciate that the reversal of *Roe* is devastating to black people with the capacity for pregnancy"; "There should be no doubt that the demise of *Roe v. Wade* inflicts a racial injury". K. M. Bridges, *op. cit.*, p. 42.

sulla gravità della decisione: "With sorrow – for this Court, but more, for many millions of American women who have today lost a fundamental constitutional protection – we dissent"[30].

3. *Decisioni nell'ombra*

Dobbs è senz'altro una *full opinion* nota, controversa e ampiamente commentata. Meno famosa, e tuttavia altrettanto importante non solo per comprendere l'asprezza del dibattito politico ma anche per far luce sull'importanza delle decisioni sommarie e sul loro impatto sui diritti, è la storia che ha portato a *Dobbs.* Tale storia si è svolta nella fitta trama di una rete di controversie che hanno interessato sia le corti statali sia quelle federali inferiori ove si è discusso di leggi restrittive del diritto di aborto diverse da quella del Missouri oggetto di *Dobbs*.

Prima di percorrere in maniera veloce la complicata strada che ha infine condotto a *Dobbs*, è opportuno ricordare che la Corte suprema degli Stati Uniti, seguendo la tradizione delle giurisdizioni di vertice degli ordinamenti di *common law*, pronuncia "fully reasoned opinions" solo in un esiguo numero di casi: i ricorsi pienamente decisi ogni anno sono meno dell'1% di quelli presentati[31]. Il principale strumento processuale impiegato per la selezione dei casi è il *writ of certiorari*, discendente diretto di quei *prerogative writs* che hanno reso forti in epoche ormai molto lontane le corti di Westminster[32]. Anche un uso strategico delle così dette *doctrines of justiciability*, ovvero *standing*, *mooteness*, *ripeness* e *politcal questions*, ha contribuito ad attribuire alla Corte suprema un controllo completo sul proprio ruolo – intendendo l'espressione "ruolo" sia nel senso di funzione svolta nell'ordinamento sia nel senso di registro delle cause da trattare. Insomma, i *Justices* possono liberamente decidere cosa decidere e quando[33].

[30] 597 U.S. (2022), slip op., Justices Breyer, Sotomayor, and Kagan, dissenting, 60.

[31] Nell'ultimo decennio sono stati presentati alla Corte circa 7.000-8.000 ricorsi (richieste di *writ of certiorari*) all'anno. Di questi ricorsi solo 70/80 vengono decisi con *full opinion* e circa 1000 vengono decisi in maniera sommaria. La Corte suprema ha accordato la piena *review* e quindi definito con *full opinion:* 77 casi nel 2021, 47 casi nel 2022, 58 casi nel 2023. V. https://www.statista.com/statistics/1326129/number-supreme-court-cases-decided-term-us/.

[32] V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999.

[33] Lo studio più completo sul tema è H.W. Perry, *Deciding to Decide. Agenda Setting in the Supreme Court*, Cambridge, Ma., 1991. V. anche, V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit.

Se l'importanza del processo di selezione dei casi non è sfuggita alla dottrina, non altrettanto può dirsi della possibilità che hanno i *Justices* di pronunciarsi sui ricorsi in maniera sommaria e il tipo di decisone sommaria assunta più di frequente è conosciuta come *per curiam*[34]. La decisione *per curiam* consiste in un breve ordine proveniente dalla Corte in quanto tale e quindi non riporta le firme dei singoli giudici e solo in rarissime occasioni sono presenti *dissent*.

I casi non decisi (generalmente *certiorari denials*) e i casi decisi in maniera sommaria (generalmente *per curiam orders*) rappresentano una parte significativa del lavoro della Corte. Accanto all'elenco delle cause alle quali viene accordata la piena *review* – che comporta l'udienza pubblica e una decisione sottoscritta da tutti i giudici, sia quelli che fanno parte della maggioranza sia quelli concorrenti o dissenzienti – vi è dunque un elenco parallelo che è stato brillantemente definito "shadow docket"[35]. Per misurare l'effetto delle decisioni della Corte sui diritti individuali è allora inevitabile guadare non solo i pochi ancorché noti casi che sono iscritti nell'elenco ordinario, ma anche i molti che rimangono nell'ombra e tra questi soprattutto quelli che sono definiti in via sommaria[36].

Le decisioni *per curiam* non rappresentano una novità degli ultimi anni poiché fanno da sempre parte dello strumentario procedurale della Corte suprema; tuttavia, l'aumento consistente del loro numero risale all'inizio dello scorso decennio e ha avuto una notevole accelerazione a partire dalla nomina della giudice Amy Coney Barrett, avvenuta nel 2017[37]. Non è questo il luogo per indagare i motivi del cambio di marcia, inevitabilmente connessi all'inasprirsi della "culture war", basti qui osservare che negli ultimi anni i *Justices*, attraverso decisioni *per curiam*, sono intervenuti su alcune delle questioni che più hanno diviso l'opinione pubblica americana: dall'immigrazione alle elezioni, dall'aborto alla pena di morte, dalla libertà religiosa ai poteri delle agenzie federali, la Corte suprema ha adottato decisioni "unseen, unsigned, and almost always unexplained"[38].

[34] L'importanza delle decisioni sommarie non è sfuggita a tutti. V. il bel libro di S. Vladeck, *The Shadow Docket. How the Supreme Court Uses Stealth Rulings to Amass Power and Undermine the Republic*, New York, 2023.

[35] L'espressione è stata coniata da W. Baude, *Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*, in *N. Y. U. J. of Law and Liberty*, 2015, 9, 1 ss. e ripresa più recentemente da Vladeck il quale, riferendosi sia ai casi non decisi sia a quelli decisi in via sommaria, osserva che "Quantitatively, at least, the shadow docket made up almost 99 percent of the Court's actual decisions". S. Vladeck, *op. cit.*, 12.

[36] Nel volume di Vladeck a cui si fa spesso riferimento, lo "shadow docket" è composto sia dai casi non decisi sia da quelli decisi in via sommaria. Nel presente breve scritto non tratterò dell'importanza dei casi non decisi, ma solo di quelli decisi *per curiam*. Sui casi non decisi v. V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit.

[37] S. Vladeck, *op. cit.*, 17 ss.

[38] S. Vladeck, *op. cit.*, 13.

Ancora una volta, come sopra anticipato, un buon esempio di decisione *per curiam* riguarda il tema dell'interruzione della gravidanza.

In uno scritto pubblicato nel 2023[39], al fine di offrire una comprensione approfondita di *Dobbs*[40], si è dato rilievo a un caso deciso pochi mesi prima: *Whole Woman's v. Jackson*[41]. Ma ora preme osservare che quest'ultimo caso, prima di ottenere una piena *review*, è stato deciso *per curiam* e tale breve e immotivata decisione ha prodotto effetti dirompenti sui diritti delle cittadine e dei cittadini del Texas.

In *Whole Woman's* veniva in considerazione una legge del Texas che vieta l'aborto a partire dal momento in cui il medico rileva il battito cardiaco fetale, cosa che accade approssimativamente a partire dalla sesta settimana di gravidanza. I cinque giudici che di lì a poco comporranno la maggioranza in *Dobbs* non ritengono illegittima la legge statale che pur è nettamente in contrasto con *Roe* e *Casey*, poiché impedisce l'aborto in una fase così precoce della gravidanza che la donna potrebbe non averne nemmeno consapevolezza. La Corte, con una breve decisione *per curiam*, ammette che la legge entri in vigore (si trattava infatti di un'ipotesi particolare di *preenforcement challenge*[42]) pur se in contrasto con i precedenti e pur ponendo altre gravi questioni di costituzionalità[43]. Diversamente da *Dobbs*, la cui opinione di maggioranza occupa ben 108

[39] V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson, Abortion Laws and Private Enforcements*, in *DPCE online*, Special issue, *The American Presidency After Two Years of President Biden*, 2023, 24 ss.

[40] 597 U.S. 215 (2022).

[41] *Whole Woman's v. Jackson* 595 U.S. _ (2021). La storia processuale del caso è estremamente complessa. La citazione in questa nota è alla *full opinion*. La citazione corretta per la precedente decisione *per curiam* è 141 S. Ct. 1494 (2021), mem.

[42] Come accennato nel testo, la vicenda processuale di *Whole Woman's Health v. Jackson* è complessa e inizia con una "pre-enforcement challenge". Generalmente, tali azioni sono proposte nei confronti dell'Attorney General al fine di prevenire l'applicazione di una legge che si ritiene incostituzionale: si agisce in giudizio domandando una *injunction* per impedire che l'autorità titolare dell'azione penale possa procedere all'*enforcement* di una legge che vieta una condotta ritenuta dall'attore costituzionalmente protetta. Poiché, come si spiega nella notta successiva, la legge del Texas sottrae a tutti gli "state officials" il potere di perseguire i trasgressori, ne segue che si preclude a coloro che ritengono la legge lesiva di un loro diritto la possibilità di una "pre-enforcement challenge" nei confronti degli "state officials". Allora, per aggirare questo ostacolo, la strada seguita dagli attori è quella di una *challenge* prima dell'entrata in vigore della legge.

[43] Non solo la legge del Texas, nota come SB8, vieta l'aborto dopo la sesta settimana di gravidanza, in netto contrasto con *Roe* e *Casey*, ma non consente alle autorità statali ("state officials") di perseguire i trasgressori rimettendo questo potere esclusivamente nelle mani dei comuni cittadini ("any person") che possono esercitarlo esclusivamente attraverso "private civil actions". E poiché all'attore vittorioso nei confronti di chi ha violato la legge (clinica, medico, infermiere) viene riconosciuto un "risarcimento" di 10.000 dollari, reinventa la figura del cac-

pagine del repertorio ufficiale, la prima criptica decisone di *Whole Woman's* consiste in un solo paragrafo senza alcuna motivazione se non una "scusa processuale". Ma per le persone del Texas, per le quali la legge è entrata in vigore, quel singolo paragrafo ha avuto una grande importanza: poche parole che hanno impedito alle donne del Texas di accedere in maniera pressoché assoluta all'interruzione della gravidanza ben prima dell'*overruling* di *Roe* compito da *Dobbs*. *Whole Woman's* non fa che anticipare per il Texas gli effetti di *Dobbs*, ma è una anticipazione "nascosta".

Gli stessi cinque giudici[44] che non hanno posto ostacoli alla legge del Texas hanno impiegato decisioni *per curiam*, negli anni immediatamente precedenti a *Whole Woman's*, per bloccare numerose disposizioni statali in tema di Covid-19[45]. Alcune di queste brevi e immotivate pronunce hanno riconosciuto tutela costituzionale a gruppi religiosi che ritenevano la disciplina statale adottata per limitare la diffusione del contagio una limitazione della libertà di culto, così ribaltando consolidati precedenti che avevano tenuto rigidamente distinti stato e chiesa (il famoso "wall of separation") in ragione di una lettura rigorosa della *establishment clause* del primo emendamento. Anche in questi casi – tra cui risulta emblematico *Alabama Association of Realtors v. Unites States Department of Health and Human Service*[46] – con decisioni sommarie si sono disconosciuti importanti precedenti anticipando la giurisprudenza successiva che ne avrebbe poi compito l'*overruling*[47].

4. *Ciò che appare e ciò che rimane nascosto*

La giurisprudenza in tema di interruzione volontaria della gravidanza mostra in maniera piuttosto chiara che per ottenere una rappresentazione sufficientemente completa dell'impatto delle decisioni della Corte suprema sulle libertà è opportuno avere presente ciò che la Corte dice alla luce del sole e ciò che invece rimane nell'ombra.

ciatore di taglie laddove i cittadini sono incoraggiati a proporre azioni nei confronti di presunti trasgressori, ottenendo, in caso di vittoria, una ricompensa. Inoltre, il modo in cui la legge è costruita, rende difficile la *judicial review* da parte della corti federali. V. V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson, Abortion Laws and Private Enforcements*, cit.

[44] Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett.

[45] Per una descrizione esaustiva delle decisioni *per curiam* in tema di Covid-19 v. S. Vladeck, *op. cit.*, 163-227.

[46] 594 U.S. (2021), *per curiam.* La pronuncia può leggersi anche in S. Vladeck, *op. cit.*, 235.

[47] *Carson v. Makin* 596 U.S. 767 (2022) e *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. 507 (2022).

Poiché in tempi recenti il numero delle *full opinions* è andato costantemente diminuendo mentre invece sono andate aumentando le decisioni sommarie, che da strumento eccezionale e di "emergenza" si sono trasformate in una procedura con la quale si risolvono questioni politicamente scottanti talvolta anticipando decisioni future, non può essere sottostimata l'importanza dello "shadow docket"[48].

Per comprendere le metamorfosi del diritto, soprattutto in un ordinamento ove è presente un modello diffuso di controllo di costituzionalità, è necessario quindi adottare una prospettiva che valorizzi gli aspetti processuali del meccanismo di tutela dei diritti. Non solo ciò che la corte dice, ma anche ciò che rimane nell'ombra.

Se poi si considera che la motivazione è strumento di legittimazione e che lo è in modo particolare per dei giudici nominati a vita dal potere esecutivo, ancorché con la partecipazione del Senato, si comprende come l'aumento delle decisioni sommarie, a scapito delle *full opinions*, possa destare preoccupazione – soprattutto quando le decisioni sommarie vanno a incidere su diritti costituzionalmente protetti.

Riemerge allora la mai sopita "countermajoritarian difficulty" che per essere giustificata necessita di giudici responsabili e che agiscano nella massima trasparenza[49].

[48] Dagli inizi del '900 il numero dei casi decisi con *full opinion* è andato aumentando fino a raggiungere la cifra di 370 nel 1967. Dagli anni Ottanta del secolo scorso è iniziata una lenta diminuzione e tuttavia i casi decisi con *full opinion* sono stati tra gli 80 e i 100 fino al 2014, anno in cui è iniziata una rapida e costante diminuzione. Il record negativo appartiene al 2022 con 47 *full opinions*; l'anno successivo sono state 58. Contemporaneamente sono aumentate, come si osserva nel testo, le decisioni sommarie. Per le statistiche, oltre al sito della Corte suprema, si può vedere la *Harvard Law Review* che nel fascicolo di novembre, a partire dal 1949, tiene una sezione dedicata alle statistiche; oggi tali statistiche, corredate da interessantissime tavole esplicative, si trovano sul sito della rivista.

[49] Non si può non citare qui il classico e ancora oggi attuale A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed., New Haven, Ct., 1962, spec. 16 ss.

THE EMPIRICAL TURN IN LEGAL INTERPRETATION

Giuseppe Bellantuono

SUMMARY: 1. Introduction: legal interpretation as an empirical subject. – 2. The interpreter. – 3. The interpretative activity. – 3.1. Corpus Linguistics. – 3.2. Surveys. – 3.3. AI interpretation. – 4. Two agendas for comparative law. – 5. Conclusions: from the empirical to the institutional turn.

1. *Introduction: legal interpretation as an empirical subject*

The empirical turn in legal interpretation is prompted by several streams of literature that, with a variety of methodologies, try to provide new arguments about both the role of the interpreter and the way the interpretative job should be carried out. The controversies animating the broader debate about the usefulness of empirical approaches in legal studies carry over to the field of legal interpretation. In this essay, the main argument is that empirical approaches to legal interpretation involve newer and deeper controversies. What those approaches promise is to change the very meaning of interpretation, as well as the relationships among the legal actors usually involved in interpretative tasks. Some kind of transformation in meanings, practices and evaluative standards is always a by-product of empirical approaches[1]. Still, their impacts can differ. For example, if synthetic indicators are employed to recommend legal reforms, the main issue is whether the indicators include the institutional elements really bearing on the achievement of the desired goal. Of course, the goal itself could be challenged. However, synthetic indicators, and the empirical methods used to build them, are supposed to be one of the tools policymakers use within traditional decision-making processes. Those tools are not supposed to require broader changes to such processes.

A supporting role can be claimed for empirical approaches to legal interpretation as well. Though, a significant transformation of interpretative tasks can be expected. Traditionally, the legal literature has discussed such tasks with reference to four aspects: the text, sign or fact to be interpreted; the role of the

[1] See, with regard to quantification, P.G. Monateri, M. Balestrieri, *Quantitative Methods in Comparative Law*, Cheltenham, 2023, 50.

interpreter; the interpretative activity; and the outcome of the interpretation. Empirical approaches could influence all the four aspects. The text could be 'adapted' for the analysis with a corpus linguistics (CL) or a large language model (LLM). The role of the interpreter could be established with regard to her political preferences or her cognitive capabilities. The interpretative activity could be unpacked in a sequence of steps amenable to experimental approaches or to artificial intelligence (AI) processing. Finally, the interpretative outcome could be assessed from the point of view of its congruence with empirical data on the features of a legal system or on its expected impact.

I do not aim at assessing whether these transformations of legal interpretation have positive or negative effects. Clearly, the fierce debate on the pros and cons of empirical legal studies will go on in the coming decades. I propose to refocus the analysis toward the institutional underpinnings of empirical approaches to legal interpretation. Instead of judging the usefulness of each approach, or its faithfulness to traditional legal approaches, I propose to explore the factors that, in each legal system, support or hamper the uptake of empirical methodologies for interpretative tasks. This kind of comparative analysis has several advantages.

To begin with, it does not assume that empirical approaches to legal interpretation will be universally embraced or rejected. Most of them could be adopted selectively, depending on how their advantages and drawbacks are perceived in each institutional context. A comparative analysis could shed light on the reasons for this selective reception. Secondly, it shows that the sharp distinction between empirical and non-empirical theories of interpretation needs to be revised. It is often argued that theories of interpretation are only concerned with what interpretation is and how it should be done. They are not concerned with real-world interpretative practices. Nor can they be disconfirmed by divergent practices.[2] Empirical approaches make this distinction increasingly untenable. They directly address theories of interpretation and put in doubt their foundations. Instead of a sharp distinction, the proposed analysis suggests a reciprocal influence between theories and empirical studies: in each legal system, the former affect the design, and the methodological choices, of empirical approaches; the latter support or displace dominant theories. Hence, legal theories of interpretation are not made irrelevant. They become one aspect of the institutional context in which empirical approaches are employed.[3] Thirdly, the comparative analysis helps put in the right perspec-

[2] See G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, 15 ff. on the distinction between theoretical and empirical approaches to interpretation.

[3] See F. Schauer, *Social Science and the Philosophy of Law*, in J. Tasioulas (edited by), *The*

tive the normative dimension of empirical approaches. Each empirical methodology has its own limits. Arguing about their relevance and the solutions to overcome them is part of the debate, but does not lead to conclusive answers. Conversely, exposing the connection between each empirical methodology and the institutional context in which it is proposed lends support to the arguments that recommend a specific empirical approach because, despite its limits, it represents the most convincing answer for a specific problem in a specific institutional context.

Section 2 reviews the empirical approaches in which the personal features of the interpreter provide the link with the interpretative outcome. This section also discusses the empirical approaches in which the determinant factor is represented by the features of the institution in which the interpreter carries out her interpretative job. Section 3 turns to the empirical approaches that focus on the interpretative activity. Three of them are reviewed: the CL approach, surveys, and computational methods employing LLMs. Section 4 delineates two research agendas for the comparative analysis of empirical approaches to interpretation. Section 5 summarizes the discussion. Throughout the essay, the focus will be on statutory interpretation. Other legal texts, including contractual and regulatory ones, are equally interesting for empirical analysis and the methods discussed here can be applied to them. But the interpretation of those texts entails additional institutional factors that require further analysis.

2. *The interpreter*

Two streams of empirical literature are considered in this section. The first one focuses on the determinants of judicial behaviour. The second one is concerned with perceptions of the institutional advantage enjoyed by different categories of interpreters. I review both streams in order to single out the factors that explain how empirical studies could affect interpretative activities.

With regard to judicial behaviour, in the last few decades empirical studies have become more diversified both from the point of view of their geographical reach and of the methodologies they employ. Moving beyond the original association with the US legal system, empirical studies of EU, non-EU and international courts are now available. Political science still offers one of the most significant theoretical frameworks, but economics, sociology, linguistics,

Cambridge Companion to the Philosophy of Law, Cambridge, 2020, 95, for a discussion of the multiple connections between empirical inquiries and legal theory.

psychology, history and network analysis provide competing or complementary approaches.

Typologies of empirical studies of judicial behaviour are usually arranged with reference to the factors affecting judicial choices. For example, a legalist approach grants priority to the constraints emerging from the main components of a legal system. An attitudinal approach holds that judges' votes reflect their political preferences. Rational choice approaches assume that judges are either motivated by non-pecuniary costs and benefits or by the strategic interactions within each court and with other actors. Identity approaches explain judicial behaviour by reference to judges' biographies and personal characteristics. Finally, psychological approaches consider the heuristic decision-making strategies judges use.[4]

Two remarks about this literature can be made. Firstly, all the approaches seem to be on an equal footing and none of them is presented as the most convincing, or scientifically sound, one. On the contrary, it is maintained that an encompassing vision of judicial preferences should be preferred. How much weight each set of preferences should be given is to be determined by observing the features of each institutional context.[5] The vagueness of this guideline suggests that each empirical approach has its own research community and limited agreement is possible across communities. Secondly, not all empirical approaches are equally sensitive to institutional contexts. Indeed, the rational choice and the psychological approaches display universalistic tendencies. A direct role for institutional influences is only visible in the legalistic and strategic approaches. For example, judges could choose the interpretative strategies that, taking into account the foreseeable reactions of their addressees (public and private actors), lead to an outcome the judges themselves prefer. Such an outcome could be a higher degree of compliance with the judgement or existing rules, as well as a lower probability of legislative overruling.[6]

Strategic analysis has also been applied to the EU Court of Justice (ECJ). For example, the Court cites more extensively to its case law when facing Member States with contrary interpretations, thus suggesting it tries to bolster the legitimacy of its interpretation.[7] In judgments containing an expan-

[4] L. Epstein et al., *Introduction to the Study of Comparative Judicial Behavior*, in L. Epstein et al. (edited by), *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behavior*, Oxford, 2024, 3, 10-18.

[5] L. Epstein, S.A. Lindquist, *Preface*, in L. Epstein, S.A. Lindquist (edited by), *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*, Oxford, 2017, x-xi.

[6] L. Epstein, K. Weinshall, *The Strategic Analysis of Judicial Behavior*, Cambridge, 2021; S. Dothan, *Strategic Analysis*, in Epstein et al. (edited by), *op. cit.*, 181.

[7] O. Larsson et al., *Speaking Law to Power: The Strategic Use of Precedent of the Court of*

sive interpretation of EU law, the Court is significantly more likely to defer parts of its decision to the referring court. This means that the Court uses deference strategically in order to get national courts onboard with decisions that might otherwise face resistance.[8] With regard to its interaction with the EU legislators, the Court might care about reactions that prompt revisions of Treaties and restrict judicial powers.[9] A strategic calculus is also observed when there is the risk that the interpretation of the Court is overridden by legislative revisions.[10]

Before discussing the impact these empirical studies could have on legal interpretation, let us consider the second stream of literature. It originated in the US, but has attracted interest elsewhere[11]. The main argument is that any theory of interpretation has an unavoidable empirical foundation. Before asking which interpretative strategies is justified, the 'institutional capacities' of the interpreter should be assessed. The goal should be to allow each interpreter to use the interpretative strategies that, given resource constraints, reduce the probability of mistaken interpretations. Furthermore, the systemic effects of each interpretative strategy should be taken into account. Such effects have to do with the impact on legislative and administrative behaviour, the organization of the judicial system, as well as degrees of legal compliance.

A focus on institutional capacities has two major implications for legal interpretation. First, only interpretative strategies that rely on information available to the interpreter should be employed. Instead of searching for the best interpretation, the avoidance of worst outcomes should be the guiding principle. In the US legal system, this means that formalist strategies and a strong

Justice of the European Union, in *Comp. Pol. Stud.*, 2017, 50(7), 879. A better understanding of this strategic interaction can be obtained by classifying the multiple issues in each judgment with supervised machine learning methods: see P. Schroeder, J. Lindholm, *From One to Many: Identifying Issues in CJEU Jurisprudence*, in *J. L. and Courts*, 2023, 11(1), 163.

[8] L. López Zurita, S.A. Brekke, *A Spoonful of Sugar: Deference at the Court of Justice*, in *J. Comm. Mkt. Stud.*, 2024, 62(5), 1177.

[9] J.L. Castro-Montero et al., *The Court of Justice and Treaty Revision: A Case of Strategic Leniency?*, in *Eur. Union Pol.*, 2018, 19(4), 570.

[10] O. Larsson, D. Naurin, *Judicial Independence and Political Uncertainty: How the Risk of Override Affects the Court of Justice of the EU*, in *Int. Org.*, 2016, 70, 377; O. Larsson, *Political and Constitutional Overrides: The Case of the Court of Justice of the European Union*, in *J. Eur. Pub. Pol'y*, 2021, 28(12), 1932; S. Cheruvu, *Do Legislative Agenda-Setters Constrain Judicial Decision-Making? Evidence from the European Union*, Working Paper July 6, 2024.

[11] C.R. Sunstein, A. Vermeule, *Interpretation and Institutions*, in *Mich. L. Rev.*, 2003, 101(4), 885; A. Vermeule, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Interpretation*, Cambridge, Mass. and London, 2006.

doctrine of precedent should be preferred. Second, interpretative tasks should be performed by the institution with the largest institutional resources. In the US legal system, one example of this approach is represented by the judicial doctrines delegating interpretative tasks to regulatory agencies.

In the EU, too, arguments referring to institutional resources are sometimes employed to explain judicial patterns. For example, it has been observed that the ECJ "is prepared to defer to national judiciaries when the question is narrow or highly contextual, and hence national judges familiar with the facts of the case are in better positions to find appropriate solutions to the questions at hand." Conversely, the ECJ tends to issue more detailed answers for legal questions concerning the interpretation of Union law that are likely to be representative of a broader set of (future) cases.[12]

Brazilian courts have, in many instances, explicitly referred to institutional capacities arguments. Both the Federal Supreme Court (STF), in judgments of constitutional review, and the Superior Court of Justice (STJ), in judgments related to the review of administrative decisions, cite Sunstein and Vermeule's works to support a specific interpretation. For example, the STF held that the choice made by the federal legislator to exclude associations of professionals from the scope of the law on workers' cooperatives was justified by legitimate and proportionate evaluations on the organization of the job market. Vermeule's work was quoted to affirm the position that, in situations of uncertainty, it is not for the judiciary to challenge such evaluations.[13] Similarly, the STJ refers to the case law of the STF to reject appeals against the national competition authority which would require a review of the economic analysis carried out to evaluate the legality of a cartel agreement[14]. Conversely, the STJ excluded the relevance of the institutional capac-

[12] P. Schroeder, *Seizing Opportunities: The Determinants of the CJEU's Deference to National Courts*, in *J. Eur. Pub. Pol'y*, 2024, 31(9), 2986 ff., 2987. Institutional resources also matter in the broader debate about EU judicial federalism. Trends toward centralization strengthen the role of EU courts, but they co-exist with trends toward prioritization, which leave more leeway to national courts. See J. Zglinski, *The New Judicial Federalism: The Evolving Relationship Between EU and Member State Courts*, in *Eur. L. Open*, 2023, 2, 345.

[13] Federal Supreme Court, direct action of unconstitutionality no. 4.849, Judge L. Fux, judgment of 7 May 2024, available at www.stf.jus.br. The first reference to the institutional capacities argument can be found in Federal Supreme Court, separate petition for extradition no. 1.085, Judge Luiz Fux, judgment of 8.6.2011, available at www.stf.jus.br . For this and other precedents of the STF see R.C. Federice, *Controle judicial do ato administrativo à luz da teoria das capacidades institucionais*, in *Rev. Emerj*, 2022, 24(3), 196.

[14] Superior Court of Justice, special appeal no. 1979138, Judge O.G. Fernandes, judgement of 9 October 2023, available at www.stj.jus.br .

ities argument when telecommunications operators calculated late payment interests with criteria infringing consumer law. In this case, no legislative delegation to the technical assessment of the national telecommunications regulator was found.[15]

The acceptance of the institutional capacities argument in the Brazilian courts can be contrasted with the wide-ranging criticisms of Brazilian legal doctrine. For some authors, the argument is nothing more than a corollary of the separation of powers principle. It does not offer persuasive evidence about the better interpretative capacities of a judicial or non-judicial institution[16]. Doubts are expressed about the feasibility of purely empirical arguments that do not involve normative judgments. Furthermore, the institutional capacities argument could be made to depend from contingent factors that increase uncertainty about the boundaries of interpretative powers.[17] A more positive assessment is proposed by the authors who see in the institutional capacities argument a solution for hard cases not expressly regulated, or cases involving issues related to the interactions between different branches of the state.[18] Even though empirical data are often missing, a reference to institutional capacities could be useful to clarify the content of the legal authority conferred to each decision-maker.[19]

It can be observed that the debate about the relevance of empirical factors in legal interpretation takes place in the broader framework of two developments in the Brazilian legal system. The first one has to do with the conflicts between the executive and the judicial power. The institutional capacities argument seems to be deployed to avoid direct confrontations between the two branches. Hence, it reinforces the tendency toward interpretative formalism:

[15] Superior Court of Justice, special appeal no. 1.690.982, Judge A. Magalhães, judgement of 1 August 2019, available at www.stj.jus.br .

[16] D.W. Arguelhes, F. Leal, *O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, in *Dir. Est. e Soc.*, 2011, 38, 6; F. Leal, D.W. Arguelhes, *Dois problemas de operacionalização do argumento de "capacidades institucionais"*, in *Rev. Est. Inst.*, 2016, 2(1), 192.

[17] C.M. Clève, B.M. Lorenzetto, *Teorias interpretativas, capacidaded institucionais e crítica*, in *Rev. Dir. Fund. Democ.*, 2016, 19(19), 131.

[18] B. De Oliveira Cordeiro Hanthorne, J. Becker, *A relativização do princípio da vedação ao non liquet: a teoria das capacidades institucionais*, in *Rev. Bras. Pesq. Jur.*, 2021, 2(2), 104.

[19] C.A. Pereira das Neves Bolonha et al., *Um caminho possível para a operacionalização das capacidades institucionais*, in *Rev. Est. Const. Herm. e Teoria Dir.*, 2018, 10(3), 326. Also see F. Leal, *A utilidade do argumento das "capacidades institucionais"*, in *Rev. Est. Inst.*, 2024, 10, 500 for the observation that the institutional capacities argument can be employed to allocate the burden of proof about the interpretative powers of different institutions.

if political bodies make their choices, it is not for the judiciary to review them. The argument is formalistic in that it does not show that such choices are always justified by better institutional capacities. Note, however, that the debate about the role of the judiciary is also influenced by the space afforded to consequential reasoning. Following a reform in 2018, art. 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) requires administrators, monitoring bodies and judges to decide on grounds of abstract legal values only after due attention has been paid to 'practical consequences'. Provisions like this open the door to judicial activism. Though, it is equally likely that art. 20 lends support to the institutional capacities argument when judges are unwilling to deal with technical or politically charged issues.[20] The second development has to do with the building of the Brazilian regulatory state. Like other legal system, Brazil, too, struggles to identify a principled approach to judicial deference toward independent regulatory agencies. Some studies show that, in litigation involving agencies, the latter have a high winning rate. Brazilian judges tend to avoid technical issues and prefer to focus on procedural ones. Review on the merits is not excluded, especially in competition law, but seems exceedingly rare.[21] Tensions also arise between regulatory agencies and the legislative power, with Brazilian judges pointing to the existence of a discretionary zone in which legislators can discard regulatory solutions only in exceptional cases.[22] These observations support the view that the weight of the empirical arguments in

[20] For an explicit connection between the institutional capacities argument and art. 20 LINDB see B. de Sá Barcelos Cavaco, *Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática*, in *Rev. Min. Pub. Est. Rio de Janeiro*, 2021, 81, 103. More generally on the meaning of art. 20 see F.S. Didier, R.A. Oliveira, *Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, in *A&C - Rev. Dir. Adm. Const.*, 2019, 19(75), 143; E. Vitorelli, *The "Introduction to Brazilian Law" Statute and the Extension of Control Parameters for Administrative Discretion: Law in an Age of Consequentialism*, in *Adm. L. Rev.*, 2020, 279(2), 79; C.A. Sundfeld, C.A. Neves, *A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo*, in *Rev. Bras. Est. Pol.*, 2023, 126, 45.

[21] J. Souza de Albuquerque Maranhão, *A revisão judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva?*, in M.M. Prado (edited by), *O judiciário e o estado regulador brasileiro*, São Paulo, 2016, 25 (high winning rate for agencies, but tendencies of judges to focus on procedural issues and eschew technical issues); J.A. Silva, T.A. Guimaraes, *Factors Affecting Judicial Review of Regulatory Appeals*, in *Utilities Pol'y*, 2021, 72, 101284 (no clear judicial bias for or against agencies, main focus on procedural, competence-related and price setting issues); A.K. Burg et al., *A revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, in *Rev. Dir. Adm.*, 2019, 278(1), 217 (judicial review of the national competition authority can be on the merits).

[22] R.V. de Figuereido Costa, *Institucionalizando tensões entre o legislativo e o regulador:*

legal interpretation is directly dependent on the institutional features of the Brazilian legal system. The 'transplant' of the institutional capacities argument leads to interpretative outcomes that are not necessarily aligned with its American model and the features of the US regulatory state.

How could this empirical literature affect interpretative strategies? A major contribution could be the identification of relevant institutional factors. For example, from the perspective of the strategic approach, the institutional factors most relevant to the selection of interpretative strategies are those that shape the interdependency between the court and the external actors. Examples include the information channels (e.g. amicus curiae curiae briefs and public hearings) the court can rely upon to anticipate reactions, the possibility of legislative interventions reversing judicial interpretations, or the bindingness of the judgment. This kind of analysis could enrich theories of interpretation because it allows to connect each interpretative strategy to a specific institutional context. At the same time, there are at least three reasons why the impact of this empirical literature could be lower than expected.

The first reason is that the empirical literature cuts off any relationship with the internal viewpoint on legal interpretation. According to the legalistic approach, interpretation should at least partly be guided by legal rules. In the empirical literature, legal texts do not matter at all. A more integrative approach could be preferable. The research question should be 'how to assess the relevance of both internal (legalistic) and external (institutional) factors?' Until this further integration is sought, empirical and non-empirical research on legal interpretation will remain disconnected.[23]

The second reason is that empirical research might fail to include the legal concepts and the institutional components that really matter for interpretative outcomes. If the only goal is to test non-legal theories of interpretation, empirical results could fail to prompt significant changes in interpretative practices.[24] This is even more true when non-legal theories ask interpreters to consider factors they cannot overtly take into account. The relevance of policy consequences is a case in point. Empirical studies could show that judges do, or

proposta para uma lei de revisão dos atos normativos das agências pelo Congresso Nacional, in *Rev. Dig. Dir. Admin.*, 2022, 9(1), 134.

[23] See, in a similar vein, D. Klein, *Law in Judicial Decision-Making*, in Epstein, Lindquist, *op. cit.*, 236; J. Bois, M. Dawson, *Toward a Legally Plausible Theory of Judicialization in the European Union*, in *J. Eur. Int.*, 2023, 45(5), 823.

[24] See, e.g., H. Dagan et al., *Legal Theory for Legal Empiricists*, in *L. & Soc. Inqu.*, 2018, 43, 292; H. Dagan, R. Kreitner, *Economic Analysis in Law*, in *Yale J. Reg.*, 2021, 38, 566; J. Claassen, *Doctrinal and Empirical Perspectives on Preliminary References to the European Court of Justice: Separate Worlds, Unanswered Questions*, in *Eur. J. Legal Stud.*, 2024, 15(2), 19.

should, consider them. But this argument cannot change interpretative practices in institutional contexts that attach a stigma of illegitimacy to judicial policy-making.

The third reason is that empirical studies do not provide final answers on the most debated issue of legal interpretation, that is the choice between a formalist (only textual and systematic arguments) or substantialist (external factors and broader consequences) interpretative strategy. Those studies can only show that interpreters enjoy some degree of freedom in choosing the interpretative strategy. However, empirically assessing how large such freedom is in each legal system is very difficult exactly because too many legal and non-legal factors are at play. A comparative approach could help delimit the range of possible interpretations by pointing to institutional factors that preclude some interpretative strategies or outcomes.

3. *The interpretative activity*

The previous section discussed how legal interpretation could change if empirical studies provide evidence about who the interpreter is. This section turns to the empirical methods any interpreter could use while carrying out her interpretative activity. The pros and cons of three methods are reviewed: CL, surveys, and LLMs (see Table 1). Each method can be combined with the other ones. The three methods are also in competition, with supporters of one method sometimes arguing against the other ones. Here as well, the main question is why the interpreter should use such methods and how they could change interpretative outcomes. I do not take a stand on whether such methods should be used at all.

TABLE 1. *Empirical methods for legal interpretation*

EMPIRICAL METHODS	PROS	CONS	INSTITUTIONAL FACTORS
CORPUS LINGUISTICS	Systematic language analysis	Contrasting analyses Some contextual factor not considered	Conflicting interpretative strategies Procedural rules Openness to empirical approaches
SURVEYS	Empirical evidence of laypeople and experts' understanding of meanings	Survey protocols not reliable	Conflicting interpretative strategies Procedural rules Openness to empirical approaches
AI INTERPRETATION	Statistical analysis of large legal data sets	Biases in design choices and data sets Limited reasoning capabilities	Investments in digital infrastructures Procedural rules

3.1. *Corpus Linguistics*

Let us start with CL. Rooted in the early computer applications to language studies in the 1960s, with advances in computational technologies it evolved into a separate discipline. Huge data sets (corpora) with billions of words can be analysed to identify language patterns. For example, it is possible to identify the typical contexts in which a word of interest occurs. Both quantitative (frequency of occurrence) and qualitative (situation and background of the speaker) aspects can be investigated. If reliable research protocols are followed, the corpora can be said to be a representative sample of a particular language or language variety, in a particular community and at a particular point in history. Moreover, the study of concordances allows to identify the context in which words, phrases or grammatical structures occur.[25] Hence, CL methods should significantly improve on language analyses carried out with unsystematic data. Thanks to these advantages, CL has been employed to study discursive and

[25] V. Brezina, T. McEnery, *Introduction to Corpus Linguistics*, in N. Tracy-Ventura, M. Paquot (edited by), *The Routledge Handbook of Second Language Acquisition and Corpora*, New York, 2020, 11.

communication practices in several disciplines, from political science to sociology to education to healthcare research.[26] In the legal field, the debate on CL as an empirical methodology for legal interpretation started in the US in the 2010s and has since gathered steam, with several studies in Europe and elsewhere. So far, the US legal system is the only one in which CL has been directly used by judges or has indirectly influenced legal interpretation.

Are there institutional factors in the US legal system explaining why CL methods are gaining ground? Three of them can be identified. The first one has to do with the harsh debate about the interpretative strategies of the US Supreme Court. Textualist approaches dominate, but their application is highly controversial. Scholars employing CL methods can easily point out inconsistencies. For example, textualist judges rely heavily on dictionaries to identify the ordinary meaning of a statute. But dictionaries do not provide the ordinary meaning of a word. They just list possible meanings. Furthermore, judges can pick up any dictionary, without explaining their choice and without worrying about possible biases in the criteria adopted by the lexicographers compiling the dictionary.[27] Several studies review the interpretative outcomes of famous US cases applying textualist strategies to show that CL methods would have led to the opposite conclusion.[28]

The second institutional factor is linked to the adversarial structure of US civil and criminal procedure. Experts in CL methods can be called upon to provide evidence about language usage. The American standards for the admissibility of scientific evidence clearly favour the sophisticated statistical approaches of corpus linguists.[29] Moreover, amicus curiae briefs in federal courts

[26] T. McEnery, G. Brookes, *Corpus Linguistics and the Social Sciences*, in *Corpus Ling. and Ling. Theory*, 2024, 20(3), 591; P. Pérez-Paredes, N. Curry, *Epistemologies of Corpus Linguistics Across Disciplines*, in *Res. Methods in App. Ling.*, 2024, 3, 100141.

[27] S.T. Gries, *Corpora and Legal Interpretation: Corpus Approaches to Ordinary Meaning in Legal Interpretation*, in M. Coulthard et al. (edited by), *The Routledge Handbook of Forensic Linguistics*, New York, 2020, 628, 630f.; T.R. Lee, S.C. Mouritsen, *The Corpus and the Critics*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2021, 88, 275 ff., 287 ("In most cases, the dictionary will simply show that both sides have a plausible argument").

[28] S.T. Gries, *op. cit.*, 633-637; C.D. Cunningham, J. Egbert, *Analyzing Legal Discourse in the United States*, in E. Friginal, J.A. Hardy (edited by), *The Routledge Handbook of Corpus Approaches to Discourse Analysis*, New York, 2020, 462; S.T. Gries et al., *Unmasking Textualism: Linguistic Misunderstanding in the Transit Mask Order Case and Beyond*, in *Col. L. Rev. F.*, 2022, 122, 192; U. Römer-Barron, C.D. Cunningham, *Applied Corpus Linguistics and Legal Interpretation: A Rapidly Developing Field of Interdisciplinary Scholarship*, *App. Corp. Ling.*, 2024, 4, 100080.

[29] L.M. Solan, *Legal Linguistics in the US*, in F. Vogel (edited by), *Legal Linguistics Beyond*

are often used to submit CL analyses and influence the final interpretative outcomes.[30] In other legal systems, procedural hurdles could foreclose or reduce the application of CL methods. Even when those methods are available, an unsolved issue is how to deal with contrasting CL analyses submitted by different parties. Much like contrasting canons of interpretation, contrasting corpora do not constrain judicial discretion and do not provide straightforward answers in hard cases.[31]

The third institutional factor is related to the acceptance, within the US legal culture, of legal interpretation as an activity that is amenable to empirical analysis. Both textualists and anti-textualists appeal to empirical arguments to show that their own preferred interpretative strategies are 'objective', while those of the opposite camp are not.[32] To be sure, empirical scholars resist attempts at recruiting them in one of the factions. Corpus linguists exclude that their empirical methods represent a theory of interpretation, much less that CL only supports textualist and originalist theories.[33] Still, it is not clear where the empirical linguistic analysis ends and the legal analysis begins. It is argued that legal theory should establish what should count as ordinary meaning: the most common sense, the most frequent usage, or something else. Once this choice is made, CL methods could provide evidence about the selected legal standard.[34] This position faces a fundamental problem: the mismatch between legal and non-legal communicative contexts. CL can provide empirical data about language patterns, but can-

Borders: Language and Law in a World of Media, Globalisation and Social Conflicts, Berlin, 2019, 19; Id., *The Forensic Linguist*, in M. Coulthard et al., *op. cit.*, 349.

[30] See, e.g., K. Tobia et al., *Triangulating Ordinary Meaning*, in *Georgetown L.J. Online*, 2023, 112, 23; C.D. Cunningham, U. Römer-Barron, *Did January 6 Defendants (Including Donald Trump) 'Otherwise Obstruct an Official Proceeding'? Linguistic Analysis for the Fischer Case Before the Supreme Court*, Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper, February 2024, available at www.ssrn.com.

[31] K. Tobia, *Dueling Dictionaries and Clashing Corpora*, in *Duke L.J. Online*, 2022, 71, 146. Also see P. Henderson et al., *Corpus Enigmas and Contradictory Linguistics: Tensions Between Empirical Semantic Meaning and Judicial Interpretation*, in *Minn. J. L. Sci. & Tech.*, 2024, 25(2), 127 (courts to adopt evaluation protocols that ensure the soundness and transparency of CL analysis).

[32] S. Klapper, *Mechanical Turk Jurisprudence*, in *Brook. L. Rev.*, 2021, 86, 291 ff., 303-306.

[33] T.R. Lee, S.C. Mouritsen, *op. cit.*, 293 ff. In the same vein, S.T. Gries, T. Gales, *Talking Across the Interdisciplinary Aisle: A Guide for Legal and Corpus-Linguistic Scholars and Practitioners*, in *App. Corp. Ling.*, 2024, 4, 100086 observe that corpus linguists cannot choose the legal standard, but they can supply data that narrow down the range of interpretive options without biasing them toward a preferred outcome.

[34] T.R. Lee, S.C. Mouritsen, *op. cit.*, 298 ff.

not address legal issues related to the relevance of precedents, the portion of legal text to interpret, or the broader social effects of legal rules. Even though CL methods allow to identify word meanings cutting across contexts, they cannot provide empirical data about all contextual factors legal interpretation should take into account. Even more fundamentally, showing the meaning of a word in ordinary language might tell us little about the meaning of the same word in a statute.[35]

In sum, arguments for and against CL methods show a tight relationship between empirical approaches and institutional factors. How CL methods are used depends on whether sophisticated analyses are carried out by well-trained linguists or by judges without a specialized expertise.[36] Which methodological choices are made depends on whether the focus is just on the ordinary meaning of isolated words or the changes in meaning over time.[37] Also, CL methods could alter the perception of textualist and non-textualist strategies, as well as their respective roles.[38]

[35] B.G. Slocum, *Ordinary Meaning and Empiricism*, in *Statute L. Rev.*, 2019, 40(1), 13 ff., 19 ("The necessity of judicial evaluation of the particularized context of a provision […], which involves a discretionary weighing of often conflicting or indeterminate contextual evidence, undermines any claim that statutory interpretation is an empirical endeavor"); B.G. Slocum, S.T. Gries, *Judging Corpus Linguistics*, in *S. Cal. L. Rev. Postscript* PS13, 2020, 94, 17-20; A. Bernstein, *Legal Corpus Linguistics and the Half-Empirical Attitude*, in *Cornell L. Rev.*, 2021, 106, 1397; T.L. Grove, *Testing Textualism's "Ordinary Meaning"*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 2022, 90, 1053 ff., 1063 ("what evidence is relevant to a statutory interpretive inquiry, and what to make of the surrounding statutory structure – are questions of law"). At least partly, the objection that general corpora cannot identify specific legal meanings could be overcome with the specialized legal corpora being built with LLMs. See the discussion in sec. 3.3.

[36] S.T. Gries, T. Gales, *op. cit.*, strongly advocate for experts, not judges, to carry out CL analysis.

[37] See S.T. Gries et al., *Corpus-Linguistic Approaches to Lexical Statutory Meaning: Extensionalist v. Intensionalist Approaches*, in *App. Corp. Ling.*, 2024, 4, 100079 for the distinction between approaches that identify meanings by reference to a list of exemplars and approaches that identify the features of the objects belonging to a specific category. According to the authors, only the second approach allows to consider changes in meanings due to changes in language or society.

[38] Indeed, textualism as applied today in the US is much more open to multiple interpretative strategies than in the past: see e.g. N. Steitz et al., *The Broad Church of Modern Textualism*, in *Brooklyn J. L. & Pol'y*, 2025, 33(1), 94; A.S. Krishnakumar, *Textualism in Practice*, in *Duke L. J.*, 2024, 74, 573.

3.2. *Surveys*

Surveys are the preferred method of the studies loosely clustering under the umbrella of experimental jurisprudence (X-Jur). They have clear connections to the broader debate in experimental philosophy. The latter "involves the use of scientific methods for the purpose of casting light on philosophical issues or helping to answer philosophical questions."[39] Although the relevance of empirical data can be shown to characterize the whole history of Western philosophy, in the early twenty-first century experimental philosophy is taking shape as a sub-discipline that systematically applies a variety of empirical methods (including surveys, CL and computational methods) to explore theoretical problems. Among the main research foci, explaining the cognitive processes behind beliefs about phenomena of philosophical interest is the most prominent one.[40]

In the legal field, X-Jur is applied to problems of general jurisprudence (e.g. what the nature of law is), as well as to the definition of legal concepts (e.g. causation). Surveys aim at identifying laypeople's (and sometimes experts') understanding of these legal issues.[41] In the social sciences, it is usually argued that the main strength of survey experiments lies in maximizing both external validity (whether the outcomes match real world phenomena) and internal validity (whether the answers provided by the experimental subjects are reliable). Conversely, lab experiments, aimed at creating an artificial environment to test theories, enhance internal validity, but usually suffer from more limited external validity.

Before turning to examples of X-Jur studies on legal interpretation, two preliminary methodological issues shall be clarified. The first issue has to do with the relevance of empirical data for legal theories. X-Jur studies challenge the view that legal theories can be completely detached from real world information. Philosophical reflection is necessarily intertwined with empirical data.

[39] J. Sytsma et al., *All in the Family: The History and Philosophy of Experimental Philosophy*, in A.M. Bauer, S. Kornmesser (edited by), *The Compact Compendium of Experimental Philosophy*, Berlin, 2023, 9. For discussions of criticisms of the methods and research programs in experimental philosophy see J. Sytsma, W. Buckwalter (edited by), *A Companion to Experimental Philosophy*, Hoboken, 2016; K. Ludwig, *Thought Experiments and Experimental Philosophy*, in M. Stuart, J. Brown (edited by), *Routledge Companion to Thought Experiments*, New York, 2018, 385.

[40] E. Fischer, J. Sytsma, *Projects and Methods of Experimental Philosophy*, in A.M. Bauer, S. Kornmesser (edited by), *op. cit.*, 39.

[41] K. Tobia, *Experimental Jurisprudence*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2022, 89(3), 735; K. Prochownik, S. Magen (edited by), *Advances in Experimental Philosophy of Law*, London, 2023.

However, it is not X-Jur primary goal to replace traditional legal theories[42]. The second issue has to do with the relevance of laypeople's opinions about law. Why should such opinions count more than experts' opinions? And why should they count at all?[43] Of course, the relevance of laypeople's opinions can be denied even more radically, by arguing that interpretation requires normative choices that are not amenable to empirical analysis.[44]

Several answers have been provided. One is that laypeople's opinions might provide better foundations for legal theories. It should be easier to argue about the credibility of each theory if the discussion starts from common premises about what lay people think. Even though their understanding of legal concepts cannot match the expertise of trained lawyers, laypeople can be said to develop some kind of legal knowledge because of the experiences they face in their everyday life. Another answer is that legal theories already assume some degree of convergence with lay intuitions. A theory starting from assumptions that clash with lay intuitions would be difficult to support.[45] Of course, surveys can be and are addressed to experts, often to provide empirical data for theories that explain when and why lay and expert intuitions about law diverge. Once such divergence is brought to light, the normative question is whether experts' or laypeople's opinions should be granted priority. Possible answers involve normative assessment about the relevance of legal and non-legal factors. For example, it should be decided whether moral attitudes should carry any weight, or whether the opinions of any group (e.g. legal experts, advocacy

[42] B. Flanagan, *The Burning Armchair: Can Jurisprudence Be Advanced by Experiment?*, in *Jurisprudence*, 2024, 15(3), 325.

[43] For this criticism see, e.g., K. Himma, *Replacement Naturalism and the Limits of Experimental Jurisprudence*, in *Jurisprudence*, 2023, 14(3), 348. According to F. Jiménez, *The Limits of Experimental Jurisprudence*, in K. Tobia (edited by), *Cambridge Handbook of Experimental Jurisprudence*, Cambridge, 2025, 79, laypeople's opinions can be useful to interpret legal concepts, but cannot solve disputes about legal concepts. Within theories of interpretation, the distinction between legal meaning and ordinary meaning is said to derive from the function and structure of each language, or alternatively from the influence of constitutional principles. See the discussion in P. Brunet, F. Poggi, *Legal Interpretation*, in L. Burazin et al. (edited by), *Jurisprudence in the Mirror: The Common Law World Meets the Civil Law World*, Oxford, 2024, 373.

[44] T.L. Grove, *op. cit.*, pp. 1073-1081.

[45] R. Donelson, *Experimental Legal Philosophy: General Jurisprudence*, in A.M. Bauer, S. Kornmesser (edited by), *op. cit.*, 309, 312-314, 317-319, 322 ff.; R. Donelson, *Experimental Approaches to General Jurisprudence*, in K. Prochownik, S. Magen (edited by), *op. cit.*, 27; B. Flanagan, *op. cit.*; K. Tobia, *Experimental Jurisprudence*, cit., 765-770. X-Jur scholars acknowledge that surveys are less useful when technical terms are employed in legal texts: see J.A. Macleod, *Surveys and Experiments in Statutory Interpretation*, in K. Tobia (edited by), *Cambridge Handbook of Experimental Jurisprudence*, 185, cit.

groups, or professional organizations) should be granted priority[46]. We shall come back to this normative issue with regard to X-Jur studies on legal interpretation.

Data about laypeople's opinions are collected to explore several aspects of the interpretative activity. It is openly acknowledged that surveys only display limited information about interpretative tasks and do not reflect the full range of relevant factors. Hence, the goal cannot be to predict how cases will be decided. These empirical studies are supposed to contribute to theoretical debates. Hence, a survey belongs to the X-Jur field if it contributes to answer jurisprudential questions. Should this not be the case, the survey would only count as applied empirical research.[47]

Note, however, that the relevance of X-Jur approaches goes beyond theoretical debates. They are expected to influence interpretative outcomes as well. If the ordinary meaning of a text refers to what laypeople think, empirical data about such opinions should be a determining factor in selecting the interpretative outcome. X-Jur scholars caution against exclusively relying on the empirical evidence they provide.[48] At the same time, they insist that judges should consider this kind of empirical evidence. Indeed, one of the central tenets of this field is that ordinary concepts cannot be overlooked because they are intermingled with legal concepts. What is actually proposed is a new theory of interpretation. Therefore, X-Jur faces the problem of explaining how empirical evidence about laypeople's intuitions should be weighed with other factors.

Sometimes, survey evidence is said to exclude evidence from other theories of interpretation. For example, X-Jur studies could suggest that economic rationality cannot be applied to interpret tort law because laypeople's intuitions rely on a different concept of rationality.[49] Another, broader empirical result could be much more impactful: surveys could show that laypeople's intuitions never comport with judges' preferred interpretative strategy. For example, surveys could show that laypeople do not attribute meanings in the same way in all contexts, do not have unanimous preferences, or pay attention to extra-textual elements (e.g. the purpose of the rule). These empirical data could simply be

[46] J. Lewis, *Competing Conceptual Inferences and the Limits of Experimental Jurisprudence*, in K. Tobia (edited by), *Cambridge Handbook of Experimental Jurisprudence*, cit.

[47] K. Tobia, *Experimental Jurisprudence*, cit., 770-778.

[48] K. Tobia, *Experimental Jurisprudence*, cit., 791 ("Experiments will not tell us in simple terms what the law should be. But they can provide insight into the truth of empirical claims made by legal theories").

[49] K. Tobia, *Experimental Jurisprudence*, cit., 798.

taken to prove that the ordinary meaning sought by textualists does not exist and force them to resort to other, non-textualist interpretative strategies. Alternatively, empirical data could represent the reference point for normative choices: what the threshold of clarity required to identify the ordinary meaning of a legal text should be; or if and when extra-textual elements should be taken into account.[50]

Whether X-Jur is going to affect interpretative activity is likely to depend from its contribution to the US debate on textualism. If empirical data just clarify the ordinary meaning textualist judges search for, no significant shifts from current practice can be expected. It would be much more interesting to discover that empirical data forces judges to rethink their preferred interpretative strategy. This is what some X-Jur studies suggest. They show that laypeople recognize the technical nature of legal texts and distinguish them from non-legal texts. This means that textualists cannot appeal to the ordinary meaning as a basis for interpretation. The reference point should be a broader 'public meaning', in which ordinary, legal, and technical meanings are all included. Even though laypeople are not perfectly informed about legal meaning, the latter can be expected to influence lay understanding of legal texts. From this point of view, it cannot be maintained that only lawyers' opinion matter. Laypeople's opinions absorb, at least partially, technical (and legal) meanings).[51] Furthermore, if empirical studies provide evidence that laypeople do pay attention to purposes, textualists committed to ordinary meaning should be bound to refer to purposes as well.[52] Of course, one

[50] J.A. Macleod, *op. cit.* (flexibility of laypeople's opinions from one case to another and lack of unanimity on ordinary meaning). Empirical research shows that both laypeople and lawyers do pay attention to the purpose of rules, although the meaning of purpose, the contexts in which it trumps textual arguments, and the influence of moral judgments are highly variable. Most interestingly for comparative law, the relevance of textualism and purposivism can be assessed with cross-country surveys. See G.F.C.F Almeida et al., *Purposes in Law and in Life: An Experimental Investigation of Purpose Attribution*, in *Can. J. L. & Jur.*, 2023, 36(1), 1; B. Flanagan et al., *Moral Appraisals Guide Intuitive Legal Determinations*, in *Law and Human Behav.*, 2023, 47(2), 367; G.F.C.F Almeida et al., *Rules*, in K. Tobia (edited by), *Cambridge Handbook of Experimental Jurisprudence*, cit., 173. According to B. Waldon et al., *Reading Law with Linguistics: How Linguistic Theory and Data Inform Statutory Interpretation of Artifact Nouns*, forthcoming in *Harv. J. Leg.*, 2025, 62, in the interpretation of nouns referring to human artifacts (e.g. table, bicycle), purpose should be understood as a component of the context in which interpretation takes place. From this point of view, textualists can consider purpose without switching to purposivist interpretative strategies.

[51] K. Tobia et al., *Ordinary Meaning and Ordinary People*, in *U. Penn. L. Rev.*, 2023, 171, 365.

[52] K. Tobia et al., *Progressive Textualism*, in *Georgetown L.J.*, 2022, 110, 1437.

may wonder whether, for this interpretative strategy, the textualist label still makes sense.

These studies do not prove that textualist strategies should be abandoned. They do show, however, that textualist strategies need at least to better reflect real-world understanding of language issues. As already observed in sec. 3.1, in the US debate, textualism admits a plurality of materials. X-Jur brings such a plurality to the surface, but in so doing could gradually introduce a new type of textualism. Surveys alone might not be able to prompt such a shift. They were already criticized on several grounds: how questions are framed influences the answers, information provided to participants is insufficient, the relevant context cannot be easily controlled, it is not possible to inquire about the meaning of old statutes, the separation of legislative and judicial powers is undermined if ordinary meaning supplants legislative will.[53] The most plausible answer to these criticisms is that surveys are not worse than other empirical methods. The preferable approach is to combine them and coherently explain both convergent and divergent results.[54] Indeed, this is the strategy being pursued with amicus curiae briefs, the most direct communication channel between empirical scholars and judges. The briefs usually start with a demonstration of the limits of traditional interpretative tools (e.g. dictionaries), then go on to provide empirical evidence with CL analysis and surveys. The briefs also discuss the limits of each empirical method, but conclude that they improve on traditional textualist strategies.[55] Hence, in a legal system open to consider empirical results, interpretative strategies are forced to change when they can be shown not to align with those results.

3.3. *AI interpretation*

Computational legal studies are the branch of empirical legal studies that employs machine learning (ML) and natural language processing (NLP) models to analyse legal texts and non-legal variables of interest.[56] The overall approach is to exploit statistical regularities in language to identify textual pat-

[53] T.R. Lee, S.C. Mouritsen, *op. cit.*, 318-330; S. Klapper, *op. cit.*, 307-319.

[54] See, in this vein, T.R. Lee, S.C. Mouritsen, *op. cit.*, 357 ff.; K. Tobia, *The Corpus and the Courts*, in *U. Chi. L. Rev. Online*, 2021, 1; J. Egbert et al., *Designing and Evaluating Language Corpora: A Practical Framework for Corpora Representativeness*, Cambridge, 2022 (advocating for the extension to CL analysis of sampling techniques in surveys).

[55] See K. Tobia et al., *Triangulating*, cit. (using CL and surveys); B. Waldon et al., *op. cit.* (using analysis of ordinary language and surveys).

[56] R. Whalen (edited by), *Computational Legal Studies: The Promise and Challenge of Data-Driven Research*, Cheltenham, 2020; J. Frankenreiter, M.A. Livermore, *Computational*

terns not easily detectable without processing large amounts of data. In the field of comparative law, computational methods have bene used to measure similarities and differences across legal systems.[57] When applied to judicial opinions, the main goals are classification, identification of factors influencing judicial writing, as well as prediction of legal outcomes.[58]

Whereas computational legal studies and empirical legal studies share the objective of describing and explaining a legal subject, the issue we are concerned with in this essay is whether AI systems can support, or even replace, human legal interpretation. Indeed, for some scholars, the most ambitious goal is to use AI systems not just to automate traditional tasks, but to invent new ways to run courts and provide access to justice.[59] Some countries are already experimenting with the automation of judicial functions, mainly with regard to case management tasks and evidence discovery.[60] Commercial solutions for contract management, legal search and litigation analytics have been in full swing at least from the 2010s and where further boosted by the broader availability of foundation models since the early 2020s.[61]

Methods in Legal Analysis, in *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 2020, 16, 39; B. Chau, M.A. Livermore, *Computational Legal Studies Comes of Age*, in *Eur. J. Emp. Legal Stud.*, 2024, 1(1), 89.

[57] See, e.g., Y. Chang et al., *Drawing the Legal Family Tree: An Empirical Comparative Study of 170 Dimensions of Property Law in 129 Jurisdictions*, in *J. Legal Analysis*, 2021, 13(1), 231 (using unsupervised ML to group countries according to their property law); H. Ho et al., *Machine-learning Methods*, in M. Siems, P.J. Yap (edited by), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, 2024, 177; H. Ho et al., *Machine-learning Human Rights*, in *J. L. and Emp. Analysis*, first online December 12, 2024 (using supervised and unsupervised ML to classify constitutions and their evolution).

[58] It is important to bear in mind that studies on Legal Judgment Prediction (LJP) can refer to both classification tasks (e.g. whether the AI system correctly classifies judgments already issued on the basis of information it is supplied) and the forecast of future events (e.g. whether the AI system is able to assess the likely judicial outcome). See on the different meanings of 'prediction' in NLP studies M. Medvedeva et al., *Rethinking the Field of Automatic Prediction of Court Decisions*, in *Art. Int. and L.*, 2023, 31, 195; M. Medvedeva, P. McBride, *Legal Judgment Prediction: If You Are Going to Do It, Do it Right*, Proceedings of the Natural Language Processing Workshop 2023, December 7, 2023, 73; F. Galli, G. Sartor, *AI Approaches to Predictive Justice: A Critical Assessment*, in *Humanities and Rights Global Network Journal*, 2023, 5(2), 166 ff., 178-185.

[59] See, most forcefully, R. Susskind, *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, Oxford, 3rd ed., 2023, 25 ff.

[60] G.E. Marchant, *AI in Robes: Courts, Judges, and Artificial Intelligence*, in *Ohio North. U.L.Rev.*, 2024, 50(3), 473; K. Eidenmüller et al., *Expanding the Shadow of the Law: Designing Efficient Judicial Dispute Resolution Systems in a Digital World - An Empirical Investigation*, in *Harv. Neg. L. Rev.*, 2024, 29(2).

[61] P. McBride, L. Diver, *Research Study on Computational Law*, COHUBICOL project, January 2024, 11-14.

Clearly, the market for data-driven legal technologies thrives on promises of cost reduction and faster execution of routine tasks. But what about the interpretative activity? Can it really be automated? In the balance of this section, we shall see that currently available LLMs are not able to mimic the process of human interpretation. What they do is to engage in a substantially different activity that produces a substantially different output. This observation begs a further question, namely whether and how such an AI interpretation is going to influence traditional interpretative activities.

Several studies test the performance of AI systems in tasks broadly related to some aspects of legal reasoning. While at an early stage general-purpose LLMs were employed, several LLMs tailored to the legal domain are now being proposed. They differ from the point of view of the software architecture, the prompts used to query the AI system, the type of legal information provided, the explicit or implicit reference to legal reasoning, as well as the evaluation criteria for the accuracy of the answers.[62] I describe below three examples of such studies that prompt the LLM to explicitly use the legal reasoning usually associated with human legal interpretation. Hence, these examples help understand the potential of the models. Furthermore, the examples employ data sets with contractual, legislative and judicial documents from several jurisdictions. The interesting question is whether the way these LLMs are developed is influenced by the broader institutional contexts of the three legal systems.

1) LegalBench.[63] A team of computer scientists and legal scholars developed a set of benchmarking criteria to evaluate 162 legal reasoning tasks. The tasks referred to a US data set skewed towards federal law, with materials relat-

[62] See the overviews in M. Medvedeva, P. McBride, *op. cit.*; B. Padiu et al., *To What Extent Have LLMs Reshaped the Legal Domain So Far? A Scoping Literature Review*, in *Information*, 2024, 15, 662; H. Prakken, *On Evaluating Legal-Reasoning Capabilities of Generative AI*, 24th International Workshop on Computational Models of Natural Argument (CMNA'24), CEUR-WS vol. 3769, 2024, 100-112; J. Krook et al., *Large Language Models (LLMs) for Legal Advice: A Scoping Review*, Working Paper October 4, 2024, available at www.ssrn.com. Specifically on Chinese legal LLMs see X. Yang et al., *Large Language Models for Automated Q&A Involving Legal Documents: A Survey of Algorithms, Frameworks and Applications*, in *Int. J. Web Inf. Sys.*, 2024, 20(4), 413; J. Lai et al., *Large Language Models in Law: A Survey*, 5 AI Open 181 (2024); Z.Z. Chen et al., *A Survey on Large Language Models for Critical Societal Domains: Finance, Healthcare, and Law*, *Transactions in Machine Learning* Res. 11/2024.

[63] N. Guha et al., *LegalBench: A Collaboratively Built Benchmark for Measuring Legal Reasoning in Large Language Models*, in A. Oh et al. (edited by), *NIPS '23: Proceedings of the 37th International Conference on Neural Information Processing Systems*, 2024, 44123, available at https://proceedings.neurips.cc/paper_files/paper/2023.

ed to contracts, civil procedure, evidence law and corporate law. The authors drew on the IRAC (Issue, Rule, Application, Conclusion) framework to identify six categories of legal reasoning. They then evaluated the answers provided by 20 LLMs for each task. Examples of interpretation and rhetorical-understanding tasks include whether a particular claim is covered by an insurance policy, the LLM's ability to interpret and apply sections of the tax code, to identify sentences from a judicial opinion that overrule a previous case, or excerpts of judicial opinions that rely on textualist tools. The correctness of the answers was manually assessed by a law-trained individual. On average, for tasks related to interpretation and rhetorical-understanding, the largest LLM (GPT-4) displays an accuracy between 80% and 90%. While only a yes/no answer was required for many tasks, an explanation of the answer was required for some interpretation tasks. In a follow-up study, it is shown that LLMs improve their performance when prompted to go through a chain of intermediate reasoning steps that allow to consider each component of the legal rule and the logical relationships among them.[64]

2) Saul Language Models.[65] This is a family of legal LLMs developed by a multidisciplinary team at Equall, a company specializing in building AI systems that can solve legal problems. The models rely on the same tasks identified by LegalBench, but draw on much larger data sets from US, Europe and Australia. In terms of legal reasoning, these models implement instructions in a dialogical format to make visible the reasons behind the answers and prompt the AI system toward a more nuanced understanding of the legal problem. Accuracy can be improved with larger models, although for some interpretative tasks smaller models perform better.

3) LexEval.[66] This is the first Chinese legal benchmark for evaluating both general and legal LLMs. It organizes legal tasks according to a taxonomy of six cognitive abilities: memorization, understanding, logical inference, discrimination of the significance of legal information, generation of professional legal documents and argumentative texts, and ethical judgements. The data

[64] S. Servantez et al., *Chain of Logic: Rule-Based Reasoning with Large Language Models*, in K. Lu et al. (edited by), *Findings of the Association for Computational Linguistics: ACL 2024*, Bangkok, 2024, 2721, available at https://aclanthology.org/2024.findings-acl.159/.

[65] P. Colombo et al., *SaulLM-7B: A Pioneering Large Language Model for Law*, Working Paper March 7, 2024, available at https://arxiv.org/html/2403.03883v2; P. Colombo et al., *SaulLM-54B & SaulLM-141B: Scaling Up Domain Adaptation for the Legal Domain*, in A. Globerson et al. (edited by), *Advances in Neural Information Processing Systems 37*, September 2024.

[66] H. Li et al., *LexEval: A Comprehensive Chinese Legal Benchmark for Evaluating Large Language Models*, November 26, 2024, available at https://arxiv.org/abs/2409.20288.

sets include Chinese legal sources and bar exams. The evaluation of 23 tasks is carried out with 29 general LLMs and 9 legal LLMs. In general, the experimental results show that performance on all tasks is quite poor, with better accuracy achieved on the understanding and logical inference levels.

These experiments with legal LLMs can be assessed from two points of view: the design choices they make and their institutional impact on legal systems. With regard to design choices, the general observation is that they are mainly driven by technological factors. Legal LLMs try to transfer the achievements of general LLMs to the legal domain. This means that both the benefits and the limits of general models have to be confronted. Legal LLMs achieve the most impressive results with tasks that can be described with a simple argumentative structure. Usually, a streamlined version of syllogistic reasoning is employed. This simplification is linked to the architecture of data-driven approaches: they provide answers by checking word combinations and statistically relating them to legal outcomes.[67] There cannot be anything akin to human understanding of legal materials. Hence, it is not correct to say that legal LLMs try to mimic human interpretative activity. What they generate is information potentially relevant to that activity. Whether it is really relevant depends on how several design choices are managed. The quality of the data sets, the risk of hallucinations (factually incorrect statements made by LLMs),[68] the explainability of the outcomes, the possibility for continuous learning are all technical issues that must be addressed in both general and legal LLMs. For each of these issues, several solutions are being proposed in the computer science literature. One may argue that, sooner or later, technical fixes will improve the performance of legal LLMs. The question, though, is what level of performance should be deemed acceptable before they are integrated into the human interpretative process. The answer is unlikely to exclusively depend on technological factors. Computer scientists and legal scholars might differ on what is an acceptable performance. For example, if legal LLMs are only capable of adopting a simple version of syllogistic

[67] H. Prakken, *On Evaluating Legal-Reasoning Capabilities of Generative AI*, 24th Int. Workshop on Comp. Mod. of Nat. Arg. (CMNA '24); Id., *Can Computers Argue Like a Lawyer?*, Inaugural Address, Utrecht University, September 9, 2024, available at https://www.uu.nl/sites/default/files/Oratie_Henry_Prakken_ENG.pdf (latest access on 31 March 2025).

[68] There is no agreed definition of hallucinations. Some of them might involve valuable creative answers. But there is evidence of factually incorrect answers on legal issues from both general and legal LLMs. Moreover, hallucinations can be mitigated, but not completely avoided: see M. Dahl et al., *Large Legal Fictions: Profiling Legal Hallucinations in Large Language Models*, in *J. Legal Analysis*, 2024, 16, 64; V. Magesh et al., *Hallucination-Free? Assessing the Reliability of Leading AI Legal Research Tools*, in *J. Emp. Legal Stud.*, 2025, 22, 216.

reasoning, legal scholars and judges who are sceptical about the real-world relevance of such reasoning will tend to downplay the relevance of AI interpretation.

The mismatch between the benchmarks preferred by computer scientists and legal scholars could run even deeper. Consider, for example, the possibility to prompt LLMs to explain the sequential steps of their reasoning. Some studies show that apparently sound explanations provided by an LLM may be affected by biased inputs (e.g. discriminatory information) the model does not refer to in its description of the reasoning process.[69] The benchmarks employed to test legal reasoning might be biased, too. With regard to LegalBench, it was observed that LLMs could adapt to benchmark-specific characteristics rather than demonstrating true legal understanding.[70] Unless unreliable explanations can be prevented by design, legal LLMs cannot usefully contribute to legal interpretation. A similar mismatch can surface with regard to the requirement for explainability of LLMs. The latter has little to do with the reasons, from enhancing the quality of decisions to respecting human autonomy to ensuring accountability, usually associated with the duty to motivate decisions in the legal domain. Furthermore, it cannot be excluded that explainable AI increases the risk of manipulation for humans.[71]

Mismatches can also surface with regard to comparative law. As mentioned above, some legal LLMs draw on data sets from multiple jurisdictions and sometimes in multiple languages. However, the diversity of legal materials is only used to test the performance of the models. The underlying idea seems to be that universal reasoning patterns should work for all legal systems. This approach sharply contrasts with the variety of reasoning patterns both within and across legal systems. Which one is actually employed depends on historical, institutional and cultural factors.[72] None of them can be

[69] M. Turpin et al., *Language Models Don't Always Say What They Think: Unfaithful Explanations in Chain-of-Thought Prompting*, in A. Oh et al. (edited by), *op. cit*., 74952.

[70] T.R. McIntosh et al., *Inadequacies of Large Language Models Benchmarks in the Era of Generative Artificial Intelligence*, forthcoming in *IEEE Transactions on Artificial Intelligence*, 2025, 10.

[71] H. Wasserman-Rozen et al., *Lost in Translation: The Limits of Explainability in AI*, in *Cardozo Arts & Ent. L.J.*, 2024, 42, 391; V. Hendrickx, *The Judicial Duty to State Reasons in the Age of Automation? The Impact of Generative AI Systems on the Legitimacy of Judicial Decision-Making*, in *Erasmus L. Rev.*, 2024, 3.

[72] The variety of epistemological models used to represent legal knowledge is discussed by G. Samuel, *Is Legal Knowledge Regressing (Thanks to AI)?*, in *Amicus Curiae*, 2023, 4(3), 719. As the author points out, assuming that AI systems can be modelled after a single epistemological model would reflect a significant departure from the reasoning processes currently applied.

readily grasped from the legal texts LLMs are fed with. Even if data-driven approaches can detect connections not visible to humans, it is not clear how the connections believed to be significant by comparative legal scholars can be integrated into AI interpretation.[73] Nor are the multiple issues with legal translation highlighted by comparative legal scholars explicitly addressed. The availability of multilingual legal data sets could increase in the coming years.[74] But there is no attention so far to the impact of different linguistic structures on legal interpretation.

If NLP studies will not provide answers legal scholars deem satisfactory, it cannot be excluded that hybrid approaches will be more successful. For example, older studies on the representation of the structures of legal knowledge and argumentation can be merged with the computational capabilities of NLP approaches to ensure that the outputs of LLMs are aligned with the needs of legal practice. While legal knowledge representation is well suited to describe the complexity of legal systems and ensures the LLMs' outputs are explainable, data-driven approaches can automate the task of generating sound argumentative structures.[75]

Furthermore, broader epistemological challenges arise from the way LLMs force humans to change their perception of reality, without however ensuring control of the sources of this new knowledge: see L. Paseri, M. Durante, *Examining Epistemological Challenges of Large Language Models in Law*, in *Cambridge F. on AI: Law and Gov.*, 2025, 1, e7, 1.

[73] See, in a similar vein, McIntosh et al., *op. cit*., 13: "pursuing a universal benchmark that addresses all cultural and ideological perspectives may be unrealistic". The authors also note that LegalBench relied on legal professionals from diverse jurisdictions to evaluate LLM's legal reasoning, but did not consider the varying interpretations of legal principles across different regions. Also see K. Sato et al., *Reducing Cultural Hallucination in Non-English Languages via Prompt Engineering for Large Language Models*, Working Paper May 7, 2024.

[74] J. Niklaus et al., *MultiLegalPile: A 689 GB Multilingual Legal Corpus*, in K. Lu et al. (edited by), *Proceedings of the 62nd Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics (Volume 1: Long Papers)*, Bangkok, 2024, 15077, available at https://aclanthology.org/2024.acl-long.805/, released a corpus of legal sources in 24 languages from 17 jurisdictions. They show that performance on the classification of legal documents increases when monolingual (non-English) sources are used. More generally, on the problems faced by multilingual LLMs see K. Huang et al., *A Survey on Large Language Models with Multilingualism: Recent Advances and New Frontiers*, January 7, 2025, available at https://arxiv.org/abs/2405.10936.

[75] J. Mumford et al., *Combining a Legal Knowledge Model with Machine Learning for Reasoning with Legal Cases*, in M. Grabmair et al. (edited by), *Proceedings of the Nineteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Braga, June 19-23, 2023, 167; J. Collenette et al., *Explainable AI Tools for Legal Reasoning About Cases: A Study on the European Court of Human Rights*, in *Art. Int.*, 2023, 137, 103861; H. Prakken, *Can Computers Argue Like a Lawyer?*, cit.; T. Santosh et al., *Towards Supporting Legal Argumentation with NLP: Is More Data*

Another example of hybridization comes from the interplay between AI and CL approaches. It was argued that LLMs cannot provide empirical evidence about interpretative questions, e.g. what the ordinary meaning of words used in a legal text is. The data sets the models learn from can only provide information about the probability of textual connections, not evidence about linguistic usage in a speech community. However, AI systems could help carry out a CL analysis by providing access to larger linguistic corpora. Furthermore, AI systems could be trained to automate some steps of the CL analysis.[76] Clearly, these proposals suggest that the guiding principles for empirical interpretation should come from the field of CL studies and adapted to the design of AI systems.[77]

Let us now turn to the second question, namely if and how AI systems will affect human interpretative activity. For the time being, we can leave aside the prospect of robo-judges replacing human judges. This is an unrealistic scenario, both for reasons related to technological maturity and because no jurisdiction seems interested in pursuing such replacement.[78] On the contrary, the interplay between human interpreters and AI supportive tools is a pressing issue. It has already been pointed out that a judge using an AI system to summarize the case law, search for relevant legal materials, or select the proceedings to prioritize, is likely to issue very different decisions.[79] With legal LLMs provid-

Really All You Need?, in N. Aletras et al. (edited by), *Proceedings of the Natural Legal Language Processing Workshop 2024*, Miami, FL,.

[76] T.R. Lee, J. Egbert, *Artificial Meaning?*, BYU Law Research Paper No. 24-26, October 14, 2024, available at www.ssrn.com. Also see S.T. Gries et al., *Corpus-Linguistic Approaches to Lexical Statutory Meaning: Extensionalist v. Intensionalist Approaches*, cit., 12 ff., for a discussion of search strategies that leverage deep learning models to identify intensionalist meanings of words in legal texts with CL criteria.

[77] For the opposite view see J.H. Choi, *Measuring Clarity in Legal Text*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2024, 91, 1, who argues that NLP provides a richer analysis of semantic meaning and a more accurate quantification of word similarity than is the case with CL approaches. K. Tobia, *Algorithmic Interpretation*, in *U. Chi. L. Rev. Online*, February 8, 2024, replies that, even with NLP, many methodological choices shall be made, thus challenging the claim of objectivity.

[78] Automation of adjudication tasks is more easily observed in private online dispute resolution systems, but even in that domain institutional issues abound: see A.J. Schmitz, *Responsible Use of AI in Civil Dispute Resolution*, forthcoming in A.J. Schmitz et al. (edited by), *The Cambridge Handbook on AI and Civil Dispute Resolution*, Cambridge, 2025.

[79] P. McBride, L. Diver, *op. cit.*, 22-26; V. Hendrickx, *op. cit.*, 8-11; G. Gentile, *Artificial Intelligence and the Crises of Judicial Power: (Not) Cutting the Gordian Knot?*, forthcoming in G. De Gregorio et al. (edited by), *Oxford Handbook of Digital Constitutionalism*, Oxford, 2025 ("strict separation between administrative and decisional deployments of algorithms in the courtroom is close to impossible"). There is experimental evidence that biased algorithms can

ing additional resources for interpretative activities, this kind of influence can only increase. Note, however, that it is still difficult to forecast the impact of AI technologies on judicial activities. From a cognitive perspective, we can expect both situations of over-reliance on AI systems, no matter how flawed they are, and situations of algorithmic aversion, with AI systems confined to administrative or routine tasks. These different reactions are likely to be mediated by institutional factors. The deployment of AI systems for judicial activities can be strictly regulated, mildly regulated, or even encouraged. These three approaches are now visible in the EU, the US, the UK and China. They reflect the broader innovation policies each country is pursuing in the field of digital technologies. At the same time, these approaches to the judicial use of AI systems do not ensure that both algorithmic over-reliance and algorithmic aversion are avoided. For example, the EU classified as high-risk the AI systems employed in judicial decision-making tasks. It is unclear whether such a classification will foster algorithmic aversion in EU judges or will push them toward covert uses of AI tools.[80]

Besides the immediate impact of AI regulation, another key institutional factor is the role of adjudication in each legal system. Depending on how such role is perceived, a larger or smaller space can be reserved for AI supporting tools. Consider, for example, the arguments raised by two common lawyers, William Lucy and Gerald Postema, against the possibility that AI systems are granted judicial decision-making powers[81]. The arguments mainly pertain to the breadth of the factors common law judges have to consider, the need to evaluate both general legal principles and the systemic consequences of legal decisions, as well as the obligation to provide a public and well-reasoned justification. If this is the standard description of common law adjudication, current LLMs are far from it. Replacing this version of adjudication with a different technological solution means to radically change the constitutional

amplify human biases. Moreover, humans find it difficult to discern the influence AI systems (biased or not) have on them. See M. Glickman, T. Sharot, *How Human-AI Feedback Loops Alter Human Perceptual, Emotional and Social Judgements*, *Nature Human Behavior*, online 18 December 2024. This kind of evidence confirms that judicial decision-making can be influenced even though algorithms are only employed for administrative tasks.

[80] See the discussion by R. Sarel, D. Baryse, *Public Perceptions of Judicial Use of AI: A Legal and Psychological Perspective*, forthcoming in A. Limante, M. Zalnieriute (edited by), *The Cambridge Handbook on AI and Technologies in Courts*, Cambridge, 2025. On the guidelines for the use of AI by judges see F. Contini, *Unboxing Generative AI for the Legal Professions: Functions, Impacts and Governance*, in *Int. J. Court Admin.*, 2024, 15(2), 1.

[81] W. Lucy, *Algorithms and Adjudication*, in *Jurisprudence*, 2023, 15(3), 251; G.J. Postema, *Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford, 2022, 293-305.

architecture. Common law courts are accepted as the best way to solve disputes about the interpretation of legal rules. The courts are embedded in a network of accountability mechanisms that fosters trust in institutions and provide a stable reference point for social relationships. AI systems could be more predictable and faster, but it is not clear they would be deemed legitimate and acceptable.

Compare now the very different Chinese perspective on AI adjudication. The digitalization of justice was supported by central government since the 2010s. The benefits of such transformation are mainly seen in the efficient management of a large number of cases. The automation of judicial tasks is supposed to reduce the risks inherent in human discretion and lead to uniformity in the outcome of similar cases. Even the transparency of AI decision-making, to be understood in terms of codification and quantification, is believed to be superior to the traditional argumentative justification. Some drawbacks of AI systems are acknowledged, for example the impossibility to codify all relevant factors and the biases in the design of the systems. However, it is suggested that judges should adapt to the new technological tools and fully exploit the new 'human-computer legal system'. By mastering the technology, judges can guarantee their dominant position and supervise the fairness of algorithms.[82] This position reflects the tension between two competing goals: on one hand, the automation of judicial tasks to improve the efficiency of the dispute resolution system; on the other hand, the possibility for the state to control politically sensitive matters.[83]

Hence, from an institutional point of view, AI interpretation can be expected to gain ground if significant investments in digital infrastructures for justice systems are made. Furthermore, the divergence between the traditional model of human adjudication and AI legal reasoning shall not be perceived as problematic. Relatedly, evidentiary rules shall be adapted to the (limited) degree of transparency and explainability of AI systems. If there is no way to tell how the AI system reached its conclusion, judges are bound to reject it in many legal systems.[84] Of course, legislators eager to spread the judicial use of AI systems may well choose a lower admissibility threshold.

[82] Z. Xu, *Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities*, in *App. Art. Int.*, 2022, 36(1), 1025.

[83] S. Papagianneas, *Automating Intervention in Chinese Justice: Smart Courts and Supervision Reform*, in *Asian J. L. and Soc.*, 2023, 10, 463 ff., 466 ("technology enhances authoritarian legality by allowing the prerogative state to exercise its sovereign power better and more efficiently through the legal system without undermining legal rationality").

[84] See, e.g., T.R. Lee, J. Egbert, *op. cit.*, 45 ff.; A.W. Jurs, S. DeVito, *Machines Like Me: A Proposal on the Admissibility of Artificial Intelligence Expert Testimony*, in *Pepp. L. Rev.*, 2024,

4. *Two agendas for comparative law*

The variety of empirical methods implies they can be included in several different research programs and used for multiple purposes. In this section, I highlight two possible research agendas specifically linked to empirical legal interpretation. The first agenda aims at exploring the role that empirical methods could play for each comparative method. Because of space constraints, I only consider three of them: functionalism, structuralism, and cultural comparative law.[85] The second agenda focuses on the institutional factors that could filter the impact of empirical methods on interpretative activities. Neither agenda assumes that any empirical method shall be adopted. Both agendas only suggest that the influence of empirical methods on legal interpretation should be carefully assessed.

The starting point of the first agenda is that all comparative methods rely on theoretical assumptions about interpretative activities.[86] Hence, it is plausible to argue that all comparative methods have to take a stance on the empirical turn. Starting with functionalism, it can be observed that the priority it grants to the function of rules makes it likely that empirical methods can be directly employed in functionalist analyses. Consider, for example, the comparison of rules on offer and acceptance in English and German contract law.[87] CL approaches could help assess whether, despite textual differences in the applicable rules, the purposes are the same or are weighed in the same way. Surveys could be employed to check how relevant purposes really are. AI tools could help establish whether English and German rules are functionally similar by classifying the most relevant factors in a data set of cases on contract formation disputes. That empirical methods can play a supportive role in functionalist analysis seems to depend on a theoretical premise: this comparative method is grounded in legal positivism. Knowl-

51, 591; P. Comoglio, *Inteligencia artificial y selección de pruebas en el proceso civil: hacia un proceso más inteligente o hacia un proceso más artificial?*, in *Rev. Ítalo-Española de Der. Proc.*, 2022, 55.

[85] Comparative Socio-Legal Studies and Comparative Law and Economics already embrace empirical methods. I leave for another day an in-depth discussion of their approaches to legal interpretation.

[86] See P.G. Monateri, *Form and Substance in Comparative Law and Legal Interpretation*, in *Int. J. Semiot. L.*, 2024, 37, 1533 ff., 1535, on "the intricate relationship between various modes of legal interpretation and the diverse methods and approaches employed in the field of comparative law".

[87] This is the example of functionalist analysis made by J. Gordley, *The Functionalist Method*, in P.G. Monateri (edited by), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2012, 107.

edge of rules is the main (often the exclusive) concern in comparative functionalist analyses. For critics of this approach, this is a major shortcoming because many extra-legal and contextual factors are left out of the picture.[88] For empirical analyses of legal interpretation, a rule-based approach is an advantage because it reduces the quantity of legal information to be controlled for.

Turning now to comparative structuralism, the version proposed by the late Rodolfo Sacco is explicitly grounded in radical interpretative scepticism. Very early in his career, Sacco argued that the legal text never fully binds the interpreter. There are too many factors that can lead to a multiplicity of possible interpretations: linguistic vagueness and ambiguity, new situations legislators cannot foresee, and the interplay between legislators and interpreters. What we can observe is the interpretation that, in a specific historical period, is generally believed to be the dominant one. Over time, it can be displaced by other interpretations. Furthermore, Sacco linked his approach to interpretation and his theory of legal formants. Each formant (legislators, judges, legal scholars, informal norms, etc.) can promote a specific interpretation, but multiple interpretations are likely to coexist. Comparative analysis helps shed light on the role of each legal formant.[89] This is a structuralist approach in so far as it links interpretative outcomes to the role played by each interpreter in a specific legal system.

In a structuralist framework, empirical approaches could be used in three ways. First, to test the role of interpreters. Both strategic analysis and the theory of institutional capacities could help explain why some legal formants become dominant and what the relationships among formants are. Second, to explore the reasons why a specific legal formant adopts or does not adopt an empirical approach to interpretation. Third, to identify the relevance of each

[88] See, e.g., G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford and Portland, Or., 2014, 79-81. Also see J. Husa, *Interdisciplinary Comparative Law: Rubbing Shoulders with the Neighbours or Standing Alone in the Crowd*, Cheltenham, 2022, 166, for the observation that functionalist analysis does not provide a thorough understanding of contextual factors beyond a reference to legal history.

[89] R. Sacco, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 2003 (1st ed. 1947); Id., *L'interpretazione*, in G. Alpa et al., *Le fonti del diritto italiano - Le fonti non scritte e l'interpretazione*, vol. 2, Torino, 1999, 161. On the connection between interpretation and legal formants see A. Gambaro, M. Graziadei, *Legal Formants*, in J.M. Smits et al. (edited by), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2023, 452; M. Graziadei, *Rodolfo Sacco's Theoretical Contribution to Comparative Law: A Personal Account*, in *Int. J. Semiot. L.*, 2024, 37, 1471; P.G. Monateri, *Rodolfo Sacco e l'interpretazione del diritto*, in P.G. Monateri (edited by), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, vol. 2, Torino, 2024, 1171.

formant. For example, both CL approaches and surveys help assess the relevance of interpretative canons. More speculatively, legal LLMs could be leveraged to identify linguistic patterns that can be associated with a specific legal formant.[90] Note, however, that comparative structuralism can also be used to criticize empirical approaches. If there are no 'right' interpretations, providing evidence of ordinary meaning with CL approaches and surveys does not allow to exclude competing interpretations. Even more fundamentally, radical scepticism prevents using LLMs to 'predict' the most likely interpretation. Such a prediction can only rely on the textual elements those models are trained on, but cannot identify the influence of the interplay among legal formants, much less the role of informal norms.

Finally, cultural approaches to comparative law start once again from radically sceptical positions on legal interpretation. At first sight, among comparative methods, they are the farthest from empirical interpretation. Still, I maintain that even cultural approaches need to engage with the transformations brought about by empirical studies. Consider Pierre Legrand's law-as-culture perspective.[91] There are several reasons why none of the empirical methods discussed in this essay fit that perspective. To begin with, cultural influences in the domain of law are not so systematic to be amenable to measurement. Secondly, there is a rejection of the cause-effect dynamic on which empirical approaches are built. Legrand observes that culture is not cause, but effect of the behaviour we observe. This means that the cultural frame supports an interpretative approach, not an explanatory approach. Thirdly, empirical interpretation is too wedded to the relevance of legal texts. But a cultural perspective highlights the myriad influences that shape the meaning of those texts. The latter recede into the background and give way to a focus on the cultural practices a community has selected, for no other reason than they are congruent with the local understanding of justice.

Do these epistemological tenets lead to the outright rejection of empirical interpretation? A negative answer is possible if we start from the observation that empirical methods are just another facet of each country's legal culture.[92] What their role is directly depends on the relationship between law

[90] As observed by P.G. Monateri, *Form and Substance in Comparative Law and Legal Interpretation*, cit., 1548, legal formants identify recurrent and significant linguistic patterns within legal texts. They bring to light the influence of historical and cultural contexts.

[91] P. Legrand, *Negative Comparative Law: A Strong Programme for Weak Thought*, Cambridge, 2022; Id., *Comparative Law and the Task of Negative Critique*, New York, 2023.

[92] A connection to the philosophical studies focusing on the cultural meanings of digital technologies can be highlighted here. See, e.g., A. Romele, *L'ermeneutica digitale si dice in molti modi*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2022, 87; Id., *Digital Habitus: A Critique of the*

and science over the centuries. Legrand himself recalls the attraction of both geometrical and mathematical thinking in the history of legal thought and the unavoidable cultural influences on scientific research.[93] The current debate on empirical interpretation is but the latest manifestation of this long-term relationship between law and science. If empirical interpretation can be criticized for paying scant attention to cultural factors that are likely to represent a key determinant of legal dynamics, it cannot be said to be completely disconnected from the broader evolution of each legal system. To be sure, Legrand explicitly criticizes some empirical approaches.[94] However, his criticisms relate to the need to give proper weight to the cultural elements in the construction of legal meanings. This means that all the empirical methods discussed in this essay can be assessed from the point of view of their contribution to such construction. Cultural approaches could be used to criticize empirical methods, but they could also help define their boundaries.

Support for the key role of cultural approaches comes from the studies that identify the transformations brought about by generative AI on human cultural evolution. For example, humans can build on innovations generated by machines, use machines to transfer knowledge, build new social networks through recommender systems. Not all these interactions will be positive, at least from the point of view of fostering cultural diversity and propagating innovative ideas.[95] However, understanding the evolution of 'machine culture' is the first step toward regulating the human-machine interaction in the legal domain.

The second research agenda aims at exploring the institutional factors that explain why a specific empirical method is used, by whom is it used, how is it used, whether it leads to the selection of a specific interpretative strategy, whether it changes previous interpretations. This is a very rich field of inquiry for comparative law. Each of the three comparative methods discussed above could contribute. For example, one could engage in:

Imaginaries of Artificial Intelligence, New York, 2024, 6 ("Technologies are embedded in – and contribute to maintaining and reconfiguring – cultural worldviews").

[93] On the historical links between science and law see P. Legrand, *Comparative Law and the Task of Negative Critique*, cit., 276 ff.; on cultural influences in scientific thinking see ibid., 133.

[94] See, e.g., his criticism of the extension of the epistemological framework of laboratory experiments to the legal domain (P. Legrand, *Negative Comparative Law: A Strong Programme for Weak Thought*, cit., 101) and of experimental law and economics studies which omit crucial cultural differences (ibid., 434-436).

[95] L. Brinkmann et al., *Machine Culture*, in *Nature Hum. Behav.*, 2023, 7, 1855; J.W. Burton et al., *How Large Language Models Can Reshape Collective Intelligence*, in *Nature Hum. Behav.*, 2024, 8, 1643; D. Pedreschi et al., *Human-AI Coevolution*, cit.

a) Macro-comparison to identify the features of legal traditions (e.g. sources of law, multi-level governance, plurality of legal orders) supporting or opposing empirical interpretation;

b) Meso-comparison to compare how different types of institutions (e.g. courts or regulators) use or do not use empirical methods. Theories of strategic interactions and institutional capacities can be relevant here;

c) Micro-comparison to identify the changes to the interpretation of specific legal rules brought about by empirical methods.

5. *Conclusions: from the empirical to the institutional turn*

Empirical approaches to legal interpretation do not look like a fad. Although no clear geographical trends can be detected, those approaches can be expected to persistently engage the traditional interpretative methods in several jurisdictions of both the Global North and the Global South. Traditional interpretative methods do not face the risk of wholesale replacement. But empirical approaches promise to subtly change our perception of what the interpretative activity amounts to. Furthermore, the dividing line between the empirical and the legal aspects of interpretation can be expected to become increasingly blurred. This essay shows that none of the three empirical approaches discussed (CL, surveys, and AI systems) is immune to criticisms. Some of them will be addressed, may be through the combination of several methods. At the same time, the influence of empirical approaches will not only depend on the evaluation criteria internal to each approach. Several institutional factors, from the interplay of institutions to procedural rules to interpretative practices, might be decisive in broadening or shrinking the impact of empirical approaches. The research agendas for comparative law suggested in this essay raise second-order questions. Instead of discussing how to use each empirical approach (the first-order question), the agendas call for a deeper reflection on the link between each comparative method and theories of interpretation, as well as for a systematic assessment of the institutional underpinnings of empirical approaches. Hopefully, a more sustained focus on these second-order questions will help avoid pitting the supporters and the critics of empirical legal interpretation against each other.

SCELTE DI METODO E DI LINGUAGGIO PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA ATTUALE: UN MANUALE E UN AUTORE AL PASSO CON I TEMPI

Caterina Bergomi, Elena Ioriatti[*]

SOMMARIO: 1. Un ricordo. – 2. Scrivere per formare i giovani. – 3. Il manuale nel tempo. – 4. Lingua e diritto nell'Unione europea: sfide e dinamiche interpretative. – 5. Il linguaggio giuridico nell'Unione europea. – 6. Il contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 7. Conclusioni.

1. *Un ricordo*

Gian Antonio Benacchio fu il primo docente di fronte al quale, nei lontani anni '80, sedetti per sostenere l'esame di Istituzioni di diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. Dalla mia prospettiva, una frazione di tempo (circa quaranta minuti) importante, nel corso della quale sapevo avrei ricevuto un primo ritorno di concretezza del mio sogno – il diritto comparato – e del fatto che questa passione fosse effettivamente alla mia portata, per consentirmi di proseguire il cammino di studentessa del primo anno della Facoltà di Giurisprudenza. Il segnale che ricevetti fu positivo, anche se non a tutto tondo – 28/30 – confermato dal superamento dell'esame di diritto civile con il massimo dei voti (30/30: valutazione che, a tutt'oggi, talvolta esibisco, con tanto di libretto cartaceo, a Gian Antonio, senza tuttavia riuscire a farlo sentire minimamente in colpa).

Quella prima esperienza di confronto e valutazione fu per me fondamentale. Credo di non esagerare nel dire che in quel momento iniziò la costruzione della mia persona come giurista. Non solo il prof. Benacchio, nel corso delle sue lezioni, aveva saputo nutrire la mia curiosità con concetti chiari e spiegazioni ordinate, ma quale componente della commissione d'esame contribuì ad alimentare in me sicurezza e auto-determinazione, iniziando a tratteggiare ciò che in psicologia viene definito il mio "perimetro del sé".

[*] Questo saggio è frutto del confronto e della riflessione comune delle autrici. Tuttavia, i paragrafi sono attribuiti rispettivamente come segue: par. 1, 2, 3 prof. Ioriatti, par. 4, 5 e 6 dott. Bergomi. Il paragrafo conclusivo (7) è stato redatto da entrambe le autrici.

Nella mia memoria si è sedimentata la certezza di essere stata pazientemente esaminata da un docente consapevole di quanto quel momento fosse non solo importante per i miei studi, ma potenzialmente decisivo per lo sviluppo della mia personalità.

Negli anni '80 Gian Antonio Benacchio (così come, vorrei ricordare, Massimo Santaroni) svolgeva il ruolo di docente con una curvatura pedagogica sulla quale oggi andrebbero accesi i riflettori, alla ricerca di soluzioni per contenere l'abbandono degli studi e le fragilità degli studenti universitari. Per parte mia, fu un esempio. Esempio rimasto inalterato (nonostante gli attacchi che il tempo sferra alla memoria), che io stessa mi sforzo di trasporre in uno stile accademico sostanziale e di trasmetterlo a chi verrà dopo di me.

2. *Scrivere per formare i giovani*

Gian Antonio Benacchio ha messo a frutto questa sua sensibilità pedagogica nell'insegnamento del diritto privato, così come di altre discipline. Un aspetto che da sempre caratterizza la sua vita accademica è la dedizione agli studenti e alla formazione giuridica in generale. Sforzandosi di applicare il suo registro didattico chiaro e, nel contempo, ricco di contenuti ad ogni singola lezione, Benacchio ha man mano affrontato in aula le manifestazioni di un mondo giuridico in divenire e periodicamente attraversato da novità e cambiamenti. Negli anni '90, in quanto professore associato di diritto privato delle Comunità Europee[1] Benacchio non poteva rimanere insensibile a un ambito del diritto che procedeva in modo asistematico, per ambiti di intervento poco prevedibili, i cui principi fondamentali non risiedevano solo nei Trattati, bensì nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Si trattava, all'epoca, di tracciare un nuovo iter di apprendimento graduale per gli studenti, che consentisse loro di assimilare i fondamenti di un nuovo ordinamento giuridico in divenire, valorizzando al contempo un fenomeno giuridico emergente: un movimento dottrinale con contorni inizialmente sfumati, ma dalla portata scientifica imponente, che, proprio da quell'ordinamento, ebbe origine e coinvolse per oltre un ventennio le migliori menti comparatistiche: il diritto privato europeo.

Ben presto, Benacchio intuì la necessità di sostenere la formazione con un manuale che offrisse una struttura chiara e sistematica delle diverse branche del diritto privato europeo, facilitandone l'apprendimento. Un testo organizza-

[1] Dal 1992 al 1998, per poi assumere il ruolo di professore ordinario di diritto privato comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

to in modo tale da guidare gli studenti lungo un percorso logico, semplificando la comprensione delle relazioni tra le varie manifestazioni di questo recente e dinamico fenomeno giuridico.

Nacque così il manuale "*Diritto privato della Comunità europea*", edito da Cedam nel 1998, un'opera manualistica scientificamente solida e del tutto nuova nell'approccio metodologico. L'autore, formatosi come comparatista, rese subito evidente come la presenza costante del diritto comparato nel libro fosse il cemento del metodo, il filo conduttore delle diverse aree trattate e della struttura stessa del manuale. È questo l'aspetto che ancor'oggi distingue l'opera, ora intitolata "*L'Unione Europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*" (edizione 2024) da manuali più tradizionali. Il manuale, infatti, delinea in parallelo la struttura del diritto dell'Unione europea e del suo diritto sostanziale, mostrandone le radici privatistiche. Lo stesso indice del libro restituisce la scelta dell'Autore di incapsulare il diritto positivo di un nuovo ordinamento in divenire nelle categorie classiche della comparazione: la circolazione dei modelli, le iniziative della dottrina, i nuovi concetti, la traduzione giuridica.

Il metodo, tuttavia, sottende scelte di ordine e di fonti. Come ricorda Giuseppe Trabucchi "scopo di ogni manuale non può che essere l'insegnamento di un metodo", quasi fosse una piattaforma di allenamento alla capacità di individuare le fonti, alla logica giuridica, alla ricerca dei principi che comunque sovra stanno ad ogni regola giuridica[2]. È questa la scelta che si intravede fin dalla prima edizione, in filigrana, nella struttura del volume e nei contenuti.

Così, il diritto privato della Comunità europea aveva finalmente acquisito un testo di riferimento compiuto, elaborato da un giurista competente, che aveva saputo ispirarsi ed attingere agli strumenti della comparazione giuridica.

Nel corso del tempo, il manuale è stato non solo il mezzo attraverso il quale Benacchio ha immesso la propria energia didattica nelle lezioni, ma un modo di penetrare la complessità della materia e di uscirne insieme agli studenti: un'opera che, come tutti i manuali dovrebbero fare, "prende per mano il discente, come il padre il bambino nei momenti di difficoltà e lo fa uscire dall'incertezza"[3].

[2] G. Trabucchi, *La tradizione di un Maestro*, in G. Trabucchi, M. S. Richter, T. dalla Massara, *La didattica istituzionale oggi. In occasione della cinquantesima edizione delle Istituzioni di diritto civile di Alberto Trabucchi*, Padova, 2024, 15.

[3] Ibid., 6.

3. *Il manuale nel tempo*

L'opera di Benacchio si dimostra all'altezza del compito fin dalla prima edizione. La chiarezza, la completezza e l'accessibilità delle informazioni si rivelano per formare una base solida di conoscenze giuridiche e per promuovere una formazione consapevole di quello che oggi è il diritto Unione Europea, nella sua dimensione privatistica.

Nel corso del tempo il libro ha mostrato una tenuta scientifica, ma anche didattica e, in qualche occasione – potremmo dire – sociale, non comune. In un periodo come quello pandemico, ad esempio, in cui gli studenti risentirono della difficoltà – o, in molti casi, dell'impossibilità – di frequentare le lezioni, fu particolarmente importante per loro poter contare su un testo nato per accompagnare la didattica in presenza.

Il volume è ormai giunto all'ottava edizione e ha cambiato veste. Come dichiara lo stesso Autore nella Prefazione all'ultima edizione del volume "troppe cose sono nel frattempo cambiate" e l'opera andava rivista "in un contesto nel quale non è più possibile tracciare una netta linea di confine tra quelle che sono le norme di ispirazione europea e norme di ispirazione nazionale"[4].

Tuttavia, senza rinunciare a mostrare quanto il tema possa essere complesso, ancor oggi il libro rimane un riferimento importante anche del diritto positivo dell'Unione europea: un testo organizzato in modo tale da guidare gli studenti lungo un percorso logico, semplificando la comprensione delle relazioni tra le varie manifestazioni di questo recente e dinamico fenomeno giuridico. Ciò in quanto il manuale consente agli studenti di comprendere e apprendere la materia, grazie a un registro chiaro e volutamente misurato su di un livello alla loro portata, pur stimolando senso critico e curiosità. Il manuale, diceva Trabucchi, "non va preso come un prontuario di soluzioni…omissis…. Se pure il più ampio sviluppo è dato all'informazione di chi leggerà, è soprattutto alla sua formazione che è sempre diretto lo sforzo – forse ancora non sufficientemente portato avanti – di chi ha scritto. Lo spirito critico si forma lasciando spazio all'ingegno del lettore!"[5].

Nel corso degli anni, tuttavia, la vera sfida che l'Autore ha dovuto affrontare, è stato l'aggiornamento. Ciò ha significato affrontare due problemi: il primo, l'aggiornamento delle fonti di un sistema in rapido movimento, senza abdicare a quel centro gravitazionale, il metodo, al quale va ricondotto l'ordine delle mate-

[4] G.A. Benacchio, *L'Unione Europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Cedam, 2024, XI.

[5] M. Girolami, *I manuali nella scuola patavina (Confronti) in Accademia*, in *Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani*, 2023, 2, 492.

rie trattate. Come è stato notato "spiegare – parlando o scrivendo, poco importa – comporta un ordine; la scienza, se è davvero tale, deve assolvere a un compito classificatorio, per dominare anche i fenomeni più caotici o disordinati"[6], evitando l'errore di certi manuali che attraversano fasi di frenetica moltiplicazione delle fonti[7]. Una pluralità di fonti, che fra di loro si intersecano e si confondono e che non possono essere ricondotte ad un "unico parametro qualificante"[8].

Ciò ha confermato la scelta iniziale dell'Autore, ossia fornire agli studenti lo strumento di apprendimento di un sistema base[9], di un metodo "che se è corretto, non diventa vecchio, e non viene superato, in quanto proprio nel metodo va fondata la continuità"[10].

La centratura sul metodo ha consentito così di affrontare i classici problemi che l'aggiornamento di qualsiasi manuale tradizionalmente incontra: "sulla scelta tra gli aspetti permanenti e quelli transeunti, sulle riforme che possono incidere sull'aspetto della sistematicità, sulla pluralità delle fonti alle quali oggi si può accedere, ma in relazione alle quali bisogna avere gli strumenti critici per selezionarle, perché la pluralità dell'informazione ci impone una capacità rigorosa di selezione"[11].

È anche questa attenzione alla sintesi metodologica che ha permesso al manuale, nelle sue diverse edizioni, di rimanere al passo con i tempi e di non registrare ritardo nel dare conto di nuove fonti importanti e dell'evoluzione delle policy dell'Unione. E naturalmente, un aggiornamento corposo e reale, non "semplici ritocchi" che, come ricordava Rodolfo Sacco, "non possono vaccinare l'opera contro l'invecchiamento"[12].

La seconda sfida posta all'Autore si riferisce alla necessità di adattare i contenuti ad una platea di studenti che, in più di vent'anni, ha subito anch'essa

[6] A.M. Benedetti, *Il diritto privato nei manuali, tra verità e illusioni, in Accademia*, in *Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani*, 2023, 2, 498.

[7] Come è stato notato, l'abilità del manualista resta e deve rimanere quella di "filtrare per dosare. Sono le proporzioni che garantiscono la riuscita della formula, non basta che gli ingredienti siano quelli giusti": M. Girolami, *op. cit.*, 491.

[8] N. Lipari, *Introduzione ai lavori*, in G. Trabucchi, M. S. Richter, T. dalla Massara, *La didattica istituzionale oggi. In occasione della cinquantesima edizione delle Istituzioni di diritto civile di Alberto Trabucchi*, cit., 20.

[9] G. Trabucchi, *op. cit.*, 15.

[10] Ibid.

[11] M. Fiorucci, *Introduzione*, in G. Trabucchi, M. S. Richter, T. dalla Massara, *La didattica istituzionale oggi. In occasione della cinquantesima edizione delle Istituzioni di diritto civile di Alberto Trabucchi*, cit., 1.

[12] R. Sacco, *Il manuale per le matricole dal De Ruggiero al nostro tempo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1975, II, 327.

molti cambiamenti. Ciò riguarda, in particolare, gli stessi obiettivi formativi della didattica, diretti a fornire meno nozioni di conoscenza, rispetto a un tempo, e più elementi di competenza. Inoltre, come è stato lucidamente notato, negli ultimi anni di insegnamento, si inizia a notare la distanza tra il contenuto del manuale e ciò che lo studente medio era riuscito a comprendere e a memorizzare[13].

Ancora una volta, Benacchio affronta il dubbio della scelta e non sbaglia: immette nel testo elementi che consentono al manuale di mantenere un livello che rimane tecnico-scientifico, ma che ne rafforzano il carattere di libro di immediata lettura. Come è stato per il metodo (struttura portante e parametro unificante della materia), questo secondo obiettivo ha un suo baricentro: il linguaggio. Un linguaggio – come ricorda Dalle Monache – che può farsi narrazione, che si fa 'diritto narrato', nel senso che la natura ordinamentale e sistematica del fenomeno giuridico, sono messe in evidenza nel loro l'indissolubile legame con il fluire dell'esperienza umana nella vita di relazione[14]. Come nota Giuseppe Trabucchi "il manuale non è un libro dove il diritto è cristallizzato in formule astratte; esso è scritto con il preciso intento di indicare agli studenti che il fine del diritto è regolare la vita degli uomini, secondo un principio di giustizia"[15].

Sotto questo aspetto, l'opera rappresenta oggi non solo una fonte di conoscenza, ma anche un mezzo per l'applicazione pratica del diritto, l'approfondimento delle competenze e l'aggiornamento continuo, garantendo così l'efficacia e l'efficienza del sistema giuridico europeo.

In un panorama normativo in costante evoluzione, come è quello dell'Unione europea, il manuale di Benacchio diviene strumento di orientamento essenziale, una bussola che permette di navigare tra le norme e tra i linguaggi.

4. *Lingua e diritto nell'Unione europea: sfide e dinamiche interpretative*

Nella produzione manualistica di Benacchio, l'attenzione è sempre stata posta anche al ruolo delle parole e del linguaggio[16]. Consapevole che il rap-

[13] S. Patti, *La didattica del diritto privato, oggi. Convegno "La didattica del diritto privato, oggi. Metodo e contenuti", Venezia, 8 giugno 2023, (Confronti) in Accademia*, in *Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani*, 2023, 2, 410.

[14] S. Delle Monache, *Linguaggio*, in G. Trabucchi, M.S. Richter, T. dalla Massara, *La didattica istituzionale oggi. In occasione della cinquantesima edizione delle Istituzioni di diritto civile di Alberto Trabucchi*, cit., 40.

[15] G. Trabucchi, *op. cit.*, 7.

[16] Da ultimo si ricorda il capitolo terzo "Linguaggio, Nozioni, espressioni" in G.A. Benacchio, *L'Unione Europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, cit.

porto tra lingua e diritto è tanto affascinante quanto complesso, e assume una dimensione ancora più rilevante nel contesto dell'Unione Europea (UE), in cui, non solo il linguaggio giuridico è fondamentale per la creazione e l'applicazione delle norme, ma la sua natura plurilingue e la necessità di tradurre i testi giuridici in ventiquattro lingue ufficiali aggiungono un ulteriore livello di complessità. Da qui l'importanza di dedicare sempre spazio alla questione, fornendo agli studenti una chiave di lettura di questa complessa dinamica. Per comprenderla appieno, è innanzitutto necessario chiarire cosa si intende per "linguaggio giuridico" e come esso si articola in un contesto sovranazionale come quello dell'UE.

Definire il linguaggio giuridico può sembrare semplice, tuttavia è un compito tutt'altro che banale. Sebbene il diritto riconosca l'autonomia del fenomeno linguistico, lo modella secondo le proprie esigenze, rendendolo un linguaggio 'speciale' o 'tecnico'[17]. Il diritto, infatti, utilizza la lingua per i suoi fini, adattandola in modo da soddisfare le sue precise esigenze[18] normative e interpretative. A differenza del linguaggio ordinario, quello giuridico è caratterizzato da una maggiore specializzazione, finalizzata a garantire precisione e certezza nelle norme. Un esempio classico è la differenza tra il termine "contratto" in linguaggio comune, che può riferirsi a qualsiasi accordo tra due o più parti, e il "contratto" nel linguaggio giuridico, che implica una serie di requisiti formali e vincolanti. Come sottolineato anche da Benacchio "ogni ordinamento utilizza un proprio linguaggio-tecnico giuridico, non sempre omologabile e che costituisce espressione della propria cultura giuridica"[19]. Il linguaggio giuridico è quindi un mezzo attraverso il quale si articolano le norme, i principi, le disposizioni e le regole che governano la vita sociale e politica. Alla luce di ciò, tradizionalmente, il linguaggio giuridico è considerato una sottocategoria di quello prescrittivo, ovvero un tipo di linguaggio che stabilisce norme, comandi[20]. Esso include non solo il linguaggio legislativo, ma anche quello utilizzato nelle istituzioni e nelle comunicazioni giuridiche quotidiane, come quelle giudiziarie e contrattuali[21].

Inoltre, il linguaggio giuridico non è un'entità statica: proprio come il diritto, esso è soggetto a cambiamenti. Un ordinamento giuridico è un sistema

[17] E. Didier, *Langues et langages du droit*, Montréal, 1990.

[18] Ibid.

[19] G.A. Benacchio, *L'Unione Europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, cit., 44.

[20] M. Jori, *Legal Pragmatics*, in A. Capone, F. Poggi (a cura di), *Pragmatics and Law: Philosophical Perspectives*, 1 ed., New York, 2016, 58-59; M. Jori, A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, seconda edizione, Torino, 1995, 7.

[21] A. Belvedere, *Linguaggio giuridico*, in A. Belvedere (a cura di), *Scritti giuridici. Volume Primo. Linguaggio e metodo giuridico*, Padova, 2016, 338.

in continua evoluzione, che risponde a dinamiche politiche, sociali e culturali, ma anche ai negoziati e ai procedimenti decisionali che si svolgono sia a livello pubblico che privato. Allo stesso modo, anche i sistemi semantici del diritto sono dinamici e richiedono costantemente interpretazioni per applicare le norme alle circostanze concrete. L'interpretazione delle norme giuridiche, lungi dall'essere un processo chiuso, è in realtà un'attività che si evolve nel tempo. Come ha sottolineato Seyla Benhabib, l'assegnazione del significato a una norma giuridica è un processo continuo, un continuo ciclo di 'iterazioni', poiché ogni interpretazione dipende dal contesto in cui viene applicata[22].

5. *Il linguaggio giuridico nell'Unione europea*

Nel contesto sovranazionale, il linguaggio giuridico riveste un ruolo cruciale nell'interazione tra culture e sistemi giuridici, esercitando un impatto significativo sulle relazioni tra gli Stati membri dell'UE e sulla definizione di politiche condivise. L'ambizione dell'UE di promuovere la coesione sociale, il dialogo interculturale e la mobilità della forza lavoro, come evidenziato dalla comunicazione della Commissione europea sul multilinguismo[23], si intreccia con la gestione delle diversità linguistiche, proponendo soluzioni per garantire che ogni cittadino abbia pari accesso al diritto. In questo quadro, il regime multilingue dell'UE mira non solo a favorire la coesione sociale e l'integrazione, ma anche a rispondere alle esigenze derivanti dalla globalizzazione.

Tale regime prevede un processo di traduzione che coinvolge tutte le lingue ufficiali[24]. L'adozione del principio di 'uguaglianza linguistica' e il conseguente

[22] S. Benhabib, *Democratic Iterations: The Local, the National, and the Global*, in S. Benhabib, R. Post (a cura di), *Another Cosmopolitanism*, Oxford-New York, 2006, 45-80. Dello stesso autore si veda: *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, 2002.

[23] Commissione europea, *Il multilinguismo: una risorsa per l'Europa e un impegno comune*, COM(2008) 0566 final, 18 settembre 2008.

[24] Originariamente, il Trattato di Parigi del 1951, che istituiva la Comunità europea dell'acciaio e del carbone, non conteneva alcuna disposizione in materia di lingua e la lingua principale parlata era il francese. Il Trattato di Roma (1957), che istituiva la Comunità economica europea (oggi UE), ha scelto il multilinguismo come regime linguistico prevedendo l'eguale autenticità delle quattro lingue originarie: francese, italiano, tedesco e olandese Roma. La soluzione adottata per l'attuazione dell'articolo 290 del TCE è stata quella di assegnare la scelta del regime linguistico al Consiglio, tramite l'adozione del primo atto di questa istituzione, il Regolamento del Consiglio n. 1 del 15 aprile 1958 sul regime multilingue della Comunità e oggi elenca le 24 lingue ufficiali e di lavoro dell'UE. Il regime multilingue è stato pienamente confermato dal Trattato di

principio di 'uguale autenticità' delle versioni linguistiche rappresentano una sfida, ma anche un'opportunità, per garantire che ogni cittadino europeo abbia accesso alle stesse informazioni, indipendentemente dalla sua lingua madre. In questo quadro, ogni norma giuridica dell'UE deve essere tradotta in tutte le ventiquattro lingue ufficiali, assicurando che ciascuna versione mantenga la stessa legittimità e forza normativa[25].

Inizialmente, le difficoltà derivanti dal multilinguismo erano limitate, dato il numero relativamente ridotto di lingue e la natura limitata delle politiche europee. Con l'allargamento dell'UE e l'ingresso di nuovi Stati membri e la crescente complessità delle questioni giuridiche trattate dalle istituzioni europee, le difficoltà sono aumentate. La traduzione dei testi giuridici non riguarda solo la linguistica, ma implica anche una reinterpretazione concettuale: i termini giuridici presenti in una lingua nazionale vengono spesso ripresi, adattati e 'reinseriti' nel contesto giuridico europeo, con un arricchimento semantico che può modificarne il significato originario[26].

Un esempio emblematico è il termine 'possesso' nella direttiva quadro sui rifiuti[27]. Se si osserva significato del termine a livello nazionale si notano delle differenze, ad esempio in Austria il termine 'Besitz' implica il potere di fatto sulla cosa accompagnato dall'*animus domini*, mentre in Germania indica solo il potere di fatto. A livello sovranazionale, come sottolineato da un giudice italiano, il concetto di "possesso" non richiede l'*animus domini*, ma solo il controllo materiale sul bene[28]. Come osservato anche da Benacchio, "paradossalmente sarebbe più facile imparare un linguaggio nel quale a una medesima espressione corrisponda una nozione o un concetto diverso"[29]. Per ovviare a tali difficoltà e aiutare gli studenti ad approcciarsi a questi aspetti Benacchio nelle varie edizioni del suo manuale ha sempre fornito vari esempi pratici. Ad esempio, il termine 'contratto', già richiamato, presenta difficoltà di traduzione nel contesto multilingue, in Francia si usa il termine 'contrat', in Gran Bretagna 'contract' e in Germania 'Vertrag', ma non sempre questi termini coincidono

Lisbona, in particolare si veda l'articolo 342 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages_en.

[25] C. Bergomi, E. Ioriatti, *L'Union Européenne et la langue de la pandémie*, in *Revista Universul Juridic*, v. 2021, 11, Suppl (2021), 65-84.

[26] Ibid.

[27] Direttiva (UE) 2018/851 del 30 maggio 2018, *che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti*, pubblicata in *GUUE* L 150/109, 14 giugno 2018.

[28] Per un approfondimento si veda, E. Ioriatti, *Visualizing EU law through meta-concepts and legal formants*, in L. Biel, H. J. Kockaert (a cura di), *Handbook of Terminology. Vol 3 Legal Terminology*, Amsterdam, 2023, 289-309.

[29] G.A. Benacchio, *L'Unione Europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, cit., 48.

perfettamente nel loro significato. Altri esempi tratti dagli atti dell'UE includono la traduzione di 'penalty' in inglese con il termine 'sanzione' in italiano, senza ulteriori specificazioni, o la distinzione tra 'agenzie', 'succursali' e 'filiali', tre termini con un significato distinto in diritto francese ma non in quello italiano – per cui 'filiale' e 'succursale' sono sinonimi, ma oggi il primo termine presenta un significato europeo[30]. Questi e altri esempi aiutano lo studente a concretizzare il problema del linguaggio giuridico e a comprendere meglio le difficoltà legate alla traduzione dei concetti giuridici. Inoltre, sottolineano l'importanza del metodo comparato, che consente di individuare le differenze di significato tra i vari sistemi giuridici e acquisire maggiore consapevolezza del fenomeno giuridico.

Come ricordato nel precedente paragrafo, la dinamicità del linguaggio[31] giuridico è strettamente legata a quella del diritto. Benacchio sottolinea che il processo di evoluzione giuridica nel contesto sovranazionale è duplice: da un lato, le norme e i concetti che nascono in uno Stato membro vengono ripresi dalle istituzioni europee e trasmessi agli altri Stati membri; dall'altro, le stesse istituzioni europee elaborano nuove regole e nozioni per perseguire gli obiettivi comuni[32]. Ciò rende ancora più cruciale e complessa la definizione di un linguaggio giuridico comune. Come è stato evidenziato, parlare di tale linguaggio significa considerarne tutte le componenti, cioè il linguaggio della legge e quello dei giuristi in senso lato, sia quelli che interpretano e applicano la legge sia quelli che la commentano[33]. Nel percorso che la terminologia europea compie – dalla proposta della Commissione europea all'aula di un tribunale nazionale che può adire la Corte con un rinvio pregiudiziale – la Corte di giustizia dell'Unione europea riveste un ruolo importante nell'attribuire un significato 'europeo'[34].

[30] Ibid., 44-50.

[31] Sulla dinamicità del linguaggio si pensi ad esempio all'impatto che ha avuto la pandemia di Covid, J. Mweri, *Corona Virus Disease (COVID-19) Effects on Language Use: An Analysis of Neologisms*, in *Linguistics and Literature Studies*, 2021 9(1), 36-47.

[32] G.A. Benacchio, *L'Unione Europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, cit., 61.

[33] M.J. Campana, *Vers un langage juridique commun en Europe ?*, in R. Sacco, L. Castellani (a cura di), *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Torino, 1999, 10.

[34] R. Sacco, *Dall'interpretazione alla traduzione*, in E. Ioriatti Ferrari (a cura di), *Interpretazione e traduzione del diritto*, Padova, 2008, 11. Si veda anche B. Pozzo, *L'interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, in E. Ioriatti Ferrari (a cura di), *Interpretazione e Traduzione del Diritto*, cit.; E. Ioriatti, *Interpretazione comparante e multilinguismo europeo*, Padova, 2013.

6. *Il contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*

Come si evince anche dalla produzione di Benacchio[35], la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE o Corte) gioca un ruolo fondamentale nell'interpretazione delle norme europee, soprattutto quando si riscontrano discrepanze tra le diverse versioni linguistiche[36]. La giurisprudenza della Corte ha costantemente chiarito come una norma giuridica debba essere applicata in modo uniforme in tutti gli Stati membri, pur tenendo conto delle differenze linguistiche e culturali. La Corte, in questo contesto, funge da 'arbitro linguistico', garantendo che le traduzioni non distorcano il significato delle normative europee e che il diritto dell'UE rimanga coerente ed efficace nonostante le sfide del multilinguismo[37].

Nel celebre caso *Stauder contro Ulm* del 1969 (causa 29/69), la CGUE ha affermato che nessuna versione linguistica di una legge dell'UE deve essere interpretata in modo isolato. L'interpretazione deve piuttosto basarsi sull'intento reale dell'autore e sull'obiettivo che intendeva perseguire, tenendo conto di tutte le lingue ufficiali dell'Unione. Nel ribadire questo principio, la sentenza *CILFIT* del 1982 (causa 283/81) ha confermato che, essendo tutte le versioni linguistiche ugualmente autentiche, l'interpretazione di una disposizione legislativa dell'UE deve comportare un "confronto tra le diverse versioni linguistiche"[38]. Un ulteriore esempio è il caso *Konservenfabrik Lubella*[39], in cui la Corte ha affrontato la questione della protezione dell'affidamento dei terzi in merito a un errore materiale in un Regolamento europeo[40], caratterizzato da errore materiale nella traduzione, che stabiliva le prescrizioni sul prezzo minimo per l'importazione di ciliegie acide. Tuttavia, mentre tutte le versioni linguistiche del regolamento, eccetto quella tedesca, facevano esplicitamente riferimento alle ciliegie acide, la versione tedesca utilizzava erroneamente il

[35] Oltre al manuale, tra gli altri si ricorda anche, G.A. Benacchio, *La Corte di giustizia tra armonizzazione e unificazione del diritto europeo dei contratti: intervento al convegno per il cinquantenario della Rivista sul tema: "Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?", Treviso, 23-25 marzo 2006*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 52(6), 131-139.

[36] Articolo 19 TUE, articoli 251-281 TFUE.

[37] C. Bergomi, E. Ioriatti, *op cit*.

[38] F. Vismara, *The role of the Court of Justice of the European Communities*, in B. Pozzo, V. Jacometti (a cura di), *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Alphen aan den Rijn, 2006, 64-68.

[39] Corte di giustizia UE, 17 ottobre 1996, C-64/95, *Konservenfabrik Lubella Friedrich Büker GmbH & Co. KG contro Hauptzollamt Cottbus*.

[40] Regolamento (CEE) della Commissione 1993/1932 del 16 luglio 1993, *recante misure di salvaguardia per le importazioni di ciliege acide*, pubblicato in *GUUE* L 174.

termine "Süsskirschen" (ciliegie dolci) al posto di "Sauerkirschen" (ciliegie acide)[41]. In questo caso, la Corte ha ribadito che le diverse versioni linguistiche non solo coesistono, ma sono essenziali per garantire la coerenza del diritto dell'UE e che le traduzioni non distorcano il significato delle normative, anche in un contesto multilingue[42].

Come accennato, il processo di traduzione giuridica nell'Unione europea non è solo un'operazione tecnica, ma un atto che implica la reinterpretazione delle norme e dei concetti giuridici. La CGUE ha costantemente affermato l'autonomia del diritto dell'Unione, sottolineando l'unicità della sua terminologia e dei suoi concetti, definiti come 'peculiari'[43]. Questo riconoscimento enfatizza che i concetti giuridici contenuti nella legislazione dell'UE non necessariamente si allineano con quelli presenti nei diritti nazionali degli Stati membri[44]. La natura multilingue dell'UE aggiunge ulteriore complessità all'interpretazione, richiedendo un approccio più flessibile, dato che essa incorpora una prospettiva pan-europea sovranazionale che emerge dalle visioni uniche degli Stati membri[45]. Inoltre, l'autenticità di tutti i testi multilingue dell'UE contribuisce ulteriormente a questa complessità. La struttura originale dell'UE, unita al suo regime multilingue, ha reso necessario lo sviluppo di soluzioni per affrontare le sfide di traduzione e interpretazione insite nei testi giuridici 'ibridi'[46].

[41] B. Pozzo, *L'interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, cit.; L. Pasquali, *Sull'interpretazione dei Trattati multilingue: necessità del ricorso a criteri specifici*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, 3, disponibile online: http://www.osservatoriosullefonti.it.

[42] Causa C-64/95: "8 Nella specie, eccetto la versione tedesca, tutte le versioni linguistiche del regolamento controverso si riferiscono unicamente alle ciliege acide. È evidente che, come sostengono la Commissione e il governo spagnolo, la versione tedesca del regolamento conteneva, in un primo momento, impiegando il termine "Suesskirschen" invece del termine "Sauerkirschen", un errore materiale che è stato successivamente rettificato. Tuttavia, poiché tale versione menzionava i codici NC vigenti per le ciliege acide, siffatta ambiguità poteva essere eliminata perfettamente facendo riferimento alle altre versioni linguistiche del regolamento. Inoltre, è pacifico che le competenti autorità tedesche sono state informate di tale errore e sono state quindi poste in grado di applicare correttamente il regolamento sin dall' origine. Di conseguenza, il contenuto del regolamento controverso non poteva essere considerato indeterminato".

[43] D. Kukovec, *Autonomy: the central idea of the reasoning of the Court of Justice*, in *European Papers*, 2023, 8(3), 1403-1439.

[44] Corte di giustizia UE, 6 ottobre 1982, C 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità*: "it must be noted […] that even when the language versions correspond exactly, Community law uses its own terminology".

[45] Ł. Biel, *The hybridity of EU discourse and its impact on national languages*, in Id. (a cura di), *Lost in the Eurofog: the textual fit of translated law*, Frankfurt am Main, 2014, 61.

[46] Tra gli altri si veda: H. Bhabha (a cura di), *The Location of Culture*, London-New York,

Nel tempo, la Corte si è occupata di definire alcuni concetti ed istituti e di attribuire loro significati che consentano di mantenere una certa stabilità riguardo agli effetti giuridici e, soprattutto, di fare riferimento a un quadro normativo specifico del diritto europeo[47]. Attraverso la tecnica interpretativa della nozione autonoma, la Corte afferma che a un termine deve essere data un'interpretazione autonoma e uniforme in tutta l'UE. Scopo, obiettivo e contesto costituiscono il criterio per definire il contenuto del termine in questione. Con l'espansione delle competenze dell'Unione anche l'uso dei concetti autonomi è aumentato proporzionalmente. Ad esempio, il primo utilizzo di questa tecnica è stato legato alla libera circolazione e al mercato interno (la definizione di lavoratore assimilato[48]), successivamente esteso ad altre aree (come la cittadinanza dell'UE, nel contesto della Direttiva 2004/38/CE)[49].

Il linguaggio giuridico nell'Unione Europea rappresenta quindi non solo un ambito di studio complesso, ma anche un motore fondamentale per l'integrazione e l'efficacia del diritto europeo. La pluralità linguistica, pur essendo uno strumento di uguaglianza e accessibilità, porta con sé sfide significative in termini di traduzione, interpretazione e applicazione delle norme giuridiche. Queste difficoltà si intensificano con l'espansione dell'UE e l'aumento delle lingue ufficiali, ma al tempo stesso costituiscono una ricca opportunità di riflessione sulle dinamiche di un diritto che non è statico, ma in continua evoluzione.

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, con il suo approccio innovativo e l'interpretazione autonoma delle nozioni giuridiche, gioca un ruolo cruciale nel garantire che il diritto dell'UE mantenga la sua coerenza ed efficacia nonostante la diversità linguistica e culturale degli Stati membri. La Corte, fungendo da custode dell'integrità del diritto europeo, ha tracciato un percorso che favorisce una maggiore uniformità e comprensione tra le diverse tradizioni giuridiche europee, contribuendo così al processo di "europeizzazione"[50].

1994 e 1998; E. Clay, K. McAuliffe, *Reconceptualising the third space of legal translation: a study of the Court of Justice of the EU*, in *Comparative Legilinguistics*, 2021, 45, 93-126; A. Wagner, *A Space in-Between - Legal Translation as a 'Third Space'*, in *J. Civ. L. Stud.*, 2016, 9.

[47] R. Mańko, *Legal aspects of EU multilingualism*. Briefing European Parliamentary Research Service, January 2017. Disponibile online: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595914/EPRS_BRI%282017%29595914_EN.pdf. Si veda anche: F. Vismara, *op. cit.*, 64-68.

[48] Corte di giustizia UE, 19 marzo 1964, C 75/63, *M.K.H. Unger in Hoekstra contro Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*.

[49] L. Mancano, *Judicial harmonisation through autonomous concepts of European Union Law: The example of the European Arrest Warrant Framework decision*, in *European Law Review*, 2018, 43, 1.

[50] Termine che rivela un aspetto profondo della trasformazione giuridica a livello sovranazionale. La storia del diritto dell'UE, secondo Benacchio, si svolge come una narrazione della

Guardando al futuro, le sfide non mancano, ma sono accompagnate da nuove opportunità. Il rapido progresso tecnologico, con l'avanzamento degli strumenti di traduzione automatica e dell'intelligenza artificiale, promette di semplificare il processo di traduzione giuridica, riducendo i tempi e i costi. Tuttavia, queste innovazioni pongono anche interrogativi etici e pratici sulla qualità delle traduzioni e sul rischio di perdere sfumature cruciali nelle interpretazioni legali. Il dialogo tra giuristi, linguisti e tecnologi diventerà sempre più fondamentale per garantire che la traduzione giuridica continui a essere un atto interpretativo di alta qualità, rispettoso delle specificità culturali e linguistiche degli Stati membri.

7. *Conclusioni*

Il linguaggio giuridico nell'UE non è solo un ambito di studio, ma una componente essenziale della costruzione di un'Europa unita e coesa, capace di affrontare le sfide globali con un sistema giuridico dinamico e inclusivo. È sotto gli occhi di tutti il fatto che la ricerca e l'insegnamento in quest'ambito continueranno a essere fondamentali per comprendere e modellare il futuro del diritto dell'Unione Europea, in un contesto sempre più globalizzato e interconnesso.

Quando il manuale "*Diritto privato della Comunità europea*" fu redatto nella sua prima edizione – un quarto di secolo fa, ricorda lo stesso Autore nella Prefazione all'edizione 2024 – solo un acuto comparatista avrebbe potuto intuire il ruolo che la lingua ed il linguaggio avrebbero giocato sulla scacchiera dei formanti europei. Uno studioso sensibile ai profili solo apparentemente ancillari del diritto, come la lingua.

Sensibilità che in Benacchio si ritrova anche nella didattica, pioniere della comunicazione chiara e diretta, in un'epoca nella quale la cifra dell'alta formazione era la lezione frontale asettica e a volte impenetrabile.

Ma soprattutto, nella sua impagabile capacità di vedere il fine ultimo della formazione universitaria: aiutare ogni singolo studente a trovare il proprio demone, sia esso il diritto o qualsiasi altro talento abbia ricevuto in dono dalla vita[51].

circolazione di modelli giuridici in Europa, G. Benacchio, *Diritto Privato della Comunità Europea. Fonti, modelli, regole*, 4 edn., Padova, 2008, 147 e 157-158.

[51] U. Galimberti, S. Natoli, M. Recalcati, *Felicità e filosofia. Come abitare il mondo*, Venosa, 2024.

L'AMMISSIBILITÀ DELLA DIARCHIA ASIMMETRICA NEI CONSIGLI DI AMMINISTRAZIONE: FONDAMENTI TEORICI E RISULTANZE EMPIRICHE

Andrea Borroni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro disciplinare: cenni di analisi economica del diritto applicata al dominio societario. – 3. Criteri di efficienza della norma. I presupposti teorici. – 4. L'applicazione alla s.r.l. dell'*agency theory in company law*. – 5. La compatibilità delle premesse teoriche: vantaggi in caso di deadlock. – 6. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

Ho avuto la fortuna di incontrare il prof. Gian Antonio Benacchio nel 2002, a Trento, come coordinatore del mio percorso di dottorato in Diritto Comparato.

In questo ruolo, con una pazienza e un rigore che non sono certo io a dover ricordare, gli ho sottoposto tutta una serie di, per così dire, "azzardati" primigeni tentativi di comparazione, soprattutto quando non avevo il coraggio di confrontarmi direttamente con il mio Maestro.

Quindi, il prof. Benacchio è stato testimone di una serie di esperimenti giovanili e poco convenzionali, più o meno riusciti, che passavano dal danno da procurato fallimento a una nuova forma di violazione delle regole sulla concorrenza fino a giungere alla matrice degli *Stock Ownership Plan* e alla vincolatività dei contratti di scommessa.

Anche questo contributo riprende un'idea di quegli anni, mentre riflettevo sul primo tema assegnatomi dal mio Maestro per la tesi di dottorato, *i.e.* uno studio comparatistico sulla figura, ruolo e funzioni degli amministratori di società commerciali.

Allora, inebriato dai metodi dell'analisi economica del diritto mi interrogavo su quale fosse il migliore sistema di amministrazione societaria possibile.

Di fatto, tanto il modello collegiale quanto quello monocratico presentano vantaggi e limiti tanto specifici quanto plausibilmente ovvi.

La pluralità delle voci garantisce un processo decisionale sicuramente più ponderato, trasparente ed equilibrato, che trae giovamento dalle diverse competenze e attitudini dei singoli amministratori; fa da efficace deterrente, inoltre,

per comportamenti eccessivamente arbitrari o che sfocino in abusi di potere. Tuttavia, l'insorgere di possibili divergenze e l'assenza di una visione unitaria sono in grado di rallentare e financo paralizzare il meccanismo decisionale nel suo insieme.

Di contro, il modello monocratico elimina la necessità di raggiungere una sintesi tra le posizioni dei diversi soggetti rappresentanti gli interessi della società e quella dell'amministratore unico è individuata come la figura chiave per un processo decisionale rapido e ontologicamente coerente. L'unitarietà della gestione semplifica, inoltre, l'attribuzione della responsabilità, naturalmente ricondotta per intero all'organo monocratico. Ciononostante, l'assenza di un momento di confronto equivale a un minore grado di supervisione e, dunque, a una maggiore possibilità che quei rischi, di cui si è detto e che la collegialità aiuta a prevenire, si manifestino.

Ciò considerato, allora, quale tra i due sistemi dovrebbe essere il più efficiente? E, laddove la scelta non sia effettivamente di prima evidenza, è possibile individuare un modello ancora migliore in un collegio "bicefalo" ma asimmetrico ove, in caso di parità, prevalga il voto del presidente?

2. *Il quadro disciplinare: cenni di analisi economica del diritto applicata al dominio societario*

Lo studioso può preconizzare quali saranno i potenziali effetti dell'introduzione di nuove regole o della modifica di quelle esistenti in termini di efficienza combinando le lezioni del diritto con quell'economia[1] che è errato considerare come "due sistemi di comunicazione autonomi, in sé chiusi, privi della possibilità di un contatto diretto"[2], avendo questi trovato un terreno comune nell'approccio metodologico noto come analisi economica del diritto[3], secon-

[1] La trattazione *ex professo* del concetto di efficienza esula dal campo di indagine assunto nel presente lavoro; per una compiuta descrizione dello stesso si rimanda a R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino, 1994, 309-320 e bibliografia *ivi* indicata.

[2] Così G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, 38-39, il quale cita G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., 1989 (trad. it. a cura di A. Febbrajo, C. Pennisi, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996, 145).

[3] A. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, in *The Yale Law Journal*, 1980, 89, 472; U. Mattei, *Efficiency as Equity: Insights From Comparative Law and Economics*, in *Hastings International Comparative Law Review*, 1994, 18, 157. Si veda anche R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Vol. I e II, 2006.

do il quale i problemi giuridici devono essere analizzati e risolti attraverso una comparazione tra i diversi gradi di efficienza economica che conseguono alle molteplici soluzioni normative ipotizzabili.

Per quanto concerne la regolamentazione societaria, risultati promettenti possono discendere da questo tipo di indagini in relazione alle imprese raggruppate sotto l'egida della s.r.l., avuto riguardo alla flessibilità della disciplina, a una base sociale normalmente ristretta, al limitato ricorso agli strumenti finanziari ma che, d'altra canto, si avvale di sistemi di amministrazione che si ispirano ai modelli ideali della s.p.a.[4].

In particolare, il presente scritto si concentra sulla definizione delle regole di funzionamento del sistema decisionale all'interno di un consiglio di amministrazione di una s.r.l.: tale attività non coincide certamente con il ricorso a soluzioni radicali, perché, da un lato, è impensabile configurare un cda rigidamente disegnato dal legislatore; dall'altro lato, altrettanto impensabile sarebbe abbandonarsi ad una semplicistica e smithiana fiducia nel mercato, panacea di tutte le inefficienze[5]. Il mercato, infatti, come ben dimostrato dalla teoria dei costi transattivi[6] e dalla teoria dei giochi, da solo non basta a risolvere i problemi della regolamentazione societaria.

Il punto di partenza risiede, comunque, nell'autonomia privata, appartenendo alle regole di *common sense* e dell'esperienza il fatto che qualsiasi imprenditore (almeno per ciò che concerne le realtà economiche medio-piccole) conosca, più di chiunque altro, il proprio progetto economico, del quale la società, attraverso l'organo amministrativo, rappresenta solo un veicolo attuativo.

Ma, in definitiva, ciò non è sufficiente a rispondere compiutamente alle esigenze dell'ordinamento.

[4] La s.r.l. è una società frequentemente composta ed amministrata da ristretti gruppi di persone, nella maggior parte dei casi addirittura da famiglie (non di rado il presidente è il *pater familias*). Da un lato, attesi tali limiti dimensionali (e, conseguentemente, economici), un cda composto da più di due membri risulterebbe eccessivamente costoso e inutilmente complesso. Dall'altro, la soluzione che prevede l'amministratore unico impedirebbe ogni forma di controllo sull'operato dell'amministratore stesso. Ricordiamo, infatti, che la presenza di un collegio sindacale non è necessaria nelle s.r.l. (se non sopra determinate cifre), e che il collegio sindacale, eventualmente, avrebbe costi di gestione comunque elevati (senza contare che il collegio sindacale non avrebbe comunque compiti di controllo a tutti i livelli manageriali o operativi): un secondo amministratore, diciamo pure di minoranza, serve a garantire quel grado di verifica che altrimenti sarebbe precluso o troppo oneroso.

[5] Il riferimento è ovviamente a A. Smith, *The Wealth of Nations*, London, Books I-III, 1999, 133.

[6] I costi transattivi sono intesi come tutte quelle ulteriori spese legate ad uno scambio: dalla perdita di tempo per la negoziazione al costo della carta per scrivere le bozze del contratto. D. W. Allen, *What Are Transactions Costs?*, in *Research in Law and Economics*, 1991, 14, 1-18.

Imprescindibili esigenze di ordine pubblico e tutela degli interessi dei soggetti coinvolti impongono che il legislatore intervenga sulla regolamentazione delle forme societarie con norme inderogabili (quali, per esempio, quelle relative al capitale sociale) e modelli (come le differenti tipologie societarie e di gestione previste nel Codice civile).

In tale contesto, dunque, la regolamentazione fornisce un binario, un tracciato predefinito sul quale le società possono muoversi; queste possono altresì decidere di deviare dal percorso standard, pur restando nei limiti disegnati dalla normativa imperativa. Pertanto, l'autonomia delle parti va ad innestarsi negli interstizi del tessuto connettivo-legislativo, in cui le regole di *default*[7] adempiono alla fondamentale funzione di far risparmiare i costi derivanti da una contrattazione tra le parti sul metodo di governo da utilizzare e sui processi decisionali conseguenti, assumendo la fisionomia di regole di pronto uso – applicandosi queste ultime in via automatica per sopperire a specifiche lacune e unicamente laddove le parti non abbiano previsto diversamente[8].

3. *Criteri di efficienza della norma. I presupposti teorici*

L'analisi economica del diritto offre diversi criteri mediante i quali è possibile saggiare l'efficienza di una soluzione normativa[9].

Stando agli assunti della teoria dell'ottimo paretiano (o efficienza paretiana) – secondo la quale il sistema economico più efficiente è quello che realizza un'allocazione di risorse tale per cui non sia possibile migliorare ulteriormente

[7] R. Pardolesi, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1996, 457.

[8] R. Posner, *Economic Analysis of law*, Boston, Toronto, London, 1992; ma anche R. Posner, A.T. Kronman, *The economics of Contract Law*, Boston, 1979. A fronte di tale analisi economica dell'organismo "impresa", si riconosce, in capo ai privati che ne fanno parte, la capacità di porre in essere le norme di funzionamento più idonee alle fattispecie concrete, rispetto a quelle che il legislatore possa formulare in via generale ed astratta. Il sistema organizzativo predisposto dai privati avrebbe altresì la possibilità di essere valutato dal mercato, il quale attribuirebbe maggior valore alle quote di un'impresa organizzata in modo più efficiente. La disciplina generale ed astratta predisposta per legge, invece, avrebbe la funzione di costituire una semplice proposta, liberamente accettabile o modificabile dagli *stakeholders*. In tal contesto, viene riconosciuta alla normativa statuale una mera funzione sussidiaria rispetto all'autonomia privata, la quale, di conseguenza, è considerata la migliore fonte delle norme organizzative dell'impresa. A fronte di una bibliografia smisurata, rinvio solo a R. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995.

[9] In tema di società per azioni, si rimanda a F. Denozza, *Analisi economiche e diritto delle società per azioni*, in Aa.Vv., *Analisi economiche del diritto privato*, Milano, 1998, 320.

la condizione di un individuo senza peggiorare quella di un altro – un contesto autoritario in cui i costi di transazione e l'intervento di autorità terze nel meccanismo di gestione sono ridotti all'osso potrebbe essere preferibile in quanto si eviterebbe, in tal modo, di depotenziare il decisore singolo[10].

Applicando, invece, il teorema di Kaldor-Hicks – secondo cui una regola non è efficiente e necessita di essere modificata laddove siffatta modifica arrechi agli avvantaggiati un beneficio maggiore rispetto al costo sopportato dagli svantaggiati[11] – la prospettiva muta: in un cda collegiale, l'incremento di informazioni, intese come veri e propri beni economici, determina un aumento della ricchezza complessiva nella misura in cui tali informazioni vengono condivise con gli altri membri, in proporzione al numero di questi ultimi. Inoltre, il depotenziamento dell'amministratore delegato risulta in realtà compensato da tutta una serie di effetti positivi: un maggiore controllo, una (già accennata) più

[10] Come dimostrato da studi empirici, inoltre, la relazione tra il numero di amministratori e le *performances* dell'impresa è inversamente proporzionale: al diminuire del numero degli amministratori aumenta la performance di rendimento. Celebre l'analisi del professor D. Yermack, *Higher market valuation of companies with a small board of directors*, in *Journal of Financial Economics*, 1996, 40, 185-211: utilizzando la variabile di Tobin – che esprime il rapporto tra il valore di mercato di un'impresa e il costo che l'impresa dovrebbe sostenere per riacquistare tutte le proprie strutture ai prezzi di mercato correnti creando quindi un rapporto tra valore finanziario e valore reale dei beni che questa rappresenta – l'autore ha evidenziato la relazione di proporzionalità inversa tra dimensione del cda e valore della società di riferimento prendendo a campione 452 delle 500 più grandi s.p.a. americane con dati rilevati tra il 1984 e il 1991. Un primo ed importante risultato che emerge da questa letteratura è che le decisioni degli amministratori appaiono influenzate da fattori quali il compenso, il timore di scalate, il monitoraggio svolto da organi di controllo. Il risultato specifico a cui giunge Yermach, poi, è la prova che cda composti da un numero di amministratori più basso porta ad una maggiore efficacia nella azione amministrativa. In senso analogo, M. Lipton, J.W. Lorsch, *A modest proposal for improved corporate governance*, in *Business Lawyer*, 1992, 48, 59-77 hanno affermato che i cda con un alto numero di persone, pur avendo benefici per quanto riguarda l'attività di monitoraggio, sono in realtà disfunzionali poiché questi benefici sono di gran lunga superati da costi quali un più lento processo decisionale, una meno limpida discussione circa le prestazioni del management ed infine remore circa l'assunzione del rischio. Sulla scia di questo orientamento si veda, infine, l'analisi di J. Huther*, An empirical test of the effect of board size on firm efficiency*, in *Economics Letters*, 1997, 3, 259-264, che evidenzia come i consigli di amministrazione sono inefficienti perché composti da un numero eccessivo di consiglieri e che, anzi, è possibile ricavare una funzione relativa alla variabile dei costi di come la dimensione del consiglio influenzi l'efficienza delle società.

[11] Gli studi relativi alla economia del benessere che più vengono invocati si rifanno a J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971. L'analisi economica del diritto però è contraria a questo tipo di posizioni perché ritiene di per sé inefficiente la ricerca di un criterio che, come il benessere, non ha la possibilità di essere oggettivamente individuato.

corretta e capillare informazione e una compiuta partecipazione alle decisioni (che spettano, comunque, in ultima istanza alla maggioranza)[12].

Alla luce di quanto detto, l'ipotesi in verifica di un cda bicefalo o a diarchia gestionale, vale a dire, formato da due amministratori (di cui uno – come sub-ipotesi – espresso dalla minoranza) che preveda la prevalenza del voto del presidente in caso di parità di voti[13], potrebbe idealmente soddisfare i requisiti principali attribuibili ad ambedue i criteri, realizzando la perfetta sintesi tra velocità e ponderazione del processo decisionale.

In primo luogo, difatti, a seconda della differente funzione dell'amministratore non presidente possono configurarsi due ipotesi che soddisfano l'efficienza paretiana: nella prima, costui può essere espressione della minoranza dei soci a garanzia di una loro più effettiva ed informata partecipazione alla gestione in seno al consiglio; nella seconda ipotesi, egli può o provenire dalla stessa maggioranza del presidente o trovarsi in un contesto in cui non si distingua tra minoranza o maggioranza. In ogni caso, trattasi di una figura che, semplicemente, funge da *gran visir* del presidente per controllarne l'operato o per assisterlo nel suo compito di gestione. Ne deriva che la minoranza dei soci sarà favorita dalla garanzia di un maggiore grado di supervisione senza che siano procurati svantaggi agli altri *stakeholders*.

In secondo luogo, come si è accennato, i costi amministrativi connessi alla creazione di un nuovo scranno nel cda sono assai largamente compensati dai benefici offerti dall'affiancamento e dal controllo dell'operato del presidente, dall'aumento delle informazioni, eventualmente anche dalla tutela della minoranza.

In definitiva, dunque, trattasi di un modello che consente di soddisfare il requisito e i pregi della collegialità al minor costo possibile. La ragione di tali risultanze sta nel fatto che al diminuire del numero di amministratori aumentano l'interesse e la partecipazione di questi alla gestione mentre decrescono,

[12] Sul tema della struttura del consiglio di amministrazione delle società si vedano, *passim*, A. Bartolacelli, *Struttura e funzionamento dell'organo amministrativo*, in E. Pederzini, G. Rolandino (a cura di), *La Governance delle società a responsabilità limitata*, Padova, 2022, 179-256; F. Chiappetta, *Diritto del governo societario*, Padova, 2024; S. Fortunato, *La società a responsabilità limitata. Lezioni sul modello societario più diffuso*, Torino, 2020.

[13] Per le ragioni appena esposte, il criterio di ottimo paretiano prevede il minor ruolo possibile per la minoranza, che appunto potrebbe essere un peso ed un rallentamento nel processo decisionale. Si è accorta di questo anche la dottrina, che ha tradotto questo concetto con la critica a quelle petizioni di principio che vedevano come sempre e comunque positiva la predisposizione statutaria di strumenti per la tutela delle minoranze e della partecipazione democratica. P.M. Sanfilippo, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000, 45.

al contempo, le farragini amministrative[14]. Ad una catena di controllo e di approvazione decisionale più breve corrisponde, quindi, una maggiore efficienza economica del risultato[15].

4. *L'applicazione alla s.r.l. dell'*agency theory in company law

Al fine di testare gli assunti delineati è possibile valersi di un altro tipo di prospettazione. Un filone[16] di *law and economics* ravvisa nella struttura societaria (segnatamente con riferimento alle società per azioni) un teorico modello di *agency*[17], in cui si identificano tre soggetti con rispettive funzioni: un *principal*, un sorvegliante, un *agent*.

Volendo applicare questa struttura al modello societario di s.r.l.[18], si potrebbe attribuire il ruolo di "principale" ai soci, quello di "agente" al cda unitariamente considerato (due membri, ma con prevalenza del voto al presidente) e il ruolo di "sorvegliante" all'amministratore non presidente[19].

[14] In sintesi, il fenomeno di *free riding* – comportamento di un individuo che si avvantaggi dei risultati del gruppo economico di appartenenza senza sopportarne gli oneri – viene limitato.

[15] D'altro canto, come si vedrà nel prosieguo, dalla lettura di più recenti massime notarili e statuti societari emerge chiaramente che il principio latino *tres faciunt collegium* – pilastro di un modello di organizzazione collegiale sostenuto anche da W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (Book 1, Chapter 18th, *Of Corporations*), Oxford, 1765-1769, 457, 466 e 471 – è stato gradualmente superato. Se, indubbiamente, si tratta di un principio che ha contribuito alla formulazione del diritto moderno, il suo superamento nella prassi riflette, invero, la necessità dei sistemi giuridici di adattarsi alle mutate esigenze della società contemporanea.

[16] M. Ricketts, *The Economics of Business Enterprise. An Introduction to Economic Organisation and the Theory of the Firm*, Cheltenham, 2002, 226. Si vedano i classici R. Coase, *The Nature of the Firm* in *Economica*, 1937, 4, 386-405.

[17] M. Graziadei, *Agency*, in *Digesto*, 4 ed., sez. commerciale, I, Torino, 1987, 31 ss.

[18] Modello che, per le sue dimensioni, non possiede un organo di controllo – collegio sindacale – fondandosi bensì su di un controllo di tipo manageriale e non contabile o gestionale.

[19] Una figura, quest'ultima, potenzialmente assimilabile a quella di amministratore indipendente (introdotta con la riforma del diritto societario del 2003 e di derivazione statunitense) la quale non riveste ruoli operativi o direttivi nella gestione societaria (essendo in realtà, anche un amministratore non esecutivo), ma si occupa, altresì, del monitoraggio dell'attività degli altri membri del cda e dell'andamento societario. Sul punto si vedano F. Chiappetta, *Gli amministratori indipendenti e gli amministratori di minoranza*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2009, 4, 852-861; L. De Angelis, *Osservatorio sul requisito dell'indipendenza degli "amministratori indipendenti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito,* 2018, 4, 583-596; P. Manzoni, *Gli amministratori indipendenti nel nuovo codice di autodisciplina*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2022, 2, 227-253.

Possono verificarsi, come detto, due distinte situazioni.

L'amministratore "di controllo" può essere nominato o dall'assemblea al solo fine di affiancare, da un lato, e sorvegliare, dall'altro lato, il presidente; o, dalla minoranza, al fine di evitare prevaricazioni della maggioranza: nel primo caso, l'amministratore non presidente, funge da tramite tra l'effettiva sede decisionale e i soci tutti, assicurando meccanismi decisionali più trasparenti, trasmissione di informazioni, e strumenti di verifica del processo decisionale; nel secondo, oltre al ruolo di tramite tra il cda e i soci, in questa ipotesi di minoranza, aiuta a prevenire, o comunque a risolvere, eventuali situazioni di conflitto di interessi. È, infatti, plausibile come il socio di maggioranza possa volersi giovare dell'influenza derivante dai suoi rapporti con l'organo di gestione (per esempio, per il semplice motivo di volersi veder protratta la durata del rapporto come amministratore): laddove ciò dovesse accadere, la tutela delle minoranze verrebbe delegata ed esercitata dal cda stesso che si pone da frangiflutti nei confronti delle intrusioni della maggioranza, che potrebbe essere in grado di indirizzare la gestione sociale a proprio esclusivo vantaggio a scapito delle minoranze.

Il lavoro del cda diventa, quindi, quello di assicurare che la partecipazione di tutti i soci si svolga su di un *level playing field* e di evitare "espropriazioni" di controllo. Il modello costituito dall'*agency theory*, pertanto, consente la possibilità di ridurre i rapporti esistenti in seno alla compagine societaria ai minimi termini. Poiché, in tale alveo, la società viene studiata non già unitariamente, bensì come insieme di rapporti distinti tra i diversi portatori di interesse[20], sarà più facile, da un lato, individuare i vantaggi e benefici di ciascuna parte in causa, dall'altro lato, ancor più a monte, individuare la tipologia e la funzione dei singoli contratti che legano dette parti, onde consentire al giurista di risolvere più facilmente i problemi che eventualmente dovesse affrontare[21].

[20] La visione dell'impresa come *nexus of contracts* inteso come insieme di rapporti consensuali tra i diversi *stakeholders*, è un'altra espressione di quelle teorie che vedono questo sistema allocativo come il più efficiente perché prodotto da un processo di mercato tra liberi soggetti in grado di determinare i loro rapporti in modo efficiente. Si veda A.A. Alchian, H. Demsetz, *Production, Information Cost, and Economic Organization*, in *The American Economic Review*, 1972, 62, 777; C. Marchetti, *La Nexus of contracts theory. Teorie e visioni del diritto societario*, Milano, 2000.

[21] M. Belcredi, L. Caprio, *Struttura del CdA ed efficienza della "corporate governance"*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, 1, 63-64.

5. *La compatibilità delle premesse teoriche: vantaggi in caso di* deadlock

Illustrata la dimostrazione che conduce all'efficienza sotto il profilo economico-funzionale di un cda composto da due membri ove le decisioni dipendano "autoritativamente" da uno solo di questi, il problema principale che si pone è di natura tecnico-giuridica. E non riguarda tanto la plausibilità di un cda bicefalo, quanto la compatibilità di questa premessa con il principio che ammette il riconoscimento a uno dei membri del c.d. *casting vote*, o voto determinante. Sebbene entrambe le possibilità siano ammesse a vario titolo e alternativamente tra loro dalle massime notarili[22] e, in potenza, da alcuni statuti societari[23], la loro combinazione da alcune voci è ritenuta discutibile[24].

[22] Con riferimento al *casting vote,* nella massima n. 195 del 17 novembre 2020 (disponibile al sito www.consiglionotarilemilano.it), il Consiglio Notarile di Milano ha dichiarato "legittima la clausola statutaria che stabilisca che le deliberazioni del consiglio di amministrazione di s.p.a. o di s.r.l. siano validamente assunte solo se, oltre al quorum stabilito dalla legge o dallo statuto, ricorra anche il voto favorevole, o non ricorra il voto contrario, di uno o più determinati amministratori, individuati in virtù della carica che ricoprono o della provenienza della loro nomina o di altri idonei criteri di determinazione"; in più, ha precisato che "è legittima la clausola statutaria che subordina la valida assunzione delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di s.p.a. o di s.r.l. al voto favorevole di tutti gli amministratori in carica". Lo stesso Consiglio, poi, con massima n. 49 del 19 novembre 2004 ha specificato che "quando lo statuto stabilisce che il consiglio è composto da due amministratori – o da un numero di amministratori variabile da un minimo di due ad un massimo determinato ovvero, nella s.r.l., da due o più amministratori – si ritiene legittima la clausola che prevede la nomina anche di un solo consigliere delegato (o che disciplina, in via generale, la delega dei poteri) senza la contestuale previsione della decadenza dell'intero consiglio in caso di disaccordo sulla revoca del consigliere delegato". In entrambi i casi, la motivazione del Consiglio sta nell'assenza nel disposto del codice Civile di espliciti limiti a quella che è l'autonomia statuaria. In dottrina, si vedano su tutti A. Castana, *Il voto decisivo del presidente negli organi collegiali della società per azioni*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Alberto Asquini*, Padova, vol. I, 1965, 225, secondo cui "non vale obiettare che, in un consiglio di amministrazione di due membri, quello che non è presidente finirebbe per avere un semplice voto consultivo. Infatti, non può l'inconveniente, addotto – in mancanza di norme imperative che dispongano il contrario – impedire la introduzione nello statuto sociale della clausola in esame" e V. Cariello, *Il sistema dualistico*, Torino, 2012, 282-283, il quale afferma che il *casting vote* come diritto di "voto doppio" può "risultare legittimo anche laddove l'organo abbia una composizione non superiore a due" non dovendo essere confuso "con il potere positivo di gestione monocratica essenzialmente rappresentativo della gestione unipersonale".

[23] Per esempio, nel template di statuto societario per una s.r.l. disponibile al sito www.giovannipanzeranotaio.it/file_studi/70.pdf, è ammessa la possibilità di avere una società composta da due soli soci (art. 15.3).

[24] Se è vero che partendo dalle massime citate in precedenza (v. nota 21) nulla osterebbe alla possibilità della convivenza tra due clausole che prevedessero, l'una, un cda con due soli

In particolare, secondo tale dottrina, l'attribuzione del voto prevalente al presidente del consiglio bicefalo porterebbe alla perdita della funzione deliberativa del consiglio stesso, che diventerebbe assimilabile a un organo mascherato da collegiale ma, di fatto, monocratico[25].

D'altro canto, se si rimuovesse la possibilità di *casting vote*, sarebbe necessario affrontare il rischio di paralisi (o *deadlock*) decisionale[26], che si verifica, più nel dettaglio, al ricorrere di tre condizioni:

1. si è in presenza di un organo amministrativo pluripersonale,
2. si è in presenza di gruppi paritetici, oppure sono richiesti quorum deliberativi molto elevati[27],

membri e, l'altra, la prevalenza del voto del presidente, tale meccanismo viene, invece, inficiato in base alla lettera di un'altra massima del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie (massima n. I.C.25) (disponibile al sito www.notaitriveneto.it) stando alla quale "è legittima la clausola per cui in caso di parità prevale il voto del presidente purché il consiglio sia composto da più di due membri". In dottrina, sul punto, si veda F. Bordiga, *La funzione del consiglio di sorveglianza. Tra controllo e indirizzo dell'impresa,* Milano, 2016, 118, il quale afferma che la possibilità di introdurre il *casting vote* debba negarsi plausibilmente "solo in caso di collegio minimo (composto da due membri) sicché, per questa via, si realizzerebbe una gestione unipersonale con una violazione della regola di pluripersonalità necessaria". Sulla scia del medesimo orientamento, si faccia riferimento a F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013 e a G. Giannelli, *Il consiglio di amministrazione*, in M. Vietti (diretto da), *La governance nelle società di capitali*, Milano, 2013, 51, nonostante questo affermi come "non è rintracciabile regola secondo cui i componenti del consiglio di amministrazione debbano essere sempre in numero dispari". Si veda, sul tema, G. Marra, *Il voto "determinante" nel consiglio di amministrazione di s.p.a. (glosse alla massima del Consiglio Notarile di Milano n. 195)*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2022, 1, 137-153.

[25] Si tratterebbe, in altri termini, di una sorta di "frode delle etichette", ossia di un utilizzo distorto delle categorie giuridiche che celerebbe, invero, una diversa realtà sostanziale.

[26] Come è facilmente intuibile la paralisi decisionale può provocare il rallentamento ovvero, all'estremo, il blocco delle attività economiche: non solo perché l'incidenza sull'attività economica è solo un riflesso del blocco decisionale (che, come tale, non è "economico") della società; le mancate scelte possono condizionare la stessa sopravvivenza della società qualora si abbia stallo decisionale su tutte le decisioni ovvero su questioni fondamentali per la società. Il *casting vote* è tradizionalmente riconosciuto come soluzione, da prevedere all'interno dello statuto societario, di *deadlock breaking*; un inconveniente collegato a questo tipo di soluzione sta nel fatto che difficilmente una delle parti sarà disposta ad accettare una soluzione che preveda la prevalenza del voto dell'altra – tipicamente al presidente. Nel caso in cui le parti avessero rapporti di forza paritetici, si potrebbe addirittura prevedere che il presidente venga designato a turno tra gli amministratori per periodi prestabiliti.

[27] S. Grossman, J. Stiglitz, *Stockholder unanimity in making production and financial decisions*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1980, 3, 543; L. Makowski, *Competition and unanimity revisited*, in *The American Economic Review,* 1983, 3, 329. Un meccanismo di sblocco,

3. non sono state adottate pattuizioni in grado di risolvere lo stallo.

Una s.r.l. con due amministratori il cui statuto non contenga una clausola volta a risolvere le situazioni di stallo presenta tutte e tre le suddette condizioni, costituendo così un esempio in cui tale rischio è massimizzato[28].

Tra i tradizionali metodi per la risoluzione di questo genere di conflitti, oltre alla previsione del *casting vote*, vi è quello di disporre un periodo di *cooling-off*[29], una pausa durante la quale le parti si impegnano a non portare in deliberazione la questione che ha dato vita all'*impasse* e a riconsiderare le proprie posizioni per superarla. Ancora, è stato previsto l'intervento, nel cda, di un terzo che esprima il proprio voto in caso di *deadlock*. Si tratta, tuttavia, di un meccanismo che ha trovato un limitatissimo accoglimento nella prassi: difatti, è facilmente ipotizzabile la ritrosia delle parti nel demandare ad un terzo la decisione circa proposte che influiscano sugli interessi economici delle stesse – perché si ritiene che il terzo sia meno addentro alle vicende societarie, e che, proprio perché terzo, non abbia la stessa cura delle parti nel raggiungere le decisioni, e che, infine, verrebbe a conoscenza di dati e fatti che probabilmente le parti preferirebbero tenere riservati[30].

invero, può rivelarsi utile nel caso di cda composto da un numero dispari di soci tutti amministratori, laddove si verifichi un cronico assenteismo di uno di essi, o vi sia un'astensione per conflitto di interessi.

[28] Lo strumento dell'opposizione risulterebbe comunque del tutto inutile laddove i due amministratori coincidessero con i due soci (ciascuno per una quota del 50%) della s.r.l. in questione. In tal caso, infatti, sull'opposizione sarebbero chiamati a decidere – sia pure in qualità di soci e non di amministratori – gli stessi due soggetti, e con lo stesso "peso".

[29] F. Bortolotti, *Diritto dei contratti internazionali. Manuale di diritto commerciale internazionale*, Padova, 1997.

[30] Ciononostante, alcune legislazioni prevedono la possibilità di ricorrere a questo tipo di soluzione. Ad esempio, la legislazione della California e del Delaware prevedono che il tribunale su istanza di parte nomini un *provisional director* quando ciò sia ritenuto necessario per tutelare l'interesse dei terzi. Sempre nel Delaware, la legge sulle *close corporation* prevede che il tribunale – sempre ad istanza di parte – nomini anche un *custodian* chiamato ad amministrare la società quando la divisione in seno al cda sia così insanabile da far temere il verificarsi di danni irreparabili. Analogamente, il legislatore italiano aveva previsto con l'art. 37 del D. Lgs. N. 5/2003 (abrogato dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197) la possibilità che il conflitto gestorio venisse risolto mediante un terzo arbitratore. Istituto di ancora minore diffusione è la procedura per la *adaptation of contracts*: per esempio, il Regolamento adottato nel 1978 dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi (ICC) dispone che, ove non si raggiunga un accordo, è possibile richiedere al comitato permanente dell'ICC per la disciplina dei rapporti contrattuali di nominare un terzo, il quale potrà proporre – ravvisata l'esistenza di un *deadlock* – i termini per un'equa risoluzione della situazione di stallo. Tale proposta però non è vincolante, essendo a carico delle parti soltanto un obbligo

Altra possibilità, più diffusa nelle piattaforme statutarie e alla quale fare ricorso quando lo stallo sia insanabile e renda impossibile il proseguimento del rapporto, è quella ammessa dall'art. 2386 del codice Civile italiano, il quale reputa accettabile l'inserimento nello statuto societario di una clausola (denominata, sulla scia dell'omonimo brocardo latino, *simul stabunt vel simul cadent*) che preveda la draconiana (e inefficiente)[31] decadenza dell'intero cda alla cessazione dalla carica di uno o più amministratori[32]. In questo caso, il *deadlock* non si limita a determinare la paralisi dell'operatività dell'organo amministrativo, bensì finisce per divenire causa automatica di decadenza dello stesso, lasciando la società priva di un sistema di *governance* fino alla sua ricostituzione[33].

Ci sono stati, in realtà, alcuni decreti di omologazione di statuti che prevedevano la soluzione qui proposta. In una ricerca empirica personalmente svolta prima degli anni 2000, infatti, scorrendo i testi degli statuti rinvenibili nei busarl, quattro statuti su sessanta avevano queste caratteristiche: cda con un numero possibile di membri pari a due e prevalenza del voto presidente in caso di parità. Vero è che, negli statuti in questione, tale previsione era ricavabile solo dal combinato disposto di due clausole contenti le due premesse. Non era stato possibile rinvenire statuti omologati in cui i due presupposti fossero contenuti in una sola previsione.

di esaminarla secondo buona fede. Questo ostacolo può essere superato attraverso l'espressa attribuzione al terzo del compito di adattare il contratto sostituendosi ad amministratori e soci. Tuttavia, questa procedura innovativa non sembra aver avuto successo nella prassi. Sul punto, si vedano L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce and Arbitration*, New York, 1985, 55-57; anche E. Mezger, *The ICC Rules for the Adaptation of Contracts*, in N. Horn (ed.), *The Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1985, 205.

[31] Specialmente dal punto di vista economico-amministrativo, con riferimento ai costi da sopportare per poter ristabilire l'organo.

[32] Trattasi di una delle cosiddette clausole di divorzio, tra le quali si annoverano le clausole *buy-sell* che, *breviter*, prevedono il trasferimento delle quote dall'uno all'altro socio.

[33] Per esempio, soluzione invalsa nella prassi notarile è quella di prevedere clausole statuarie che subordinino determinate decisioni all'unanimità – come, per esempio, quelle relative a operazioni di elevato valore economico ovvero che riguardino specifiche materie. Tuttavia, tale meccanismo non elimina il rischio di *deadlock* e, laddove quale metodo di risoluzione dell'*impasse* dovesse essere stata prevista la clausola *simul stabunt, simul cadent*, non necessariamente sarà possibile ricostituire il cda in tempi ristretti, causando in questo caso evidenti problemi di efficienza.

6. *Brevi riflessioni conclusive*

In virtù del rispetto del principio dell'autonomia privata, il diritto consente ampi margini di discrezionalità nel delineare la configurazione esatta degli organi societari, che trovano il proprio limite unicamente nel rispetto dei principi inderogabili dell'ordinamento: in definitiva, del resto, la soluzione di un modello fondato su di una diarchia amministrativa asimmetrica che preveda l'attribuzione del voto predominante al presidente risolverebbe in modo immediato ed efficiente i casi di *deadlock*, consentendo di mantenere la funzionalità e la continuità gestionale dell'organo senza dover, in aggiunta a quanto già specificato, ricorrere a ingerenze esterne[34].

Siccome poi il cda (come già detto) è un organo la cui resa dipende non già (o non solo) dalla somma delle capacità dei singoli membri che lo compongono, bensì dai processi di interazione tra gli stessi (la fiducia reciproca tra i suoi membri, la condivisione di informazioni, un'effettiva dialettica come veicolo per l'adozione di calibrate scelte strategiche e, insomma, tutto ciò che attenga l'effettiva cooperazione tra i componenti l'organo amministrativo), questo risultato sarà, ci pare ovvio, più facilmente raggiungibile laddove a comporlo siano due soli soggetti, anziché un numero più elevato[35].

Considerata poi l'efficienza empiricamente riscontrabile di tale modello, esso rappresenterebbe la soluzione ottimale per coniugare i benefici della collegialità decisionale con l'agilità tipica della gestione monocratica.

[34] Da un'analisi del *case law* canadese emerge come, in realtà, questo meccanismo sia stato parzialmente sdoganato dalla prassi. Sebbene non vi siano riferimenti alla natura e all'utilizzo del *casting vote* nella normativa scritta, la giurisprudenza si è espressa diverse volte sul tema. Per esempio, la *High Court of Justice* di Ontario (caso *Daniels v. Fielder 65 O.R. (2d) 629, Ont. Ct. Jus.*, 1988) aveva inizialmente ritenuto "*inconsisten with the partnership basis upon which this company was commenced and operated*" l'utilizzo del *casting vote* da parte di un socio detentore del 50% delle quote della stessa per escludere l'altro socio paritario e assumere, conseguentemente, il controllo della società stessa. Tuttavia, in una pronuncia successiva (*Alacoque v. Alacoque, 308 Nfld. & P.E.I.R. 136 (NLTD(G))*, 2010), la *Supreme Court of Newfoundland and Labrador* ha ritenuto valido l'utilizzo del *casting vote* per estromettere un socio detentore del 50% delle quote.

[35] La sintesi virtuosa delle singole competenze dei consiglieri nel cda può essere minata da – sia perdonato il gioco di parole – *board of director failures* che vedono la mancata osmosi tra la proprietà della società ed il suo cda. Tali inefficienze possono essere il frutto di varie cause, tra le quali è utile ricordare un'eventuale divisione in fazioni del cda stesso, la diminuita fiducia verso il cda da parte del proprietario oppure, un legame troppo stretto tra i membri del cda e i direttori o quadri dell'azienda. Tali sintomi sono più facilmente curabili se il cda si manifesta in un numero più basso di membri.

Del resto, *it takes two to tango* – in due ci si coordina indubbiamente meglio ma, così come nel tango, vi è sempre un leader a guidare i passi dell'altro.

DIRITTO AMMINISTRATIVO E SCIENZE COMPORTAMENTALI, ALCUNI SPUNTI

Maurizio Cafagno

SOMMARIO: 1. Introduzione: il diritto come sistema aperto. – 2. *Behavioural insights* e diritto amministrativo. – 3. Un metodo per apprendere dalla realtà.

1. *Introduzione: il diritto come sistema aperto*

Al cospetto di una crescente complessità sociale, il diritto deve affrontare sfide che non possono essere vinte dalla semplice proliferazione delle norme, perché la loro efficacia non è assicurata dalla coerenza o dall'accuratezza, ma viene a dipendere in modo altrettanto decisivo dalla capacità di influenzare concretamente le scelte degli individui e delle comunità cui si rivolgono[1].

[1] Si tratta di un punto di vista contiguo alla riflessione consequenzialista, sulla quale, per alcune coordinate, L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 91 ss.; non distante l'analisi economica del diritto, che pure impegna una vasta letteratura, di cui non è qui possibile dare conto; basti un rimando, tra i molti lavori, a G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, (trad. it.) Milano, 1975; R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard, 1993; Id., *Overcoming Law*, Harvard, 1996; per un inquadramento dei tratti caratteristici della corrente, F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; P. Trimarchi, *L'analisi economica del diritto. Tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, 563; tra le opere giuridiche disposte a costruire soluzioni interpretative osservando attraverso la lente delle conseguenze, G.A. Benacchio, M. Cozzio, *La misurazione dei sistemi di contrattazione pubblica negli Stati dell'Unione europea. Metodo e strumenti*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2012, 319 ss. nella materia esemplificativa dei contratti pubblici; nella sfera più generale del diritto amministrativo, G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo*, Bologna, 2022; L. Torchia, *I nodi della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2016; N. Rangone, M. De Benedetto, *L'effectivité des règles et des décisions administratives*, in Aa.Vv., *Le future du droit administratif*, a cura di J.B. Auby, Parigi, 2019, 235 ss.; N. Rangone, *Making Law Effective: Behavioural Insights Into Compliance, European Journal of Risk Regulation*, 2018, vol. 3, 483 ss. All'incrocio tra teoria dei giochi e scienze comportamentali, M. Hoffman, E. Yoeli, *Hidden Games: The Surprising Power of Game Theory to Explain Irrational Human Behaviour*, New York, 2022. Premetto in esordio che il presente lavoro si riallaccia a riflessioni più estesamente proposte nel volume M. Cafagno, *Integrare la tutela giuridica dell'ambiente con le scienze comportamentali. Un'analisi*

Le scienze comportamentali – con il loro approccio integrato, che attinge da psicologia, economia, neuroscienze e sociologia – mettono a disposizione del giurista strumenti per leggere e guidare decisioni spesso caratterizzate da discrepanze tra intenzioni dichiarate e comportamenti effettivi[2]. Proprio in queste zone d'ombra, apparentemente irriducibili a una visione formalistica della norma, si aprono spazi di riflessione sulle condizioni di efficacia del diritto, sulle variabili che concorrono a plasmare la genesi delle risposte comportamentali, come abitudini, *bias* cognitivi, emozioni, dinamiche sociali. Il giurista, in questo scenario, senza mettere in discussione la centralità dell'armamentario giuridico tradizionale, può prodursi nello sforzo di rendere le scelte pubbliche più efficaci, meglio accette, più vicine agli interessi protetti, dialogando con i saperi empirici e contribuendo alla progettazione di strumenti regolativi o interpretativi sofisticati e responsivi[3].

introduttiva, Torino, 2025, e Id., *Tra dire e fare. Tutela dell'ambiente e scienze comportamentali*, in F. Cusano (a cura di), *Scritti in onore di Paolo Urbani*, Milano, 2025, 159 ss., cui rimando, anche per riferimenti bibliografici ulteriori.

[2] Basti per il momento menzionare D. Kahneman, *Pensieri lenti e pensieri veloci* (trad. it.), Milano, 2012; D. Kahaneman, O. Sibony, C. Sunstein, *Rumore*, Torino, 2021; R.H. Thaler, C.R. Sunstein, A. Oliveri, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità. L'edizione definitive*, (trad. it.) Milano, 2022; R.H. Thaler, *Misbehaving* (trad. it.), Torino, 2018; M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, Cambridge, 2020; M. Hallsworth, *A Manifesto for Applying Behavioral Science*, 2023, ora all'indirizzo www.bi.team; R. Sutherland, *Alchimia. L'incredibile potere delle idee senza senso* (trad. it.), Milano, 2024; R. Viale, *Oltre il nudge*, Bologna, 2018; R. Viale, *Nudging*, Cambridge, 2022; E. Angner, *Economia comportamentale*, Milano, 2016; C. Jolls, C. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in C. Sunstein (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, 2000, 13 ss.; E. Picozza, *Neurolaw: an Introduction*, Torino, 2018; F. Tormen, *Neuroscienze cognitive applicate al diritto*, Milano, 2024; F. Vella, *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, 2023; E. Zamir, D. Teichman, *Behavioral Law and Economics*, Oxford, 2018; con specifico riferimento al diritto pubblico e amministrativo, R. Viale, L. Macchi (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit.; M. Sanders, S. Bhanot, S. O' Flaherty (a cura di), *Behavioral Public Policy in a Global Context*, Cham, 2023; M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, 47 ss.; N. Rangone, *Tools for effective law: a focus on nudge and empowerment*, in *Concorrenza e mercato*, 2017, 25, 195 ss.; A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021. Insuperato H.A. Simon, *La ragione nelle vicende umane* (trad. it.), Bologna, 1984; Id., *Razionalità, causalità, organizzazione*, Bologna, 1985.

[3] In questo senso, R. Viale, L. Macchi, nella *Prefazione* ad Aa.Vv., *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, a cura di R. Viale, L. Macchi, il Mulino, 2021, 15; M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, cit.; E. Picozza, *Neurolaw: an Introduction*, cit., *passim*.; più di recente Id., *Possono le neuroscienze contribuire a formare una amministrazione pubblica migliore?*

2. Behavioural insights *e diritto amministrativo*

Nello sforzo di superare modelli di razionalità che assumono ad irrealistico paradigma un decisore sempre lucido e calcolatore, gli studi sui *behavioural insights* propongono un diverso punto di partenza: molte scelte non si fondano esclusivamente su valutazioni consapevoli e logiche, ma sono influenzate anche da processi impliciti, emotivi, euristici. Le analisi comportamentali si concentrano di consueto sui *bias* cognitivi, ossia scorciatoie mentali che, da un lato, permettono di risparmiare tempo e risorse; dall'altro, possono condurre a errori sistematici, soprattutto in contesti complessi o ambigui[4].

In questo quadro si è sviluppata l'ampia riflessione sulle cosiddette "spinte

in Aa.Vv., *Dalle regole ai comportamenti,* cit. 374 ss.; F. Tormen, *Neuroscienze cognitive applicate al diritto*, cit.; R. Viale, *Nudging*, cit.

[4] Ad esempio, di fronte alla complessità siamo inclini a semplificazioni comode ma svianti; siamo attratti da informazioni visivamente o emotivamente salienti e trascuriamo segnali sottili o persistenti; a volte ancoriamo le stime ad una prima impressione, che impropriamente condiziona le valutazioni successive; il giudizio con il senno di poi porta a giudicare in modo distorto a posteriori; il bias della disponibilità spinge a giudicare la probabilità di un evento sulla base di ricordi recenti o immagini forti; soprattutto in situazioni di incertezza tendiamo ad allinearci al comportamento della maggioranza; allo stesso modo mostriamo avversione all'ambiguità e alla perdita preferendo soluzioni familiari, anche quando meno efficaci, perché ci sembrano più sicure. il bias del presente induce a preferire benefici immediati rispetto a quelli futuri e il *bias* di prossimità porta a dar più peso ai problemi vicini che a quelli lontani, a dispetto della gravità oggettiva.

D. Kahneman, uno dei principali teorici in questo campo, in *Pensieri lenti e veloci* spiega che i *bias* derivano dallo scontro tra due modalità di pensiero presenti nella mente umana: un sistema veloce e impulsivo ("sistema 1") e uno più lento e riflessivo ("sistema 2").

P.M. Bujold, K. Williamson, E. Thulin, *The Science of Changing Behavior for Environmental Outcomes: A Literature Review*, cit., riassumono: "La prima modalità è rapida e automatica ed è più probabile che sia guidata da una reazione emotiva. La seconda modalità di pensiero si avvicina maggiormente ai modelli di scelta razionale. Questa modalità di pensiero è spesso lenta e deliberata, e il decisore è generalmente consapevole di questa modalità. Questi due gruppi di processi sono spesso etichettati come Sistema 1 e Sistema 2" (trad. mia).

Una panoramica in R.H. Thaler, *Misbehaving*, cit.; R.H. Thaler, C.R. Sunstein, A. Oliveri, *Nudge. La spinta gentile*, cit., *passim* e 115 ss.; P. Vidali, *La negazione ecologica*, cit., 91 ss.; per commenti e sviluppi in campo giuridico o istituzionale, E. Picozza, *Neurolaw*, cit.; F. Tormen, *Neuroscienze cognitive applicate al diritto*, cit.; G.A. Benacchio, *Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale, Il diritto dell'economia*, 2018, n. 3, 1017 ss., in part. n. 32; F. Vella, *Diritto ed economia comportamentale*, cit., 25 ss. e *passim*; R. Viale, *Nudging*, cit.; Aa.Vv., *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit.; ulteriori riferimenti bibliografici in M. Cafagno, *Beni comuni, norme, comportamenti*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2022, 2, 181 ss.

gentili" (*nudge*), ossia interventi che, senza imporre obblighi né modificare incentivi economici, cercano di orientare le decisioni modificando l'ambiente in cui vengono prese – l'*architettura delle scelte*[5].

Il protocollo EAST, sviluppato dal Behavioural Insights Team del Regno Unito, offre una sintesi chiara ed efficace della logica cui si ispirano le tecniche di nudging. L'acronimo evoca quattro criteri: rendere le opzioni facili (easy), attraenti (attractive), sociali (social) e tempestive (timely). Esemplificando: ridurre gli ostacoli burocratici, valorizzare segnali visivi o simbolici, far leva su dinamiche sociali, proporre i comportamenti desiderati nel momento più favorevole[6].

Entro queste coordinate sono possibili due ordini di strategie[7]: il *debiasing, che* mira a rendere più visibili i meccanismi mentali che orientano le scelte, nella speranza che una maggiore consapevolezza porti a decisioni più meditate[8], e il *rebiasing*, che invece accetta che i *bias* siano parte del nostro funzionamento cognitivo e cerca piuttosto di utilizzarli come leve per orientare i comportamenti in direzioni ritenute desiderabili[9].

[5] Tra i molti, R.H. Thaler, C.R. Sunstein, A. Oliveri, *Nudge*, cit.; R. Viale, *Oltre il nudge*, Bologna, cit.; R. Viale, *Nudging*, cit.; sviluppano il tema in ambito giuridico, A. Alemanno, A. Sibony (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Pub Ltd, 2015; E. Zamir, D. Teichman (a cura di), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, 2014S. S. Cassese, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, in A. Kemmerer, C. Möllers, M. Steinbeis, G. Wagner (a cura di), *Choice Architecture in Democracies*, Baden-Baden, 2016, 241 ss.; N. Rangone, *Tools for effective law: a focus on nudge and empowerment*, in *Concorrenza e mercato*, cit.; R. Sunstein, *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Londra, 2017; A. Zito, *La nudge regulation*, cit.; M. Barbera, *Il nudge e le condizioni della sua applicazione nello stato liberale*, in M. Cafagno, E. Boscolo, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, G. Cavalieri (a cura di), *Dalle regole ai comportamenti. Conversazioni in tema di amministrazione e persuasione*, Milano, 2022, 19 ss.; un'illustrazione ampia e ricca di esempi, in materia ambientale, è offerta da I. Ivoi, *La cerniera. La spinta gentile al servizio della sostenibilità*, cit.

[6] BIT, *EAST, Four Simple Ways to Apply Behavioural Insights, Revised and Updated Edition*, 2024, al momento reperibile all'indirizzo www.bi.team; H. Rankine, D. Khosravi, *Applying Behavioural Science to Advance Environmental Sustainability*, United Nations ESCAP, Environment and Development Division, Bangkok, 2021, 18 ss.

[7] Per una rassegna più analitica, si consulti R. Viale, L. Macchi (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., *ivi*, in part., D. Pietroni, G. De Rosa, *Nudge per la mobilità sostenibile*, 161 ss.

[8] È il caso, per esempio, del feedback in tempo reale sui consumi domestici, che aiuta le persone a riconoscere e modificare comportamenti inefficienti. Similmente, campagne informative ben progettate, capaci di unire chiarezza espositiva ed efficacia emotiva, rendono accessibili dati complessi e motivano azioni più coerenti con le proprie intenzioni dichiarate; D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit.; I. Ivoi, *La cerniera*, cit.

[9] Anziché combattere la tendenza a cercare benefici immediati, ad esempio, si può enfa-

Ovviamente non tutti i problemi possono essere affrontati con leve leggere, sul piano microanalitica dei comportamenti individuali. Spesso occorrono rimedi ad altra scala, sistemici, strutturali, regolativi, collettivi[10].

Questo non esclude un ruolo per l'approccio comportamentale, ma ne definisce i confini.

Anche nell'economia delle più tradizionali forme di intervento pubblico, guardare problemi e rimedi attraverso la lente comportamentale può aiutare a interrogarsi su assunti impliciti, motivazioni trascurate, ostacoli non evidenti. Può contribuire, ad esempio, a valutare se sia più efficace aumentare i vincoli o ripensarne la forma; se un messaggio istituzionale sia chiaro o fraintendibile; se un incentivo parli davvero il linguaggio di chi lo riceve[11]; anche la progettazio-

tizzare ciò che l'individuo ottiene subito da una scelta virtuosa, anche se i suoi effetti più ampi si vedranno solo nel tempo. Mostrare come un'azione sostenibile abbia vantaggi concreti anche nel breve termine – come migliorare la salute, il benessere o la produttività – rende quella scelta più convincente. Un'altra tecnica è la possibilità di posticipare l'onere legato a una decisione, riducendo la resistenza iniziale e sfruttando il principio di coerenza che ci spinge, una volta presa una direzione, a mantenerla nel tempo. Anche le opzioni predefinite hanno un forte potere persuasivo: se una scelta sostenibile viene proposta come impostazione di default, molte persone la manterranno semplicemente perché è la via più semplice. In questo senso, la semplificazione si rivela una strategia più efficace del tentativo di convincere razionalmente: ridurre gli attriti decisionali può fare la differenza. Il *priming*, seguitando con gli esempi, utilizza stimoli sensoriali o simbolici – immagini della natura, suoni, colori – per evocare stati mentali favorevoli a certi comportamenti, anche senza passare per la deliberazione cosciente. Il *framing*, dal canto suo, gioca sul modo in cui le informazioni vengono presentate: la stessa proposta può apparire più o meno convincente a seconda delle parole usate o del contesto narrativo in cui è inserita.

Non meno importante è il ruolo delle emozioni. Sfruttare l'euristica dell'affetto, cioè creare un legame emotivo positivo con un comportamento desiderato, può generare una motivazione profonda e duratura.

In una società profondamente interconnessa, la dimensione sociale si rivela a sua volta cruciale: la pressione delle norme condivise, il desiderio di conformarsi alle aspettative altrui, il timore della disapprovazione o il piacere del riconoscimento sono tutti fattori potenti. Quando un comportamento sostenibile è percepito come "normale" o addirittura come segno di prestigio, la propensione a imitarlo cresce esponenzialmente. Su tutto ciò, R. Viale, L. Macchi (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit.; BIT, *EAST, Four Simple Ways to Apply Behavioural Insights,* cit.; D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit.; H. Rankine, D. Khosravi, *Applying Behavioural Science to Advance Environmental Sustainability*, cit.; I. Ivoi, *La cerniera*, cit., cap. 3 e *passim,* sulla distinzione tra *nudge* e *boost*, R. Viale, *Nudging*, cit., cap. IX, par. IV.

[10] G. Loewenstein, N. Chater, *The I-Frame and the S-Frame: How Focusing on Individual-Level Solutions Has Led Behavioral Public Policy Astray*, in *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 46, 2023, 147 ss.

[11] M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, cit., *passim*; M. Hallsworth, M. Egan, J. Rutter, J. McCrae, *Behavioural Government*, cit., *passim*.

ne informativa – dal modo in cui si presentano dati e alternative alla segmentazione dei destinatari – può beneficiare di un'attenzione più fine al contesto cognitivo e sociale in cui agiscono le persone[12].

Questo vale non solo per i cittadini, ma anche per chi decide: decisori, funzionari, magistrati non sono immuni da distorsioni cognitive, come ha sottolineato lo stesso *Behavioural Insights Team* nel rapporto *Behavioural Government* [13].

[12] Alcuni esempi illuminanti di strategia più ampia sono offerti dai programmi dell'organizzazione Rare, che, cooperando da più di mezzo secolo con le istituzioni pubbliche di varie parti del mondo, utilizza metodicamente le scienze comportamentali per la protezione della natura e lo sviluppo sostenibile.

Nei suoi rapporti e studi il cambiamento comportamentale è descritto ed è promosso come un processo in tre fasi: si tratta in primo luogo di suscitare l'impulso al cambiamento, quindi di socializzarlo (attraverso imitazione e confronto) infine di stabilizzare le nuove abitudini, rendendole più facili e accessibili. Queste tre fasi, gestite attraverso l'ausilio delle leve comportamentali, non sostituiscono né contrastano bensì preparano ed accompagnano lo stadio della istituzionalizzazione, cioè il ricorso ai rimedi più consueti di diritto amministrativo, in materia di protezione ambientale (vincoli, incentivi, informazione). L'esperienza di Rare mostra che le leve comportamentali utili in ciascuna fase non si escludono a vicenda, ma si rafforzano l'una con l'altra, né sono in competizione con gli strumenti giuridico-amministrativi tradizionali, con cui andrebbero anzi armonizzate. Informazioni e materiali di grande interesse sono a disposizione sul sito dell'istituzione, a partire dall'indirizzo www.rare.org; tra di essi, Rare's Center for Behavior & the Environment, *Levers of Behavior Change: A Guide to the Science and Applications*, 2024; Rare - BIT, *Behavior Change For Nature: A Behavioral Science Toolkit for Practitioners*, cit.; P.M. Bujold, K. Williamson, E. Thulin, *The Science of Changing Behavior for Environmental Outcomes: A Literature Review*, Rare Center for Behavior & the Environment and the Scientific and Technical Advisory Panel to the Global Environment Facility, 2020, al momento visionabile anche all'indirizzo https://stapgef.org; K. Williamson, P.M. Bujold, E. Thulin, *Behavior Change Interventions in Practice: A synthesis of Criteria, Approaches, Case Studies and Indicators*, Rare Center for Behavior & the Environment and the Scientific and Technical Advisory Panel to the Global Environment Facility, 2020; E. Thulin, *Cooperative Behavior Adoption Guide: Applying Behavior-Centered Design to Solve Cooperative Dilemmas*, Arlington, VA, Rare, 2020.

[13] Si veda M. Hallsworth, M. Egan, J. Rutter, J. McCrae, *Behavioural Government. Using Behavioural Science to Improve How Governments Make Decisions*, The Behavioural Insights Team, 2018, al momento all'indirizzo www.bi.team; il rapporto OECD, *LOGIC: Good Practice Principles for Mainstreaming Behavioural Public Policy*, Parigi, 2024, descrive e caldeggia un metodo volto a rendere strutturale la simbiosi tra scienze comportamentali e l'azione governativa (LOGIC sta per Leadership, Obiettivi, Governance, Integrazione, Capacità); si veda anche N. Rangone, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012, 1, 1 ss. Il filone di studi che prende il nome di *Behavioral Public Administration* nasce dall'incontro tra le tradizionali teorie della pubblica amministrazione e l'analisi psicologica di individui e gruppi, con l'obiettivo di spiegare come fattori cognitivi, emotivi e sociali influenzino l'azione pubblica;

Non si tratta di affidare alle scienze comportamentali un ruolo risolutivo, ma di considerarle come una possibile risorsa, utile ad arricchire – non sostituire – altri strumenti. Un approccio multilivello, come quello proposto dal BIT, può offrire spunti: agire a valle sulle decisioni individuali, al centro sulle architetture delle scelte, a monte su regole e mercati. A patto, però, di riconoscere l'interdipendenza tra questi livelli, e di non ridurre i *nudge* a soluzioni superficiali o meramente strumentali[14].

Se ben integrato, l'approccio comportamentale può contribuire a una progettazione pubblica più sensibile alla realtà concreta delle decisioni, fatta di incertezze, abitudini, relazioni e vincoli situati. Non una formula prodigiosa, ma una prospettiva in più per chi cerca di rendere le politiche un po' più aderenti alla vita delle persone[15].

3. *Un metodo per apprendere dalla realtà*

In parziale discontinuità rispetto alla tradizione culturale più legata alla dogmatica, l'apertura verso le scienze comportamentali invita il giurista a considerare un approccio che, pur mantenendo il valore delle categorie normative, sposta l'attenzione sull'osservazione dei comportamenti reali, secondo una logica *evidence-based*[16].

Negli interventi ispirati ai *behavioural insights*, il punto di partenza, una volta chiarito l'obiettivo da raggiungere, è l'identificazione delle condotte che possono ostacolarne o favorirne il conseguimento.

in questa letteratura concetti come trasparenza, burocrazia rappresentativa, amministrazione difensiva, motivazione al servizio pubblico, ad esempio, sono testati empiricamente, attraverso metodi sperimentali e metriche della psicologia, anche per comprendere e migliorare i programmi di riforma; in argomento, tra i molti lavori, M. Aleksovska, T. Schillemans, S. Grimmelikhuijsen, *Lessons from Five Decades of Experimental and Behavioral Research on Accountability: A Systematic Literature Review*, in *Journal of Behavioral Public Administration*, 2019, 2, 1 ss.; S. Grimmelikhuijsen, S. Jilke, A. Leth Olsen, L. Tummers, *Behavioral Public Administration: Combining Insights from Public Administration and Psychology*, in *Public Administration Review*, 2016, 1, 45 ss.; G. Tummers, A. Leth Olsen, S. Jilke, S.G. Grimmelikhuijsen, *Introduction to the Virtual issue on Behavioral Public Administration*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2016.

[14] BIT, *How to build a Net Zero society*, cit., 31 ss.

[15] Si veda M. Hallsworth, *A Manifesto for Applying Behavioral Science*, cit., *passim*; si torni anche a M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, cit., *passim*.

[16] Si veda M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, ult. cit.; Rare and California Environmental Associates, *Changing Behaviors to Reduce U.S. Emissions: Seven Pathways to Achieve Climate Impact*, Arlington, VA: Rare, 2019.

In questa fase iniziale prevale l'esigenza di comprendere come le persone effettivamente si comportano, non solo come dovrebbero comportarsi secondo un modello ideale.

La raccolta di dati empirici – tramite osservazioni, interviste, *focus group*, ma anche analisi statistiche e qualitative – serve a cogliere le dinamiche cognitive, sociali o economiche che sostengono certe scelte o abitudini. Spesso, ciò che emerge è più complesso o meno razionale di quanto previsto da norme o modelli astratti.

Successivamente, si cerca di individuare gli ostacoli che rendono difficili i comportamenti desiderabili e, specularmente, i fattori che alimentano condotte problematiche. Solo a partire da questa diagnosi diventa possibile immaginare interventi più mirati, costruiti tenendo conto del contesto e dei soggetti coinvolti.

La progettazione delle misure avviene così in modo graduale e calibrato. Si tende a testare gli interventi su scala limitata, per valutarne gli effetti prima di un'eventuale estensione. Non si parte dal presupposto di sapere già quale soluzione funzionerà, ma si adotta un'impostazione sperimentale, in cui l'osservazione della realtà è parte integrante del processo.

Le ipotesi vengono quindi sottoposte a verifica: attraverso test di laboratorio, studi sul campo, analisi statistiche, esperimenti sociali randomizzati quando possibile[17].

Non si tratta di una procedura neutra né infallibile – i limiti metodologici e le incertezze non mancano – ma di un tentativo di ancorare le decisioni a dati concreti, senza perdere di vista la complessità del quadro[18].

[17] Più analiticamente M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, cit., cap 4 in part., descrivono un percorso in dieci tappe: 1) definire a grandi linee il problema generale da affrontare, capire se l'obiettivo sia tattico o strategico; 2) scomporre la questione in sfide affrontabili; identificare gli attori e i comportamenti rilevanti; 3) precisare il risultato perseguito e fissare gli indicatori sui quali misurarne il raggiungimento; 4) capire le dinamiche che guidano i comportamenti, anche con osservazioni sul campo; 5) mettere a fuoco leve e barriere; 6) definire una scala di priorità nell'azione, guidata da criteri di efficacia e di fattibilità; 7) privilegiare modelli di intervento *evidence based*; 8) attuare gli interventi, risolvere problemi pratici di implementazione, tenendo conto delle risorse disponibili; 9) valutare gli effetti; 10) ripartire dai risultati: se l'intervento funziona, scalarlo; se non funziona, trarre insegnamento per correggere e migliorare.

[18] Si veda R. van Bavel, B. Herrmann, G. Esposito, A. Proestakis, *Applying Behavioural Sciences to EU Policy-making*, Bruxelles, 2013, 4, ove si precisa che "non esiste un unico modello alternativo del comportamento umano, né una teoria unificante e onnicomprensiva in grado di prevederlo. Qualsiasi tentativo di spiegare il comportamento in un particolare contesto deve basarsi su osservazioni empiriche specifiche. E questo è probabilmente un bene"; si vedano ancora M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, cit.; R. Viale, *Che cos'è l'analisi compor-*

Questo approccio, di fatto, suggerisce un modo diverso di pensare il diritto. Un diritto che non si limita a rappresentare la realtà in forma astratta, ma che resta in ascolto dell'esperienza, pronto a rivedersi e ad adattarsi, almeno in parte, sulla base delle evidenze. Non è una sostituzione dei fondamenti normativi, ma una proposta di complementarità, ancora in via di definizione, tra sapere giuridico e conoscenza empirica[19].

Sebbene nel panorama nazionale il dialogo tra diritto amministrativo e *behavioural insights* sia ancora poco sviluppato[20], in altri Paesi le esperienze si stanno moltiplicando[21].

È noto che il governo degli Stati Uniti ha aperto la via ad un processo di "istituzionalizzazione" delle scienze comportamentali[22].

Con Ordine esecutivo del 2015 l'allora Presidente Obama ha invitato le agenzie federali statunitensi a usare le conoscenze scientifiche comportamentali per servire meglio il popolo americano.

Per effetto della determinazione è stato creato, presso il Consiglio nazionale di scienza e tecnologia, il *Social and Behavioural Sciences Team of United*

tamentale delle politiche pubbliche, cit., 36 ss.; L. Haynes, O. Service, B. Goldacre, D. Torgerson, *Test, Learn, Adapt Developing public policy with randomised controlled trials*, Londra, 2012; Rare - BIT, *Behavior Change For Nature*, cit.; in tema di sperimentazione in ambito sociale campeggiano i lavori dei premi nobel Esther Duflo ed Abhijit Vinayak Banerjee; tra le opere tradotte in italiano, E. Duflo, A.V. Banerjee, *L' economia dei poveri. Capire la vera natura della povertà per combatterla*, Milano, 2020.

[19] Si veda R. van Bavel, B. Herrmann, G. Esposito, A. Proestakis, *Applying Behavioural Sciences to EU Policy-making*, cit; anche L. Haynes, O. Service, B. Goldacre, D. Torgerson, *Test, Learn, Adapt*, cit.; M. Hallsworth, *A Manifesto for Applying Behavioral Science*, cit.; per una riflessione generale sull'auspicabilità del ricorso a metodi empirici nella elaborazione delle politiche e nella elaborazione delle soluzioni giuridiche, G. De Blasio, A. Nicita, F. Pammolli (a cura di), *Evidence-based Policy!*, Bologna, 2021; R.M. Lawless, J.K. Robbennolt, T. S. Ulen, *Empirical Methods in Law*, Alphen aan den Rijn, 2016; M. Cozzio, *Pochi, incompleti e confusi: i dati del monitoraggio sull'applicazione delle Direttive europee in tema di appalti e concessioni*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2021, 4, 1555 ss.

[20] Si veda R. Viale, L. Macchi, *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., 10.

[21] Tra i molti M. Sanders, S. Bhanot, S.O' Flaherty (a cura di), *Behavioral Public Policy in a Global Context*, Cham, 2023; H. Rankine, D. Khosravi, ult. cit.; A. Alemanno, A. Sibony (a cura di), *Nudge and the Law: A European Perspective*, cit.; A.M. Fabbri, M. Faure, *Toward a "constitution" for behavioral policy-making*, in *Int. Rev. Econ.*, 2018, 65, 241 ss.; M. Fazio, *Esperienze comparate di Nudge Units e Behavioral Insights Teams*, in Aa.Vv., *Dalle regole ai comportamenti*, cit., 99 ss.; I. Ivoi, *La cerniera. La spinta gentile al servizio della sostenibilità*, Pacini Editore, 2024; R. Viale, *Nudging*, cit.; F. Tormen, *Neuroscienze cognitive applicate al diritto*, cit.

[22] In tema, M. Fazio, *Esperienze comparate di Nudge Units e Behavioral Insights Teams*, cit., 99 ss.

States (SBST) – composto da scienziati comportamentali, funzionari pubblici e responsabili politici – col compito di fornire sostegno e consulenza alle agenzie federali.

Paesi di tutto il mondo hanno a loro volta profuso sforzi e investimenti organizzativi – a volte costituendo veri e propri uffici pubblici, altre volte strutture convenzionate o miste, talora stabili, in altri casi temporaneamente deputate all'attuazione di progetti specifici – col mandato di coniugare elaborazione delle politiche, approfondimento scientifico e pratiche amministrative, affiancando sul campo enti e funzionari pubblici[23].

È accaduto in Inghilterra, con la creazione dell'ormai popolare Behavioral Insight Team (BIT)[24] ma anche in Francia, Germania, India, Giappone, Qatar, Cile, Canada, Paesi Bassi, Singapore, Australia, così come presso la Banca Mondiale[25], le Nazioni Unite[26], l'OCSE[27], le Istituzioni UE[28], solo per fare alcuni primi ragguardevoli esempi[29].

Anche in Italia è stato di recente costituito il Team di Analisi Comportamentale (TAC), col compito di supportare il lavoro e l'organizzazione della pubblica amministrazione.

Una rassegna aggiornata dell'OCSE[30] individua oggi più di 300 istituzioni che in 63 Paesi applicano la scienza comportamentale alle politiche pubbliche.

[23] Cfr. M. Sanders, S. Bhanot, S. O' Flaherty (a cura di), *Behavioral Public Policy in a Global Context*, cit.; F. Cavassini, F. Naru, *L'approccio comportamentale nel mondo*, in Aa.Vv., *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., 347 ss.; M. Hallsworth, M. Egan, J. Rutter, J. McCrae, *Behavioural Government*, cit.; R. Viale, *Oltre il Nudge*, cit.

[24] Si rimanda alla documentazione reperibile sul sito www.bi.team.

[25] Da ultimo L. A. Manning, A.G. Dalton, Z. Afif, R. Vakis, F. Naru, *Behavioral Science around the World: Volume II. Profiles of 17 International Organizations*, New York, 2020.

[26] United Nations, *Behavioural Science Report*, 2023; anche United Nations, *Practitioner's Guide to Getting Started with Behavioural Science*, 2022; UNEP, *Behavioural Insights at the United Nations. Achieving Agenda 2030*, 2016; UNEP, *Nudge to action: Behavioural science for sustainability*, 2017; H. Rankine, D. Khosravi, *Applying Behavioural Science to Advance Environmental Sustainability*, cit.

[27] OECD, *Behavioural Insights and Public Policy Lessons from Around the World*, Parigi, 2017; OECD, *Behavioural Insights and Organisations: Fostering Safety Culture*, Parigi, 2020; OECD, *Delivering Better Policies Through Behavioural Insights: New Approaches*, Parigi, 2019, OECD, *LOGIC: Good Practice Principles for Mainstreaming Behavioural Public Policy*, cit.

[28] Si veda M. Baggio, E. Ciriolo, G. Marandola, *L'analisi comportamentale nella Commissione europea,* in Aa.Vv., *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., 329 ss.

[29] Si veda M. Hallsworth, E. Kirkman, *Behavioral Insights*, cit.; P. John, *How far to nudge? Assessing behavioural public policy*, Cheltenham, 2018.

[30] Per una mappatura aggiornata, https://oecd-opsi.org/blog/mapping-behavioural-insights/.

Un report voluto dalla Commissione Europea a sua volta individuava, già nel 2016, più di duecento casi di strutture o di iniziative avviate negli Stati membri, nei settori più disparati, come concorrenza, protezione dei consumatori, occupazione, energia, salute, finanza, fiscalità, trasporti[31].

In conclusione, l'incontro tra scienze comportamentali e diritto amministrativo non sembra porre una scelta tra comando e persuasione, né ridimensionare il ruolo dell'autorità pubblica. Piuttosto, apre spazi per una regolazione più attenta al modo in cui le norme funzionano nella pratica.

Un approccio empirico e sperimentale può aiutare a capire meglio l'effetto concreto di regole, vincoli o incentivi, suggerendo aggiustamenti nei contesti, nei procedimenti, nei modi in cui si propone l'azione pubblica. Non si tratta solo di prescrivere comportamenti, ma anche di creare condizioni che ne facilitino l'adozione.

In questo scenario, il giurista può integrare nuove competenze – leggere i dati, interpretare i segnali sociali, comprendere i limiti cognitivi – accanto a quelle più tradizionali. E l'amministrazione può rafforzare il proprio ruolo, non solo come apparato che disciplina, ma come attore che costruisce fiducia e condizioni favorevoli alla cooperazione.

Un diritto amministrativo aperto all'influenza delle scienze comportamentali non rinuncia dunque ai principio alle categorie più collaudate, ma prova a renderli più efficaci, muovendosi con cautela tra ciò che è auspicabile e ciò che, nella realtà, può funzionare.

[31] Si veda J. Dessart, J. L. Sousa, S. R. Almeida, E. Ciriolo, *Behavioural Insights Applied to Policy - Application to specific policy issues and collaboration at EU level*, Lussemburgo, 2016.

PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI, ANTROPOLOGIA E DIRITTO AGRARIO. LA RIFLESSIONE GIURIDICA DI ANTONIO PIGLIARU

Paolo Carta

SOMMARIO: 1. La figura di Antonio Pigliaru. – 2. Struttura, soprastruttura e lotta per il diritto. – 3. La terra e il diritto: un conflitto moderno.

1. *La figura di Antonio Pigliaru*

La figura di Antonio Pigliaru (1922-1969), professore di Diritto agrario e di Dottrina dello Stato, è strettamente legata a *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico* (1959), l'opera con cui, nel secolo scorso, contribuì in modo determinante alla riflessione giuridica sul rapporto tra legge e consuetudine e sulla pluralità degli ordinamenti. *La vendetta barbaricina*, per molti aspetti pionieristica, è ormai riconosciuta come un classico negli studi giuridici e antropologici. Pigliaru fu anche un testimone attento e partecipe delle vicende storiche della Sardegna, segnate da bruschi arresti e improvvise accelerazioni. A questi temi dedicò per un lungo periodo tutto il suo impegno intellettuale, dando vita alla rivista "Ichnusa", pubblicata tra il 1949 e il 1964, sulla quale riversò le sue riflessioni sui problemi dell'autonomia regionale.

La vendetta barbaricina fu ispirata a Pigliaru dal suo maestro, Giuseppe Capograssi, alla cui memoria l'opera venne espressamente dedicata[1]. Più volte ristampata, rappresentò per Pigliaru l'occasione di confrontare le elaborazioni dottrinali maturate sul tema della pluralità degli ordinamenti con la realtà concreta, attraverso lo studio delle consuetudini della comunità pastorale dell'entroterra sardo. Questa ricerca lo condusse a conclusioni del tutto originali e

[1] Dopo l'edizione del 1959, uscì per i tipi di Giuffrè una edizione accresciuta: A. Pigliaru, *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, 1993. Ora si vedano l'edizione Id., *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Nuoro, 2000 (con ulteriori aggiunte e brani inediti) e la recentissima edizione ridotta Id., *Il codice della vendetta barbaricina*, Nuoro, Il Maestrale, 2006. Una più recente edizione, integralmente corretta da chi scrive, anche sulla scorta dei manoscritti e introdotta da un mio saggio, è stata pubblicata per Il Maestrale nel 2021. Su Antonio Pigliaru si veda in particolare M. Puliga, *Antonio Pigliaru. Cosa vuol dire essere uomini*, Sassari-Pisa, 1996.

particolarmente incisive, capaci di alimentare ancora oggi un vivace dibattito internazionale.

Alex Weingrod, recensendo il volume per l'*American Anthropologist*, ricordava come Pigliaru non fosse un antropologo, ma un giurista, e sottolineava il legame tra diritto e politica che attraversa l'intero lavoro. I significativi risultati che l'opera ha raggiunto nell'ambito delle scienze sociali non devono quindi oscurare la sua prospettiva giuridico-istituzionale. In questa chiave la interpretò anche Eric J. Hobsbawm, che vi fece più volte riferimento nei suoi studi sui *Banditi* (1969) e sui *Rivoluzionari* (1972)[2].

Della comunità barbaricina, nella quale era nato, Pigliaru cercò di individuare consuetudini, regole e leggi fondamentali, nonché quelle norme che non potevano essere violate senza sovvertire l'intero ordine giuridico. Queste regole, tuttavia, in determinate circostanze entravano inevitabilmente in conflitto con l'ordinamento statale. In particolare, il sistema penale attraverso cui l'ordinamento barbaricino tutelava se stesso e garantiva la propria continuità prevedeva come dovere giuridico la vendetta, intesa come necessaria riparazione all'offesa subita. Questo aspetto si rivelava centrale per comprendere ciò che Salvatore Satta aveva definito "il mistero del processo". Era infatti proprio nel momento processuale che consuetudine e legge formalizzavano il proprio incontro; solo in quel particolare frangente la consuetudine riconosceva la legge.

Nel riconoscere la legittimità del processo, la comunità evidenziava in modo ancora più netto la differenza tra il proprio ordinamento e la cosiddetta società dei ladroni[3]. Per Pigliaru, dunque, non si trattava di studiare l'ordinamento di una società criminale – che pure possiede e segue regole proprie – poiché, in quel caso, l'ordinamento cessa di essere un ordine umano fine a se stesso, trasformandosi in uno strumento interamente finalizzato al perseguimento di scopi criminali. La comunità che Pigliaru intendeva analizzare era, invece, semplicemente una comunità di vita, una comunità storica, in cui il sistema di vita (il suo costume, la sua cultura, o – se si preferisce – la sua non-cultura) coincide con il proprio processo storico, con la sua stessa esistenza.

Questo modo di vivere, come ammetteva anche Gramsci, rivelava l'essenza di una comunità arretrata, che sperimentava concretamente gli effetti dell'arresto dell'iniziativa umana nella storia. Pigliaru tentava dunque di comprendere una comunità che faceva della consuetudine la propria costituzione, tentando di interpretarla senza giudicarla secondo le categorie tipiche di un ordinamen-

[2] Si veda E.J. Hobsbawm, *I banditi*, Torino, 1971; Id., *I rivoluzionari*, Torino, 1975.

[3] Si veda N. Bobbio, *Antonio Pigliaru, esempio di coraggio e di rigore intellettuale*, in *La Nuova Sardegna*, 23 marzo 1989, 21.

to come quello statale. La vendetta, intesa non come pratica individuale ma come espressione collettiva della comunità, rappresentava solo un momento dell'ordine giuridico barbaricino, che non si esauriva certo in essa.

Nel contesto della comunità barbaricina si assisteva a un conflitto tra due ordinamenti giuridici distinti: da una parte l'ordinamento statale, formale e imposto dall'esterno; dall'altra un ordinamento spontaneo, tradizionale, nato all'interno della comunità stessa e strettamente legato alle sue strutture sociali e culturali. Pur riconoscendo l'esistenza dello Stato, la comunità ne percepiva l'incapacità di garantire che le proprie esperienze quotidiane potessero pienamente esprimersi e conservare la loro autenticità. Il giudizio giuridico, quotidianamente esercitato dalla comunità, non negava quindi la legittimità dell'ordinamento statale, ma ne metteva in luce i limiti nel comprendere e rispettare le specificità del proprio sistema di vita.

Questo atteggiamento, radicato nella consuetudine, incideva profondamente sul sistema di norme che regolava la pratica della vendetta, un sistema che Pigliaru cercava di trascrivere con massima docilità nei confronti delle cose. Il suo intento era quello di restituire fedelmente le regole senza forzare la consuetudine dentro i confini rigidi di un codice e senza cadere nell'errore di considerare completo un ordinamento solo se capace di disciplinare tutti i rapporti della vita sociale, tutte le azioni umane, sia per comandarle, vietarle o renderle lecite[4].

L'acquisizione di questo insieme di idee, per Antonio Pigliaru, non fu affatto lineare. L'incontro con il circolo capograssiano, favorito dal più anziano Opocher e dal coetaneo Piovani, avvenne infatti solo nella seconda metà degli anni '50. Rispetto al suo primo lavoro scientifico, *Persona umana e ordinamento giuridico* (1953), in cui, partendo dalle premesse dell'attualismo gentiliano, criticava le teorie del pluralismo giuridico, con *La vendetta barbaricina* riformulò radicalmente il suo pensiero. Fu proprio Opocher, con una lettera del 28 agosto 1954, a sollecitare in Pigliaru una presa di coscienza critica di quelle premesse, che gli impedivano di compiere il salto definitivo, esortandolo a non lasciarsi frenare dal pensiero di Gentile.

Così, cinque anni più tardi, con *La vendetta barbaricina*, Pigliaru sentì il "dovere" di aggiungere una lunga nota per segnalare il valore autocritico sulle sue precedenti posizioni, in particolare su quanto sostenuto nel secondo capitolo di *Persona umana e ordinamento giuridico*. Prendere in esame l'ordinamento di una comunità storica come quella barbaricina significava, per

[4] Si veda S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), ora in Id., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, I (rist. 1990), 449-459, p. 450. Cfr. A. Pigliaru, *Il banditismo in Sardegna*, cit., 62, nota 5.

lui, rivedere radicalmente i presupposti del proprio pensiero. Questo cambiamento fu favorito dall'incontro con la lezione di Capograssi. Da Capograssi, Pigliaru acquisì immediatamente la riflessione intorno al principio di socialità del diritto e le efficaci note sulla molteplicità degli ordinamenti. In particolare fece propria l'idea per cui "posti vari ordinamenti, essi possono essere considerati da almeno tre punti di vista: a) dal punto di vista del singolo ordinamento: ricercare cioè quello che il singolo ordinamento vuole siano per esso gli altri ordinamenti […]; b) dal punto di vista del singolo ordinamento ma non più per quello che il singolo ordinamento […] posto come ordinamento tipico come avente valore tipico rispetto agli altri; c) dal punto di vista della esperienza totale cioè dal punto di vista della pura molteplicità, della eguaglianza […] di tutti gli ordinamenti puramente considerati come tali"[5]. Pigliaru fece propria l'idea di indagare "in sé e prescindendo dal riferimento a questo o quel determinato ordinamento" la realtà giuridica delle "forme concrete dell'esperienza"[6].

La letteratura sul tema dell'unità e molteplicità degli ordinamenti si confronta inevitabilmente con la questione della società dei ladroni. Tuttavia, niente era più distante dall'oggetto di studio di Pigliaru. Se, come ammetteva Capograssi, anche in queste società si obbedisce a un principio di verità e di ragione, che trasforma ogni fatto di vita associata in ordinamento, è altrettanto vero che tale ordinamento si pone e si nega allo stesso tempo: nasce da un principio universale ma si limita a una dimensione particolare. Questa contraddizione genera quella "ripugnanza" che si prova di fronte alla necessità di riconoscere la società criminale come un ordinamento, poiché essa nega il principio stesso che l'ha generata. Come scriveva Alessandro Levi, anche chi riconosce la socialità del diritto non può evitare di considerare tale società come una patologia e non come la fisiologia dell'esperienza giuridica.

Pur tipica delle società criminali, la presenza della vendetta nell'ambito della comunità barbaricina implicava tuttavia una distinzione essenziale tra la diversa situazione di questa società rispetto a quelle: "Questa comunità è semplicemente una comunità di vita, una comunità storica", contemporanea unicamente a se medesima[7]. Niente in essa porta a concepire una vera e propria strumentalizzazione dell'ordinamento, come avviene nelle società criminali. All'uomo barbaricino non è fatto altro dovere che quello di essere uomo e anche in questo senso si scopre la differenza che sta tra "le norme che pongono la vendetta nel sistema della società criminale e le norme che regolano la vendetta

[5] Si veda G. Capograssi, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in Id., *Opere*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 181-221, part. 183.

[6] *Ibid.*, 185.

[7] A. Pigliaru, *Il banditismo in Sardegna*, cit., 58.

nella società barbaricina": "Quelle presuppongono il ladrone (anche se dentro il ladrone pensano l'uomo); queste pensano l'uomo negli stessi termini in cui l'uomo è pensato nell'ordinamento giuridico in quanto semplice ordine umano"[8]. In questo quadro, la questione del "banditismo" assumeva un significato nuovo e complesso. Pigliaru vedeva nel rapporto tra vendetta e banditismo l'espressione dello scontro tra l'ordinamento statale e quello barbaricino. La vendetta, infatti, non era una pratica individuale, ma sociale, voluta dall'intera comunità per garantire la propria sopravvivenza e il proprio ordine. Essa rappresentava una forma di "tutela giuridica", un'azione concepita originariamente come giuridica, ma percepita come contraddittoria rispetto all'esperienza giuridica dello Stato, considerata inadeguata e distante, tanto da non poter essere accettata come propria. Questo non significava negare la natura di ordinamento dello Stato, ma solo riconoscerne l'incapacità di garantire alla comunità barbaricina la possibilità di essere se stessa.

Forte di un proprio sistema etico, che, al di fuori della questione penale, non entrava in conflitto con lo Stato, la società barbaricina si configurava per Pigliaru come un vero e proprio ordinamento giuridico, completo secondo la definizione di Santi Romano. Ogni ordinamento, infatti, può dirsi completo se considerato nel contesto della propria esperienza storica. Solo guardandolo dall'esterno, da un'altra cultura o in una prospettiva comparativa, si può considerarlo lacunoso. Seguendo la teoria della socialità del diritto, pur consapevole degli equivoci che questa può generare, riconosceva che l'ordinamento giuridico esiste per la sua essenziale *giuridicità* e che il suo fine naturale è essenzialmente realizzare se stesso. L'ordinamento giuridico è infatti tale per la sua essenziale 'giuridicità' e il suo fine naturale non è altro che quello di essere se stesso, cioè proprio quello di realizzare la sua giuridicità. Esso è da intendersi non in quanto prodotto, ma come attività, azione; tale quindi da potersi cogliere, come auspicava Capograssi, in quanto vita giuridica, pur non essendo ancora vita giuridica concettuale elaborata dalla scienza. L'analisi poneva in luce la necessità dell'ordinamento di obbedire all'esigenza dell'azione, sottraendo però l'azione alla sua immediatezza e al rischio cui l'immediatezza la espone, incidendo nella sua naturale, originaria, effettiva durata. Lopez de Oñate, nel suo celebre studio su *La certezza del diritto*, scopriva nell'ordinamento giuridico la realizzazione di quella mediazione necessaria al perpetuarsi di ogni vita associata e perfettamente rispondente alla natura stessa di quest'ultima. Il "codice" consuetudinario della comunità barbaricina, pur non essendo sorretto da alcuna scienza, indicava in tal senso lo sforzo storico compiuto all'interno del suo "processo organizzativo" a realizzare "istituzionalmente" quella garanzia

[8] *Ibidem*.

dell'azione, che da un lato "qualifica i comportamenti possibili 'in modo che gli uomini possano contare su quello che verrà', e dall'altro fa sapere ad ogni soggetto ciò che egli può e deve volere"[9].

L'ordinamento giuridico che Pigliaru tentava indagare si presentava come un ordinamento perfettamente autonomo e originario: "I suoi limiti […] sono i limiti che esso da a se medesimo, con le sue stesse disposizioni e in forza dei suoi stessi principi; cioè quei limiti sui quali esso ordinamento si è costituito […]"[10]. Poiché costituendosi "non poteva evidentemente non limitarsi", l'ordinamento si è limitato per essere "la realtà che è, se è vero che farsi è determinarsi oggettivamente, limitarsi"[11]. In quanto originario e non derivato, tale ordinamento è un'istituzione "perfetta, autonoma e quindi non subordinata", pur non essendo Stato. Queste considerazioni dovevano necessariamente essere assunte prescindendo "dal territorio come elemento essenziale dell'essere Stato dello Stato", cioè riproponendo l'originaria definizione di sovranità, questione che torna oggi di grande attualità in seno al dibattito dottrinale. Come tale, l'ordinamento barbaricino era un ordinamento a carattere universale, "con una pretesa all'universalità in tutto identica alla pretesa all'universalità propria di quegli ordinamenti che sono, in senso proprio, Stato"[12].

Fuori dal suo impianto dottrinale, quella di Pigliaru era un'interpretazione tutt'altro che pacificante della realtà barbaricina. Ad essa continuò a pensare, senza mai perdere l'occasione di affiancare al suo studio l'incessante appello per una concreta azione politica, finalizzata al ripristino dell'azione storica nella vita di quella comunità.

Il superamento delle contraddizioni, che imprigionavano e paralizzavano la comunità di cui si era occupato, necessitava dunque di uno sforzo di natura politica volto a favorire concretamente la possibilità di una "scelta": un "impegno di libertà", di liberazione "dal bisogno, dall'ignoranza e da tutte quelle reali condizioni di miseria (in tutti i sensi in cui la parola può essere usata)"[13]. In questa direzione avrebbe dovuto agire lo Stato, operando senza mai tradire la comunità e al tempo stesso la sua stessa natura democratica. Si trattava insomma di immettere quelle particolarità nella storia, garantendo loro di conservare la propria storia: "in vista finalmente di una storia, in vista della storia"[14]. A

[9] *Ibid.*, 72.

[10] *Ibid.*, 73.

[11] *Ibid.*, 74.

[12] *Ibid.*, 75.

[13] A. Pigliaru, *Un'intervista sul problema del banditismo in Sardegna*, in *I Problemi della Pedagogia*, 1963, 2-3, 237-285 ora in Id., *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina*, Nuoro, 2000, 325-371, part. 371.

[14] *Ibid.*, 366.

queste riflessioni dedicò in seguito alcuni suoi lavori, particolarmente complessi, tra i quali spicca *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto* (1961-1965).

2. *Struttura, soprastruttura e lotta per il diritto*

Struttura, soprastruttura e lotta per il diritto fu concepito, cinquant'anni fa, come una riflessione sui segnali che, in ambito giuridico, permettono di valutare lo stato di salute di una democrazia. Quando, in uno Stato anche formalmente democratico, emergono tentativi di svuotare il diritto della sua autenticità, cioè della sua connessione con l'esperienza storica, per trasformarlo in uno strumento di difesa e legittimazione del potere costituito – o, secondo Gramsci, del potere delle "classi egemoniche" – allora la democrazia stessa è in pericolo. In queste situazioni, la democrazia non è più percepita come il fine dello Stato, ma viene "mitizzata e mistificata", ridotta a semplice giustificazione astratta del potere, priva di ogni reale radicamento nella storia. In questo contesto, la lotta per il diritto, intesa come difesa della sua vera natura, diventa una lotta politica contro un diritto che ha smarrito il suo senso, ma anche con il diritto, che mantiene la sua essenza nonostante i tentativi di alterarlo.

Partendo dal concetto di struttura e soprastruttura, tema centrale del marxismo tradizionale, Antonio Pigliaru conduce il lettore verso quelle esperienze in cui le contraddizioni della democrazia si manifestano in modo più evidente, come nel diritto agrario italiano, segnato dai conflitti tra proprietà e lavoro e tra consuetudine e legge. Pigliaru iniziò a lavorare a questo saggio tra il 1960 e il 1961, presentando le prime riflessioni, ancora provvisorie, al V Congresso internazionale di Filosofia del diritto[15]. Fin dall'inizio, il testo sviluppava, con i consueti riferimenti teorici e nuove acquisizioni, temi che erano già emersi in *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*. Tuttavia, la necessità di affrontare questioni più urgenti lo spinse a lasciare in sospeso quel lavoro per qualche anno. Se questi anni segnano il suo definitivo avvicinamento alle tematiche del marxismo, è importante sottolineare che, per Pigliaru, le teorie di Marx rappresentarono strumenti utili a illuminare il percorso autentico del suo pensiero. La lettura di Gramsci, iniziata già con la pubblicazione dei *Quaderni del carcere*, gli offrì presto l'occasione di riconsiderare se stesso, il proprio lavoro e la formazione giovanile legata all'attualismo gentiliano, alla luce di quelle

[15] Si veda A. Pigliaru, *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto*, in *Atti del V Congresso Nazionale di Filosofia del diritto* (Roma, 31 maggio-4 giugno 1961): *Il problema della giustizia - Diritto ed economia - Diritto e politica - Diritto e logica*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXIX (1962), 279-291.

intuizioni nate nella solitudine del carcere. Il suo crescente interesse per Marx, però, non si può comprendere senza tener conto della lezione di Capograssi. Questa affermazione può sembrare insolita, ma solo se si ha un'idea parziale e ideologica di Capograssi. Pigliaru, insieme al suo amico Pietro Piovani, interpretava infatti la sua vivace fantasia speculativa in modo aperto e non dogmatico, riconoscendone il valore anche all'interno del proprio percorso filosofico e politico.

Una delle caratteristiche più autentiche del pensiero di Pigliaru fu la capacità di connettere i grandi temi della teoria giuridica ai problemi concreti della realtà sociale[16]. A riaccendere il suo interesse per il saggio del 1961 contribuirono le nuove speranze legate al futuro democratico dello Stato, alimentate nel 1964 dall'avvio della riforma dei patti agrari. Dopo il *Lodo De Gasperi*, che aveva segnato il superamento del fascismo in quell'ambito, questa nuova riforma, pur con alcune limitazioni, rappresentava il segno di uno Stato più maturo, pronto ad avviare trasformazioni giuridiche e sociali in senso democratico.

La riforma metteva in discussione alcuni punti della relazione che Pigliaru aveva presentato tre anni prima, ma gli offriva anche l'occasione di riproporre un approccio già utilizzato nella sua opera più celebre, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*. Allora, Pigliaru aveva analizzato la comunità barbaricina come caso esemplare per esplorare, ma anche complicare, le teorie più avanzate sulla pluralità degli ordinamenti, affrontando in quel contesto il delicato tema del diritto penale. Ora, con la riforma agraria, si trattava invece di reinterpretare i concetti di "alienazione" e di "lotta per il diritto", collegandoli ai nuovi sviluppi sociali e giuridici.

Per dare attualità a questi temi, Pigliaru scelse di rielaborarli alla luce del contesto contemporaneo, immergendoli, come avrebbe detto Capograssi, nell'esperienza giuridica da cui erano nati. Senza questa idea di un diritto radicato nella vita concreta, inteso nella sua dimensione storica e vitale, non si possono comprendere né *Struttura, soprastruttura e lotta per il diritto*, né il marxismo di Pigliaru.

Il tema che Pigliaru aveva scelto di affrontare poteva apparire, machiavellianamente, "presuntuoso", per via della sproporzione esistente tra le suggestioni e i limiti oggettivi di un possibile discorso. La relazione si presentava infatti, per esplicita ammissione del relatore, alquanto modesta e accessibile, poiché, senza alcuna pretesa di originalità, intendeva "riprendere solo quella parte della problematica struttura-soprastruttura" che si esplicava "nel rappor-

[16] Lo ha ricordato Norberto Bobbio proprio in relazione a *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto*, in un'intervista rilasciata a Rai Sardegna nel programma *Visti da fuori* andata in onda il 3 aprile 1986 e ora consultabile sul sito: https://www.sardegnadigitallibrary.it/.

to intercorrente tra economia e diritto": intendendo con "struttura", "ciò che definisce l'insieme dei rapporti economici" e con "soprastruttura", "il mondo del diritto per il tanto in cui il concetto viene o può venire in questione, quando il problema delle soprastrutture si presenta nei termini di organizzazione giuridica"[17].

Quando però nel 1859 Marx aveva così definito la relazione "struttura-soprastruttura", nella celebre prefazione al suo scritto *Per la critica dell'economia politica*, gli era stato impossibile prevedere molti degli aspetti più caratteristici dello Stato democratico. Pertanto Pigliaru riteneva opportuno riprendere quella pagina, considerandola nella più articolata realtà contemporanea. Non si trattava di una semplice operazione diretta ad "attualizzare" la lezione, e neppure di una mera applicazione al presente di tesi che, com'è stato riconosciuto, costituirono il tratto più rivoluzionario del pensiero marxiano, segnando una netta frattura rispetto alla lunga tradizione di pensiero occidentale.

Il suo metodo prevedeva una radicale storicizzazione di questi assunti al fine di rovesciare "dialetticamente" le conclusioni cui era giunto un marxismo pregramsciano e volgare (vale a dire, secondo il suo dizionario, ancora soggetto a principi "meccanicistici"). Lo illuminava nel percorso l'opera di André Gorz, suo coetaneo, allora in procinto di entrare a far parte della redazione della rivista di Sartre, *Les temps modernes*, contrassegnando indelebilmente il suo indirizzo editoriale. Si trattava del riconoscimento precoce di un pensiero e di un metodo destinato con gli anni a incidere profondamente nel panorama intellettuale europeo. *La morale de l'histoire* era apparsa in Francia nel 1959, e nel 1960, un anno prima del saggio di Pigliaru, in traduzione italiana[18].

Nello scritto *Per una teoria dell'alienazione*, Gorz non esitava a riflettere sulle insormontabili difficoltà che la nozione di "alienazione" poneva sia per l'idealismo sia per il materialismo volgare: se si ammette con Hegel che l'essenza dell'uomo è il lavoro e che il prodotto di quest'ultimo è l'oggettivazione della coscienza, "non si vede come l'uomo potrebbe farsi altro che uomo, né come il mondo da lui prodotto potrebbe essere altro che un mondo umano"; se si ammette altresì col materialismo volgare "che l'uomo è il prodotto delle condizioni materiali, non si vede come quest'uomo, rigorosamente determinato nel suo essere, potrebbe alienarsi"[19]. Queste difficoltà, per cui l'uomo è solo ciò che può essere, senza alcuna possibile contraddizione, in quanto egli è interamente "plasmato dalle circostanze", secondo Gorz, si riscontravano anche

[17] Si veda A. Pigliaru, *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto*, in *Atti del V Congresso Nazionale di Filosofia del diritto*, cit., 279.

[18] Si veda A. Gorz, *La morale della storia*, Milano, 1960.

[19] *Ibid.*, 41.

in Marx, laddove il suo pensiero non riusciva a sfuggire alle strettoie più tipiche del materialismo volgare. Ad esempio quando dichiarava che gli individui coincidono con la loro produzione, senza lasciar intendere come quest'ultima possa tradursi per loro in alienazione[20]. A tali difficoltà era possibile rimediare solamente superando le apparenze, cioè evitando di accostarsi ai problemi della "produzione" in modo esterno ed esclusivamente da un punto di vista empirico. Si trattava semmai di cogliere, pur rielaborando idee proprie del marxismo più maturo e storicizzato, "la vissuta finalità del lavoro"[21].

Pigliaru assimilava la lezione metodologica di Gorz e la poneva accanto a quella gramsciana, per chiarire anche "alcuni recenti atteggiamenti della lotta per il diritto", intesa come impegno politico, cioè "costituzionale", volto a rovesciare "rapporti ed egemonie" che definiscono in un dato modo i rapporti di produzione[22]. L'armamentario concettuale e lessicale del marxismo poteva tornare utile in tal senso, solo considerandolo in modo più ampio e aperto, cioè come complesso di acquisizioni da sottoporre continuamente al vaglio della storia, al fine di garantire loro una concreta validità. Il suo discorso, pur dichiaratamente "non marxista", non disdegnava di ricercare nelle posizioni più aperte del marxismo alcuni elementi obiettivamente validi per ogni filosofia che intendesse essere dialettica; validi, cioè, per quelle filosofie che cercano di cogliere il processo della realtà come processo storico. La storicizzazione si traduceva pertanto in un metodo capace di garantire al pensiero (e ai suoi strumenti) ulteriori possibilità di sviluppo e di arricchimento critico.

Il rapporto tra struttura (base economica) e sovrastruttura (cultura, politica, diritto) si realizza in una dialettica storica in cui le trasformazioni economiche incidono sui modelli culturali e giuridici di una società. Pigliaru, spiegando questi concetti anche in contesti divulgativi, come un programma radiofonico RAI dedicato all'*Alfabeto della democrazia*, sottolineava come ogni reale cambiamento sociale debba intervenire sulle strutture economiche, perché nessuna riforma della coscienza collettiva è possibile senza modificare la base materiale su cui si fonda la società.

Nel contesto sardo, ad esempio, il banditismo barbaricino è interpretato come un fatto di struttura, espressione delle profonde contraddizioni economiche e sociali non risolte. La democrazia, anche se spesso deformata dagli interessi delle classi dominanti, può diventare strumento per spezzare l'egemonia ideologica e produrre cambiamenti reali. Tuttavia, se ridotta a mera for-

[20] *Ibidem*.

[21] *Ibidem*.

[22] Si veda A. Pigliaru, *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto*, in *Atti del V Congresso Nazionale di Filosofia del diritto*, cit., 280.

ma astratta, la democrazia rischia di perdere il suo potenziale rivoluzionario, proprio come il diritto, che, alienato dalla sua funzione autentica, si trasforma da strumento di liberazione a strumento di dominio. La lotta per il diritto diventa quindi una battaglia per recuperare la sua funzione originaria: non solo difendere, ma trasformare la società, reintegrando l'uomo nella sua qualità di soggetto attivo, capace di incidere sulla storia e sulla realtà.

Già allora il nome di Pigliaru era già associato al lavoro sulla *Vendetta barbaricina* e alle profonde innovazioni che esso aveva apportate alla demologia, alla sociologia e all'antropologia giuridica. Egli era già considerato quell'infaticabile indagatore delle tensioni etico-politiche che caratterizzano le relazioni tra "il diritto egemone e il diritto popolare": tra le leggi e le consuetudini. Per donare maggiore concretezza al suo discorso sulla lotta per il diritto, ricorreva dunque all'esame di un momento peculiare dell'esperienza, il diritto agrario, nel quale tuttavia pareva risolversi l'intera esperienza giuridica, che rivelava al suo sguardo la crisi e le contraddizioni della realtà italiana contemporanea.

A suo modo, anche Pigliaru partecipava come docente della disciplina a quella stagione di studi fortemente caratterizzata "dal rifiuto di astrazioni e dal continuo rinvio al mondo dei fatti prospettato dalla gran parte della gius-agraristica"[23]. Era stato proprio questo aspetto ad attrarre verso quella dimensione la riflessione giuridica di Capograssi, autore, per espressa volontà di Giangastone Bolla, del celebre saggio *Agricoltura, diritto e proprietà*, apparso nel 1952 per il trentesimo anno di vita della *Rivista di diritto agrario*, e che, ristampato nel '56, incise profondamente nel pensiero, nell'opera e nelle coscienze di quanti a vario titolo furono chiamati a ripensare alle relazioni tra terra e diritto[24].

Fu un saggio "pesantissimo", com'è stato ricordato, "ricco di spunti originali, culturalmente, che rimeditò tutto il tema dei rapporti giuridici uomo/terra còlto nel prisma dell'istituto della proprietà individuale, idolo venerato o iniquità esecrabile a seconda dei punti di vista, ma indubbiamente cardine della intiera storia giuridica occidentale"[25]. Parole che Pigliaru avrebbe condiviso senza indugio e che, se si vuole, riescono a spiegare l'esigenza particolarmente sentita di trasferire tutta la sua riflessione intorno al circolo "struttura-sopra-struttura e lotta per il diritto" sul piano "dell'umile diritto agrario, che odora di

[23] Si veda G. Cazzetta, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano a metà Novecento*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, 286-315, part. 287.

[24] Si veda G. Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Rivista di diritto agrario*, XXX (1952), 26-59 poi in Id., *Opere*, V, cit., 269-310.

[25] Si veda P. Grossi, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie V, LXXXIII (2006), 13-40, 28 (ora anche in Id., *La nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 641-667).

zolle, di erbe, di letame"[26]. Fu una scelta che dovette apparire incomprensibile o quanto meno eccentrica soprattutto a quegli abili tessitori di teorie generali del diritto, imbastite "volenterosamente" e cucite "col filo bianco della loro inesperienza", sovente ancora prima "di misurarsi con problemi giuridici specifici"[27].

"La terra come *res frugifera*" e la sua coltivazione, tema centrale del diritto agrario, che "sembra poter interessare solo all'agronomo", interessa però "frontalmente il filosofo, giacché è ai suoi occhi lo strumento che consente di recuperare la terra dal mondo dei fenomeni a quello della storia": coltivare assume dunque "il significato principale di umanizzare, di rendere il fatto naturale un evento storico"[28]. "La prima cosa che si vede, quando si apre la finestra sulla vita è l'uomo curvo sulla terra a lavorare: la prima unione la vera unione con la terra è quella del singolo che direttamente immediatamente corporalmente la lavora s'immedesima con essa", scriveva Capograssi in quelle "nuove e più vere *Georgiche*", ricordando Virgilio e soprattutto Proudhon, autore mai trascurato nei suoi scritti[29]. A turbare questo "paesaggio sereno" contribuisce però il problema dell'appropriazione individuale: "c'è una duplice astrattezza nella proprietà individuale, il distacco del singolo dagli altri e il distacco della singola terra dalla restante terra"[30].

Lo scritto, che sviluppava e tentava di comprendere questi aspetti, ebbe una straordinaria fortuna presso gli agraristi che lo accolsero come una sfida alla concretezza, per cui i fatti potevano essere presentati in contrasto "all'intervento dirigistico del legislatore", ricordando loro di "non annegare le peculiarità del diritto agrario, le peculiarità della realtà agraria, entro il grande e generico mare del diritto civile"[31]. Nel contesto giuridicamente non risolto del 1961, anche per via di questa lezione, Pigliaru sceglieva di dedicare la sua indagine ai contratti agrari e specie al particolare istituto della mezzadria, ponendo l'accento sugli innumerevoli conflitti che la sua disciplina prometteva di introdurre nella "struttura" della società italiana[32].

Ciò che a Pigliaru più interessava era sottolineare che il diritto, entrando in rapporto con la vita, è costretto a seguire e al tempo stesso ad anticipare i fatti,

[26] *Ibid.*, 32.

[27] Si veda P. Piovani, *Introduzione* in Rudolf Jhering, *La lotta per il diritto*, a cura dello stesso, e con prefazione di B. Croce, Bari, 1960, 16.

[28] Si veda P. Grossi, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, cit., 30.

[29] Si veda G. Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., 275-276.

[30] *Ibid.*, 279; P. Grossi, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, cit., 30.

[31] Si veda G. Cazzetta, *Natura delle cose e superbia del legislatore*, cit., 315.

[32] Si veda A. Pigliaru, *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto*, in *Atti del V Congresso Nazionale di Filosofia del diritto*, cit., 286-287.

ponendosi esso stesso nel sistema dei fatti, "come un fatto che segue e anticipa altri fatti"[33]. In tal modo si presentava allora al suo sguardo il diritto agrario nell'ordinamento italiano, rivelando, con l'ampiezza dei rinvii alla consuetudine e con i continui "anticipi" della legislazione speciale, "una delle immagini più patetiche che il diritto 'riflesso' può dare di sé"[34]. Le contraddizioni del circolo perfettamente aperto, costituito dalla dialettica delle fonti, "consuetudine, codice, legislazione speciale", sia pure all'interno di una singola esperienza dell'ordinamento, mostravano limpidamente, secondo lui, il "blocco storico" delle relazioni tra economia-politica-diritto nella realtà italiana. La lotta per il diritto, che è lotta per la riaffermazione della storia e del naturale corso democratico della comunità e dello Stato, assumeva perciò il significato di una lotta politica[35]. Le idee di fondo manifestate nella comunicazione del 1961 non mutano di molto quando nel 1964 Pigliaru decide di ampliare le sue riflessioni in un volume di cui non esitava a sottolineare la natura "prevalentemente teoretica e speculativa"[36].

Nel riprendere l'indagine sul rapporto struttura-soprastruttura, Pigliaru si proponeva altresì di eliminare "ogni residuo meccanicistico, mediante la effettiva traduzione, in termini di dialettica, di un rapporto altrimenti destinato a rimanere astratto e naturalistico, cioè obiettivamente repugnante ad ogni concezione critica della realtà e dell'uomo"[37]. Restituire l'uomo alla storia, riancorandolo all'esperienza, significava in primo luogo riconoscere la sua immanenza nella propria azione "come legge e condizione dell'azione medesima"[38]. Con Sartre individuava nella "struttura" quelle condizioni obiettive che definiscono la situazione storica. Il passato continua a sussistere come condizionamento del presente e del futuro, e – a seconda del grado più o meno elevato di autonomia o di non autonomia dettato dalle condizioni storiche in cui si trova ad operare il soggetto –, conduce quest'ultimo ad un'attività alienata o di libertà. Un'azione, infatti, può essere compiuta anche per fini estranei al soggetto, "inautentici", o per fini sentiti come propri e perciò "autentici": solo in questo secondo caso si realizza un effettivo rapporto di libertà tra soggetto e azione. I due termini "autentico" e "inautentico" sono utilizzati nel significato proposto da Karl Jaspers, volto a distinguere ciò che è profondo da ciò che è superficiale;

[33] *Ibid.*, 288.

[34] *Ibidem*.

[35] *Ibid.*, 289.

[36] Si veda A. Pigliaru, *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto*, in Id., *Scritti di scienza politica*, Sassari, 105.

[37] *Ibid.*, 114.

[38] *Ibidem*.

ciò che è duraturo da ciò che è momentaneo; ciò che è cresciuto con la persona da ciò che la persona accetta o imita[39].

Pigliaru si interroga sugli esiti ai quali può condurre, su un piano giuridico e politico, la dialettica di struttura e soprastruttura: la loro reciprocità implica infatti che se mutamenti nella struttura daranno necessariamente luogo a trasformazioni nelle soprastrutture, è concretamente pensabile che agendo su queste ultime sia possibile riformare la stessa struttura di una società, come intuiva appropriandosi di una pagina gramsciana[40]. Considerato il rapporto struttura-soprastruttura nei termini di reciprocità, cioè come un "processo dialettico reale", l'azione indirizzata a ripristinare l'autenticità del diritto (cioè l'azione rivolta a modificare una soprastruttura, nello schema gramsciano), poteva dunque trasformare anche i rapporti di fondo di una società, rovesciandoli, fino a far sorgere una realtà sociale interamente rinnovata ("una società già vissuta come prospettiva futura")[41]. La contemporanea lotta per un diritto, "demistificato e demitizzato, e quindi rimesso a contatto con la storia", la cui fenomenologia restava ancora tutta da studiare, si presentava dunque come una vera e propria lotta politica. Lo Stato, per Pigliaru, aveva l'obbligo di 'entrare nella vita per salvare la vita' e non per degradarla, rivalutando la politica come momento universale della storia e negando la pretesa del potere di fare un uso sistematico del male che c'è nel mondo: la libertà gli appariva non come estensione indiscriminata di autonomie comunque determinate, ma come superamento di ogni dualismo, di ogni divisione, di ogni forma di esistenza separata e alienata. Questa fiducia nello sviluppo storico della democrazia, come metodologia della riappropriazione permanente di tutto l'ordinamento da parte di tutta la società, nel 1964 trovava alimento dai tentativi di riforma del diritto agrario.

3. *La terra e il diritto: un conflitto moderno*

L'intero quarto capitolo è dedicato all'esame della riforma dei patti agrari e i suoi riferimenti sono ormai ben più ampi rispetto alla precedente redazione. Il diritto agrario, nonostante l'antica idoneità della terra a porre problemi giuridici, costituisce, infatti, un'esperienza tipicamente contemporanea, propria cioè delle costituzioni del XX secolo: "nessun programma politico-pratico può

[39] *Ibid.*, 132.

[40] Si veda A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, cit., *Q.* 8 § 182, 1051-1052, conosciuta naturalmente nella precedente edizione Id., *Il materialismo storico*, Torino, 1948, 39-40.

[41] Si veda A. Pigliaru, *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto*, cit., 118.

prescindere da tale realtà", ripeteva Pigliaru, facendo proprie le considerazioni espresse da Giangastone Bolla, in apertura della sua voce pubblicata proprio nel '64 sull'*Enciclopedia del diritto*[42].

La nuova disciplina gli appariva per metà chiusa e per metà ancora aperta: chiusa, in quanto restava "presa nel giro di una legislazione che sembra annunciare più verità di quante non ne contenga"; aperta, "sia per la presenza nella nuova disciplina di alcuni fatti indubbiamente 'progressisti', sia perché, in essa, molto, se non tutto, deve essere o risolto o ulteriormente compromesso dal conflitto delle forze antagoniste, dall'impegno che queste sapranno porre nella loro azione, per saldare, o in un modo o nell'altro, cioè, trattandosi sempre di un conflitto di classi, o nel senso del progressivo affermarsi del lavoro; o in quello dell'ulteriore affermarsi del capitale"[43].

Pigliaru seguiva e commentava il dibattito parlamentare che condusse alla legge del 15 settembre 1964, n. 756 e in particolare la relazione di Renato Colombo, che delineando i presupposti politici di una legge il cui intento era l'azione diretta sulle "strutture agrarie nella realtà sociale italiana", pareva giustificare ancor più la sua scelta originaria di porre il diritto agrario al centro di un discorso che pure voleva restare essenzialmente teorico[44].

I motivi di tale scelta erano puntualmente elencati, per sgomberare il campo da ogni possibile equivoco: il processo lento e contradditorio di statualizzazione del diritto agrario (e dunque le notevoli difficoltà nella sistemazione di tale disciplina in sede di dottrina, anche per via della sua storia che la vede oscillare la realtà agraria da condizioni ancora feudali ad altre di natura capitalistica) la presenza nel suo seno di una dialettica proprietà-lavoro, che già secondo Tullio Ascarelli faceva del diritto agrario una disciplina posta a metà tra leggi naturali e "indeclinabili interessi"; il vastissimo materiale offerto alla riflessione teoretica dalla dialettica delle fonti, che caratterizzava i tentativi di difficile statualizzazione del diritto agrario; e quel modo di presentare in tutta la sua drammaticità la "rivolta dei fatti contro il Codice", idea che Pigliaru, sulla scorta di Capograssi, recuperava direttamente dalle celebri pagine di Gaston Morin[45].

Sia pur con qualche cautela, nel 1964 le intenzioni del legislatore per la riforma dei patti agrari, gli apparivano valide, perché si presentavano come una

[42] Si veda G. Bolla, *Diritto agrario*, in *Enciclopedia del diritto*, dir. da F. Calasso, XII, Milano, 1964, pp. 846-855, part. 846.

[43] Si veda A. Pigliaru, *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto*, cit., 137.

[44] *Ibidem*.

[45] Si veda G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920; cfr. G. Capograssi, *La nuova democrazia diretta*, in Id., *Opere*, I, cit., 405-573.

"vera e propria riforma di struttura, adeguando ad una nuova realtà politica e sociale e soprattutto proporzionando a nuove prospettive di progresso, gli strumenti giuridici che regolavano tanta parte della vita nelle campagne"[46].

La nuova legge accentuava così la promozione sociale del lavoro, rafforzando i diritti rispetto alla proprietà, intendendo "superare" un istituto "complesso e storicamente compromesso come la mezzadria"[47]. Questo tentativo di anticipare un'evoluzione già in corso, secondo le parole del legislatore, rivelava però ancora troppi elementi di debolezza, riassumibili per Pigliaru nella scarsa incisività sugli squilibri territoriali dell'agricoltura; nella riduzione dell'autonomia d'iniziativa del mezzadro in termini di coltura; nella presenza di incertezze e di margini di ambiguità che la legge lasciava in eredità al futuro, per la sua diffusa mancanza di determinazioni positive.

Il superamento della mezzadria, ad esempio, si concretizzava unicamente con il divieto a stipulare nuovi contratti. Se, insomma, le intenzioni erano certamente salutari per il diritto agrario, esse non riuscivano comunque ad incidere profondamente sulle strutture sociali: non si giungeva fino al punto di provocare un intero rovesciamento delle situazioni precedenti, mancando al disegno di legge quella forza innovatrice che in una democrazia comporta il ripristino del diritto nella storia di una comunità. Doveva, dunque, ancora giungere a compimento la completa rielaborazione del "novello diritto agrario che, a differenza del diritto civile borghese che risolve tutto nell'algido rapporto generico tra proprietario e conduttore, in nome della maggiore e migliore produzione agraria, valorizza il gestore effettivo della terra e non si dimentica del semplice coltivatore, ponendo limiti alla libertà del proprietario, immergendola in qualche modo in seno a una comunità e a un ambiente naturale quali realtà da rispettare e apprezzare"[48].

La riforma dei patti agrari del 1964 spinse Pigliaru a riprendere il tema della lotta per il diritto, già dibattuto nel XIX secolo, stimolato anche dalla riedizione del *Der Kampf um's Recht* di Rudolf Jhering, curata nel 1960 da Piovani, che ne offriva una lettura rinnovata.

Piovani vedeva in Jhering l'archetipo del giurista moderno: uno storico del diritto che unisce umanesimo e rigore scientifico, opponendosi al formalismo astratto e difendendo il diritto come azione concreta e inserita nella storia. Jhering non separava mai il diritto formulato dal diritto reale, consapevole delle contraddizioni della scienza giuridica, tesa tra il rispetto del codice e l'esigenza di adattarlo alla vita concreta. La sua opposizione al formalismo non era contro

[46] Si veda A. Pigliaru, *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto*, cit., 146.

[47] *Ibid.*, p. 147.

[48] Si veda P. Grossi, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, cit., 30.

l'astrazione in sé, ma contro le concettualizzazioni vuote, distanti dalla prassi. Il suo pensiero, con oscillazioni apparenti tra individualismo e statalismo, rifletteva la complessità del diritto come volontà giuridica legata agli scopi della vita reale.

Pigliaru, nel riprendere Jhering, si concentrò soprattutto sulla parte iniziale della sua opera, dove il diritto non è solo difesa dell'esistente ma lotta per creare un nuovo diritto. Questo conflitto, che oppone forze sociali antagoniste, esprime la dialettica storica tra gruppi dominanti e portatori di principi nuovi. La lotta per il diritto, quindi, non è solo una battaglia per il diritto vigente, ma una contestazione delle istituzioni esistenti, capace di scuotere l'intero assetto sociale. Pigliaru applica questa visione alla sua realtà, considerando la riforma del diritto come strumento per modificare i rapporti di struttura, non solo la sovrastruttura giuridica. Anche una semplice causa legale può rivelare l'ipocrisia di un ordinamento, come nel caso di Shylock, evocato da Jhering, dove il diritto diventa veicolo di oppressione. La critica di Pigliaru punta a superare la visione borghese del diritto come garanzia della proprietà, per proporre invece un diritto che sia strumento di trasformazione sociale, capace di rompere le condizioni dell'alienazione e restituire l'uomo alla sua centralità di soggetto attivo.

Pigliaru vede la democrazia non come una forma statica, ma come processo rivoluzionario capace di identificare diritto e trasformazione sociale. Solo una riforma democratica radicale dello Stato e della società può garantire un diritto che appartenga realmente a tutti, concepito come progetto di emancipazione collettiva. Nel pensiero di Pigliaru, la resistenza nel diritto si presenta dunque come l'affermazione al più alto livello della virtù dell'individuo e della comunità: una resistenza al dispotismo, a tutti i prevedibili e imprevedibili trionfi del dispotismo. E in tal senso le complesse pagine di *Struttura soprastruttura e lotta per il diritto* possono rivelarsi ancora attuali.

LA *DISCLOSURE* QUALE STRUMENTO A GARANZIA DELLA INDIPENDENZA (E IMPARZIALITÀ) DELL'ARBITRO

Roberto Ceccon

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ordinamento italiano e la funzione giudicante dell'Arbitro. – 3. Indipendenza e imparzialità dell'Arbitro e giusto processo. – 4. *Disclosure* e *soft law*. – 5. La *disclosure* "indiretta" secondo le Corti francesi.

1. *Introduzione*

L'avvio di una procedura arbitrale è sicuramente il momento più delicato dell'intero procedimento nel quale i difensori delle parti in causa sono chiamati a svolgere un ruolo di estrema importanza. Si tratta della scelta dell'arbitro di parte, nel caso di tribunale arbitrale composto da tre membri, ovvero dell'arbitro unico.

Sicuramente, la prima ipotesi coinvolge numerosi aspetti che sono di fondamentale importanza per l'intero procedimento e che dovranno essere valutati con la massima attenzione da colui che effettua la nomina. Tra questi: la competenza tecnica dell'arbitro che si va a nominare, a seconda dell'oggetto del contenzioso, la conoscenza delle regole arbitrali che governeranno la procedura, la capacità di relazionarsi in modo efficace con gli altri arbitri, l'esperienza arbitrale acquisita, lo *standing* riconosciuto all'arbitro dalla comunità arbitrale, ma soprattutto l'effettiva indipendenza e imparzialità dell'arbitro scelto.

Vero è che, in termini concreti, non si può negare che la scelta dell'arbitro non sia infarcita da possibili preferenze, anche di tipo intellettuale, verso questa o quella figura, che dipendono molto spesso da relazioni in essere o pregresse che, sebbene non condizionanti, invadono pur sempre i confini della indipendenza e imparzialità[1].

È ben noto che l'indipendenza dell'arbitro sia uno stato oggettivo; quindi, uno stato che può essere provato dall'assenza di elementi che, in via oggettiva, possano ritenersi inquinanti la missione decisoria dell'arbitro. Tuttavia, questi

[1] M. Taruffo, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1997, 3, 481 ss.

elementi vanno considerati solo e nei limiti in cui sia messo in discussione il necessario equilibrio e l'attesa di un giusto processo cui le parti ambiscono ovvero ragioni che possono presentarsi agli occhi di una parte come un'impropria quanto seria relazione personale idonea a creare una qualche incertezza sul grado di imparzialità dell'arbitro. In altri termini: indipendenza e imparzialità come sinonimi di correttezza e alta professionalità dell'arbitro, piuttosto che severa censura di qualsiasi influenza esterna che solo potenzialmente possa gettare un velo d'ombra sulla condotta dell'arbitro.

I concetti di indipendenza e imparzialità dell'arbitro traggono la loro fonte originaria dalla comparazione con il ruolo e la funzione giudicante spettanti al Giudice ordinario.

Da qui nasce un significativo nodo da sciogliere, sia a livello domestico che nella sfera internazionale: l'arbitro, quale giudice privato, è equiparabile, nella sua funzione, al giudice ordinario? È sufficiente l'identità di funzioni per effettuare una semplice trasposizione normativa da un soggetto all'altro? Si cercherà, pertanto, di dare una risposta a tali quesiti, per poi analizzare il ruolo che oggi svolge lo strumento della *disclosure* a garanzia della indipendenza e imparzialità dell'arbitro.

2. *L'Ordinamento italiano e la funzione giudicante dell'Arbitro*

Nel tempo, l'arbitrato ha certamente subito una forte evoluzione e la funzione "giudicante", molto sentita nei tempi in cui il concetto di autorità giudiziaria non era ancora radicato nella società, è venuta affievolendosi sempre più per poi conseguire una posizione quanto meno comparabile a quella del giudizio ordinario. Ad esempio, dando uno sguardo all'evoluzione dell'istituto attraverso il Codice di procedura civile del 1865 fino al Codice del 1942, si può notare come si sia passati da un'idea di arbitro quale ausiliario del giudice a cui spettavano solo atti preparatori in funzione della successiva decisione del giudice a quello più attuale che gli attribuisce poteri giudicanti in senso stretto[2]. Infatti, alle parti non solo è data la possibilità di nominare il collegio giudicante composto da soggetti privati, ma tale collegio ha la possibilità di emettere un provvedimento, il lodo, al quale sono attribuiti i medesimi effetti della sentenza del giudice ordinario. In tal senso l'art. 824-*bis* c.p.c. ai sensi del quale il lodo, dalla data della sua ultima sottoscrizione, ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

[2] G. Verde, *La posizione dell'arbitrato dopo l'ultima riforma*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1997, 3, 470 ss.

Questa evoluzione dei rapporti tra giudice ordinario ed arbitro ha portato, nel nostro ordinamento, alla formazione di due note teorie contrapposte attraverso l'elaborazione giurisprudenziale della Suprema Corte: una che milita a favore della natura giurisdizionale del lodo e l'altra a favore della natura negoziale[3]. Quanto alla teoria giurisdizionalista, il lodo diventa espressione finale dell'attività dell'arbitro quale esercizio della funzione giurisdizionale a cui dovrà essere esteso il sistema di garanzie approntato per il giudice, per cui l'imparzialità dell'arbitro diventa elemento irrinunciabile e la sua mancanza porterebbe alla violazione dell'ordine pubblico processuale. Per contro, attribuendo al lodo una mera natura negoziale – come pure al relativo procedimento – si giungerebbe ad una limitazione delle garanzie a tutela della parte, in quanto quest'ultima potrebbe ricorrere ai soli istituti della buona fede e della diligenza del buon padre di famiglia e ai rimedi previsti per le patologie del negozio, per contrastare il provvedimento che conclude il procedimento arbitrale. Ma la situazione, nella realtà, è ben diversa, dato che il tema della rilevanza negoziale del lodo e del relativo procedimento occupa, solo nel nostro ordinamento, il campo del lodo irrituale. Ed infatti, fino al secolo scorso la situazione vedeva quali alfieri della teoria giurisdizionalista, maggioritaria, eminenti studiosi quali, fra gli altri, Amar, Mortara, Ricci, Tarzia, Consolo e Attardi[4].

A questo punto si pone il problema se sia sufficiente l'identità delle funzioni giurisdizionali svolte dal giudice ordinario e, di fatto, dall'arbitro, per parificare l'uno all'altro e quindi se la funzione giurisdizionale in sé dipenda dalla natura del soggetto che la pone in essere o se, altrimenti, sia scollegata da tale soggetto e dipenda solo dagli effetti che la legge riconosce a tale funzione, anche se compiuta da soggetti diversi dai giudici togati, quali sono gli arbitri. A ciò si aggiunga l'ulteriore e fondamentale questione che coinvolge le qualità che il soggetto giudicante deve avere, quali l'indipendenza e l'imparzialità, per comprendere se il giudice e l'arbitro possano svolgere le loro funzioni su piani differenti.

[3] E. Fazzalari, *L'Arbitrato*, Torino, 1997.

[4] L. Mortara, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1929, 586 ss. Mortara riteneva che la legge fosse l'unica fonte del potere giurisdizionale e che il giudice fosse il soggetto istituzionalmente deputato all'esercizio di tale potere, ma che tale potere spettasse altresì agli arbitri nel momento in cui erano investiti dalle parti del mandato di decidere la controversia tra loro insorta e quindi di compiere atti che lo Stato attribuiva funzionalmente al potere giudiziario. Nello stesso senso si erano precedentemente pronunciati Amar in M. Amar, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1868, 24; E.F. Ricci, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1983, 3, 655 ss.; G. Tarzia, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1987, 1, 144 ss. e Id., *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991, 2, 459.

Secondo la teoria negoziale, la funzione giurisdizionale poggia le sue fondamenta su una riserva di legge costituzionale che attribuisce la funzione giurisdizionale solo ai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (art. 102 Cost.) e in quanto tali muniti di *imperium*. Ergo, l'introduzione dell'art. 824-*bis* c.p.c. sulla efficacia del lodo, non solo non riporta l'attività dell'arbitro al rango di funzione giurisdizionale, ma costituisce una palese violazione della Carta Costituzionale[5]. Vero è, però, che l'art. 1 c.p.c. nel confermare che l'esercizio della funzione giurisdizionale è esercitata dai giudici ordinari, fa altresì salve speciali disposizioni di legge che possono derogare tale principio e riconoscere, come in effetti riconosce, la possibilità di un accertamento giurisdizionale privato. Prova ne sia che le norme di cui agli artt. 806 e ss. c.p.c. costituiscono un palese e indiscutibile regime derogatorio del giudizio ordinario a favore dell'arbitrato e della funzione giudicante degli arbitri. Il che non significa che all'arbitro venga riconosciuto lo status di giudice così come previsto dall'art. 102 della Costituzione. È quindi ragionevole e aderente alla prassi che vi sia una prevalenza della funzione rispetto ai soggetti che la esercitano. Del resto, se si pone mente all'art. 111, comma 1, Cost. secondo cui "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge", si nota che il concetto di giusto processo non è declinabile solo nei confronti del giudizio ordinario, ma vale e varrà per tutti i procedimenti che, pur non essendo incardinati davanti a giudici togati (es. i tribunali arbitrali), esplicano in ogni caso la funzione giusdicente.

Anche il secondo comma dell'art. 111 Cost. non consente di limitare restrittivamente l'interpretazione che precede. Se, infatti, ivi è fatta menzione al *giudice terzo e imparziale* avanti al quale si deve svolgere il contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, è altresì vero che il sostantivo utilizzato, "giudice", appare più espressione di esercizio della funzione giudicante piuttosto che sinonimo di "*magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*". A ciò si aggiunga, anche se di impatto minore, l'art. 815 c.p.c. che, prima della riforma di cui al D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, parificava l'arbitro al giudice ordinario prevedendo che all'arbitro potessero essere applicati i motivi di ricusazione previsti dall'art. 51 c.p.c., ossia quei motivi che obbligano il giudice ad astenersi per non incorrere nella ricusazione quale prevista dall'art. 52 c.p.c.[6]. Il tema del giusto processo entra quindi come un minimo comun denominatore di tutti i procedimenti in cui si deve giungere ad una decisione

[5] E. Fazzalari, *Questione di legittimità costituzionale,* in *Rivista dell'Arbitrato*, 2005, 4, 661 ss.

[6] Anche l'art. 341 del c.p.c. francese segue questa impostazione, prevedendo la ricusazione dell'arbitro per gli stessi motivi ammessi per la ricusazione del giudice.

secundum ius, e quindi alla concreta applicazione della norma di legge adatta al caso concreto. Applicazione che l'ordinamento consente di accertare anche con strumenti tipicamente propri del giudice ordinario, come nel caso della rimessione alla Corte Costituzionale di questioni di legittimità costituzionale (art. 819-*bis*, comma 1, n. 3, c.p.c.).

Voler mantenere una rigida posizione negozialista appare, a buona ragione, contraddittorio con le evidenze della prassi e un omaggio alla mera teoria. Ciò senza nulla togliere al contenuto negoziale della fase introduttiva del procedimento arbitrale, o alla espressa esclusione della qualifica di pubblico ufficiale all'arbitro quale prevista dall'art. 813, comma 2, c.p.c.. Si tratta però di profili diversi e, a mio avviso, insufficienti per poter negare l'esercizio della funzione giurisdizionale agli arbitri peraltro pienamente riconosciuta in ambito internazionale e non solo. Ad esempio, il legislatore francese qualifica l'arbitro come un vero e proprio giudice. Del resto, un valido supporto a tale impostazione giunge anche dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 223/2013, anticipatoria dell'art. 819-*bis*, comma 1, n. 3, c.p.c., ha statuito sulla illegittimità dell'art. 819-*ter* nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c. affermando che "gli arbitri sono legittimati a sollevare questioni di legittimità costituzionale in quanto l'arbitrato costituisce un procedimento previsto dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto tale aspetto, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie, ed è potenzialmente fungibile con il processo giurisdizionale".

Se quindi il procedimento arbitrale è esercizio della funzione jusdicente ed è un processo a tutti gli effetti fungibile con il processo giurisdizionale[7], varranno per le parti di questo processo tutte le garanzie previste in sede ordinaria e sussumibili nel principio costituzionale del *giusto processo* che include espressamente i requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice i quali, però, andranno declinati in modo diverso a seconda che si tratti di giudice ordinario o di arbitro. Nel primo caso, si è in presenza di un soggetto che, in tutte le latitudini, accede alle funzioni giudicanti a seguito di un concorso pubblico che,

[7] Cfr. *supra* nota 3. Si veda E. Fazzalari, *L'etica dell'Arbitrato*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1992, 235, l'imparzialità è un "*valore etico intrinseco al compito di giudicare l'altrui contesa*"; secondo S. La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995, 62 ss., invece, l'imparzialità dell'arbitro è "*il sale, l'anima della procedura arbitrale*".

una volta superato, lo incardina in un ordinamento, quello giudiziario che, nel nostro sistema, ha un suo organo di governo di rango costituzionale (il Consiglio Superiore della Magistratura). Il giudice è quindi assoggettato ad una serie di incompatibilità finalizzate a garantire un sistema che tenda al più elevato grado di imparzialità attraverso gli istituti della astensione e della ricusazione (artt. 51 - 52 c.p.c.). L'arbitro, invece, non esercita una funzione pubblica e non è incardinato stabilmente in alcuna istituzione statale; è un soggetto privato che conosce della controversia in virtù di un atto di autonomia negoziale (la clausola compromissoria o il compromesso) che è la fonte attributiva della qualifica di arbitro. Una volta emesso il lodo, il tribunale arbitrale cessa le sue funzioni e l'arbitro dismette tale qualifica.

Le parti, quindi, non godono di alcuna forma di garanzia preventiva circa l'imparzialità dell'arbitro né di una tutela diretta che non sia quella rimessa, nell'ordinamento italiano, all'applicazione della norma che disciplina la ricusazione dell'arbitro (art. 815 c.p.c.) che si distacca, in un certo qual modo, dalle garanzie, a nostro avviso più ampie, apprestate dall'ordinamento ante-riforma del 2006[8]. Infatti, dopo la riforma del 2006 è scomparso dall'art. 815 c.p.c. il riferimento all'art. 51 c.p.c. che, oltre a prevedere specifiche ipotesi di astensione del giudice, includeva, nel secondo comma, l'obbligo dei astensione qualora esistessero *gravi ragioni di convenienza*, ed è stata introdotta l'elencazione espressa e tassativa dei motivi di ricusazione dell'arbitro che solo in parte richiamavano quello di cui all'art. 51 c.p.c. La soppressione del rinvio all'art. 51 c.p.c., voluta dal riformatore del 2006, ha generato consistenti reazioni in dottrina oltre alla critica per la eccessiva rigidità della casistica prevista dalla norma citata ai fini della ricusazione dell'arbitro. Ora, con la nuova riforma Cartabia di cui al D.lgs. 10/10/2022, n. 122 (cd. "Riforma Cartabia"), è stato rafforzato il principio di indipendenza e imparzialità degli arbitri reintroducendo le *gravi ragioni di convenienza* quali ipotesi di ricusazione e prevedendo il tanto invocato obbligo di *disclosure* dell'arbitro al momento dell'accettazione della nomina, ossia la dichiarazione (una sorta di *autocertificazione*) che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti che possano incidere sulla indipendenza e imparzialità dell'arbitro. In caso di omessa dichiarazione, l'accettazione sarà invalida e l'arbitro decadrà nel caso in cui abbia omesso di dichiarare le circostanze che, ai sensi dell'art. 815 c.p.c., possono essere fatte valere come motivi di ricusazione.

In sostanza, il tema della ricusazione è strettamente connesso alle garanzie che l'ordinamento deve offrire a tutti coloro che devono accedere a strumenti

[8] C. Consolo, *La ricusazione dell'arbitro,* in *Rivista dell'Arbitrato*, 1998, 1, 17 ss. e altri autori ivi citati.

processuali, siano essi di natura pubblicistica o privatistica, per ottenere un giudizio definitivo e vincolante secondo regole giuste e trasparenti da un giudice indipendente e imparziale. Ebbene, è proprio guardando al ruolo che deve avere il giudice ordinario che si è evoluto anche il tema della sua indipendenza e imparzialità che, come già rilevato, va di pari passo con il principio fondamentale del giusto processo che trova il suo suggello nell'art. 111 Cost., commi 1 e 2[9].

Il giusto processo, cui accedono le fattispecie della indipendenza e imparzialità del giudicante, è una garanzia che viene da un modello internazionale che si è formato con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 (artt. 10 e 11) e la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 5 e 6) quali *indici significativi della coscienza giuridica contemporanea in materia di giurisdizione*[10]. E da tali principi il processo arbitrale non può certo dichiararsi avulso ma, anzi, strettamente condizionato.

3. *Indipendenza e imparzialità dell'Arbitro e giusto processo*

È stato affermato sulla base di studi comparatistici, che "se uno Stato non riesce ad assicurare l'imparzialità dei propri giudici preclude il raggiungimento del due process of law"[11]. L'ordinamento italiano, attraverso l'art. 111 Cost., ha introdotto fra le previsioni atte a conseguire il *giusto processo*, i requisiti di terzietà e imparzialità del giudice, figura che, come già evidenziato, non deve essere limitata al solo giudice togato. Già prima della disposizione introdotta dalla Legge costituzionale n. 2/1999, i requisiti di terzietà e imparzialità esistevano nel nostro ordinamento come testimoniano gli istituti dell'astensione e ricusazione del giudice e di ricusazione dell'arbitro. Non solo. Secondo alcuni, la previsione di imparzialità è già contenuta nell'art. 25 Cost. che prevede il principio del giudice naturale precostituito per legge, ovvero nell'art. 101 Cost., che assoggetta i giudici solo alla legge, e nell'art. 104 Cost., che disciplina la piena autonomia della Magistratura. È quindi inimmaginabile che vi possa

[9] L'art. 111 della Costituzione recita: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".

[10] M. Bove, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, 2, 481.

[11] G. Vidiri, *Giusto processo, accertamento della verità materiale e 'imparzialità' del giudice,* in *Rivista di Diritto Processuale*, 2012, 6, 1547 ss.

essere un giudice che non sia imparziale[12], atteso il fondamentale principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. quale fonte naturale del principio di imparzialità e che deve accompagnare il giudice nell'esercizio della sua funzione nei confronti delle parti in causa, in quanto soggetto il più possibile disinteressato a garantire ai cittadini una tutela effettiva e giusta.

Secondo altri, l'introduzione del giusto processo ex art. 111 Cost. svolge una "funzione centrale nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale"[13] permettendo di introdurre in via interpretativa nuovi principi di giustizia nel processo. In realtà, la riforma costituzionale del 1999 ha il merito di aver esplicitato i requisiti della terzietà e imparzialità del giudice nell'ambito della qualificazione del giusto processo che precedentemente non erano rinvenibili nella Carta Costituzionale se non indirettamente, e in limitata parte, nell'art. 104 che tratta dell'autonomia e indipendenza della Magistratura. Tuttavia, l'imparzialità non può essere confusa con l'indipendenza né con la terzietà del giudice. Questi deve godere di entrambe le qualità ossia, come dice la Costituzione, deve essere imparziale e indipendente. Errato sarebbe considerare il dato letterale come una ripetizione del medesimo concetto. In particolare, la nozione di imparzialità non può essere confusa con quella di indipendenza decisamente più assimilabile a quella di terzietà e l'eventuale equiparazione dei termini finirebbe con contrastare il criterio di economicità nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali, secondo cui ad un enunciato normativo non è da attribuire un significato già attribuito ad altra disposizione esistente nella stessa fonte formale[14].

Nel linguaggio comune, per imparzialità si intende una qualità del soggetto che è chiamato a decidere una controversia. In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale ben prima della riforma dell'art. 111 Cost., qualificando l'imparzialità quale requisito indefettibile ed irrinunciabile, senza però specificarne

[12] M. Bove, *op. cit.*, p. 482.

[13] G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 2003, 4, 1185 ss.

[14] Diverso approccio si riscontra nell'ordinamento inglese dove viene trascurato interamente il concetto di indipendenza preferendo quello più ampio di imparzialità. Infatti, nell'Arbitration Act del 1996, alla Section 24(1), si prevede la ricusazione dell'arbitro qualora, *inter alia*, "*circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality*". Tale norma pur riprendendo il contenuto dell'art. 12 della Uncitral Model Law esclude per l'appunto il riferimento alla "*indipendence*" dell'arbitro. La mancanza di indipendenza rileva solo, nel diritto inglese, se dia adito a *justifiable doubts* in merito alla imparzialità in quanto l'indipendenza in sé è priva di valore. Cfr. in tal senso M. Hunter and T. Landau, *The English Arbitration Act*, L'Aia, 1996, 25. Analogo approccio ha seguito il legislatore svedese con il Swedish Arbitration Act 1999 (sect. 8).

il contenuto[15]. Si dovrà attendere la sentenza della Corte Costituzionale, n. 155/1996, nella quale viene chiarito che: "Tra i principi del 'giusto processo', posto centrale occupa l'imparzialità del giudice, in carenza della quale le regole e le garanzie processuali si svuoterebbero di significato. L'imparzialità è perciò connaturata all'essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto 'terzo', non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasione di funzioni decisorie ch'egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza"[16].

E l'imparzialità, a sua volta, non potrà prescindere o risultare indifferente ai concetti di terzietà e/o indipendenza del giudicante, pur ponendosi su piani diversi. Imparzialità e indipendenza/terzietà sembrano quindi fondersi in un *quid unicum.* Il Calamandrei ricordava che il principio di imparzialità e terzietà del giudice fa parte di quei principi di civiltà giuridica di cui le moderne costituzioni si sono volute fare garanti[17]; come pure le convezioni internazionali che hanno posto al centro i diritti dell'individuo. Così l'art. 6 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo che prevede che ogni persona ha diritto ad essere giudicata da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, e così pure la precedente Dichiarazione Universale Dei Diritti Fondamentali dell'Uomo, il cui art. 10 annovera il diritto di ogni individuo ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale. Analogo principio si ritrova anche nell'International Covenant on Civil and Political Rights, adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU il 16 dicembre 1966, ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, il cui art. 14 prevede che: "*All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law*".

L'indipendenza di colui che giudica diventa quindi una garanzia essenziale e fondamentale a tutela dell'individuo che viene sottoposto ad un processo, sia essa di natura pubblicistica o privata; garanzia che, tuttavia, non viene ripresa dalla Carta Costituzionale, la quale preferisce il requisito della terzietà accanto a quello della imparzialità. Ma la terzietà del giudice è cosa diversa dalla indipendenza. Realisticamente, chi è chiamato a decidere una controversia deve

[15] Cfr. *supra* nota 7.

[16] Si veda Corte Costituzionale, 20 maggio 1996, n. 155, in *Foro Italiano*, 1996, 1898 ss.

[17] P. Calamandrei, *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico*, Padova, 1954, 122 ss.

essere terzo rispetto alle parti (e, ci sia consentito, ai loro difensori) e in quanto tale indipendente, né un giudice indipendente può di certo essere legato in qualsivoglia maniera ad una delle parti. Indipendenza e terzietà appaiono quindi come le facce della stessa medaglia. Tant'è che l'indipendenza deve esistere non solo rispetto a poteri esterni come sancisce il dettato costituzionale, ma anche rispetto alle parti in causa.

Se quindi si volesse dare un giudizio sul contenuto dell'art. 111 Cost. si potrebbe concludere per una visione forse troppo restrittiva del ruolo del giudice, atteso che questi non solo deve essere terzo rispetto alle parti, ma anche indipendente sia sul piano oggettivo (effettiva indipendenza) che su quello soggettivo, ossia tale da non ingenerare nelle parti dubbi su questa essenziale qualità[18]. L'imparzialità, nell'accezione data dalla Corte costituzionale, significa equidistanza del giudice dagli interessi in gioco e assenza di pregiudizi rispetto alla causa o alle parti.

Tale qualità è scomponibile in due accezioni: una soggettiva e una oggettiva, che si riflettono sulla natura del giudice. Da una parte il giudice quale individuo, quindi dotato di un suo bagaglio culturale soggettivo e di una serie di relazioni personali; dall'altra il giudice quale esercente la funzione giurisdizionale attraverso una serie di norme che ne disciplinano i poteri. La prima esprime la posizione personale del giudice rispetto al processo in concreto, riassumibile nella mancanza di pregiudizi, ma suscettibile di essere opposta dalla parte che ritenga esistente una situazione di compromissione del giudice con i propri interessi; la seconda, invece, rimessa ad eventuali accertamenti di carattere funzionale ed organici.

Nel giudizio arbitrale, è evidente che l'imparzialità, pur costituendo un presupposto indefettibile della nomina dell'arbitro e della sua *potestas iudicandi*, troverà una diversa collocazione quanto alla sua natura oggettiva; collocazione che andrà verificata secondo il contenuto della clausola arbitrale e/o delle norme applicabili al procedimento arbitrale siano esse di natura organica (norme della istituzione arbitrale di riferimento) o processuale.

Rapportando i concetti di cui sopra alla figura dell'arbitro e considerato che si tratta di una figura che non gode, alla pari del giudice togato, di un regime normativo che possa fungere da garanzia del requisito oggettivo di indipendenza, detto requisito andrà riconsiderato come pure quello di terzietà e imparzialità. L'indipendenza dell'arbitro è quindi da mettere in relazione con il rapporto esistente tra l'arbitro, le parti e i loro difensori e dovrà essere valutato sotto l'aspetto economico, non potendo essere l'arbitro un dipendente della parte che lo ha nominato, come pure non potrà esservi alcun legame profes-

[18] C. Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, 29.

sionale e/o economico; ma in più dovrà essere assente anche la dipendenza psicologica costituita da quel legame che impedisce l'autonomia di giudizio dell'arbitro nella decisione della controversia.

L'indipendenza dell'arbitro può essere definita come equidistanza dalle parti e dagli altri soggetti del procedimento; assenza di momenti oggettivi di collegamento tra l'arbitro e le parti, e tra il primo e la controversia in causa. In realtà, per quanto riguarda i soggetti nei confronti dei quali l'arbitro è tenuto all'obbligo di indipendenza, una dottrina autorevole[19] ha precisato che tale concetto non può essere riferito soltanto alle parti e agli altri soggetti del procedimento, ma deve valere anche nei confronti di tutte quelle entità la cui influenza può condizionare le decisioni del Tribunale arbitrale. L'arbitro, a differenza del giudice statale, trae la propria autorità da un apposito accordo di natura privata con le parti, per cui sarebbe scorretto ricercare la soluzione alle problematiche di indipendenza degli arbitri trasponendo quelle previste a governo della indipendenza del giudice. Con riguardo all'arbitro, ad esempio, non si pone il profilo della garanzia dell'indipendenza rispetto ai poteri dello Stato, mentre si rilevano profili peculiari al suo ruolo, quali l'indipendenza rispetto agli organi dell'Istituzione arbitrale prescelta, oppure l'indipendenza reciproca dei membri del Tribunale arbitrale. L'imparzialità, invece, è una condizione soggettiva riferita all'assenza, nell'arbitro, di qualsiasi pregiudizio di tipo culturale, sociale, politico o di altra natura nei confronti di una delle parti[20].

La libertà di scelta degli arbitri prevista in capo alle parti quale peculiarità tipica dello strumento arbitrale, unita alla circostanza che, nella gran parte dei casi, ogni parte tenderà a nominare un arbitro appartenente al proprio medesimo ambito culturale-giuridico, mal si accorda con il rigoroso rispetto di questo requisito. Inoltre, trattandosi di una condizione di tipo essenzialmente soggettivo, effettuarne la verifica risulta essere, in concreto, un compito molto arduo. Il giudizio sull'esistenza dell'imparzialità, quindi, non potrà che tradursi in un esame oggettivo delle circostanze del singolo caso, individuando come esplicitazioni della mancanza di detto requisito gli eventuali comportamenti

[19] W. J. Habscheid, *La giurisdizione arbitrale della Camera di Commercio Internazionale. Osservazioni sul nuovo regolamento del 1998*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1998, 4, 649; E. Zucconi Galli Fonseca, *Il significato di "indipendenza" dell'arbitro: ambito oggettivo*, in A. Briguglio, L. Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale*, Milano, 2005, 93 ss.

[20] P. Bernardini, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, 150. Per una descrizione più articolata di questi due termini, nonché un'analisi della linea di confine tra uno e l'altro si veda E. Zucconi Galli Fonseca, *Il Tribunale Arbitrale*, in A. Briguglio, L. Salvaneschi (a cura di), *op. cit*., 79 ss.

guidati da un "*intento malizioso*" (dolo), ovvero indotti da "*mancanza di diligenza riguardante i più elementari doveri dell'arbitro*" (colpa)[21]. Appare quindi non peregrina l'impostazione dell'ordinamento inglese che individua nella imparzialità l'elemento cardine che contraddistingue la funzione giudicante dell'arbitro, confinando il concetto di indipendenza ad una mera funzione ancillare e sintomatica della carenza di imparzialità. Ergo, l'arbitro deve essere innanzitutto imparziale e l'eventuale carenza di indipendenza diventa vizio ragionevole della sua imparzialità[22].

Quanto alla terzietà, l'arbitro non potrà avere un interesse personale e diretto nella controversia mentre l'imparzialità dovrà intendersi legata alla specifica controversia e dovrà tradursi in una effettiva equidistanza tra le parti; cosa questa che riveste una evidente criticità nel momento in cui l'arbitro viene nominato dalla parte, la quale potrebbe essere incline a scegliere un soggetto che abbia già espresso una sua opinione sulla materia del contendere[23] ovvero

[21] G. Bernini, *Lezioni di Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 1992, 289.

[22] Cfr. *supra* nota 14.

[23] Di particolare interesse è la pronuncia della Cassazione Civile, Sez. I, 15 novembre 2010, n. 23056, ove è stato trattato il tema dell'attualità della relazione personale dell'arbitro quale presupposto per attivare il rimedio ricusatorio quale previsto dall'art. 51, n. 1, c.p.c., in quanto richiamato dall'art. 815 c.p.c., e che ha dato luogo alla condanna dell'Italia per violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Nello specifico, la Corte ha statuito che: "*In tema di ricusazione dell'arbitro, la formula contenuta nell'art. 51, n. 1, c.p.c. che (nel regime anteriore alla modifica dell'art. 815 c.p.c. operata dall'art. 21 d. lg. N. 40 del 2006) prevede tra le cause di astensione obbligatoria la situazione di 'interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto', postula un legame attuale dell'arbitro, nella più varia configurazione giuridica, con una parte del processo per una coincidenza di interessi ad una determinata soluzione della causa e/o per un rapporto di consulenza ed assistenza alla stessa*". Nella fattispecie la Corte ne ha escluso la sussistenza per l'arbitro che aveva ricoperto in passato la carica di vicepresidente e componente del consiglio di amministrazione della società. Ebbene a seguito di tale pronuncia l'Italia è stata citata avanti la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione. La Corte, in accoglimento del ricorso, ha affermato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione statuendo che: "*Qualora l'arbitro nominato sia stato vicepresidente e membro del consiglio di amministrazione nonché difensore in altro procedimento di una delle parti o di un soggetto ad essa collegato risulta violato il canone di imparzialità oggettiva dell'arbitro previsto dall'art. 6 CEDU*". Inoltre, la Corte, nell'affermare che le garanzie di imparzialità ed indipendenza di cui all'art. 6 CEDU si applicano agli arbitri, ha riconosciuto che il diritto di accesso alla giustizia di cui all'art. 6 CEDU non impedisce l'esistenza di un Tribunale arbitrale al fine di comporre determinate controversie patrimoniali tra individui e che dalla libera accettazione di una clausola compromissoria non può desumersi la rinuncia alle garanzie previste dall'art. 6 CEDU (v. Corte EDU, Sez. I, 20 maggio 2021, ricorso n. 5312/11, *Beg S.p.A. c. Italia*). Sull'applicabilità dell'art. 6 CEDU all'arbitrato, controversa in dottrina, cfr. tra gli altri: C. Spaccapelo, *op. cit.*, p. 49 ss.; C. Consolo, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par.*

che risulti alla stessa particolarmente gradito per qualsivoglia ragione, tra cui avere in seno al collegio arbitrale qualcuno di cui potersi fidare e in grado di controbilanciare eventuali e non volute derive del collegio in favore della controparte[24], se non addirittura avere un particolare carisma tale da poter condizionare, nelle attese della parte che lo ha nominato, gli altri membri del Tribunale arbitrale. Aspetti, questi, che purtroppo sono spesso posti alla base delle scelte compiute da coloro che sono chiamati ad effettuare le nomine, quando non sia interessata una istituzione arbitrale.

4. Disclosure *e* soft law

Lo strumento della *disclosure* (che altro non è che una sorta di autocertificazione dell'arbitro sulla propria indipendenza e imparzialità), ormai riconosciuto, anche per l'arbitro terzo, da quasi tutti i sistemi regolamentari, è stata introdotta anche nel nostro ordinamento dalla cd. Riforma Cartabia con l'art. 813 c.p.c.[25]. La finalità della *disclosure* è di consentire alle parti di valutare il grado di indipendenza dell'arbitro nel momento in cui viene chiamato ad accettare l'incarico conferito. Si ritiene sufficiente, in virtù della natura privatistica e fiduciaria del rapporto che lega le parti agli arbitri, rimettere alla valutazio-

1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Rivista del Diritto Civile*, 1994, 3, 993 ss.; P. Biavati, *Arbitrato internazionale*, in AA. VV., F. Carpi (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2016, 587 ss. Sul punto, si vedano anche: Corte EDU, 21 aprile 2020, n. 36093/13; Corte EDU, 9 gennaio 2018, n. 63246/10; Corte EDU, 4 dicembre 2018, n. 10211/12; Corte EDU, 4 dicembre 2018, n. 27505/14; Corte EDU, 9 gennaio 2013, n. 21722/11; Corte EDU, 15 dicembre 2005, n. 73797/01; Corte EDU, 17 giugno 2003, n. 62435/00; Corte EDU, 6 maggio 2003, n. 39343/98; Corte EDU, 6 maggio 2003, n. 43147/98; Corte EDU, 21 dicembre 2000, n. 33958/96; Corte EDU, 22 ottobre 1984, n. 8790/79.

[24] S. Azzali, *La neutralità dell'arbitro nell'arbitrato internazionale. Troppe "sfumature" dello stesso colore?*, in *Studi in Onore di Giorgio Bernini*, Milano, 2021, 295 ss.; M. Taruffo, *op. cit.*, p. 481 e ss., che esprime una posizione molto netta e inequivocabile sulla inevitabile parzialità dell'arbitro di parte.

[25] L'art. 813 della Costituzione recita: "L'accettazione degli arbitri è data per iscritto, anche mediante sottoscrizione del compromesso o del verbale della prima riunione, ed è accompagnata, a pena di nullità, da una dichiarazione nella quale è indicata ogni circostanza rilevante ai sensi dell'art. 815, primo comma, ovvero la relativa insussistenza. L'arbitro deve rinnovare la dichiarazione in presenza di circostanze sopravvenute. In caso di omessa dichiarazione o di omessa indicazione di circostanze che legittimano la ricusazione, la parte può richiedere, entro dieci giorni dalla accettazione o dalla scoperta delle circostanze, la decadenza dell'arbitro nei modi e con le forme di cui all'art. 813-bis". Agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

ne delle prime l'eventualità di essere giudicate da un arbitro non indipendente. Ciò vale ad una duplice condizione: che le medesime parti siano in grado di effettuare la valutazione a ragion veduta, conoscendo cioè il motivo che determina il vizio, e che tale opportunità venga controbilanciata dalla garanzia di equidistanza del collegio arbitrale nel suo complesso rispetto alle parti. Oltre alle condizioni sopra elencate, alcuni regolamenti predispongono un'ulteriore misura a tutela dell'indipendenza degli arbitri, prevedendo l'intervento dell'istituzione nella loro nomina[26]. Infatti, l'autonomia dei contendenti nell'accettare arbitri di dubbia indipendenza verrà fortemente attenuata laddove la scelta degli arbitri venga sottoposta al vaglio dell'istituzione arbitrale, soprattutto considerando che le istituzioni preferiscono evitare il crearsi di situazioni potenzialmente problematiche e ciò, talvolta, anche prescindendo dall'assenza di osservazioni delle parti sulla nomina dell'arbitro. Quindi, l'istituzione arbitrale potrebbe non confermare l'arbitro anche nel caso in cui le parti non abbiano sollevato alcuna obiezione al riguardo.

Dando un rapido sguardo alle fonti internazionali, l'art. 12(1) della *Uncitral Model Law*[27] prevede che colui che sta per essere nominato arbitro deve dichiarare "*any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence*" e tale obbligo permane per tutta la durata del procedimento arbitrale. L'accento viene posto quindi sui "*justifiable doubts*" sulla imparzialità e indipendenza dell'arbitro nominando; il che esprime un concetto che, in quanto non definito, si presta ad ampia interpretazione. Egualmente, le *IBA Guidelines on Conflict of Interests*, adottate con delibera dell'IBA Council in data 23/10/2014 (a seguito di revisione della edizione del 2004), ed ora rinnovate con la edizione 2020, espressamente concepite quale ausilio ai nominandi arbitri e alle parti per facilitare la *disclosure*, prevedono l'obbligo di dichiarare ogni situazione che possa dar luogo a *doubts* sulla indipendenza e imparzialità degli arbitri superando così il concetto di *reasonable doubts* e

[26] È il caso di quanto prevede il Regolamento LCIA - Arbitration Rules (2020) all'art. 7 "*Party and Other Nominations*", che riserva la nomina degli arbitri all'istituzione, ma anche di quanto previsto dai Regolamenti di C.C.I., all'art. 11 "Disposizioni generali" e dal Regolamento della Camera di Milano (CAM), all'art. 19 "Accettazione degli Arbitri", in base ai quali l'Istituzione sottopone gli arbitri di nomina di parte a giudizio di conferma.

[27] Art. 12(1) della UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration recita: "*When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him*".

ulteriormente amplificando le ipotesi di conflitto[28]. Resta comunque particolarmente utile, ai fini della tassonomia della casistica idonea a casi di manifesta o potenziale conflittualità degli arbitri con i requisiti di indipendenza e imparzialità, l'elaborazione delle situazioni, mutuate dalla prassi, che possono dar a luogo a conflitto redigendo le note tre liste delle IBA Guidelines (rossa, arancione e verde)[29] che, in via gradata, indicano l'ordine di gravità delle stesse.

La cd. Riforma Cartabia, con l'art. 813 c.p.c., ha adottato una formula *sui generis* prevedendo una dichiarazione/*disclosure* dell'arbitro, all'atto dell'accettazione dell'incarico, nella quale è indicata *ogni circostanza rilevante ai sensi dell'art. 815, primo comma, ovvero la relativa insussistenza*. Nessun accenno quindi ai *reasonable doubts* o al solo *doubt* che possano toccare l'indipendenza e imparzialità dell'arbitro, bensì il richiamo alle specifiche situazioni indicate

[28] È pacifico che nel contesto dell'arbitrato internazionale il principio di indipendenza e imparzialità sia universalmente accettato. Sul punto, si vedano A. Berlinguer, *Impartiality and Independence of Arbitrators in International Practice,* in *American Review of International Arbitration*, 1995, 4; D. Bishop, L. Reed, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party - Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, in *Arbitration International*, 1998, 4, 395 ss.

[29] Estratto delle *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (ed. 2024), "Part II: Practical Application of the General Standards": "*The Red List consists of two parts: a 'Non-Waivable Red List' (see General Standards 2(d) and 4(b)); and a 'Waivable Red List' (see General Standard 4(c)). These lists are non-exhaustive and detail specific situations that, depending on the facts of a given case, give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence. That is, in these circumstances, a conflict of interest exists from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances (see General Standard 2(b)). The Non-Waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be their own judge. Therefore, acceptance of such a situation cannot cure the conflict. The Waivable Red List covers situations that are serious but not as severe. Because of their seriousness, unlike circumstances described in the Orange List, these situations should be considered waivable, but only if and when the parties, being aware of the conflict of interest situation, expressly state their willingness to have such a person act as arbitrator, as set forth in General Standard 4(c)". "The Orange List is a non-exhaustive list of specific situations that, depending on the facts of a given case, may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. The Orange List thus reflects situations that would fall under General Standard 3(a), with the consequence that the arbitrator has a duty to disclose such situations. In all these situations, the parties are deemed to have accepted the arbitrator if, after disclosure, no timely objection is made, as established in General Standard 4(a)". "The Green List is a non-exhaustive list of specific situations where no appearance and no actual conflict of interest can exist either under the subjective or the objective standard. Thus, the arbitrator has no duty to disclose situations falling within the Green List. As stated in the Explanation to General Standard 3(a), the Green List reflects the fact that there is a limit to the duty to disclose, based on reasonableness*".

dell'art. 815, primo comma, c.p.c., tra le quali troviamo il reinserimento del concetto di *gravi ragioni di convenienza tali da incidere sulla indipendenza e imparzialità* dell'arbitro, soppresso con la riforma dell'arbitrato di cui al D. lgs. 40/2006. Si tratta quindi dell'indiretto richiamo al criterio previsto dall'art. 51, secondo comma, c.p.c. (obbligo di astensione del giudice). Il che conferma, ancora una volta, quanto forte sia nell'ordinamento italiano il parallelismo tra la figura del giudice ordinario e l'arbitro.

La maggior parte dei regolamenti arbitrali si limita a stabilire l'obbligo per gli arbitri di essere indipendenti ed imparziali, senza però dettare le specifiche ipotesi in cui questi requisiti vengono in rilievo. Spetta pertanto alle parti e alle istituzioni operare, caso per caso, una valutazione discrezionale. Per quanto riguarda gli interventi dell'istituzione arbitrale, si tratta di un compito estremamente delicato, in quanto deve essere tenuta in considerazione una moltitudine di elementi eterogenei, quale l'interesse a costituire un collegio arbitrale non contestabile evitando al contempo di dar seguito all'eventuale adozione di misure dilatorie; il rispetto delle norme inderogabili poste in materia dagli ordinamenti rilevanti nel caso di specie; la necessità di comprendere la diversa sensibilità che in materia esprimono le differenti culture giuridiche e situazioni che possono creare dubbi in merito all'indipendenza e all'imparzialità degli arbitri rispetto alle parti e agli altri soggetti coinvolti nel procedimento arbitrale sono innumerevoli.

5. *La* disclosure *"indiretta" secondo le Corti francesi*

Sempre ponendo mente alla prassi è di esemplare rilevanza la peculiare sentenza della Corte d'Appello di Parigi, Camera Commerciale Internazionale, del 17/01/2023, RG. n. 20/18330, con la quale è stato annullato il lodo parziale reso dal Tribunale arbitrale composto da Thomas Clay (presidente), Achille André Ngwanza e Hugo Barbier (co-arbitri) per irregolare costituzione del Tribunale arbitrale ex art. 1520, comma 2, c.p.c. francese[30], risultante da fatti successivi alla emanazione del lodo parziale[31]. Nello specifico, il motivo d'appello,

[30] L'art. 1520, comma 2, c.p.c. francese recita: "*Le recours en annulation n'est ouvert que si: I) Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent; ou II) Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué; ou III) Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée; ou IV) Le principe de la contradiction n'a pas été respecté; ou V) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international*".

[31] Corte d'Appello di Parigi, n. RG 20/18330, *Port Autonome de Douala c. Douala International Terminal,* nella versione inglese, pubblicata in *Global Arbitration Review*, 13 gennaio 2023.

proposto dall'Autonomous Port of Doula (PAD), società pubblica di diritto camerunense, contro la Doula International Terminal (DIT), società di diritto camerunense, nasceva dall'elegia funebre pubblicato dal presidente del Tribunale arbitrale Thomas Clay subito dopo la morte del prof. Gaillard, difensore della DIT nel giudizio arbitrale, dalla quale sarebbero emersi elementi tali da ingenerare *in the mind of PAD* a "*reasonable doubt […] as to the independence and impartiality of this arbitrator* (Thomas Clay)".

In sostanza nel tributo funebre, Thomas Clay si era così espresso: "*It is under his new colours that I was to meet him again in three weeks for hearings in which he would act as counsel and I as referee, and I was looking forward to hearing again his formidable knife-edge pleadings, in which the precision and the height of vision seduced me even more than any trickery. This meeting will not take place, nor will our regular meetings since, in January 2000, he had sat as a rapporteur in my thesis jury. Immediately afterwards we became friends, united by the same passion and the same conception of international arbitration. During our travels and trips abroad, notably to Brazil and Colombia, our friendship took on a more personal aspect, as Emmanuel, who rarely did so, finally opened up. For my part, I consulted him before making any important choice. He was a joyful, funny, generous, brilliant, caring and yet modest person. He had a youthful appearance, a healthy and athletic life that could not have foreshadowed such a close and brutal end. I think of his two sons to whom he was so closely linked. I think of his associates and collaborators. I think of all those he inspired or trained. I think of the abysmal void he leaves behind that will never be compensated. He was a master mentor and a model. I admired and loved him*".

Alla luce di tali dichiarazioni, la Corte d'Appello di Parigi ha ritenuto che le relazioni personali dichiarate indirettamente da Thomas Clay nell'elegia funebre e mai rese note, erano di tale portata da dover essere rivelate in sede di *disclosure* in quanto, pur non essendo espressamente menzionate dall'art. 1520 c.p.c. francese come causa di annullamento del lodo, ben potevano rientrare nell'alveo dell'art. 11, paragrafo 2, del Regolamento Arbitrale ICC – accettato dalle parti – secondo cui la *disclosure* del nominando arbitro riguarda "*any facts or circumstances that might be of such a nature as to call into question his or her indipendence in the eyes of the parties, as well as any circumstances that might give rise to reasonable doubts as to his or her impartiality*".

Non solo; anche le linee guida emanate dalla ICC per definire il perimetro del dovere di *disclosure* prevedono espressamente che l'arbitro riveli qualsiasi circostanza dalla quale possa risultare che l'arbitro stesso o lo studio cui appartiene *has a close professional or personal relationship with ether party's counsel*

or that counsel's law firm business[32]. Il presidente del Tribunale arbitrale avrebbe dovuto, quindi, fare la dovuta *disclosure* di tali relazioni personali in base al principio sancito anche nell'art. 2 delle raccomandazioni della C.C.I. secondo cui "*any doubt shoud be resolved in favour of disclosure* (o altrimenti detto *in dubio pro disclosure*)". Su tali basi la Corte d'Appello francese, pur sottolineando l'integrità intellettuale e professionale dell'arbitro ricusato, ha ritenuto le suddette circostanze quali fatti oggettivi volti a minare la regolare costituzione del Tribunale arbitrale in quanto idonee a ingenerare nella parte appellante quel "*reasonable doubt*" sulla indipendenza e imparzialità dell'arbitro. Recentemente, la Corte di Cassazione francese ha confermato l'annullamento del lodo come dichiarato dalla Corte d'Appello[33].

In conclusione, volendo fare una breve osservazione sulla sentenza testè esaminata, possiamo solo osservare che l'impostazione della Corte d'Appello rivela un approccio certamente molto rigoroso e al tempo stesso molto ampio al concetto di *disclosure*. Il contenuto della elegia funebre può ingenerare certamente un ragionevole dubbio sulla indipendenza dell'arbitro ma, secondo tale impostazione, innumerevoli lodi finirebbero per essere travolti dato che le relazioni personali tra arbitri e difensori che spesso si succedono anche nel rispettivo ruolo sono all'ordine del giorno[34]; del resto, è notorio il livello di rapporti professionali che molto spesso interconnettono arbitri e studi legali.

Ciò non significa ignorare il principio fondamentale secondo cui le parti devono essere garantite nella serenità di giudizio di chi le giudica e devono essere informate di ogni circostanza che possa ingenerare dei dubbi, ma piuttosto lasciare spazio a situazioni che, se debitamente contestualizzate, non dovrebbero assurgere a livello tale da ritenerle idonee a far venire meno i requisiti di indipendenza e imparzialità dell'arbitro.

Se infatti le dichiarazioni contenute in una elegia funebre sono sufficienti per accendere una spia sulla presunta violazione del dover di *disclosure* dell'arbitro, dovrebbe essere altrettanto rigorosa la richiesta di supportare con prove

[32] Sul punto la Corte d'Appello di Parigi, nel procedimento di cui si fa riferimento, così ha motivato: "*§ 48. Apart from these cases characterizing objective causes that must be revealed, the arbitrator is required to reveal circumstances which, although not mentioned in this list, may be of such a nature as to create, in the minds of the parties, a reasonable doubt as to his or her independence and impartiality, that is to say, the doubt that may arise in a person placed in the same situation and having access to the same reasonably accessible elements of information*", "*§ 49. If the arbitrator is in doubt as to what disclosures to make, Article 2 of the ICC Recommendations states that "any doubt should be resolved in favour of disclosure*".

[33] Corte di Cassazione, 19 giugno 2024, RG. n. 23/10972, *Douala International Terminal c. Port Autonome de Douala*.

[34] Cfr. *supra* nota 24.

oggettive la sussistenza dei fatti menzionati da parte di chi pretende l'annullamento del lodo.

I requisiti di indipendenza e imparzialità in capo agli arbitri sono comunque essenziali affinché lo strumento arbitrale rispetti i principi di ordine pubblico a livello nazionale ed internazionale, ed inoltre, solo garantendo giudizi arbitrali con queste caratteristiche si potranno incentivare le parti di una (possibile) controversia a ricorrere all'arbitrato. Per questi motivi le fonti dell'arbitrato, sia a livello nazionale che internazionale, si preoccupano di predisporre discipline che garantiscano la presenza di tali requisiti e che consentano di adottare apposite soluzioni nel caso in cui tali qualità siano assenti o vengano meno durante il procedimento.

NELLA DISOMOGENEITÀ DEI MERCATI GLOBALI LA CADUTA DEI TITANI NON PUÒ BASTARE

Domenico Di Micco

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dito e la luna. – 3. Un mazzo di carte da gioco. – 4. Le sponde dell'Occidente. – 5. Il sistema globale è zoppo. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Soprattutto in ambito giuridico, quando si affronta il tema della concorrenza si finisce inevitabilmente per concentrarsi sulla sua *disciplina*[1]. Quasi per una sorta di automatismo della mente, infatti, *concorrenza* diventa subito sinonimo di *diritto della concorrenza o*vvero di quell'insieme di regole con cui si cerca di promuovere o preservare il libero mercato e, su di esso, la competitività tra i suoi attori economici[2].

Eppure, prima ancora di essere un insieme di regole, *concorrenza* è e rimane soprattutto un'idea; un'idea certamente molto ben radicata nella storia del pensiero economico – al punto da essere ormai diventata un vero e proprio *a priori* collettivo del nostro tempo – ma invero nient'affatto neutra rispetto alle diverse possibili visioni di come debba essere il mercato o di quale ruolo esso debba avere nell'ecosistema delle società umane e della loro organizzazione[3].

[1] Il tema della concorrenza è un vero e proprio classico per gli economisti; un tema che ha trovato però anche l'attenzione di numerosi giuristi poiché, dopo tutto, è pur sempre una questione di regolazione. Si veda A. Frignani, M. Waelbroeck, F. Capotorti, *Disciplina della concorrenza nella CEE,* Napoli, 1983; A. Calamia, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; G. Alpa, *Disciplina della concorrenza, del mercato e tutela dei consumatori*, in *Economia e diritto del terziario*, 1994, 1; A. Musso, *La disciplina della Concorrenza nella Costituzione per l'Europa*, in *Studi in onore di Gehrard Schricker*, Milano, 2005, 435-444; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Rivista italiana degli economisti*, 2005, 1, 10 ss.; G.A. Benacchio, M. Carpagnano (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, in *Atti del IV Convegno biennale tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 18-19 aprile 2013*, Padova, 2014.

[2] Si veda S. Mezzacapo, *La concorrenza tra regolazione e mercato. Ordine giuridico e processo economico*, Bari, 2004; G. Alpa, *Mercato e concorrenza*, in *Diritto dei consumatori*, 2016, 39-62.

[3] Si veda M. D'Alberti, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2020, 2, 235-252.

Questa idea incarna e riflette infatti una delle più celebri lezioni del liberalismo economico degli ultimi due secoli ed emblematiche sono al riguardo le parole di Adam Smith: "if any branch of trade, or any division of labour, be advantageous to the public, the freer and more general the competition, it will always be the more so"[4].

Nella visione del filosofo scozzese, nonché padre del liberalismo economico contemporaneo, la *concorrenza* appare quindi come una formula quasi alchemica che, se applicata a un mercato libero e privo di ingerenze, garantirà l'efficienza del mercato stesso e diverrà così panacea di prosperità, crescita e benessere per tutti[5]. Occorre dunque dismettere ogni sorta di intervento *nel* mercato e affidarsi invece unicamente alle magnifiche sorti e progressive del mercato stesso.

Adam Smith gettò quindi così le fondamenta del liberalismo economico, ma va detto che, dopo di lui, sarebbero stati i suoi molti seguaci a portare quella lezione ai suoi più grandi risultati anche se, spesso, lo fecero rendendola ben più radicale di quanto fosse nel pensiero di Smith.

Tuttavia, ai fini del nostro discorso, possiamo qui limitarci a dire che nonostante l'innegabile forza immaginifica di questa teoria, la ricetta manca però di chiarire quali siano *le reali condizioni esistenti nel mercato*.

Lo sforzo di Adam Smith è infatti tutto dedicato a descrivere al meglio il funzionamento del mercato ma tralascia di prestare altrettanta cura alla straordinaria varianza di ciò che vi partecipa. In altre parole, il mercato che Adam Smith disegna e descrive è certamente un meraviglioso bozzetto teorico, ma sostanzialmente privo di sfumature; per converso, invece, i mercati reali sono complessi, multifocali e profondamente segnati da alti tassi di disomogeneità.

I mercati globali sono infatti tutt'altro che omogenei e se da una parte è certamente vero che proprio tale diversità è il segreto del loro successo e forse persino della loro stessa esistenza, dall'altra è però altrettanto vero che proprio quella stessa disomogeneità – se non opportunamente temperata attraverso un adeguato sistema di regole operanti *nel* mercato – genera le crisi e le disfunzioni dei modelli economici cui ciclicamente assistiamo.

In altre parole, se nella teoria di un mercato indefinito e uniforme può anche funzionare l'idea di avere un unico baricentro regolatorio nel diritto della concorrenza, nella disomogeneità reale dei mercati globali un simile approccio si è più volte dimostrato insufficiente.

Nello spazio globale, occorre un sistema di regole fatto di due centri di

[4] Si veda A. Smith, *The Wealth of Nations*, vol. II, Cap. II, 329.

[5] Si veda E.S. Rockefeller, *La religione dell'antitrust. Riti e pratiche della politica della concorrenza*, Milano, 2011.

regolazione diversi e complementari tra loro: il primo da realizzarsi *nei* mercati per temperare la diversità dei contesti sociali ed economici che esistono tra un'area e l'altra del globo e l'altro, esterno ai mercati, per assicurare su quelli la libera concorrenza. Nella disomogeneità globale, infatti, la sola caduta dei titani non può bastare[6].

2. *Il dito e la luna*

Secondo Adam Smith, il mercato sarebbe dunque una sorta di cosmo autogenerante e autoregolante, tale per cui non occorrerebbe nessun altro apporto, contributo o ingerenza nelle sue dinamiche se non la creazione di un sistema *esterno* di garanzie, poste a tutela di quella spontanea capacità auto-regolatoria, attraverso appunto la disciplina della concorrenza per evitare abusi, eccessi di posizioni dominanti e monopoli che di fatto minerebbero sino a compromettere l'efficienza complessiva del sistema di mercato.

Con queste premesse teoriche, il principio della concorrenza non poteva non diventare il baricentro dell'intero disegno regolatorio ed ha assunto così un carattere quasi metafisico, diventando di fatto un vero e proprio dogma istituzionalizzato, capace di consacrare un teorema fatto più o meno così: *Il mercato sa meglio di chiunque altro come produrre ricchezza, dunque dobbiamo credere nel mercato e tutelarne l'autonomia. Il mercato, infatti, determina autonomamente domanda, offerta e persino prezzi, sicché non serve nessun altro attore nelle sue logiche (tradotto: fuori lo Stato dalle dinamiche del mercato). L'unica cosa che serve è assicurare la salvaguardia della concorrenza nel mercato e, per questo, occorre allora disporre un sistema di regole per preservare la competitività tra i suoi attori (tradotto: nello stagno ci dovranno essere tanti pesci rossi ma nessuno squalo). Se sarà applicata fino in fondo questa ricetta, sarà assicurata l'efficienza del mercato e tanto basterà a garantire benessere per tutti*. E l'immagine potente della "mano invisibile" di Adam Smith ha saputo imporre tutto ciò con la forza della fede più che della scienza[7].

Si tratta quindi di una regolazione – quella della concorrenza – interamente *esterna* al mercato, *residuale* e persino *eventuale* rispetto alle sue dinamiche; alla disciplina della concorrenza, infatti, non viene chiesto di disciplinare il gioco ma le è piuttosto affidato il compito di *sorvegliarne il limite*, *custodirlo e*

[6] Si veda C. Crouch, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo*, Bari, 2012.

[7] Si veda E. Stimilli, *Dalla teologia politica alla fede nei mercati*, in Id. (a cura di), *Teologie e politica: genealogie e attualità*, Macerata, 2019, 9-26.

preservarlo[8]. In altre parole, la legislazione antitrust non dispone *nel* mercato bensì *a garanzia del* mercato che deve invece restare libero di poter scorrere il più liberamente possibile.

A ben vedere, però, per quanto sia vero che i mercati si autoregolino, non è però affatto detto che il punto in cui avviene la loro spontanea autoregolazione sia automaticamente ottimale e sostenibile anche per le economie reali che a tale autoregolazione si affidano. Che cosa succede, infatti, se applichiamo questa ricetta tra aree di disomogeneità pronunciata?

Nel corso degli ultimi cinque secoli, e in particolare con la meccanizzazione dell'agricoltura degli ultimi duecento anni, Piemonte e Lombardia hanno creato e poi consolidato un distretto risicolo che coinvolge circa 234.000 ettari di superficie agricola, pari a circa il 50% della superficie che in Europa è destinata a tale coltivazione[9]. In Italia, oggi, tale coltivazione è in buona parte meccanizzata e i lavoratori coinvolti accedono a un sistema salariale regolato, a una previdenza pensionistica, a una assistenza medica pubblica nonché a tutte quelle doverose garanzie tipiche di un mercato del lavoro disciplinato e di un Paese con un avanzato sistema di *welfare*. A ciò si deve aggiungere poi la tassazione d'impresa e i costi di lavorazione e di distribuzione; e tutto questo concorre quindi a determinare il prezzo finale del riso italiano, che riflette appunto tutto questo contesto socio-economico oltre al prezzo del prodotto in sé.

Allo stesso tempo, però, il Sistema di Preferenze Generalizzato dell'UE[10], disciplinato dal regolamento n. 978/2012[11], prevede che gli Stati in via di sviluppo possano avere un accesso facilitato al mercato dell'Unione, ovvero vedendosi ridurre, sino anche a vedersi azzerare, dazi e quote di ogni sorta sui loro prodotti da parte dell'Unione Europea. In altre parole, con questo strumento si ribadisce una fede pressoché incrollabile nell'idea puramente smithiana dell'autoregolazione del mercato e si immette sul mercato dell'UE tutto ciò

[8] Si veda A. Phillips, H. Hovenkamp, *Fundamentals of antitrust law*, New York, 2011; R.A. Posner, *Antitrust law*, Chicago, 2009; R. Pardolesi, *Diritto antitrust: questioni generali*, in *Enciclopedia giuridica*, 2007.

[9] Rilevazione Istat 2019.

[10] L'attuale Sistema di Preferenze Generalizzate (SPG) dell'UE, Regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, *relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio*, pubblicato in *GUUE* L 303, 31 ottobre 2012, è in vigore dal 10 gennaio 2014.

[11] Regolamento (UE) n. 978/2012. Sul tema si veda F. Capelli, *Disciplina europea delle preferenze generalizzate e sua applicazione da parte delle Autorità amministrative e giudiziarie italiane*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2018, 3, 529-534; V. Cagnin, *L'Unione Europea e il Sistema di Preferenze Tariffarie Generalizzate*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, 4, 797-809.

che può finirvi, senza cioè preoccuparsi dell'evidente dose di disomogeneità esistente tra il contesto produttivo italiano e quello di altri paesi produttori: il mercato saprà autoregolarsi.

All'atto pratico, però, questa ricetta ha portato non pochi problemi al settore risicolo italiano. La sospensione totale delle tariffe doganali d'ingresso ha provocato infatti la destabilizzazione del mercato europeo, dovuta appunto all'improvviso ed esponenziale aumento delle importazioni di riso non UE che finiva sugli scaffali dei mercati UE accanto ai prodotti UE ma a prezzi decisamente inferiori. Gli effetti di questo libero mercato – aperto a tutti, senza disporre regole capaci di controbilanciare la disomogeneità esistente nell'economia reale – sono stati i seguenti: in termini di quote di mercato, la filiera produttiva europea ha perso più di 20 punti percentuali; in termini di volumi di produzione, la produzione europea è diminuita di quasi il 40%; la superficie destinata alla risicoltura tra Piemonte e Lombardia si è ridotta del 37%.

È quindi certamente vero che il mercato in un modo o nell'altro si autoregola. Ma il punto in cui si assesta il suo equilibrio non è necessariamente ottimale anche per le nostre economie reali. Ed è allora proprio questo il grande equivoco della teoria smithiana: il mercato saprà infatti sfruttare le disuguaglianze presenti nel reale e trasformarle in nuova energia economica, ma questo non significa che saprà anche rispettare tale diversità.

Di fronte agli effetti negativi verificatisi nella risicoltura italiana, nel 2019 la Commissione europea ha quindi adottato alcune misure di salvaguardia nei confronti delle importazioni di riso dalla Cambogia e dal Myanmar, ovvero il ripristino dei dazi per un periodo di tre anni[12]. Nel 2022, però, la Corte di

[12] Regolamento (UE) 2019/67 del 16 gennaio 2019 *che istituisce misure di salvaguardia in relazione alle importazioni di riso Indica originario della Cambogia e del Myanmar/Birmania*, pubblicato in *GUUE* L 15, 17 gennaio 2019. Nello specifico si segnala il paragrafo 33 per ciò che riguarda l'andamento delle importazioni: "33. I prezzi all'importazione della Cambogia sono diminuiti complessivamente del 6%, mentre il prezzo all'importazione del Myanmar/Birmania è calato del 3%. Nonostante il limitato calo dei prezzi all'importazione dalla Cambogia e dal Myanmar/Birmania, basato sul confronto tra il prezzo medio all'importazione e i prezzi unitari di vendita dell'industria dell'Unione (cfr. il considerando 64), i prezzi all'importazione dalla Cambogia e dal Myanmar/Birmania (basati sui dati Eurostat) sono risultati entrambi notevolmente inferiori ai prezzi dell'Unione (rispettivamente del 22% e del 43%)"; si segnala il paragrafo 60 per quanto attiene la situazione economica dell'Unione: "60. In conclusione, la situazione economica dell'industria dell'Unione si è deteriorata. Sebbene le importazioni dalla Cambogia e dal Myanmar/Birmania siano notevolmente aumentate in termini assoluti, l'industria dell'Unione ha perso circa il 6% della quota di mercato rispetto al Myanmar/Birmania e il 10% rispetto alla Cambogia. L'industria dell'Unione è stata anche vittima di una significativa applicazione di prezzi inferiori (del 22% e del 43%). La produzione nell'Unione è ulteriormente diminuita del 38%. Nel periodo dell'inchiesta, le difficoltà economiche si sono quindi concre-

giustizia europea ha accolto il ricorso della *Cambodia Rice Federation* aprendo quindi al ripristino delle importazioni nel mercato europeo dei loro prodotti nuovamente senza quote e senza dazi[13].

La domanda è quindi una sola: come si può pensare che possano davvero competere sullo stesso mercato prodotti che, per quanto paragonabili in termini di qualità, portano su di sé il peso economico di situazioni sociali e produttive così disomogenee? Come si può pensare che in un mondo di mercati globali, segnati al loro interno da così evidenti tassi di disomogeneità, sia sufficiente affidarsi unicamente al diritto residuale ed eventuale della concorrenza, rinunciando a ogni altro strumento di temperamento della disomogeneità *nel* mercato?

Come la vicenda del riso italiano dimostra, la regolazione dell'economia globale non può limitarsi ad essere unicamente un diritto della concorrenza su scala globale – che, peraltro, resta ad oggi ancora frammentario e locale – ma deve piuttosto coincidere con la somma di questo strumento (che è però una regolazione ad azione eventuale) e l'ordinaria disciplina delle dinamiche economiche e dei mercati globali (che dovrebbe essere invece una regolazione ad azione ordinante); sicché non serve tanto domandarsi *come* tale regolazione debba essere aggiornata, quanto piuttosto come debba essere modificato ciò che le sta intorno, ovvero la regolazione *ordinaria* dei mercati globali.

La regolazione antitrust deve allora essere ripensata – e auspicabilmente in una dimensione multilaterale globale – ma non tanto nel suo contenuto,

tizzate principalmente in termini di volume. Le industrie produttrici dell'Unione hanno deciso di non diminuire il loro livello dei prezzi nonostante la concorrenza delle importazioni a basso prezzo e hanno mantenuto un certo livello di profitto. Laddove possibile, le industrie produttrici dell'Unione hanno effettivamente deciso di variare il loro mix di prodotti e di concentrarsi su segmenti di nicchia e prodotti di marca al fine di mantenere il loro livello di profitto, nonostante la diminuzione dei loro volumi di vendita e di produzione. Tuttavia, si tratta solo di una soluzione temporanea, poiché le importazioni dalla Cambogia e dal Myanmar/Birmania si sono già spostate, anche se in misura limitata, dalle vendite alla rinfusa alla vendita in pacchetti, sempre in concorrenza con l'industria dell'Unione a livello di vendita al dettaglio. Si prevede che entrambi i paesi aumenteranno le importazioni a basso prezzo attraverso questo canale di vendita più remunerativo ed entreranno in concorrenza anche sui mercati di nicchia e per quanto riguarda i prodotti di marca, con conseguenze negative anche per la situazione finanziaria dell'industria dell'Unione."; si segnala infine il paragrafo 61 per la sussistenza del nesso di causalità: "61. La Commissione ha stabilito l'esistenza di un nesso di causalità tra il volume delle importazioni del prodotto in esame, da una parte, e le gravi difficoltà incontrate dalle industrie produttrici dell'Unione, dall'altra, sulla base dei seguenti elementi. La Commissione ha anche esaminato se le gravi difficoltà non siano imputabili a elementi diversi dalle importazioni e dai prezzi.".

[13] Corte di giustizia UE, 10 settembre 2020, T 246/19, *Kingdom of Cambodia and Cambodia Rice Federation (CRF) v European Commission*.

quanto piuttosto *nel suo rapporto con la regolazione interna del mercato*. Dovrà essere immaginata, cioè, come *una parte del tutto* e non più come l'unica e ultima difesa del libero mercato. All'*antitrust* si dovrà continuare a chiedere di risolvere gli *eventuali* problemi da eccesso di concentrazione, ma ad altri meccanismi di regolazione dovrà essere affidato il compito di *temperare* – ex ante – la disomogeneità complessiva dei mercati e le esternalità negative che troppo spesso ne discendono.

E tutto questo sarà imprescindibile; se non vogliamo finire come chi guarda il dito anziché la luna.

3. *Un mazzo di carte da gioco*

Se provassimo a risalire la corrente della storia, troveremmo alcune significative sorprese alle origini della disciplina della concorrenza. La prima è che le radici di questa idea sono ben più antiche di quanto non siamo soliti pensare; la seconda è che non sempre si è pensato che garantire un equilibrio di mercato dovesse coincidere necessariamente con l'idea di un mercato libero ad ogni costo; e, infine, la terza è che questa parabola è essenzialmente tutta occidentale.

Già in età mercantile, infatti, il tema dell'accesso al mercato e quello della concorrenza erano ben noti ma venivano però guardati con diffidenza e persino evitati con cura. Se pensiamo alle principali compagnie mercantili dell'età moderna, come ad esempio la VOC olandese o la HBC inglese[14], possiamo infatti notare come queste *charted company* mirassero proprio a evitare il libero mercato – e ancor più la concorrenza – per garantirsi, nella loro negazione, un primato quanto più esclusivo possibile.

Il fatto che fossero *charted company* è poi tutt'altro che un dettaglio, dal momento che ci ricorda che proprio il potere pubblico concedeva tali privilegi ed esclusive, e lo faceva nell'ottica di una evidente coincidenza tra le fortune di queste compagnie commerciali e la prosperità degli Stati che le creavano. Di fatto, nell'età moderna, il "mercato libero ad ogni costo" non piaceva affatto e piaceva ancor meno l'idea che dovesse trovarvi posto il principio della libera concorrenza.

Gli Stati moderni partecipavano infatti direttamente *nella* competizione economica globale attraverso la regolazione e l'intervento *nel* mercato ovvero creando monopoli, stabilendo controlli discrezionali sulle imprese, incoraggiando la loro fusione, disciplinando l'offerta (ad esempio, fissando standard

[14] Si veda D. di Micco, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico-comparante all'analisi del fenomeno globale*, Milano, 2018, 87 ss.

produttivi, contingentando le quote di mercato) e ovviamente imponendo barriere all'ingresso, come dazi e tariffe doganali, sui prodotti delle imprese commerciali straniere, a protezione degli spazi di mercato delle imprese commerciali interne. In altre parole, il potere pubblico, facendo largo uso dei suoi poteri regolatori, giocava direttamente *nel* sistema di mercato per piegarlo il più possibile a suo vantaggio e non per proteggerne l'autonomia.

Ciononostante, e non a caso, è però proprio in questo contesto che troviamo anche il primo controcanto a tutto ciò. Proprio in Inghilterra, infatti, incontriamo la prima sentenza antimonopolistica in *Darcy v Allein* del 1602[15].

Pur non essendo particolarmente complicato, questo caso si rivelò da subito molto importante proprio per la tensione delle scelte politiche ed economiche che dalla sua decisione dipendevano; e lo fu al punto che ne furono coinvolti, a diverso titolo, alcuni tra i più eminenti giuristi del tempo, tra cui Sir Edward Coke in qualità di Attorney-General che riprenderà poi questo caso anche nei suoi celebri *reports*, battezzandolo esplicitamente *The Case of Monopolies*[16].

Edward Darcy aveva ricevuto dalla regina Elisabetta I una licenza per importare, produrre e vendere in esclusiva tutte le carte da gioco da commercializzare in Inghilterra. Di fatto, si trattava di una concessione monopolistica. Quando Thomas Allein cercò di produrre e vendere le proprie carte da gioco Darcy gli fece causa, accampando in diritto la violazione delle sue prerogative di licenza e intentando contro di lui un'azione per danni.

La *King's Bench Court* si pronunciò contro Darcy e a favore di Allein, affermando cioè che la concessione di un monopolio da parte della Corona fosse in realtà contraria al *common law* per diverse ragioni. La prima, era che concedere un simile monopolio equivaleva ad impedire ad altre persone di esercitare quell'attività; la seconda, che il monopolio crea danni anche ai consumatori che sono costretti a sottostare ai prezzi imposti dal monopolista che, peraltro, non sarà neppure incentivato a garantire nel tempo la qualità di ciò che offre, non essendo pungolato in questo dalla concorrenza di altri produttori; la terza, infine, era che un simile monopolio potrebbe aver senso solo se disegnato a favore

[15] Si veda *Darcy v Allen* (1602) 77 ER 1260; si veda J.I. Corré, *The Argument, Decision, and Reports of Darcy v. Allen*, in *Emory LJ* 45 (1996) 1261 ss.; M. Fisher, *The case that launched a thousand writs, or all that is dross? Re-conceiving Darcy v Allen: The Case of Monopolies*, in *Intellectual Property Quarterly*, 2010, 4, 356-372; G.M. Anderson, R.D. Tollison, *Barristers and Barriers: Sir Edward Coke and the Regulation of Trade*, in *Cato Journal*, 1993, 13, 49 ss.

[16] B. Malament, *The Economic Liberalism of Sir Edward Coke*, in *Yale Law Journal*, 1966, 76, 1321 ss.

dell'interesse pubblico ma, in questo caso, esso arricchiva solo un privato che, per di più, non aveva nessuna esperienza nella produzione delle carte da gioco.

Questa decisione è passata alla storia per essere stata la prima sentenza apertamente schierata contro le concessioni monopolistiche e, inoltre, anche perché le argomentazioni che la sorressero sono ancora oggi alla base delle più moderne legislazioni *antitrust*.

Ma quel che è per noi ancora più importante è che in quel momento, negando legittimità al monopolio e al suo modello economico, di riflesso si iniziava a costruire appunto l'esaltazione della concorrenza e del libero mercato. Di fatto, in quell'aula di tribunale era stata aperta la strada a un nuovo paradigma economico, nel quale lo Stato avrebbe gradualmente iniziato a retrocedere dal mercato, emancipandolo dalla sua ombra e consegnandolo alla concorrenza, per ritagliarsi infine il mero ruolo di arbitro.

Vent'anni più tardi, nel 1624, il Parlamento inglese approverà lo *Statute of Monopolies* che, sia pur con alcune eccezioni da cui nascerà il diritto della proprietà intellettuale, di fatto li vieterà proprio in nome dei prodigi della concorrenza[17].

Sarà però essenzialmente l'età contemporanea, a partire dall'opera di Adam Smith, David Ricardo e John Stuart Mill, a fare il resto. Sull'onda del loro sforzo teorico, infatti, nel 1889 il Canada introdurrà una legislazione volta ad impedire gli accordi restrittivi della concorrenza e poi, nel 1890, lo *Sherman Antitrust Act* degli Stati Uniti d'America sarà di fatto la prima grande legge antitrust[18] al mondo, prototipo di tutte le altre.

[17] St. 21 James. 1. c. 3, *An Act concerning Monopolies and Dispensations with penall Lawes and the Forfeyture thereof.* Royal Assent 29 May 1624, Section 1: "*…all Monopolies, and all Commissions, Grants, Licences, Charters and Letters Patents heretofore made or granted, or hereafter to be made or granted, to any Person or Persons, Bodies Politick or Corporate whatsoever, of or for the sole Buying, Selling, Making, Working or Using of any Thing within this Realm, or the Dominion of Wales … or of any other Monopolies, or of Power, Liberty or Faculty, to dispense with any others, or to give Licence or Toleration to do, use or exercise any Thing against the Tenor or Purport of any Law or Statute … and all Proclamations, Inhibitions, Restraints, Warrants of Assistants, and all other Matters and Things whatsoever, any way tending to the Instituting, Erecting, Strengthening, Furthering or Countenancing of the same or any of them … are altogether contrary to the Laws of this Realm, and so are and shall be utterly void and of none Effect, and in no wise to be put in Use or Execution*". T.B. Nachbar, *Monopoly, Mercantilism, and the Politics of Regulation*, in *Virginia Law Review*, 2005, (91) 6, 1313-1379.

[18] Approvato nel 1890, lo *Sherman Antitrust Act* [Chapter 647 of the 51st Congress; 26 Stat. 209] troverà la sua prima vera occasione d'impiego solamente nel 1911 contro l'impero petrolifero di Rockefeller (*Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*) e nel 1946 contro l'American Tobacco Company (*American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781).

4. *Le sponde dell'Occidente*

Attingendo a queste premesse storiche, tutte tracciate nel mondo anglo-sassone e nella effervescente parabola mercantile prima e industriale poi, a partire dalla fine del XIX secolo l'Occidente ha quindi dato vita, in due momenti diversi sulle due sponde dell'Atlantico, a legislazioni *antitrust* davvero molto simili tra loro. Queste, infatti, traducendo in termini normativi e coercitivi quelle stesse valutazioni di carattere economico che abbiamo incontrato poco fa nelle argomentazioni di *Darcy vs Allein*, colpiscono e reprimono quegli stessi comportamenti proprio in nome della dottrina della concorrenza e del libero mercato.

La legislazione federale americana, infatti – con il già menzionato *Sherman Act* del 1890, il *Clayton Act* del 1914[19] e il *Federal Trade Commission Act*[20] dello stesso anno – nel secondo dopoguerra è diventata anche il naturale modello per la nascente ed omologa regolazione *antitrust* del Vecchio continente che, già a partire dal Trattato di Roma del 1957, ne avrebbe poi essenzialmente ricalcato i propositi. Di fatto, in questo modo, sulle due sponde dell'Occidente si traduceva in pratica la dottrina smithiana e, retrocedendo da ogni forma di gestione e intervento nei mercati, si costruiva al contempo una legislazione votata a colpire tutto ciò che potrebbe ridurre, alterare o corrompere in modo significativo l'effettiva concorrenza, confermando così nei fatti una fede pressoché incrollabile nelle capacità auto-regolatorie del mercato.

Il passo finale di questo percorso sarebbe poi arrivato negli anni '80 e '90 con il progressivo smantellamento dei monopoli pubblici tradizionali e la loro privatizzazione sul mercato, nonché con l'apertura di quei settori ai presunti benefici della concorrenza internazionale. L'Occidente realizzava così nella pratica la lezione teorica della *mano invisibile*: il mercato deve essere libero di autodeterminarsi e l'unica regolazione che serve è quella volta a impedire che sia un pesce troppo grande in questo ridente stagno[21].

[19] *Clayton Act*, [Chapter 323 of the 63rd Congress; 38 Stat. 730].

[20] *Federal Trade Commission Act*, [Chapter 311 of the 63rd Congress, 38 Stat. 717, September 26, 1914].

[21] Nella comparazione tra la legislazione antitrust statunitense ed europea, le maggiori differenze riguardano essenzialmente l'approccio e le aspettative. Negli Stati Uniti, l'attenzione è infatti maggiormente focalizzata sull'aumento dei prezzi, percepito quale principale danno arrecato ai consumatori e all'economia. Per questo motivo, le integrazioni verticali sono soggette a norme più severe negli Stati Uniti rispetto all'Europa. Tuttavia, sono proprio gli Stati Uniti a concedere le deroghe più importanti alle logiche dell'antitrust, come quelle previste ad esempio per i media, per le banche, per le assicurazioni, per i mercati finanziari e per le aziende del settore sanitario.

In Europa, invece, la maggiore ambiguità del sistema sta nel fatto che la procedura è avviata dalla stessa istituzione che poi commina le sanzioni.

Così, dismessa in Occidente ogni forma di protezionismo e di gestione diretta nelle logiche del mercato da parte degli Stati – e dismessa così anche ogni forma di rimodulazione delle disomogeneità dei mercati – l'economia mondiale sembrava finalmente pronta a seguire la ricetta di Adam Smith in tutto e per tutto, e soprattutto, ovunque.

La conseguenza naturale di quell'euforia fu quindi la volontà – ancora una volta, tutta occidentale – di estendere quelle premesse smithiane e quelle condizioni a tutti i mercati. Si pensò quindi che anche nello spazio dei mercati globali sarebbe bastata la libera concorrenza nel libero mercato e non ci si curò della disomogeneità esistente. Nacque così il WTO che, ricalcando appunto tale impostazione teorica, chiede ai Paesi aderenti di partecipare al commercio mondiale eliminando ogni forma di protezionismo e intervento nelle dinamiche del loro mercato interno, aprendosi invece all'idea del libero mercato e della sua auto-regolazione. I Paesi aderenti al WTO accettano, infatti, di garantire a tutti gli altri Paesi membri le stesse condizioni di mercato che sono adottate dal Paese che presenti le minori restrizioni (il cosiddetto principio *most favoured nation*). E non c'è niente di più smithiano di questo.

Così fatto, il WTO è passato dagli iniziali 76 Paesi membri del 1994 agli attuali 164 cui si sommano altri 26 Paesi che stanno negoziando l'adesione all'Organizzazione; di fatto, con questi numeri, al suo interno si svolge oggi oltre il 97% del commercio mondiale. Forse, neppure Adam Smith avrebbe mai osato sperare tanto.

Quella del WTO sembrerebbe quindi la storia di un grande successo, se non fosse per il fatto che – come anticipavamo in premessa – c'è uno scarto netto tra il mercato informe della teoria e quelli reali della pratica, pervasi massicciamente dalla disomogeneità esistente tra un'area e l'altra del globo.

Nella sua realizzazione, infatti, il WTO ha confermato ancora una volta la fede cieca dell'Occidente nella purezza della teoria smithiana, estendendola di fatto a tutti i Paesi partecipanti, ovvero non curandosi di dover temperare attraverso le regole la disomogeneità reale esistente sul globo in termini di risorse, di costi di produzione, di diritti e salari dei lavoratori, di condizioni ambientali, di sistemi di *welfare* e molto altro ancora; e pensando, invece, che proprio le dinamiche di un mercato libero avrebbero finito per colmare tali disomogeneità in un vortice benefico di crescita globale.

Su queste premesse ideologiche, l'11 dicembre 2001 è stata ammessa nel WTO anche la Cina. Tra i dichiarati intenti dell'Occidente c'era appunto quello di aiutare il più grande mercato nazionale al mondo a svilupparsi, correggendo così le sue tradizionali pratiche protezionistiche e anticoncorrenziali e incoraggiando così la Cina ad aprire il suo mercato interno alle aziende di altri Paesi.

Di certo, a distanza di oltre 20 anni, la Cina non è più la stessa ed è riuscita ad affermarsi come la vera e propria fabbrica del mondo. A livello globale, poi, non c'è alcun dubbio che i consumatori – soprattutto quelli occidentali – abbiano così beneficiato dell'ampia disponibilità di prodotti cinesi a basso costo sui loro mercati. Dal 2001 a oggi, infatti, le esportazioni cinesi verso gli Stati Uniti sono più che raddoppiate, passando da un valore di 100 a 500 miliardi di dollari e quelle verso l'Unione europea sono passate da 80 miliardi di dollari a 383 miliardi. Complessivamente, il prodotto interno lordo cinese è passato da 1.339 miliardi di dollari a oltre 15.000 miliardi di dollari[22].

C'è però anche l'altro lato della medaglia. Dall'ingresso della Cina nel WTO e dalla sua conquista dei mercati occidentali, negli Stati Uniti sono andati persi 3,5 milioni di posti di lavoro nel settore manifatturiero e in Europa i numeri sono a tratti persino peggiori. Ciò che resta del settore manifatturiero italiano porta su di sé i segni evidenti di questo passaggio.

Quanto poi all'apertura del mercato cinese, ad oggi le banche e le aziende straniere non beneficiano di eguali condizioni di trattamento con quelle cinesi e le aziende tecnologiche occidentali, per operare, devono di fatto passare attraverso a un partner cinese mentre restano ancora escluse da quel mercato le aziende IT. In tutto ciò, lo Stato cinese ha anche continuato a finanziare le proprie aziende sul mercato interno, facendo di fatto fallire o quasi quelle straniere. Nel 2000, 27 tra le 500 maggiori aziende del mondo erano cinesi mentre oggi sono 124 di cui 91 di proprietà statale[23].

La domanda è allora inevitabile: che cos'è andato storto?

Come mai la ricetta del libero mercato ad ogni costo – con un solo baricentro regolatorio nel diritto della concorrenza – non ha portato all'economia reale quanto prometteva nella sua nobile teoria?

5. *Il sistema globale è zoppo*

A trent'anni dalla creazione del WTO è opportuno domandarsi se questo modello abbia davvero funzionato. Un approccio che mira unicamente a rendere il mercato "il più libero possibile" è realmente vantaggioso per tutte le

[22] Si veda D. Ciuriak, *China after the WTO*, in *American Journal of Chinese Studies,* 2002, 59-93; J. Fewsmith, *The political and social implications of China's accession to the WTO*, in *The China Quarterly*, 2001, 167, 573-591; Y. Song, T. Chang, *The news and local production of the global: Regional press revisited in post-WTO China*, in *International Communication Gazette*, 2013, (75) 7, 619-635.

[23] Si veda Global Entrepreneurship Monitor (GEM), *2023/2024 Global Repor*t, *2024.*

economie coinvolte? La ricetta smithiana, che suggerisce di eliminare tutte le barriere e le tariffe affidandosi unicamente ai mercati, si è davvero dimostrata priva di esternalità negative? E ancora, può davvero un'unica ricetta servire tutti allo stesso modo?

Non c'è dubbio che i mercati sappiano produrre ricchezza in modo efficace, ma non riescono però a compensare da soli la disomogeneità che esiste nel reale tra contesti diversi.

È dunque compito delle regole globali prevedere e disporre adattamenti regionali per colmare gli squilibri che le logiche dei mercati portano inevitabilmente con sé. In una realtà caratterizzata dalla disomogeneità globale, una sola regola uguale per tutti non può funzionare, tantomeno una regola meramente eventuale come è l'*antitrust*.

La ricetta del *laissez-faire* ha dimostrato di funzionare solo sulla carta; l'economia reale presenta infatti troppa diversità e troppi squilibri (nel mercato del lavoro, nella fiscalità, nei diritti dei lavoratori, nello stato sociale, ecc.) per poter pensare di trattare tutti allo stesso modo, senza lasciare indietro nessuno.

In questa prospettiva, lo spazio della regolazione globale si riscopre allora inadeguato; perché inadeguata è la regolazione *nei* mercati. L'utilizzo di strumenti di compensazione nei mercati per temperare le disomogeneità globali non deve più essere un tabù; ma questi strumenti devono essere disciplinati in una prospettiva multilaterale di cooperazione tra Stati, piuttosto che in modo unilaterale come ha fatto – e, forse, come farà – Donald Trump.

Il regime commerciale dell'WTO deve essere riformato, perché il mercato ha bisogno di regole interne per temperare la diversità prima che questa si traduca in eccessi. È infatti chiaro che oggi la vera sfida non è rendere i mercati il più liberi possibile, ma piuttosto renderli capaci di funzionare sostenendo la diversità locale senza sopraffarla. I mercati dovranno sì rimanere liberi, ma dovranno anche essere inseriti all'interno di sistema di regole concepite a livello multilaterale e atte appunto a valorizzare la diversità globale senza però consegnarla in tutto e per tutto alle sole logiche del mercato. Perché i mercati devono essere a servizio delle società umane. E non viceversa.

La globalizzazione, infatti, se vorrà essere sostenibile non potrà più limitarsi a preoccuparsi unicamente della produzione della ricchezza, ma dovrà anche affrontare la questione della sua ridistribuzione[24]. Senza giustizia sociale, infatti, nessuna regolamentazione potrà mai funzionare davvero. E in questa

[24] Si veda M. Graziadei, *Dentro le dinamiche della globalizzazione: questioni di riconoscimento e di giustizia distributiva*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2017, 307-323.

prospettiva, diventa allora evidente come la disciplina della concorrenza non possa essere l'unico cardine di regolazione nelle dinamiche dei mercati[25].

Non c'è dubbio che l'economia globale e i suoi mercati necessitino di un *antitrust* globale, ma questo non basterà: è infatti più che necessaria una gestione complessa *nel* mercato e non solo *a garanzia del* mercato. Il problema della concorrenza, per come configurata nella teoria smithiana, sta infatti essenzialmente nella sua pretesa di essere l'*unica* risposta regolatoria per le dinamiche di mercato.

Un *antitrust* globale potrà funzionare solo se integrato in un sistema di regole globali, capaci di superare le limitazioni attuali e rivitalizzare le prerogative dello Stato, che gli anni '80 avevano tacciato di superflua inefficienza.

6. *Conclusioni*

Il dibattito sulla concorrenza e sulla sua regolamentazione rivela una complessità che va oltre le semplificazioni ideologiche della teoria di Smith. Sebbene l'idea di un mercato libero e autoregolato abbia guidato a lungo le politiche economiche occidentali, la realtà dei mercati globali dimostra oggi, ancora una volta, che tale visione non è sufficiente a garantire ovunque prosperità e giustizia sociale. I mercati, nella loro diversità e disomogeneità, non possono infatti funzionare in modo ottimale senza un adeguato sistema di regole che tenga conto delle specificità locali e delle disparità esistenti tra i vari attori economici.

La recente esperienza della risicoltura italiana, così come l'impatto dell'ingresso della Cina nel WTO, evidenziano chiaramente come una regolamentazione *antitrust*, pur necessaria, non possa essere l'unico strumento per gestire le dinamiche di mercato.

È quindi essenziale riconoscere che, in questo contesto, la sfida non consiste tanto nel rendere i mercati il più possibile liberi, quanto piuttosto nel progettare regole che permettano ai mercati di operare in modo sostenibile, ovvero rispettando le diversità e garantendo un'equa redistribuzione della ricchezza.

Solo attraverso una riforma significativa del sistema commerciale globale e una rivalutazione del ruolo dello Stato sarà possibile affrontare tutto ciò; diversamente, il sistema continuerà ad essere zoppo. La disciplina della concorrenza dovrà quindi essere ripensata come parte di un quadro più ampio e complesso di regole economiche, in cui il benessere collettivo e la sostenibilità sociale dovranno essere il perno ineluttabile di tutte le politiche regolatorie.

E in tutto ciò, gli eretici di ieri si riscoprono oggi un po' meno soli.

[25] Si veda D. Di Micco, *Regolare la globalizzazione*, cit.

I NODI VENGONO AL PETTINE. IL PARLAMENTO INGLESE CONSIDERA IL "CONDOMINIO" NORDAMERICANO E ABROGA LE REGOLE MEDIEVALI

Silvia Ferreri

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Land Law*. – 3. Casi emblematici. – 4. Interessi confliggenti. – 5. Costi addizionali: amministrazioni locali e speculatori urbanistici. – 6. Riforme: a tappe. – 7. Conclusione.

1. *Introduzione*

Il diritto della proprietà immobiliare in Inghilterra è stato spesso uno scoglio per la comprensione degli stranieri.

Nonostante la letteratura abbondante (che si è focalizzata sull'intricato complesso delle diverse forme di godimento della terra), molte perplessità rimangono agli occhi degli osservatori esterni.

In esito alle varie inefficienze, dipendenti dalla scarsa propensione a curare beni su cui si gode di un diritto a termine, o legate alla difficile cessione di titolarità prossime alla scadenza, o alla onerosità dei gravami che il titolare di poteri più estesi può imporre, si è giunti a intervenire con progressive riforme legislative. Le commissioni di studio e i legislatori si sono rivolti ad esperienze straniere nell'ambito del common law: attingendo al "*condominium*" statunitense, agli "*strata*" australiani e neozelandesi, al "*commohold*" del Canada di cui si accenna oltre. Come sempre, l'incorporazione di soluzioni "forestiere" pone molti problemi.

Il quadro sovente disegnato, a vantaggio dei lettori, è quello di un sistema in cui, scontata l'appartenenza dell'intero Regno alla Corona, si sovrappongono molti livelli di godimento su uno stesso immobile, nessuno assoluto, ognuno limitato da altri godimenti concorrenti, in cui le liti oppongono fra loro soggetti che fanno valere il proprio titolo relativamente migliore rispetto al contendente[1].

[1] La celebre storia del rimedio di *ejectment*, originariamente concesso ai soli *lessees* (concessionari di un godimento temporaneo, "*lease*") per recuperare il possesso di un edificio o di un fondo, dimostra in modo efficace la diversità rispetto all'eredità romanistica in cui un "dominus" fa valere, contro chiunque, un'investitura assoluta. Una ricapitolazione in S. Ferreri, *Le azioni*

La premessa dei numerosi manuali che cercano di guidare gli inesperti nella scoperta di questa irta foresta è che: "il common law non ha conosciuto un integrale ripensamento delle gerarchie feudali di investitura sulla terra, come è invece avvenuto a seguito della Rivoluzione francese sul continente europeo". Ciò comporta come risultato – continuano i testi – che coesistano sugli stessi beni diritti in competizione, di diversa estensione, gli uni definiti dalla portata degli altri, con una rete di relatività di rapporti, lontana dagli schemi di assolutezza dei diritti reali, imposta dalla codificazione napoleonica. Una vertigine di frammentazione coglie il lettore della tradizione civilistica, soprattutto se ha dimenticato la storia del diritto europeo premoderno o ha imparato solo il codice civile post napoleonico.

La *Law Commission*, nel proprio rapporto sulle possibili innovazioni nel diritto immobiliare (2020), per la precisione, sfata le rappresentazioni correnti e segnala che il leasehold "*is often referred to as "feudal". In fact, leasehold developed outside of the main feudal tenures and later in time. Leases began as contracts, not interests in land. […] The language of 'feudalism' reflects the power imbalance experienced by leaseholders, and concerns that the tenure has too readily facilitated the extraction of excessive monetary payments from those leaseholders*"[2].

È tutto il settore proprietario che in Inghilterra è sfuggito alle categorie del diritto romano. I nostri schemi devono essere adattati per avere un barlume di comprensione della *law of property*.

L'avversione notoria dei legislatori inglesi verso riforme integrali, che azzerino il passato e introducano razionalizzazioni radicali, ha ostacolato a lungo una vera semplificazione della materia.

Persino nell'ambito della proprietà mobiliare, meno intricata, i rimedi di protezione risentono ancora del passato. Un giudice, nel 2007, si è dovuto ancora impegnare – come molti predecessori –, a ricostruire, passo passo, il percorso centenario del rimedio di *conversion* in una sentenza pubblicata in quell'anno (e non è scontato che sia stata l'ultima apparsa sul tema)[3]. Il trattatello di nozioni storiche, incluso nella sentenza, è stato ancora necessario per rendere intellegibile l'onere della prova e il risultato

reipersecutorie in diritto comparato, Milano, 1988. Il testo classico di riferimento sulla questione della relatività dell'investitura è: S.A. Wiren, *The Plea of Jus Tertii in Ejectment*, in *Law Quarterly Review*, 1925, 41, 142.

[2] Si veda Law Commission, *Reinvigorating commonhold: the alternative to leasehold ownership*, 20 luglio 2020, Part A, par. 1.24; L. Morley, A. Osieke, *The King's Speech 2024: An end to the 'feudal' leasehold system?*, 1° agosto 2024, in kennedyslaw.com.

[3] Il riferimento è precisamente a Lord Nicholls of Birkenhead, *OBG Limited and others v. Allan and others*, [2007] UKHL 21, par. 224.

finale del provvedimento per il recupero di un bene illegittimamente goduto da altri.

La necessità, nel settore mobiliare, di tanti chiarimenti al pubblico è dovuta alla circostanza che, nel 1977, una legislazione (*Torts, Interference with Goods Act,*)[4] intesa a semplificare le duplicazioni, le sovrapposizioni, le distinzioni faticose nella pletora di azioni offerte al soggetto privo del possesso per ottenere la consegna del bene[5], non ha saputo sradicare integralmente le possibilità intermedie[6], le sfumature di prospettiva. Ne è risultato un quadro parzialmente semplificato, ma accompagnato da un ossequio storico per talune specificità che i giudici avevano tracciato nell'evolvere delle azioni tipizzate dalle corti, i *writs*[7].

Il campo della *land law* è ancora più complesso.

2. Land Law

È vero che le riforme del 1925[8] e anni seguenti hanno disboscato la rete intricata di fruizioni parziali e ridotto le forme legali di godimento degli immobili ai soli *freehold* e *leasehold*.

La situazione però si è rivelata negli anni ancora difficile da gestire, soprattutto nei riguardi del ceto meno abbiente, dei titolari di *leasehold*[9]: come noto,

[4] Il testo è disponibile online https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/32.

[5] L'intestazione della legislazione (*long title*) è: "*An Act to amend the law concerning conversion and other torts affecting goods*".

[6] L'intervento principale è stato di sopprimere il writ di detinue (riservato contro coloro che ricevono il bene in affido e rifiutano di renderlo: "*Abolition of detinue. (1) Detinue is abolished. (2) An action lies in conversion for loss or destruction of goods which a bailee has allowed to happen in breach of his duty to his bailor (that is to say it lies in a case which is not otherwise conversion, but would have been detinue before detinue was abolished)*".

[7] S. Ferreri, *Una legge inglese (quasi) nuova sulla tutela della proprietà mobiliare: il Torts (Interference with Goods) Act 1977*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, I, 532-544 (il caso controverso è quello in cui il detentore ammette la superiorità dell'attore in giudizio, ma accampa giustificazioni per non rendere il bene, ad esempio ritorsioni degli scioperanti che occupano per protesta le linee ferroviarie).

[8] *Law of Property Act 1925*, sect. 1, detta: "*(1) The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are – an estate in fee simple absolute in possession" (commonly referred to as freehold), and "a term of years absolute" (leasehold). Old estates in land – fee tail and life interests – are converted by s.1 so as to "take effect as equitable interests*".

[9] Circa 4 milioni di residenze sono concesse (secondo stime del 2017) in regime di leasehold: Department of Communities and Local Government, *Estimating the number of leasehold dwellings in England 2014-2015*, aprile 2017.

questo diritto non si estende nel tempo al di là di una data fissa che può essere molto remota, ma che comunque espone il fruitore diretto del bene al rischio di essere estromesso o, se abbastanza facoltoso, all'obbligo di dover riscattare dal detentore il *freehold* (godimento di rango superiore al proprio) ad un prezzo che può essere molto difficile negoziare.

La stampa inglese si è interessata ripetutamente del forte disagio di una sezione importante dei cittadini inglesi[10]. Interessi economici importanti sono coinvolti, l'esperienza accumulata scoraggia innovazioni anche per il sospetto che, nel sopprimere la cura e sovrintendenza del *freeholder* sulle parti indivise, l'immobile perda valore complessivo.

La resistenza opposta da grandi gruppi di sviluppo urbanistico ad ogni innovazione è tuttavia giudicata pretestuosa dalla stessa *Law Commission*:

> "*It has been suggested, for example, that developers will not build unless there is a professional landlord in place to manage the development. This ignores the fact that commonhold structures are used around the world and that large, mixed-use developments are built in those jurisdictions*"[11].

La condizione che si è rivelata più problematica è quella degli abitanti di complessi edilizi in cui esistano molti appartamenti, concessi in *leasehold* a vari "inquilini" che sono soggetti alle scelte, talvolta imprevedibili, sovente costose, del *freeholder* che riserva a sé le parti comuni, il terreno su cui grava l'immobile, il tetto, le zone verdi circostanti, le fondamenta[12].

Una delle materie contenziose riguarda la "*ground rent*": un canone pagato dal *leaseholder* al *freeholder* (o, occasionalmente, ad un *leaseholder* di grado superiore a sè) secondo le stipulazioni (*covenants*) del *lease*. Quando un fondo appartenente al *freeholder* è ceduto per un *lease* di lunga durata, il diritto alla *ground rent* sorge a vantaggio del concedente, generando una rendita regolare per il soggetto equipaggiato del titolo più elevato. L'entità di quest'onere può crescere in modo esponenziale, a seconda delle clausole dell'atto di investitura.

[10] Si veda P. Collinson, *Leasehold houses and the ground rent scandal: all you need to know*, *The Guardian*, 25 luglio 2017.

[11] Law Commission, *Commonhold report*, 2020, cit., par. 1.42.

[12] Si veda ancora P. Collinson, *Leasehold houses and the ground rent scandal: all you need to know*, cit., secondo il quale: "*Homebuyers report being charged £100 even to have a letter answered by the freeholder, and as much as £2,500 for permission to build a conservatory. These are charges that are on top of obtaining planning permission*".

I commenti inviati alla *Law Commission,* nel periodo di studio della riforma, iniziato nel 2017, segnalano ad esempio "*A rent that doubles every ten years is effectively a return on investment of 7% a year. That's a guaranteed, and legally enforceable income that is worth a phenomenal amount to financiers when Bank of England base rate is now just 0.25% a year*"[13].

Gli economisti osservano il vertiginoso aumentare dei prezzi di riscatto dei *freehold*: "*At the time estates were built, buyers were typically told they could buy the freehold for £3,000-£4,000. Most did not. After the estate was finished, the developer would make a large profit by selling the freeholds on, typically for around £5,000 to £10,000 each, to the many companies keen to buy them for the valuable stream of income they offer. When homeowners ask to buy the freehold back, they are frequently asked for £40,000 or more*".

A rendere la situazione allarmante è anche la circostanza che titoli che rappresentano il diritto alla *ground rent* sono stati a immessi nel mercato finanziario, finendo nelle mani di speculatori che agiscono con la mentalità di mero mercato, spremendo il massimo profitto da questa rendita[14].

Costi aggiuntivi possono essere occultati inoltre sotto voci apparentemente inoffensive.

3. *Casi emblematici*

Un famoso caso, deciso dalla Supreme Court, ha esposto in modo paradigmatico il rischio cui si espongono gli acquirenti che sottovalutano le clausole generali di manutenzione, ad esempio quelle che riguardano le aree verdi, le potature, i viali, le siepi (possono nascondere, in modo poco prevedibile, spirali di costi che superano largamente il valore effettivo degli edifici sorti su un'area rimasta nelle mani del *freeholder*).

Si tratta del caso *Arnold v Britton* (2015)[15].

In un complesso di casette per le vacanze[16], i titolari delle concessioni di

[13] Così P. Collinson, *Leasehold houses and the ground rent scandal: all you need to know*, cit.

[14] Si veda House of Commons Library (reasearch Briefing), *Leasehold Reform (Ground Rent) Bill 2021-22*, luglio 2022: "*In some cases, the rights to receive ground rents from leaseholders have been bought and sold in the financial market as a long-term income stream for third party investors. Historically, ground rents were set at a 'peppercorn' or nominal level. However, in recent years a practice has emerged of selling properties on long leases with higher ground rents at the start and shorter ground rent review periods. As a result, long leaseholders can quite quickly face onerous and unsustainable ground rents*".

[15] Così [2015] UKSC 36.

[16] Precisamente: "*Oxwich Leisure Park … contains 91 chalets, … let on very similar terms*".

godimento stipulano, all'atto dell'acquisto, accordi che prevedono, a vantaggio del *freeholder*, contributi per la manutenzione dei viali, sentieri, aree verdi[17]. La formula proposta dal *freeholder* è diversa per gruppi di acquirenti di diversi periodi. I primi sottoscrittori si impegnano ad un esborso che aumenta nel tempo in modo prevedibile, i più tardivi degli acquirenti si trovano intrappolati da una clausola che conteggia l'aumento sull'interesse composto, con una spirale di incrementi che supera largamente il valore stesso delle villette[18].

Nelle parole di Lord Neuberger: "*The effect of this clause … is that the initial service charge of £90 per annum was to be increased on a compound basis by 10% every three years, which is roughly equivalent to a compound rate of 3% per annum*". Ad un certo punto valore delle erogazioni per la manutenzione delle siepi supera largamente il valore delle villette.

La Corte Suprema è stata sollecitata ad interpretare la clausola in modo "ragionevole", inserendo una parola sottintesa nella clausola disputata: "*up to*" £90, in modo che la cifra fosse commisurata agli effettivi interventi di manutenzione, e non regolata in modo assoluto e immutabile, con incrementi costanti e non negoziabili.

La risposta della Corte tuttavia è stata negativa, in considerazione del *self-restraint* che le corti devono imporsi nel leggere gli accordi privati: le corti non possono aggiungere parole non scritte, modificare il tenore letterale delle clausole stipulate liberamente dalle parti. Nemmeno nei casi in cui lo sbilanciamento verso la parte favorita è flagrante.

[17] "*Each lease also contains covenants by the lessor. One such covenant is to provide services to the Park, such as maintaining roads, paths, fences, a recreation ground and drains, mowing lawns, and removing refuse*".

[18] "*The five leases which we have seen were granted between 1978 and 1991, either for a premium (of less than £20,000) or in return for the lessee constructing the chalet. Each of the 91 chalets was let … for a term of 99 years and reserved a rent of £10 per annum increasing by £5 for each subsequent period of 21 years. […]*

Twenty-five of the chalets are said by the respondent, the current owner …, to be subject to leases containing a service charge provision in clause 3(2), which requires the lessee to pay for the first year of the term a fixed sum of £90 per annum, and for each ensuing year a fixed sum representing a 10% increase on the previous year – ie an initial annual service charge of £90, which increases at a compound rate of 10% in each succeeding year. […] To pay … in addition to the said rent a proportionate part of the expenses and outgoings incurred by the Lessor in the repair maintenance renewal and the provision of services hereinafter set out the yearly sum of Ninety Pounds and value added tax (if any) for the first three years of the term hereby granted increasing thereafter by Ten Pounds per Hundred for every subsequent three year period or part thereof. […] "The effect of this clause … is that the initial service charge of £90 per annum was to be increased on a compound basis by 10% every three years, which is roughly equivalent to a compound rate of 3% per annum".

Il discorso di Lord Neuberger merita di esser ricordato: perché enuncia i fondamenti dell'interpretazione da parte delle corti inglesi.

> "*The mere fact that a contractual arrangement, if interpreted according to its natural language, has worked out badly, or even disastrously, for one … is not a reason for departing from the natural language. Commercial common sense is only relevant to the extent of how matters would or could have been perceived by the parties, or by reasonable people in the position of the parties, as at the date that the contract was made […]*
>
> *A court should be very slow to reject the natural meaning of a provision simply because it appears to be a very imprudent term for one of the parties to have agreed, even ignoring the benefit of wisdom of hindsight. The purpose of interpretation is to identify what the parties have agreed, not what the court thinks that they should have agreed. (§ 20) […]*
>
> *If one assumes a lease granted in 1980, the service charge would be over £2,500 this year, 2015, and over £550,000 by 2072. This appears to be an alarming outcome for the lessees. […]*
>
> *The lessor has no duty to be "fair" when negotiating the terms of a lease*" (§ 46).

La conclusione, speranzosa, della Corte in quella lite è nel senso di una transazione tra le parti, anche se i giudici non possono indurre il soggetto avvantaggiato a fare alcuna concessione alla vittima del meccanismo sottoscritto inizialmente[19].

4. *Interessi confliggenti*

Il punto di frizione insorge non solo quando il freeholder decide di apportare innovazioni che sono poi imputate agli abitanti come spese di manutenzione e miglioramenti, ma anche quando il *freeholder* sceglie di *non* fare alcuna manutenzione, consentendo all'immobile di degradarsi, o di subire riparazioni scadenti o pericolose: ad esempio, per il rischio di incendi di isolamenti non sufficientemente ignifughi, come nel famoso caso capitato a Londra della *Grenfell Tower* (un alto edificio di appartamenti singoli) nel 2017. Altri scandali hanno riguardato personaggi noti che hanno "scoperto", a seguito di indagi-

[19] "*It appears that the respondent realistically recognises the unsatisfactory situation in which the lessees under the 25 leases find themselves, and is prepared to agree appropriate amendments to their leases. I hope that a fair and just amendment can be agreed*" (§60, 64).

ni giornalistiche, di possedere immobili degradati, invasi dalla muffa, insalubri, inabitabili. L'episodio più noto ha riguardato, paradossalmente, un deputato del Labour, uno dei più ricchi detentori di immobili nella House of Commons, Jas Athwal[20], coinvolto in una vicenda di sfruttamento degli inquilini nella East London (Redbridge).

Gli abitanti di immobili concessi in *lease* faticano a smuovere i loro "*landlords*" anche per il rischio di pagare i costi legali di azioni volte a sollecitare interventi migliorativi: un deterrente efficiente, date le esose tasse della giustizia inglese.

5. *Costi addizionali: amministrazioni locali e speculatori urbanistici*

La difficoltà degli abitanti di unità concesse in *lease* sono aggravate dal palleggiarsi di responsabilità tra speculatori ("*developers*") edilizi e amministrazioni locali ("*local councils*").

Sovente i piccoli comuni rifiutano di assumere i costi di nuovi insediamenti urbani, spesso realizzati da grandi associazioni di costruttori con evidenti intenti speculativi.

Il risultato è che i costruttori traslano i costi di manutenzione delle strade e aree comuni sugli acquirenti: generando quelli che sono definiti "*fleeceholds*"[21].

Le proteste espresse anche da parlamentari conservatori hanno indotto la *Competition and Markets Authority* (CMA) a reagire, intraprendendo nel 2020 azioni per escludere clausole vessatorie ("*unfair contract terms*") dai contratti standard utilizzati da grandi speculatori edilizi.

Tra gli altri, l'azione è stata condotta contro *Persimmon Homes*, una società in passato coinvolta in una vertenza decisa dalla House of Lords[22]. I contratti attraverso i quali i titolari della terra concedono ad organizzazioni speculative lo "sviluppo" di grandi aree sono illuminanti del peso economico di queste operazioni[23].

[20] La BBC ha riferito (1 settembre 2024) che Mr Athwal "*has sacked the agency which manages his rental flats, after the BBC found black mould and ant infestations in the properties*".

[21] Si veda J. McKiernan, *Housing estate 'fleeceholds' the next great scandal, Tory peer warns*, 27 marzo 2024, disponibile sul portale web di BBC https://www.bbc.com ("*More than 40 Tory MPs have called for a ban on such contracts. Lord Moylan, who advised Mr Johnson when he was London mayor, blamed councils for abandoning their duties. The "estate fees" emerge when a local council decides not to adopt the new area, leaving the builder – or more likely a third party management company – with responsibility for roads and green spaces*").

[22] Si veda *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] UKHL 38.

[23] Nel caso che ha coinvolto Persimmon nel 2009 la vertenza riguardava il modo in cui

Il problema evidenziato dal l'autorità della Concorrenza, sollecitata a mitigare le distorsioni del mercato, è che gli incrementi del canone per il godimento della terra ogni 10 o 15 anni rendono difficile la negoziazione dei titoli sugli immobili: "*people will often find it difficult to sell or remortgage their home. Another issue is that leaseholders' property rights may be at risk if they fail to keep up with rent payments*"[24].

Una proprietà gravata da pesanti esborsi periodici non è attrattiva per i potenziali clienti, le banche non finanziano prestiti garantiti da tali beni, la vendita finisce per essere possibile solo con forti riduzioni del prezzo[25].

6. *Riforme: a tappe*

A partire dal 2017 si sono succeduti interventi di riforma[26]. Il procedimento non è ancora concluso, si prospettano frammentazioni ulteriori nel riordino della materia. La fatidica frase "occorre un apparato di norme esecutive per porre in atto il nuovo assetto", espressione ben conosciuta alla legislazione italiana, si affaccia anche in Inghilterra[27].

La *Law Commission* ha previsto nel proprio *13th Programme of Law Reform* di suggerire soluzioni che offrissero possibilità di riscattare il freehold o di estendere la durata del leasehold in modo '*easier, faster, fairer and cheaper*'[28].

gli speculatori avrebbero dovuto condividere i profitti con il *freeholder*: la formulazione della clausola era ambigua e i Lords furono coinvolti in esercizi di ermeneutica.

[24] A. Coscelli, chief executive of the CMA, ha commentato come segue: "*No one should feel like a prisoner in their home, trapped by terms that mean they can struggle to sell or mortgage their property. We will continue to robustly tackle developers and investors – as we have done over the past 2 years – to make sure that people aren't taken advantage of*". Si veda J. Partridge, *Thousands of leaseholders freed from doubling of ground rents*, in *The Guardian*, 15 settembre 2021.

[25] "*Lenders, particularly Nationwide, won't grant mortgages against homes with onerous ground rent clauses, while conveyancing solicitors will warn prospective buyers off*", così P. Collinson, *Leasehold houses and the ground rent scandal: all you need to know*, cit.

[26] "*The government published the Housing White Paper, Fixing our broken housing market (February 2017), which included a commitment to 'improve consumer choice and fairness in leasehold*", così P. Collinson, P. Walker, *Leaseholds on new-build houses in England to be banned*, *The Guardian*, 25 luglio 2017.

[27] "*Although the 2024 act has received royal assent, the majority of the provisions are not yet in force and will need to be commenced through secondary legislation*", House of Commons Library (Constituency casework), *Leasehold reform in England and Wales: What's happening and when?*, 21 maggio 2025.

[28] Law Commission, *13th Law Reform Programme*, 2017.

Tra gli argomenti su cui indagare, a parere dei giuristi che hanno sottoscritto il progetto, si trova la questione del regime delle parti comuni di edifici in cui molti appartamenti sono assegnati a *leaseholder* i quali hanno pieno controllo sul proprio alloggio, ma soggiacciono alle decisioni del titolare della terra e dell'edificio per le parti indivise.

Un'innovazione fu apportata nel 2002, con l'introduzione del commonhold[29]: "*a form of ownership allowing a person to own the freehold of a flat and become a member of a commonhold association managing the communal areas*". In sostanza i diversi inquilini avrebbero ricevuto una quota della società che sarebbe diventata titolare delle aree comuni.

La *Law Commission,* nei propri lavori, ha cercato di distinguere nettamente il nuovo istituto dalla mentalità del *leasehold*: per inculcare nella convinzione dei professionisti che da secoli si occupano delle transazioni immobiliari (*conveyancers*) che si tratta di effettive innovazioni.

In particolare, gli esperti hanno insistito che "*unit owners will also be members of a company, called the "commonhold association", which owns and manages the common parts*"[30].

Nei documenti della *Law Commission* si trova traccia dei modelli stranieri apparsi, degli Stati Uniti (*condominium*) e della Nuova Zelanda[31].

Le ipotesi prese in considerazione sono anche che il Governo fornisca incentivi perché si affermi il modello straniero. In particolare, tra i consulenti emerge l'annotazione che la *British Property Federation* suggerisce "*it may initially be necessary for Government to underwrite or guarantee such title (as occurred in America when* condominium *was introduced, and mortgagees were suspicious of commonhold-equivalent units). […] Almost all consultees supported our provisional proposal that all commonholds must have a reserve fund. The*

[29] Commonhold and Leasehold Reform Act 2002 (c. 15) "*introduced commonhold, a new way of owning land similar to the Australian strata title or the American condominium, into English and Welsh law". Tuttavia: "Commonhold ownership has not become popular, and in 2018 the Law Commission launched a consultation into ways to expand usage of commonhold estates*".

[30] Law Commission, *Reinvigorating commonhold: the alternative to leasehold ownership*, Law Com No 394 (2020), par. 2.5, "*The rights and obligations of all the unit owners and the commonhold association are set out in a document called the "commonhold community statement" (the "CCS"). The terms of the CCS are largely in a standard form, set down in legislation, which makes it easier for homeowners to understand their rights and obligations, and which should make conveyancing simpler and cheaper. There is the flexibility for unit owners to decide on "local rules", which are specific to their building. It is possible for the rules to be updated, for example, to respond to changing needs, standards or advances in technology*".

[31] Law Commission, *Reinvigorating the commonhold*, 2020, cit.

Westminster and Holborn Law Society *noted that reserve funds became mandatory for condominium developments in the United States in the 1990s and that this has proved to be invaluable*".

La redazione frettolosa della legislazione nel 2002, una certa incompetenza del ministero incaricato di sovrintendere alla realizzazione, l'ostruzionismo degli agenti immobiliari (che realizzano grandi guadagni dalle gestioni di edifici residenziali suddivisi in appartamenti), hanno garantito un sonoro fallimento del progetto.

L'opportunità non è stata sfruttata come meritava: nonostante le intenzioni, di fatto "In the 13 years since the 2002 Act only 161 Commonhold homes have been build and of these only 150 have been bought."[32].

Nel 2021 un progetto di legislazione, *The Leasehold Reform (Ground Rent) Bill* è stato presentato alla House of Lords: con l'intento di estinguere il regime di *leasehold* in nuove costruzioni e di abolire la *ground rent*[33].

Infine, nel 2024, un testo legislativo (nelle intenzioni) conclusivo, il *Leasehold and Freehold Reform Act* ha ricevuto il *Royal Assent* diventando legge nel maggio 2024[34]. Qualche risultato sembra affacciarsi almeno nel ridurre il rischio di trovarsi intrappolati in clausole giugulatorie.

Questo non significa che tutte le soluzioni agli intricati problemi saranno immediatamente applicate: il governo ha annunciato che l'attuazione avverrà per stadi, attraverso provvedimenti attuativi che richiederanno almeno due diverse fasi.

A parte gli aspetti più strettamente economici (riforma del modo in cui si calcola la cifra per riscattare il *leasehold* e trasformarlo in *freehold*, fissare il tetto massimo per la *ground rent* rendendo standardizzato il calcolo, estendendo a titolari di appartamenti e case lo stesso diritto di ampliare il periodo di godimento a 990 anni, ecc.) interessa per i profili giuridici l'attuazione del regime di c*ommonhold*, con l'istituzione di un *Commonhold Council*[35].

[32] "*Of these the largest "block" is a group of 30 mobile homes. All the expenditure made by the private sector to provide systems to support Commonhold have come to nothing*": The Leaseholders charity, *Commonhold - How did it go so wrong?*, 2015.

[33] Durante la prima fase nella Commissione del Leasehold Reform Bill presso la Camera dei Lord, Lord Greenhalgh – in qualità di *Minister of State for Building Safety and Fire* – ha dichiarato che l'obiettivo è presentare un disegno di legge più ampio sulla riforma del leasehold nella terza sessione dell'attuale mandato del Parlamento..

[34] *Leasehold and Freehold Reform Act 2024*, c. 22.

[35] "*The Commonhold Council was established to advise the government on the implementation of a reformed commonhold regime", "to prepare homeowners and the market for the widespread take-up of commonhold*", così Z. Akhtar, *Commonhold - again*, in *The Law Society Magazine*, 9 marzo 2023.

Il Re, nel proprio discorso annuale in Parlamento (Agosto 2024), ha descritto la bozza del progettato *Leasehold and Commonhold Reform Bill*[36]. Uno degli aspetti più interessanti dal punto di vista comparatistico è quello stabilire, per le parti comuni degli edifici, automaticamente (*by default*) il sistema di *commonhold*, se non si opta espressamente per un diverso sistema[37].

Gli effetti della legislazione non saranno però immediati: "*Government will deal in phases*"[38].

Dal punto di vista del riequilibrio tra le parti, a vantaggio dei contraenti deboli, se non altro, si constata che le vertenze tra le parti litiganti potranno accedere ad una giurisdizione riservata, con costi più bassi di quelli ordinari[39]. Un punto dolente della giustizia inglese è appunto l'esorbitante livello delle spese legali.

7. *Conclusione*

All'interno dello stesso common law anglofono il passo delle riforme non è sincronizzato. Soluzioni che sembrano evidenti e non particolarmente ostiche inciampano in resistenze storiche, in rigidità del contesto istituzionale che confermano come i trapianti non avvengano sempre in modo fluido, anche quando esistono solidi motivi di equità sociale che consigliano interventi di riequilibrio tra le classi di cittadini. Le vicende storiche possono generare in modo irrazionale fratture che non è facile superare.

[36] Si veda L. Morley, A. Osieke, *The King's Speech 2024: An end to the 'feudal' leasehold system?*, cit., i quali evidenziano i seguenti punti focali: "*banning the sale of new leasehold flats so that commonhold becomes the default tenure, bolstering leaseholder rights by making further changes to the leasehold enfranchisement and the right to manage systems, regulating ground rents, ending the injustice of "*fleecehold*" private estates and ending forfeiture as a remedy for landlords when a residential leaseholder falls into ground rent arrears*").

[37] Considerando il coinvolgimento di "*approximately five million leasehold dwellings in England and Wales*", il panorama delle proprietà residenziali cambierà decisamente.

[38] A parere dei commentatori, come accennato, il Parlamento dovrà procedere con una legislazione attuativa secondaria.

[39] "*The jurisdiction of the First tier Tribunal (FtT) is to be increased so that as far as possible all disputes will be dealt with by it. This will benefit leaseholders as it is a no costs forum, meaning that in most cases each party will pay their own litigation costs*".

LA CIRCOLAZIONE DEI MODELLI NEL SETTORE DEGLI ENTI A SCOPO NON LUCRATIVO

Andrea Fusaro

SOMMARIO: 1. Le radici del Terzo settore. – 2. Lo scenario nord americano. – 3. La responsabilità sociale d'impresa. – 4. La circolazione in Italia dei modelli nord americani. – 5. La varietà registrabile in tema di fondazioni. – 6. Le ultime tendenze.

1. *Le radici del Terzo settore*

Le iniziative caritatevoli vantano una lunga tradizione, che ha trovato uno sbocco nelle IPAB istituite dalla legge Crispi del 1890 e negli enti ecclesiastici riconosciuti dagli accordi fra lo Stato e la Santa Sede[1]. Tracce di questi antecedenti sono reperibili nella legislazione speciale, mentre nella scarna regolamentazione degli enti contenuta nel libro primo del codice civile si registra la stratificazione della sequela diacronica di una pluralità di modelli stranieri: dapprima il francese, incentrato sulla finalità non lucrativa, poi il tedesco, appoggiato sulla struttura[2].

La nozione di Terzo settore – talora aggettivata "trans- tipica"[3] – è intesa quale traduzione italiana della categoria di economia sociale risultante dai fenomeni di government failure e market failure. Nella seconda metà del Novecento l'attenzione della dottrina si è rivolta verso l'esperienza nordamericana, ove le non profit organizations hanno preso a catalizzare e veicolare iniziative socialmente apprezzate, le quali perciò sono state incentivate con trattamenti fiscali di favore, completati da regole di condotta che la legislazione italiana ha poi mutuato negli anni novanta e duemila. In quel mondo tali figure hanno assunto rilievo giuridico soprattutto per il diritto tributario, nel cui ambito sono risultate destinatarie di agevolazioni[4]; esse sono state quindi assegnate al *Third*

[1] L. Bruni e S. Zamagni, *L'economia civile*, Bologna, 2016.

[2] Ho documentato questa circolazione di modelli nella monografia *L'associazione non riconosciuta - Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991.

[3] Consiglio di Stato, Adun. Commiss. Spec., 31 maggio 2017, nel parere 01405/2017, spedito il 14 giugno 2017.

[4] Tale panorama è stato a suo tempo scandagliato da M. Gorgoni, *Il Codice del Terzo settore tra luci ed ombre*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il Codice del Terzo settore. Commento al D.lgs. 3*

Sector, espressione comprensiva degli enti che operano e si collocano in ambiti non riconducibili né al mercato né allo Stato[5].

2. *Lo scenario nord americano*

Le organizzazioni non lucrative sono state al centro di un ricco dibattito giuridico, economico e sociologico, nel cui ambito hanno ricevuto una pluralità di inquadramenti. Talora "*as response to government failure*", in quanto capaci di convertire le oblazioni in servizi richiesti dagli autori delle medesime; se ne è accentuato così il ruolo di valida alternativa rispetto alle istituzioni pubbliche nel provvedere alla fornitura di beni dotati di carattere spiccatamente collettivo di cui, anche nelle democrazie, almeno una parte della popolazione sperimenterebbe comunque l'insufficienza: la richiesta di quei servizi verrebbe, quindi, rivolta alle organizzazioni private che, in quanto così chiamate ad assolvere tale ruolo di supplenza, meriterebbero sussidi statali[6]. Detta situazione di concorrenza dovrebbe cospirare a favore del miglioramento dei servizi collettivi. La teoria individua, quindi, il ruolo essenziale di questi enti nel fornire prestazioni a favore dei ceti meno in grado di influire sulla decisione relativa alla spesa pubblica[7].

luglio 2017, n. 117, 2ª ed., Pisa, 2021, 18. nr. 49. A. Fici, *Enti del Terzo settore: nozione, requisiti e tipologie*, in A. Bassi (a cura di), *Gli enti del Terzo settore. Lineamenti generali*, Napoli, 2020, 124, intravvede un ruolo guida del modello italiano del Terzo settore rispetto alle esperienze straniere.

[5] Riferimento classico è A. Etzioni, *The Third Sector and Domestic Mission*, in *Public Administration Review*, 1973, 314 ss.

[6] Sono ormai celebri i saggi di H.B. Hansmann, *Reforming Nonprofit Corporation Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 129, 1981, 497; Id., *The Role of Nonprofit Enterprise*, in *Yale Law Journal*, 89, 1980, 835; Id., *The Rationale for Exempting Nonprofit Organizations from the Corporate Income Tax*, in *Yale Law Journal*, 91, 1981, 54.

[7] È la posizione sostenuta, in particolare, da B.A. Weisbrod, *Toward a Theory of the Voluntary Nonprofit Sector in a Three-Sector Economy*, in S. Rose-Ackerman (a cura di), *The Economics*, cit., 21 ss., il quale tuttavia nel saggio preparato insieme con M. Schlesinger, *Public, Private, Nonprofit Ownership and the Response to Asymmetric Information: The Case of Nursing Homes*, *ivi*, 133 sottolinea anche gli inconvenienti, che rappresenta nei termini di una minor efficienza degli amministratori, della possibilità di abusi (attraverso l'utilizzo della non-profit a fini lucrativi) e della facilità di raccolta di capitali limitata alle donazioni. Nel senso che il concorso di Stato ed organizzazioni private nella predisposizione dei medesimi servizi non ne migliorerebbe assolutamente il livello, dal momento che si allenterebbero le pretese nei confronti della mano pubblica, v. L. Weiss, *Donations: Can They Reduce a Donor's Welfare?*, in S. Rose-Ackerman (a cura di), *The Economics*, cit., 82 ss.

Il favore degli ordinamenti nord americani nei confronti del settore *non profit* ha concretizzato le sue espressioni più elevate a partire dalla metà del secolo scorso, allorquando si è preso ad elaborare quell'insieme di regole che col tempo hanno composto una fitta trama di privilegi. Si è venuta quindi stagliando una disciplina specifica fortemente connotata dagli incentivi fiscali[8], ma migliorativa anche rispetto al "*regolatory law*", attraverso le consistenti deroghe in materia fallimentare[9], finanziarie, lavoristiche; in tema di diritto d'autore, antitrust e concorrenza sleale; fino alla formulazione della teoria della "*charitable immunity*" dalla responsabilità civile[10].

Concepiti in relazione a categorie circoscritte, di questi privilegi è stata presto accreditata un'interpretazione estensiva che ne ha consentito un'applicazione indiscriminata alla maggior parte delle "non profit". Ne consente riscontro la pubblicazione nel 1954 del "Model non profit Corporation Act"[11] redatto congiuntamente dall'American Law Institute e dall'American Bar Association, che ha proposto uno statuto pressoché unificato per tutte. Dagli anni cinquanta tuttavia, con l'intensificato esercizio di attività commerciali da parte di queste organizzazioni, la tendenza ha segnato il passo e si è avviata la *fragmentation and withdrawal of privileges*. Le diverse tipologie di non profit ricevono trattamenti differenziati; alcune si vedono private delle esenzioni fiscali; si ricercano regole discrete rispetto alle attività esercitate; crolla l'immunità dalla responsabilità civile, dagli oneri previdenziali e dai vincoli predisposti dal diritto del lavoro.

La mistione tra enti non lucrativi e attività commerciali è talora transitata per l'assunzione di partecipazioni in società operanti nel mercato della produzione dei beni e dell'intermediazione di servizi, fenomeno che ha trovato legittimazione in Germania, nonché in ambito nordamericano[12].

[8] B. Bittker, G. Randert, *The Exemption of Nonprofit Organizations from Federal Income Taxation*, in *Yale Law Journal*, 85, 1976, 294

[9] L'esenzione dall'*involuntary bankruptcy* (11 USC §§ 301, 303).

[10] È il resoconto fornito da H.B. Hansmann, *The Evolving Law of Nonprofit Organizations: Do Current Trends Make Good Policy?*, relazione presentata al seminario su *What is Charity?*, Case Western Reserve University, Cleveland, Ohio, 5 novembre 1988.

[11] Nel 2008 è stata pubblicata la terza edizione.

[12] Si segnalano i contributi di G.B. Portale, *Fondazioni "bancarie" e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 25, 2005, nonché di A. Morini, *La partecipazione di enti non lucrativi a società di persone*, in A. Zoppini, M. Maltoni (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni*, Padova, 2007, 215 ss., ove è illustrata, in ambito tedesco, la Stiftung & Co. KG e, nel nordamerica, l'impiego della partnership da parte di enti non profit per l'attuazione delle proprie finalità istituzionali.

3. *La responsabilità sociale d'impresa*

In tempi più recenti ciò ha determinato un impulso verso lo studio di indicatori ad alta componente sociale, come il VAS (valore aggiunto sociale), diretti a compensare quelli puramente economici con le performance sociali dell'impresa, non solo nel Terzo settore, ma anche nella competizione tra imprese lucrative, sotto il profilo della Social Responsability[13]. Si è notato[14] che tale Responsabilità Sociale d'Impresa[15] segna il passaggio dal Terzo al Quarto settore, ancorché ne sia stata denunciata l'incerta collocazione tra le regole etiche e quelle giuridiche[16]. Su questo sfondo si colloca la "Società benefit", introdotta dalla legge di stabilità 2016[17], la quale all'esercizio di un'attività economica, finalizzata alla produzione di utili da dividere tra i soci, asseconda l'affiancamento di finalità di beneficio comune, il cui perseguimento è affidato a precisi canoni[18]. Il panorama comparatistico offre scenari ulteriori[19], nel cui

[13] P. Venturi, F. Zandonai (a cura di), *L'impresa sociale in Italia*, Rapporto Iris Network.

[14] M. Stella Richter, *Corporate Social Responsibility, Social Enterprise, Benefit Corporation: magia delle parole?* in *Vita notarile*, 2, 2017, 953 ss.

[15] Nel volume curato da G. Conte, *La responsabilità sociale dell'impresa. Tra diritto, etica ed economia*, Roma-Bari, 2008, sono raccolti parecchi saggi, tra cui si segnala la nota conclusiva di G. Oppo (cfr. nota seguente).

[16] G. Oppo, *Una nota conclusiva sulla responsabilità sociale dell'impresa*, in G. Conte, *La responsabilità sociale dell'impresa. Tra diritto, etica ed economia*, cit., 276 ss.

[17] Legge 28 dicembre 2015 n. 208, commi 376-384. In tema si rinvia a G. Marasà, *Imprese sociali, altri enti del Terzo settore, società benefit*, Torino, 2019, 11 ss.; Id., *L'imprenditore (artt. 2082-2083)*, in *Commentario diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli e Ponzanelli*, Milano, 2021, 87 ss.

[18] "…una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse" (comma 376). Le finalità di cui al comma 376 sono indicate specificatamente nell'oggetto e sono perseguite mediante una gestione volta al bilanciamento con l'interesse dei soci e con quello di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto.

[19] M. Gorgoni, *Il Codice del Terzo settore tra luci ed ombre*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il Codice del Terzo settore. Commento al D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117*, cit., 17, mette il Terzo Settore a confronto con: Economie sociale e Sociabilité in Francia; Non statutory organizations e Private initiaves in Uk; Gemeinnnutzige Organizationen e Gemeinwirtschaftliche Unternehmen in Germania, segnalando alcune figure, tutte emancipate dalla Business judgement rule: Community Interest Company in Uk (su cui, P. Iamiceli, *L'impresa sociale in Europa: alcuni spunti di comparazione* in *Beni comuni: quarto rapporto sulla cooperazione sociale in Italia*, Torino, Fondazione Giovanni Agnelli, 2005, 425 ss.); Low profit limited company e Benefit corporation negli USA sono analizzate da B. De Donno, L. Ventura in *Dalla Benefit Corporation alla Società Benefit*,

ambito spicca la dimensione delle Charity in Inghilterra[20] e in altre giurisdizioni di Common law[21], nonché il modello dell'Economia sociale in Francia[22].

4. *La circolazione in Italia dei modelli nord americani*

Negli anni ottanta l'impiego in Italia nella prassi, e poi nella legislazione, con gli interventi in tema di società consortili e calcistiche dei tipi sociali, specie di capitali, slegato dal perseguimento dello scopo di divisione degli utili, è stato collegato allo sbiadire dei confini tra enti del libro primo e del libro quinto del codice civile, registrando il transito dalle basi causali – ereditate dalla tradizione francese –, a quelle strutturali – di ascendenza tedesca – tale da assecondare la fungibilità delle forme[23]. Il dibattito coinvolgeva le

Bari, 2018, mentre il fenomeno del social housing è trattato da V. Bancone in *Le organizzazioni non profit*, Napoli, 2011.

Il profilo culturale della riforma è illustrato dai contributi raccolti nel volume collettaneo *Il Terzo Settore tra pubblico e privato nel prisma della comparazione*, Genova, 2022, nel quale si segnalano, in particolare, gli studi di M. Graziadei, *La nozione di valore, gli spazi del diritto e il Terzo settore. Una riflessione d'insieme* (1 ss.); L. Bobba, *Per non sprecare una buona riforma: i passi necessari* (25 ss.); M. Clarich, *Il Terzo settore tra pubblico e privato* (45 ss.); A. Fici, *Identità e funzione degli enti del Terzo settore nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (55 ss.); A. Cetra, *L'impresa sociale nella riforma del Terzo settore* (97 ss.); G. Ponzanelli, *Alcune conclusioni sulla riforma del Terzo settore* (119 ss.).

[20] Sul tema è inoltre disponibile il contributo di M. Stalteri, *Enti non profit e tutela della fiducia. Esperienza inglese e prospettive della riforma italiana*, Torino, 2014, primo capitolo.

[21] Il Parlamento del Commonwealth ha approvato il Charities Act 2013 (Cth) e il Charities (Consequential Amendments and Transitional Provisions) Act 2013 (Cth) (il Charities Consequential and Transitional Act) il 27 giugno e sono entrati in vigore il 1 gennaio 2014.

[22] L'*économie solidaire* è considerata quale esito di un movimento avanzato a partire dagli anni novanta, identificato sulla base della finalità dell'organizzazione, delle attività, indipendentemente dalle caratteristiche statutarie. La solidarietà allude a una forma di reciprocità, prevalente sui principi del mercato. È definita in termini politici, come insieme delle attività di produzione, scambio, risparmio e consumo che contribuiscono alla democraticità dell'economia muovendo dall'impegno dei cittadini; essa include organizzazioni molto diverse. Esiste una legge "*relative à l'économie sociale et solidaire*" Loi n° 2014-856 del 31 luglio 2014, pubblicata in JO n° 176 del primo agosto 2014. Per alcuni ragguagli si segnalano: G. Lacroix, R. Slitine, *L'économie sociale et solidaire*, Parigi, 2016. In proposito, A. Fici, *L'attività degli enti del Terzo settore*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il Codice del Terzo settore. Commento al D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117*, cit., 65, invita a tenere distinto il Terzo settore dall'Economia sociale e intravede un ruolo guida del modello italiano rispetto alle esperienze straniere.

[23] Il fenomeno è stato magistralmente colto da G. Marasà in *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984 e ripreso in studi ormai divenuti classici, tra cui C. Ibba, *Le società legali* , Torino,

fondazioni, sollevando l'interrogativo circa l'accoglienza da riservare a quella "d'impresa" di matrice tedesca, la cui peculiarità era individuata non tanto nell'esercizio di iniziative economiche, quanto nella concentrazione della finalità dell'ente[24]; la fondazione – senz'altro ricompresa nel novero delle formazioni sociali contemplate dall'art. 2 Cost. – era stata del resto, sin dagli anni sessanta, al centro della disputa circa la sua configurabilità in assenza di riconoscimento pubblico[25].

L'osservazione della prassi ha segnalato la frequente conduzione di attività commerciali da parte di associazioni e fondazioni, fenomeno valutato finalmente compatibile con lo scopo non lucrativo in assenza della ripartizione dei saldi attivi tra i membri del gruppo; esso ha sollecitato l'elaborazione di regole apposite, rintracciate dapprima nell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, poi nel transito di regole affinate nell'ambito del più articolato modello delle *Non profit organizations*[26].

Il settore degli enti senza scopo di lucro ha vissuto negli ultimi decenni del secolo scorso una stagione florida a seguito del risveglio di interesse suscitato in ambiente nordamericano, attraverso le riflessioni sollecitate dal favore tributario in quel contesto riconosciuto ed implementate da rielaborazioni nutrite dall'analisi economica. Si tratta di contributi ormai celebri[27], sui quali la dottrina italiana ha abbondantemente lavorato, esplorando la riproducibilità di quelle considerazioni nel nostro ordinamento[28].

1992, e *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, 22 ss. A questi si aggiunge la voce G. Marasà, *Società speciale e società anomale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIX, Roma, 1993.

[24] P. Rescigno, *Fondazione e impresa*, in *Rivista delle società*, 1967, 812 ss, poi ripreso in *Persona e comunità*, II [1967-1987], Padova, 1988, 55 ss. Per una ricostruzione più recente del dibattito si vedano A. Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2004 e G. Marasà, *L'imprenditore*, cit., 306 ss.

[25] Per la negativa si era schierato P. Rescigno, *Fondazione dir. Civ.*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milano, 1968, 805, mentre su diversa posizione si era attestato a F. Galgano, *Sull'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1963, 172.

[26] P. Verrucoli*, Non-profit organizations: a comparative approach*, Milano, 1985.

[27] All'interno di una letteratura vastissima, sono classiche le citazioni di H.B. Hansmann**,** *The Role of Nonprofit Enterprise*, in *The Yale Law Journal*, 89, 1980, 835 ss.; H.B. Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Cambridge (Mass.), 1996, trad. it. A. Zoppini, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, 2005; S. Rose-Ackerman (a cura di), *The Economics of Nonprofit Organizations: Studies in Structure and Policy*, Oxford, 1986.

[28] G. Ponzanelli, *Le non profit organizations*, Milano, 1985; D. Preite, *La destinazione dei risutati nei contratti associativi*, Milano, 1988, nonché il mio lavoro *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991.

5. *La varietà registrabile in tema di fondazioni*

In ambito europeo l'elaborazione americana ha risuonato[29], ma ha tardato a innescare un analogo interesse al tema e la letteratura è risultata intenta piuttosto alla ricognizione del panorama regionale, senza farlo oggetto di una rielaborazione concettuale di analoga portata[30]. In posizione avanzata rispetto a questo quadro si presenta lo scenario tedesco, dove si sono susseguiti sia contributi in tema di enti non profit in generale[31], sia lavori comparatistici concentrati sulle fondazioni[32] apparsi a partire dagli anni novanta[33]. Su questa scia, in Germania è stata elaborata[34] una ricerca di carattere comparativo contenente un'analisi empirica della rilevanza economica e della funzione di tali istituzioni sia in Europa sia negli Stati Uniti[35], ricerca che, incontrando l'interesse della Commissione, ha portato alla pubblicazione[36] dello "Studio di fattibilità dello statuto della Fondazione europea"[37].

Il quadro legislativo, frutto delle disarmonie maturatesi all'interno della tradizione giuridica occidentale, è invero variegato e lo stesso termine "fondazione" non assume un significato univoco. Nei diversi sistemi, d'altra parte,

[29] Comunicazione della Commissione europea, *Promotion du rôle des associations et fondations en Europe*, COM(1997) 241 final, 6 giugno 1997.

[30] A. Alfandari, L. Nardone, *Associations et Fondations en Europe*, 1994; H. Hondius, J. Van der Ploeg, *Foundations*, in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, 2000.

[31] T. von Hippel, *Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen*, Tubinga, 2005. Allo studio del diritto degli enti senza scopo di lucro è stato dedicato l'Institute for Foundation Law and the Law of Non-Profit Organizations della Bucerius Law School di Amburgo, dove ha sede anche il Max Planck Institute for Comparative and International Private Law.

[32] K.J. Hopt, R. Reuter (a cura di), *Stiftungsrecht in Europa*, Köln, 2001; K.J. Hopt, R. Walz, T. von Hippel, V. Then (a cura di), *The European Foundation*, Cambridge, 2006; M. Richter, C. Wachter (a cura di), *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, Angelbachtal, 2007; European Foundation Centre, *Country Profiles*, 2007.

[33] Al lettore italiano i primi contributi di questa fase sono stati segnalati da A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995. Gli interventi più recenti sono censiti da M. Graziadei, *Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, 2502 ss.

[34] Il lavoro, pubblicato nel 2007, è stato elaborato da parte del Centre for Social Investment dell'Università di Heidelberg e del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Questi i membri del gruppo di studio: K.J. Hopt, T. von Hippel (coordinatore del progetto), H. Anheier, V. Then, W. Ebke, E. Reimer, T. Vahlpahl (coordinatore delle rilevazioni empiriche).

[35] Il fenomeno giuridico della circolazione dei modelli è illustrato da G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Padova, 2024.

[36] Il 16 febbraio 2009.

[37] *Feasibility Study on a European Foundation Statute*.

operano istituti che presentano caratteristiche analoghe o non troppo divergenti rispetto alla "fondazione di interesse pubblico"; da qui l'opportunità di segnalare i parametri per riconoscere la sua esistenza. Gli ordinamenti di Civil law seguono l'approccio organizzativo e privilegiano il ricorso alla categoria dell'interesse pubblico (per distinguere tale figura dalle associazioni non profit, dalle società, dalle cooperative); in quelli di Common Law, che non conoscono la fondazione come specifica categoria giuridica, importa invece individuare il carattere "*charitable*" dell'organizzazione. Così, in Inghilterra rileva la distinzione tra "*charitable trusts*", "*charitable companies*" e le più recenti "*charitable incorporated organisations*"; da qui anche l'opportunità di una comparazione tra fondazioni e trust.

Negli Stati Uniti la fondazione è una sottocategoria della *charity*: l'Internal Revenue Code distingue tra le "fondazioni private" (solitamente nate dall'iniziativa di un individuo, di una famiglia o di una corporazione), soggette a maggiori restrizioni e minori benefici fiscali, e le "*public charities*", che godono di esenzione fiscale e ricevono fondi pubblici. Nonostante i differenti contesti, non è impossibile accostare queste figure alle fondazioni di Civil law: vale in particolare il riferimento alla fondazione "di erogazione" finanziata unicamente dal fondatore, tipica dei sistemi continentali, qualificata "fondazione" anche nell'*Usa Tax Law* del 1969.

Tratto comune nei diversi ordinamenti europei è che il sovvenzionamento della fondazione viene destinato ad uno specifico scopo che rispetti i requisiti dell'interesse pubblico, dell'utilità e della liceità. Per quanto concerne il significato da assegnare al concetto di "interesse pubblico", tre risultano le soluzioni adottate: alcune legislazioni propongono un'elencazione tassativa di finalità rivestite di siffatta natura, altre una lista aperta ed altre ancora nessuna specifica determinazione.

Sul versante della dotazione patrimoniale si riscontrano significative differenze: se in alcuni paesi viene imposto un preciso ammontare iniziale, in altri si prevede semplicemente che la sua consistenza sia sufficiente al perseguimento dello scopo istituzionale (fatta salva la possibilità per le corti o la pubblica autorità di intervenire qualora siano venuti meno i presupposti economici per l'esistenza della fondazione).

La garanzia di un certo livello di governabilità, assicurato dall'attività di controllori privati e pubblici, è assai diffusa, anche se differenziata da una realtà all'altra.

Nel contesto europeo, peculiare è la disciplina contenuta nel *Liechtenstein Foundation Act* [38] il quale, abrogando la legislazione previgente relativa a per-

[38] Stiftungsgesetz (StiG) vom 26. Juni 2008 *über die Abänderung des Personen- und*

sone e società, riguarda la materia delle fondazioni e del trust. Singolare è la possibilità di costituire una regolare fondazione anche senza provvedere alla sua registrazione, laddove questa non abbia uno scopo di pubblico interesse e non svolga attività commerciale. Il settore delle fondazioni è cresciuto particolarmente in Germania[39] e nel terzo millennio la disciplina del BGB è stata riformata (Stiftungsrechtsreform[40]), tra l'altro con l'introduzione di un registro (Stiftungsregister)[41].

Altri interventi legislativi si sono registrati in Belgio[42], inserendo la disciplina delle fondazioni nel codice delle società e delle associazioni, in Svizzera[43], nonché nel settore della charities, in Irlanda e nel Regno Unito[44].

L'ambito delle fondazioni ha registrato un notevole incremento soprattutto negli ultimi decenni, in particolare in ordine alla categoria delle fondazioni benefiche, presente in tutti gli ordinamenti dell'Unione (in Austria se ne contano diverse migliaia)[45].

Gesellschaftsrechts, rifluito nell'art. 552 sezione 1-41 PGR, entrato in vigore il primo aprile 2009.

[39] Dal 2003 al 2013 da 12.088 a 20.150, registrando nei vent'anni successivi un aumento del 70%, secondo i dati esposti dall'Association of German Foundation, Rorbert Bosch Stiftung, nello studio pubblicato nel 2014 *The Future of Foundations*.

[40] Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts del 16 luglio 2021, per la cui entrata in vigore sono stati indicati tempi prudentemente lunghi (2023). Come ricorda M. Graziadei, *Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione*, cit., 2502, la nuova legge ha introdotto un quadro federale uniforme, prevedendo, tra l'altro, la definizione della fondazione come persona giuridica senza associati (nuovo testo del codice civile tedesco, par. 80: *mitgliederlose juristische Person*), nuove regole sulla loro amministrazione, e il loro scioglimento.

[41] In materia si segnalano: *The Future of Foundations: A Study by Roland Berger Strategy Consultants on Behalf of Robert Bosch Stiftung*, 2014; *Funding in the 21st century: Trends and Priorities in the Foundation Sector*, 2014; DAFNE/EFC (cur.), *Number of registered public benefit foundations in europe exceeds 141,000*, 2014; *EFC legal and fiscal country profile: The operating environment for foundations Germany*, EFC, 2014; *Comparative highlights of foundation laws: The Operating Environment for Foundations in Europe*, EFC, 2015; R. Strachwitz, *The Role of Foundations in Public Debates in Germany*, in *American Journal of Economics and Sociology*, 74, 4, settembre 2015, 826-852.

[42] Loi 5-3-2019, *visant à assurer la lisibilité du droit applicable aux associations et aux fondations*.

[43] La riforma del codice civile nel 2014, poi il progetto di legge di iniziativa parlamentare *Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations*, oggetto di parere favorevole da parte del Consiglio Federale (FF. 2021, 1069).

[44] In Irlanda con il Charities Act 2008; nel Regno Unito con il Charities Act 2011, applicabile in Inghilterra e nel Galles, e il Charities and Trustee Investment (Scotland) Act 2005, in Scozia.

[45] *The Future of Foundations: A Study by Roland Berger Strategy Consultants on Behalf of Robert Bosch Stiftung*, 2014.

Nonostante il diverso prodotto interno lordo, le risorse complessive delle fondazioni europee appaiono approssimativamente accostabili a quelle nordamericane; il confronto peraltro non è opportuno in quanto comprensivo di ambiti non comparabili: negli Usa, infatti, il settore è costruito essenzialmente su istituzioni di erogazione, mentre in Europa le fondazioni includono figure eterogenee che oltreoceano sarebbero considerate piuttosto società senza scopo di lucro[46].

6. *Le ultime tendenze*

Uno studio condotto su impulso comunitario[47] ha offerto un'analisi comparata delle principali legislazioni sulle organizzazioni a scopo non lucrativo in vigore in alcuni paesi europei, in vista dell'elaborazione di un'eventuale iniziativa legislativa europea in materia, illustrando l'evoluzione del concetto di NPO, presentata quale conseguenza di alcune circostanze, tra cui la torsione commerciale di molte istituzioni tradizionalmente oblative e uno slittamento dell'impronta delle relazioni con lo Stato e altri enti pubblici nell'erogazione di servizi nell'interesse pubblico; di qui la necessità di individuare le NPO create da cittadini per svolgere attività di interesse generale. Lo studio[48] evidenzia le diverse opzioni disponibili e conclude auspicando che l'UE introduca una figura europea la quale, anziché limitarsi alle NPO, includa organizzazioni collegate, come quelle del terzo settore e dell'economia sociale.

La ricerca ha consentito di enucleare due filoni correlati: l'ampliamento della finalità di organizzazioni annoverate nella categoria e la revisione dello stesso concetto di NPO, ridimensionando il rilievo dello scopo di lucro soggettivo ed assegnando rilevanza alla definizione positiva delle finalità, insieme ad altri fattori, quale la natura dell'attività svolta, di modo che perderebbe centralità la stessa proibizione dello scopo di lucro così da consentire di includere organizzazioni non caratterizzate da totale proibizione della distribuzione.

[46] La ragione di questa differente classificazione è fatta risalire alla definizione contenuta nel Tax Reform Act del 1969, secondo cui le fondazioni sono istituti che godono di esenzione fiscale, ricevendo la maggior parte delle proprie risorse da una sola fonte – tanto da essere considerati controllati dal donatore –; così, non viene qualificata fondazione bensì "*public charity*" l'organizzazione non profit che ottenga più della metà delle entrate da fonti diverse.

[47] Del Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs del Parlamento europeo, su richiesta del JURI Committee.

[48] *A statute for European cross-border associations and non-profit organizations. Potential benefits in the current situation*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, 2021.

Esito è lo slittamento dall'ambito delle non-profit organizations a quello delle organizzazioni del terzo settore e dell'economia sociale, non già quali denominazioni inedite del medesimo fenomeno, ma etichette evocanti una differenza sostanziale, ritenute maggiormente appropriate.

Un'altra tendenza è la crescente neutralità dei tipi sociali, che consente anche l'impiego della società per finalità non lucrative, cosicché associazioni e fondazioni cessano di rappresentare le uniche forme appropriate per finalità altruistiche[49].

[49] Secondo la visuale illustrata da A. Fici, *Un diritto per il Terzo settore. Studi sulla riforma*, Napoli, 2020.

JUSTICE, EQUITY AND LAW

Gale Galev

SUMMARY: 1. A Complex Relationship. – 2. Equity as an Interpretative Tool in Law. – 3. Models of Equity: Common Law and Civil Law Traditions. – 4. Value, Responsibility and Jurisprudence.

1. *A Complex Relationship*

From ancient times to this day, justice, equity and law have had a particular place, role and meaning in the organization of social relations, especially in the protection of the rights of subjects that are derived from such relations. If, in this trinity, viewed in the legally formal sense, law represents the normatively and legally constructed judicial system in a given political space and time, then equity and justice may be said to represent its value agents within its framework. Furthermore, the more justice is incorporated into law as the fundamental value principle, even at an abstract and general level, the more the law may be viewed as corresponding to its main mission: being an active protector of the interests and rights of participants in legal relations.

Introduced into the legal order at this level, as commutative or distributive,[1] in a state of fundamental pre-normative social relations and legal norms, had they been qualitatively valued with its help, it may be sufficient cause for an equitable resolution of rights and obligations from a particular legal relation. However, in view of the fact that the pre-normative valuation of social relations and legal norms which express the content of these relations is, in great measure, a general and abstract valuation, i.e. a generally and abstractly desired level of justice, it is, as such, in many cases, insufficient for justice to be qualitatively transferred to the level of each existing individual legal relation.

Bearing in mind that justice, in the segment of norming the pre-normative relations, always had the goal of arranging, not all, but only the average and, at the same time, standardized relations, it becomes quite understandable that justice could not have been incorporated into law except at a general level, i.e.

[1] *Cf.* S. Perović, *Pravo na slobodu i prirodno pravo*, in *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2003, 3, 35-96, and Aristotle, *Nikomahova etika*, Belgrade, 1970.

the level of average relations that law regulates. Thus, justice incorporated into law in this way, applied to a particular case that can in many ways be specific and deviate from the general and average character of the legal arrangement of relations, may lead to what is just at the level of principle and of the abstract, being unjust at the particular level. In that case, a logical question arises: how to accomplish the necessary level of justice also when legal subjects enter each of the particular legal relations? This question can be answered in several ways, with each being satisfactory to a certain level.

2. *Equity as an Interpretative Tool in Law*

Thus, in some cases, the desired level of justice may be accomplished by interpreting the general legal norms applied to the particular case, and certainly the dispositive legal norms, when a part of the contents of a given case is arranged by them. In that, a court and any other authorised organ or subject that performs the interpretation, has at its disposal the common instruments used in the interpretation of legal norms or, in a broader sense, law. Furthermore, the general characteristic of interpretation as a method of implementation of law is that a court or other organ, that is a subject that interprets the particular norm, fundamentally remains within the framework of this very norm and under its influence. In the other case, the starting point may be the direction determined by the regulation itself, most often a law.

We encounter the examples of such directions in the Law on Contracts. For instance, such are all the cases in which the court instructs the implementation of the category: "conscientiousness and honour", "good practice", "usual" action, establishing the "purpose" of a contract, "unless… it stems otherwise from the nature of the business or the will of the parties", when "it is obvious that the contract no longer corresponds with the expectations of the contracting parties", "the common intent of the contracting parties should be explored and the provision should be interpreted in the way that corresponds with the principles of contract law", taking into consideration "the circumstances that became true after the causing of the damage", "profit that would have justifiably been expected under a regular course of operations and under particular circumstances" and suchlike. In this case, like in the first one, the starting point of the implementation of the norm is the norm itself, but the process does not remain there – incorporated into its contents are certain elements from the social rules that it directs to. In this way, a just solution to a considered case may be a frequent outcome. However, in all this, a desired level of equity cannot always be reached. In that case, the worst variant would be to only remain at the

stricti iuris implementation of legal norms. Were that to be accepted, then we would very often have the status of "the height of law – the height of injustice (*summum ius, summa iniuria*). Observing from the aspect of Émile Durkheim, this would represent the elevation of the will of the legislator to the category of the source of law. For him, accepting this "…would mean taking the exterior as the truth, taking the letter as the spirit of the law", which he certainly does not accept. The view of Bogišić also lies along this line. From him, we can read: "He who knows only the words of the law, does not yet know the law, until he understands its reason and meaning".[2] On accepting the mentioned views as justified, it remains to seek the exit from that on another side. This other side comes down to the introduction of *equity* as a value category in the field of law. It should be mentioned that this introduction is accomplished in two ways. One is present in Anglo-Saxon law and the other in continental European law.

3. *Models of Equity: Common Law and Civil Law Traditions*

It is characteristic of Anglo-Saxon law that, besides Common Law and Statute Law as two sub-systems, the first system also incorporates Equity as the third sub-system. The last sub-system has its own history of coming into existence. Until the end of the 19th century, it was even covered by a separate judiciary. Its characteristic is that it relies on previous cases (precedents), which are used as the legal ground for deciding in future cases that are similar. We encounter here a particular segment of objective Anglo-Saxon law. With the existence of such finished legal "material", the role of the court, more or less, consists of finding an appropriate "existing" judicial solution to apply on the case and solve it as an Equity precedent. Therefore, one can say that such placement of the *Equity* system somewhat restricts the court's ability to itself find the equitable solution to the case that it is deliberating.[3]

Contrary to this, when we speak about *equity* in continental European law, it should be said that it does not represent a separate sub-system within the legal system of a given country but exists "within" the system itself.

This is true in the sense that equity, as one of the instruments of implementation of the law, is directly or indirectly ushered by the law itself. This is the

[2] This and the previous quotation were taken from a well-known work by S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, 2003, 128-129.

[3] More about this, *cf.* N. Misita, *Pravičnost kao osnov obavezivanja za naknadu štete*, doctoral thesis, Faculty of Law in Sarajevo, 85; and K. Čavoški, *Pravosuđe, pravo i pravda*, in *Pravni Život*, 12, 1995, Belgrade, 905-906.

case, among other things, when the legal norms, considering the level of their being generalized and abstract, are unable to bring the justice that is incorporated in them to a measure that is required in particular legal cases, nor can that be fully accomplished via the implementation of special rules and the legal *instrumentarium* that is intended for interpreting these norms. In such cases, one might say, the law itself "seeks help" from *equity*. The question here is: *how is this accomplished?* The easiest way to reach the answer is to start from its *significant traits* which exist in law. We will focus on two of these traits on this occasion.

The first is that equity exists as *a separate method of implementation of the law*. This in the sense that, in the implementation of a given legal norm, equity, despite being derived from the norm, still "abandons" the norm's terrain (which is not the case with other methods of implementation of the law, as already stated above) and seeks the answer on how it (the norm) will be implemented, outside of that terrain. This other terrain is nothing else than the interactive relation, established by equity, between the incorporated ruling concept of justice in a given legal system and of the order reduced to the level of a particular legal norm, on the one side and, on the other, the particular disputed case for which an equitable solution is sought. Thus, we can read in legal theory that equity "*…is a method of implementation of the law by direct mediation between the ruling concept of justice and a particular case*".[4] In short, equity is here focused on a concrete case, i.e. on the social content of that case, and is simultaneously in direct correspondence with the ruling concept of justice. Starting from the necessary factual material, which includes: the material status of the subjects in a relation, their social status, existence or non-existence of their guilt, the degree of that guilt, their conscience and honour, and suchlike, and while placing that material into direct correlation with the ruling concept of justice, the organ that is ruling in the disputed case implements the given legal norm, while adjusting it to this case.

The issue of the general nature of a legal norm or law in the broader sense, as an obstacle to equitable ruling in concrete legal relations has been raised already by Aristotle. Namely, on realising that, he declared: "therefore, when a

[4] N. Misita, *Pravičnost kao osnov obavezivanja za naknadu štete*, cit., 85 Considerations in that direction are found with the following authors: F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, II, Paris, 1932 (equity "is the means of harmonizing facts with the ideas of justice…" or we may also read from him: "Interpretation will accept individual equity… whenever that means is necessary to satisfy justice.", 110, 113); J. Esser, *Einführung, die Grundbegriffe des Rechtes und States*, Wien, 1949, 20 (He states that equity is "a form of free and individual ruling on the basis of justice…"); W. Sauer, *Gerechtikeit*, Berlin, 1959, 137 ("Equity is justice made concrete…"). Also *cf.* Hegel: *Osnovne crte filozofije prava*, Sarajevo, 1964, 188.

law contains a general rule, if a case arises that is not fully covered therein, then the appropriate action where the legislator has made the omission and used an erroneous general expression, is to correct the omission in a manner in which the legislator himself would have declared and legally prescribed, had they been present and seen the case". In that sense, he added the following: "The law cannot regulate, because no law is brought for the particular. That is why the judge uses equity to express law...".[5] Be that as it may, we will not be wrong if we conclude that this is an encounter with a very complex and responsible approach to the application of law, which is different than other approaches in many aspects. Hence, in the legal doctrine, we can encounter a conclusion that it represents "…the most difficult and most delicate way of applying the law…".

Complexity here stems from, among other things, the fact that, when using equity as a special method in applying the law onto a concrete case, the permitted line of applying social content in its framework must not be crossed. If that were to take place, we would have a situation in which positive law is suspended and, in certain cases, even derogated. When that happens, then equity loses the purpose of its existence. In order for that not to take place, one should constantly take care and maintain a responsible relation towards the *principle of legality*, and also towards the ancient legal principle: "even a bad law is a law" (*dura lex, sed lex*). In short, while dwelling on such a complex terrain, equity should always remain within the framework of its fundamental mission in law, which is *to enable the adjustment of the general legal rule to the norm of the particular case, while corresponding between the concrete case in deliberation and the ruling principle of justice. Only in this way and in these frameworks can it be accepted and supported. Otherwise, it becomes its own opposite.*

4. *Value, Responsibility and Jurisprudence*

The claims disclosed so far about equity as a particular way of applying law also direct us to its other characteristic, which is: *in its essence, equity is a value*

[5] Aristotle, *Nikomahova etika*, cit., 139 dr. As for Aristotle and his view of the relation between law as a general norm, justice and equity, the following statement of his also deserves to be quoted: "Each law is a general provision, and there are many individual cases which cannot be treated equitably by one such general provision…". Hence, in his philosophical thought, we encounter a division of justice into general and particular, and into equity. He believed that general justice, as total courage, consisted of the fact that action is performed as prescribed by law. On the other hand, he views particular justice as: cumulative and distributive justice, and equity as justice reached in every particular case.

category, or a value principle determined in more detail, which is also true of justice itself. As such, they have the same goal and are thus not excluding but supplementing one another. This in the sense that justice, as a value judgment and a determination towards pre-normative social relations, is incorporated at the global level into the judicial system and order and, in those frameworks, particularly into law as a part of that system and order. The issue here is the relatively general and abstract valuation which, transferred onto concrete relations which legal subjects enter into, often cannot yield the expected results, due to that general and abstract character. It is exactly then that the help of equity is necessary. It, while corresponding with justice that is incorporated at the global level and, particularly, at the level of a certain legal norm and simultaneously with the concrete case, arrives at its particular value judgment about the mentioned case that it transfers to, i.e. incorporates into. In this way, what appears as justice at the general level, transforms into equity on a concrete plane. Thus, in legal theory we will encounter the conclusion, which is acceptable for us, that equity is nothing more than: … *equity in concreto*."[6] Furthermore, bearing in mind the fact that equity, as a value category, i.e. a value judgment, is also a subjective valuation in a certain measure, the persons, or subjects which perform the valuation must maintain a careful, responsible and serious approach. This means that, when performing valuation, one should, if possible, reduce the space of the subjective (personal) and fill that space with the value category that is drawn from the overall level of the predominant principle of justice and a concrete case that is being solved. The author quoted above also points in that direction. While focusing on the issue of a court's ruling according to equity, he would, among other things, advocate that, in such a case, the judge does not rule "according to their moral determination… because that would mean that they rule *contra legem* but establishes an objective existing understanding of the equitable solving of the disputed case."[7]

This approach also finds confirmation in jurisprudence. There, we will encounter that: "Ruling by equity does in no way imply arbitrary ruling according to personal and subjective standards… Ruling by equity… is not sentimental ruling… to rule by equity means that you primarily rule according to certain

[6] M. Rümelin, *op. cit.*, 56. See also with the authors listed in note 6 of this paper, and with N. Visković, *Pojam prava*, Split, 1976, 135-151.

[7] M. Rümelin, *op. cit.*, 39. The views of the following authors go in the same direction: F. Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., 126; Č. Marković, *Poštenje i moral u pravu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Vol. III, 6, 1921 and Vol. V, No. 4 and No. 5-1922, 459 and J. Danilović, *Pravičnost kao pokazatelj pri određivanju obligacionih odnosa i nacrt budućeg Zakonika o obligacijama i ugovorima*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1970, 367.

rational and social, i.e. scientific criteria. That you rule by equity fundamentally means that you rule by certain objective norms, drawn from social legality."

Implying the latter in the sense of "…entering into the material sources of law (in real social relations, economics, reigning social ideology)".[8] Also along these lines is the determination we encounter in the *Montenegrin Property Code from 1888*. Namely, its article 782, which determines the sources of law by which the court rules, reads, among other things, that, while ruling according to justice and equity, "… the judge, while assessing the circumstances from all sides, should particularly make sure that the honourable believe that right is also what is in harmony with the public belief and honour, without which there can be no organized interaction among the people. Even if the judge performs according to his own soul and conscience, he should still consider, as much as possible, the reasoning and opinion of the people." This determination and the demands placed before the court as imperative, which it must consider while valuing the concrete case that it resolves, are undoubtedly sufficient guarantee that the ruling according to justice and equity will be objective and not subjective ruling. After all, our Law on Contracts of the Republic of Macedonia, when referring to the implementation of the principle of equity, in one way or another, defines something that another court must take consideration of. A characteristic example of this, among other things, is a provision of article 156 of this Law.[9]

At the end of the presentation about justice, equity and law, it remains to conclude that these are phenomena which can be notionally differentiated and, on that basis, individually analysed and presented, but this does not mean that each of them can be applied individually and, as such, provide the result that is expected from it. On the contrary, one should always start from the fact that a case can include relatively complex phenomena, which are found in an exclusively complex and, one might say, inseparably interactive connection. This must not be forgotten for a single moment during their implementation in

[8] Quoted here is a part of the Decision of the Federal Elected Court of the Federal Chamber of Commerce. More about this, *cf.* Jugoslovenska advokatura, 1969, 3-4, 89 and others.

[9] "(1) In case of damage having been caused by a person not responsible for it, and when the compensation cannot be obtained from the person who was in charge of supervising the person who caused the damage, the court may, when equity demands, and particularly considering the material status of the person causing and the person suffering the damage, to obligate the person causing the damage to compensate for it, in full or partially. (2) If damage is caused by a minor of unimpaired judgment, who is unable to compensate for it, the court may, when equity demands, and particularly considering the material status of the parents and of the person suffering the damage, obligate the parents to compensate for the damage, in full or partially, although they are not liable for it" (article 156 of the Law on Contracts).

practice. In order for this not to happen, the court has to invest a lot of work and professional knowledge during implementation, as well as knowledge that is broader than the professional one. This is expected from it all the more so because, as we find in literature "going to a judge means going to justice".[10] Besides, a court, that is a judge, should consistently apply his knowledge, but in order to do that, he needs sufficient strength of will and moral courage.[11] After all, only in this way can one expect justice, equity and law to yield the desired result, because of which they exist as a system of legal norms, i.e. value categories and principles. Any approach that is not in accord with this is extremely risky, damaging and therefore unacceptable.

[10] Aristotle, *Nikomahova etika*, V, cit., 1132 a (quoted according to K. Čavoški, *Pravosuđe, pravo i pravda*, cit., 913).

[11] That is why *Francis Bacon*, in his work *Eseji ili saveti politički i moralni*, Novi Sad, 1952, 179 warns the judges to remember that lions had supported Solomon's throne on both sides when he passed judgment. Thus, as K. Čavoški stated in the work quoted above (*Pravosuđe, pravo i pravda*), "he vividly declared that judges, among other things, must sometimes have the courage of a lion".

TRA *AGEING TESTATOR*, *FAIBLESSE DU TESTATEUR* E *VERLETZLICHER ERBLASSER*: ITINERARI IN TEMA DI PROTEZIONE DEL TESTATORE FRAGILE

Andrea Maria Garofalo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo stato dell'ordinamento italiano. – 3. La storia: alle origini degli attuali orientamenti giurisprudenziali italiani. – 4. La comparazione: spunti europei ed extraeuropei per il superamento degli orientamenti tralatizi italiani. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*[1]

Testamento del soggetto fragile, *ageing testator*, *faiblesse du testateur* e *verletzlicher Erblasser*: espressioni diverse, ormai di uso comune nei rispettivi ordinamenti (italiano, inglese, francese e tedesco), che richiamano problemi – e soprattutto esigenze sociali – assai simili.

Il problema, avvertito in tutti gli ordinamenti dei Paesi più ricchi, è in estrema sintesi quello della "vulnerabilità testamentaria". La popolazione invecchia: e, se i progressi della medicina hanno consentito di allungare l'età umana, non sempre hanno pure permesso di garantire una certa qualità dell'esistenza (specialmente dal punto di vista psichico). Emerge drammaticamente il problema dell'"anziano fragile", peraltro reso ancora più urgente dalla frammentazione

[1] Sono felice e onorato di dedicare il presente scritto a Gian Antonio Benacchio: e, questo, per diverse ragioni. L'Autore che celebriamo è, anzitutto, un cultore del diritto comparato: e questo spiega il taglio che ho voluto dare al mio scritto. Ma egli è pure un docente appassionato, che ha dedicato molto energie, tra l'altro, ai corsi di Istituzioni di diritto privato tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, venendo ricambiato dall'affetto di diverse generazioni di studenti. Per parte mia, ho avuto la fortuna di poter collaborare con Gian Antonio in un corso dedicato, oltre che ai diritti reali e al diritto di famiglia, alle successioni *mortis causa* (e ho avuto pure l'onore di sostituirlo per un'annualità): ed è per ricordare questa esperienza per me particolarmente arricchente, nel corso della quale Gian Antonio non ha mai lesinato i suoi consigli e i suoi suggerimenti, che ho voluto esaminare da una prospettiva comparatistica un tema classico, e al contempo sempre più al centro del dibattito contemporaneo, del diritto successorio.

dei nuclei famigliari e, dunque, dal venir meno di quella "rete di protezione" offerta nel passato proprio dalla famiglia allargata.

Tutti gli ordinamenti cercano di attrezzarsi per rispondere a questi problemi, ovviamente ciascuno in modo coerente con la sua storia, la sua tradizione e il particolare ruolo che in ognuno rivestono i singoli formanti (e il particolare equilibrio tra formanti che connota ogni sistema). Il confronto tra ordinamenti appare, in quest'ambito, di particolare importanza, permettendo all'interprete di comprendere l'origine di certe soluzioni, di raffrontare esiti operativi e di suggerire nuovi strumenti di tutela.

Del resto, è oggi venuto senz'altro meno quel pregiudizio, spesso non esplicitato, che in passato ha di tanto in tanto sottratto il diritto successorio alla comparazione. È vero che il diritto delle successioni è assai tecnico, così come è vero che esso è fortemente conformato dalle istanze culturali proprie di ogni sistema: ma tutto questo, lungi dall'ostacolare la comparazione, la rende ancora più interessante. Peraltro tutte le aree del diritto risentono, a ben vedere, di tecnicismi e di conformazioni culturali, i quali non impediscono il raffronto tra ordinamenti, ma semmai impongono al comparatista di tenere conto, per un verso, del diverso orizzonte valoriale in cui il giurista municipale si muove e, per un altro verso, della distanza tra regole declamate e regole operazionali (secondo la nota formula sacchiana).

Per giunta, la comparazione nell'ambito della vulnerabilità successoria è di particolare interesse per l'interprete italiano, il quale si confronta con un dato normativo e con una lettura giurisprudenziale nient'affatto aggiornati a quei problemi, tipici della modernità, di cui si è detto poche righe fa: in particolare, appare di grande utilità per far emergere l'assoluta inadeguatezza, rispetto ai tempi moderni, degli orientamenti giurisprudenziali tralatizi in tema di incapacità naturale e di dolo nel testamento.

Limiteremo la nostra indagine, per ragioni di spazio confinata a poche pagine, proprio a quest'ultimo argomento, ossia all'inadeguatezza degli orientamenti giurisprudenziali italiani in tema di incapacità naturale e dolo testamentari. Nell'analisi partiremo dall'esame dell'ordinamento italiano (§ 2), per poi risalire nella storia al fine di cercare l'origine delle opinioni giurisprudenziali menzionate (§ 3), passando poi alla comparazione delle regole operazionali italiane con quelle francesi, tedesche, inglese e americane, specialmente al fine di valutare quali spunti per una revisione delle prime siano offerti dalle seconde (§ 4). Concluderemo poi con un invito ad ampliare lo sguardo, per affrontare i temi della vulnerabilità testamentaria in un'ottica estesa, che metta in connessione istituti tra loro diversi (§ 5)[2].

[2] Si consenta di rinviare, per un approfondimento relativo a tutti questi argomenti, ad A.M.

2. *Lo stato dell'ordinamento italiano*

Il codice civile italiano protegge il testatore fragile, oltre che per mezzo delle disposizioni in tema di indegnità e di alcuni divieti specifici (specialmente collegati alla carenza di *testamenti factio* passiva in situazioni specifiche), mediante due ordini di regole: quelle in tema di capacità (o *testamenti factio* attiva) e quelle in tema di vizi del volere (dolo, violenza ed errore).

Iniziamo dal considerare le prime.

L'art. 591 c.c. prevede l'annullabilità delle disposizioni testamentarie ove l'autore sia interdetto, minore o incapace di intendere e volere al momento del testamento. Il codice stesso non collega all'inabilitazione l'incapacità (legale) di testare, così adottando una soluzione abbastanza largheggiante; parimenti, il codice non esclude di per sé la capacità di testare del beneficiario di amministrazione di sostegno (ove egli non sia stato privato della stessa dal decreto di nomina dell'amministratore).

La giurisprudenza italiana, chiamata assai di frequente a fare applicazione della norma in tema di incapacità naturale (ossia, in tema di capacità di intendere e volere al momento del testamento), sposa – come già riferito – un'interpretazione assai restrittiva.

Secondo una massima assai diffusa a produrre l'invalidità delle disposizioni testamentarie è sempre, e solo, l'incapacità assoluta. Precisamente, si ripete che "l'incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi"[3]. Talvolta si aggiunge che il *de cuius* deve versare in condizioni tali da legittimare, "con il concorso dell'abitualità", "la pronuncia di interdizione"[4].

Garofalo, *Testamento e vulnerabilità*, Napoli, 315 ss. In generale, i temi che si discuteranno nel presente saggio sono sempre più oggetto di attenzione in dottrina: per un pregevole e recente studio cfr. F.P. Patti, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2023, 177 ss.

[3] La massima compare in centinaia, se non migliaia, di arresti, talvolta con lievi modifiche lessicali. Tra gli altri v. Corte di cassazione, 10 novembre 2023, n. 31322; Corte di cassazione, 10 novembre 2023, n. 31325; Corte di cassazione, 31 ottobre 2023, n. 30332; Corte di cassazione, 31 ottobre 2023, n. 30279; Corte di cassazione, 31 ottobre 2023, n. 30268; Corte di cassazione, 17 novembre 2022, n. 33914; Corte di cassazione, 14 settembre 2022, n. 26984; Corte di cassazione, 22 luglio 2022, n. 22974; Corte di cassazione, 19 gennaio 2022, n. 1618.

[4] V. ad esempio Corte di cassazione, 14 settembre 2022, n. 26984.

Secondo la giurisprudenza[5], dunque, solo l'incapacità assoluta – che toglie coscienza dei propri atti o comunque esclude *in toto* la capacità di autodeterminarsi – rileva in ambito testamentario. Aggiungono le sentenze che l'incapacità per così dire "relativa", o comunque più lieve, che pur giustificherebbe un provvedimento di inabilitazione se prolungata, non vizia l'atto di ultima volontà, diversamente da quanto avviene ad esempio nell'area del contratto.

La dottrina è da tempo critica[6]: si osserva, infatti, che il principio giurisprudenziale, evidentemente fondato sulla necessità di conservare l'atto di ultima volontà, non è persuasivo, giacché ha senso conservare la volontà che esiste, ma non quella che manca (e il negozio testamentario voluto da un incapace, quand'anche solo "relativamente" tale, difetta di un nucleo sufficiente di volontà consapevole).

Queste obiezioni, a loro volta, sono divenute ancora più forti nel tempo recente, a fronte della diffusione di quei fenomeni tipici della modernità di cui si è detto poco fa[7]. Le opinioni giurisprudenziali, di per sé non persuasive, sono così apparse bisognose di un'urgente *revirement*: ma a questa critica la giurisprudenza – salvi alcuni precedenti recenti[8] – è rimasta sorda, probabilmente per il timore non riuscire, una volta abbassata la soglia di incapacità idonea a produrre l'annullamento del testamento, a evitare un eccessivo dilagare dell'invalidità testamentaria e un'eccessiva instabilità delle disposizioni di ultima volontà.

Passiamo a considerare i vizi del consenso, a proposito dei quali l'art. 624 c.c. stabilisce che «la disposizione testamentaria può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse quando è l'effetto di errore, di violenza o di dolo».

[5] In realtà non mancano sentenze che, pur ribandendo la loro adesione a tali massime, se ne sono poi allontanate a livello di *ratio decidendi* (v. M. Cinque, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'"*ageing testator*"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, I, 1038; cfr. di recente ad esempio Corte di cassazione, 21 novembre 2024, n. 30067).

[6] Cfr. Ar. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, 152; M. Cinque, *Testamento e affievolimenti della "consapevolezza affettiva"*, in *Rivista di diritto civile*, 2023, 1246.

[7] Cfr. S. Patti, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 1000 e 1002 ss.

[8] L'orientamento "progressista", di esplicita adesione ad alcune delle opinioni dottrinali più critiche, è stato inaugurato da Corte di cassazione, 17 ottobre 2022, n. 30424, che, pur toccando anche l'incapacità naturale, riguardava specialmente captazione e suggestione; esso, ripreso da altri precedenti (anche più specificamente in tema di incapacità naturale: v. Corte di cassazione, 22 febbraio 2023, n. 5439), è stato smentito, o comunque non è stato ripreso, da altre decisioni coeve (v. ad esempio Corte di cassazione, 31 agosto 2023, n. 25521; Corte di cassazione, 6 febbraio 2023, n. 3523).

Nell'ambito di queste figure a rivestire – almeno in astratto – un ruolo di una qualche importanza è il dolo (mentre l'errore e la violenza si rivelano di per sé scarsamente efficaci nella tutela del testatore fragile, sia per motivi sostanziali, legati alla natura stessa di questi vizi, sia per ragioni probatorie, derivanti dalle difficoltà di dimostrare l'esistenza di tali vizi). Proprio al dolo si sogliono riportare, in mancanza di un'apposita disciplina, le ipotesi di "captazione" e "suggestione" (che, pur nella molteplicità di opinioni sussistenti, tendenzialmente vengono fatte corrispondere a condotte volte intenzionalmente a "eterodirigere" la volontà di un soggetto che supinamente aderisce a tale indirizzamento esterno del suo volere).

Tuttavia, proprio a proposito del dolo un'altra massima granitica afferma che, «in tema di impugnazione di una disposizione testamentaria che si assuma effetto di dolo, per potere configurarne la sussistenza non è sufficiente qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore mediante blandizie, richieste, suggerimenti o sollecitazioni, ma occorre la presenza di altri mezzi fraudolenti che, avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito dello stesso – siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata»[9]. In più d'un caso si aggiunge alle parole riportate la precisazione per cui il dolo testamentario abbraccia anche le figure della captazione o suggestione[10].

In sintesi, l'orientamento in parola[11] ammette che, nel testamento, i requisiti di rilevanza del dolo siano più morbidi rispetto a quelli contrattuali, non essendovi ragione di tutelare l'affidamento di una controparte. Al contempo, però, non giunge sino al punto di abdicare, per un verso, all'esistenza di veri e propri mezzi fraudolenti e, per un altro verso, a una falsa rappresentazione della realtà dotata di rilevanza causale nella formazione del volere testamentario.

[9] V., tra tantissime, Corte di cassazione, 28 febbraio 2018, n. 4653. In termini, pur al netto di qualche minima modifica lessicale, anche le massime tratte da: Corte di cassazione, 23 ottobre 2017, n. 24995; Corte di cassazione, 11 aprile 2017, n. 9309; Corte di cassazione, 4 febbraio 2014, n. 2448; Corte di cassazione, 28 maggio 2008, n. 14011; Corte di cassazione, 22 aprile 2003, n. 6396, 2003; Corte di cassazione, 14 giugno 2001, n. 8047.

[10] V. ad esempio Corte di cassazione, 4 febbraio 2014, n. 2448; Corte di cassazione, 22 aprile 2003, n. 6396.

[11] Anche qui deve rilevarsi un (saltuario) fenomeno di dissociazione tra massime e *rationes decidendi*: e, cioè, deve ammettersi che in talune occasioni il ricorso alla ricorrente massima in tema di captazione ha lasciato spazio a una *ratio decidendi* in tutto o in parte non collimante. Cfr. ad esempio Corte di cassazione, 28 febbraio 2018, n. 4653; Tribunale di Bologna, 16 marzo 2022, n. 684; Corte d'appello di Bologna, 27 settembre 2011, n. 1146.

Anche a tal riguardo la dottrina contemporanea appare fortemente critica[12]: si ritiene inopportuno restare legati a un concetto tradizionale del dolo (ciò che, si osserva, non sarebbe imposto dall'art. 624 c.c., che non rinvia per forza di cose al concetto di dolo tipico dei contratti) e, viceversa, si sostiene che accanto al dolo "classico", che fa effettivamente perno su condotte fraudolente idonee ad aver tratto in inganno il testatore, possa trovare spazio nel dolo testamentario anche una figura differente, un dolo "per captazione", che assomiglierebbe di più alla circonvenzione d'incapace penalistica (ossia a quel reato punito dall'art. 643 c.p. e commesso da chi abusa dello stato di vulnerabilità – di "infermità" o "deficienza psichica" di una persona – inducendola a esercitare in un certo senso la sua libertà testamentaria). L'illiceità, dunque, rileverebbe non tanto quale induzione fraudolenta in errore, quanto come abuso di una situazione di infermità volta a far disporre in un certo senso la vittima[13].

Allo stato, tuttavia, la giurisprudenza civile rimane ferma su un'idea tradizionale di dolo: di conseguenza, appare assai più proficua, per chi voglia attaccare un testamento, la strada penalistica del reato di circonvenzione di incapace. E la convenienza della via penalistica è tanto più evidente, quanto più si consideri che, alla luce dell'orientamento granitico della giurisprudenza civile (anch'esso, peraltro, assai criticato in dottrina), è considerato nullo il testamento redatto da un incapace circonvenuto[14].

3. *La storia: alle origini degli attuali orientamenti giurisprudenziali italiani*

Cercare l'origine degli attuali orientamenti giurisprudenziali italiani ci richiede di risalire sino al XVIII Secolo, allorché – come attestato dallo stesso Pothier – accanto alla follia e alla demenza, come causa di invalidità del testamento, si annoveravano anche la "captazione" e la "suggestione"[15]. Mentre alla prima veniva ancora, spesso, attribuito il significato romanistico (con con-

[12] S. Patti, *Invalidità del testamento olografo per mancanza di volontà: non occorre la prova di mezzi fraudolenti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, 1064.

[13] V., seppur in termini non perfettamente omogenei, E. Carbone, *Captazione testamentaria e suggestione (vecchi concetti, nuove funzioni)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, 816; S. Pagliantini, *I vizi della volontà testamentaria*, in R. Calvo, G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, 2ª ed., II, Napoli, 2013, 959.

[14] Cfr. ad esempio Corte di cassazione, 6 febbraio 2023, n. 3523, e, per le critiche dottrinali, A. Albanese, *Estorsione contrattuale: una fattispecie penale in cerca di rimedio civilistico*, in *Europa e diritto privato*, 2023, 626.

[15] R.J. Pothier, *Ouvres*, VIII, *Traités des successions, donations testamentaires, donations entre-vifs, substitutions et des propres*, Parigi, 1890, 252 e 261. Scrive l'autore francese: "*une*

seguente invalidità della "disposizione captatoria" più che di quella "captata"), la seconda era collegata al "suggerimento testamentario": o, per meglio dire, a quel suggerimento irresistibile, fonte di indebita interferenza nella formazione del volere.

Il *Code civil*, nella sua stesura originaria, prevedeva già che «*pour pouvoir faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit*» (art. 901 *Code civil*). Quanto al testamento dell'interdetto (sottoposto a tutela), esso era di per sé nullo (art. 502 *Code civil*).

Con riferimento al dolo, i redattori avevano inizialmente immaginato di inserire una disposizione volta a escludere l'invalidità della disposizione testamentaria «*fait … par haine, colère, suggestion ou captation*»: evidentemente, al fine di evitare l'incertezza e l'eccessiva dilatazione dell'invalidità che le tesi Settecentesche portavano con sé. Nondimeno, di fronte al rischio che una simile previsione finisse addirittura per agevolare condotte captatorie e suggestive, si decideva poi di non introdurre la previsione normativa ipotizzata e di lasciare alla "saggezza dei giudici" la decisione circa la cittadinanza nel sistema e l'esatta portata dei vizi di *suggestion* e *captation*[16].

La giurisprudenza e la dottrina della prima metà dell'Ottocento, aderendo a un'impostazione meramente esegetica e assai più rigida di quanto fosse nelle aspirazioni degli stessi redattori del *Code civil*, escludevano l'applicazione diretta di istituti privi di fondamento positivo, come la suggestione e la captazione; nondimeno, ammettevano che il testamento – così come il contratto – potesse essere invalido ove affetto da *erreur*, *violence* o *dol*: e proprio in questa prospettiva affermavano che la captazione e la suggestione, per rilevare, avrebbero dovuto ammontare a un vero e proprio dolo, con esclusione (almeno di norma) di quei mezzi e mezzucci volti a ottenere benefici successori (buoni uffici, servizi, blandizie e via dicendo)[17]. Al contempo, però, il dolo non veniva letto in modo eccessivamente rigido o rigoroso: proprio la mentalità dei giuristi francesi dell'epoca, infatti, respingeva un dogmatismo eccessivo, lasciando ampio spazio alla flessibilità nell'interpretazione dei concetti[18].

Lo stesso, peraltro, valeva per l'incapacità: nella cui applicazione i giuristi francesi erano ispirati, più che da un approfondimento dogmatico (e pure me-

volonté est suggérée lorsque le testateur a voulu faire les dispositions qu'il a faites dans la vue de se délivrer des importunités de ceux qui l'y portaient".

[16] Nei lavori preparatori si legge che "*c'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule apprécier ces faits et tenir la balance entre la foi due aux actes et l'intérêt des familles*".

[17] V. in giurisprudenza Cour de Poitiers, 27 maggio 1809, in *Rec. Sirey*, 1810, II, 23; in dottrina C.B.M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5ª ed., V, Bruxelles, 1824, 387

[18] V. C.B.M. Toullier, *op. cit.*, 392 e 394.

dico) praticamente assente, da un forte grado di pragmatismo, che rendeva il concetto senz'altro duttile[19].

Le disposizioni francesi venivano trapiantate in Italia con l'entrata in vigore del codice del 1865, che anche in quest'ambito seguiva il suo modello francese, se non per alcuni dettagli (ad esempio, all'art. 763 c.c. si precisava che erano incapaci di testare «quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento»).

Anche gli orientamenti interpretativi seguivano il modello francese, tanto in tema di incapacità, che di dolo (comprensivo pure di captazione e suggestione)[20].

Se, però, leggiamo le opere di fine Ottocento, così come la giurisprudenza di quel tempo, ci accorgiamo di qualche differenza, pur a fronte di testi normativi rimasti immutati. Per un verso, il fatto che il dato positivo ammettesse l'inabilitato (come già in Francia il sottoposto a *conseil judiciaire*) a testare iniziava a venire letto quale presa di posizione circa la rilevanza della sola incapacità assoluta, cioè di quell'incapacità che, se prolungata nel tempo, avrebbe condotto all'interdizione[21]. Per un altro verso, si escludeva che potessero ammontare a dolo le «male arti, o fraudolenti maneggi, coi quali si cerca d'influenzare l'animo del testatore allo scopo di carpire da lui una disposizione, che esso non avrebbe altrimenti dettata se non fosse stato circuito», così come le mere «cure» e «attenzioni» o i «suggerimenti» e le «preghiere», privi di «alcun artifizio colpevole»[22].

In questi orientamenti va rinvenuta l'origine delle attuali opinioni giurisprudenziali, ormai ben definite già negli anni Trenta e Quaranta del secolo scorso[23]. E la loro ragione è, probabilmente, da rinvenire nell'adozione di un metodo maggiormente dogmatico, soprattutto allorché – tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento – la dottrina italiana si avvicinò a quella tedesca e, esercitando un ruolo di guida per la giurisprudenza, adottò un livello di precisione concettuale impensabile per i giuristi francesi dell'Ottocento. Ecco

[19] V. Cour d'Angers, 13 marzo 1861, in *Recueil Dalloz*, 1862, I, 366; J.-B.-C. Coin-Delisle, *Commentaire du titre des donations et testamens*, nouvelle edition, Paris, 1855, 70 ss. e 80 ss.

[20] Basti a tal fine sfogliare l'opera di E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2ª ed., III, 1, Firenze, 1872, 95 ss. e 100 ss.

[21] Cfr. F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, 2ª ed., III, Torino, 1893, 178 ss. La soluzione opposta era stata proposta dalla scienza giuridica francese sin dall'Ottocento: cfr. C. Demolombe, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, 3ª ed., I, Parigi, 1867, 366 ss.

[22] Cfr. F. Ricci, *op. cit.*, 190 ss.

[23] In tema di incapacità v. Corte d'appello di Torino, 31 luglio 1941, in *Foro italiano*, 1941, I, c. 1165; a proposito del dolo v. Corte di cassazione, 10 agosto 1934, in *Giurisprudenza italiana*, I, 1, c. 35.

che l'incapacità diventa "assoluta", perché l'inabilitato può per legge testare e, in base a un'interpretazione sistematica, non vi è ragione per negare la capacità di testare in base a una carenza psichica che, se prolungata, potrebbe tutt'al più condurre all'inabilitazione. Ecco che il dolo diviene "falsa rappresentazione che induce in errore", e non semplice condotta illecita che porta a testare interferendo indebitamente con la formazione della volontà del *de cuius*, in virtù del fatto che il dolo stesso non è altro che errore indotto e, dunque, anche la captazione e la suggestione richiedono una simile falsa rappresentazione fraudolentemente cagionata.

La giurisprudenza resterà legata sino ad oggi a queste opinioni, probabilmente timorosa di aprire all'invalidità e di non riuscire più a porre un argine alla caducazione dei testamenti. La dottrina, viceversa, dapprima sporadicamente e in tempi recenti con sempre maggiore insistenza noterà che le opinioni menzionate, frutto di un'eccessiva concettualizzazione (se non addirittura di equivoci sistematici[24]), finiscono per far salva sostanzialmente qualsiasi scheda, privando il testatore – e soprattutto il testatore fragile[25] – di qualsiasi protezione[26].

4. *La comparazione: spunti europei ed extraeuropei per il superamento degli orientamenti tralatizi italiani*

1) Se l'ordinamento italiano ha, di fatto, chiuso le porte a incapacità naturale, captazione e suggestione nell'ambito del testamento, diversi altri sistemi

[24] Ad esempio, il fatto che gli inabilitati dispongano di regola di capacità di testare non equivale a escludere che la loro patologia sia di per sé inidonea (ossia, insufficiente) a privarli della capacità naturale richiesta per testare. La scelta legislativa, di non escludere tale capacità in modo *tranchant*, si spiega in altro modo (ad esempio, con il fatto che l'inabilitazione non sempre si fonda su una patologia psichica: cfr. A. Cicu, *Il testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, 111).

[25] Del resto, gli orientamenti giurisprudenziali italiani – specialmente quelli in tema di captazione e suggestione – negli esiti possono risultare per lo più adeguati con riguardo ai soggetti perfettamente padroni di sé (relativamente ai quali anzi evitano che un qualsiasi suggerimento e/o condizionamento, anche forte, porti di per sé a caducare il testamento), ma non con riferimento a soggetti vulnerabili (rispetto ai quali analoghi suggerimenti e/o condizionamenti possono davvero privare di consapevolezza il volere).

[26] V. già F. Carnelutti, *Incapacità del testatore per infermità di mente*, in *Foro italiano*, 1941, I, c. 1165 ss.; Id., *Captazione del testamento e indegnità a succedere*, in *Rivista di diritto civile*, 1933, 1 ss.; A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 274 ss. (su cui v. M. Girolami, *Libertà testamentaria e captazione nel pensiero di Alberto Trabucchi*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 1180 ss.).

manifestano oggi (e da tempo) un atteggiamento assai diverso in tema di tutela del testatore fragile.

In Germania il § 2229 BGB stabilisce che "*wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, kann ein Testament nicht errichten*".

Secondo dottrina e giurisprudenza il requisito della *Testierfähigkeit* va inteso in modo estensivo: il testatore non deve rendersi conto, banalmente, solo e soltanto del contenuto delle sue disposizioni testamentarie, ma piuttosto, e soprattutto, dei loro effetti e delle loro implicazioni sui rapporti personali e patrimoniali degli interessati, nonché sulle ragioni che depongono a favore di e contro tali disposizioni, formandosi un giudizio comparativo chiaro e libero anche e soprattutto sulle aspettative che tali interessati potrebbero vantare[27].

Benché la giurisprudenza tedesca tenda – tanto in linea generale, quanto con riguardo al testamento – a non accogliere la tesi della *relative Geschäftsunfähigkeit*, secondo cui l'incapacità va valutata alla luce della complessità del negozio (con eventuale restringimento della capacità ai soli *einfache* o *gewöhnliche Geschäfte*), nei fatti il sindacato che i giudici germanici pongono in essere in ambito testamentario non è mai astratto e scisso dalle particolarità delle singole disposizioni e dalla loro difficoltà (per così dire "pratica", "effettuale")[28]. Diversi autori, soprattutto nella dottrina più recente, criticano la chiusura giurisprudenziale (peraltro, come detto, più predicata, che praticata), ammettendo espressamente la natura concreta della valutazione di capacità[29].

Alcuni autori – ma si tratta di un'opinione minoritaria – sostengono pure che l'incapacità, dovendo essere vagliata alla luce delle peculiarità della singola disposizione, possa anche non riguardare tutte le disposizioni incluse in una scheda, ma solo alcune (cd. *partielle Testierfähigkeit*)[30].

[27] V., tra molte, Bundesgerichtshof, 29 gennaio 1958, in *Beck-Rechtsprechung*, 1958, 31372778, nonché, più di recente, Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 5 settembre 1995, in *Beck-Rechtsprechung*, 1995, 06596. Si richiede, dunque, la capacità di ricordare condotte ed eventi, di assumere informazioni, di elaborarle inserendole in un contesto e di assumere conseguenti decisioni (non bastando la mera facoltà di riconoscere le persone o di esprimere desideri): v. Oberlandesgericht München, 14 agosto 2007, in *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2008, p. 296.

[28] V. ad esempio Oberlandesgericht Hamm, 7 dicembre 2016, in *Beck-Rechtsprechung*, 2016, 115426.

[29] Ph. Sticherling, sub *§ 2229 BGB BGB*, in *Münchener Kommentar*, 9ª ed., München, 2022, Rn. 24 e 29.

[30] G. Christandl, *Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft*, Tübingen, 2016, 187 s.

Come si vede, l'ordinamento tedesco adotta dunque una nozione ampia di incapacità: e, in virtù di questo, non apparirà strano che le ipotesi, che in chiave italiana verrebbero ascritte a captazione e suggestione, siano di regola inquadrate nell'ambito dell'incapacità.

Si sostiene, in particolare, che il coinvolgimento di un terzo comporti incapacità ove si traduca in quella che, in Italia, diremmo "eterodirezione": che si ha, ad esempio, se il testatore non ha la forza psichica (per mancanza di consapevolezza o di resistenza) di opporsi alle indicazioni del terzo o, comunque, se al testatore non residua alcuno spazio per compiere una valutazione o una decisione indipendenti[31].

2) Nel *common law* inglese il requisito di *mental capacity* è descritto tuttora dal noto *Banks test*, elaborato oltre centocinquant'anni fa dal Giudice Cockburn nel caso *Banks v. Goooodfellow*[32] e di per sé particolarmente esigente.

Nel dettaglio, si richiede[33]:

- che il testatore comprenda la natura del testamento, ossia il fatto che con esso egli dispone delle sue sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere (non serve, però, che egli intenda gli aspetti tecnici del testamento *with the eye of a lawyer*);
- che il testatore abbia una generale consapevolezza dei beni di cui sta disponendo (anche qui non è necessario che li conosca specificamente, ma che in generale conosca la composizione delle sue sostanze e l'ordine di grandezza del loro valore);
- che il testatore sia in grado di comprendere chi sono i destinatari della sua generosità, in particolare essendo consapevole delle persone che vantano pretese anche solo morali rispetto al suo patrimonio (parenti o amici),

[31] Cfr. Ph. Sticherling, *op. cit.*, Rn. 10, 41, 46 e 47; G. Christandl, *op. cit.*, 176 s. (il quale comunque sottolinea, a p. 180, l'esigenza di distinguere tra capacità e vizi del volere: solo questi ultimi rileverebbero allorché "*bei hinreichender geistiger Gesundheit aufgrund von äußeren Einflüssen die Frage der Selbstbestimmung des Erblassers aufgeworfen wird*").

[32] Cfr. *Banks v. Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549. È dibattuto se le disposizioni del Mental Capacity Act 2005 in tema di verifica della capacità (applicabili, tra l'altro, ove si tratti di predisporre uno *statutory will*: v. *infra*, nel testo) abbiano superato o meno la regola del *Banks test*: v., tra numerosi precedenti, *Re Walker* [2014] EWHC 71 (Ch) (che esclude l'applicabilità del *test* legislativo alla verifica retrospettiva della capacità); *Baker & Anor v. Hewston* [2023] EWHC 1145 (Ch) (che cerca una sintesi complessiva); in dottrina v. P. Reed, *Capacity and Want of Knowledge and Approval*, in B. Häcker, C. Mitchell (a cura di), *Current Issues in Succession Law*, Oxford, 2016, 169 ss. In ogni caso, vi è una certa consonanza tra il *Banks test* e le disposizioni del Mental Capacity Act 2005.

[33] V. sul punto B. Sloan, *Borkowski's Law of Succession*, 3ª ed., Oxford, 2017, 71 ss.

quand'anche non beneficiati dal suo testamento (pure qui, però, si esclude che la capacità sia "*a test of memory*"[34]: è sufficiente una comprensione generica della "*closeness of his ties with potential beneficiaries and the nature of their claims*"[35]);

- che il testatore non sia affetto da disordini della mente che gli impediscano di valutare i suoi effetti o che alterino il suo senso del giusto o, ancora, che escludano l'esercizio delle sue facoltà naturali (evidentemente, quelle "*on which the proper exercise of the testamentary power depends*"[36]).

Il *common law* inglese richiede una verifica della capacità per lo più legata alle particolarità del caso concreto (e, soprattutto, alla singola disposizione). Del resto, si invita l'interprete a guardare non già alla sanità mentale di un soggetto intesa in senso generale, ma piuttosto a quella richiesta per porre in essere una specifica decisione testamentaria; inoltre, si aggiunge espressamente che la capacità va valutata tenendo conto del livello di complessità del testamento[37].

Il testamento redatto in condizioni di incapacità è ritenuto di norma integralmente invalido dal diritto inglese; tuttavia, se si prova che l'incapacità ne ha afflitto solo una parte, il resto del testamento rimane in vigore (com'è tipicamente il caso in ipotesi di *delusions* che hanno riguardato solo una tra varie disposizioni[38]).

Al contempo, però, si deve avvertire che la *capacity* inglese si riferisce alle facoltà di cui un soggetto dispone e al possibile effetto di un *disorder of the mind*: essa, cioè, adotta un approccio in parte astratto, valorizzando le facoltà di cui un soggetto dispone in sé e per sé e a prescindere dal peggioramento delle condizioni psichiche dovuto a un'attività manipolatoria posta in essere da un terzo. Una simile manipolatoria non rileva, dunque, come causa di *incapacity* o comunque nell'ambito della stessa (come avviene per la *Fähigkeit* tedesca), ma assume, piuttosto, la sua rilevanza in altri istituti.

Vengono a tal riguardo in luce anzitutto il *fraud* e la *testamentary undue*

[34] Così *Simon v. Byford* [2014] EWCA Civ 280.

[35] Cfr. *Boughton v. Knight* (1873) LR P&D 64.

[36] Sono sempre parole del Giudice Cockburn in *Banks v. Goodfellow*.

[37] In un noto caso – *In Re Estate of Park Park v. Park* [1953] 2 All ER 1411 – un uomo, in precarie condizioni di salute psichica, decideva di sposare la cassiera del suo *club*, che conosceva a stento. Durante il ricevimento nuziale egli predisponeva il suo testamento, salvo poi morire pochi giorni dopo. La Corte riteneva valido il matrimonio, ma invalido il testamento, perché il suo contenuto era in concreto assai ricco e complesso.

[38] Cfr. *In the Estate of Bohrmann* [1938] 1 All ER 271. Il Giudice Langton, in quel caso, ha ritenuto che, come la mancanza di *knowledge and approval* può riguardare una sola disposizione, così può essere per l'incapacità (giacché, del resto, anche in tal caso la disposizione «*was never brought to his knowledge and approval as a sane, balanced man*»).

influence, i quali sono però di ben scarsa utilità: il primo si riferisce a un vero e proprio errore indotto, non facile da dimostrare[39]; la seconda, invece, a una *coercion*, intesa non genericamente come manipolazione, ma quale vera e propria pressione che porta un soggetto a testare sentendosi "costretto" (e così avvicinandosi di più a quella che in Italia sarebbe una "violenza" debitamente ampliata)[40].

Più utile è invece il riferimento al *lack of knowledge and approval*, ossia alla mancanza di piena consapevolezza del testo delle disposizioni di ultima volontà (redatte di regola da un *draftsman*), in particolare se si considera che la giurisprudenza più recente, proprio in funzione di tutela del testatore fragile, presume tale *lack* (salva una difficile prova contraria) in presenza di particolari *suspicious circumstances*[41]. La dottrina è, tuttavia, critica nei confronti dell'uso di tale istituto, predisposto per ben altre finalità e, di conseguenza, non sempre acconcio alla finalità cui viene forzatamente indirizzato[42].

3) Al contrario, nel *common law* americano l'*undue influence* testamentaria si è evoluta, emancipandosi dal concetto di *coercion*. Quella che i giudici inglesi indicavano, e tuttora indicano, come costrizione avvertita dal testatore, è divenuta una sorta di coercizione rispetto a un volere ipotetico (il volere che si sarebbe formato senza l'*undue influence*).

Tramite uno slittamento di piani, che è avvenuto nel corso della prima metà del Novecento, si è finiti per ritenere che l'*undue influence* consista più in generale in "*some fraud practiced, some threats or misrepresentations made, some undue flattery, or some physical or moral coercion employed, so as to destroy the free agency of the testator, and these influences must be proved to have operated as a present constraint, at the very time of making the will*". Si è pure aggiunto che "*constraint is not to be inferred from mental weakness alone, though the weak mind may be more readily constrained and deceived than the strong one*"[43].

[39] Sono pochissimi i casi che hanno ritenuto esistente un dolo: v. ad esempio *Wilkinson v. Joughin* (1866) LR 2 Eq 319.

[40] Cfr. specialmente *Schrader v. Schrader* [2013] EWHC 466 (Ch).

[41] A partire da *Wintle v. Nye* [1959] 1 All ER 552.

[42] L'istituto del *knowledge and approval* resta disassato rispetto alle necessità cui vorrebbe rispondere: tant'è vero che l'utilizzo di una presunzione relativa, pur basata su "circostanze sospette" assai simili a quelle che in altri ordinamenti farebbero presumere la sussistenza di un'attività manipolatoria, dà vita a eccessi e contraddizioni, producendo un'invalidità ora troppo ristretta, ora troppo estesa. Cfr. R. Kerridge, *Wills Made in Suspicious Circumstances: The Problem of the Vulnerable Testator*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, 59, 328 ss.

[43] *Koons's Estate*, 293 Pa. 465. Cfr. A.J.W. Hutton, *Undue Influence and Fraud in Wills*, in *Dickinson Law Review*, 1932, 37, 17 ss.

Come si vede, al centro dell'*undue influence* non vi è più la costrizione, ma semmai un concetto (molto ampio e altrettanto vago) di manipolazione.

Inoltre, la dottrina delle *suspicious circumstances* – circostanze sospette al cui ricorrere si può presumere una data situazione di fatto – è stata applicata, diversamente da quanto avviene in Inghilterra (ove è confinata al *lack of knowledge and approval*), anche alla *testamentary undue influence*. Addirittura, molte decisioni hanno ritenuto che la semplice esistenza di una *confidential relationship*, insieme a un lascito a favore della parte forte di un rapporto, faccia sorgere la presunzione di *undue influence*[44].

L'elefantiasi della categoria ha, tuttavia, suscitato le critiche di parte della dottrina americana, preoccupata soprattutto di evidenziare come l'*undue influence* non mirerebbe davvero a tutelare il volere del *de cuius*, ma piuttosto gli interessi di coloro che sono delusi da un certo testamento (ritenuto "soggettivamente poco ponderato" o addirittura solo "oggettivamente ingiusto")[45].

Nella sua applicazione, l'*undue influence* – si è scritto – ha finito per esorbitare dall'area della manipolazione patologica: la mancanza di una nozione precisa ha reso molto difficile distinguere tra una persuasione lecita e una suggestione illecita. In concreto, il (lasco) regime probatorio ha fatto sì che con l'*undue influence* si possa reprimere qualsiasi lascito non perfettamente ponderato: anzi, per questa via si è finito per ritenere invalido addirittura qualsiasi lascito oggettivamente ingiusto (e l'ingiustizia, peraltro, è stata sindacata secondo il parametro etico dominante o, per meglio dire, della classe sociale dominante).

Nel criticare l'ampio spazio riservato all'*undue influence* si è inoltre notato che essa, nei fatti, supplisce alla mancanza di un sistema di *forced heirship* (che vada oltre i ristretti spazi occupati dalle *family provisions*): e che assai meglio sarebbe, anziché estendere la prima, introdurre positivamente la seconda nei diritti dei singoli Stati membri[46]. Del resto, se risaliamo nella storia del diritto, scopriamo che le prime forme di tutela degli stretti congiunti erano affidati a una *fictio* di follia nel testare (una *quasi* follia, che fondava in diritto romano la *querela inofficiosi testamenti*)[47]: ma nei sistemi antichi (e specialmente nel diritto romano) non era raro imbattersi in *fictiones*, dovute al formalismo degli

[44] V. ad esempio *Summit Bank v. Quake*, 631 N.E.2d 13 (Ind. Ct. App. 1994).

[45] M.B. Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*, in *Arizona Law Review*, 1996, 38, 235 ss.; R.D. Madoff, *Unmasking Undue Influence*, in *Minnesota Law Review*, 1997, 81, 582 ss.; C. Spivack, *Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence Should Be Abolished*, in *Kansas Law Review*, 2010, 58, 245 ss. Molto noto è il caso *In re Will of Kaufmann*, 247 N.Y.S.2d 664 (N.Y. App. Div. 1964).

[46] V. R.D. Madoff, *op. cit.*, 606 ss.; C. Spivack, *op. cit.*, 305 ss.

[47] Cfr. D. Di Ottavio. *Ricerche in tema di «*querela inofficiosi testamenti», I, *Le origini*, Napoli, 2012, 40 s. e 125 ss.

istituti e ben note agli interpreti (che sapevano maneggiarle con sapienza); viceversa, nel moderno *common law* americano l'eterogenesi dell'*undue influence* avviene in modo quasi inconsapevole (o comunque non dichiarato dai giudici che vi danno vita) e, soprattutto, nega quella tendenziale corrispondenza tra strutture formali e funzioni sostanziali che anima tutti i sistemi giuridici moderni, siano essi di *civil* o di *common law*.

4) Il confronto tra gli ordinamenti di cui si è brevemente detto e quello italiano fornisce numerosi spunti al giurista municipale.

In un'ottica prettamente comparatistica, occorre avvertire che una nozione di capacità naturale sufficientemente ampia e flessibile riesce a tutelare in modo efficace il testatore (per quanto sempre e solo *ex post*: infatti, una tutela *ex ante* richiede di essere veicolata da altri strumenti, come ad esempio particolari oneri formali previsti per il testamento dei soggetti vulnerabili). Negli ordinamenti che irrigidiscono l'incapacità assumono un certo ruolo il dolo o altri istituti connessi alla valorizzazione di una condotta di terzi soggetti: non già, e semplicemente, quali strumenti per provare, anche presuntivamente, l'incapacità al momento della redazione della scheda, ma piuttosto quali autonome ragioni di caducabilità della scheda.

Al contempo, si avverte la difficoltà di fissare la soglia di rilevanza del dolo o di questi altri istituti collegati, una volta che essi si siano emancipati dall'incapacità naturale. Talvolta, infatti, essi risultano troppo ristretti (così avviene in Inghilterra per la *testamentary undue influence*); in altri casi disassati rispetto agli interessi in gioco (così sempre in Inghilterra per il *lack of knowledge and approval* e le *suspicious circumstances*); in altri casi ancora troppo estesi (così negli Stati Uniti per la *testamentary undue influence* e le *suspicious circumstances*).

In una prospettiva interna – di diritto italiano – appare anzitutto opportuno ampliare l'incapacità naturale rilevante in ambito testamentario. In via di prima approssimazione ciò sembra richiedere un abbassamento della soglia di rilevanza. Tuttavia, esaminando il fenomeno con maggiore precisione e cogliendo le suggestioni derivanti dalla comparazione, ci si accorge facilmente che all'interprete è richiesta un'operazione ben più complessa e delicata: è necessario in primo luogo riconoscere la distanza tra incapacità naturale e incapacità legale (la prima più vicina a un vizio del consenso che allo *status* di un soggetto), ammettendo che l'incapacità naturale sia il vizio di uno specifico processo psichico (che porta a una determinata decisione testamentaria viziata, perché non retta da una sufficiente consapevolezza); di qui, è fondamentale fissare la soglia di consapevolezza richiesta in linea generale dall'ordinamento per le disposizioni testamentarie, non senza dimenticare che tale concetto va poi declinato in concreto (giacché la capacità naturale non è mai tale in astratto,

ma è sempre da valutarsi con riferimento alle facoltà normalmente e/o concretamente implicate da specifiche decisioni testamentarie, che possono essere più facili o più difficili e comunque esigere percorsi decisionali differenti e quindi pure il possesso di facoltà psichiche diverse)[48].

Nel fissare la soglia appare di particolare utilità il riferimento alla giurisprudenza tedesca e al *Banks test* inglese. In ogni caso, però, risulta preferibile adottare una nozione sufficientemente flessibile, che inglobi in sé anche captazione e suggestione, in cui ben possono vedersi due forme di incapacità "sfruttata" abusivamente dall'esterno (se non anche "provocata" mediante tecniche manipolatorie). Del resto, la stessa esperienza penalistica – almeno ove si voglia leggere al di sotto di massime non di rado eccessivamente breviloquenti – insegna che, se è vero che il reato di circonvenzione d'incapace non richiede uno stato di incapacità della vittima dell'eterodirezione del volere (ma anche solo un'infermità o una deficienza), è anche vero che lo stato di vulnerabilità dev'essere tale che la vittima, nel disporre in un certo senso, sia incapace (ossia disponga, magari proprio in virtù dell'attività manipolatoria, in modo non sufficientemente consapevole)[49]. Abdicare a tale requisito, per vero non sempre espresso dalla giurisprudenza e dalla dottrina, vorrebbe dire caducare schede testamentarie "suggerite", ma in realtà comunque "volute", così cadendo in una iper-protezione della genuinità del volere testamentario simile a quella cui cede il *common law* americano (iper-protezione che ridonda in una svalutazione del volere stesso e nella tutela di interessi esogeni, di per sé contrari a quelli protetti dalla libertà testamentaria).

5) Una riprova di quanto si è scritto può essere rinvenuta nell'ordinamento francese.

Lì a giocare il ruolo di maggiore rilevanza è l'*incapacité*, intesa in modo flessibile dai giuristi d'oltralpe[50]. La condizione di *sanité d'esprit* rileva, come nota la dottrina, anche in ipotesi di applicazione di misure di protezione: ad

[48] Sul punto v. le proposte di C. Cicero, *Il testamento della persona vulnerabile*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 12, 2605.

[49] Non sempre la giurisprudenza penale evidenzia che un requisito del reato è che il soggetto, circonvenuto allorché era in senso lato vulnerabile, sia incapace al momento dell'atto di disposizione. Tuttavia quest'esito è implicito, oltre che nel *nomen* del reato, nel fatto che, se così non fosse, non vi sarebbe lesione dell'autonomia privata (e dunque del bene della vita protetto dalla norma). Esso, inoltre, è sotteso – più o meno esplicitamente – ad alcuni arresti giurisprudenziali, tra cui v. Corte di cassazione, 27 gennaio 2004, n. 1427; Corte d'appello di Torino, 3 dicembre 2018, n. 2051; Tribunale di Napoli Nord, 11 marzo 2016, in *DeJure online*.

[50] V. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions. Les libéralités*, 4ª ed., Parigi, 2014, 272; in giurisprudenza Cour d'appel de Paris, 17 aprile 2008, in *JurisData online*.

esempio, il maggiorenne sotto curatela può testare, se non è privo in concreto di capacità naturale[51].

Quanto al *dol*, riconosciuto espressamente come causa di invalidità del testamento dalla riforma del diritto successorio del 2006 e tuttora inteso in modo meno rigoroso che in Italia, non può negarsi che esso di tanto in tanto viene invocato[52]: tuttavia, di regola si tratta di ipotesi che potrebbero comunque essere risolte nella prospettiva dell'*incapacité* (e in cui anzi sono spesso invocate le due categorie simultaneamente).

Anzi, proprio al fine di offrire un più adeguato livello di protezione la recente *réforme* del diritto delle obbligazioni e dei contratti ha previsto una nuova forma di violenza (accanto a quella classica, di cui all'art. 1140 *Code civil*), stabilendo che "*il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif*" (art. 1143 *Code civil*). È dubbio se la previsione, riferendosi nella sua stesura successiva alla *loi de ratification* del 2018 a un "*cocontractant*", sia applicabile anche al testamento e, soprattutto, se essa si estenda a casi non corrispondenti all'*abus de faiblesse* (reato corrispondente alla circonvenzione d'incapace italiana), ma comunque caratterizzati dalla dipendenza della vittima verso la controparte, dall'abuso dello stato di dipendenza e dalla sottoscrizione di un atto fonte di un vantaggio manifestamente eccessivo per la controparte.

Nondimeno, nelle sentenze di merito riferite a testamenti redatti dopo l'entrata in vigore della nuova disposizione, l'art. 1143 Code civil è stato applicato anche al testamento e si è visto attribuire uno spazio sostanzialmente sovrapponibile a quello del reato di *abus de faiblesse*[53]: il quale, a sua volta, era ed è ritenuto corrispondente a quello già occupato dalle categorie civilistiche (e in particolare dall'*incapacité*)[54]. La dottrina, dal canto suo, ha criticato l'ampiezza della nuova disposizione, che sembra potenzialmente in grado di pregiudicare

[51] V. Cour de cassation, 28 gennaio 2003, in *Defrénois*, 2003, 1093.

[52] V. K. Guyenot, *La suggestion et la captation en matière de libéralité dans leurs rapports avec le dol*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1964, 199 ss. In giurisprudenza v. Corte di cassazione, 30 ottobre 1985, in *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, n° 282.

[53] V. Tribunal judiciarie Marseille, 8 luglio 2024, in *dalloz.fr*; Cour d'appel de Paris, 1 marzo 2023, in *courdecassation.fr*; Cour d'appel de Nancy, 26 settembre 2022, in *dalloz.fr* (applicando l'art. 1143 *Code civil* nella sostanza come *abus de faiblesse*).

[54] I casi di *abus de faiblesse* penale erano già riportati di volta in volta al *dol* o all'*insanité d'esprit*: cfr. Cour de cassation, 12 febbraio 2014, in *Légifrance online* (secondo cui "*l'abus de la faiblesse de la défunte … s'analyse comme un dol viciant le consentement de celle-ci*"); Cour d'appel de Montpellier, 6 luglio 2023, in *dalloz.fr* (per l'esistenza di un'*insanité d'esprit*).

eccessivamente il principio di vincolatività degli accordi contrattuali[55]: in ambito testamentario, tale rischio si traduce evidentemente nel pericolo di trascurare l'esigenza di rispetto della volontà del *de cuius* e, quindi, nella necessità di ricorrere a una lettura rigorosa della previsione di legge (come in effetti sta avvenendo in giurisprudenza).

Anche nel diritto francese contemporaneo emerge quindi la necessità di fissare una soglia per l'invalidità degli atti che tuteli adeguatamente il testatore senza esagerare nella caducabilità delle disposizioni di ultima volontà. E, di nuovo, il costante riferimento alla soglia di capacità naturale appare essere il migliore strumento per evitare rischi di eccessi, nell'uno o nell'altro senso.

5. *Conclusione*

I risultati cui si è giunti sono, come si era anticipato all'inizio dell'esposizione, relativi soltanto all'annullabilità della scheda testamentaria per incapacità naturale o per vizi del volere.

Tuttavia, la protezione del testatore vulnerabile richiede di per sé di ampliare lo sguardo e considerare anche istituti diversi (non solo staticamente, ma anche e soprattutto nel loro intreccio dinamico). Basti pensare all'indegnità testamentaria; agli istituti di protezione (in Italia, in particolare, l'amministrazione di sostegno); ai divieti di testare in determinate situazioni o a favore di determinate persone; alla limitazione della capacità di testare o delle forme testamentarie accessibili oltre una certa età o in specifici casi; alla previsione, *de iure condendo*, di nuove forme testamentarie.

Ma pure istituti apparentemente lontani alla tutela del testatore vulnerabile possono giocare un ruolo non indifferenti: basti pensare alla successione necessaria, la quale, nel limitare la libertà del testatore, finisce anche per depotenziare indirettamente i problemi di vulnerabilità testamentaria, oppure all'apertura alla (e finanche al potenziamento della) contrattualità successoria, che invita i soggetti a regolare la propria successione, d'accordo con i legittimari, spesso in un'età in cui sono ancora nel possesso delle loro facoltà psichiche e, comunque, venendo per così dire controllati proprio dai legittimari chiamati a prestare il loro consenso.

E non è tutto: approfondire le tecniche di tutela impone di considerare al contempo forme di responsabilità "successoria" (l'indegnità), penale (i reati di circonvenzione di incapace, di truffa, di estorsione e i loro omologhi stranieri),

[55] Cfr. N. Dissaux, C. Jamin, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Parigi, 2016, 46 ss.

civile (una possibile forma di risarcimento del danno a carico di chi induce a testare in condizioni di incapacità o di chi concorre in questo illecito) e disciplinare (cui potrebbero andare incontro il notaio o l'avvocato che intervengono nella preparazione e nella confezione della scheda testamentaria).

Si apre qui un altro – e ancora più complesso – capitolo di studio, che non è possibile qui trattare. Ci si limiterà allora a evidenziare l'importanza della comparazione per l'approfondimento (anche e soprattutto) di questi temi: infatti, è proprio confrontando le soluzioni degli altri ordinamenti, pur pesandone il ruolo all'interno della struttura propria di ogni sistema successorio, che è possibile trarre spunti di revisione interpretativa e riforma legislativa dell'ordinamento italiano.

LA REGOLAZIONE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEGLI STATI UNITI: UN CONFRONTO CON IL MODELLO EUROPEO

Michele Graziadei

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un primo sguardo sulle fonti statunitensi in materia di IA. – 3. L'ordine esecutivo n. 14110/2023 del Presidente Biden. – 4. (*Segue*) Le *policies*, i principi in esso contenuti e la sua implementazione. – 5. Assonanze e dissonanze transatlantiche nella regolazione dell'IA.

1. *Introduzione*

La regolazione dell'intelligenza artificiale è un tema di frontiera nei dibattiti sulla nuova tecnologia. Con il regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, noto come AI Act (da cui l'acronimo AIA), l'Unione europea ha introdotto norme uniformi per disciplinare l'intelligenza artificiale[1]. Questa iniziativa ha permesso all'UE di posizionarsi strategicamente rispetto ad altri due grandi protagonisti nel settore: gli Stati Uniti e la Cina[2]. Con questo contributo intendo offrire al lettore alcune prime considerazioni sui due principali modelli sviluppati nel mondo occidentale al riguardo[3]. Un'analisi più approfondita, rivolta anche al sistema giuridico cine se, richiederebbe di estendere il discorso oltre i limiti appropriati alla presente occasione.

È opportuna un'avvertenza preliminare: a breve, Donald Trump inaugurerà il proprio mandato presidenziale. Per ora non è dato sapere quali novità porterà con sé il prossimo governo del Presidente, salvo pronosticare una mi-

[1] Com'è noto, il Regno Unito ha lasciato l'Unione europea il 31 gennaio 2020, pertanto la disciplina dell'Unione non si applicherà in quel Paese. Sotto il governo del premier conservatore Rishi Sunak l'IA non è stata regolata da alcuna legge di carattere generale. I laburisti attualmente al governo hanno annunciato di voler introdurre una disciplina generale della materia entro il 2026.

[2] J. Chun, C. Schroeder de Witt, K. Elkins, *Comparative Global AI Regulation: Policy Perspectives from the EU, China, and the US*, 2024.

[3] Per una riflessione d'insieme sul federalismo giuridico europeo in relazione si vedano le lucide considerazioni di G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Milano, 2024, 3 ss.

nor spinta alla regolazione della tecnologia a livello federale. Non si tratterà evidentemente soltanto di questo. Trump è sostenuto da personaggi come Elon Musk, e da altri imprenditori che hanno interessi dominanti in quest'ambito cruciale e voce in capitolo ad ogni livello, per cui è da ritenere che condizioneranno fortemente l'azione del governo statunitense in materia di intelligenza artificiale[4]. Nel suo discorso di fine mandato, lo stesso Presidente Biden si è riferito a queste figure nell'affermare che in America un'emergente oligarchia degli ultraricchi oramai rappresenta una minaccia per la democrazia[5].

Notizie di stampa riferiscono l'intenzione di Trump di abrogare rapidamente lo strumento principale adottato a livello federale per regolare l'uso dell'intelligenza artificiale, vale a dire l'*executive order* n. 14110 emanato dal Presidente Biden il 20 ottobre del 2023, intitolato *Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*[6]. Nel frattempo, però, come si dirà oltre, varie amministrazioni federali hanno attuato in tutto o in parte le direttive contenute nell'ordine esecutivo, il quale rappresentava a sua volta il seguito di un documento di principio emanato sotto la presidenza Biden dall'*Office for science and technology policy* della Casa Bianca, intitolato *Blueprint for an AI Bill of Rights*[7]. Pertanto, l'abrogazione del suddetto *executive order* avrà conseguenze effettive solo se la nuova amministrazione vorrà anche abrogare o imporre la riformulazione delle misure emanate a valle rispetto alla misura emanata da Biden e questo, comunque, potrebbe richiedere del tempo.

L'eventuale abrogazione della misura adottata da Biden, oggetto di analisi nelle pagine che seguono, non inficia però comunque la possibilità di indi-

[4] Cfr. D. Krause, *Artificial Intelligence and the Changing Political Landscape: The Impact of Trump's Return on AI Governance and Policy*, 12 Novembre 2024, disponibile sul sito https://ssrn.com/abstract=5018240; B. Medgyes, *The AI Policy Pendulum Swings: Trump's Return and the Reshaping of America's AI Landscape*, disponibile sul sito https://www.ceuli.org/.

[5] E.L. Green, *Farewell, Biden Warns of a Rising 'Oligarchy'*, New York Times, 17 gennaio 2025, Section A, 12. Le parole del Presidente sono: "*Today, an oligarchy is taking shape in America of extreme wealth, power and influence that literally threatens our entire democracy, our basic rights and freedoms and a fair shot for everyone to get ahead*".

[6] Non si tratta dell'unico ordine esecutivo emanato da Biden in relazione all'IA. A pochi giorni dall'insediamento del prossimo Presidente, il 14 gennaio 2025, con l'*executive order* 14141, intitolato *Advancing United States Leadership in Artificial Intelligence Infrastructure*, l'amministrazione uscente delinea misure per incentivare su suoli del governo federale la costruzione di *data center* per l'IA, i quali dovranno essere alimentati da nuove fonti di energia pulita, nel rispetto di specifici *standard* in materia di lavoro e sicurezza.

[7] Office for science and technology policy, *Blueprint for an AI Bill of Rights: Making automated systems work for the American people*, 4 ottobre 2022.

viduare alcuni tratti distintivi di fondo nell'approccio alla regolamentazione dell'intelligenza artificiale tra Europa e Stati Uniti. L'analisi si concentrerà dunque sui punti salienti, per tracciare i contorni di due modelli differenti sotto diversi aspetti. Al netto di questa analisi, va ricordato che gli Stati Uniti hanno sottoscritto la *Framework Convention on artificial intelligence and human rights, democracy, and the rule of law* che è stata adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 maggio 2024[8]. Questa Convenzione completa il quadro degli strumenti destinati a regolamentare l'intelligenza artificiale in Europa ed oltre. Per quanto essa rappresenti un testo importante, è però improbabile che venga ratificata degli Stati Uniti nel prossimo futuro considerato il mutamento dell'orientamento politico del Paese. Sempre a livello internazionale, va ricordato come gli Stati Uniti siano parte del G7 e in quel quadro abbiano aderito alle linee guida in materia di intelligenza artificiale concordate tra i ministri del G7 nel 2024[9].

È invece verosimilmente sottratto al rischio di abrogazione il *National Artificial Intelligence Initiative Act of 2020*, approvato sotto la prima presidenza Trump, di cui si dirà nel paragrafo successivo.

2. *Un primo sguardo sulle fonti statunitensi in materia di IA*

Nel quadro della comparazione tra Stati Uniti e Europa il primo dato saliente è l'assenza negli Stati Uniti di uno strumento trasversale, destinato a regolare in generale l'intelligenza artificiale, analogo a quello predisposto dall'Unione europea con l'*AI Act*. Si ripete a questo proposito quanto già accaduto in materia di protezione dei dati personali. Mentre l'Unione europea ha una disciplina di carattere generale, dedicata rispettivamente al trattamento di dati personali[10] e non personali[11], gli Stati Uniti fanno a meno di simili strumenti ad ampio raggio, per

[8] Il Trattato entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo al termine di tre mesi dalla ratifica da parte di cinque Stati firmatari, tra cui almeno tre Stati membri del Consiglio d'Europa. Il testo del Trattato è sul sito del Consiglio d'Europa, accompagnato dal Rapporto esplicativo.

[9] Mi riferisco al Codice di condotta internazionale del Processo di Hiroshima (HAIP) - *Hiroshima Process International Code of Conduct for Organizations Developing Advanced AI Systems* e al *G7 Toolkit for AI in the Public Sector,* sviluppato in collaborazione con le Nazioni Unite e con l'OECD.

[10] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE*, pubblicato in *GUUE* L 119, 4 maggio 2016.

[11] Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre

lo meno a livello federale. L'Unione europea ritiene la disciplina introdotta con il Regolamento sui dati personali (GDPR) un successo a livello internazionale, non soltanto perché ottiene l'effetto di sottoporre qualunque impresa che operi nello spazio europeo alle norme in vigore nella stessa Unione[12], ma anche perché è un modello ben accolto in alcune altre parti del mondo[13]. Inoltre, il vincolo imposto al trasferimento dei dati personali in Paesi terzi, con l'accertamento di livelli di tutela equivalenti a quelli stabiliti nell'Unione rappresenta, nei fatti un ulteriore ampliamento del raggio di azione delle norme europee[14].

È dunque possibile che con l'*AI Act* l'Unione europea abbia voluto scommettere su un analogo successo nel campo dell'intelligenza artificiale. Al riguardo, tuttavia, sono già state formulate varie riserve circa l'opportunità e l'efficienza delle norme emanate dall'Unione nella materia e per la verità sulla stessa possibilità di realizzarle compiutamente[15].

Resta comunque il fatto che l'approccio sviluppato nell'Unione è ben diverso da quello statunitense già rispetto all'ampiezza dell'azione regolatoria. D'altra parte, alcune materie (difesa, sicurezza nazionale) non rientrano nell'ambito di competenza dell'Unione e quindi, come si dirà meglio oltre, l'Unione non può spingere la sua azione in tali ambiti, a differenza di quanto possono fare e fanno vigorosamente gli Stati Uniti. Al momento gli Stati Uniti hanno introdotto alcune norme di legge federali settoriali in materia di intelligenza artificiale. Il *Federal Aviation Administration Reauthorization Act of 2024* richiede di esaminare l'uso dell'IA nei servizi aeroportuali al fine di migliorarne l'efficienza e la sicurezza; il *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2024* indirizza la Difesa a intraprendere diverse attività legate all'IA, e prevede la nomina un coordinatore per la supervisione di attività esperite con

2018 *relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea*, pubblicato in *GUUE* L 303, 28 novembre 2018.

[12] A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.

[13] P. M. Schwartz, *Global data privacy: The EU way*, in New York University Law Review, 94, 2019, 771.

[14] Per una trattazione aggiornata sul punto: V. Trifiletti, *Il Data Privacy Framework e il trasferimento dei dati personali tra Stati Uniti e Unione Europea. Appunti di una comparazione*, in *Diritti comparati*, 2024, 154 ss.

[15] U. Pagallo, *Why the AI Act Won't Trigger a Brussels Effect,* di prossima pubblicazione in *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems*, Springer, 2025, disponibile sul sito www.ssrn.com. Si veda inoltre N.A. Smuha, K. Yeung, *The European Union's AI Act: beyond motherhood and apple pie?*, disponibile sul medesimo sito, nonché M. Almada, A. Radu, *The Brussels Side-Effect: How the AI Act Can Reduce the Global Reach of EU Policy*, in *German Law Journal*, 2024, 25, 4, 646 ss.

il ricorso all'IA. Infine, il *National AI Initiative Act* del 2020 favorisce la ricerca e lo sviluppo dell'IA.

Quest'ultima legge, approvata sul finire del primo mandato del Presidente Trump, è frutto di un'iniziativa bipartisan che ha condotto alla creazione del *National Artificial Intelligence Initiative Office*, responsabile della supervisione e dell'attuazione della strategia nazionale statunitense sull'IA, con la promozione della ricerca e dello sviluppo in materia. Componente importante di questa legge è il mandato conferito a varie agenzie federali di elaborare linee guida per lo sviluppo e l'uso dell'IA in diversi tipi di tecnologie e settori industriali. Queste linee guida dovrebbero promuove approcci alla creazione e all'adozione sicura e affidabile delle nuove tecnologie di IA. L'iniziativa prevede anche che il *National Institute of Standards and Technology* (NIST) guidi lo sviluppo di standard tecnici appropriati per sistemi di IA affidabili, robusti, degni di fiducia, sicuri, portabili e interoperabili. È inoltre intervenuto al riguardo l'ordine esecutivo n. 13859, adottato dal presidente Trump il 14 febbraio 2019, intitolato *On Maintainig American Leadership in Artificial Intelligence*[16]. Lo strumento affidava al Segretario di Stato per il Commercio, tramite il NIST, il compito di sviluppare *standards* tecnici per garantire sistemi di IA sicuri e affidabili. Stabiliva inoltre il coinvolgimento delle agenzie federali nelle organizzazioni responsabili della standardizzazione, rafforzando così la leadership tecnica degli Stati Uniti, con il contributo di enti pubblici, privati, accademici, ONG e altri stakeholder.

Altri progetti di legge federali, sempre di carattere settoriale, sono stati presentati nel corso degli anni al Congresso, ma nessuno di essi è stato approvato entro il temine della legislatura[17].

Beninteso, oltre alla legislazione federale e alle ulteriori fonti federali, l'intelligenza artificiale negli U.S.A. viene regolata da fonti statali. Inoltre, la giuri-

[16] A.A. Gavoor, R. Teperdjian, *A Structural Solution to Mitigating Artificial Intelligence Bias in Administrative Agencies* in *George Washington Law Review Arguendo*, 2021, 89, 71 ss.

[17] Un elenco di questi progetti comprende almeno i seguenti testi: *The Algorithmic Accountability Act* (norme sulle trasparenza degli algoritmi); *The SAFE Innovation AI Framework* (Linee guida per gli sviluppatori, le imprese e i *policymakers* – proposta di un quadro di principi per sviluppare la legislazione federale sull' IA); *The REAL Political Advertisements Act* (regolazione dell'IA generativa in relazione alle campagne politiche); *The National AI Research Resource Task Force Act* (autorizzazione alla creazione di una task force che dovrebbe aiutare a creare e implementare un piano per la ricerca sull'IA); *The Stop Spying Bosses Act* (divieto di sorveglianza dei dipendenti tramite machine learning e IA); *The Draft No Fakes Act* (divieto di clonare le voci e le apparenze della persona con strumenti di IA); *The AI Research Innovation and Accountability Act* (norme tese a promuovere maggiore trasparenza, responsabilità e sicurezza nello sviluppo e nel funzionamento delle applicazioni di intelligenza artificiale a più alto impatto).

sprudenza negli U.S.A. pone precedenti che hanno un'influenza maggiore nella vita del Paese, essendo a pieno titolo fonti del diritto, come si vedrà meglio nell'ultima parte di questo articolo.

Salve le materie in cui il Congresso degli Stati Uniti ha competenza esclusiva, gli Stati possono intervenire in quest'ambito con proprie norme. Alcuni Stati hanno quindi preso iniziative al riguardo, con impeto e ritmo crescente. Nel 2024 si contano circa 700 progetti di legge a livello statale in materia di intelligenza artificiale, di cui circa 100 sono stati approvati come leggi[18].

Tra le iniziative più note, il Governatore del Colorado lo scorso 17 maggio 2024 ha promulgato il cosiddetto *Colorado AI Act*, più propriamente intitolato *An Act concerning consumer protections in interactions with artificial intelligence systems*. La legge crea obblighi per gli sviluppatori e per coloro che impiegano a vario titolo l'IA nel contrattare con i consumatori. È posto un accento specifico sulla necessità di prevenire pregiudizi e discriminazioni da parte dei sistemi di IA che prendono in modo autonomo decisioni '*consequential*' (o che sono un fattore sostanziale nel prenderle). Dal 1 febbraio 2026, gli sviluppatori e i distributori di tali sistemi di intelligenza artificiale (definiti 'ad alto rischio') dovranno operare con diligenza (il riferimento è alla necessità di prendere '*reasonable measures*') per proteggere i consumatori dall'eventuale discriminazione. Gli sviluppatori saranno ritenuti in osservanza degli obblighi di legge – per effetto di una presunzione semplice, stabilita dalla stessa normativa – se soddisferanno i seguenti requisiti: fornire ai distributori le informazioni necessarie per effettuare le valutazioni di impatto, pubblicare notizie essenziali sui sistemi sviluppati, gestire i rischi noti e notificare eventuali problematiche entro 90 giorni all'*Attorney General* dello Stato e ai distributori coinvolti. I distributori a loro volta beneficiano di una simile presunzione: non incorreranno in responsabilità se implementeranno politiche di gestione del rischio, provvederanno a revisioni annuali, a notifiche ai consumatori, e si attiveranno per rimediare ad errori nella gestione dei dati personali. Tutte le imprese devono informare i consumatori quando interagiscono con un sistema di intelligenza artificiale. Le eventuali violazioni di legge saranno sanzionabili, tra l'altro, come pratiche commerciali sleali ai sensi del *Colorado Consumer Protection Act*.

Per quanto l'iniziativa del Colorado sia degna di attenzione, la California si distingue per un maggior attivismo in questo campo. Com'è noto in questo Stato si trova la Silicon Valley, con la presenza di vari giganti del settore. Sempre in California, a Hollywood, opera l'industria cinematografica e di produzione di *media* più importante al mondo, fortemente interessata agli sviluppi dell'IA,

[18] Traggo queste informazioni dal sito https://www.multistate.ai/.

per evidenti ragioni. Si comprende quindi perché le iniziative legislative della California nella materia hanno un impatto di prim'ordine. Tra le numerose misure varate dalla California va ricordata la legge *Generative artificial intelligence: training data transparency,* promulgata il 28 settembre 2024. La legge, al pari di altre misure varate nel settembre del 2024, entrerà in vigore nel 2026, ed obbligherà le imprese del settore a rendere pubbliche le informazioni sui *dataset* utilizzati per l'addestramento dei loro modelli. In particolare, dovranno essere dichiarate le fonti dei dati, il loro numero e utilizzo, nonché se siano inclusi tra i dati trattati materiali protetti da *copyright*, o concessi in licenza, e precisare il periodo di raccolta. Diverse misure di legge altrettanto recenti mirano a controllare il rischio di usi impropri della tecnologia, imponendo, ad esempio, che sia comunicato a chi riceve una telefonata se la voce dell'altra parte sia artificiale, generata con l'IA. Le norme contro la pedopornografia sono state aggiornate, includendo tra le fattispecie sanzionate la diffusione di immagini di nudi generate con l'IA. Misure analoghe sono state prese rispetto a video o immagini manipolate con l'intelligenza artificiale (*deepfakes*) in campagne elettorali, tramite i social media, o la pubblicità. La protezione dei dati personali è stata quindi rafforzata rispetto a potenziali usi dannosi dell'intelligenza artificiale. Il disegno di legge SB-942, anch'esso recentemente approvato, impone ai sistemi di intelligenza artificiale generativa più diffusi di indicare chiaramente che il contenuto così prodotto è generato artificialmente. Questa informazione sarà riportata nei metadati dei nuovi oggetti digitali. Ad esempio, tutti i metadati relativi alle immagini create da DALL-E di OpenAI dovranno includere informazioni che ne attestino la provenienza. Si agevola così il riconoscimento da parte del pubblico del contenuto generato dall'IA.

Sempre di interesse generale è la regolazione dell'intelligenza artificiale nel campo dell'accesso alle cure. L'assistenza sanitaria al paziente negli Stati Uniti si colloca in un contesto profondamente diverso da quello italiano, perché la copertura del costo delle cure dipende di regola da assicurazioni private. Si vuole quindi scongiurare il rischio che la decisione sull'accesso alla cura sia affidato all'IA, vietando di impiegare sistemi di IA per prendere la decisione riguardo alla necessità medica del trattamento.

Infine, due leggi ulteriori, fortemente volute dai sindacati degli attori, stabiliscono nuovi *standards* per l'industria dell'intrattenimento e dei *media* in relazione all'IA. La prima (AB-2602) richiede alle imprese di ottenere il consenso degli attori prima di creare repliche digitali della loro voce o delle loro sembianze tramite l'IA. La seconda (AB-1836) estende protezioni simili agli eredi di artisti o personaggi dei *media*.

La percezione dell'impatto su larga scala e in profondità dell'IA nella vita economica e sociale è ormai acuta negli Stati Uniti, e così si sono moltiplicate

le norme di legge di livello statale per contenerne gli effetti distorsivi o negativi. Nel 2024, lo Stato di New York ha vietato per legge (NY AB 9430/SB 7543) l'uso di sistemi di IA da parte dell'amministrazione, proibendo l'acquisto o l'utilizzo di tali sistemi nell'espletamento di funzioni relative all'assistenza pubblica che incidano sulle libertà civili, sulla sicurezza, sul benessere, o sui diritti garantiti ai beneficiari di tale assistenza. Altri Stati hanno promulgato leggi per ingiungere all'amministrazione di non considerare credibili, veritieri, o accurati i contenuti generati dai *large language models*, escludendo che sulla base di essi possano essere prese decisioni finali, o redatte *policies* o documenti normativi[19]. Per contro non mancano gli esempi di utilizzi della tecnologia da parte dell'amministrazione in altri Stati e a livello federale, anche in relazione a materie su cui si è pronunciata la legge ora citata dello Stato di New York[20].

Il faro è acceso più in generale su possibili distorsioni del mercato facilitate dall'IA. Nel 2024 la Casa Bianca ha pubblicato un rapporto sugli algoritmi che conducono ad imporre prezzi anticompetitivi nel settore delle locazioni[21]. In molti Stati, il mercato delle locazioni abitative è soggetto a tensioni, con canoni inaccessibili ad ampie fasce della popolazione. L'uso di algoritmi di questo genere, secondo l'amministrazione presidenziale uscente, alimenta un indebito aumento dei canoni, pari a circa 3,8 miliardi di dollari, secondo una stima prudente. Ne sono seguite proposte di leggi statali dirette a vietare tali algoritmi. Nel frattempo, alcune città, tra cui San Francisco, ove il problema abitativo è acuto, hanno vietato con proprie ordinanze gli strumenti algoritmici di calcolo dei canoni di locazione[22]. Nel 2025 il Dipartimento di Stato, unitamente a dieci Stati, ha promosso un'azione contro alcune grandi società attive nel settore delle locazioni. L'accusa è di aver stabilito un'intesa vietata su scala nazionale, mediante la condivisione di informazioni sensibili per il mercato, con la successiva determinazione algoritmica dei canoni locativi proposti ai conduttori[23].

[19] S. Weerts, *Generative AI in Public Administration in Light of the Regulatory Awakening in the US and EU*, in *Cambridge Forum on AI: Law and Governance*, 1, e 3, 2025, Web.

[20] G. Coglianese, *Government by the Machines: AI, Automation, and U.S. Administrative law*, in *Annuario di diritto comparator e di studi legislativi*, 2024, in corso di stampa.

[21] The White House, *The Cost of Anticompetitive Pricing Algorithms in Rental Housing*, 17 dicembre 2024.

[22] *San Francisco Rent ordinance, Sec. 37.10C - Use and Sale of Algorithmic Devices Prohibited*, testo aggiornato all'Ord. No. 224-24, in vigore dal 14 Ottobre 2024, reperibile sul sito https://www.sf.gov/information/sec-3710c-use-and-sale-algorithmic-devices-prohibited.

[23] U.S. Department of Justice, *Justice Department Sues Six Large Landlords for Algorithmic Pricing Scheme that Harms Millions of American Renters,* pubblicato sul sito del Dipartimento di giustizia statunitense il 7 gennaio 2025.

La pratica vietata che è contestata a tali società avrebbe interessato circa 1,3 milioni di unità immobiliari in 43 Stati.

3. *L'ordine esecutivo n. 14110/2023 del Presidente Biden*

Negli Stati Uniti, l'iniziativa di maggior rilievo a livello federale è il già citato ordine esecutivo n. 14110, emanato dal Presidente Biden il 23 ottobre 2023, già preceduto dall'ordine esecutivo n. 13960 *On promoting the Use of Trustworty Artificial Intelligence in the Federal Government*, datato 8 dicembre 2020, che completa le misure volute da Biden in proposito. Quest'ultimo provvedimento tende ad incoraggiare l'uso dell'IA da parte dell'amministrazione federale "nel rispetto dei valori della Nazione", ponendo requisiti di affidabilità, trasparenza, tracciabilità, resilienza, di accountability, etc. Ad esso si aggiungono ulteriori misure del gennaio 2025, di fine mandato, destinate ad elevare il livello di cybersicurezza degli Stati Uniti, nonché a rafforzarne il ruolo guida nel settore a livello mondiale. La Presidenza uscente ha infatti voluto prendere misure dirette a contingentare o a vietare la distribuzione di *chip* e tecnologie sensibili per la produzione di sistemi di intelligenza artificiali rispetto ad alcuni Paesi[24]. In questo contributo mi limiterò ad analizzare l'ordine esecutivo di Biden n. 14110, vale a dire la sua iniziativa più ambiziosa. Le ulteriori misure prese nel 2025 sono tanto recenti da non consentire un'analisi appropriata.

L'*executive order* – di qui in avanti semplicemente EO – è essenzialmente una direttiva di *policy* rivolta, in primo luogo, all'amministrazione statunitense nelle sue varie articolazioni con cui il Presidente stabilisce linee guida e individua compiti relativi allo sviluppo e alla gestione dell'IA in primo luogo per il settore pubblico. Lo stesso linguaggio dell'EO lascia trapelare la diversa prospettiva di fondo rispetto al Regolamento europeo sull'IA. Parole come 'democrazia', '*rule of law*', 'elezioni' o 'voto' non compaiono nell'EO; mentre il tema dell'ambiente, o della sostenibilità ambientale è marginale nel contesto statunitense. Insomma, mentre la Commissione europea tiene a definire il proprio approccio all'intelligenza artificiale come '*human centric*'[25], con un gesto

[24] Si tratta del *Framework for Artificial Intelligence Diffusion*, emanato dal Dipartimento del Commercio, 15 CFR Parts 732, 734, 740, 742, 744, 748, 750, 762, 772, 774. A. Swanson, T. Micklen, *Biden Administration Ignites Firestorm With Rules Governing A.I.'s Global Spread*, in *New York Times*, 9 gennaio 2025.

[25] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato elle Regioni, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*, COM(2019) 168 final. Sul punto, in chiave critica: L. von Essen, M.

che mira ad acquietare preoccupazioni vive a questo riguardo, negli Stati Uniti il tono del discorso è meno elevato. Le indicazioni sono rivolte direttamente alle misure di contrasto rispetto ai rischi introdotti dell'intelligenza artificiale, di sostegno alla politica industriale, e alla promozione dell'innovazione. Spicca la necessità di proteggere la sicurezza nazionale, le infrastrutture critiche del Paese, la competitività e l'innovazione, anche nel settore della ricerca e dell'istruzione. Emerge comunque anche la preoccupazione di garantire che lo sviluppo dell'IA sia in linea con i valori richiamati nell'EO, vale a dire la protezione dei diritti e delle liberà civili, con la promozione di *equity, and justice for all*. Pur essendo principalmente rivolto al settore pubblico, l'EO ha impattato sulle imprese, stimolando la loro *compliance* rispetto alle linee guida sulla sicurezza, la protezione contro la discriminazione e la *privacy* risultanti dagli *standards* emanati dal *National Institute of Standards and Technology* (NIST). La natura dell'EO rende conto del linguaggio in cui è formulato, a più riprese programmatico e di orientamento.

L'EO articola otto principi direttivi nella sua sezione 2, intitolata *Policy and Principles*, tramite cui intende promuovere, rispettivamente: a) la sicurezza (nella duplice accessione di *safety* e *security*) dell'IA; b) l'innovazione e la concorrenza; c) la tutela dei lavoratori; d) la protezione della *privacy*; e) la tutela dei consumatori; f) l'uso responsabile e sicuro dei sistemi di intelligenza artificiale da parte del governo; g) la *leadership* statunitense in materia di IA a livello internazionale.

A differenza del Regolamento europeo, l'EO non pone divieti per specifici sistemi di IA, né introduce una loro classificazione in sistemi proibiti, ad alto, medio e basso rischio. Inoltre, l'EO non prevede la istituzione di una banca dati nazionale dei sistemi di IA, ovvero registri pubblici dedicati, diversamente dalla normativa europea. Pertanto, il settore pubblico non conoscerà quali iniziative sono avviate nel settore privato sulla base di dati raccolti sistematicamente, né si manifesta con l'EO una generale preoccupazione di elevare la trasparenza di tutti questi sistemi a beneficio del pubblico. L'attenzione è più mirata, infatti gli sviluppatori di sistemi avanzati di IA devono condividere con il governo degli Stati Uniti i risultati dei loro test di sicurezza, e il Dipartimento della Difesa e della Sicurezza Nazionale sono a loro volta tenuti a creare *standards* rigorosi per testare e valutare la sicurezza dei sistemi di IA.

Uno dei punti di forza dell'EO è ravvisabile nell'approccio integrato all'AI, riguardante tanto l'uso civile della tecnologia, quanto i suoi risvolti militari e rivolti alla sicurezza nazionale. L'Unione europea è priva di competenze al

Ossewaarde, *Artificial intelligence and European identity: the European Commission's struggle for reconciliation*, in *European Politics and Society*, 25, 2, 2023, 375-402.

riguardo, pertanto l'AIA non contiene misure applicabili ai sistemi di IA applicabili in tali campi (art. 2, comma 3). Essi sono quindi regolati esclusivamente dalle eventuali norme nazionali adottate in proposito, o da quelle del diritto internazionale generale[26]. Anche la recente Convenzione del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale esclude dal proprio campo di applicazione tutte le materie riguardanti la difesa dell'interesse nazionale, pertanto non si avranno al riguardo regole comuni europee, benché il Parlamento europeo abbia votato due risoluzioni favorevoli a vietare i sistemi d'arma letali autonomi[27]. Pertanto, i produttori europei di sistemi di IA sviluppati per scopi militari, di difesa nazionale, o di sicurezza, saranno unicamente soggetti alle norme del Paese d'origine e del diritto internazionale, nonché alle eventuali norme del Paese di esportazione, per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione e l'uso all'estero di tali sistemi[28].

Il regime così istituito in Europa regola però i sistemi di IA misti, vale a dire con finalità tanto escluse, quanto incluse, nel Regolamento, vale a dire i sistemi *dual use.* Rispetto ad essi dovrà essere garantita la conformità rispetto a tutti gli usi civili della tecnologia, che per l'appunto ricadono nell'ambito del Regolamento (si veda sul punto il considerando 24 del citato Regolamento). Viceversa, come si è detto, gli Stati Uniti dispongono di competenza federale senza eccezioni in tutta la materia – civile, militare e di sicurezza nazionale – e possono quindi senz'altro regolare a tutto campo l'uso di sistemi di intelligenza artificiale, tanto per scopi militari, di difesa o sicurezza nazionale, sia sul piano interno, sia per quanto attiene alla vendita di tali sistemi all'estero. Questa competenza è una leva formidabile nel promuovere la *leadership* americana nel

[26] Si veda il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828* (regolamento sull'intelligenza artificiale), pubblicato in *GUUE* L 1689, 12 luglio 2024, art. 2, comma 3, e il considerando 24 del medesimo Regolamento.

[27] Il riferimento è alle risoluzioni 2018/2752 e 2021/0009 del Parlamento europeo. I. Bode, H. Huelss, *Constructing expertise: The front-and back-door regulation of AI's military applications in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 30, 7, 2023, 1230 ss.; D. Mügge, *The securitization of the EU's digital tech regulation*, in *Journal of European Public Policy*, 30, 7, 2023, 1431 ss.

[28] La NATO ha messo a punto in proposito il documento: *An Artificial Intelligence Strategy for NATO* nel 2021 che contiene alcuni principi in materia. Per un'introduzione a tale strumento: Z. Stanley-Lockman, E.H Christie, *An Artificial Intelligence Strategy for NATO*, disponibile sul sito https://www.nato.int/docu/review/articles/2021/10/25/an-artificial-intelligence-strategy-for-nato/index.html.

settore anche all'estero, come risulta dalle più recenti misure prese al riguardo dall'amministrazione uscente.

4. (Segue) *Le* policies*, i principi in esso contenuti e la sua implementazione*

Veniamo più precisamente al contenuto operativo dell'EO, e quindi a ciascuna delle *policies* e dei principi già menzionati.

In premessa (sezione 3) vi sono le definizioni utilizzate in tutto l'EO, da cui dipende la sua interpretazione e attuazione. L'IA è definita come "un sistema basato su macchine che, per un determinato insieme di obiettivi definiti dall'uomo, può formulare previsioni, raccomandazioni o prendere decisioni che influenzano ambienti reali o virtuali". L'apprendimento automatico viene definito come "un insieme di tecniche utilizzabili per addestrare algoritmi di IA al fine di migliorare le prestazioni in un compito basato sui dati".

Com'è noto, nel regolare l'intelligenza artificiale si incontra un primo scoglio, vale a dire definire precisamente l'oggetto che viene disciplinato[29]. La nozione di intelligenza artificiale offerta dall'EO differisce per qualche aspetto da quella introdotta con l'AIA, come si dirà meglio nel paragrafo successivo. Bisogna comunque ricordare che il problema definitorio in relazione allo strumento americano è alleggerito dalla circostanza che si tratta di un documento contenente principalmente indicazioni di *policy*, senza carattere immediatamente prescrittivo.

Nella sua parte operativa l'EO si apre con la sezione quarta, la più lunga del testo. Quest'ultima include otto sottosezioni, dedicate alla sicurezza e all'affidabilità (*safety and security*) dell'IA. Dispone quindi l'elaborazione di linee guida, *standards* e migliori pratiche per garantire tali obiettivi (sezione 4.1) e stabilisce misure per un'IA sicura e affidabile (4.2). L'EO affronta inoltre le sfide dell'implementazione, come la gestione dell'IA nelle infrastrutture critiche e in relazione ai temi della cybersicurezza (4.3), oltre alla riduzione dei rischi (4.4 e 4.5). Lo sviluppo futuro dell'IA è trattato con un'attenzione particolare rivolta ai modelli *dual-use*, ai dati generati dall'apparato federale per l'addestramento di tali sistemi (4.6 e 4.7) e alle implicazioni per la sicurezza nazionale, richiedendo la preparazione di un Memorandum sulla Sicurezza Nazionale (4.8). In particolare, l'EO richiede al Segretario di Stato per il commercio, tramite il direttore del *National Institute of Standards and Technology* (e in collaborazione con i Segretari di Stato per l'energia e la sicurezza interna),

[29] J. Schuett, *Defining the scope of AI regulations,* in *Law, Innovation and Technology*, 15, 1, 2023, 60 ss.

di sviluppare linee guida per un'IA sicura. La direttiva presidenziale prevede lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale allineate al *NIST AI Risk Management Framework* – il documento elaborato in proposito dal suddetto Istituto – per garantire pratiche di sviluppo dell'IA che rispettino standard di sicurezza. Nella cornice così stabilita, le imprese che sviluppano o intendono sviluppare modelli di IA c.d. *dual use* devono fornire regolarmente al settore pubblico informazioni dettagliate sulle proprie attività. L'obbligo include le attività di addestramento, sviluppo o produzione dell'IA, le misure per rendere sicuri questi processi, nonché i dettagli sulle proprietà dei pesi dei modelli e i risultati dei *test red-team* (test strutturati per individuare difetti nei sistemi), con le relative misure di sicurezza implementate. Coloro che possiedono o gestiscono cluster di calcolo su larga scala devono segnalarne la posizione e la capacità totale. Lo scopo di queste misure è quello di garantire l'affidabilità e la sicurezza dell'IA in settori critici come la cybersicurezza e la biosicurezza. Le preoccupazioni per la sicurezza dominano le ulteriori sezioni della parte quarta dell'EO. Vengono in gioco i rischi introdotti con all'accessibilità da parte del pubblico dei dati a disposizione delle amministrazioni federali, i quali possono essere combinati in modo inedito dai sistemi di IA. Pertanto, le amministrazioni federali devono esaminare i dati in proprio possesso per identificare i rischi legati alla loro diffusione, e le capacità offensive legate all'uso dell'intelligenza artificiale. Infine, come si è detto, la sezione 4.8 dell'EO richiede l'elaborazione di un Memorandum sulla sicurezza nazionale centrato sull'IA, per coordinare la gestione dei rischi inerenti a tale tecnologia.

La quinta sezione dell'EO si propone di favorire lo sviluppo di competenze e abilità della forza lavoro statunitense nell'ambito dell'IA, agevolando, tra l'altro, le procedure di immigrazione per attrarre talenti in questo settore (5.1). La Sezione 5.2 dell'EO pone invece l'accento sull'innovazione, promuovendo la creazione di programmi di ricerca e sviluppo dedicati all'intelligenza artificiale, come i *Regional Innovation Engines* della *National Science Foundation*, e l'avvio di nuove iniziative di formazione. Inoltre, l'EO introduce misure per proteggere la proprietà intellettuale, con particolare attenzione ai rischi di violazione dei relativi diritti. Il Dipartimento della Sicurezza Interna e la *National Science Foundation* oltre a varie agenzie governative sono chiamate a sostenere l'innovazione e la competitività in settori chiave come la sanità e la tecnologia, promuovendo l'uso dell'IA per scopi avanzati e strategici. Tra essi, vi è il miglioramento della qualità dei dati sanitari al fine di sostenere lo sviluppo responsabile di strumenti di IA per l'assistenza clinica, i programmi di medicina basati su evidenze empiriche (*evidence based medicine*), la sanità pubblica e la ricerca correlata. La sezione 5.3 affida alla *Federal Trade Commission* il compito di esercitare la sua autorità regolamentare per garantire la concorrenza equa sul mercato dell'IA.

Gli effetti dell'IA sul mondo del lavoro sono oggetto delle indicazioni contenute nella sesta sezione del documento. L'arrivo della nuova tecnologia nel mondo del lavoro deve essere oggetto di un rapporto al Presidente da parte del *Council of Economic Advisers* per analizzarne gli effetti sul mercato del lavoro e il Segretario di Stato per il lavoro deve valutare come rafforzare il sostegno ai lavoratori che potrebbero trovarsi disoccupati per effetto dell'utilizzo dell'IA. Inoltre, il Segretario di Stato per il lavoro deve elaborare principi e buone pratiche applicabili dai datori di lavoro, affinché l'IA favorisca il benessere dei dipendenti e rispetti gli *standards* lavorativi stabiliti dalla legge. L'amministrazione Biden, attraverso l'EO, punta a integrare questi principi nei programmi federali e a promuovere l'adozione di linee guida che garantiscano una compensazione equa ai lavoratori quando l'IA monitora o sostiene le loro attività, in linea con il *Fair Labor Standards Act*.

La protezione dei diritti civili nell'erogazione delle prestazioni sociali da parte del settore pubblico è il tema centrale della sezione 7.2 dell'EO, che mira a garantire un utilizzo equo dell'IA. Le agenzie federali sono chiamate a collaborare con gli uffici per i diritti civili per prevenire discriminazioni e danni derivanti dall'uso dell'IA nei programmi di welfare federali. Tale collaborazione include il coinvolgimento degli stakeholder e la partecipazione attiva di questi uffici nelle decisioni relative alla progettazione, allo sviluppo e all'applicazione dell'IA nel settore pubblico. I segretari di Stato per la Salute e per l'Agricoltura devono assicurare che i sistemi di IA utilizzati a livello statale e locale garantiscano l'efficienza e l'equità nell'assegnazione delle provvidenze pubbliche. La successiva sezione 7.3 delinea misure per rafforzare l'uso responsabile dell'IA e promuovere il rispetto dei diritti civili in diversi ambiti. Il Segretario di Stato per il Lavoro è incaricato di pubblicare linee guida per prevenire la discriminazione nei processi di assunzione automatizzati, in particolare nei contratti federali. Le autorità di regolazione in ambito mobiliare e abitativo devono utilizzare l'IA per combattere le discriminazioni nei mercati finanziari e immobiliari, analizzando l'impatto dell'utilizzo di determinati dati e garantendo la conformità alle normative federali sulla pubblicità digitale.

Infine, l'*Architectural and Transportation Barriers Compliance Board* è invitato a collaborare con il pubblico e a fornire raccomandazioni e supporto tecnico all'uso dei dati biometrici nell'IA, con particolare attenzione all'inclusione delle persone con disabilità.

La tutela dei consumatori, dei pazienti, dei passeggeri e degli studenti rispetto ai rischi rappresentati dell'IA è trattata nella sezione 8 dell'EO, con un approccio a doppio livello. Le agenzie federali sono richiamate alla necessità di proteggere i consumatori da frodi, discriminazioni e minacce alla *privacy*, e a prevenire i rischi riguardanti la loro stabilità finanziaria. Le normative

esistenti vengono rafforzate, con l'obbligo di esaminare i servizi che ricorrono all'IA al fine di garantirne la trasparenza. Così la *Federal Communications Commission* deve migliorare la gestione delle comunicazioni e la sicurezza delle reti, riducendo altresì le chiamate e i messaggi robotizzati. Il Dipartimento per la Salute e i Servizi Umani è tenuto a sviluppare un piano per l'uso responsabile dell'IA nei servizi sanitari, con attenzione all'equità, alla supervisione dei sistemi basati sull'IA in questo campo, e alla necessità di tutelare la *privacy* dei pazienti. Il dipartimento dovrà anche garantire la qualità dell'IA e regolamentarla nello sviluppo dei farmaci. Il Dipartimento dei Trasporti deve valutare la necessità di regolamentare l'IA e deve dare priorità alla sicurezza nei trasporti. Il Dipartimento dell'Istruzione ha il compito di sviluppare politiche per un'implementazione sicura e non discriminatoria dell'IA, con focus sulle comunità vulnerabili.

La sezione 9 dell'ordine esecutivo si concentra sulla protezione della *privacy*, con direttive per ridurre i correlativi rischi, assegnando compiti all'*Office of Management and Budget*, in coordinamento con altre agenzie federali, con definizione di linee guida per le applicazioni ad alto impatto. Per disporre del personale necessario, si incentivano gli sforzi di reclutamento a favore delle posizioni ad alta priorità nel settore.

La sezione undicesima dell'EO impegna gli Stati Uniti a consolidare la propria leadership globale nel settore, promuovendo la collaborazione internazionale e la creazione di *standards* coerenti a livello globale. L'obiettivo è garantire l'uso sicuro e responsabile dell'IA, bilanciando i benefici e i rischi. Il raggio d'azione dell'amministrazione in questo campo è limitato ad ambiti diversi da quello militare e di intelligence, lo scopo è quello di ampliare le alleanze globali e sensibilizzare altri paesi in merito alle politiche relative all'IA degli Stati Uniti. Sulla scia di queste indicazioni, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato per consenso la risoluzione 78/265, *Seizing the opportunities of safe, secure and trustworthy artificial intelligence systems for sustainable development*[30]. Il Segretario di Stato e l'amministratore della USAID devono quindi predisporre un *AI in Global Development Playbook* per promuovere la ricerca internazionale sull'IA, secondo la visione promossa dall'EO, tenendo presente la necessità di collaborazioni internazionali multilaterali utili a proteggere le infrastrutture critiche del Paese.

Prima di analizzare talune convergenze e divergenze di fondo tra la regolazione statunitense dell'IA e il quadro europeo è essenziale riconoscere che

[30] Si veda la Nota *The UN General Assembly Adopts U.S.-Led Resolution on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence*, in *American Journal of International Law*, 118, 3, 2024, 555 ss.

l'EO emanato da Biden è stato elaborato con la chiara consapevolezza dei ristretti limiti temporali dell'azione presidenziale. L'attuazione delle diverse misure previste dall'EO aveva scadenze stringenti, spesso inferiori a un anno. In questo breve arco di tempo, sulla scia dell'EO le varie amministrazioni federali hanno preso numerose iniziative, che compongono un quadro d'insieme importante, ma difficile da ricostruire: più di cento agenzie federali sono infatti coinvolte nella regolazione dell'intelligenza artificiale[31].

Per proporre un assaggio di quanto è seguito all'EO, il Dipartimento di Stato ha pubblicato nel luglio del 2024 il *Risk Management Profile for Artificial Intelligence and Human Rights*, vale a dire una guida pratica per le organizzazioni – tanto pubbliche, quanto private – per progettare, sviluppare, impiegare e governare l'IA nel rispetto dei diritti umani proclamati a livello internazionale[32]. Fanno testo al riguardo in primo luogo i documenti provenienti dall'Alto Commissario per i diritti umani elaborati nel quadro del progetto delle Nazioni Unite sull'uso e lo sviluppo responsabile dell'intelligenza generativa[33]. Il documento illustra come i processi di gestione dei rischi relativi alla violazione di diritti umani collegati all'IA, da attuare come parte della *due diligence* societaria, siano da allineare con il già citato documento del *National Institute of Standards and Technology* riguardante la corretta gestione di rischi inerenti all'IA, vale a dire l'*Artificial Intelligence Risk Management Framework*, documento concepito per aiutare gli attori dell'ecosistema IA a collaborare lungo l'intero ciclo di vita di tali sistemi per renderli sistemi sicuri, protetti e affidabili. Lo stesso istituto aveva in precedenza pubblicato un documento sul coordinamento delle azioni federali relative all'elaborazione di *standards* tecnici in materia di IA[34]. Il Dipartimento per la Sicurezza interna ha redatto un Manuale in cui si presentano casi pilota di utilizzo dell'IA nel settore pubblico e si discutono le risorse per il suo corretto utilizzo[35].

[31] Si veda il censimento di queste iniziative nella comunicazione della Casa Bianca, *Fact Sheet: Key AI Accomplishments in the Year Since the Biden-Harris Administration's Landmark Executive Order*, 30 ottobre 2024.

[32] U.S. Department of State, *Risk Management Profile for Artificial Intelligence and Human Rights*, 25 luglio 2024.

[33] United Nations - Human Rights Office of the High Commissioner, *Taxonomy of Human Rights Risks Connected to Generative AI Supplement to B-Tech's Foundational Paper on the Responsible Development and Deployment of Generative AI*, nonché il documento proveniente sempre dall'Alto commissariato: *Responsible AI and Human Rights: An Overview of Company Practices*, disponibili entrambi sul sito https://www.ohchr.org/.

[34] NIST, *U.S. Leadership in Ai: A Plan for Federal Engagement in Developing Technical Standards and Related Tools*, 19 luglio 2019, disponibile sul sito del NIST.

[35] Department of Homeland Security, *DHS Unveils Generative AI Public Sector Playbook*,

Per far rifermento al solo settore sanitario[36], il Dipartimento della Salute e dei Servizi Umani (HHS) ha istituito un Programma di monitoraggio per la sicurezza dell'IA, volto a esaminare gli incidenti legati all'uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e a valutare misure efficaci per mitigarne gli effetti negativi. Inoltre, il Dipartimento ha sviluppato obiettivi, traguardi e principi guida per l'impiego dell'IA e di strumenti abilitati dall'IA nei processi di sviluppo di farmaci e dispositivi medici.

Ha anche introdotto requisiti di trasparenza per l'IA e altri algoritmi predittivi utilizzati nelle tecnologie sanitarie certificate. Infine, attraverso l'attuazione della Sezione 1557 dell'*Affordable Care Act*, il Dipartimento ha emanato un regolamento sui diritti civili, imponendo alle entità sanitarie di identificare e mitigare eventuali discriminazioni legate all'uso dell'IA e di strumenti decisionali automatizzati.

5. *Assonanze e dissonanze transatlantiche nella regolazione dell'IA*

Vi sono certamente alcune significative convergenze e divergenze nella regolazione dell'IA tra l'Europa e gli Stati Uniti[37].

Il primo tratto comune è la scelta di passare da strumenti non vincolanti, quali l'enunciazione di principi o di norme etiche e deontologiche, alla regolazione basata su strumenti giuridici[38]. Lo spostamento dell'asse del discorso era indubbiamente necessario, ma non per questo sono venuti meno i problemi, anche perché nell'industria prevale una mentalità profondamente legata alla dimensione dell'autoregolazione. La stessa amministrazione Biden, poco prima di emanare l'EO, aveva stimolato sette giganti del settore (Amazon, An-

5 gennaio 2025, disponibile sul sito https://www.dhs.gov/news/2025/01/07/dhs-unveils-generative-ai-public-sector-playbook.

[36] Si veda il piano strategico per il settore della salute, pubblicato sul sito del Dipartimento della salute statunitense*: Strategic Plan for the Use of Artificial Intelligence in Health, Human Services, and Public Health*, pubblicato nel gennaio del 2025.

[37] Si veda in generale: M. Wörsdörfer, *Biden's Executive Order on AI and the EU's AI Act: A Comparative Computer-Ethical Analysis* in *Philosophy & Technology,* 37, 3, 2024, 74 ss.; R. Henson, *Bridging the Divide: Does the EU's AI Act Offer Code for Regulating Emergent Technologies in America?*, in *Missouri Law Review*, 89, 2024, 847; U. Pagallo, *LLMs Meet the AI Act: Who's the Sorcerer's Apprentice?*, in *Cambridge Forum on AI: Law and Governance*, 1, e1, 2025, Web.

[38] Per considerazioni appropriate in proposito G. Comandé*, Unfolding the Legal Component of Trustworthy AI: A Must to Avoid Ethics Washing*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, 29 ss.

thropic, Google, Inflection, Meta, Microsoft, Open AI) ad assumere l'impegno volontario, non vincolante, di gestire i rischi creati dall'intelligenza artificiale secondo alcuni principi di base[39].

Il secondo momento di convergenza è la stessa nozione di IA, la vera pietra angolare tanto del Regolamento europeo, quanto dell'EO di Biden (e di norme precedenti). Il nucleo comune in proposito si riallaccia alla nozione accolta in documenti non vincolanti, quali lo *standard* ISO/IEC 23894 *on Information Technology – Artificial intelligence – Artificial intelligence concepts and terminology*. Tuttavia, mentre il Regolamento europeo disciplina come applicazione dell'IA anche la creazione di contenuti (testi, video, musica, elaborazioni grafiche digitali, etc. etc.), nella definizione di IA avanzata dall'EO questo importante elemento è omesso: si fa unicamente riferimento alla realizzazione di: "predizioni, decisioni o raccomandazioni"[40]. È la stessa definizione di IA contenuta nel *National Artificial Intelligence Initiative Act* del 2020, (la quale a sua volta ricalca sul punto la prima edizione dei Principi OECD sull'intelligenza artificiale adottati nel 2018[41]). Dunque, si tratta di una ripresa non davvero meditata di quel testo, poiché l'EO si occupa anche della creazione di contenuti mediante l'IA.

Per altri aspetti la divergenza è palese. In primo luogo, gli Stati Uniti procedono di pari passo sul terreno dell'implementazione dell'IA nell'amministrazione pubblica, nel suo sostegno tramite la politica industriale, nell'investimento in materia di infrastrutture, sul piano civile, militare, della sicurezza nazionale. L'Unione europea, in ragione delle proprie competenze, deve fare altrimenti, per cui il regolamento europeo sull'IA si occupa soltanto di uno spicchio del discorso[42], mentre la sua azione su questi altri terreni è limitata, sebbene, per quanto riguarda la politica industriale, l'Unione abbia lanciato

[39] Press Release, The White House, Press Release, *Fact Sheet: Biden-Harris Administration Secures Voluntary Commitments from Leading Artificial Intelligence Companies to Manage the Risks Posed by AI*, 21 luglio 2023); si veda in proposito la Nota intitolata *Recent event*, in *Harvard Law Review*, 137, 2024, 1282 ss.

[40] Su quanto segue nel testo: L. Floridi, *On the Brussels-Washington Consensus About the Legal Definition of Artificial Intelligence*, in *Philosophy & Technology*, 36, 2023, 87 ss.

[41] Pubblicati sul sito dell'OECD *I principi* in questione sono stati pubblicati in una nuova edizione nel 2024. La nuova definizione fa riferimento alla generazione di contenuti, come possibile prodotto dell'IA.

[42] Per l'approccio di alcune amministrazioni nazionali all'IA in Europa: European Commission: Joint Research Centre, L. Tangi, M. Combetto, I. Hupont Torres, E. Farrell, S. Schade, *The potential of generative AI for the public sector: current use, key questions and policy considerations*, European Commission, Ispra, 2024, JRC139825.

un'iniziativa a sostenere l'industria europea nel campo dei semiconduttori[43], ed è prevedibile che ulteriori iniziative seguiranno. Il resto lo fa l'assenza di alcuna maggiore impresa europea nel campo, anche se gli annunci lasciano presagire qualche novità in proposito.

La scelta dell'Unione europea di classificare i sistemi di intelligenza artificiale in varie classi di rischio, e di proibire per legge alcuni sistemi non è evidentemente condivisa oltre Atlantico. Il governo federale, per la verità, ha indicato la necessità di classificare come ad 'alto rischio' alcuni sistemi, ma non ne ha fornito la nozione, né un elenco, sebbene alcuni dei rischi individuati nell'EO siano tipicamente rischi elevati, per la natura dell'attività in cui è implicata l'IA (si pensi, per tutti, alla gestione dell'energia nucleare, o al rischio di sviluppo di agenti batteriologici letali). Ha però stabilito che i sviluppatori di tali sistemi siano tenuti a condividere le conoscenze relative ad essi con le autorità pubbliche di regolazione. Per contro, il Regolamento europeo non si applica alle attività di ricerca, prova o sviluppo dei sistemi di IA precedenti alla loro immissione sul mercato o alla loro messa in servizio (art. 2, commi 5 e 8, nonché considerando nr. 25). L'esclusione, secondo lo stesso Regolamento, non riguarda le prove condotte nel mondo reale; tuttavia, si tratta di un'esenzione piuttosto ampia, per quanto tali attività rimangano regolate dal diritto generale dell'Unione, inclusa la Carta dei diritti fondamentali della stessa Unione. Nondimeno, la legislazione federale al momento non contiene nemmeno un elenco di pratiche di IA vietate analogo a quello previsto dal Regolamento europeo all'art. 5. Ad ogni modo, come si è detto, a livello statale negli U.S.A. varie leggi vietano lo sviluppo, la messa in commercio, o l'utilizzo di sistemi che siano ritenuti a vario titolo pregiudizievoli per le libertà o i diritti protetti dalla costituzione o dalla legge, o siano comunque forieri di danni inaccettabili. Il divieto di legge talvolta va al di là di quanto prevede il Regolamento europeo, e alcune di queste leggi riprendono divieti in esso contenuti. L'EO del Presidente Biden stimola una serie di interventi a protezione di varie categorie di diritti, oltre ai diritti civili, tra cui i diritti dei consumatori e dei lavoratori. Inoltre, alcune pratiche vietate dal Regolamento europeo devono ritenersi già vietate sulla base di altre norme del diritto statunitense, non dettate in relazione all'uso dell'IA, ad esempio le pratiche commerciali sleali, di cui si occupa la *Federal Trade Commission*.

Svolti questi primi rilievi, un terzo punto di convergenza si trova nella scelta di affidare l'elaborazione di *standards* tecnici applicabili all'IA a organismi

[43] Regolamento (UE) 2023/1781 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023 *che istituisce un quadro di misure per rafforzare l'ecosistema europeo dei semiconduttori e che modifica il regolamento (UE) 2021/694* (regolamento sui chip), pubblicato in *GUUE* L 229, 18 settembre 2023.

di regolazione tecnica. Negli Stati Uniti è in evidenza a questo proposito il già citato *National Institute of Standards and Technology*. Oltre ad aver rilasciato recenti importanti documenti in proposito[44], tale Istituto ha pubblicato il documento intitolato *A Plan for Global Engagement on AI Standards*[45], nel quale viene tratteggiato lo stato dell'arte in una prospettiva globale. È chiaro che l'allineamento di tali *standards* a livello internazionale, su cui è impegnato, ad esempio, l'OCSE, è una sfida formidabile anche per le autorità di regolazione[46]. A questo proposito, l'Unione europea ha scelto di emanare norme generali che si applicheranno in modo indistinto al settore privato e al settore pubblico, mentre non sono per ora stabilite dalle autorità di regolazione americana schemi generali per imporre norme tecniche vincolanti per il settore privato.

In Europa l'immissione sul mercato dei sistemi di IA ad alto rischio (Regolamento IA, art. 6, e allegato 3) dipenderà dalla loro certificazione in base a *standards* tecnici elaborati da appositi enti certificatori, con l'apposizione del marchio CE. Lo stesso approccio di principio alla regolazione del rischio che viene adottato da tale Regolamento è però oggetto di riflessioni critiche da diverse angolazioni[47], e per via di queste criticità la regolazione potrebbe rivelarsi instabile[48].

Lo sviluppo di tali *standards* rappresenta quindi il punto di caduta dell'intero sistema istituito dal Regolamento sull'IA. Al momento si rilevano criticità riguardanti la certificazione prevista dal Regolamento, in particolare per quanto attiene la possibilità di incorporare negli *standards* il rispetto dei diritti fondamentali come metrica effettiva[49], nonché in ordine alla ela-

[44] S. Posti, *Risk management per l'intelligenza artificiale, i nuovi strumenti applicativi del NIST*, in *Cybersecurity 360*, 18 maggio 2024.

[45] NIST, *A Plan for Global Engagement on AI Standards* (26 luglio 2024), disponibile sul sito del NIST.

[46] O. Borgogno, A. Perrazzelli, *From Principles to Practice: The Case for Coordinated International LLMs Supervision*, in *Cambridge Forum on AI: Law and Governance*, 1, e13, 2025, Web.

[47] B. Prainsack, N. Forgó, *New AI regulation in the EU seeks to reduce risk without assessing public benefit* in *Nature Medicine*, 30, 2024, 1235 ss.; M. Ebers, *Truly risk-based regulation of artificial intelligence how to implement the EU's AI Act*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2024, 1 ss.

[48] U. Pagallo, *LLMs Meet the AI Act: Who's the Sorcerer's Apprentice?*, cit.

[49] M. Gornet, W. Maxwell. *The European approach to regulating AI through technical standards*, in *Internet Policy Review*, 13, 3, 2024, 1 ss. Per una riflessione più generale sul rapporto tra diritti umani e regolazione della nuova tecnologia: G. Sartor, *Human Rights and Information Technologies*, in R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung (eds.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford, 2017, 424 ss.

borazione di tali norme tecniche nel rispetto dei requisiti di trasparenza e accessibilità[50].

Si tratta di preoccupazioni serie, avanzate anche in documenti provenienti da gruppi di lavoro autorevoli, istituiti dalla stessa Unione, come il Gruppo europeo sull'etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie[51]. La Grande Camera della Corte di giustizia nel recente caso *Public.Resource.Org* ha dato atto che l'accesso a norme tecniche deve essere garantito gratuitamente, qualora tali norme divengano parte della regolazione adottata dall'Unione[52]. Si tratta di una garanzia essenziale, che incide però profondamente sul modello di business degli enti certificatori privati, con conseguenze per il momento non prevedibili. Si potrebbe concludere che tutti i nodi sono destinati prima o poi a venire al pettine.

Infine, va ricordato un dato di fondo. Gli Stati Uniti affidano alla *litigation* la soluzione di conflitti importanti, in grado di determinare le sorti di interi settori industriali[53]. L'Europa ha avuto un atteggiamento storicamente più cauto in proposito, sebbene il ruolo delle corti in Europa, sopratutto in materia di tutela dei diritti costituzionali e fondamentali, nonché in altri ambiti cruciali come la protezione dei consumatori sia enormemente cresciuto[54]. Bisogna riconoscere che negli Stati Uniti si sono oramai avviate le prime liti che rappresentano veri rischi legali per le imprese. Liti di questo genere nel settore dell'intelligenza artificiale in Europa arriveranno, ma per ora non sono all'ordine del giorno. Mi riferisco ad esempio, a liti che portano in giudizio *chatbots* o *social* come Tik Tok per danni fisici e mentali inflitti a minori con i loro algoritmi di

[50] M. Ebers, *Standardizing AI-The Case of the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, in L.A. DiMatteo, C. Poncibò, M. Cannarsa (eds.), *The Cambridge handbook of artificial intelligence: global perspectives on law and ethics*, Cambridge, 2021, pp. 321 ss.; T. Cohen, Tegan, N.P. Suzor, *Contesting the public interest in AI governance*, in *Internet Policy Review*, 13, 3, 2024.

[51] Commissione europea, Direzione generale della Ricerca e dell'innovazione e Gruppo europeo sull'etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie, *Opinion on democracy in the digital age*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2023.

[52] Corte di giustizia UE, 5 marzo 2024, C 588/21, *Public.Resource.Org and Right to Know v Commissione e altri*. Per il commento: O. Kanevskaia, *Is it really all about the money? The future of European standardization after PublicResourceOrg*, in *European Journal of Risk Regulation online*, 1, 8, 2024, nonché M. Gornet, W. Maxwell, *The European approach to regulating AI through technical standards*, cit.

[53] M. Giraudo, *On Legal Bubbles: Some Thoughts on Legal Shockwaves at the Core of the Digital Economy*, in *Journal of Institutional Economics*, 18, 4, 2022, 587 ss.

[54] Lo riconosceva già più di dieci anni addietro R.D. Kelemen, *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Cambridge, 2011.

IA. In *A.F., on behalf of J.F. v. Character Technologies, Inc*[55] i genitori di minori hanno citato in giudizio Character AI, i suoi fondatori e Google per danni gravi causati dal *chatbot* di Character AI. Le accuse includono design difettoso del prodotto, mancata protezione dei minori, responsabilità per colpa e violazioni di normative sulla protezione dei consumatori e della *privacy* dei bambini. Tik Tok è convenuto in giudizio per la morte di un bambino che ha voluto imitare una sfida proposta da un video disponibile sul *social*. La Corte d'appello federale per il terzo circuito ha ritenuto che l'algoritmo di Tik Tok, scegliendo i contenuti del *social* da proporre agli utenti, impedisce di considerare tale impresa immune di responsabilità, e quindi la causa civile può procedere nei confronti di tali società[56]. Numerose sono anche le cause che contestano la violazione su ampia scala di proprietà intellettuale[57]. Evidentemente, come in altri settori del diritto, il giudiziario, oltre alle autorità di regolazione, avrà un ruolo di primo piano nel disciplinare la nuova tecnologia, ma le tecniche giudiziali di cui dispongono le Corti statunitensi (ad esempio, poteri istruttori particolarmente incisivi in materia civile), oltre alla presenza sul territorio delle maggiori imprese del settore, potrebbero segnare una differenza ulteriore tra il modello di regolazione europeo e il modello statunitense.

[55] (2:24-Cv-01014) District Court, E.D. Texas.

[56] *Anderson v. Tiktok, Inc.*, 2:22-cv-01849, (E.D. Pa.); 116 F.4th 180.

[57] Si veda il litigation tracker reso disponibile dallo studio legale Baker & Hostetler, *Case Tracker: Artificial Intelligence, Copyrights and Class Actions*.

THE LAW AS GUARDIAN OF NATURE

Nenad Hlača

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Green public policy. – 3. Green human rights policies. – 4. Discussion and conclusion.

1. *Introduction*

The community of human beings into which we were accidentally born has survived thanks to respect for fundamental anthropological values. The natural sciences are still in the process of discovering this logic of the living that applies to all human beings. It is forgotten that ecology is a prerequisite for the survival of human individuals themselves and that survival is inevitably linked to values and reason.

The family embodies the logic of the living: marriage between a man and a woman as a community to carry out the acts of conceiving and bearing children. At birth, the human being enters the systems of kinship as an unbroken chain of blood ties between living beings. The idea of law as the guardian of nature necessarily unites the public and private aspects of law. Attention will also be focussed on the ecology of human rights, which are as endangered as their own planet Earth. We urgently need a new vision of human rights, which could be called a green human rights policy.[1]

The Roman Empire, in the historically largest borders of a united Europe, never imposed its values on the territories it ruled. Imposing values on conquered peoples would have been disastrous. Justinian's taxonomy of Roman law was an extremely important instrument that unified Greek philosophy and created the conditions for the continuity of our Western European civilisation. European legal civilisation was born in Constantinople thanks to Emperor Justinian. The fact that it was able to survive for around two thousand years is due to the fact that it was always based on the fundamental values of morality and

[1] A. Philippopoulos-Mihalopoulos, *Looking for the space between law and ecology*, 1-17, in A. Philippopoulos-Mihalopoulos (ed), *Towards a Critical Environmental Law, Law and Ecology - New Environmental Foundations*, London, 2011; in the same volume, A. Pottage, *Biotechnology as environmental regulation*, 105-125.

justice. For centuries, Europe functioned as a union based on Christian values and the universal legal order of canon law.[2]

Everything good that came to us in this Europe was based on Christian values and guidelines on how to see and feel what is just, what is good and what is evil. This and other tacit laws that sublimate the experience of biological laws have survived thanks to the clarity of values. Wise secular leaders have sent cries to the heavens of reason: "…we live in a polluted moral environment… we have become morally sick because we have become accustomed to speaking differently than we think… we have learnt to believe in nothing, to ignore each other, to care only for ourselves."[3]

2. *Green public policy*

The last hundred years are a reflection of naked universalist political demagogy wreaking havoc in national legal systems by imposing so-called human rights that contradict the logic of living life and contain no natural anthropological values. The great legal thinker Rodolfo Sacco said that nature is the alpha and reason the omega of law.[4] Pope Ratzinger reflected on how to combine ethos and law, and so his historic lecture in the Reichstag in Berlin on 22 September. 2011, was his spiritual testament to Europe and humanity.[5]

Values must underlie rational decisions. Law without the value of justice is no law. Ratzinger warns that the traditional cognitive paths of ethics and law have been abandoned. The omnipresent universalism destroys inner values and creates law without justice. An ecological approach to law means opening the door to light, water and air, because without them we, perhaps guided by good intentions, fall into ruin. In the darkness of night, headlights have been switched on in Western Europe so that we can see the trail of reason and follow it without getting lost in the fog of the irrational.

It is time for those who abuse the power of the law to finally realise the incorruptibility of nature and all its secrets. Environmental pollution threatens

[2] M. Petrak, *Kanonsko pravo i hrvatski pravni sustav*, *Pravni izvori i pravna načela*, in *Zbornik PFZ*, 70, 2-3, 2020, 251-286.

[3] V. Havel, *Živimo u zagađenom moralnom okruženju (1.1.1990), Govori koji su promijenili svijet*, Zagreb, 2013.

[4] R. Sacco, *Il diritto muto e inattuato: dove cercarlo?*, in L. Antoniolli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (eds), *Le nuove frontiere della comparazione*, Milano, 2011, Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Padova, 2012, 133-134.

[5] Benedikt XVI, https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/it/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html.

the survival of humanity, and the sources of the values on which legal systems are based are also polluted. This earth also has its own dignity, its own values, without which there can be no life on it. For a sustainable life, we must listen to its essence and follow its blood circulation, without which there is no life.[6]

Man is not simply a self-sufficient freedom. Man does not create himself. The philosophy of the living life is sublimated in nature. This act of creation is unmeasureable in its perfection and is given by life to all fragile, ephemeral and even human beings who only briefly inhabit this earth.

The basis, the goal and the meaning of existence is the right to distinguish between good and evil. Politics is not only aimed at a better material status, but is also a concern for the common good and the preservation of values. The power of money can destroy justice, which is a tacit fundamental value. The omnipotence of money destroys trust in the ethical values of justice and equality. As a result, trust in the legal system is also lost. One legal system is replaced by another, that of justice and equality, by the rule of capital and financial power.

The separation of power and law is dangerous. It has been shown that those who are fascinated by power can destroy the world, that terrible things happen when the powerful see no rational values. The example of wars, which occur almost cyclically, puts international law to the test again and again. These wars irrevocably destroy the natural environment, destroy material goods and thousands of lives of innocent, helpless people whose will and rights no one has thought about.

What was before law, primordial law, tacit law (*diritto muto*) is the internal defence mechanism of the human species, and it is based on empirical values that are protected by reason, the reason of each individual, but also by the combined power of the reason of the community, which is the only truth. The law that prevails today is based on human rights that destroy the dignity of man by offering him the illusion of rights, but without or with unforeseen consequences that often contradict the rational experience of humanity. Europe will live if it does not allow the light of reason to fade, even when the sun sets on the western horizon. Our culture has lived for thousands of years, from Jerusalem, Athens, Constantinople to Rome. Capra and Mattei believe that it is crucial for the ecology of law to shake historical prejudices about the omnipotence of private property and the sovereignty of states.[7] This omnipotence of absolute law is also transferred to humans, who no longer realise that they too are only part of the same nature and are subject to transience. Based on ecological sus-

[6] *Ibidem.*

[7] F. Capra, U. Mattei, *The Ecology of Law*, Oakland, 2015.

tainability, law must become a tool for saving nature, people and planet Earth. The authors Capra and Mattei analyse the concept of property according to the sources of Roman law, which was a prerequisite for the absolute dominion of man over nature. As far as human rights are concerned, the same Roman law did not treat man, a slave, as a human being. We have adopted the taxonomy and use it as rules that today contain the value of justice and the principles that modern societies consider a rational basis.[8]

Power is a threat to the planet, but the power of human freedom, which promotes the choice of worthless rights, is equally fatal to these fragile creatures.

From a means of indirectly destroying nature and humans, the ecology of law should become an important adjunct in any decision-making process about life in all these inextricably linked vessels. The inherent power of law dangerously blinds and hypnotises the agent, giving it only temporary and seemingly supernatural powers. The connection to nature is severed, the sense of the value of sustainability and justice is lost. In the discussion about the need for an ecology of law, the works collected in the book *Law and Ecology – New Environmental Foundations, edited by Andreas Philippopoulos – Mihalopulos*, 2011, are truly inspiring.[9]

Progress has created capital as an omnipotent means, but also as a self-sufficient end. "The scientific revolution has imposed a (mechanistic) concept of nature as a machine and of the human mind as superior to natural processes."[10]

The logical conclusion is that man is superior, but only for a time, until he

[8] M. Petrak, *Rimska pravna pravila kao izvor suvremenog hrvatskog obiteljskog prava*, in *Zbornik PFZ*, 55, 2005, 3-4, 597-627.

[9] A. Philippopoulos-Mihalopulos, *Law and Ecology*, cit.

[10] F. Capra, U. Mattei, *The Ecology of Law*, 169.

Mechanism (from Latin mechanicus < Greek μηχανικός: artificial, machine-like), a philosophical and scientific view according to which all types of motion and change can be reduced to mechanical relations, and the entire cosmos can be understood as a machine. Due to such a basic assumption, mechanism is at the same time an absolutely deterministic, fatalistic doctrine (because the laws of mechanics are strictly deterministic). Imagining the cosmos as a machine and matter as an inert mass, mechanists were often forced to introduce the concept of a prime mover (God) in order to explain the origin and beginning of motion. Mechanism was particularly influential in philosophy and natural sciences of the 17th and 18th centuries (R. Descartes, J.O. de La Mettrie, P.S. de Laplace), because mechanical principles dominated the natural scientific worldview at that time, and every scientific interpretation of the world was conceived according to the model of mechanics. A special form of mechanism is the so-called the machine theory of life, which in explaining the structure of organic life rejects the existence of any unreal principle. The totality of organic life is nothing more than the result of the interaction of forces that merge into one organic machine.

destroys them and depletes the resources or jeopardises his own health and the survival of these same intelligent beings. The concentration of capital, which has led to political power as a protective power, enables the irreversible destruction of resources in an endeavour to enrich oneself without remorse about the consequences.

Profit has destroyed traditional sustainable agriculture by changing the seeds that for years only came with the need to adapt to the soil and the environment. Without artificial fertilisers, they claim today, there is no more agriculture. Without pesticides at all stages of production, from flowering to growth to storage, they claim, there is no more fruit…[11] Legal sources of various kinds, from national to regional, until not so long ago and the EU were more concerned with the accumulation of profits than with the health and sustainability of the natural balance. Capra and Mattei conclude that Western systems deliberately separate humans from humans, but also from the natural, self-sustaining ecosystem.[12]

Legal positivism glorified the power of imposed, questionably sustainable values - for how much longer? It was an empire – imperio rationis – of rationalist ideas beyond nature.[13] Man does not come into being ex nihilo, at least for the time being, and is not a blank slate. Man is born surrounded by values and absorbs them with his mother's milk. And incidentally, they also learn their mother tongue. Man lives with and for these values, and they are the substrate of justice, which must be followed by positive law. People only have the right to other values as long as they do not jeopardise other people. "The main source of the creation of law is the nature of things and not legislation, the system of positive law is inadequate and necessarily incomplete, the existing system is supplemented, adapted and improved. As theories, jusnaturalism and legal positivism are far from exhausting all areas of legal theory, they are two extreme poles between which a number of intermediate concepts develop".[14] The ecology of law places the preservation of life at its centre, regardless of whether it is public or private law. The survival of all living beings depends on listening to nature, understanding and respecting its strict and incorruptible laws, which, as values, must also be the fundamental values from which it emanates and which are protected by positive law.

Source: mehanicizam. *Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021, http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=39890.

[11] A. Pottage, *Biotechnoloy as enviromental regulation*, cit., 105-125.

[12] F. Capra, U. Mattei, *The Ecology of Law*, cit., 170.

[13] N. Bobbio, *Eseji iz teorije prava*, Split, 1988., 24.

[14] *Ibidem*, 7.

Every right is preceded by values that are accepted and later additionally protected by law. The theoretical polemic of legal positivism versus jusnaturalism in the context of legal ecology loses its meaning. Positive law in particular, which is based on the laws of nature, must contain values that allow this law to do justice to nature as a whole, but also to human beings as an integral part of it.[15]

What are human rights worth if they cannot be realised on this planet? Natural law is a set of basic ethical principles that contain values on which life survives. What good are all the positive human rights in the world if all sources of drinking water are polluted?

Based on the recognised laws of living nature, man learned the logic of genetics, established a system of prohibitions regarding sexuality, invented a perfectly precise taxonomy of kinship systems and sexual prohibitions and thus became human. From this knowledge, clear rights and duties were derived from kinship relationships and the concept of the family as a fundamental social group.

The destruction of nature is a consequence of the fact that the aim of jurisprudence is to study the law as it is, not as it should be.[16]

The basic premise of jusnaturalism is that laws should only be obeyed if they are just. Those who are just to nature are very likely to be just to humans. The attitude towards nature as a machine that does not need to be preserved, based on property rights as an absolute category, was certainly not just to nature and consequently not fair to all people. The danger of profit-driven globalisation was demonstrated by the Covid pandemic and the absurdity of the lockdown. If the way out lies in smaller, solely responsible communities based on sustainable development, then these values, on which survival depends, must be the unifying element of their legal systems. It has been shown that it is not wise to rely on a single gas pipeline. Wrong political and geostrategic assessments can lead to the collapse of economies, destabilise states and communities, and have devastating effects on nature and people.

A curious spirit drives humans to explore the infinite expanses of space at enormous material expense, which indirectly have a devastating effect on planet Earth, and so we marvel at sharp photos of Mars. It is a little strange that what is below us, what is only about ten kilometres or flatter, is not given at least the same attention. Every displacement of that unknown thing down there claims thousands and thousands of victims and destroys our cultural heritage.

[15] *Ibidem*, 19.
[16] *Ibidem*, 24.

It seems that a time is coming when work will slow down, there will be less waste, people will live sustainably and self-renewably and be happier in the process. Slow change gives hope that law, as the guardian of nature, could create a new evolutionary paradigm. The goal is a fairer, more sustainable, healthier society with healthier people. Thanks to information technology, the wealth of knowledge which is our common heritage has never been as accessible to us in history as it is today.

The past, especially recent history, contradicts the paradigm of nature as a self-sufficient perpetuum mobile. This perpetual motion machine is a philosophical derivation of a machine that, once set in motion, continues to move indefinitely without consuming energy. But not everything in nature is so ideal, what is feasible brings advantages for a certain time, but machines wear out and they too must be supplied with energy. If there are no values behind power, the law enables and promotes the destruction of nature and thus indirectly threatens the basic human right to life and health. Social justice (community-based justice) has been replaced by a codified taxonomy that favours the power of the elites.

A paradigm shift in relation to nature means the primacy of the natural, organic principle as primary, with the necessary abolition of the understanding that nature is a machine that does not need to be cared for, with which one may do everything that is feasible.[17]

For life on earth to survive, it must no longer function as a system of closed scientific drawers, but as a living bloodstream of interconnected vessels. The authors Capra and Mattei appeal to reason to finally cover the almost banal cliché of the rule of law with an organic vision of sustainable life. *Hominum causa omne ius constitutum est*, especially in the ecology of law, which seeks to preserve man as part of nature. The transition will not be easy, but there are more and more people who understand that it is inevitable. First of all, we should abandon the false illusion of freedom that makes the law worthless.

3. *Green human rights policies*

The ecology of law is not sufficiently visible in the area of personal rights and human rights. The criteria of the ecology of law will serve as a yardstick for assessing the significance and sustainability of the system of personal human

[17] K. Gwiazdon, *We Cannot Fail: The Promise and Principles of Ecological Law and Governance*, https://humansandnature.org/we-cannot-fail-the-promise-and-principles-of-ecological-law-and-governance.

rights of natural persons as legal subjects. At the centre of primordial law (*diritto muto*) is the knowledge of sexuality and the strict role norms associated with it in kinship systems, which were already effective before the emergence of states and law. The prohibition of maintaining sexual relations between relatives is the basis for the emergence of human society, as the restriction of these freedoms suppressed the animal-biological basis of earlier communities.[18] "In all earlier societies, the family arises on the basis of the specific social institution of marriage, which means that the family is a socially regulated community of opposite sexes within the limits of the permitted form and that the basis of this relationship is sexual intercourse regulated by social rules. The institution of marriage exists because of the need for social regulation of sexual relations between sexes and the legitimacy of offspring".[19] The first socio-cultural norms of human society were based on the prohibition of sexual relations between relatives, which led to the recognition of the importance of consanguinity. On the basis of these norms, marriage, the family and the kinship system developed as fundamental social institutions that serve the creation and preservation of life.[20]

Marriage in particular, which today is characterised by the common secular term marriage, has for centuries been an example of a legal institution determined by biological content. The *copula carnalis*, the crucial moment of marriage as a sacrament, is the physical union of a man and a woman with the aim of carrying out those acts that are suitable for the conception and birth of children.

"In marriage, a natural and social state is opposed to a factual state with its own strong scientific and sociological law, which it is not able to shape independently, but with which, on the contrary, it must be harmonised. It is no coincidence that the Roman jurist cites the union of the sexes and the birth and upbringing of children as an example of natural law, of the nature of things that the legislator cannot circumvent".[21]

To clarify the institution of marriage today, after abandoning the biological determinants of sexuality and procreation, one would have to cite a whole new "legal" lexicon with entries on gender, sex, transgender, asexuality, non-discrimination.[22] Perhaps all these entries are be an impetus for the discussion

[18] B. Malinowski, *Seks i represija u primitivnom društvu, Magija, nauka i religija i drugi spisi*, Belgrade, 1971, 60.

[19] Z. Golubović, *Porodica kao ljudska zajednica, Naprijed*, Zagreb, 1981, 66.

[20] *Ibidem*, 72.

[21] G. Radbruh, *Filozofija prava*, Beograd, 1980, 189.

[22] D. Jakovac-Lozić, *"Rod" protiv "spola" - polazište na putu razaranja braka i obitelji*, in

about returning rights to a natural, sustainable ecological basis. Today we need an ecological formation of law as a prerequisite for protecting the lives of future generations. For too long, law has served as an instrument of human domination over nature. The claim of ownership over nature is also transferred to humans, whose possession of rights, if not guided by reason and values, leads straight to self-destruction. It is sad that the right, and what is fatal for humans, the right to choose, is against values and human nature. An animal adapts to its environment, and if it cannot adapt, it ceases to exist as a biological species. Humans, on the other hand, adapt to the environment and to themselves as part of nature, to nature and to their needs.[23]

The only question is to what extent, because by destroying nature, man also destroys himself, unlike animal species, which, when they disappear, leave nature intact.

Existing legal systems based on prevailing individualism, enormous concentration of power and exclusivity threaten nature and wrongly structured societies. Under the guise of so-called human and personal rights, biological foundations of life such as gender, marriage and family are relativised.

As a true ecologist, Pope Benedict XVI appealed for reason to finally gain the upper hand over politics and law and for norms to be based on values if they are to be just. Law must not be a primitive instrument of political sovereignty. Just as the survival of the earth urgently requires the abolition of absolute property rights, restrictions on individual personal rights are also necessary, for example in connection with reproductive rights on the service market or in so-called gender reassignment.

The rule of law must be based on the organic condition of all living beings, including the weak human beings who are under the burden of freedom and the right to choose. The law that ignores the given is a key factor in the destruction of the common good and individual well-being. To protect life, law must ultimately start from the givenness and value of all the organic components that make up this one, our only, unique life on this earth. Law must not be separated from the organic conditioning of all living beings, in which we are immersed from birth without our will. Man, this rational being, has acquired the power to arbitrarily manipulate and do as he pleases with his own body.

Sex changes are a good example of the destruction of nature, behind which the right to self-destruction of biological conditions actually stands as a human

Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, 2017, 135-157. A. Agell, *The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation A Journey Without a Destination*, in *The American Journal of Comparative Law*, 29, 2, 81, 285 ss.

[23] J. Goričar, *Sociologija*, Belgrade, 1981, 19.

right. But the realisation of this right is also subject to the laws of the market, because there are only a few public social health systems in the world that cover the costs of these procedures. The right to free choice of gender or to total asexuality leads to absurdity and creates chaos in those areas of law, such as family or sport, which are based on the naturally given biological roles of women and men. The identity that a person declares is increasingly recognised as sufficient, so that the statement of living in a different gender (actually sexual) identity is sufficient for entry in the birth register.

Given the numerous legal models in which people can now exercise the right to a so-called family, which has nothing to do with the traditional family based on marriage between a woman and a man. Freedom of choice allows interventions in only part of the external sexual characteristics, hormones stimulate beard growth, and it is easy to remove breasts. This person can enter into a marriage on the basis of self-determination of gender identity and, if they so wish or if it happens by chance, become parents. The question is who, in some legal systems, can choose to be parent A or parent B in a gender-neutral way. That is why we urgently need the ecology of human rights, not only to protect nature as an ecosystem, but also to protect common sense. Finally, we need a green human rights policy.

The manifesto of the revolution of the ecology of law is thus: nature is the alpha and reason – common sense – is the omega of law.

Emotionally and psychologically unstable individuals who allow themselves to be guided by the free choice of values on the free market of hormones and plastic surgery deal directly and self-destructively with their biological sex as a natural given that primarily serves the reproduction of the species. Consequently, quasi-medical services are offered on the free market that indirectly circumvent natural reproduction and lead to offspring. The question is what values surround and guide the upbringing of these children. It seems as if the law is based on new, difficult to understand values that are emerging and depend on childhood illnesses and puberty crises, as if we were in search of lost identity values that once formed the basis of human rights. It is not surprising that the decision is difficult, so that more and more young people are publicly fighting for asexuality as a legally protected status and want to join the asexual movement.

The human body has become property that can be freely disposed of, so that pregnancy, for example, has become a service on the market for someone else. It is tragic that in this world of universal so-called human rights, there are people who do this in order to survive and feed their children. Humans are not the only ones who have decided on the timing of their lives. Life is inconceivable without the natural environment. This land, which is our first and only

common cradle, has its own rules. We have not inherited this land to waste and destroy it irrationally as reckless heirs, but to preserve it for those who are yet to come. This civilisation and its blessings, which we enjoy and which make life better today, are slowly accumulated deposits of experience, wisdom and knowledge.

The new status of people with disabilities is an interesting example of how human rights can move away from the experiential value of reason as the natural basis for prudent decisions by people that bind the whole community. Based on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, all people, without objective judgement of the actual state of their will and reason, are granted an unrestricted active and passive right to vote.[24]

The poor are necessarily closer to sustainable development, they value and protect the planet. The rich, literally in proportion to their wealth, consume resources, money and energy and pollute the planet much, much more. It is easy to calculate the pollution caused by the so-called carbon footprint of a yacht, which consumes huge amounts of fuel for ten hours of sailing, or a private jet for a single transatlantic flight.[25]

It is necessary to finally rethink the assumptions of the existing systems of property rights and human rights.[26] Man acts self-destructively, wrapped in the cellophane of human rights and freedoms that irrevocably destroy both the resources and the natural biological characteristics of man. The development of the natural sciences is nothing other than the discovery of the laws of nature. When a natural mechanism is discovered after great efforts and enormous investments, one is amazed that no one thought of it before. The development of the natural sciences has enabled the discovery of the laws of life, saved lives, prolonged human life and eliminated suffering.

Rheinstein and Glendon question whether marriage is only a model for the fulfilment of happiness and pleasure, or whether historically it has also fulfilled important social functions, such as providing a safe environment in which children were born and raised, and caring for the disabled, elderly and infirm. Property passed down from generation to generation through inheritance was the basis for the renewal of life in new generations.[27]

[24] The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, UN, 2006.

[25] What is your carbon footprint? - The Nature Conservancy A carbon footprint is the total amount of greenhouse gases (including carbon dioxide and methane) that are generated by our actions, https://www.nature.org › en-us › ca.

[26] F. Capra, U. Mattei, *The Ecology of Law*, cit., 176.

[27] M. Rheinstein, M.A. Glendon, *International Encyclopedia of Comaparative Law*, vol. IV Persons and Family, Tübingen and Alphen aan den Rijn, 1980.

By recognising the effects of extra-marital, same-sex and soon probably gender-neutral partnerships, positive law recognises the pluralism of legal institutions whose only values are their own notion of freedom and the right to experiment.

It is obvious that these tendencies are not in the spirit of the ecological law, since these people are self-destructively destroying their own biological sex on the service market, for example by changing their sex or paying large sums for offspring in a state where money is the only value. An absolutely free individual ceases to be a social being. This legal subject literally buys values in society, if the local legal system permits this. The economic independence of the free individual is ecologically disastrous and contributes directly to jeopardising the natural balance.

4. *Discussion and conclusion*

The exploitation of nature has led to the accumulation of property which, based on property as an absolute right, allows people to spend the resources thus acquired as they see fit. Data has been published showing that each individual household pollutes nature more and consumes more energy than people living in families. There are precise calculations on the carbon footprint of single households. The relativisation of the institution of marriage is a consequence of greater material independence. Every divorce, as harsh as it may sound, contributes to greater pollution of nature and higher energy consumption of natural resources.

The change was very slow at first, the new values came with economic development, the accumulation of capital that sought autonomy in the public, political and legal spheres and thus also in private life.[28] The new trends were slowest to catch on in the predominantly Catholic countries. The implementation of the new values was slow and was associated with unavoidable ideological conflicts.[29]

The changes in the structure and rights of family members also had an economic dimension. It is perhaps useful to reflect on the ecology of marriage. The economic independence of women led to a new (im)balance of power. It turned out that while these changes respected women's rights, they also had ecologically destructive consequences, as working women gave birth to fewer and fewer children and it was necessary to develop some forms of social

[28] *Ibidem*, 166.
[29] *Ibidem*, 167.

care for children and the disabled as traditional family functions slowly disappeared. Tensions and contradictions arose with regard to so-called progress, and new forms of family, social and economic coexistence had to be found. Natural resources were mercilessly and irrevocably destroyed, and ecological awareness was long contested as the opiate of the people that it once was. But when a man forgets, his planet does not forget.

The law must not only be just and based on values, it must also be certain in the sense that it moves away from possible relativisation, which sometimes turns into improvisation. The modern global and regional associations of sovereign states undermine the authority of national legal systems by modifying and relativising values. It cannot be expected that every innovation resulting from the Strasbourg judgement will trigger enthusiasm and immediate simultaneous application in legal practise in all member states, as it often causes confusion. Current trends, especially in the area of so-called human rights, are having a devastating effect on national legal systems, which depend on the judgements of „wise" men from afar who come from their temporary sinecures, which change almost daily and are driven by ad hoc values. Noble goals lose their meaning and purpose and impose themselves in the ideological outwitting of human rights, and they have an even harder time when the economic and political power of sovereign states is at stake. Both forms of law must be based on ecological realities.

This is just one contribution to the discussion on the ecology of the law of the global ecosystem, but also on the ecology of human rights to protect the life and health of the people who inhabit planet Earth. This is a green appeal for a green public policy and a green human rights policy. The basic principles of life and death on this planet are established for plants, animals and humans alike. The secret of life lies in reproduction. The ecology of law must raise awareness of the truth that all living things are based on the principle of natural sustainability and the preservation of life, not as a sample in a sealed test tube, but the lives of humans breathing air and drinking water freely as part of nature. Nature is the cradle of life on this planet. To destroy nature, and with it man as its most sensitive part, is to turn this planet of life into a tomb, a planet of the inanimate. Law is a powerful weapon to support and promote the science that preserves life, but for too long it has been a dangerous tool in the hands of those who have used property to destroy all living things. Without considering the need for an ecology of law, this civilisation is at risk, but so are the people whose freedom to exercise human rights endangers their lives and health. The right to freedom of choice without value is not just and jeopardises human lives. Perhaps sensible people have realised that there are countless dead planets in the universe, shining in the darkness of summer

nights in the sky, but that this one, ours, still shines in the darkness and with the light of life in our eyes.

IL DIRITTO DELL'ALTRO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Antonio Lazari

SOMMARIO: 1. Prodromi: linee d'esclusione e linee d'inclusione. – 2. I meccanismi e la genealogia dell'esclusione dell'Altro. – 2.1. I meccanismi di esclusione: classificare, separare, escludere. – 2.2. La genealogia de(ll'esclusione ne)gli Incontri con l'Altro. – 3. I meccanismi d'inclusione del Diritto dell'Altro. – 4. La genealogia de(ll'inclusione de)gli Incontri con l'Altro. – 4.1. I principi generali e le tradizioni comuni del diritto dell'UE. – 5. Per un nuovo Diritto dell'Altro. – 5.1. Per un nuovo diritto comparato. – 5.2. Per un nuovo diritto internazionale. – 5.3. La *communitas* e il Diritto dell'Altro.

1. *Prodromi: linee d'esclusione e linee d'inclusione*

Questo lavoro si ispira all'immagine di mitezza del prof. Benacchio, alla sua straordinaria capacità di includere sempre l'Altro. Tale operazione non è certamente facile, e se attracchiamo nel porto del Diritto, lo è ancor meno.

Il Diritto è un modo di immaginare il soggetto ed il suo rapporto con il mondo[1]: l'universo giuridico moderno è composto da tessuti concettuali complessi e interrelati[2]. "*Identities are complex, and complexity is the hallmark of 21st century law*"[3]. Tuttavia, la soggettività è stata sempre intesa in opposizione all'Altro, come d'altronde anche il suo Diritto. I meccanismi di esclusione dell'Altro scorrono lungo la linea abissale tracciata nei diversi Incontri[4], a detta di Sousa Santos[5]. "Uno degli argomenti più affascinanti su cui può vertere l'in-

[1] Si veda D. Bonilla Maldonado, *Los bárbaros jurídicos: Identidad, derecho comparado moderno y el Sur global*, Bogotá, 2020.

[2] Si veda M. Koskenniemi, *Storie del diritto internazionale: affrontare l'eurocentrismo*, in *Rechtsgeschichte - Legal History*, 2011, 152-176.

[3] Si veda M. Graziadei, *Obviously European?*, in *Persona e Mercato*, 2021, 2, 243; Idem, *L'uguaglianza, la diversità e il diritto: vive la différence*, in *Questione Giustizia*, 2016, 4, 1.

[4] Sugli Incontri con l'Altro, essenziale è l'apporto di E. Levinas, *De l'unicité*, Paris, 2018.

[5] Analizza le *líneas abismales* tra Noi e gli Altri, B. de Sousa Santos, *Poscolonialismo, Descolonialidad y Epistemologías del Sur*, Coimbra, 2022.

dagine comparativa è certamente legata ai seguenti interrogativi: come è stata tracciata questa linea, come è stata costruita"[6].

2. *I meccanismi e la genealogia dell'esclusione dell'Altro*

In primo luogo, la teoria delle tracce e della *diffárance* di Derrida contribuisce alla comprensione di questo meccanismo fondante della violenza[7]. Seguendo le nuove teorie decolonizzanti del diritto internazionale ed in linea con il segmento dottrinale più critico del diritto comparato, è necessario analizzare i momenti più rilevanti della convergenza escludente tra le due discipline che si sono occupate del rapporto con l'Altro in ambito giuridico: il diritto comparato ed il diritto internazionale.

2.1. *I meccanismi di esclusione: classificare, separare, escludere*

Attraverso gli Incontri con l'Altro emergono *epistemés* foucaultiane che accomunano le due discipline nel proposito – neanche così nascosto – di promettere l'inclusione dell'Altro secondo parametri universalistici per poi escluderlo dalla normazione[8]. Né le due scienze, il diritto comparato e il diritto internazionale, sono così distanti come compartimenti stagni (come è sempre stato sostenuto negli studi tradizionali). Né tanto meno sono neutrali: hanno portato avanti un discorso epistemico[9] che ha contribuito all'ascesa delle forze statali nazionali egemoniche.

Questo meccanismo può essere riassunto nella triplice operazione: classificare (attraverso le tassonomie del diritto comparato, in base alla missione civilizzatrice sull'Altro), separare (mediante la strutturazione normativa del diritto internazionale interstatale, che, sulla base del principio dell'autonomia della sovranità, cristallizza questo divario di divisione in norme), escludere (dalla creazione e dall'idea stessa di Diritto, rispettivamente)[10]. Con diverse modalità storiche, esse hanno favorito la creazione di una linea abissale, di un *gap* inteso

[6] Si veda M. Graziadei, *Un compasso allargato. La comparazione giuridica nel mondo attuale e le questioni di metodo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2024, Num. speciale per i venticinque anni, 34.

[7] Tra i tanti scritti J. Derrida, *L'écriture et la différence,* Paris, 1967; ma soprattutto Idem, *Force of Law: The Mystic Foundation of Authority*, in *Cardozo Law Review*, 1990, spec. 921.

[8] Questa continuità concettuale è sottolineata in *Introducción* a *Imperialismo y Derecho Internacional*, a cura di A. Anghie, M. Koskenniemi, A. Orford, Bogotà, 2016, 7.

[9] Si veda M. Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, 1966.

[10] Parafrasando il brillante libro dell'antropologo M. Aime, *Classificare, separare, escludere.*

come breccia insormontabile[11]. È l'idea del Diritto (internazionale e comparato) di separazione, non molto distante dagli studi di Glenn sulla *Closure*[12].

Tuttavia, all'interno dell'*epistemé* escludente di qualsiasi periodo si tracciano delle sfumature, che emergono attraverso gli *écarts* comparativi. L'obiezione più profonda rivolta alle affascinanti teorie decostruttiviste consiste nel criticare l'idea stessa di identità occidentale, finendo per riprodurla e considerando il pensiero dottrinale emerso nei periodi di De Vitoria, Grozio o Vettel come un blocco monolitico. Anche se ci riferiremo all'idea di *epistemé* di Foucault o al "fondo comune" di Jullien, lo scarto rispetto ai pensatori degli studi critici risiede anche nel rapporto che unisce le due discipline del diritto internazionalista e del diritto comparato, che continua a considerarsi basato sul nesso particolare/universale. In entrambe le discipline i motivi sostanziali vanno provincializzati: non sono né universali (nell'ipotesi iusinternazionalista l'universalizzazione di interessi ben concreti e localizzati[13]) né neutri (nel caso del diritto comparato la riduzione del diritto solo alla famiglia giuridica occidentale[14]).

2.2. *La genealogia de(ll'esclusione ne)gli Incontri con l'Altro*

Possiamo, allora, concepire l'identità in termini relazionali e non contrastivi? La prima operazione di comparazione relazionale rimonta alla stessa idea sociale di *nomos* ellenico[15]. Il sistema di ordinamento identitario classificatorio emerge già in Platone, che se ne disquisisce in uno dei suoi ultimi scritti, "Le

Razzismi e identità, Torino, 2020. Si veda anche T. Todorov, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, trad. it., Torino, 1991.

[11] Per questo motivo F. Jullien distingue fra *ecárt* intesa in termini di tensione fra identità, e *gap* come momento identificativo escludente, criticando da questa prospettiva il diritto comparato classico. F. Jullien, *Contro la comparazione. Lo 'scarto' e il 'tra'. Un altro accesso all'alterità*, Milano, 2014.

[12] Si veda H.P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013, 239. In un altro scritto Glenn parla di logica della separazione. Si veda H.P. Glenn, *Com-paring*, in *Comparative Law. A Handbook*, editado por E. Örücü, D. Nelken, New York, 2010, 93.

[13] Si veda M. Koskenniemi, *Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism*, *Rechtsgeschichte - Legal History*, 2011, 171: "*Yet another* [..] *technique is to exoticize (provincialize) Europe and European laws*".

[14] Su veda G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, London, 2016, 231: "*From there it is only necessary to take a small step to recognize that comparison is not (only) a technical operation, but a performative act with ethical and political implications, due to the coexistence with the foreign in the comparative space*".

[15] Si veda M. Vogliotti, *La fine del "grande stile" e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in V. Barsotti (a cura di), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

leggi", in greco antico *Nomoi*[16]. Per il filosofo ateniese, l'unità del diritto passa attraverso il rafforzamento della Polis, in un *modus comparandi* per opposizione non molto diverso da quello che si è consolidato nella moderna società occidentale con l'idea di Stato[17].

Si tratta di una visione molto diversa da quella elaborata da Erodoto nella sua proposta di una metodologia storica, che va ben oltre i propri costumi, esplorando continui confronti e differenze rispetto ad altri luoghi e ad altre società[18]. Emerge un primo *écart* che si riferisce all'apertura di Platone verso gli Altri. Tale operazione comparativa, pur tuttavia, svela una visione etnocentrica, che non si ripropone nelle "Storie" di Erodoto, laddove, al contrario, spesse volte i costumi ellenici si intrecciano con il diritto dell'Altro. Le universalizzazioni, le concettualizzazioni platoniche ed aristoteliche, possono finire per annientare le differenze a favore della ricerca di un'Idea astratta, di principi generali costruiti attorno alle proiezioni *sub specie aeternitatis* dei *nomoi*. In definitiva, il *nomos basileus* di Erodoto è frutto di profonde trame per cui l'identità greca affonda anche le proprie radici nell'Altro; mentre il *nomos* di Platone implica una complessa riduzione delle diversità verso principi comuni ateniesi.

Mediante il *file rouge* della razionalità tomistica approdiamo al periodo dei grandi pensatori della seconda Scolastica spagnola, che pur offrendo una idea complessa dell'allora comunità internazionale esclusivamente di matrice cattolica europea, evidenziano una *epistemé* evangelizzatrice e separatrice. Nella filosofia di De Vitoria le comunità indigene pur essendo da cancellare *Imago dei*[19] sono, comunque, considerate incomplete rispetto al *prius*, rappresentato dall'organizzazione e dalle leggi spagnole. Pur con la strenua opposizione di De las Casas, che stabilisce relazioni di somiglianza e tolleranza rispetto ai *nomoi* delle popolazioni indigene[20], l'Impero spagnolo imporrà una visione occidentale della proprietà privata, ancor prima dell'avvento della concettualizzazione dell'idea di sovranità occidentale. L'appropriazione delle terre indigene avviene nell'*écart* di una promessa di uguaglianza ecumenica universale,

[16] Si veda Platone, *Le leggi*, Milano, 2005.

[17] Si veda Platone, *Le leggi*, cit., p. 358.

[18] Si veda Erodoto, *Storie*, Milano, 1984. Sulla novità identitaria introdotta da Erodoto Si veda F. Hartog, *Lo specchio di Erodoto*, Milano, 1982.

[19] Si veda F. De Vitoria, *Relectio de indis o libertad de los indios*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967, 78.

[20] B. de Las Casas, *Obras completas*, Fundación "Instituto Bartolomé de Las Casas" de los Dominicos de Andalucía, Madrid, 1989-1999. Si veda L. Baccelli, *Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento*, Milano, 2016.

mentre l'esclusione dell'Altro si consuma per incompletezza rispetto della ben più organizzata società spagnola[21].

La conseguenza storica più violenta è l'esclusione dell'Altro all'interno del territorio del Regno di Spagna con la *Reconquista* e l'espulsione di massa degli ebrei; e nelle Americhe con la brutale appropriazione delle terre dell'Altro[22], spogliandolo, altresì, dei beni identitari considerati come *ius praedae*[23]. Lo *ius gentium* di matrice cattolica, pur manifestandosi in vari autori anche come diritto di comprensione dell'Altro, finisce per annichilire l'dea di un *nomos* consuetudinario indigeno in armonia con la *Pachamama* sull'altare della proprietà privata occidentale. Tuttavia, nelle primordiali riflessioni dei pensatori giusnaturalisti e razionalisti il Diritto dell'Occidente[24] era universale, ma non unico. In effetti, nei successivi incontri con le altre civiltà giuridiche, soprattutto asiatiche, non si imponeva solo il Diritto occidentale[25]. Quando gli europei si recavano nei centri di dominio, come le corti dei Moghul, dei Ming e dei Qing (Cina) o dei Tokugawa in Giappone, l'Incontro avveniva in termini asiatici e si osservavano le norme della diplomazia e dell'Incontro che operavano in quei territori.

All'interno dell'allora Diritto dell'Occidente, il momento fondante e mitico non si consuma solo come l'appropriazione territoriale, il *Landnahme* schmittiano[26], bensì in chiave filosofica come radicale separazione conoscitiva

[21] Da distinte angolazioni scientifiche, si vedano M. Koskenniemi, *International Law as Political Theology: How to Read the Nomos der Erde*, en *Constellations*, 2004, 492-498; A. Anghie, *On Critique and the Other*, in A. Orford (ed.), *International Law and its Others*, Cambridge, 2008, 394; M. Graziadei, *El trasplante de normas jurídicas: una perspectiva crítica*, in J. Cañabate Perez, M. Hernandez Valles (eds.), *Derecho no oficial: experiencias jurídicas más allá del Imperio de la Ley del Estado*, Madrid, 2025, 127.

[22] Si veda recentemente E. Manzano Moreno, *España diversa. Claves de una historia plural*, Madrid, 2024, spec. 128-147.

[23] Era un pratica riconosciuta e cristallizata poi da Hugonis Grotii, *De jure praedae commentarius, Ex Auctoris Codice descripsit et vulgavit*, in H.G. Hamaker Litt. Dr., *Hagae Comitum*, Apud Martinum Nijhoff, 1868. Si veda I. Pizza, *Antropologia e fondazione dello Stato nel De Jure praedae di Ugo Grozio*, in *Storia del pensiero politico. Rivista quadrimestrale*, 2020, 3, 447-465.

[24] Illuminanti sono le riflessioni critiche esposte da M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.

[25] Si veda S. Pahuja, *Laws of Encounter: a Jurisdiction Account of International law*, in *London Review of International Law*, 2013, 1, 74.

[26] Si veda C. Schmitt, *The Nomos of the Earth*, 1950, Parte 2: "*The Jus Publicum Europaeum*", p. 89: "*The discovery of the New World marked a new spatial order, where European states assumed the right to define ownership and sovereignty over territories inhabited by non-European peoples*". Si veda altresì R. Nichols, *Theft Is Property! Dispossession and Critical Theory*, Durham, 2020.

del soggetto pensante dalla *res extensa*, maturata tra il XVII e l'Ottocento. Su questa linea abissale si costruisce anche il Diritto Occidentale del tempo, ed in particolare le prodromiche manifestazioni delle scienze del diritto internazionale e del diritto comparato: è il Diritto di Classificazione, Separazione ed Esclusione[27].

Con De Vattel l'idea egemonica di dominio dominicale va lentamente scivolando verso una concezione di una società occidentale costruita attorno agli Stati indipendenti[28]. Seppur con varie sfumature offerte dalle teorie di Pufendorf[29], Rousseau[30] e dello stesso Kant[31], l'idea di un *dominium* articolato intorno alla sovranità statale si sovrappone alla protezione della proprietà dominicale precedente. In quest'ottica si cristallizzano in questo periodo i principi fondanti del diritto internazionale classico, ancor nell'attualità, di riconoscimento e di immunità statale[32]. Ancora una volta, siamo dinanzi all'imposizione egemonica mediante un diritto internazionale che con le fattezze dell'universalismo ecumenico o razionalista annichila (il diritto del)l'Altro[33]. Anche se l'uguaglianza è

[27] Sulla strutturazione del diritto internazionale in questi termini escludenti, mi rimetto *ex multis* alle opere di E. Jouannet, *Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?*, in *The European Journal of International Law*, 394; e J. Desautels-Stein, *The Right to Exclude: A Critical Race Approach to Sovereignty, Borders, and International Law*, Oxford, 2023. Sul versante comparatista, non si può non citare l'imprescindibile studio di H.P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013, p. 63 : "*The elements of closure that were ratched up in importance in Europe are the medieval one of wrinting, hierarchy, and boundaries, each inextricably linked to the others*".

[28] Si veda E. de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, Washington, vol. 1, 1916; orig. pub. 1758, *Préface*, p. XXIII.

[29] Si veda S. Pufendorf, *Of the Law of Nature and Nations: Eight Books*, trans. Basil Kennett, 4th ed., printed for J. Walthoe, R. Wilkin, J. and J. Bonwicke, S. Birt, T. Ward, T. Osborne, London 1729, lib. III, cap. III, § 9, p. 247.

[30] Si veda J.J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes*, in *Collection complète des oeuvres*, Genève, 1780-1789.

[31] Si veda I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in Wilhelm Weischedel (ed.), *Werke Suhrkamp*, Frankfurt am Main, 1993; orig. pub. 1797, vol. VIII, p. 350.

[32] Si veda J. Desautels-Stein, *The Right to Exclude: A Critical Race Approach to Sovereignty, Borders, and International Law*, Oxford, 2023, 45: "*In other words, the sovereign's right to exclude is more capacious than the private owner's right of the same name. For both individual owners and sovereigns, the territorial dimension of the right to exclude connects mastery over things with the production of the state's legal personality. It is only for sovereigns, however, that the generative dimension gives a right to set the rules for the international system, and vitally, creating that system through the delimitation of its borders*".

[33] Si veda S. Santiago, *The Space In-Between: Essays on Latin American Culture*, Durham e London, 2001, 13.

declamata nei circoli religiosi cattolici o laici (la "Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo", per esempio), "*la exclusión es tan abismal como inexistente, en la medida en que la posibilidad de su inclusión resulta inimaginable*"[34]. I corollari di questa esclusione sono evidenti: non ci può essere comunicazione tra identità. I segni identitari dell'Altro possono essere saccheggiati sia in termini materiali di spoliazione dei beni culturali, sia in chiave epistemologica con l'annientamento del Diritto dell'Altro.

In un'altra visione del mondo successiva, lo stesso Napoleone, il cui glorioso Codice Civile aveva inserito i principi sottesi alla Dichiarazione dei Diritti Umani nel suo Primo Libro, una volta arrivato in Egitto nel 1798, spiega la sua missione civilizzatrice in questo modo: "Popolo d'Egitto: i nostri nemici vi diranno che sono venuto a distruggere la vostra religione. Non credetegli. Dite loro che sono venuto per restaurare i vostri diritti, punire i vostri usurpatori ed elevare il vero culto di Maometto"[35]. Sempre in epoca napoleonica l'esistenza stessa dei musei palesa questa linea abissale tra civilizzati e incivili per giustificare il saccheggio del patrimonio culturale dei popoli arretrati[36]. La pratica dello *ius praedae* dei beni culturali dell'Altro continua imperterrita, stavolta rivestita di un pericoloso manto razionalista.

Soprattutto dalla fine dell'Ottocento, in coincidenza con il Congresso di Berlino, si propone un altro Incontro con l'Altro. La scienza comparata con i suoi sforzi tassonomici tende ad ordinare la realtà giuridica secondo lenti occidentali[37], direttamente o subliminalmente, annullando il Diritto dell'Altro. Nello stesso periodo, il nascente diritto internazionale, con la sua fiammante nuova comunità epistemica in prima linea[38], cristallizza questo rapporto di forza esclusiva con il suo apparato giuridico di separazione e di allontanamento dei soggetti giuridici, che potevano disporre della sovranità, rispetto alle popolazioni che ne erano sprovviste. I lavori decostruttivi di

[34] Si veda B. de Sousa Santos, *Poscolonialismo, Descolonialidad y Epistemologías del Sur*, cit..

[35] Napoleon's Proclamation to the Egyptians, 2 July 1798', citato da J.C. Hurewitz (ed.), *The Middle East and North Africa in World Politics*, New Haven and London, 1975, 116.

[36] Mi si consenta il riferimento a A. Lazari, *La normativa penal internacional contra el expolio en tiempos de paz: desde los tótems iusinternacionalistas al movimiento Black Lives Matter*, in *El expolio de bienes culturales*, Huelva, 2022, 115-166.

[37] Essenziale in questo ambito è il contributo in questo senso di L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations,* Blackwell, 1974, § 129, 50.

[38] Si veda A. Bianchi, '*Epistemic Communities*', in J. d'Aspremont, S. Singh (eds.), *Concepts for International Law Contributions to Disciplinary Thought*, London, 2019, spec. 251.

Anghie[39] e Koskenniemi[40], sul versante giusinternazionalista, e di Legrand[41] e Frankenberg[42], dal lato iuscomparativo, evidenziano quest'ulteriore convergenza nella frattura epistemologica del mondo giuridico occidentale rispetto al Diritto dell'Altro.

Qui l'operazione di separazione, fino allora latentemente espressa da pensatori religiosi e poi da filosofi razionalisti, assume una dimensione parossistica nelle nuove scienze giuridiche del diritto comparato e del diritto internazionale, provocando una netta esclusione del Diritto dell'Altro da entrambe le discipline.

Non si tratta solo di una polverosa indagine storica, poiché "*the past remains the present, albeit in a different form, and the historical relationship with the Empire continues to inform the way in which relations of subordination and domination, inclusion and exclusion, play out in the contemporary period*"[43]. Il nucleo strutturale del diritto internazionale rimane oggi giorno in gran parte un'architettura giuridica di separazione, proprio come le teorie prevalenti del diritto comparato continuano a proporre (a dire la verità sempre meno) tassonomie divisive[44]. Tanto è che alcuni, accorti internazionalisti si chiedono se il paradosso del diritto internazionale, che tende a ragionare in termini universalistici ed a agire in chiave egemonica, assuma una dimensione identitaria della disciplina stessa[45].

Si possono ravvisare due banchi di prova di queste identità escludenti degli Stati ottocenteschi fabbricate scientificamente dall'annichilamento del Diritto dell'Altro: "i principi generali comuni alle nazioni civili", di cui all'art. 38 dello Statuto della Corte Permanente di Giustizia Internazionale e poi della

[39] Si veda A. Anghie, en *Imperialism, Sovereignty and the Making of International La*w, Cambridge, 2005.

[40] Si veda M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge, 2009.

[41] Si veda P. Legrand, *Jameses at Play: A Traction on the Comparison of Laws*, in *Am. J. Comp. L. (Special Issue)*, 2017, spec. 19.

[42] Si veda G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, London, 2016,

[43] Si veda R. Kapur, *Erotic Justice: Law and the New Politics of Postcolonialism*, Nairobi, 2005, 20.

[44] Si veda P. Legrand, *The impossibility of 'Legal Transplants*, cit., p. 123: "*Defining a culture or legal tradition implies for the comparatist 'to find that which is significant in its difference from others'. Comparison should not have a unifying effect but a multiplying one: it should aim to organize the diversity of discourses around different cultural forms and to fight against the tendency of the mind towards uniformity*". Si veda P.G. Monateri, "*Everybody's Talking": The Future of Comparative Law*", in *Hastings Intl & Comp. L Rev*., 1998, 825-827.

[45] Si veda E. Jouannet, *Universalismo e imperialismo: il paradosso vero-falso del diritto internazionale?*, in *The European Journal of International Law*, 379.

Corte Internazionale di Giustizia, e la proibizione dello *ius praedae* di cui alle Convezioni dell'Aia del 1899 e 1902, in ossequio alla tesi della *république des arts et des sciences* di Quatremère de Quincy[46]. Ambedue le normative costituiscono il punto d'intersezione delle nascenti comunità epistemiche iusinternazionalista[47] e iuscomparativa[48]. Nella prima fattispecie la possibilità di creare norme di diritto internazionale si rimetteva alla tassonomia escludente del diritto comparato del tempo. Nel secondo caso il divieto di spoliazione dei beni dell'Altro si applicava solo nella pratica alle nazioni civili[49], lasciando inalterati l'epistemicidio[50] e la sistematica depredazione dei beni culturali dell'Altro. Il periodo a cavallo tra il XIX ed il secolo segna l'apice dell'affermazione del Diritto dell'Occidente rispetto al Diritto dell'Altro, anche grazie all'apporto significativo delle sciente giuridiche comparativa ed internazionalista.

Recentemente, pur tuttavia, nelle ultime sentenze della Corte Interamericana dei diritti dell'Uomo i due momenti si capovolgono[51]. I fenomeni di ibridazione nel campo della restituzioni dei beni culturali sottendono un ben più profondo meccanismo di *cross-fertilization* epistemologico[52], che indica un *quid pluris* concettuale tanto rispetto al meccanismo, spesso egemonico, di trapianto giuridico[53], come anche alla trasferenza o circolazione di modelli, perché implica una visione relazionale dell'Altro, imperniata sulla necessaria esistenza del Diritto dell'Altro[54].

[46] Si veda T. Scovazzi, *Diviser c'est détruire: ethical principles and legal rules in the field of return of cultural properties*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2011, p. 346.

[47] Si veda A. Rivier, *Principes du Droit des Gens*, Cambridge, 1896; J.G. Bluntschli, *Le droit international codifié*, Paris, 1868.

[48] Fra i tanti si veda J. Hornung, *Civilisés et barbares*, in XVII *Revue de droit international et de législation comparée*, 1904, 552 ; J. Lorimer, *The Institutes of Law of Nations*,188, pp. 101-103.

[49] Si veda la sentenza The Marquis de Somerueles, Vice-Admiralty Court of Halifax, Nova Scotia Stewart's, Vice-Admiralty Reports 482 (1813), Second Case, upon the Petition of Mr. Black5, in *Int'l J. Cultural Prop*. 319, 1996, con un commento di J.H. Merryman.

[50] Si veda B. de Sousa Santos, *Conoscere per liberare*, Roma, 2021; Idem, *Poscolonialismo, Descolonialidad y Epistemologías del Sur*, Coimbra, 2022.

[51] Si veda *Moiwana Village v. Suriname*, Judgment of June 15, 2005, Inter-Am Ct. H.R., (Ser. C) No. 145 (2005); *YakeAxa v. Paraguay*, 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Anche J.M. Pasqualucci, *The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System*, in *Human Rights Law Review*, 2006, 281 ss.

[52] Sul tema della *cross-fertilisation* di recente si veda M. Lupoi, M. Graziadei, *The Historical Context of Saunders v Vautier*, in *Edinburgh Law Review*, 29, 2025, 1.

[53] Si veda M. Graziadei, *El trasplante de normas jurídicas: una perspectiva crítica*, in J. Cañabate Perez y M. Hernandez Valles (eds.), *Derecho no oficial: experiencias jurídicas más allá del Imperio de la Ley del Estado*, Madrid, 2025, 121.

[54] Sull'argomento, si veda H. Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws: An Ontology*

3. *I meccanismi d'inclusione del Diritto dell'Altro*[55]

I cimenti della nuova identità epistemologica si possono estrarre proprio dalle epistemologie indigene: la teoria dell'interalterità di Muir[56] è, nelle parole di Philippe Descola, una forma di "alterità costitutiva"[57].

Al contrario del principio di riconoscimento escludente, in questo nuovo paradigma della relazionalità l'autorità non è stabilita né da un sistema che accetta o si sottomette a un altro, né da ciascun sistema che rivendica l'autorità per sé stesso. Non è né dualista né monista. Invece, esso implica che tutti i sistemi normativi devono disporre di un meccanismo costitutivo, non gerarchico, basato su una forma di riconoscimento reciproco minimo: una "regola terziaria di riconoscimento" (Ralf Michaels)[58]; una tecnologia di risoluzione dei conflitti strettamente eterarchica (la "metanorma dogmatica" di Günther Teubner)[59]. Ambedue i giuristi, insieme ad altri ancora[60], individuano le tracce di un nuovo modello di identità relazionale con l'Altro nel recinto politico, istituzionale e politico dell'Unione Europea. Il processo d'integrazione, mosso da un momento politico di creazione di una *communitas*, scompiglia gradualmente i canoni del diritto internazionale di separazione: dal citato principio di riconoscimento, alle teorie dualiste e moniste, alla soggettività giuridica dei cittadini, etc. Non si intendono tessere le lodi di tale organizzazione internazionale e dello spazio giuridico europeo comune, in senso più ampio. Al contrario, si dovrebbe compiere sempre un *écart* fra (vale a dire:

of the In-Between, in *Rabels Zeitschrift für Auslandisches und Internationales Privatrecht*, 2023, 7-8; A. Bianchi, *Le teorie del diritto internazionale. Uno studio sui diversi modi di pensare*, cit., 232.

[55] Il chiaro riferimento è agli scritti di J. Habermas, *L'inclusione dell'Altro*, Milano, 2013.

[56] Illuminante è il contributo di H. Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws: An Ontology of the In-Between*, in *Rabels Zeitschrift fur Auslandisches und Internationales Privatrecht*, 2023, 7-8.

[57] Si veda P. Descola, *Par-delà nature et culture*, Paris, 2005, 438.

[58] Si veda R. Michaels, *Law and Recognition*: *Towards a Relational Concept of Law*, in N. Roughan, A. Halpin (ed. by), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, 2017, Cambridge, 107.

[59] Si veda G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, 2012, 152.

[60] Si veda H. P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, cit., p. 289. U. Beck, *Lo sguardo cosmopolita*, Roma, 2005; G. Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The Frustrating Knot of Europe*, London, 2023, II ed.; M. Poiares Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's constitutional pluralism in action*, in N. Walker (ed.), *Sovereignty in transition*, Oxford, 2003, spec. 524; A. von Bogdandy, *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law*, in *Int'l J. Const. L.*, 2008, 408.

mettere in tensione) il nuovo paradigma identitario relazionale con il ricorso agli *arcani imperii* di cui si disquisisce nelle pagine precedenti[61].

4. *La genealogia de(ll'inclusione de)gli Incontri con l'Altro*

Come ripetono a giusta ragione la Corte di giustizia dell'Unione, come la stessa Corte costituzionale italiana[62], il primo momento di questo nuovo paradigma è politico e concerne la decisione di far parte di una *communitas*[63]. L'idea stessa di una apertura verso l'Altro soggiace con varie sfumature intellettuali sia nelle intenzioni del Manifesto di Ventotene e della Dichiarazione Schuman, come, per altro verso, nelle clausole costituzionali di adesione all'Unione. Al fine di evitare rigurgiti nazionalisti, alla progressiva affermazione del processo d'integrazione si accompagna l'idea elsteriana[64] di limite come affermazione del Diritto[65], in netta opposizione alla concezione del limite in termini di esclusione dell'Altro. Le corde di contenimento, sottile dell'internazionalismo e grossa del costituzionalismo nazionale, in un primo momento non si intrecciano nella giurisprudenza della Corte di giustizia[66].

La stessa sentenza *Costa c. Enel*[67] definisce i confini del nuovo sistema giuridico delle Comunità Europee mediante una circoscrizione *actio finium regundorum*, ma non favorisce certamente l'interazione intersistemica. I due lacci, i limiti dello Stato-Ulisse, precedentemente intesi in chiave assolutista, si iniziano ad intrecciare allorquando, pur ribadendo la primazia del diritto comunitario, vanno a rafforzare il momento della comparazione relazionale. Il principio di primazia è dichiarato principio generale comune del diritto della *communitas*. La realtà stessa del diritto dell'Unione non può essere compresa

[61] Magistrale è la disamina di L. Niglia, *The New Transformation of Europe: Arcana Imperii*, in *Intern. Jour. Comparat. Law*, 2020, 151-185.

[62] Assai illustrativa è l'ordinanza *Taricco II* della Corte costituzionale, del 23 novembre 2016 (ECLI:IT:COST:2017:24).

[63] Si veda la sentenza della Corte di giustizia UE, del 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*, pt. 34.

[64] Si veda J. Elster, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge, 2000.

[65] Si veda M. Cappelletti, J. Weiler, M. Soccombe, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction*, Berlin, 1986.

[66] Si veda G. Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, 2011; L. Burgorgue-Larsen, *Sobre un acercamiento dialógico al Derecho Constitucional Europeo*, in *ReDCE*, 2016, 25.

[67] Si veda la sentenza della Corte di giustizia UE, 15 luglio 1964, C 6/64, *Costa c. ENEL*.

senza il contributo del diritto comparato[68]: la sua modalità di trasmissione è interfacciale[69]. "[T]*he in-between can be seen as a mode of existence that weaves through different life-worlds and cultural forms, crossing borders, changing shape, creating hybridity.* [..] *It has been argued that such complex interweaving (cum plessis) constitutes an ontology of the frontier itself*"[70].

Si tratta, in definitiva, di passare dalle lenti epistemologiche dei "principi generali comuni alle nazioni civili" della disposizione dell'art. 38 lett.c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, ai valori comuni ed ai principi generali comuni del diritto dell'Unione, di cui agli articoli 2 e 6.3 TUE[71].

4.1. *I principi generali e le tradizioni comuni del diritto dell'UE*

L'identità dell'Unione, i suoi valori fondanti di cui all'art. 2 TUE, le tradizioni costituzionali comuni sgorgano da un meccanismo grammaticale di desinenza e coniugazione incessante, valido altresì per le direttive, il procedimento legislativo comune, i principi di sussidiarietà e proporzionalità, ecc. Dagli ordinamenti nazionali si distillano mediante un processo comparativo critico alcuni paradigmi comuni, per esempio la responsabilità dello Stato, la cui coniugazione nelle desinenze nazionali genera ibridi giuridici.

L'organo creatore dei principi generali del Diritto, intesi como paradigmi grammaticali, è la Corte giustizia, che trasmette l'*imput* ai suoi interlocutori privilegiati delle corti nazionali, incaricate dell'operazione di coniugazione nelle desinenze nazionali. Si generano, così, ibridi giuridici[72]. Tuttavia, in questo meccanismo di inclusione del diritto dell'Altro si possono invertire i poli della circolazione.

[68] Si veda M. Graziadei, *The European Court of Justice at Work: Comparative Law on Stage and Behind the Scenes*, in *J. Civ. L. Stud.*, 2020, 2-32.

[69] Preso in prestito dalla critica letteraria, il termine *in-between* come categoria concettuale significativa è ora emerso in molteplici campi della conoscenza diversi come la linguistica, la teoria politica, la storia, l'antropologia, la sociologia, la psicologia, l'arte, gli studi di genere e la filosofia. Ad esempio, serve a sottolineare che le forme attraverso le quali comprendiamo il mondo empirico e gli conferiamo significato non sono necessariamente lineari, stabili e unidimensionali, ma sono sfaccettate, mobili ed effimere.

[70] Si veda H. Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws: An Ontology of the In-Between,* in *Rabels Zeitschrift fur Auslandisches und Internationales Privatrecht*, 2023, 7-8.

[71] *Ex multis* J. Ziller, *Comparison within Multi-Level Polities and Governance Regimes*, en *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* (P. Cane, H. C. H. Hofmann, E. C. Ip y P.L. Lindseth eds.), Oxford, 2018, part. 4-10.

[72] Mi sia permesso il riferimento a A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005. Sull'incessante movimento circolatorio dall'ambito nazionale con i denomi-

Nel caso, ad esempio, della coniugazione dell'identità costituzionale, essa potrà essere rivendicata dalle corti costituzionali degli Stati membri ed inclusa nelle tradizionali costituzionali comuni[73] di cui all'art. 6.3 TUE[74], ovvero rispettata in virtù della *Grundnorm* identitaria dell'Unione del rispetto della diversità ex art. 4.2 TUE, sempre che sia compatibile con il quadro identitario dell'art. 2 TUE. La chiave di volta del sistema relazionale risiede nel meccanismo Solange, che la Corte di giustizia riceve attraverso la giurisprudenza sui controlimiti[75] e ripropone, a sua volta, in ambito internazionale con la sentenza Kadi[76]. Il Diritto dell'Unione non è concepibile senza la continua linfa giuridica ed assiologica del patrimonio giuridico nazionale. Ed è conveniente, altresì, sapere che i valori ed il diritto costituzionale nazionale possono sopravvivere solo mediante il deposito identitario dell'Unione.

In questo senso, il contributo metodologico dell'*écart* di Jullien è esistenziale: una decisione della Corte di Lussemburgo non può essere compresa pienamente senza metterla in tensione con le sentenze delle corti costituzionali nazionali. Le prime decisioni sui principi generali relazionali della Corte di Lussemburgo nascono con il proposito di stabilire un intimo rapporto fra il patrimonio costituzionale nazionale ed i principi generali del diritto comunitario. Potenziano il principio di *primauté* della decisione Costa attraverso il ricorso alle tradizioni costituzionali comuni[77]. In questo modo, la robustezza dell'intreccio rafforza la

nati "controlimiti" alla sede comunitaria, si veda A. Ruggeri, '*Tradizioni costituzionali comuni e "controlimiti", tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, 102-132.

[73] Sul tema si vedano M. Graziadei, R. Decaria, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" in the Case-law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, 949-971, A. Somma, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2003, 8, 317 ss.; S. Cassese, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" of the European Union*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 939-962; O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovverosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in A. Ruggeri, (ed.), *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015; F. Nicola, *National Legal Traditions at Work in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union*, in *American Journal of Comparative Law*, 2016, 865-888.

[74] Paradigmatica è la sentenza della Corte di giustizia UE, 5 dicembre 2017, C 42/17, *M.A.S.*.

[75] Si vedano BVerfGE 37, 271 ss. (c.d. Solange I), 29 maggio 1974, p. 279; BVerfGE 73, 339 (Solange II), 22 ottobre 1986, p. 375; anche Corte costituzionale italiana, 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini.*

[76] Si veda la sentenza della Corte di giustizia CE, 3 settembre 2008, C 402/05 P e C 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi*.

[77] Si veda la sentenza Corte di giustizia CE, 17 dicembre 1970, C 11/70, *Internationale*

corda limitatrice, poiché essa non è data dal fatto che una fibra corre per tutta la sua lunghezza, ma dalla trama di tante fibre una con l'altra[78].

L'idea di "tessitura", di "intreccio", che corrisponde poi alla rete comparativa erodotea, è quindi assolutamente essenziale per i destini d'Europa, e si oppone alla ricerca spasmodica della citata *reductio ad unum* platonica. L'*écart* per comprendere la genealogia del diritto relazionale dell'Unione è anche racchiuso nella comparazione fra le sentenze parimenti contrastive ed escludenti Costa (della Corte costituzionale italiana[79] e della Corta di giustizia[80]), da un lato, e la già citata decisione Kadi del 2008, dall'altro. Perciò la modalità identitaria del diritto dell'Unione è la tensione. Nelle parole di Derrida l'identità cessa di esistere, quando raggiunge uno stato di equilibrio o si avvolge su sé stessa[81].

La capacità di plasmare l'identità o una tradizione costituzionale comune va aperta alla possibilità di comparare mediante il groviglio con altre tradizioni, quale ad esempio la statunitense[82], come, per altro verso, anche di proiettarsi verso il futuro non solo custodire il passato[83]. È quanto succede, altresì, nel campo dell'extraterritorialità del Regolamento Generale per la Protezione dei Dati[84]: se tale normativa vuole essere mezzo di imposizione (nel senso tradizionale di tale principio o nelle nuove modalità del *Brussel effect*[85]) deve basarsi sul rispetto dialogico dei valori dell'Unione come ribadito in recenti sentenze della Corte[86]. Così potrà essere vettore di accettazione volontaria di un *nomos* già riconosciuto da altri sistemi giuridici (come in Brasile e Canada, per esempio); e non veicolo di trapianto giuridico impositivo. Ed, al contempo, così potrà contribuire a creare una consuetudine internazionale, qualora fosse volontariamente accettata.

Handelsgesellschaft; anche sentenza, 14 maggio 1974, C 4/73, *Nold* e 13 dicembre 1979, C 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*.

[78] Si veda L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Oxford,1968, 47.

[79] Si veda Corte costituzionale italiana, 17 marzo 1964, n. 14.

[80] Si veda la sentenza Corte di giustizia CE, C 6/64, *Costa c. ENEL*.

[81] Si veda J. Derrida, *L'écriture et la différence,* cit., 101.

[82] Si vedano M. Graziadei, *What Does Globalisation Mean for the Comparative Study of Law?*, in *Journal Of Comparative Law*, 2021, spec. 573; V. Perju, *Identity Federalism in Europe and the United States*, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2020, p. 207.

[83] Si veda O. Pollicino, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in *Dir. Ue*, 2016, spec. 253.

[84] Si veda art. 3 del Regolamento (UE) 2016/679, del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, cd. GDPR.

[85] Si veda A. Bradford, *The Brussel Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.

[86] Si veda la sentenza Corte di giustizia UE, 6 ottobre 2020, C 511/18 e 512/18 e 520/18, *La Quadrature du Net*.; e del 2 marzo 2021, C 746/18, *Prokuratuur*.

D'altro canto, il principio di primazia se considerato avamposto di chiusura, alla stessa stregua del caso Costa, è destinato a produrre inaridimento del diritto dell'Unione. La "*European key identity*"[87] è, dunque, ontologicamente relazionale nella misura in cui implica il rispetto della diversità e l'apertura verso il diritto dell'Altro[88].

5. *Per un nuovo Diritto dell'Altro*

La *cross-fertilisation*, come espressione diretta dell'identità relazionale, ha sortito due importanti effetti nel diritto dell'Unione. Essa ha permesso e potenziato una progressiva costituzionalizzazione del diritto dell'Unione (ad esempio, grazie alle tradizioni costituzionali comuni) mediante l'intreccio di stringhe costituzionali ed internazionali. Questo ordito è stato oggetto di studi interdisciplinari mediante una progressiva apertura reciproca delle scienze giuridiche comparatistiche, costituzionalistiche ed internazionalistiche.

D'altra parte, la *cross-fertilisation* ha comportato un processo di *assiologizzazione* del diritto sovranazionale, sconosciuta fino a cinquant'anni fa: il progressivo riferimento sociale e giurisprudenziale ai valori ed alle tradizioni comuni testimonia la crisi definitiva del positivismo giuridico e del suo anelo di separatezza e l'apertura verso una nuova dimensione sociale vissuta, incardinata nei *nomoi* comunitari[89].

5.1. *Per un nuovo diritto comparato*

In questo modo, l'identità dell'Unione[90], le sue tradizioni costituzionali ed i principi generali saranno relazionali e auspicabilmente inclusivi, sempre in

[87] Così S. Rodin, *Constitutional Reference of Foreign Court Decisions*, in *Amer. Journ. Comp. Law*, 2016, 816.

[88] È pertanto auspicabile una maggiore apertura all'Altro anche mediante l'adesione alla Convenzione europea dei diritti umani, il cui rigetto da parte della Corte di Giustizia nel parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014 appare quasi adolescenziale o narcisistica.

[89] Si veda M. Vogliotti, *La fine del "grande stile" e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, a cura di V. Barsotti, Maggioli, 2014, p. 104, parla di seconda dimensione sociale del diritto contemporaneo da osservare "come la novella incarnazione degli *agraphoi nomoi* di Antigone, della seconda dimensione del diritto, quella che viene non dall'alto del potere politico (la Costituzione come *lex superior*), ma dal basso".

[90] Parla di identità dell'Unione europea la sentenza della Corte di giustizia UE del 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, pt. 232.

tensione rispetto alla tipologia escludente, riduzionista e nazionalistica, che avanza con rinnovata virulenza[91].

Il nuovo diritto comparato deve essere il "misuratore" dell'interazione con l'Altro, non il suo veicolo d'esclusione. Deve essere il diritto dell'Alterità[92]. La novità della limitazione della sovranità nazionale attraverso il trasferimento dell'esercizio di determinate competenze ha progressivamente dato origine ad un'identità scientifica relazionale o connettiva[93], sia nelle dottrine costituzionali dello Stato sempre più interessate al diritto dell'Unione, sia nell'interpretazione del diritto europeo attraverso la metodologia comparata della Corte di giustizia (Weiler[94], Ziller[95], von Bogdandy[96], Martinico[97] Graziadei[98], Benacchio[99] tra gli altri).

Eppure, tanto gli studi di *International Comparative Law*[100], come i lavori

[91] Sempre in ambito dei protezione dei beni culturali l'imminente ritirata degli Stati Uniti dall'Unesco testimonia, come si evince dalla sessione del consiglio esecutivo della stessa organizzazione internazionale, l'intenzione da parte dei "tedofori" dell'identità escludente di penalizzare qualsiasi riferimento alla diversità ed all'inclusione. Tale posizione ideologica tutelerebbe gli Stati Uniti da qualsiasi "violazione della sovranità americana". Sempre in ambito dei protezione dei beni culturali l'imminente ritirata degli Stati Uniti dall'Unesco testimonia, come si evince dalla sessione del consiglio esecutivo della stessa organizzazione internazionale,l'intenzione da parte dei "tedofori" dell'identità escludente di penalizzare qualsiasi riferimento alla diversità ed all'inclusione. Tale posizione ideologica tutelerebbe gli Stati Uniti da qualsiasi "violazione della sovranità americana".

[92] *Ex multis* P. Legrand, *Negative Comparative Law*, Cambridge, 2022; G. Resta, *Les luttes de clocher en droit comparé*, in *McGill Law Journal /Revue de droit de McGill*, 2017, 1153-1199.

[93] Si veda R. Drayton e D. Motadel, *Discussione: il futuro della storia globale*, in *Journal of Global History*, 2018, 1-21.

[94] *Ex multis* J.H.H. Weiler, *Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg'*, in K. Nicolaidis, R Howse (eds.), *The Federal* Vision, Oxford, 2001, esp. 54-68.

[95] *Ex multis* J. Ziller, *Comparison within Multi-Level Polities and Governance Regimes*, in P. Cane, H.C.H. Hofmann, E. C., Ip y P.L. Lindseth (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, 2018, esp. 4-10.

[96] *Ex multis* A. Von Bogdandy, *La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, 54, espec. 460.

[97] *Ex multis* G. Martinico, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The Frustrating Knot of Europe*, Berlin, 2023, II ed.

[98] Recentemente M. Graziadei, *Un compasso allargato. La comparazione giuridica nel mondo attuale e le questioni di metodo*, cit., 34.

[99] Solo da ultimo G.A. Benacchio, *L'Unione Europea ed il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Milano, 2024.

[100] Si veda A. Roberts, P.B. Stephan, P.-H. Verdier, Mila Versteeg (eds.), *Comparative International Law*, Oxford, 2018.

dei *Twails*[101], come finalmente le teorie avanzate da Palombella[102] e da Weiler[103], pur registrando una poderosa tensione – incluso un'approssimazione - fra il mondo del diritto internazionale e del diritto comparato, non colgono la fluidità di questo procedimento di approvvigionamento fluviale[104] mediante il sistema circolare di chiuse[105].

Mentre le identità tradizionali (sia statali che scientifiche) emergono da un momento iniziale egemonico e si impongono anche mediante la loro supposta universalità, la nuova identità, ancora in uno stadio embrionale, per converso, significa il riconoscimento della nostra incompletezza e dell'indispensabilità de(l Diritto de)ll'Altro, della loro imprescindibilità per la conservazione stessa del Noi, dell'esistenza di una comunicazione tra le identità e della tecnica comunicativa dialettica[106].

5.2. Per un nuovo diritto internazionale

I meccanismi di ponderazione e bilanciamento indicano le modalità mediante le quali il Diritto dell'Altro (l'ordinamento giuridico statale, la sua identità, ecc.) penetra nell'ordinamento europeo[107]. È possibile esportare questo modello al diritto internazionale? Sebbene esista un fenomeno di costituzionalizzazione del diritto internazionale[108], la caratteristica identitaria della separazione dell'ordinamento internazionalistico impedisce di

[101] Si veda V. Corcodel, *Modern Law and Otherness*, London, 2019.

[102] Assai interessante è l'apporto scientifico offerto dalla citata teoria dell'interlegalità su cui vedasi J. Klabbers, G. Palombella, *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019.

[103] Si veda D. Lustig, J. H.H. Weiler, *Judicial review in the contemporary world. Retrospective and prospective*, in *Inter, Rev. Const. Law*, 2018, 315-372.

[104] Sul punto si veda la sentenza della Corte di giustizia UE, 22 febbraio 2022, C 430/21, *RS* (in tema di effetti delle decisioni di una Corte costituzionale).

[105] Da ultimo sono gli studi di Martinico (*The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The Frustrating Knot of Europe*, Berlin, 2023, II ed.) e Scholtes (*The Abuse of Constitutional Identity in the European Union*, Oxford, 2023) che imperniano l'identità in termini d'intreccio. Mentre, però, il secondo relega la relazionalità solo ad un aspetto dell'identità statale, il primo reputa l'intreccio in termini sinallagmatici; aspetto da cui mi discosto, avvicinandomi all'idea di *communitas* di Esposito, che esporrò brevemente *infra*.

[106] Soprattutto J. Habermas, *L'inclusione dell'Altro*, Milano, 2013.

[107] È la base della ponderazione critica secondo la definizione di J.H.H. Weiler, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in Id. (a cura di), *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, spec. 181 ss.

[108] Per esempio, P.M. Dupuy, *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*, in *Max-Planck Yearbook of International Law*, 1997, 1, 1 ss.; C. Tomuschat,

innervare lo *jus cogens*[109] delle esperienze costituzionali assiologiche nazionali[110].

"*Customary international law, as one of the main sources of international law, is defined by this European form of international law and is therefore hegemonic*"[111]. Il diritto internazionale consuetudinario non è semplicemente egemonico nella sua forma (nel senso che ha una tendenza verso le strutture di potere centralizzate ed escludenti modellate sullo Stato di Westfalia), ma anche nella sua sostanza (nel senso che è più probabile che le grandi potenze influenzino la creazione di norme consuetudinarie).

Come si è potuto costatare, lo studio delle interferenze reciproche in sede globale influirebbe anche nella concezione di consuetudine internazionale nei termini del *nomos* erodoteo e non platonico, più preoccupata, cioè, della realtà della circolazione legale o del trasferimento legale che dell'*Hyperuránion topon* dei principi generali escludenti. In questo modo, la consuetudine sarà la regina erodotea ("*nomos basileus*") ed il Diritto sarà aperto alle interazioni, come nel caso della tutela dei beni culturali indigeni. È una tesi dottrinale già presente nella prospettiva della transciviltà, ove si propone lo studio tra diritti, culture, religioni e civiltà, così come la possibilità di creare una vera e propria comunità internazionale in un considerevole periodo di tempo[112]. Eppure, come fa notare Cartabia, il paradigma relazionale funziona nei citati, e comunque finora sporadici, casi Kadi e Taricco[113], laddove fallisce nella decisione della Corte Internazionale di Giustizia Germania c. Italia sul tema delle immunità giurisdizionali[114]. La struttura del diritto internazionale invoca l'allontamento e con essa l'immunitas giurisdizionale, laddove il diritto dell'Unione dovrebbe, se intende funzionare, esprimere i valori inclusivi della *communitas*.

J.M. Thouvenin, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Leiden, 2006.

[109] Vedasi l'art. 53 Convenzione del Trattato di Vienna del 1969: "per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non e permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere".

[110] Si veda M. Koskenniemi, *Il gentile civilizzatore delle nazioni. L'ascesa e la caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Cambridge, 2009, spec. 232 ss.

[111] Si veda J. Chinwe Okubuir, *Application of Hegemony to Customary International Law: An African Perspective*, in *Global Journal of Comparative Law*, 2018, 239.

[112] Si veda Y. Onuma, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Boston, 2010, 36.

[113] Si veda M. Cartabia, *Editorial. Courts' Relations*, in *Intern. Rev. Const. Law*, 2020, 7.

[114] Si veda Corte Internazionale di Giustizia, 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia*.

Nessuno meglio di Roberto Esposito ha esposto con somma profondità la relazione fra *communitas* (intesa come identità e relazione) ed *immunitas* (concepita come separazione ed eccezione)[115].

5.3. *La* communitas *e il Diritto dell'Altro*

Il meccanismo di *cross-fertilisation* concettuale e la creazione di valori comuni sovranazionali sono realizzabili solo con l'affermazione progressiva di una *communitas* internazionale[116]. L'ordine giuridico nasce, perciò, non dalla limitazione delle libertà imprescrittibili dell'individuo, ma dalla responsabilità irrecusabile di ogni singolo Stato nei confronti dell'Altro. È il *munus* (dono e dovere) della *com-munitas* di Esposito, che va ben al di là dei rapporti sinallagmatici del diritto internazionale contrattualistico. Essendo il momento fondativo dell'Unione, la sua stessa ragion d'essere, quando l'identità relazione viene meno, ne risente inevitabilmente la stessa Unione. Ciò è avvenuto tanto nel momento di crisi economica, come nelle crisi migratorie.

A partire da questo capovolgimento di prospettiva, Levinas, dal canto suo, può formulare la sua tesi più "scandalosa", affermando che il Diritto è innanzitutto Diritto dell'Altro. Conseguentemente noi possiamo affermare che il Diritto dell'Altro implica una nuova idea di diritto comparato e di diritto internazionale. La prima cosmogonia è quella che ha avuto più spazio nel pensiero occidentale e nelle rispettive comunità epistemiche e che ha portato ad un sostanziale oscuramento dell'alterità[117].

Attraverso la nozione di "diritto dell'Altro" non si tratta soltanto di riconoscere l'Altro nel (nostro) Diritto. La tensione verso l'Altro precede l'ontologia: il nostro dovere verso l'Altro viene prima di qualsiasi riflessione sull'identità[118].

[115] Si veda R. Esposito, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, Torino, 2006; Id., *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, 2020. In ambedue i volumi si esamina il caso appena citato della Corte internazionale di Giustizia.

[116] Il nesso fra identità costituzionale e comunità è magistralmente esplorato da M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, London, 2009.

[117] Si veda E. Levinas, *De l'unicité*, Paris, 2018, 45.

[118] Levinas svolge queste idee principalmente in E. Levinas, *Totalité et Infini: Essai sur l'Extériorité*, L'Aia,1961; Id., *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, L'Aia, 1974.

IL LUNGO PERCORSO DELL'ALTO ADIGE VERSO UN DIRITTO AUTONOMO DEI BENI CULTURALI

Thomas Mathà

SOMMARIO: 1. La tutela dei beni culturali in Alto Adige durante l'Impero Austriaco. – 2. L'annessione all'Italia e il passaggio all'ordinamento giuridico italiano. – 3. Il fascismo ed il diritto dei beni culturali. – 4. Verso un diritto dei beni culturali altoatesino autonomo. – 5. La gestione dei beni culturali nella Provincia Autonoma di Bolzano da parte degli uffici statali per la tutela dei monumenti durante il periodo del Primo Statuto di Autonomia. – 6. Il Secondo Statuto di Autonomia e la base per una competenza normativa autonoma nel settore dei beni culturali.

1. *La tutela dei beni culturali in Alto Adige durante l'Impero Austriaco*

La nascita della tutela dei beni culturali nella monarchia austriaca ha avuto effetti anche in Alto Adige. Il 31 dicembre 1850, l'Imperatore Francesco Giuseppe ha dato il suo consenso alla creazione della "Commissione Centrale per la ricerca e la conservazione dei monumenti". Si trattava della prima organizzazione competente per la tutela dei beni culturali dello stato multietnico.

La Commissione fu assegnata al Ministero per il commercio e l'industria. I compiti corrispondenti erano svolti da funzionari ministeriali, scienziati, artisti e conservatori, mentre la base giuridica era costituita da regolamenti e decreti della cancelleria imperiale.

Nel 1859, la Commissione basata sul volontariato fu posta sotto il Ministero per il Culto e l'Istruzione, al quale la tutela dei beni culturali in Austria è ancora oggi subordinata.

Nel 1873, la commissione fu rinominata "Commissione Centrale per la ricerca e la conservazione dei monumenti artistici e storici" e contemporaneamente fu ampliata la competenza.

Dal 1873, la Commissione Centrale disponeva anche di fondi per i restauri. I settori di attività della tutela furono suddivisi in: preistoria e antichità, medioevo e tempi moderni e monumenti storici di vario tipo. Una regolamentazione mancante portò nel 1894 a un progetto di legge da parte della Commissione Centrale, che fu presentato al Parlamento ma non approvato. Solo nove anni dopo (1903) seguì un altro progetto, che avrebbe influenzato significativamen-

te la legislazione sulla tutela dei beni culturali in Austria. Fu redatto dal conservatore generale Alois Riegl e fondò la questione del valore che rende un bene / un monumento.

L'Ufficio Statale dei Beni Culturali fu istituito in Austria nel 1911, così come fu creato un consiglio dei beni culturali come organo collegiale e un istituto di storia dell'arte. Questa nuova amministrazione fu composta da funzionari scientifici e tecnici; una struttura che continua a esistere fino ad oggi fu creata con i conservatori regionali per ogni provincia. Il giovane Ufficio dei Beni Culturali Statali per il Tirolo a Innsbruck istituì nel 1913 una sede distaccata a Bolzano[1]. Tuttavia, una prima legge statale in Austria fu approvata solo nel 1923 dal Parlamento, cioè in quel periodo in cui l'Alto Adige apparteneva già al Regno d'Italia.

I rapporti della Commissione venivano pubblicati annualmente e venivano anche menzionati i settori di competenza dei conservatori, che dimostrano la suddivisione territoriale di questi funzionari. Si distingueva tra: provincia, distretto e singole città. Oltre ai conservatori, sono indicati anche i corrispondenti di rango funzionale inferiore e senza assegnazione territoriale. Per la provincia del Tirolo (Tirolo del Nord e dell'Est, Alto Adige e Trentino) vengono menzionati 11 conservatori e 28 corrispondenti. Per la parte dell'Alto Adige operavano 4 conservatori e 10 corrispondenti. Già in quell'anno di riferimento l'attività era notevole, così come la disponibilità di risorse economiche. Oltre alle misure regionali, per l'Alto Adige vengono descritti complessivamente 30 interventi di tutela dei monumenti, restauri e lavori di ricerca.

2. *L'annessione all'Italia e il passaggio all'ordinamento giuridico italiano*

Con l'annessione del territorio altoatesino all'Italia, molte tradizioni giuridiche furono interrotte, incluso nel campo della tutela dei beni culturali. Questa era una disciplina ancora piuttosto giovane nel diritto italiano. Va notato che in Italia le prime norme giuridiche specifiche per la tutela dei beni culturali venivano adottate solo verso la fine del XIX secolo. Sebbene già negli Antichi Stati Italiani la protezione dei monumenti e di altri beni culturali rientrasse certamente nelle competenze degli organi statali, anche se per motivi diversi da quelli odierni, la formalizzazione normativa di queste competenze non era evidentemente considerata necessaria. Non solo in Italia, ma in tutti gli stati europei, le leggi e altre norme giuridiche nel settore della tutela dei beni cultu-

[1] Si veda P. Von Hellberg, *10 Jahre Landesdenkmalamt 1973-1983 / 10 anni di Soprintendenza Provinciale ai Beni Culturali 1973-1983*, Bolzano, 1983, 3.

rali si svilupparono in misura crescente solo quando anche il diritto edilizio e l'urbanistica furono maggiormente codificati.[2]

Con l'introduzione del diritto italiano in Alto Adige dopo il 1919, iniziò anche una "italianizzazione" sistematica della regione, che si manifestò naturalmente anche attraverso l'architettura e i monumenti.[3]

Per poter delineare una storia giuridica dell'autonomia altoatesina nel campo della tutela dei beni culturali è indispensabile un breve sguardo al periodo tra il 1919 e il 1946. Dopo l'integrazione dell'Alto Adige nel sistema statale italiano a seguito del trattato di *Saint Germain en-Laye*[4] (il decreto di annessione emanato dal Parlamento italiano entrò in vigore il 10 ottobre 1920), il sistema giuridico dell'amministrazione statale austriaca dovette cedere il passo a quello italiano.

Si sa relativamente poco sulle attività di tutela dei beni culturali delle autorità italiane in questo periodo e in quello successivo.

Innanzitutto, va notato che la legge italiana sulla tutela dei beni culturali vigente all'epoca, del 20 giugno 1909, n. 364, insieme alle disposizioni attuative e alle leggi successive[5], offriva uno strumento giuridico più restrittivo rispetto alla legge austriaca sulla tutela dei monumenti.

Il passaggio del diritto per le "nuove province" e quindi anche per l'Alto Adige avvenne con decreto reale del 19 settembre 1921, n. 1389[6].

È particolarmente interessante notare che, secondo questa disposizione, era prevista una certa autonomia per le nuove province. Infatti, l'articolo 2 stabiliva che le competenze previste dalle disposizioni di legge vigenti fossero esercitate dal prefetto, presidente del governo provinciale, conservatore regionale e ufficio esportazione per l'arte dalle corrispondenti autorità locali autonome, fino a diversa disposizione di legge[7].

[2] Si veda G. Cofrancesco, *I beni culturali tra interessi pubblici e privati*, Roma, 1996, 134 ss.

[3] Si veda W. Mitterer (a cura di), *Megawatt & Widerstand. Die Ära der Groß-Kraftwerke in Südtirol*, Bolzno, 2004, 120.

[4] Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale Austriaca* n. 303/1920.

[5] Si veda part. la Legge 23 giugno 1912, n. 688, il R.D. 30 gennaio 1913, n. 363 ed il R.D.L. 30 maggio 1920, n. 793.

[6] Si veda Regio Decreto 19 settembre 1921, n. 1389 *che estende nei territori annessi la legislazione sulla tutela artistica vigente nel Regno*, pubblicato nella *Gazz. Uff.* 19 ottobre 1921, n. 246.

[7] In dettaglio, l'art. 2, stabiliva che "*Saranno da intendersi rispettivamente il capo dell'autorità politica provinciale, la persona preposta all'amministrazione provinciale autonoma, gli uffici delle antichità e belle arti funzionanti presso le autorità politiche provinciali dei territori di cui*

L'Ufficio dei Beni Culturali di Trento[8] assunse anche le competenze per la provincia di Bolzano. Le misure di tutela dell'Ufficio dei Beni Culturali di Trento in Alto Adige iniziarono già negli anni '20[9]. In questo contesto è particolarmente interessante esaminare la preziosa inventariazione dei beni culturali altoatesini effettuata dallo scienziato Josef Weingartner negli anni 1915-1922[10].

3. *Il fascismo ed il diritto dei beni culturali*

Purtroppo non esistono ricerche dettagliate riguardo alle misure di tutela dopo l'adozione della nuova legge italiana sulla tutela dei beni culturali (Legge 1° giugno 1939, n. 1089) in Alto Adige. Tuttavia, la politica del fascismo in Alto Adige prevedeva meno la conservazione dei beni culturali "tedeschi" e più la costruzione di molti nuovi edifici per un "Alto Adige italiano".

Il programma in 32 punti ideato da Ettore Tolomei per l'italianizzazione dell'Alto Adige prevedeva, tra l'altro, esplicitamente la rimozione dei monumenti tedeschi, tra cui al punto 17 il monumento a Walther a Bolzano[11].

Così, nel 1929 fu indetto un concorso nazionale per ampliare la città di Bolzano da 35.000 a 100.000 abitanti, sviluppare una zona industriale e riqualificare il centro storico[12].

Oggi molti di questi edifici sono monumenti e sono soggetti alla tutela dei beni culturali.

Oswald Zöggeler menziona che la Soprintendenza alle Belle Arti per la Venezia Tridentina nel 1936 ha formalmente protestato contro il piano dell'architetto Marcello Piacentini per l'espansione della città di Bolzano. Questa critica indipendente dal regime, espressa dal direttore dell'Ufficio dei Monumenti Giuseppe Gerola, è stata tuttavia mitigata dal frequente riferimento alle tradizioni italiane nell'architettura altoatesina[13].

all'art. 1. Ai detti uffici spetteranno, sino a nuova disposizione, tutte le competenze attribuite alle soprintendenze e agli uffici di esportazione".

[8] Dal 1923 l'Alto Adige assieme al Trentino faceva parte della provincia unica "Venezia Tridentina", dal 6 dicembre 1926 è stata costituita la Provincia di Bolzano.

[9] Si veda H. Stampfer, *Inventarisation und Denkmalpflege in Südtirol*, in *Der Schlern*, 1977, 6, 282.

[10] Cfr. J. Weingartner, *Die Kunstdenkmäler Südtirols*, Vienna, 1926.

[11] Cfr. G. Solderer, *Das 20 Jahrhundert in Südtirol*, Bolzano, 2000, Vol. II (1920-1939), 62. Il programma veniva presentato il 15 luglio 1932.

[12] O. Zöggeler, L. Ippolito, *Die Architektur für ein italienisches Südtirol*, 1992, Bolzano, 22 ss.

[13] G. Gerola, *L'Architettura minore e rustica trentina*, in *Architettura e Arti decorativa*, 1929, VII, 291 ss.

Con l'uscita dell'Italia dall'alleanza di guerra con la Germania il 25 luglio 1943, la situazione politica e giuridica dell'Alto Adige assunse nuove dimensioni. L'Italia fu occupata dalle truppe tedesche e la provincia di Bolzano, insieme alle province di Trento e Belluno, fu inclusa nella zona di operazioni delle Prealpi, amministrata militarmente e politicamente dal regime nazista, ma rimase giuridicamente parte dello stato italiano.

Tra il 1940 e il 1944, nell'ambito dell'opzione, fu creata una documentazione unica dei beni culturali dell'Alto Adige, poiché si prevedeva l'emigrazione della maggior parte della popolazione altoatesina. Negli Accordi di Berlino del 23 giugno 1939, infatti, era stato concordato che gli oggetti d'arte di origine "germanica" potessero essere portati dai migranti nella nuova patria, mentre quelli di provenienza "romana" dovessero rimanere in Alto Adige. La "Commissione Culturale dell'SS-Ahnenerbe" istituita dal capo della propaganda del Reich Heinrich Himmler e direttamente subordinata a lui, aveva due compiti principali:

1) la catalogazione dell'intero patrimonio storico e culturale, come architettura, soprattutto chiese, cappelle, castelli e case contadine, opere d'arte, artigianato, musica popolare, costumi tradizionali, fiabe, leggende, ecc.;

2) la gestione dell'intero patrimonio culturale in Alto Adige che si trovava in possesso privato degli optanti per la Germania.

Fu stabilito che le collezioni private e gli archivi relativi alla cultura tedesca, così come gli oggetti in possesso delle associazioni museali, dovessero essere liberati per il trasferimento nel Reich tedesco, mentre i registri parrocchiali e i documenti delle comunità tedesche dovessero essere copiati.

Gli oggetti culturali appartenenti alla collettività, come quelli nelle chiese, erano esclusi da qualsiasi discussione sull'esportazione[14].

La Commissione Culturale era affiancata dall'Associazione degli Optanti per la Germania (AdO), poiché c'era un lavoro quasi inesauribile da svolgere. Per quanto le intenzioni di quel tempo possano essere state disumane e irrealistiche (almeno per coloro che consideravano la possibilità di trasferire questi beni culturali), queste registrazioni, oggi conservate presso la Soprintendenza dei Beni Culturali di Bolzano, rappresentano una documentazione straordinariamente preziosa e una base per la ricerca scientifica sulla tutela dei monumenti.

[14] Cfr. M. Lun, *NS-Herrschaft in Südtirol. Die Operationszone Alpenvorland 1943-1945. Studienverlag*, 2004, Innsbruck, 227 ss.

4. *Verso un diritto dei beni culturali altoatesino autonomo*

La questione dell'Alto Adige e la problematica connessa dell'autonomia e della protezione delle minoranze hanno vissuto nel 1946 una nuova dimensione: il 5 settembre 1946, gli allora ministri degli esteri dell'Italia, Alcide De Gasperi, e dell'Austria, Karl Gruber, firmarono un trattato internazionale per la protezione del carattere etnico e culturale della popolazione di lingua tedesca dell'Alto Adige.

Questo accordo è noto come "Trattato di Parigi" o "Accordo Gruber-De Gasperi", è considerato la *Magna Carta* dell'autonomia altoatesina e costituisce la base giuridica per l'esercizio della funzione di protezione da parte dell'Austria[15].

Questo accordo è stato incluso come Allegato IV nel trattato di pace delle potenze alleate con l'Italia del 10 febbraio 1947, entrato in vigore il 16 settembre 1947. L'integrazione nell'ordinamento giuridico italiano è avvenuta con decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato del 28 novembre 1947, n. 1430[16]. Nell'accordo è stabilito che:

> "1. Gli abitanti di lingua tedesca della provincia di Bolzano e quelli dei vicini comuni bilingui della provincia di Trento, godranno di completa eguaglianza di diritto rispetto agli abitanti di lingua italiana, nel quadro delle disposizioni speciali destinate a salvaguardare il carattere etnico e lo sviluppo culturale ed economico del gruppo di lingua tedesca. (…). 2. Alle popolazioni delle sopradette sarà concesso l'esercizio di un potere legislativo ed esecutivo autonomo, nell'ambito delle zone stesse. Il quadro nel quale detta autonomia sarà applicata sarà determinato, consultando anche elementi locali rappresentanti la popolazione di lingua tedesca"[17].

È indubbiamente vero che già il termine "carattere etnico" (*ethnical character*) include anche il trattamento dei beni culturali come parte importante di questa autonomia. Come elementi che definiscono l'identità, i beni culturali, sia immateriali che materiali, sono aspetti centrali della protezione delle minoranze. In un confronto figurativo, il diritto dei beni culturali nel contesto

[15] Si veda K. Zeller, F.H. Riedl, K. Veiter Theodor, *Das Problem der völkerrechtlichen Verankerung des Südtirol-Pakets und die Zuständigkeiten des Internationalen Gerichtshofs*, Vienna, 1989, 14.

[16] Supplemento della *Gazz. Uff.* del 24 dicembre 1947, n. 295.

[17] Si veda *Codice dell'Autonomia*, Bolzano, 2022, 20.

dell'autonomia non rappresentava la parte più importante, ma sicuramente una delle più delicate.

L'autonomia legislativa e amministrativa non era solo un'implementazione del principio di decentramento previsto dall'articolo 5 della Costituzione, ma anche uno strumento per la protezione dell'identità etnica e dello sviluppo culturale del gruppo linguistico tedesco, motivo per cui l'accordo Gruber-De Gasperi parla di privilegi speciali.

Felix Ermacora ha giustamente affermato[18] che questa formulazione equivale a una clausola generale e che tutti i diritti necessari per l'esistenza di un gruppo linguistico devono essere garantiti, lasciando inizialmente al legislatore del paese che concede l'autonomia il compito di determinare l'estensione dei diritti autonomi. È quindi indubbio che l'autonomia di determinare i propri beni culturali sia originariamente garantita.

Il conflitto culturale tra l'Italia e l'Alto Adige di lingua tedesca durante il periodo fascista ha lasciato profonde ferite.

La recente revisione della storia altoatesina[19] mostra le profonde tensioni che sono state generate e l'impatto che i divieti sui beni culturali hanno avuto anche sulla politica altoatesina.

Bisogna anche considerare che i giuristi attivi nel dopoguerra, che tra l'altro hanno scritto la storia dell'autonomia altoatesina, avevano interiorizzato questi valori. In questo senso, i beni culturali erano parte integrante della richiesta complessiva di autonomia culturale, un elemento inscindibile. Pertanto, si può comprendere anche la veemenza della garanzia giuridica di questa competenza[20].

L'Assemblea Costituente italiana approvò il 22 dicembre 1947 la nuova Costituzione italiana, che entrò in vigore il 1° gennaio 1948. Nell'articolo 116 fu stabilito che (tra l'altro) la regione Trentino/Alto Adige avrebbe ricevuto forme e tipi speciali di autonomia tramite statuti speciali, approvati con legge costituzionale. Con ciò, le due province di Bolzano e Trento furono unite in un'unica regione. La redazione dello Statuto di Autonomia fu affidata alla cosiddetta "Commissione dei Sette", una commissione parlamentare di esperti composta da sette persone. L'attuazione avvenne con Legge costituzionale del

[18] F. Ermacora, *Die Autonomie Südtirols im Lichte der italienischen Rechtsordnung*, in *Der Donauraum*, 1958, 80.

[19] Si veda G. Steinacher (a cura di), *Südtirol im Dritten Reich/L'Alto Adige nel Terzo Reich 1943-1945*, 2003, Innsbruck / Vienna / Bolzano, 89 ss.

[20] Si veda H. Heiss, G. Pfeifer (a cura di), *Südtirol - Stunde Null? Kriegsende 1945-1946*, Bolzano, 2000.

26 febbraio 1948, n. 5[21], il cosiddetto Primo Statuto di Autonomia, con cui l'Italia riteneva di aver adempiuto a tutti gli obblighi internazionali contenuti nell'accordo Gruber-De Gasperi.

Nell'ambito di questa Regione Autonoma furono inizialmente trasferite poche competenze. La competenza legislativa primaria per la "protezione e cura del patrimonio storico, artistico e popolare" non era prevista nel Primo Statuto di Autonomia, mentre vi compariva quella per le "istituzioni culturali" (biblioteche, accademie, istituti, musei; art. 11, pt. 4).

Tuttavia, l'art. 14 della Legge costituzionale n. 5/1848 prevedeva che la Regione esercitasse normalmente le sue funzioni amministrative trasferendole alle province, ai comuni o ad altre entità locali, o utilizzando i loro uffici. In questo modo, in Alto Adige, dove la popolazione di lingua tedesca è predominante, l'azione amministrativa avrebbe dovuto seguire le leggi approvate dal Consiglio regionale (a maggioranza italiana)[22].

Come molti altri settori, anche la competenza per i beni culturali della provincia di Bolzano rimase negata, nonostante fosse prevista dal legislatore costituzionale, poiché non furono emanate le disposizioni attuative corrispondenti. Il Primo Statuto di Autonomia si rivelò quindi complessivamente insufficiente, poiché la provincia di Bolzano non disponeva di competenze adeguate, non erano state emanate disposizioni attuative per la sua attuazione[23], e inoltre la situazione fu aggravata dal fatto che il governo italiano emanò misure in contrasto con i principi del Trattato di Parigi[24].

La disputa per una reale autonomia altoatesina occupò quindi politici e giuristi negli anni '50 e '60 a vari livelli, locale, nazionale e sovranazionale. La ripresa dei negoziati, inizialmente rifiutata dall'Italia poiché si affermava ripetutamente che la questione altoatesina fosse un problema puramente interno[25] dopo l'attuazione dello Statuto di Autonomia, fu principalmente il risultato delle risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 31 ottobre 1960 (Res. 1497, XV) e del 28 novembre 1961 (Res. 1661, XVI).

[21] Pubblicata nella *Gazz. Uff.* 13 marzo 1948, n. 62..

[22] Si veda H. Kucera, P. Magagnotti, *Eine Grenzregion stellt sich vor*, Bolzano, 1993, 46.

[23] Si veda H. Kucera, G. Faustini, *Ein Weg für das Miteinander. 20 Jahre neue Autonomie in Südtirol*, Bolzano, 1992, 23.

[24] Si veda R. Riz., E. Happacher Brezinka, *Grundzüge des italienischen Verfassungsrechts. Unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Aspekte der Südtiroler Autonomie*, Innsbruck, 2013, 245 ss.

[25] Si veda K. Zeller, F.H. Riedl, K. Veiter Theodor, *Das Problem der völkerrechtlichen Verankerung des Südtirol-Pakets und die Zuständigkeiten des Internationalen Gerichtshofs*, cit., 20.

La cosiddetta "Commissione dei Diciannove"[26], una commissione per la revisione della questione altoatesina, era incaricata di fornire alle delegazioni negoziali italiane e austriache un risultato per creare nuove disposizioni di autonomia.

Per quanto riguarda il diritto dei beni culturali, i protocolli e il rapporto finale della Commissione dei Diciannove[27] sono di particolare interesse. Nell'ambito della definizione delle aree di regolamentazione, la commissione si occupò al punto 5) delle attività culturali (attività culturali). Lì fu stabilito che queste rappresentano senza dubbio quelle che contribuiscono maggiormente a sottolineare il carattere particolare di una minoranza, motivo per cui la Commissione doveva cercare un ampio consenso su questo punto[28].

Infine, secondo la Commissione, il legislatore costituzionale, nella redazione dello Statuto di Autonomia del 1948, aveva trasferito queste aree alla competenza legislativa esclusiva delle province autonome. A questo punto, la Commissione aveva già effettuato una rettifica delle competenze a favore delle province. Dopo che un gruppo di lavoro istituito all'interno della commissione aveva presentato una proposta motivata, ha stabilito che la formulazione dell'articolo 11, comma 4 della legge costituzionale n. 5/1948 riguardante il trasferimento delle competenze per varie istituzioni culturali locali alla provincia dovesse essere modificata in: "tutela e conservazione del patrimonio storico, artistico e popolare di carattere locale".

La competenza sui beni culturali doveva quindi essere ridotta a un livello puramente locale.

Queste controversie sulle differenziazioni tra "nazionale" e "locale" hanno accompagnato non solo tutto il lavoro della Commissione dei Diciannove, ma sono state anche uno dei punti centrali di discussione dopo l'adozione del Secondo Statuto di Autonomia fino all'approvazione delle disposizioni attuative corrispondenti nella Commissione dei Dodici.

I rappresentanti del gruppo linguistico tedesco nella Commissione hanno richiesto la cancellazione senza sostituzione della denominazione "di carattere

[26] Il nome trae origine dal numero dei componenti.

[27] Si veda Archivio Berloffa, *Relazione della Commissione di Studio dei problemi dell'Alto Adige*, Roma, 1964, 87.

[28] Si veda Archivio Berloffa, resoconto n. 14 del 27 gennaio 1962, pagina 26: "Le attività culturali sono senza dubbio fra quelle che maggiormente concorrono a valorizzare i caratteri peculiari dei gruppi di minoranza e, pertanto, è parso alla Commissione di doversi adottare un criterio di larga comprensione nell'esame delle istanze intese ad affidare agli Organi autonomi locali la cura diretta delle varie manifestazioni che comunque attengono al patrimonio storico-culturale delle popolazioni interessate".

locale"[29]. Hanno motivato questa richiesta con la difficoltà, anzi con l'impossibilità, di differenziare i beni culturali di livello locale o non locale, o di dividere il patrimonio culturale in questo modo. Hanno sottolineato che, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, questa formulazione comporterebbe una tale restrizione della competenza che si potrebbe alla fine ottenere una sostanziale svuotamento di ogni contenuto.

Al contempo, alcuni membri italiani della commissione hanno osservato che un criterio per la suddivisione dei beni culturali in due categorie (interesse locale/interesse nazionale, importanza locale/nazionale) sarebbe difficile; ciò avrebbe conseguenze corrispondenti sulla attribuzione della competenza alla regione o allo stato.

La delegazione negoziale italiana sottolineò la necessità di istituire una propria Soprintendenza per l'Alto Adige, con un Soprintendente che doveva essere nominato d'intesa tra Stato e Provincia. Questo rappresentava senza dubbio una pietra miliare per la tutela autonoma dei beni culturali in Alto Adige[30].

In questo modo si potevano trascurare le difficoltà interpretative e i confini tra importanza locale e nazionale e si poteva tener conto di una autonoma gestione dei beni culturali altoatesini. Sebbene non fosse espressamente stabilito se questa "speciale Soprintendenza alle antichità e belle arti per l'Alto Adige" dovesse essere di natura statale o un'autorità provinciale, considerando un maggiore grado di autodeterminazione ("partecipare alla cura dei propri beni culturali"), si può presumere che fosse quest'ultima.

Nella discussione sui beni culturali e la loro gestione da parte della Soprintendenza era incluso anche la questione della partecipazione altoatesina ai fondi dell'Archivio di Stato di Bolzano. A tal fine, dovevano essere elaborati criteri appropriati. Infine, il trasferimento delle competenze alla Provincia per parti dell'Archivio di Stato di Bolzano divenne un tema di accese discussioni in molte sedute della Commissione.

In linea di principio, la Commissione era d'accordo sul fatto che, nell'ambito di un nuovo art. 11, co. 4 dello Statuto di Autonomia, fosse possibile trasferire alla Provincia la competenza per gli archivi di "carattere e importanza locale". Tuttavia, per l'Archivio di Stato doveva essere esaminato quali documenti andassero oltre un interesse puramente locale e avessero un'importanza

[29] Si veda Archivio Berloffa, resoconto n. 14 del 27 gennaio 1962, pagina 27.

[30] Si veda Archivio Berloffa, resoconto n. 14 del 27 gennaio 1962, pagina 28: "Una tale soluzione, mentre verrebbe incontro al giusto interesse dell'elemento locale a partecipare alla cura dei propri beni culturali, permetterebbe di non frazionare un patrimonio il cui valore è universale, prima ancora che nazionale e locale".

storica e politica generale. In quest'ultimo caso doveva essere garantita una protezione speciale mediante legge e amministrazione nell'interesse generale[31].

Questa affermazione può essere interpretata anche nel senso che non si voleva rendere il trasferimento troppo facile, poiché, una volta che queste difficili distinzioni dovevano essere elaborate più dettagliatamente, si presentavano differenze di opinione quasi insormontabili da entrambe le parti.

Questo stato di cose voleva essere evitato dal membro della commissione, l'onorevole Karl Tinzl, che argomentava che i fondi dell'Archivio di Stato in questione provenivano dagli archivi di Innsbruck e, secondo il trattato di pace dopo la Prima Guerra Mondiale, erano stati trasferiti a Bolzano, descrivendo così la vita storica, sociale ed economica del popolo altoatesino. Pertanto, erano di particolare importanza per lo studio delle tradizioni e dei costumi locali.

L'onorevole Alcide Berloffa obiettava che questi documenti erano testimonianze della storia e quindi parte del patrimonio culturale statale complessivo, senza poter fare una distinzione per il gruppo linguistico tedesco. Tuttavia, poiché quest'ultimo era particolarmente interessante, doveva essere facilitato l'accesso agli studenti locali. Non si esprimeva tanto a favore della creazione di un archivio provinciale (autonomo), quanto piuttosto per una riorganizzazione e razionalizzazione degli uffici statali esistenti.

Fu difficile e faticoso convincere la Commissione a una gestione autonoma dei documenti e degli archivi altoatesini. Mentre, ad esempio, il Presidente della Provincia Autonoma di Bolzano, Silvius Magnago, e l'onorevole Karl Tinzl proponevano di lasciare all'Archivio di Stato i documenti di rilevanza storica e diplomatica sovranazionale e di trasferire tutti gli altri documenti alla Provincia, altri membri della Commissione[32] insistevano sull'unità dell'Archivio di Stato.

Secondo i moderni metodi archivistici, la divisione sarebbe dogmaticamente impossibile, poiché il principio fondamentale è l'integrità del patrimonio archivistico. Anche nella successiva seduta del 15 e 16 marzo 1962[33], questo punto fu nuovamente trattato e l'on. Tinzl fu incaricato di elaborare e formulare una proposta contenente criteri che definissero un'eventuale cessione di "materiale archivistico locale" a un archivio provinciale da istituire.

In questa occasione fu nuovamente richiesto di codificare espressamente nello Statuto di Autonomia la competenza legislativa e amministrativa della Provincia nel campo della tutela dei monumenti.[34] Tuttavia, la Commissione

[31] Si veda Archivio Berloffa, resoconto n. 15 del 22 febbraio 1962, pagina 8.

[32] Segnatamente Vincenzo Palumbo e Roberto Lucifreddi.

[33] Si veda Archivio Berloffa, resoconto n. 17 del 15 e 16 marzo 1962, pagina 3.

[34] Chiesto dall'on. Karl Mitterdorfer.

evitò, come in passato, una riformulazione del comma 4 dell'articolo 11 e ritenne che la formulazione in esso contenuta fosse puramente indicativa e che i beni culturali fossero comunque inclusi[35].

La tutela dei beni culturali era chiaramente una questione di grande importanza per i rappresentanti altoatesini, motivo per cui nella successiva seduta fu fatto un nuovo tentativo. Mentre i rappresentanti statali sollevavano nuovamente la problematica della differenziazione tra beni culturali locali e nazionali, i delegati altoatesini cercavano di chiarire che alla Provincia doveva essere concessa la possibilità di valorizzare i propri beni culturali, poiché vi era una maggiore sensibilità riguardo alle condizioni locali.

Il senatore Giacomo Piola propose quindi di prevedere per la Provincia di Bolzano la stessa competenza della Regione Sicilia[36].

Una competenza esclusiva per la "conservazione" non era però sufficiente per l'allora Presidente della Provincia Silvius Magnago, che ribadì la richiesta di poter operare normativamente anche nel campo della tutela e della valorizzazione.

Il Presidente della Commissione, senatore Paolo Rossi, suggerì di raggiungere l'obiettivo della Provincia creando una "sotto-intendenza" o addirittura una propria "sovrintendenza" con sede a Bolzano, il cui titolare fosse nominato d'intesa tra Stato e Provincia. Anche questo argomento era già stato sollevato. Fu ampliato nel senso di concedere la possibilità di distribuire contributi di sostegno, sia direttamente che tramite enti appositamente istituiti. Magnago obiettò che non bastava finanziare la tutela dei beni culturali, ma era necessaria anche un potere normativo ed amministrativo.

Furono quindi proposte interessanti formulazioni per la competenza, che verranno brevemente riassunte:

- Magnago: "tutela e conservazione delle antichità e opere aventi valore artistico, di carattere locale";
- Von Walther: *idem*, con l'aggiunta "di carattere locale popolare";
- Mitterdorfer: "tutela e conservazione del patrimonio storico ed artistico locale";
- Berloffa: "tutela e conservazione del patrimonio storico artistico e popolare locale";

[35] Si veda Ordinamento delle regioni, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1958 (resoconto n. 17 del 15 e 16 marzo 1962, pagina 4).

[36] Si veda Archivio Berloffa, resoconto n. 17 del 15 e 16 marzo 1962, pagina 10: "conservazione della antichità e delle opere artistiche", cfr. art. 14, lett. n), dello Statuto di Autonomia per la Sicilia.

- Palumbo: "tutela e conservazione del patrimonio storico ed artistico di prevalente interesse locale".

Si può girare e rigirare la questione come si vuole, ma le formulazioni non erano poi così diverse.

Questa apparente unanimità fu nuovamente interrotta da altri rappresentanti statali.

Il senatore Guido De Unterrichter improvvisamente sostenne che la tutela dei monumenti non fosse affatto inclusa nell'art. 11, co. 4, della legge costituzionale n. 5/1948, contrariamente a quanto pubblicato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri. I beni culturali non dovrebbero essere limitati a livello locale, poiché sono patrimonio della nazione e devono essere supervisionati da un organo statale; inoltre, sarebbe essenziale riporre fiducia in questi organi e persone incaricate della protezione e conservazione dei beni culturali, poiché l'Italia avrebbe una tradizione in questo campo che è unica al mondo. Tuttavia, si dovrebbe concedere alla Provincia un diritto di autogestione, motivo per cui si dovrebbe procedere per i beni culturali secondo l'articolo 71[37] dello Statuto di Autonomia vigente, analogamente agli uffici finanziari locali dello Stato:

a) la Provincia ha il diritto di essere informata sull'attività dell'Ufficio dei Monumenti (statale);

b) di partecipare adeguatamente all'attività tramite suggerimenti, proposte, osservazioni, ecc.

Questo anche in considerazione del fatto che in una provincia con due culture diverse non si dovrebbero mai trascurare i beni culturali di un gruppo linguistico. Anche con un'interpretazione generosa, questa proposta può essere vista oggi solo come un diritto di informazione rafforzato, ma non come una competenza legale nel senso di un'autogestione attiva.

Naturalmente questi argomenti furono decisamente respinti dai rappresentanti provinciali: così come si dovrebbe riporre fiducia negli organi statali, non si potrebbe negare *a priori* la fiducia negli organi provinciali.

La condizione più importante per una competenza provinciale rimane il fatto che ci si trovi sul luogo dei beni culturali e si abbia maggiore sensibilità per la loro protezione e conservazione grazie ai legami e alle tradizioni locali. Inoltre, lo strumento fondamentale del diritto provinciale garantirebbe in ogni caso la partecipazione dell'altro gruppo linguistico.

Dopo tutte queste discussioni, il Presidente della Commissione constatò

[37] Cfr. l'art. 71, Legge costituzionale n. 5/1948: "La Regione e le Province possono prendere visione delle operazioni di accertamento dagli uffici tributari dello Stato e fornire ad essi dati ed informazioni. Gli uffici stessi sono tenuti a riferire alla Regione e alle Province i provvedimenti adottati in seguito alle informazioni fornite".

che la proposta di Magnago aveva ottenuto il consenso più ampio e propose la seguente formulazione per la votazione: "tutela e conservazione del patrimonio storico, artistico e popolare di carattere locale". Questa proposta fu approvata con otto voti favorevoli, un membro della commissione votò contro e tre si astennero. Con ciò, la discussione fondamentale sulla competenza per i beni culturali da parte della Commissione dei Diciannove fu conclusa.

Ora, tuttavia, il trattamento della questione archivistica era ancora in sospeso; questo avvenne nelle sedute di marzo e aprile 1962[38].

A questo punto va menzionato che una nuovo orientamento nel campo degli archivi, nel senso di una valorizzazione e classificazione come beni culturali, ha sicuramente contribuito positivamente all'approvazione di questo punto[39].

I membri altoatesini della commissione si basarono, come già in precedenza, sul principio di provenienza e respinsero una suddivisione per contenuti. Come osservò Magnago[40], anche gli archivi sono inclusi nell'aspetto complessivo della cultura, per il quale lo Statuto di Autonomia definisce competenze sufficienti. Tuttavia sarebbe necessario entrare in possesso dei documenti e delle carte corrispondenti. Infine, fu deciso di consultare esperti; lo Stato nominò il direttore dell'Archivio di Stato di Bolzano, Mario Toscano, e la Provincia il direttore del Museo Diocesano di Bressanone, Karl Wolfsgruber. Entrambi furono ascoltati dalla commissione e ripeterono e sostennero le richieste avanzate dalle rispettive parti. Infine fu trovato un consenso e si propose che, sulla base di criteri da stabilire, si effettuasse una divisione degli archivi tra Stato e Provincia, tenendo conto che la Provincia si occupasse principalmente della gestione degli archivi con rilevanza storica locale. Questi risultati negoziali finora descritti si trovano anche nel rapporto finale della commissione[41].

Ora è necessario fare una valutazione finale della proposta elaborata dalla commissione per il Parlamento.

Nel complesso, i risultati della Commissione dei Diciannove rappresentavano un progresso per l'autonomia altoatesina e alcune richieste erano state soddisfatte, ma rimanevano ancora questioni essenziali irrisolte. Soprattutto dal punto di vista economico, non si poteva dichiarare una completa soddisfazione dal punto di vista del diritto di autonomia[42]. Ma questo non può essere

[38] Si veda Archivio Berloffa, resoconto n. 18 del 22 e 23 marzo 1962, n. 19 del 30 marzo 1962 e n. 20 del 5 e 6 aprile 1962.

[39] Si veda D.P.R. 30 settembre 1963, n. 1409.

[40] Si veda Archivio Berloffa, resoconto n. 19 del 30 marzo 1962, pagina 9.

[41] Si veda *Relazione della Commissione di Studio dei problemi dell'Alto Adige*, 1964, in Archivio Berloffa; il settore dei beni culturali si trova nel Capo I, capitolo 5, pagine 26-28.

[42] Si veda A. von Egen, *Die Südtirol-Frage vor den Vereinten Nationen*, Berna, 1997, 69 ss.

affermato per il settore dei beni culturali. Sebbene nello Statuto di Autonomia del 1948 fosse prevista una competenza culturale, non vi era una menzione esplicita dei beni culturali. Ora questa competenza era stata definitivamente stabilita.

Una Soprintendenza per la Provincia di Bolzano e una partecipazione dell'Alto Adige all'Archivio di Stato erano stati definitivamente considerati.

Dal punto di vista del diritto di autonomia rimanevano solo le discussioni faticose sui beni culturali di importanza locale e nazionale e la difficile definizione dei criteri per l'attuazione delle competenze. Se si escludono queste difficoltà regolamentari secondarie, il rapporto può essere considerato nel complesso un miglioramento. Tuttavia, non era prevedibile che l'autonomia altoatesina sui beni culturali potesse superare anche questi ostacoli.

Anche la soluzione prevista per la divisione degli archivi è da considerarsi un risultato negoziale positivo, offuscato solo dal fattore di incertezza riguardante l'estensione complessiva dell'importanza locale degli archivi da concordare. Sebbene in altri settori non fossero ancora presenti risultati negoziali chiari, per la futura competenza sui beni culturali era stato trovato un compromesso accettabile dal punto di vista del diritto autonomistico.

5. *La gestione dei beni culturali nella Provincia Autonoma di Bolzano da parte degli uffici statali per la tutela dei monumenti durante il periodo del Primo Statuto di Autonomia*

Sebbene la Commissione dei Diciannove avesse sottolineato nelle azioni preparatorie che non vi fossero difficoltà a interpretare la competenza sui beni culturali già implicita nell'art. 11, co. 4 dello Statuto di Autonomia del 1948, mancava naturalmente una definizione esplicita di questa competenza per un trasferimento delle attività amministrative dallo Stato alla Provincia.

Fino all'applicabilità dello Statuto di Autonomia e delle sue disposizioni attuative nel 1973, gli uffici statali per la tutela dei monumenti rimasero competenti per l'Alto Adige.

Per la tutela dei beni architettonici e artistici era competente la Soprintendenza di Trento, per la tutela dei monumenti archeologici e archivistici quella di Padova[43].

In quel periodo si distinse particolarmente lo storico dell'arte Nicolò Rasmo. Dal 1939 fu ispettore presso la Soprintendenza di Trento e dal 1960 al

[43] I Soprintendenti furono A. Rusconi, M. Guiotto e N. Rasmo.

1973 Soprintendente regionale, e quindi fino al 1973 responsabile anche per la Provincia Autonoma di Bolzano-Alto Adige[44].

Rasmo mostrò grande interesse sia per la ricerca che per la tutela attiva dei beni culturali in Alto Adige. Sotto la sua direzione furono effettuate numerose dichiarazioni di tutela e notevoli restauri di vari beni culturali. Tuttavia, i fondi a disposizione della Soprintendenza di Trento erano limitati.[45] In mancanza di un'autorità con sede locale, non vanno sottovalutate anche le prestazioni della tutela dei monumenti ecclesiastici. La collaborazione con la tutela dei monumenti ecclesiastico-diocesana è considerata molto fruttuosa.

Tuttavia, nonostante la mancanza di competenza normativa e gestionale, il governo provinciale altoatesino non rimase inattivo nel campo della tutela dei beni culturali, anche se solo a livello di supporto finanziario[46]. Si vede quindi che, ai sensi dell'articolo 11 dello Statuto di Autonomia, inizialmente furono stanziati fondi soprattutto per i musei, ma non per il restauro dei beni culturali, bensì per l'attività museale pura.

Dal 1957, gradualmente, furono messi a disposizione anche fondi per il restauro di castelli e manieri, con la promozione da parte della Giunta provinciale dell'iniziativa privata in molti settori a causa della mancanza di competenza della Provincia di Bolzano.

6. *Il Secondo Statuto di Autonomia e la base per una competenza normativa autonoma nel settore dei beni culturali*

Dopo che la proposta della Commissione dei Diciannove rappresentava un passo avanti ma non ancora la conclusione per un nuovo Statuto di Autonomia dal punto di vista altoatesino, si svolsero ulteriori negoziati tra Austria e Italia, che si conclusero provvisoriamente alla fine dell'estate del 1969 con l'approvazione del Pacchetto e del calendario operativo.

Il diritto dei beni culturali riguardava la misura del Pacchetto 15, una misura da adottare tramite modifiche allo statuto speciale esistente per il Trentino-Alto Adige. Essa recitava: "Protezione e conservazione dei beni storici, artistici e popolari; con disposizioni attuative che devono essere emanate entro un anno dalla modifica dello statuto, saranno designati nelle province gli og-

[44] Si veda T. Rosani (a cura di), *La politica della memoria*, 2001, 123-128.

[45] Si veda K. Wolfsgruber, *Denkmalschutz*, in *Der Schlern*, 1967, 4-5, 203.

[46] Per il restauro e la conservazione di beni culturali la Giunta Provinciale dal 1957 al 1966 aveva stanziato oltre 34 milioni di lire, cfr. A Zelger, *Südtirols Kulturleben in den letzten zwei Jahrzehnten*, in *Der Schlern*, 1967, 4-5, 158.

getti di beni storici e artistici di interesse nazionale e quindi esclusi dalla competenza della provincia. In caso di mancata emanazione di queste disposizioni attuative, la provincia ha il diritto di assumere le funzioni amministrative con legge provinciale".

Dopo l'approvazione da parte dell'assemblea provinciale del Partito Popolare Sudtirolese (SVP) il 22 novembre 1969 e il consenso di entrambi gli Stati, Austria e Italia, nulla ostacolava più l'approvazione del Secondo Statuto di Autonomia[47].

L'approvazione avvenne con le Leggi costituzionali del 10 novembre 1971, n. 1 e del 23 febbraio 1972, n. 1[48]. Dopo che queste norme modificarono, integrarono e ampliarono la Legge costituzionale 5/1948, poco tempo dopo fu approvato il Testo unico delle leggi costituzionali che riguardano lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, il vero e proprio Secondo Statuto di Autonomia. Fu approvato con decreto del Presidente della Repubblica del 31 agosto 1972, n. 670[49].

Al pt. 4 dell'art. 11 della Legge costituzionale n. 5/1948 si legge: "usi e costumi locali ed istituzioni culturali (biblioteche, accademie, istituti, musei) aventi carattere provinciale; manifestazioni ed attività artistiche, culturali ed educative locali, e, per la Provincia di Bolzano, anche con mezzi radiotelevisivi, esclusa la facoltà di impiantare stazioni radiotelevisive".

Al punto 3 dell'art. 8 del D.P.R. n. 690/1972 il testo recita: "tutela e conservazione del patrimonio storico, artistico e popolare". Il testo finale dell'art. 8, pt. 3 del D.P.R. n. 690/1972 riguardante i beni culturali corrispondeva quindi alla richiesta massima dei rappresentanti altoatesini nella Commissione dei Diciannove. Ciò significa che la competenza legislativa era espressamente stabilita.

Inoltre, nell'art. 16 del D.P.R. n. 690/1972 è inclusa anche la competenza amministrativa. Questo articolo stabilisce che nei settori e nei limiti entro i quali la Regione o la Provincia possono emanare disposizioni legislative, le competenze amministrative, che secondo l'ordinamento precedente spettavano allo Stato, sono esercitate dalla Regione o dalla Provincia.

La proposta di testo della Commissione dei Diciannove recitava: "tutela e conservazione del patrimonio storico, artistico e popolare di carattere locale". Il salto giuridico dalla proposta della commissione al testo approvato non è insignificante. È completamente scomparsa, invece, la limitazione "locale", di-

[47] Si veda O. Peterlini, *Autonomie und Minderheitenschutz in Trentino-Südtirol*, Vienna, 1996, 105.

[48] Pubblicati nella *Gazz. Uff.* del 5 gennaio 1982, n. 3 e del 7 marzo 1972, n. 63.

[49] Pubblicato nella *Gazz. Uff.* del 20 novembre 1972, n. 301.

scussa a lungo e in modo controverso. Ciò ha permesso l'adozione di ulteriori disposizioni attuative, dunque norme con un livello di dettaglio intenso rispetto al caso della competenza sui beni culturali puramente "locali". L'eliminazione della limitazione a un significato locale nella disposizione è rilevante dal punto di vista giuridico, poiché anche nelle future modifiche della legislazione statale sui beni culturali questa competenza onnicomprensiva della provincia rimaneva.

RETHINKING OF THE LEGAL NOTION OF IMMOVABLE THINGS

Dušan Nikolić

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Toward the modern notion of immovable thing. – 3. The legal notion of immovable thing. – 4. Physical requirement: stationarity. – 4.1. Example: positioning of things on the territory of Serbia. – 4.2. Deviations: land and buildings with variable position. – 4.3. Deviations: plots of land (parcels) with variable positional coordinates? – 5. Legal requirement: considered immovable by law. – 5.1. Types of immovable things. – 5.2. The principle of the unity of immovable property. Superficies solo cedit. – 5.2.2. Deviations. – 5.2.2.1. The rules of Roman law on the construction of buildings on other people's land. – 5.2.2.2. Dualistic conception in legal systems of the socialist type. – 5.2.2.3. Contemporary right to build on someone else's land. – 5.3. The need to rethinking the principle of the unity of immovable property. – 6. A brief conclusion.

1. *Introduction*

One of the leading European civilians, the author of a capital two-volume study on Property law in Europe,[1] after several years of comparative legal research, concluded that even some fundamental issues at the level of the concept have not been resolved in that area. "It is surprisingly difficult to find an acceptable answer to the question of what is meant by 'Property law' or what can be identified as 'Property law' in a pan-European context."[2] National laws are mutually inconsistent in that area. On the supranational level, within the European Union, however, there is no single, comprehensive and binding legal system.[3]

Insufficient development and inconsistency of regulations contributes to the fact that there is a mentioned conceptual disharmony in legal doctrine.

[1] C. von Bar, *Gemeineuropäischen Sachenrechts*, München, 2015.

[2] C. von Bar, *Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses*, in *Juristen Zeitung*, 18, 2015, 848.

[3] Detailed in: D. Nikolić, *Towards a System of European Private law: Transformation of Legal Science and Legal Policy*, in H. Grothe, P. Mankowski, F. Rieländer – Herausgeber (eds), *Europäisches und internationales Privatrecht - Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, München, 2022, 273-284.

This also refers to the definition of the general concept of things, which is one of the foundations of Property law[4] but also to the definition of certain types of things, among which *immovable properties* are of particular importance.

Comparative law has long been dominated by the opinion that immovable things are those that *cannot be moved* from one place to another without damaging their essence. That point of view is based on the fact that the land and the way of its appropriation, holding and use, as an archetype, have been mentally associated with *non-transferability* for centuries.[5]

Views on this topic in the legal theory of the leading European countries only recently began to gradually change. A well-known French legal theorist, referring to the provision of the *Code civile* on the division of things into movable and immovable, stated that it "establishes the general principle of distinction based on consideration of the physical order (*l'ordre physique*)," and that "...we can say that movable things are those that imply the possibility of moving from one place to another, while immovable things have fixed position."[6] The aforementioned conceptual definition was, to a certain extent, a turning point. According to that, the key *differentia specifica* is not in physical non-transferability, but in the determination of the position. In recent German literature, there is a view that immovable properties represent delimited parts of the Earth's surface.[7] Delimitation also implies determination of position. In this sense, this notion is consistent with the one created by French theoreticians, but on the other hand, it is more restrictive, because it reduces immovable property to land, i.e. a plot of land.

The German doctrine has influenced the definition of immovable things in other countries that belong to or gravitate to the Germanic legal circle.

A prominent Italian comparativist and expert on law in Southeast Europe, in whose honor this book was written, stated twenty years ago that "legal comparison [...] has always been a practiced tool in the areas of the former Yugoslavia and that, in general, Yugoslav jurist [...] has always been a deep connoisseur of foreign models."[8] In Slovenia, thanks to the comparative law approach, a significant step forward was made on the normative

[4] Detailed in: D. Nikolić, *Preispitivanje pojma stvari u privatnom pravu*, in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, 2022, 675-704.

[5] See: G. Corsalini, *Mobili e immobili* (*cose*), in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 1994, 1.

[6] A. Weill, F. Terré, P. Simler, *Doit civil / Les biens*, Paris, 1983, 20.

[7] W. Lüke, *Sachenrecht*, 3. Auflage, München, 2014, 31.

[8] G.A. Benacchio, *La ex Jugoslavia*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, volume in occasione dei cinquanta anni della Corte costituzionale italiana, Napoli, 2006, 41.

level. According to the legal definition, immovable property is "a spatially measured part of the Earth's surface together with all belongings."[9] In legal theory, on the basis of it, and under the influence of the Germanic doctrine, a rather restrictive conclusion was drawn that immovable property is only land, i.e. a plot of land, and that everything on it belongs to it.[10] In the same context, the authors stated that "it should be warned that there are many immovable properties in our area that are not registered in the land register."[11] *Contradictio in adiecto*? If we take the given definition as a starting point, a logical question arises: how can something be immovable property, if it is not a plot (registered in the immovable property register)? The answer may be found in the recent German doctrine according to which immovable property (land), as a *real thing*, i.e. a *thing in the physical sense*, should be distinguished from a plot (parcel) of land (*Grundstücke*), as a *thing in a normative sense* (*normative thing*).[12] In Bosnia and Herzegovina, new laws were passed, also written under the influence of the Germanic doctrine, which contain definitions of an eclectic type: "Immovable property is a parcel of the land surface, together with everything that is permanently connected to the land on the surface or under it, unless otherwise determined by law."[13] However, in the next paragraph of the same article, it is said that "[m]ovables [...] are things that can be moved from one place to another without changing their substance (essence)."[14] If the conceptual demarcation of those two types of things were based on the mentioned notion of movable property, the application of the *argumentum a contrario* would lead to the conclusion that immovable property is that which cannot be moved from one place to another without changing its substance. In a logical sense, this would be a return to

[9] *Stvarnopravni zakonik*, Uradni list RS, 87/2002.

[10] M, Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, *Stvarnopravni zakonik z komentarjem*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2018, 85.

[11] *Ibidem*.

[12] C. von Bar, *Why do We Need Grundstücke (Land Units), and What are They? - On the Difficulties of Divining a European Concept of 'Thing' in Property Law*, in *Iuridica International*, 22, 2014, 3*;* C. von Bar, *Gemeineuropäischen Sachenrechts*, cit., 170-178.

[13] *Zakon o stvarnim pravima*, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, 66/13, art 6, par, 2. and 3. Same: art 6. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, Službeni gasnik Republike srpske, 24/2008.

[14] "This re-establishes the legal unity of immovable thing [real estate] and the effect of the principle of superficies solo cedit with far-reaching consequences for a number of real legal institutes. The consequence of this decision is that only land is considered immovable thing, unless otherwise prescribed by law." (M. Povlakić, *Komentar zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2014, 156).

traditional conceptual frameworks, which are still dominant in Serbia, Montenegro and Croatia on a theoretical level.[15]

2. *Toward the modern notion of immovable thing*

Scientific achievements and technical-technological progress have made traditional notions of immovable things based on the thesis of physical immovability anachronistic. There are devices, equipment and processes that make it possible to transmit what once could not be transmitted without breaking it down into components (elements). For example, today complete buildings, large trees together with the crown and roots, etc. can be transported. In addition, from a legal point of view, it is often not particularly important whether the transfer will be done all at once (in its entirety), or gradually, with prior dismantling and reassembly of elements (reconstruction).

Of essential importance is not the *possibility of physical transfer of thing*, but the *determination of its place*, i.e., locating (*locus*). Namely, in the modern world there are two key resources, which represent coordinates for all events. These are *time* and *space*. The *laws of Nature* indicate that the human environment is in constant motion and that on the other hand there is a need and innate desire of people to determine the spatial framework in which something happens or to determine where something will happen. That issue is in the domain of *laws of society* i.e. legal regulations. Time has shown that the laws created by humans should be harmonized with the laws imposed by Nature. Every anachronism has certain consequences. In this sense, it is necessary to rethink the traditional division of things into immovable and movable and define new, modern notions that correspond to the needs of society.

[15] See.: L. Marković, *Građansko pravo,* Narodna samouprava, 1927, 168; O. Stankovič, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1996, 24; Z. Rašović, *Pravo svojine*, knjiga I, Udruženje pravnika Crne Gore, Podgorica, 2024, 56; M. Vedriš, P. Klarić, *Osnove imovinskog prava*, Zagreb, 1984, 61; N. Gavela (ed), *Stvarno pravo*, Svezak 1., Zagreb, 2007, 79. Novum is the opinion that "The term immovable property (real estate) is used to denote a parcel of land (land, cadastral parcel) together with everything that is more or less permanently connected to it on or below the surface of the land, unless otherwise specified by law." (T. Josipović, *Property and Trust Law - Croatia* within the *International Encyclopaedia of Laws* series, Alphen aan den Rijn, 2022, 53).

3. *The legal notion of immovable thing*

In my opinion, immovable things (*res immobilis*) are those that are more permanently located on a precisely determined part of the surface of the planet Earth and which are considered immovable according to the law.

Notion is complete if it can be used to determine what a certain phenomenon is, but also what it is not. In this context, it is necessary to make a distinction in relation to movable property, with which immovable thing is a conceptual pair.

Movable things (*res mobilis*) are non-stationary, those whose position on the surface of the planet Earth does not have to be exactly, or even determined at all, in order to be the subject of ownership and other property rights, legal transactions, etc.

On the basis of the presented notions, it can be concluded that a thing should be considered immovable and relevant from the point of view of property law, if two requirements are cumulatively fulfilled. One of them is *physical* and the other is *legal*.

4. *Physical requirement: stationarity*

4.1. *Example: positioning of things on the territory of Serbia*

According to the laws of classical physics, nobody can be in two different places at the same time. A thing will be considered immovable if it is permanently positioned in a certain space and time (*situs*), i.e. if it is *stationary* (*statio, stationarius*).

Some things have this characteristic due to their physical nature (*res naturaliter immobiles*) e.g. land, and some by the will of the right holder (*res civiliter immobiles*) e.g. a prefabricated house or by rules determined by state authorities, e.g. a sculpture of a historical person in a public square.

In the modern world, special methods have been developed for the precise positioning of immovable things (real estates) and the appropriate infrastructure at the global and national (state) level, which enables this.

On the planet, the position of any stationary object can be precisely determined using the *Global Positioning System* - GPS. Its basic infrastructure consists of 24 satellites in Earth's orbit, which emit radio signals. Based on them, users can precisely determine the geographic longitude, latitude and altitude of the place where the thing is located.

GPS was developed by the United States Department of Defense, as part of a special project for military purposes. Later, as public good, it was made

available free of charge to all interested parties. It is widely used in science, technology and people's daily life.

The territory of the Republic of Serbia is covered by a network of permanent stations of the global positioning system - *Agros*. That network represents the basic geodetic infrastructure for carrying out geodetic work, as well as for supporting users in the field of agriculture (e.g. satellite navigation of agricultural machines), construction (e.g. precise determination of the position of future construction objects) etc.

The development of the Network, with the support of the Republic Geodetic Institute of Serbia, was started in 2003 at the Faculty of Technical Sciences of the University of Novi Sad, for the needs of agriculture in the Autonomous Province of Vojvodina (hence the name *Agros*). The control center for 30 permanent stations was in Novi Sad until 2009, when management was completely taken over by the Republic Geodetic Institute in Belgrade.

At the national level, a *national reference system* has been developed, which consists of a set of constants (coordination points), which are necessary to accurately determine the position of real estate on the territory of Serbia.

The points of the network of permanent stations within the *global positioning system* and the points of the *national reference system* are functionally connected. Their common name is *geodetic reference points*. They are used for horizontal and vertical positioning of immovable property and represent the basis for cadastral surveying, and thus for the *parceling* of parts of the land surface.

The cadastral survey consists of geodetic measurement and collection of data on immovable property and its owners. It is carried out using geodetic methods for horizontal and vertical positioning of immovable property in the state reference system. The Republic Geodetic Institute is responsible for professional work in that area.

The cadastral survey is carried out in order to establish or renew the real estate cadaster. The result of the coordinated geodetic survey at the national level is the *cadastral plan*, which is a two-dimensional representation of plots and buildings on the territory of the Republic of Serbia. The cadaster (basic and public register of real estate and property rights) is based on it.

The set of all geospatial and other data on immovable properties, property rights and certain obligation rights on them, as well as on the holders of those rights registered in the public register, constitutes the real estate *cadaster database*. It is public and available to everyone. Any interested person can request an extract from the real estate cadaster database, which has the force of a public document.

According to the *Law on the Procedure for Enrollment in the Real Estate Cadaster*, cadastral records are kept in accordance with the principles estab-

lished by the Law. One of them is the principle of trust, which implies that the data entered in the cadaster are true and complete and that a conscientious person cannot suffer harmful consequences due to that trust.

However, in reality there are some deviations regarding the positions of the land and buildings, and thus also from the physical condition that should be met in order for the thing to be immovable.

4.2. *Deviations: land and buildings with variable position*

Some parts of the Earth's surface and the objects located on them change position due to gravitational influences. They slide down the slopes of elevations (mountains, hills) and are called *klizišta* (landslides). One of them is located in central Serbia, in Nova Varoš, on Zlatar mountain.

An even greater curiosity is the *free-floating islands* that were created naturally, by piling up the remains of plants. This natural phenomenon is relatively rare in the World. One of the most famous free-floating islands is *La Rota*, located in Italy, on *Lake Posta Fibrieno* in the region, *Frosinone - Lazio*. It is circular in shape, with a relatively small diameter, only about thirty meters.[16] The lake and the island are part of the nature reserve, which is a public, inalienable good (*demanio pubblico*) and is under the regime of public law. Their legal status is determined by the general rules of the Italian (*Codice civile*) of 1942.[17] and regulated in more detail by legal regulations at the regional level.[18] As real estate in public ownership (*proprietà pubblica*) they are not registered in the cadaster (*Catasto*), which only records data on real estate in private ownership for tax and urban planning purposes (and not for legal effects in the domain of property law), nor in the public real estate registers (*pubblici registri immobiliari*), which are maintained by a special office at the level of each region in Italy (*Conservatoria dei Registri Immobiliari*).[19] The nature reserve does not have any competences in relation to the lake and the floating island, except for expertise related to control and supervision related to environmental protection.[20] *Sum-*

[16] For more: https://www.parchilazio.it/postafibreno. On the physical characteristics of a free-floating island *La Rota*: L. Casella, E. Agrillo, F. Spada, *The floating island of Posta Fibreno: An example of a relic mire in Central Italy*, in *Annali di Botanica*, 2010.

[17] According to the provisions of the *Code*, public goods are also rivers, streams, lakes and other waters defined as public by the relevant laws. See: Book III On property (*Della proprietà*), section I On things (*Dei beni*), article 822, paragraph 1.

[18] See: *Regolamento regionale n. 1/2022 concernente la disciplina delle aree di demanio pubblico* e *la Legge regionale n. 53/1998 che disciplina la difesa del suolo*.

[19] See: https://www.conservatoria.it/.

[20] I would like to expres my gratitude to my colleague Dr. Francesca Fiorentini, Professor

ma summarum, in such circumstances, there is no question of determining the position of the island for registration in any real estate register. In Serbia, this matter is more complex and regulated in a different way.

Free-floating islands exist in the south of central Serbia, on lake *Vlasina*. The lake is an artificial water accumulation created in the period from 1949 to 1955. Then, under the pressure of the water, pieces of peat several meters thick began to separate from the bottom and emerge on the surface, forming free-floating islands. The total area of all the islands is 10 hectares, and the area of the largest one is two hectares. The islands float and occasionally change position under the influence of the wind.

The lake and free-floating islands are located in *Vlasina Area of Exceptional Characteristics*. The total surface of the Area is 13,329.84 ha, of which 49.12% is privately owned, 50.83% is state-owned, and about 0.05% of the Area is in other forms of ownership.

The entire Area, with the exception of the free-floating islands, is divided into plots that are registered in the Real estate cadaster.

Lake *Vlasina*, with an area of 2,088.44 hectares, is divided into three parcels that are registered in the Real estate cadaster as objects of public (state) ownership.[21]

The *Vlasina* water accumulation is not a classic lake, but a kind of watercourse. Seven rivers flow into it. The water mass flows out of the lake in a controlled manner through the outlet at the dam of the hydropower plant. According to general rules, the watercourse is on public property. By analogy, the general rules established for new river islands should apply to the peat (soil) that floated to the surface from the bottom of the accumulation.

River islands - isle (*ada*; *insula in flumine nata*) are an accumulation form of changes in the Earth's surface. They are characteristic of calm plain rivers. The *Law on the Basics of Ownership Relations of Serbia* (*Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*) of 1980[22] is not determined who the new river island belongs to. In the legal literature, the opinion still prevails that the legal gap should be filled by applying the legal rules from the *Serbian Civil Code* (*Srpski*

of Comparative Private Law at the University of Trieste (*Università degli Studi di Trieste*) and Dr. Antonio Martini from the Nature Park Protection Service (*Servizio guardiaparco - Riserva naturale regionale lago Posta Fibreno*) for their professional support in obtaining relevant information.

[21] These are: plot no. 308, cadastral municipality *Vlasinska okruglica*; plot no. 4119, cadastral municipality of *Vlasina Rid* and plot no. 27, *Vlasina Stojkovićeva*. I would like to thank Mr. Novica Stanković, the head of the administration of the *Vlasina* Area of Exceptional Characteristics, for his professional support in obtaining relevant empirical data.

[22] *Službeni list SFRJ*, 8/1980.

građanski zakonik - SGZ) of 1844, which officially ceased to be valid in 1945.[23] There are two provisions in the SGZ that directly relate to that matter.[24] Both are consistent with the solutions given by Gaius in *Institutiones*.[25]

The first one regulates property relations in connection with river islands that are created by the accumulation of soil particles (*alluvium*; *incrementum latents*). It was determined that the new river island is an extension of the land located on the riverbank and that the owners of that land acquire the right of ownership on the part of the island whose length coincides with the length of their land plots. The precondition for the application of this rule is that the island is located in the middle of the river. If not, the island belongs to the owner of the nearest coastal land. The aforementioned rules only applied to islands that arose on rivers unsuitable for navigation. The Code stipulates that river isle created on navigable rivers belong to the state.

The second paragraph refers to river islands that were created by separating part of the floodplain. It was determined that if the river dries up or splits into several branches (arms) so that islands are formed, as well as when the coastal land is flooded, the right of ownership must remain unchanged. According to the rules of the SGZ, that part of the Earth's surface would remain the property of the person to whom it belonged even before the geomorphological changes occurred. The SGZ provision on the legal fate of a part of the coastal land that the watercourse tears off and applies as a compact whole (piece) to the downstream part of the coast (*avulsio*; *incrementum patens*) is also important for understanding the entire problem. It is prescribed that he remains in the right of ownership of the owner of the parcel that has been reduced. The prerequisite for this is that the part can be recognized. Also, it is stipulated that if the owner does not exercise ownership rights on that part for one year, it will become part of the property of the owner of the plot to which it is attached.

According to the provisions of the *Law on Waters* (*Zakon o vodama*) of Serbia of 2010, a river is a watercourse. It consisted of two factors. The first one is water land, and the second one is water mass. Water is a natural resource and belongs to the Republic of Serbia. Some legal theorists believe that the integrity of the watercourse (river) exists. In this sense, the same legal regime should apply to water and water land. However, the *Law on Water* stipulates that (only) water and water land that are in *public ownership* are public water resources. This means that water land can also be privately owned. In other

[23] Deatiled about that specific source of civil law: D. Nikolić, *Introduction to System of Civil law*, XVIII edition, University of Novi Sad Faculty of law, 2024.

[24] §§ 262 and 263.

[25] Gaius, *Institutiones* II, 72.

words, the principle of watercourse integrity was not consistently implemented. The same applies to the new river islands. Some parts of land may be in the regime of *private ownership*. In both cases, it is necessary to carry out geodetic measurements, determine the position of the island, make parcels and carry out registration in the Real estate cadaster. In this context, it should be noted that the islands that were created by changing the flow of rivers, such as Kreče-dinsko-Gardinovačka ada on the Danube river, near Novi Sad, have a fixed position, that they are divided into parcels, some of which are privately owned and some are state owned, and that they are registered as such in the Real estate cadaster. In a physical sense, the key difference between them and the free-floating islands on lake *Vlasina* is that they are *stationary*. That fact probably had a decisive influence on the establishment of two different legal regimes.

In the *Area of exceptional features* "*Vlasina*", a special regulation prohibits works and activities that change the size and appearance of floating peat islands and endanger or damage their flora and fauna. Also, staying on them is prohibited, except for scientific research purposes and limited education. The aforementioned norms indirectly exclude the possibility of applying the old legal rules from the *Serbian Civil Code* of 1844. Free-floating islands cannot become part of privately owned coastal parcels of land by accretion. They are, in a property law sense, belonging to *Vlasina* lake, as the main things. However, the problems are that the lake is divided into three parcels and three cadastral municipalities, and the islands do not have a fixed position. It is not determined which cadastral municipality they belong to. There are several solutions to this. The first one is that the lakebed of the lake should be one unique parcel and one cadastral municipality within the framework of which there are freely floating islands that belong to it. The second is that the lakebed be treated as an independent cadastral municipality on whose territory there are islands that represent independent cadastral parcels with a variable but easily determined position.

4.3. *Deviations: plots of land (parcels) with variable positional coordinates?*

The location of any land or object with a variable position (slides; free-floating islands, etc.) can be accurately determined in real time (at any moment) using GPS. However, the coordinates obtained by measurement will not always coincide with those from the *cadastral plan*. That is why the possibility of correction is foreseen in Serbia. The *Law on State Survey and Cadaster* stipulates that the reference network can be supplemented during the cadastral survey procedure.[26]

[26] *Službeni glasnik* RS, 72/2009.

Landslides cause multiple changes, which raise numerous questions in the field of property law. One of the most important relates to the position and boundaries of cadastral plots. They are determined by geodetic reference points. The position of the parcel is fixed. It covers a precisely defined area on the surface of planet Earth. Landslides do not affect the position of the parcel. It remains within the same boundaries and has the same GPS coordinates. However, a landslide can affect the total surface area of the land located on the plot. This will happen if the landslide causes a change in the configuration of the terrain. Namely, the total area of land is not the same, if it is flat and if it is formed in the form of a hill or, for example, a depression. In such cases, it is necessary to repeat geodetic measurements and update the data in the Cadaster.

The situation is different regarding to free-floating islands that moves within the confines of a lake or controlled watercourse could. If there are pieces of land and objects with a variable position, the logical question arises whether there can and should be variable plots of land (parcels) in specific cases and under special conditions?

New technologies provide new opportunities and change the logic of thinking.

In this context, it should be noted that apart from the already mentioned GPS, there are also precise digital programs and models that enable predictive land mapping (*digital land surface models for predictive mapping*).[27] By using them, it is possible to determine in advance the future positions of land and buildings on landslides, as well as the spatial coordinates of (variable) plots of land.

5. *Legal requirement: considered immovable by law*

5.1. *Types of immovable things*

In Serbia, the current regulations do not explicitly determine which types of immovable property can be the object of ownership and other, narrower property rights (*iura in re aliena*).

However, this can be indirectly concluded based on the provisions of the *Law on State Survey and Cadaster*. It lists the types of things that can be registered in the Real estate register: 1. *land* (cadastral plots of agricultural, forest,

[27] A.E. Maxwell, C.M. Shobe, *Land-surface parameters for spatial predictive mapping and modeling*, in *Earth-Science Reviews*, 226, 2022, 1

construction, water and other land); 2. above-ground *construction facilities*; 3. *special parts of buildings* that make up the construction unit (apartment, business premises, garage and others).

5.2. *The principle of the unity of immovable property. Superficies solo cedit*

In legal systems that follow the Roman legal tradition, the principle applies that everything that is on the surface of the ground and is physically permanently connected to it belongs to the owner of the land. This includes different types of constructions, but also flora - plants that sprouted by themselves, as well as those that someone sowed or planted. Such an attitude is completely in line with the fact that the surface of the planet Earth (space, territory), along with time, is one of the two most important resources. These are also two key coordinates in the lives of human beings. We all live in a certain time and space. Both resources are limited and therefore extremely valuable. Not always and not only financially, materially, but above all in an existential sense. We can restore objects and plants, but for that we always need a certain place in space (surface). The land, i.e. its surface, is primary (*res principalis*), and what is more permanently connected to it is secondary, belonging to the land (*accessorium*). Another rule is related to this: the accessory follows the legal fate of the main thing (*accessio cedit principale*).

It is obvious that the Roman jurists understood the essence of the problem better than those who lived in later eras. They did not talk about things on the ground, as it is written in many modern textbooks, monographs and other scientific works, but about the surface (*superficium*).

According to Ulpian, it is a natural right that the surface belongs to the owner of the land (*Quod superficies ad dominum soli pertinet*). Such determination leaves the possibility for wider interpretations.

For example *superficium* does not have to be land, but also a water surface, above the land (e.g. a water accumulation) on which there are more permanently stationed residential facilities (e.g. a series of vacation homes on an artificial lake in private property), facilities for industrial production (e.g. for fish processing on the surface of a private pond), infrastructure for the production of plants, shellfish, etc. on the water surface, etc.

5.2.2. *Deviations*

5.2.2.1. The rules of Roman law on the construction of buildings on other people's land

The ancient Romans, who established the principle *superficies solo cedit*, already in the period of the Principate, introduced supplementary, corrective rules and enabled the use of other people's land for the construction of buildings and for agricultural production. Namely, on the basis of special contracts on long-term leases, tenants acquired a permanent, heritable right of lease (*ius perpetuum*), which appeared in different forms, depending on the purpose of the real estate (*ius in agro vectigaila*; *ius in superficies*). Those rights were first protected personally, later by possessory interdicts and finally by property claims *in factum*.

5.2.2.2. Dualistic conception in legal systems of the socialist type

The transformation of the *superficies solo cedit* rule was influenced by social changes in the field of economy, ideology, etc. in some other eras as well. It is considered that one of the drastic examples was the introduction of the so-called *dualistic conceptions* in the legal systems of *socialist countries*, after the Second World War. It was made possible for separate rights to exist on the land and on the buildings built on the surface of the land. (One person could be the owner of the building, and the other the owner of the plot on which it was built.)

Then there was the so-called termination of the legal unity of immovable property. The owners of the buildings acquired the right to (permanent) use of (part of) the plot. The building did not follow the legal fate of the land, but contrary. By transferring the right of ownership to the building or part of it, the right to use the land is automatically transferred. The land thus became a kind of accessory. That relic of the socialist system still exists today in several countries, including Serbia.

5.2.2.3. Contemporary right to build on someone else's land

The fact is that the described dual concept characteristic of socialist orders was not an absolute *novum*. In the legal systems of some countries, even before that, there were special legal institutes that made it possible to separate the authority over a plot of land from that over the buildings built on it. An example of this is the right to build (on someone else's land), which was especially developed in the countries of the Germanic legal circle.

The holder of the building right (builder) is authorized by contract to build a building on someone else's plot of land. In such circumstances, a specific legal relationship arises. The owner of the plot retains the right of ownership on the land. However, he must allow the builder to establish de facto authority on the plot, to use it, to build an object on it unhindered and to be registered in the Real estate register as the owner of the building. In other words, the plot owner has only the so-called bare property (*nuda proprietas*). On the other hand, the builder also has a specific (atypical) property right on the building. It is limited in time. It lasts as long as the right to build. It is about the so-called *fatal limitation of rights*. It represents a drastic departure from the principle of permanence (eternity) of property, which was proclaimed by the French *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* of 1789. and then incorporated into the civil codes and laws of many countries. When the building right ends, the building becomes the property of the land plot owner. The legal unity of the land and what is on it is re-established, in accordance with the maxim *superficies solo cedit*. The landowner's property rights are reintegrated. He then again has all ownership powers on the plot and acquires new ones on the object that passes into his ownership.

5.3. *The need to rethinking the principle of the unity of immovable property*

In most Eastern European countries, under strong ideological, but also other, primarily economic and political influences from the West, a number of laws were passed that established the principle of unity of immovable property. It is necessary to investigate in more detail the causes, true meaning and consequences of such changes.[28]

6. *A brief conclusion*

To the current level of social development and legal science, corresponds the position that immovable things in the sense of property law are those that are more permanently located on a precisely determined part of the surface of the planet Earth and which are considered immovable by law.

[28] D. Nikolić, *Socijalni ekvilibrijum i pravedno privatno pravo*, in *Harmonisation of Serbian and Hungarian law with the European Union law*, Novi Sad, 2017, 207-219.

THE BIRTH OF COMPARATIVE LAW IN JAPAN: 1868-1945*

Andrea Ortolani

SUMMARY: 1. Hozumi: Comparative Law Comes to Japan. – 2. A Tradition of Reception. – 3. The Comparative Law Era. – 4. The Colonial Period: A Tradition of Diffusion. – 5. Comparative Law Societies: The First Steps 1900-1945. – 6. Textbooks and Other Comparative Law Sources. – 7. Comparative Law and the Early Identity of Japanese Law.

1. *Hozumi: Comparative Law Comes to Japan*

> "(T)he new Japanese Civil Code is the result of the comparative study of laws, and offers in its turn, valuable materials for the study of comparative jurisprudence."[1]

This is the earliest and most iconic reference to comparative law made by a Japanese jurist. It was made by Nobushige Hozumi in 1904, in the speech he delivered at the International Congress of Arts and Science, during the Universal Exposition of 1904 in Saint Louis.

Nobushige Hozumi was born in 1855 in Uwajima, a peripheral domain in the Western part of the island of Shikoku, corresponding to modern-day Ehime prefecture. He was among the brightest students in his province. When he was sixteen, just a few years after the start of the Meiji Restoration, he was selected to study law in Tokyo under the supervision of the first foreign legal scholars invited to Japan following the country's opening. He then received a scholarship to study abroad, and left to London in 1876. He enrolled in Middle Temple Inn of Court, qualifying as a barrister in 1879. Hozumi then spent two semesters in Berlin to study German law and comparative jurisprudence, which in his opinion was most advanced in Germany and was indispensable

* This research was made possible by funding from the Nomura Foundation, grant N24-2-L40-006.

[1] N. Hozumi, *The New Japanese Civil Code, as Material for the Study of Comparative Jurisprudence. A Paper Read at the International Congress of Arts and Science, at the Universal Exposition, Saint Louis, 1904*, Tokyo, 1904.

for modernizing the Japanese legal system. After returning to Tokyo in 1881, Hozumi became associate professor, and in 1882, still in his twenties, he was the first full professor of jurisprudence and Dean of the Imperial University of Tokyo.[2]

Hozumi was a prolific scholar, following an eclectic and interdisciplinary method. He was one of the first Japanese jurists to be invited to academic meetings outside Japan. Hozumi was also an active educator, training the first generation of legal professionals of the Meiji period, a bureaucrat and statesman with close ties to the government. He was appointed to the House of Peers (1890-92) and served on the Privy Council (*sūmitsuin*) from 1916 to 1926, year of his passing. Most importantly, between 1893 and 1898, he served as one of the three main drafters of the Civil Code of Japan, which is still technically the code in force today, having been amended several times.

Hozumi's views on the Civil Code and his life in the early period of modern Japanese jurisprudence are paradigmatic of the patterns that permeate throughout all Japanese legal history. The sentence cited at the beginning of this paper is widely known and frequently quoted to demonstrate how Japanese lawyers experienced the reception of foreign law and eagerly endeavoured to remove Japanese jurisprudence from the sphere of influence of China, elevating it to the level of Western jurisprudence and thereby placing Japan on an equal footing with the main world powers of the time.

The reception of foreign models and institutions was the approach taken by Japan in all three of her big waves of legal modernization: first in pre-modern times with the reception of Chinese models, then during the quick but deep and thorough modernization of the Meiji period, and finally in the years after the Second World War.

This analysis focuses on the period corresponding to the second wave, that is from the beginning of the Meiji period in 1868 to the Second World War. During these decades, the reception was at first hurried and rough, since the ultimate goals of the modernization of the legal system were the emancipation from the Chinese sphere of influence and the revision of the unequal treaties signed in the mid-1800s. With the rapid increase in the number and in the skills of Japanese legal professionals, the reception quickly became learned and selective. For example, the Japanese civil code was structurally and ideologically conceived, and presented domestically and abroad, as a Japanese version of the Pandectist legal science. A deeper analysis of its substantive content tells

[2] H. Aoki, *Nobushige Hozumi: A Skillful Transplanter of Western Legal Thought into Japanese Soil*, in A. Riles (edited by), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, London, 2001, 129-150.

another story: it received the influence of various foreign models, particularly the French, giving Japanese codification an eclectic twist.[3] The dominance of German-oriented doctrine partly hid the contribution of French jurisprudence, but it could not impede later rediscovery.[4]

However, in the period analysed here Japan has not just experienced cases of reception. Besides the circulation of legal models from foreign countries to the Archipelago, there is an early tradition of diffusion and circulation of models from Japan to foreign countries. These two phenomena will be examined separately.

2. *A Tradition of Reception*

All areas of the Japanese legal system bear a link to foreign law.[5]

The earliest episode foreshadowing the patterns of exchange between foreign law and the Japanese legal system dates back to the pre-modern period, when in the VII-VIII century the Japanese emperors introduced codes modeled on Chinese examples.[6] In this period, the transplant of foreign institutions and rules was carried out without deep theoretical inquiries. Law was a part of the general education in ethics and was conceived mostly as an instrument of power and control in the hands of the governing elites. Its study was limited to the members of the imperial court. The first major imported documents with a distinct normative content, the so-called *ritsu-ryō* codes, were adaptations to Japan of the Chinese T'ang codes of the VII century, and served as models for the administrative structure of the pre-modern Japanese state and for its early criminal justice system. They will survive as the backbone of the Japanese legal system until the modernization of the late XIX century.

[3] Z. Kitagawa, *Development of Comparative Law in East Asia*, in M. Reimann, R. Zimmermann (edited by), *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford, 2006, 237-260.

[4] E. Hoshino, *Influence of French Civil Law upon the Civil Code of Japan*, in H. Tanaka, M.D.H. Smith, *The Japanese Legal System: Introductory Cases and Materials,* Tokyo, 1976; E. Hoshino, *L'héritage de G. Boissonade Dans Le Code Civil et Dans La Doctrine Du Droit Civil Au Japon*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1991, 43, 407.

[5] T. Kinoshita, *Legal System and Legal Culture in Japan*, in *Zeitschrift für Japanisches Recht*, 2001, 6, 7.

[6] The bibliography about this episode is vast. Virtually all sources on Japanese legal history mention this reception in greater or lesser detail. In english see C. Steenstrup, *A History of Law in Japan Until 1868*, 2nd ed., Leiden, 1996, 37; J.O. Haley, *Authority without Power: Law and the Japanese Paradox*, Oxford, 1995, 29; S. Yasutoshi, K.L. Reeves, *The Ritsuryō State*, in K. Friday (edited by), *Routledge Handbook of Premodern Japanese History*, Abingdon, 2017, 82-98.

This is the earliest case of legal transplant in the Japanese legal system. It was a very important historical event, with major consequences. From the point of view of the sources of law, this reception has been completely swept away and nothing remains of it. It would be naïve however to simply dismiss and ignore a system of rules that had persisted in the country and been practised for over a thousand years. Its legacy is alive in the Japanese legal mentality on two levels. One relates to the legal consciousness of the nation, but this is not the focus of this paper. Besides the aspects relating to legal consciousness, the early reception of Chinese law served as a precedent, paving the way for the massive receptions that would occur from the second half of the XIX century and continue to the present day.

The first receptions of the early Meiji period were carried out when there were few legal scholars and Japanese jurisprudence was still in its infancy. Just few years later, from the 1880s onwards the reception of Western law was performed by jurists who recognized law as an autonomous discipline and had received formal legal education, first abroad and then in Japan.

In the reception waves of the VII and VIII centuries the only model available to Japan was China. In this sense, the comparison was implicit and as mentioned above, Japan adopted Chinese laws and institutions because they seemed superior and more prestigious.[7] Instead, in the Meiji period the elites devoted considerable effort to the study of the foreign legal systems that could serve as models for Japan, and learned the value of comparative jurisprudence. In the early years of the reception there was no clear distinction between the teaching of Japanese law and the teaching of foreign law: the latter was regarded as a means to build the former. From the point of view of the sources of law, the first door through which foreign law entered the Japanese legal system was article 3 of the "Rules for the Conduct of Court Affairs" in 1875.[8] It required judges to decide civil cases based on the law, or, if absent, on custom, and in absence of custom, on reason (*jōri*). Since laws were few and customs unclear, judges often relied on reason. Rather than basing decisions solely on their conscience, they turned to Western law, gradually incorporating the principles of foreign law into court rulings.

Moreover, the issue of which model to follow was not decided exclusively

[7] H. Baum, *Comparison of Law, Transfer of Legal Concepts, and Creation of a Legal Design: The Case of Japan*, in J.O. Haley, T. Takenaka (edited by), *Legal Innovations in Asia*, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, 2014, 61-76.

[8] W. Rohl (edited by), *History of Law in Japan Since 1868*, Leiden, 2005, 664; K. Takayanagi, *Occidental Legal Ideas in Japan: Their Reception and Influence*, in *Pacific Affairs*, 1930, 3, 740, 744.

from a technical standpoint. Sometimes the choice depended simply on practical limitations, such as the availability of foreign legal advisors that could help with the drafting.

In other cases, a thorough assessment of the merits and demerits of different legal solutions determined which model was standpoint as inspiration. For politically significant decisions in particular, also ideological considerations played a crucial role.

The example of the controversy surrounding the enactment of the Civil code in 1893, leading to its thorough revision, is a most famous and paradigmatic episode in the history of the Japanese use of comparative law in the reception of foreign law. In it, technical considerations on what were the best legal solutions combined with political and ideological influences ultimately led to a well concealed compromise.

From the beginning of the Meiji period French culture exerted a leading influence on the intellectuals of the time, and the Napoleonic codes were regarded as the obvious model of choice for modernising the country[9]. Political and diplomatic ties were one of the reasons, the other being the fact that a code is more easily translated and transplanted than the entire body of judicial precedents that constitute the core of the common law of England. The drafting of the code was entrusted in the 1880s to the French legal advisor Gustave E. Boissonade, who completed a final version in 1890 with the help of local jurists. It was scheduled to enter into force on January 1, 1893,[10] but opposition from several parties determined the postponement of its enforcement and a "Code examination commission" was formed to revise it.[11] The three leading members of the Commission, Nobushige Hozumi, Masaaki Tomii and Kenjiro Ume, reviewed thoroughly the code of Boissonade, while incorporating traditional customary law and the latest developments in Western legal science, among which the Pandectist system was greatly emphasized as the most modern approach. The revision of the first three books (general provisions, property, and obligations) was completed in three years and they were promulgated in 1896, while the books on family law and inheritance were promulgated in early 1898. The full Civil Code took effect on July 16, 1898. Structurally, the

[9] K. Mukai, N. Toshitani, *Progress and Problems of Compiling the Civil Code in the Early Meiji Era*, in *Law Japan*, 1, 1967, 25, 35.

[10] W. Rohl, *op. cit.*, 176.

[11] W. Rohl, *op. cit.*, 187; K. Takayanagi, *op. cit.*, 746; K. Riesenhuber, *On the Identity of Japanese Civil Law from a European Perspective*, in Z. Kitagawa, K. Riesenhuber (edited by), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives / Die Identität des deutschen und des japanischen Zivilrechts in vergleichender Betrachtung*, Berlin, 2007, 227.

revised Civil Code follows the German BGB, except for the reversed order of the books on Property and Obligations. The presence of a first book on General Provisions led many to view the Japanese code as a carbon copy of the BGB, but nonetheless, unlike the code of Boissonade, the new code faced little controversy. Its character spurred interest in German law, fostering the idea that scholars and practitioners had to look at German law in order to become real jurists. In this sense, Zentaro Kitagawa wrote that "From the viewpoint of comparative law, Japanese jurisprudence was cast in a mould of German jurisprudence through theory reception. In making a comparison between before and after this theory reception, textbooks, academic papers, and legal texts repeatedly used in court decisions prove out this fact. Thus, the prototype of Japanese civil law jurisprudence can be deemed to have been formed through this theory reception".[12]

This is but one of many examples supporting the idea that the birth of Japanese legal education is inextricably linked with the teaching of foreign law in comparative perspective.[13] As Japanese law began to take shape, Japan moved gradually from studying foreign laws as models, to developing its own distinct legal framework.

Well before the adoption of the Civil Code, in 1887 for the first time a Japanese professor started teaching law in the Japanese language. In the same year a chair of German law was established in Tokyo Imperial University.[14] From the late 1890s Japan had introduced its first Constitution, Civil Code, Commercial Code, Criminal code and codes of procedure. Japan possessed a body of laws and regulations sufficiently extensive to make it meaningful to adopt Japanese law as the principal subject of legal education. The comparative approach however did not fade, since Japanese legal theory was still in its developmental stage. In addition, the dearth of legal precedents made relying on foreign cases and scholarship inevitable. Because of the models chosen for legislation, and of the spread of teaching of German law, the influence of French and English jurisprudence started to fade, while German legal science became the dominant model. Indeed, since many believed that the Constitution and many codes, in particular the Civil Code, had been modeled on German law, the study of German authors and jurisprudence, rather than French or English law, was considered as more appropriate for Japan. The international prestige

[12] Z. Kitagawa, *Introduction: The Identity of Japanese and German Civil Law*, in in Z. Kitagawa, K. Riesenhuber (edited by), *op. cit.*

[13] K. Igarashi, *The Importance of Comparative Law in Legal Education - The Japanese Experiences, Yesterday and Today*, in *Hokudai Hōgaku Ronshū* 1974, 25, 166.

[14] K. Igarashi, *op. cit.*

of German law also contributed to this trend. As a result, many Japanese real jurists believed that it was essential to study German law in order to become a real jurist, and consequently German legal theories became even more influential in Japan. The fondness for German law was so deep that it sometimes led scholars to ignore the fundamental differences between the two countries and automatically apply German theories to Japanese issues.[15]

3. *The Comparative Law Era*

The hastiness of the reception led Noda to observe that this was a period of Westernization characterized by a lack of identity and of comparative legal insight[16]. While the speed of the reception forced scholars and the legislator to cut corners, and while it is true that a legal system's identity requires time to develop coherently, there is no doubt that comparative law played a crucial role in the birth of modern Japanese law.

The hegemony of German legal science lasted until the outbreak of the World War I.[17] Japan and Germany fought on different sides, and while the prestige of German jurisprudence remained strong, since Japanese jurists could no longer visit Germany, there was a revival of the interest for French law. Also, the rise of the United States as a global superpower made many jurists look at American law and at new trends such as the case method approach, legal realism and sociology of law.

This is what Zentaro Kitagawa calls "the comparative law era."[18] Noda also traces the emergence of an original Japanese comparative jurisprudence back to 1916, with the commencement of the course on French Law at Tokyo Imperial University taught by Naojiro Sugiyama as its symbolic turning point.

Naojiro Sugiyama was a central character in the history of Japanese comparative law. His articles *Hikakuhō no kannen* (The concept of comparative law) published in 1918,[19] and *Hikakuhō no konkyo* (The basis of comparative law) in 1919[20] were the first attempts to advance a methodology of comparative

[15] K. Igarashi, *op. cit.*

[16] Y. Noda, *Comparative Jurisprudence in Japan-Its Past and Present, Part I*, in *Law Japan*, 1975, 8, 1-3.

[17] K. Igarashi, *op. cit.*

[18] Z. Kitagawa, *op. cit.*

[19] N. Sugiyama, *Hikakuhō No Kannen*, reprinted in N. Sugiyama, *Hōgen to kaishaku*, Tokyo, 1957.

[20] N. Sugiyama, *Hikakuhō No Konkyo*, in *Hōgaku kyōkai zasshi*, 1919 (series in five parts, unfinished).

law in Japan.[21] He was one of the first Japanese legal scholars to give a lecture at a session of the *Société de Législation Comparée*, in June 1934. In that lecture Sugiyama envisions the mission of legal science in Japan as "to serve as a link between Western and Eastern law, to contribute to the progress of universal law."[22] As detailed later, Sugiyama was also a central figure in the establishment of the Japanese institutions of comparative law.

Sugiyama's activities not only raised the status of French law studies, but also the recognition of comparative and foreign law studies in general. Foreign law had previously been taught by foreign instructors, but after Sugiyama other Japanese scholars began to hold chairs of English and German law. Among them, Kenzo Takayanagi has been a central figure in Japanese Anglo-American legal studies for decades.

4. *The Colonial Period: A Tradition of Diffusion*

In the mid-19th century Japan initiated its modernization to bridge the gap with Western powers, avoid colonization, and establish a strong central state. China watched closely the Japanese example, and it sought to modernize its legal system for the same reasons, with the same goal and along the same lines as Japan. Due to their geographical and cultural proximity, and to the linguistic ties, China looked at Japan as a model. China's modernisation efforts around 1900 included sending students to Japan to learn Western science and techniques, including law. In the early period, the dearth of Chinese translations of key Western texts led Chinese students to rely on Japanese versions. The legal jargon developed in Meiji Japan spread with little adaptations to China through multiple channels, such as translations, legal dictionaries, and everyday use by students and professionals. As a result, Japanese legal terminology became integrated into Chinese legal language and jurisprudence. By the end of the 19th century, Chinese characters, which had previously travelled to Japan giving Japan its first writing system, returned to China with new meanings. This exchange reversed the traditional direction of cultural influence between the two countries.

While this cultural exchange was often framed by scholars as a symbolic

[21] Y. Noda, *op. cit.*, 33.

[22] N. Sugiyama, *Le Droit Comparé et La Mission Du Droit Japonais*, in *Bulletin Trimestriel de la Société del Législation Comparée*, 1935, 281. On Sugiyama, see also B. Jaluzot, *Le Rôle Des Juristes Japonais Dans La Fondation de La Maison Franco-Japonaise*, in *Ebisu. Études japonaises*, <https://journals.openedition.org/ebisu/1365> accessed 13 March 2025.

repayment of Japan's historical cultural debt to China, the importance of serving as the mediator for the spread of Western legal terminology and concepts within the region was recognised from the beginning as a strategic endeavour by the Japanese government. The ultimate goal was to establish Japan's position as the leading regional power from an intellectual standpoint as well. The use of modernisation and of a refined approach to law will prove important when Japan emerged as the dominant regional power and imposed its laws in the colonies of Taiwan and Korea.

The events surrounding the drafting of civil codes in the region can once again serve as an example of the circulation of models around Japan.

Taiwan became a Japanese colony in 1895. At that moment, the Japanese civil code was still being drafted. For the first few years after the enactment of the code in the mainland, it applied in Taiwan only to Japanese persons, and civil disputes among Taiwanese were solved according to Taiwanese customs. From 1923 the Japanese Civil code was formally applied to disputes among Taiwanese, with the exception of family and inheritance matters.[23]

Korea was a Japanese colony, and the Japanese civil code was in force there from 1910 to 1945. China, after few attempts that failed due to political chaos, finally enacted a civil code in 1929. The code was influenced by German jurisprudence, both directly and through the filter of Japan.

With the conclusion of Japanese rule following Japan's defeat in World War II, the Chinese code was applied in Taiwan. Korea enacted a civil code in 1958, which is influenced by Germany directly or through the filter of Japan.[24]

Japan served as a direct model for the colonies and later for the independent countries of the region, and as the country that modernised first, served as the intermediary for the diffusion of Western models to its neighbours. Japan's familiarity with Western law made it a leader in the region, and a prestigious destination for students and young scholars from much of Asia, in turn enhancing its leading position further and enriching the academic dialogue within the region. In this sense, Japan had a tradition of comparative jurisprudence not only as a receiving country, but also as a donor, colonial country. The fact that Japan had become a regional model through colonization and prestige was clear to Japanese comparative law scholars: in the above-mentioned lecture delivered at the *Société de Législation Comparée* in 1934, Naojiro Sugiyama emphasised that Japanese law "harmonises […] the elements of the two Eastern

[23] T.S. Wang, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1895-1945: The Reception of Western Law*, Seattle, 1992; T.F. Chen, *Transplant of Civil Code in Japan, Taiwan, and China: With the Focus of Legal Evolution*, in *NTU L. Rev*, 2011, 6, 389.

[24] Z. Kitagawa *op. cit.*

and Western characters. […] this is not an exclusive feature of Japanese law; it can be found to a greater or lesser extent in other Eastern legal systems. But if it is necessary to name the country which is the forerunner of this type, which has been the most successful in this attempt at harmonisation, which has extended the experiment to various regions with quite remarkable characteristics, such as Formosa, Korea, Sakhalin, Kwantung, and part of Oceania, which has exerted a remarkable influence in China, Siam, Manchukuo, etc., and which can be considered as the most representative legal system among these, nobody can deny that it would be Japan. These are the fruits that the Japanese people have reaped thanks to their national genius for comparative law."[25]

This tradition will continue and be revived, in a different form, after the 1980s, when government-sponsored legal aid programs will contribute to the spread of the Japanese legal system as a model of prestige for East Asia.[26]

5. *Comparative Law Societies: The First Steps: 1900-1945*

The first Japanese academic society devoted to the research in foreign and comparative law was the *Nippon Futsugo Hōsōkai* (The Japanese society of francophone jurists). It was founded in 1937, under the initiative of Naojiro Sugiyama, as a sister organization to the French *Association des juristes de langue française*, now known as the *Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*. The creation of the Society was partly the result of the favourable climate of cultural exchanges between France and Japan, culminating in the establishment of the Maison Franco-Japonaise in Tokyo, in which several jurists from both countries played a key role.[27] In its early years, the Society contributed greatly to the development of Japanese comparative law by publishing the journal *Hikakuhō Zasshi* (Journal of Comparative Law). The activities of the Society and the publication of the journal ceased with the outbreak of World War II.[28]

Taiwan was a Japanese colony from 1895 until the end of World War II. At the Taihoku[29] Imperial University, founded in 1928 and now known as the

[25] N. Sugiyama, *Le Droit Comparé et La Mission Du Droit Japonais*, cit.

[26] The Ministry of justice lists the following projects. In brackets the year in which legal aid started: Vietnam (1994); Cambodia (1996); Laos (1998); Indonesia (1998); Uzbekistan (2001); China (2007); Timor-Leste (2008); Nepal (2009); Myanmar (2013); Bangladesh (2016); Sri Lanka (2019).

[27] B. Jaluzot, *op. cit.*.

[28] Y. Noda, *op. cit.*, 37.

[29] "Taipei" was read as "Taihoku" in Japanese.

University of Taipei, Kōajiro Miyazaki established the *Taihoku hikakuhō gakkai* (Taihoku Comparative Law Society), which published a two-volume comparative study of marriage laws in 1937 and 1942. A third volume was planned but was not published due to the war. The contributors to the project resumed it in Japan after the war and published their works as *Hikaku kon'in hō* (Comparative marriage law) in 1969.[30]

The Foreign Law Institute of the Kobe Commercial College, now Kobe University, commenced in 1937 the publication of *Gendai Gaikoku Hōten Sōsho* (Contemporary Foreign Codes Annotated). Thirty-five volumes of the thirty-six planned were published.

The first steps of the institutions dedicated to the study of comparative law came under pressure and eventually ground to a halt when Japan turned to militarism, followed by war. The study of foreign law switched to Germany and Italy, while other exchanges ceased.

This situation would change and comparative law would emerge from its "hibernation"[31] only after 1945.

6. *Textbooks and Other Comparative Law Sources*

The oldest Japanese books containing references to comparative law in their titles are translations of Western works.

The first is the Japanese translation of the work by Théophile Huc *Le code civil italien et le code Napoléon - Études de legislation comparée*, translated as *Ifutsu minpō hikaku ronpyō* by Saburo Kōmyōji and published by the Ministry of Justice in 1882.

The oldest literal reference to "comparative law" (*hikakuhō*) can be found in the translation of the book of Lord Thomas Mackenzie "Studies in Roman law, with comparative views of the laws of France, England, and Scotland". Its fifth edition was translated in Japanese by Teiichiro Matsuno and Teiji Itō, with the title *Ra-Ei-Futsu-So kakkoku hikakuhō riron*, and published by the Ministry of Justice in 1891[32]. Santarō Okamatsu translated E.G. Boutmy's *Études de droit constitutionnel* from the English translation of the 2nd edition; it appeared with the Japanese title of *Eibeifutsu Hikaku Kenpōron* (Theory of compared constitutional law in England, America and France).

[30] Y. Noda, *op. cit.*, 38.

[31] *Ibid.*

[32] A. Ortolani, *Japanese Comparative Law and Foreign Influences*, CDCT working paper 18-2013.

Original works took slightly longer to appear. The oldest is *Hikaku kokuhōgaku* (National Law Compared) by Seiichi Sueoka, published in 1899. An undated work titled *Hikaku keihō* (Comparative Criminal Law) by Asatarō Okada (1868-1936) was also presumably completed and published before 1899.

As time went by, works analysing specific areas of law from a comparative perspective began to appear. Among the first examples, in 1898 Sakutaro Tachi published *Hikaku kikahō* (Comparative Naturalization Laws). The 1920s saw some noteworthy works: *Hikaku hōsei* (Comparative Legislation, 1921) by Kenkichi Kanda, *Hikaku keihō* (Comparative criminal law, 1923) by Jinjirō Kosai, *Nichiei tegatahō hikaku kogi* (Lectures on Comparative Japanese and English Bill Law, 1929) by Shigeru Tamai, and *Kaishahō hikakukenkyu* (Comparative Research on Company Law, 1929) by Takeo Kurusu.

After the 1930s, the number of books on comparative law increased, but it was not until well after the Second World War that general materials and books on comparative law appeared: in 1950 the Comparative Society for Comparative Law started publishing its journal *Hikakuhō kenkyū* (Researches in Comparative Law) and in 1951 the Japanese Center for Comparative Law started publishing the *Hikakuhō Zasshi* (Comparative Law Journal). In 1958 Masao Ōki would publish *Hikakuhō shisō no rekishiteki tenkai: Hikakuhōgaku no konpon mondai* (Historical Development of Comparative Legal Thought : Fundamental Issues in Comparative Jurisprudence, 1958).

7. *Comparative law and the early identity of Japanese law*

Two facets of the identity of Japanese law emerge from the analysis of the influence of comparative law on its formative phase.

The first is the initial lack of a sharp distinction between the study of foreign law from a comparative perspective and the study of law *tout court*. As mentioned earlier, the study of foreign law was regarded by the first Japanese legal scholars as an end in itself, and at the same time as a means for building the domestic legal system. This early absence of clear boundaries between jurisprudence, foreign law and comparative law accounts for the fact that even today the distinction remains blurred in Japan.[33] In this respect Japan presents a very peculiar situation: it is a country whose legal system was built through the comparative study of law, but in which comparative law as an academic

[33] K. Igarashi, *op. cit.*; N. Asano, *Current Situation of Education in Japan on Comparative Law/Foreign Countries' Laws*, in *Kansai University review of law and politics*, 2018, 39, 79.

discipline does not receive a wide recognition. It is often swallowed up by the study of foreign law, or not infrequently, of domestic law, so that virtually all Japanese lawyers become comparatists, to some extent unconsciously.[34]

The second aspect is that the recognition and embrace of comparative law was often done in order to promote practical goals. With regard to the domestic legal system, the use of comparative law had the goal of affirming the identity of the Japanese legal system as a member of the civil law family, and take it out of the Chinese sphere of influence. In colonial times, comparative law was used to project Japan's influence on the colonies.[35]

Japan's use of comparative law, at the same time deeply embedded yet rarely explicitly acknowledged, is another example of how tradition and political goals influence the origin and the development of legal transplants.

[34] G.F. Colombo, *Japan as a Victim of Comparative Law*, in *Mich. St. Int'l L. Rev.*, 2013, 22, 731.

[35] On Taiwan, see Wang, *op. cit.*.; on Korea, see A. Dudden, *Japan's Colonization of Korea: Discourse and Power*, Honolulu, 2006; M.S.H. Kim, *Ume Kenjirō and the Making of Korean Civil Law, 1906-1910*, in *The Journal of Japanese Studies* 2008, 1, 1.

INTERPRETATION OF THE CISG[*]

Jelena Perović Vujačić

SUMMARY: 1. Importance of the UN Convention on the International Sale of Goods in the sphere of unification of contract law. – 2. Importance of interpretation of the CISG. – 3. Principles of interpretation. – 4. Gap-filling. – 5. Conclusion.

1. *Importance of the UN Convention on the International Sale of Goods in the sphere of unification of contract law*[1]

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods adopted in 1980 (hereinafter: CISG or Convention)[2] is one of the most important conventions in the field of contract law and the principal instrument of unification of the law in this area.[3] This Convention, drawn up as a result

[*] This paper contains updated and summarized results of extensive research in the field of the international sales law, analysed in detail and commented on in previously published scientific papers by Jelena Perović Vujačić, referred to where appropriate in this paper.

[1] J. Perović Vujačić, *Contracts for the international sale of goods*, in *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, 1, 2022, 143-149.

[2] In French: Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM).

[3] For an introduction to the Convention, see: I. Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth Edition, Oxford, 2016; S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), A Commentary*, Second Edition, Munich, 2018; C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987; K.H. Neumayer, C. Ming (ed. F. Dessemontet), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*, Lausanne, 1993; J.O. Honnold, *Uniform Law on International Sales*, Third edition, Alphen aan den Rijn, 1999; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises Droit uniforme, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, 2000. In Serbian literature, for example: M. Draškić, *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Belgrade, 1990; M. Draškić, M. Stanivuković, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Belgrade, 2005; A. Goldštajn, *Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u strukturi prava međunarodne trgovine*, Zagreb, 1980; J. Vilus, *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zagreb, 1981; V. Popović, R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo – posebni deo: Ugovori međunarodne trgovine*, Banjaluka/Kragujevac, 2010; M.

of years of work of UNCITRAL[4] member states representatives coming from different legal systems, is often described in literature as a universal codifying act in the international sale of goods, a central pillar of a unified legal order and *lingua franca* of international trade.[5] The vision of a global unified law on international sales, promoted by Ernst Rabel and his followers in the early 20th century, came true with its adoption.[6]

The CISG began its life forty five years ago. Today, this Convention bears the mark of acquired experience, a beacon in the process of unification of contract law, a role model of numerous national laws and international documents in the international sales law and a pillar of development of common legal culture.

Of all the international conventions governing substantive contract law, the CISG includes the largest number of Contracting States. Since its entry into force in January 1988, the number of Contracting States has been steadily growing,[7] and today[8] there are as many as 97 states from all over the world.[9] The Convention has been ratified by the largest exporting countries (China, USA, Germany, Japan, Netherlands, South Korea, France, Italy, Belgium), and over 80% world trade is governed by the CISG.[10] In Europe, almost all countries have ratified this document, so the CISG is on the way to becoming the universal law of international sales in Europe.[11] It should be

Đorđević, *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, PhD thesis defended at Faculty of Law, Belgrade University in 2012 (available at: *http://doiserbia.nb.rs/phd/fulltext/BG20120622DJORDJEVIC.pdf*), in particular 1-30; J. Perović, *Bitna povreda ugovora Međunarodna prodaja robe*, Belgrade, 2004, in particular 28-110.

[4] United Nations Commission on International Trade Law.

[5] See P. Schlechtriem, *Introduction*, in P. Schlechtriem (ed), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Second Edition, Oxford, 1998, 5-7; P. Schlechtriem, *25 Years of the CISG: An International Lingua Franca for Drafting Uniform Laws, Legal Principles, Domestic Legislation and Transnational Contracts*, in H. Flechtner, R. Brand, M. Walter (eds), *Drafting Contracts Under the CISG*, Oxford, 2008; I. Schwenzer, *Introduction*, in I. Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., 9 ff.

[6] The CISG entered into force on 1 January 1988. See J. Perović, *Bitna povreda ugovora Međunarodna prodaja robe*, cit., 20-23, 30.

[7] Yugoslavia ratified the Convention on 27 March 1985. Following the changes in terms of state law in the SFRY, the Convention remains in force in Serbia.

[8] As of November 2023.

[9] See *https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-table-contracting-states*.

[10] See I. Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., 1.

[11] J. Perović, *Bitna povreda ugovora Međunarodna prodaja robe*, cit., 31.

noted that major trading countries with Serbia have accepted the CISG (all EU countries except the three above-mentioned, Russia and China, all CEFTA Member States), and that trade between Serbia and these countries takes place within the CISG.[12]

The CISG rules have exerted considerable influence on modern national codifications governing contracts for the sale of goods (*e.g.* in Germany, Netherlands, Scandinavian states, China, Japan, South Korea, Russia, Estonia, Quebec),[13] as well as other international and regional documents and projects concerning uniform contract law (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts,[14] Principles of European Contract Law,[15] Draft Common Frame of Reference of European Private Law,[16] etc).[17] The importance of the CISG was also acknowledged by the Commission for Drafting the Civil Code of the Republic of Serbia, which explicitly stated in its 2007 Report that the CISG provided a starting point for drafting the section of the Civil Code addressing Obligations.[18] Accordingly, the Preliminary Draft Civil Code of the Republic of Serbia[19] (hereinafter: Preliminary Draft or Preliminary Draft Civil

[12] More details, M. Đorđević, *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, cit., 7 ff.

[13] For a summary of comparative legislation in this regard, see I. Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., 10.

[14] See UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, UNIDROIT, Rome, 2016.

[15] See O. Lando and H. Beale (eds), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, prepared by the Commission of European Contract Law, The Hague/London/Boston, 2000.

[16] See *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, 2009.

[17] The CISG also had a great influence on uniform rules of commercial contracts - Acte uniforme relative au droit commercial général from 1997, drawn up by the Organisation for the Harmonisation of Corporate Law in Africa (OHADA). In detail, P. Šarčević, *The CISG and Regional Unification*, in F. Ferrari (ed), *The 1980 Uniform Sales Law, Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Verona Conference 2003, Milano, 2003, 13-15. See also Acte uniforme révisé sur le droit commercial général from 2010 (available at: *http://www.ohada.com/actes-uniformes/940/acte-uniforme-revise-portant-sur-le-droit-commercial-general.html*).

[18] Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije, Izveštaj Komisije sa otvorenim pitanjima, Government of Serbia, Commission for Drafting the Civil Code, Belgrade, 2007, 149.

[19] Chair of the Commission for Drafting the Civil Code of the Republic of Serbia was Academician Professor Dr. Slobodan Perović. Professor Perović emphasized that the Kopaonik School was "birthplace of the Preliminary Draft Civil Code", and that the first important steps towards making a proposal for drafting the Code were taken at the

Code of Serbia), in the section related to obligation relations, proposes a number of changes in line with the relevant solutions of the CISG.[20]

The CISG rules are applied to a large number of cases decided by courts and arbitral tribunals worldwide,[21] and at the international level there have been several attempts to make the case law of different countries available to those who apply the Convention and thus contribute to its uniform interpretation.[22]

Finally, the CISG itself, as well as its specific solutions and rules, are subject to continuous scrutiny of legal theory, which has dedicated numerous scientific studies, commentaries and analyses to the Convention.

And here is the general conclusion: the forty years of the Convention testify to the manifold importance of this international document – from the solutions adopted, the number of Signatory States, court and arbitration practice as a kind of "test" of the criteria laid down by the Convention, abundance of standpoints in legal theory, all the way to the triumph of universal law of international sales over the particularism of myriads of national legal systems.

Kopaonik School of Natural Law. It was the School, acting within its scientific competence, and especially upon the reasoned initiative of its Department for Codification of Civil Law, that made this proposal alive. On that occasion, Professor Perović said: "As founder and Chair of the Kopaonik School of Natural Law, I was given the scientific honour to forward to the Government an official proposal to establish a Commission for Adoption of the Civil Code of the Republic of Serbia, complete with underlying reasons and needs for adopting the Code. The proposal contained nominations for potential members of the Commission, competent to work on such a Commission." The proposal was fully accepted by the Serbian Government, which decided, in 2006, to set up a Commission for Drafting the Civil Code of the Republic of Serbia. The Preliminary Draft Civil Code of the Republic of Serbia was written, published and submitted for public discussion during the lifetime of Professor Slobodan Perović. This work, made before the passing of Professor Perović, remains noted and documented and available as such to the general public. The publication of the work allowed for drawing a clear line between the Preliminary Draft Civil Code drawn up during the lifetime of Professor Slobodan Perović and everything that would transpire after his demise.

[20] Some of the more important changes will be discussed further below.

[21] Information on court decisions and arbitral awards involving the application of the CISG is available at: *www.uncitral.org/clout.*

[22] This will be discussed further below while addressing the need for a uniform interpretation of the Convention.

2. *Importance of interpretation of the CISG*[23]

International conventions, by virtue of their unified rules, ought to contribute to raising the level of legal certainty in the fields they bear upon. One of the basic requirements in this regard is to ensure their uniform interpretation. In the context of the CISG, which covers a broad spectrum of contractual relations in the international sale of goods, the fulfilment of this requirement presents a complex and extremely delicate mission. As an international document enacted in more than 90 countries, applied by judges and arbitrators coming from different legal systems, the CISG faces the risk of being interpreted not in a way that is autonomous and uniform, but rather in the light of criteria and legal concepts accepted in different national legal cultures and traditions.[24] The scope for different interpretations is all the greater since there is no court at the international level vested with exclusive jurisdiction to interpret the Convention,[25] and the interpretation of uniform rules rests "in the hands" of national courts,[26] whose logic and legal reasoning may differ from country to country.[27] This is paving the way for the Convention to lose its uniform identity,[28] and for its rules to become subject to different interpretations, which in itself opens the door to legal uncertainty in the area covered by the CISG.[29]

[23] J. Perović Vujačić, *Contracts for the international sale of goods*, cit., 205-206.

[24] See F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, in *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, No. 7, 2003, 63, stating that, in practice, different countries almost inevitably come to put different interpretations upon the same enacted words.

[25] See J. Lookofsky, *In Dubio Pro Conventione? Some Thoughts About Opt-outs, Computer Programs and Preemption Under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG)*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, No. 3, 2003, 268, stating in that respect: "… no international court sits atop the CISG 'pyramid' with the authority to iron out differences in opinion among the national instances below."

[26] More, M. Gebauer, *Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation*, in *Uniform Law Review*, Vol. 5, No. 4, 2000, 683-704; S. Cook, *The Need for Uniform Interpretation of the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *University of Pittsburgh Law Review*, No. 50, 1988, 197.

[27] See B. Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, 1990, 47.

[28] Some authors describe this as "re-nationalisation" of unified law. See M. Gebauer, *Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation*, cit., 683.

[29] In this regard, it is held in the doctrine that unification of the law at international level is, understandably, impeded by political, social, economic and cultural differences among countries (see K.H. Nadelmann, *Uniform Interpretation of 'Uniform' Law*, in *1959 UNIDROIT Yearbook*,

Aware of this problem, the drafters of the Convention established a special set of rules aimed to ensure uniform application of this international document.[30] These rules, concerned with the interpretation of the Convention and gap-filling, are laid down in Article 7 CISG providing that: "In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade (1). Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law (2)."[31] It is rightfully argued in literature that Article 7 presents one of the most important provisions of the CISG, given that a successful application of the Convention depends primarily on its uniform interpretation by courts and arbitral tribunals.[32]

3. *Principles of interpretation*[33]

Under Article 7 Para 1, the CISG provides for three principles to be applied in its interpretation, relating to: the international character of the Convention, its uniform application and the observance of good faith in international trade. Similar rules of interpretation are contained in some other documents of uniform law, such as UNIDROIT Convention on Agency in International Sale of Goods of 1983,[34] UNIDROIT Convention on International Factoring of

Rome, 1960, 383, cited from L. Graffi, *Razlike u tumačenju Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe: koncept 'bitne povrede ugovora'*, in *Pravni život*, 11, Belgrade, 2003, 238).

[30] On history of these rules, I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, in I. Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cit., 119-120; K.H. Neumayer, K. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*, cit., 96 ff.

[31] Commentary, I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 119-142; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, in S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), A Commentary*, cit., 112–145; M.J. Bonell, *Article 7*, in C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention*, cit., 65-94; K. H. Neumayer, K. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*, cit., 96-110; J. O. Honnold, *Uniform Law on International Sales*, cit., 88-114.

[32] See P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 113.

[33] J. Perović Vujačić, *Contracts for the international sale of goods*, cit., 206-216.

[34] Article 6 Para 1 of the Convention.

1988,[35] UNIDROIT Convention on International Financial Leasing of 1988,[36] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts[37] and Principles of European Contract Law.[38]

Autonomous Interpretation

The principle which prescribes giving regard to the international character of the Convention in its interpretation indicates that the CISG is to be interpreted autonomously.[39] Essentially, it imposes the requirement for the meaning of the CISG rules to be determined independently from any criteria applied in domestic law in that regard,[40] notwithstanding the fact that international conventions, by virtue of being enacted in a state, become part of its domestic law.[41]

In this regard, the wording used in the CISG should not be interpreted in the context of the corresponding wording of the domestic law, even in case of identical terminology,[42] *i.e.* even where the domestic law makes the identical choice of words as the CISG[43] (such as "good faith", "usage", "reasonably", "termination" etc).[44] Such terms should be considered as separate and different from the corresponding terms of the domestic law since the language of international conventions is presumed to be "neutral"[45] as a rule. The method

[35] Article 4 of the Convention.

[36] Article 6 of the Convention.

[37] Article 1.6 UNIDROIT Principles.

[38] Article 1:106 PECL.

[39] P. Huber, *Some introductory remarks on the CISG*, in *Internationales Handelsrecht*, 6, 2006, 228-238, available at https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/some-introductory-remarks-cisg; P. Schlechtriem, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, in *Victoria University Wellington Law Review*, 4, 2005, 789; B. Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, cit.; I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 122.

[40] In other words, the CISG is to be interpreted in the context of its international character, rather than the "optics" of the domestic law (F. Ferrari, *The Relationship Between the UCC and the CISG and the Construction of Uniform Law*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, No. 29, 1996, 1025).

[41] In that regard, F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit., 64.

[42] P. Huber, *Some introductory remarks on the CISG*, cit., underlining the importance of autonomous "*CISG - meaning*" interpretation.

[43] F. Ferrari, *The Relationship Between the UCC and the CISG and the Construction of Uniform Law*, cit., 1023.

[44] F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit., 65.

[45] On neutrality of the language of the CISG, M. J. Bonell, *Article 7*, cit., 74.

of interpretation to be applied,[46] in this regard, relies on the autonomous wording of the CISG,[47] positions taken in the course of its preparation at the Diplomatic Conference in Vienna (*travaux préparatoires*), the place and role of the specific rule within the system of the CISG,[48] and the goals it aims to achieve.[49]

The need to take into account the international character of the CISG in its interpretation has also been affirmed in court practice. Thus, a decision of a US court warns that even when the language of the relevant CISG provisions and the UCC[50] is identical, the UCC caselaw should not be applicable to the interpretation of the CISG.[51] By the same token, Swiss courts hold that the requirement to have regard to the international character of the CISG enjoins the courts to interpret it autonomously, excluding recourse to any domestic laws.[52] Explicit position to that effect is also taken by the German Federal Supreme Court.[53-54]

It is in this context that we need to understand some broad and general terms used by the CISG, such as "substantial part" of the materials and "preponderant part" of the obligation in Article 3, "fundamental breach of contract" in Article 25, "impediment" in Article 79, "place of business" or "seat" in Articles 1 and 10 CISG etc. These and similar terms in the CISG have their own special meaning, separate from the preconceptions of the domestic law in

[46] On specific methods of interpretation to be applied, P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 115 and 127 ff; I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 129.

[47] In particular the official languages of the CISG: Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish, although regard should be given to the fact that these texts show certain terminological discrepancies. See I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 122.

[48] I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 123.

[49] P. Huber, *Some introductory remarks on the CISG*, cit..

[50] Uniform Commercial Code (USA).

[51] *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, 71 F.3d 1024, 1028 (2d Cir. 1995): "UCC case law is not per se applicable", cited from F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit., 66.

[52] See for example Decision of *HG Kanton Aargau*, (*Granular plastic case*) of 11 June 1999. More on Swiss court practice in that regard, *ibidem*.

[53] *Bundesgerichtshof* (*Cobalt sulphate case*) of 3 April 1996: "The CISG is different from German domestic law, whose provisions and special principles are, as a matter of principle, inapplicable for the interpretation of the CISG (Art. 7 CISG)." See also *Bundesgerichtshof* (*Vine wax case*) of 24 March 1999.

[54] However, certain courts have taken the contrary position on this issue, allowing that analogous application of the domestic law criteria to the CISG rule under scrutiny, may assist the judge in the interpretation of the Convention. This approach has been sharply criticised in the doctrine as being contrary to the goals of the CISG. See F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit., 67.

that regard, and this lends singular importance to the principles of autonomy and uniformity in their interpretation.[55]

Uniform Interpretation

The requirement for uniform interpretation laid down in Article 7 Para 1 CISG ("In the interpretation of this Convention, regard is to be had... to the need to promote uniformity in its application") is closely linked to the autonomous interpretation of the CISG.[56] The reference made in the CISG to the need for its uniform interpretation does not mean that the Convention is a document "frozen in time", "perfect" and self-sufficient.[57] To the contrary, the general flexibility of the solutions of the Convention, and above all its rules concerning the gap-filling,[58] and the importance of usage,[59] leave room enough for the courts to find optimum solutions in line with the circumstances of each case at issue.[60] What the above reference seeks to achieve is for the uniform rules to be understood as general and common to the transactions involving the international sale of goods,[61] regardless of the nationality of the parties, place of performance, or the type of the goods in hand.[62-63]

[55] See P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 116: "In that sense, the Convention creates its own terminology displacing similar concepts under domestic law… The Convention, through its uniform and autonomous concepts and progressive awareness, tries to achieve an international, concrete, predictable, and uniform interpretation."

[56] Although the principles of autonomous and uniform interpretation are interlinked, they should not be equated. Autonomous interpretation of the CISG is no guarantee of its uniform application, since in some cases different courts are likely to give different "autonomous" interpretations of the same rules. On the other hand, uniform application of the CISG is not invariably based on its autonomous interpretation (M. Gebauer, *Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation*, cit., 683).

[57] In that regard, P. Schlechtriem, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, cit., 788.

[58] Article 7 Para 2 CISG.

[59] Article 9 CISG.

[60] In that regard, P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit.; P. Schlechtriem, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, cit., 788.

[61] Uniform application of the CISG does not entail identical solutions; the rules of the CISG may be adapted to the relevant circumstances of each case in hand. See in that regard, C. Andersen, *Defining Uniformity in Law*, in *Uniform Law Review*, Vol. 12, No. 1, 2007, 5, stating: "We can define 'uniformity' as the varying degree of similar effects on a legal phenomenon across boundaries of different jurisdictions resulting from the application of deliberate efforts to create specific shared rules in some form."

[62] See in this context Decision of U.S. District Court for the Southern District of New York (*St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*) of 26 March 2002.

[63] See P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 117.

The CISG, however, does not provide for guidance on how to achieve its uniform application, and there is no international court[64] with an exclusive authority in interpreting the CISG.[65] A uniform application of the CISG therefore requires the judges and arbitrators applying the CISG to have regard to the court decisions and arbitral awards in other states and thereby develop common rules for the interpretation of the CISG.[66] In this sense, judges and arbitrators, in the reasoning of their decisions relating to the CISG application, often quote the decisions of the courts in other countries rendered in similar cases.[67]

At the international plane, several efforts have been made to make the case law of different countries available to those applying the Convention and thus promote its uniform interpretation. Particularly important in this regard are the activities undertaken within UNCITRAL, above all the CLOUT system[68] and the Digest of Case Law,[69] as well as the opinions issued by the Advisory

[64] Schlechtriem suggests that this situation resembles "members of an orchestra without a conductor", cited from I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 123.

[65] In this context some authors refer to "international supreme court that is competent to decide on the interpretation as a last instance" (I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit.), others speak of "supranational court having the power to decide with binding effect on the correct interpretation of the Convention" (P. Huber, *Some introductory remarks on the CISG*, cit., 228), while yet others of "common court for the authoritative interpretation of the uniform law" (M. Gebauer, *Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation*, cit.) etc.

[66] I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit.

[67] Thus, for example, in the Award of Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce T-25/06 of 13 November 2007, the sole arbitrator made reference to three foreign court decisions relating to the issue of applicability of the CISG to international distributorship contract, while in Award T-8/06 of 1 October 2007, arbitrators affirmed, without quoting the relevant decisions, that regard is to be had of the comparative practice and the preceding positions, in the interpretation of the CISG under Article 7 Para 1 CISG (cited from V. Pavić, M. Đorđević, *Primena Bečke konvencije u arbitražnoj praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije*, in *Pravo i privreda*, 5-8, 2008, 580-581).

[68] *Case Law on UNCITRAL Text* – information system established within UNCITRAL whose aim is to collect, publish and exchange the information on court decisions and arbitral awards relating to UNCITRAL Conventions and Model Laws, in order to facilitate their uniform interpretation and application. The system is explained in the User Guide: A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.3.

[69] *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. The Digest follows the evolution of the case law on the CISG. Published in 2004 for the first time, the Digest is committed to periodic releases of updates, the latest being published in 2016.

Council on the CISG,[70] *Pace* electronic database[71] on the CISG and international commercial law, UNILEX collection of case law and international bibliography on the CISG[72] etc.[73]

Observance of Good Faith in International Trade

The third principle provided under Article 7 Para 1 CISG addresses the need to observe good faith in international trade. This solution was adopted at the Diplomatic Conference in Vienna as a result of a compromise between two conflicting positions of the delegates present – those in favour of explicitly providing for the observance of good faith principle as a general obligation of the parties under the CISG and those believing that any explicit reference to this principle in the CISG should be avoided.[74] The solution, as it is, has been a source of controversies in legal theory and case law ever since it was proposed.

[70] *Advisory Council on the CISG (CISG - AC)*, established as a private initiative by a number of scholars aiming to promote a uniform interpretation and application of the CISG by critically analysing cases of CISG application and scholarly writings on these topics. In line with its objectives, this body issues opinions of advisory character (at the time of writing this paper, CISG-AC has issued 21 and published 20 Opinions).

[71] *Pace database on the CISG and International Commercial Law*, established at the Institute of International Commercial Law of Pace University in New York, bearing the name or its creator Professor Albert Critzer (*Albert H. Critzer CISG Database*). It is an eLibrary with about 10.000 bibliographic units, over 3.000 cases and 1.600 commentaries, monographs and books on the CISG and thereto related topics. Detailed information about this database is available at: *www.cisg.law.pace.edu.*

[72] Electronic database of case law and bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and on the CISG. Detailed information about this database: *www.unilex.info.*

[73] The *Willem C. Vis International Arbitration Moot*, an international competition for law students, traditionally organized in Vienna every year, also contributes significantly to the knowledge of the CISG, its problems always involving cases arising out of contracts of international sale governed by the CISG. Given that many students participating in the competition become judges or arbitrators on completing their studies, this competition undoubtedly promotes uniform interpretation and application of the CISG.

[74] More on this issue, J.O. Honnold, *Uniform Law on International Sales*, cit., 99; B. Zeller, *Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2003, Chapter 4; M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, in *Pravni život*, 10, 2004, 431; F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit., 74; I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 126; P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods,* Vienna, 1986, 38; A.M. Garro, *Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *International Lawyer*, 23, 1989, 466-467.

These controversies boil down to two fundamental questions: 1) whether the good faith principle is applied only to the interpretation of the CISG or also to the contractual relationship in terms of a general obligation of the parties 2) whether the scope of this principle is narrowed down to the interpretation of Article 7 Para 1 CISG, or it constitutes a general principle on which the Convention is based in terms of Article 7 Para 2 CISG.[75] In search for answers to these questions, two sharply conflicting approaches have emerged in legal theory and case law.

According to one approach, the good faith principle is simply an additional instrument of CISG interpretation,[76] used by the judges to avoid reaching unfair solutions in specific cases of application of the Convention.[77] The main argument behind this approach, based on *travaux préparatoires* and strict linguistic interpretation of the CISG, suggests that the vagueness of the notion of good faith[78] may undermine uniform application of the CISG, and consequently also legal certainty.[79] The same logic is evident in the positions suggesting that the good faith principle, even if understood as mere instrument of interpretation, may go contrary to the ultimate goal of the CISG, which is to promote uniformity of its application. It is suggested in this regard that there is a risk of courts being unable to develop a common definition of

[75] In that regard, M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 431.

[76] This approach is advocated, for example, by, I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 126-128; P. Schlechtriem, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, cit., 790; P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., 38; J.O. Honnold, *Uniform Law on International Sales*, cit., 100: "… the Convention rejects 'good faith' as a general principle and uses 'good faith' solely as a principle for interpreting the provisions of the Convention"; B. Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, cit., 47; E.A. Farnsworth, *Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, 55–56. Speaking of case law, see for example arbitral award of *ICC Arbitration Case No. 8611* (*Industrial equipment case*) of 23 January 1997, stating: "the provisions of Art. 7(1) CISG concern only the interpretation of the Convention".

[77] More, P. Winship, *Commentary on Professor Kastely's Rhetorical Analysis (Symposium Reflections)*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 8, 3, 1988, 631; F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit.

[78] A critical analysis of the vagueness of the notion of good faith, A. Rosett, *Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Ohio State Law Journal*, 45, 1984, 289.

[79] More, J. O. Honnold, *Uniform Law on International Sales*, cit.; F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit.

this principle,[80] which would lead to different interpretations of the CISG and get in the way of its uniform application.[81] Finally, it is argued in favour of this approach that the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, whose solutions are largely inspired by the CISG, contain two separate rules – one addressing the interpretation of the Principles (Article 1.6) and the other directly obliging the parties to act in good faith in their contractual relationship (Article 1.7). The conclusion drawn from this is that Article 7 Para 1 CISG concerns the interpretation of the Convention only and cannot be applied directly to individual contracts for the international sale of goods.[82]

Several objections can be raised concerning this approach. In the first place, the good faith principle is not defined precisely even in those domestic laws[83] where it traditionally constitutes one of the fundamental principles of the contract law and the civil law[84] in general, this being no impediment to their interpretation and application by the courts.[85] In other words, the general clause on good faith that has been extant in these states since Roman law, through lasting and continuous application in court practice and analyses by legal doctrine, has gained the attribute of a developed legal standard, which can be said to cause no serious difficulties in its application.[86] Secondly, while it is true that differences in the interpretation of the good faith principle may undermine uniform application of the Convention, there is no reason to set this principle apart from other broad and vague terms adopted by the Convention, an issue addressed above. Thirdly, the concern that the application of a general clause may undermine legal certainty seems devoid of

[80] See G. Eörsi, *Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, in *American Journal of Comparative Law*, 27, 1979, 314.

[81] See M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 433; F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit.

[82] This approach is advocated in I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 127.

[83] In details on origin, evolution and importance of this principle, S. Perović, *Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja*, in *Pravni život*, 9, Belgrade, 2014, 7-163 (in full); examination of the good faith principle in comparative law, M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 424-429.

[84] On place, role and importance of the good faith principle in Serbian law, S. Perović, *Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja*, cit., 145 ff and in particular in the Law of Obligations, S. Perović, *Osnovna koncepcija Zakona o obligacionim odnosima*, in *Predgovor Zakona o obligacionim odnosima*, Belgrade, 2010, 22-30.

[85] In that regard, M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 434.

[86] See S. Perović, *Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja*, cit., 124.

rational justification. The approach advocated here is that legal uncertainty in the field of contractual relations regulated by the Convention does not arise from general legal standards and general clauses such as a good faith clause, but appears primarily as a consequence of non-application or biased application of the Convention by the courts.[87] Finally, the reference made to the relevant provisions of the UNIDROIT Principles as an argument to support the claim that the good faith principle presents merely an "instrument" of interpretation of the Convention, actually points to the opposite conclusion. The provision of the UNIDROIT Principles governing the interpretation of the Principles (Article 1.6), makes reference to their international character and purpose, and particularly the need to promote uniformity in their application. On the other hand, the Principles explicitly provide in Article 1.7 for the principle of good faith and fair dealing as a general obligation of the parties. According to this rule: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade (1). The parties may not exclude or limit this duty (2)".[88-89]

Another approach is that the reference made to good faith in Article 7 Para 1 CISG, concerns, in addition to the interpretation of the CISG, also the obligation of the parties to act in accordance with this principle, and that this requirement of the CISG is to be applied directly to the concrete contracts of sale.[90] Along these lines, some authors suggest that the good faith principle, even understood in the context of interpretation of the CISG, must be reflect-

[87] In that regard but on a general plan, *ibidem*, 124 ff.

[88] See commentary in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, cit., 18, stating: "This means that good faith and fair dealing may be considered to be one of the fundamental ideas underlying the Principles. By stating in general terms that each party must act in accordance with good faith and fair dealing, paragraph (1) of this Article makes it clear that even in the absence of special provisions in the Principles the parties' behaviour throughout the life of the contract, including the negotiation process, must conform to good faith and fair dealing."

[89] Furthermore, there is a significant difference between the sphere of application of the UNIDROIT Principles and that of the CISG – while the Principles address international commercial contracts in general, the application of the CISG is limited to the contract for the international sale of goods. Besides, the rule under Article 1.7 Principles also covers negotiations, while the CISG, as pointed out, is not concerned with matters of precontractual liability.

[90] This approach is taken for example by M.J. Bonell, *Article 7*, cit., 84-85. Analysis of this position, G. Eörsi, *General Provisions*, in N. Galston, H. Smit (eds), *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 1984, 2-9. This approach seems also to prevail in P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 122 ff.

ed in the contracts governed by the CISG. It is precisely due to the need for the parties to observe the good faith principle in a contractual relationship, that special importance must be accorded to this principle.[91] Following this logic, these authors reach the conclusion that the good faith principle "does not exist in a vacuum" nor will indeed exist if the parties themselves are not required to observe it.[92] A large number of court decisions and arbitral awards take this approach.[93-94] It is on these grounds that a large number of authors criticized the solution under Article 7, Para 1, voicing their conviction that the "extended" effect of this principle will be accepted with time, so that it implies the obligation of the parties to act in accordance with the good faith imperative.[95]

In view of the arguments put forward in favour of one approach or the other, it can be generally observed that the good faith principle plays an important role in the interpretation of the CISG as it establishes a framework for the operations of the judges and arbitrators applying its rules. It may also be perceived as a kind of corrective principle of autonomous and uniform interpretation of the CISG, the application of which should be devoid of automatism and at all times based on the good faith requirement, taking into account the circumstances of each case. On the other hand, this principle has a significant part in gap-filling under Article 7 Para 2 CISG. All of this allows for

[91] In that regard, F. Enderlein, D. Mascow, *International Sales Law*, New York, 1992, 54.

[92] See M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 435.

[93] Particularly in the countries of the civil law system, the decisions of German courts being especially prominent. Decisions and awards are cited for example in I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 126-127, F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit., 77; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 125. Thus, for example, in the practice of the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce, this approach was taken in Award T-9/07 of 23 January 2008 which held that the respondent "failed to act in accordance with the good faith principle which is the basis for all modern legislation, and in particular the principles and rules referred to by this Arbitral Tribunal as legal sources of substantive law according to which it decided on this dispute (the CISG, the Law of Obligations, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law)", cited from V. Pavić, M. Đorđević, *Primena Bečke konvencije u arbitražnoj praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije*, cit., 581.

[94] See P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 125, stating in this context: "Case law recognized good faith not only plays a role within the Convention for interpretation, but also plays a seminal role throughout the Convention to modulate its content and be used as a standard of conduct for the parties…".

[95] More on this, F. Enderlein, D. Mascow, *International Sales Law*, cit.

the conclusion that good faith is an underlying principle of the CISG, and its directives find their place both in the provisions governing the interpretation of the CISG, and numerous rules addressing particular rights and obligations of the parties.[96]

4. *Gap-filling*[97]

With regard to gap-filling, the Convention provides that "questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it" are to be settled in conformity with "the general principles on which it is based".[98] In the absence of such principles, these questions are to be settled in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law (Article 7 Para 2 CISG). The conclusion to be drawn from this rule seems simple at first glance: the primary role in filling the gaps in the CISG[99] is to be played by the general principles on which the CISG is based. However, a deeper analysis of this solution requires two fundamental questions to be answered. The first concerns the definition of the very notion of the legal gap which is to be filled by means of applying general principles, while the second seeks to establish which specific principles are to be considered as "the general principles on which [the CISG] is based".

The rule under Article 7 Para 2 CISG invokes the general principles only with respect to the questions concerning the matters covered by the CISG, and not expressly settled in it ("internal gaps"), but not relating to the questions

[96] See F. Enderlein, D. Mascow, *International Sales Law*, cit., 55.

[97] J. Perović Vujačić, *Contracts for the international sale of goods*, cit., 216-230.

[98] The official translation of Article 7 Para 2 CISG into Serbian employs the wording "opšta načela na kojima Konvencija počiva" / general principles on which the Convention rests/. The author of this paper does not agree with the use of the term "rests", given that the term is neither a part of Serbian legal terminology nor matches the meaning of the above-mentioned rule. In the context of the terminology, it seems important to note the differences between the English text of the CISG which uses the wording "general principles on which it is based" and the French text which employs the wording "principes généraux dont elle s'inspire", which may be of relevance, not only in terms of language, but also in terms of substance.

[99] The existence of legal gaps in the CISG is understandable given the fact that no convention may "cover" entirely the field it addresses, the CISG being no exemption.

beyond the sphere of the CISG ("external gaps").[100-101] Therefore, the first requirement for a legal gap to exist within the meaning of Article 7 Para 2 CISG is for the matter to be within the ambit of the CISG itself.[102]

Furthermore, the rules of the CISG concerning gap-filling provide for a "two-step" procedure;[103] to fill the gap, the general principles on which the Convention is based are to be applied first, and only if the requirements for their application are not satisfied, recourse is sought in the law applicable by virtue of private international law. Resorting to the applicable domestic law is thus considered as *ultima ratio* of gap-filling.[104]

Finally, there is the question of whether the rule under Article 7 Para 2 CISG should be interpreted broadly, allowing for other gap-filling methods, above all analogy, or it should rather be interpreted restrictively. The prevailing position in the doctrine admits of both methods (application of general principles and analogy)[105] while noting that in filling the gap, the recourse is to be sought first in the analogous application of the appropriate provisions of the CISG; only where no such degree of similarity exists between a matter explicitly settled by the CISG and that to which the gap refers, as to justify analogy, should the matter be resolved by resorting to the general principles on which

[100] To describe internal and external gaps in this sense, certain authors use the terms "*praeter legem* gap" and "*intra legem* gap" (for example F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, in *Pravni život,* 11, Belgrade, 2003, 214 ff.; B. Zeller, *Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., Chapter 5).

[101] Such as the matters provided under Article 4 CISG – validity of the contract or usage, or the effect which the contract may have on the property in the goods sold (as discussed above), as well as the matters envisaged by Articles 2, 3 and 5 CISG.

[102] See F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 214-215; M.J. Bonell, *Article 7*, cit., 75; B. Zeller, *Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., Chapter 5; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 136 ff.

[103] I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 132, describing the gap-filling by means of uniform rules as the first step, and the recourse to the applicable domestic law as the second step.

[104] See R. Herber, *Article 7*, in P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, cit., 66; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 135.

[105] See G. Brandner, *Admissibility of Analogy in Gap-filling under the CISG*, University of Aberdeen, 1999, (available at: *https://iicl.law.pace.edu/cisg/bibliography/admissibility-analogy-gap-filling-under-cisg*); R. Herber, *Article 7*, cit., 65; F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 220.

the CISG is based.[106] This position is voiced in a number of court decisions and arbitral awards.[107]

The General Principles on Which the Convention Is Based.

Basic questions. – The rule providing that the gaps in the Convention are to be filled in conformity with the general principles on which the CISG is based, raises two basic questions – which exactly are those principles and how should their substance and scope be understood in the context of filling the gaps in the Convention. In light of the fact that the CISG offers no answers to these questions,[108,109] the doctrine has devoted much attention to this matter,[110] while the case law abounds in the decisions containing reference to the general principles, both in general terms and in terms of the specific rules of the CISG.[111] In this context, the place and role of the good faith principle in the Convention proves to be particularly controversial, which is

[106] See F. Enderlein, D. Mascow, *International Sales Law*, cit., 58; M. J. Bonell, *Article 7*, cit., 78; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 136.

[107] See for example Decision of the Supreme Court of Poland (Shoe leather case) of 11 May 1997 which held that the lower court failed to examine if Article 71 CSG may apply by analogy: "… the Appellate Court violated the Convention by not analysing whether Article 71 can be applied by analogy", as well the Award by ICC Arbitration Case No. 8324 (Magnesium case) from 1995 (cited from P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 136).

[108] See P. Schlechtriem, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, cit., 790: "Therefore, they have to be derived from an analysis of concrete provision so to unearth the general principles underlying them."

[109] Worthy of note in this regard is the position in the doctrine which holds the general principles on which the Convention is based to essentially represent the "pillars" of the CISG. These principles are so important that without them the Convention as a whole could not survive (see G. Brandner, *Admissibility of Analogy in Gap-filling under the CISG*, cit., putting it picturesquely: "the principle must be so important that without it the Convention as a whole might crumble"). On distinction between specific legal provisions and general principles of law, U. Drobnig, *General Principles of European Contract Law*, in P. Šarcevic, P. Volken (eds), *International Sales of Goods: Dubrovnik Lectures*, New York, 1986, 306.

[110] See for example F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 221-228; F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit., 79–90; B. Zeller, *Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., Chapter 5; I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 134-138; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 139-143.

[111] The lack of guidance in the CISG poses a risk that in the interpretation of the CISG judges and arbitrators may take different positions on what principles are to be considered as "the general principles on which it is based", as well as on the substance of these principles and the legal effects they may produce. More, P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 139.

why a summary of the attempts to define this principle in comparative law will be given further bellow, followed by an examination of the specific rules of the Convention underlain by good faith. Following a reflection on the good faith principle, other general principles on which the CISG is based will be considered and compared to the basic principles of the Serbian Law of Obligations.

A definition of good faith. – The good faith principle, with its distant roots in Roman Law, is one of the fundamental principles of the contract law and of the civil law in general in many countries[112] and is widely applied by courts and tribunals[113] as a "member of the general clauses family".[114] In comparative legal terminology, this principle is differently designated – *bona fides* in Latin, *bonne foi* in French, *good faith (and fair dealing)* in English, *Treu und Glauben* in German, *buona fede* in Italian. In the Serbian language, in the context of the term "*savesnost i poštenje*" /good faith and fair dealing, literally: conscientiousness and honesty/, there appears also the term "dobra vera" /good faith, literally/, as well as similar or related words: conscientious, respectable, polite, eager, dedicated, careful, diligent, loyal, considerate, orderly, accurate, infallible, exemplary, just, impartial.[115]

[112] These are, above all, the countries of the civil law tradition, which have incorporated this principle into their civil codes. Although the good faith principle is almost universally accepted by these countries, they show significant differences in terms of its breadth and scope. A comparative review, *Principles of European Contract Law, Parts I and II,* cit., 116-119. Furthermore, the US Uniform Commercial Code, influenced by the civil law, proclaims the principle of good faith and lays down that every contract imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement (Article 1-304). More on this, H. Flechtner, *Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality*, in *Pace International Law Review*, 13, 2001, 295-337.

[113] In detail on the origin and evolution of the principle, its importance in terms of Serbian and comparative law, S. Perović, *Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja*, cit., (in full); M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 419-441.

[114] See S. Perović, P*rirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja*, cit., 123-124, stating: "Good faith and fair dealing derive from established rules of conduct in a particular environment, in the manner of a 'general clause' with the attributes of a 'legal standard' … Some of the legal standards have been frequently and long in use in court and business practice, and being thus established and habitual, these concepts are so common in practical life that they cause no considerable difficulties in their application. This is also the case of the 'general clause' of good faith that has been in constant use since the days of Roman Law (*boni mores*) to this day, so it may well be said to have gained, by way of past and contemporary legal practice, legislation and legal doctrine, the attribute of a developed legal standard, obviously, giving due regard to the space and time of its application."

[115] *Ibidem*, 112.

Defining the good faith principle has proved to be an exceedingly difficult and delicate task. Due to a generality of the categories implied by the good faith principle, various definitions tend to variously interpret this principle in terms of its purpose and external manifestations, but for the most part, not in terms of its nature and essence.[116]

Some of the views taken in the doctrine in this context suggest: that the good faith principle is a kind of moralisation of the law governing obligation relations,[117] that, being on a par with "inner moral code",[118] it can rather be felt than precisely defined,[119] that its purpose is to achieve the standard of decency, fairness and reasonableness,[120] that it represents a norm of conduct relying on the will to act in conformity with basic moral and ethical standards,[121] and that the fundamental principle of good faith in international law is a source of the *pacta sunt servanda* rule, as well as other rules relating to the achievement of honesty, fairness and reasonableness.[122] On the other hand, some definitions adopt a negative definition of this principle, whereby conduct in conformity with the good faith principle

[116] On different definitions of the good faith principle, see for example, D. Tallon, *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*, in *Saggi, Conferenze e Seminari*, Roma, 1994; R. Goode, *The Concept of 'Good Faith' in English Law*, in *Saggi, Conferenze e Seminari*, Roma, 1994; H. Flechtner, *Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality*, cit., 2001, 295-337.

[117] O. Lando, *Principles of European Contract Law in the Third Millennium*, in *Transnational Law in Commercial Legal Practice,* 1999, 76, cited from M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 420.

[118] D. Stojanović, *Član 12*, in S. Perović (ed), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, Belgrade 1995, 13.

[119] D. Tallon, *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*, cit., stating: "La bonne foi est quelque chose que l'on sent plutôt que quelque chose que l'on peut enfermer dans une définition rigide. Seule est possible une définition souple ou même plusieurs".

[120] *Principles of European Contract Law, Parts I and II,* cit., 113 and 115-116. A commentary of the PECL rule providing for the principle of good faith and fair dealing (Article 1:201), draws a distinction between good faith and fair dealing, arguing that good faith is a subjective concept as it implies an inner sense of honesty and fairness, while fair dealing, as an objective criterion, refers to observance of fairness in the conduct of the parties. This distinction is also underlined by some commentators of Article 12 of the Serbian Law of Obligations providing for the principle of good faith and fair dealing. See for example, B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, 1. knjiga, Zagreb, 1978, 69.

[121] C. Samson, *L'harmonisation du droit de la vente: l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes*, in *Les Cahiers de droit*, 32, 4, 1991, 1017.

[122] J.F. O'Connor, *Good Faith in International Law*, Aldershot, 1991, Ch.8.

is such conduct that is not contrary to this principle.[123] The US Uniform Commercial Code defines the good faith principle as "honesty in fact in the conduct or transaction concerned".[124] Giving consideration to a diversity of definitions of good faith, some authors endeavoured to classify them around the elements they contain. Within this framework, it is suggested that this principle may be deemed to imply: 1) the duty of a fair and just relation towards the other party; 2) the obligation of mutual respect and trust of the parties; 3) a set of standards of reasonable conduct in contractual relations and 4) the obligation of the parties not to act in "bad faith".[125] In the context of the good faith principle, attention is also drawn to the differences between its subjective and objective aspects, suggesting that it implies a value judgement from which it is yet to be deduced what in a particular case may be considered as the conduct in accordance with the good faith standard. Such judgement is not a subjective assessment of a judge, but rather the judge appears as interlocutor and interpreter of all those who "think fairly and justly".[126]

Speaking of a definition of the concept of good faith principle, a definition noteworthy for its comprehensiveness and legal philosophy, is the one proposed by Professor Slobodan Perović at the Twenty-Seventh Meeting of the Kopaonik School of Natural Law held in December 2014, dedicated to the general annual theme of "the Law and the Principle of Good Faith and Fair Dealing".[127] Presenting this definition, Professor Perović said:

"Relying on a rational conception of the natural law, as well as a normative culture of the positive law, an attempt is being made to define the principle of good faith and fair dealing, which, it would seem, may contribute to a more precise definition of this principle in the entire mosaic of theoretical and leg-

[123] R.S. Summers, *The General Duty of Good Faith - its Recognition and Conceptualization*, in *Cornell Law Review*, 67, 1982, 823 ff, in particular 837, giving examples of conduct contrary to this principle, *i.e.* the cases of so-called "bad faith"; see in that regard also M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 421.

[124] Article 1-201 (19) of the US Uniform Commercial Code. The Code expands on this term in case of merchants. Under Article 2-103 (b) UCC, it means "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade".

[125] C. Pettinelli, *Good Faith in contract law: Two paths, two systems, the need for harmonisation*, in *Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica pubblicata su Internet*, 6, 2005.

[126] D. Stojanović, *Član 12*, cit., 11-22.

[127] The opening address by Professor Slobodan Perović at the Twenty-Seventh Meeting of the Kopaonik School of Natural Law is published in full in: S. Perović, *Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja*, in *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2014, 961-1003.

islative difficulties attending the efforts at devising a synthetic formula of this principle.

Seized with this impression, Author of these lines makes one of possible proposals for defining the good faith and fair dealing, conveyed from the sphere of meta-legal disciplines into the ambit of the juridical world, where it enjoys proper application and protection of moral imperatives. Here, then, is this proposal:

Good faith and fair dealing is a human virtue which entails a subjective assessment of concrete Good or Bad conduct, based on the appropriate standards applicable in particular space and time, protected by the norms of natural and positive law.

The following elements are inferred from such definition: 1. good faith is a human virtue; 2. good faith entails a subjective assessment as key criterion for reasoning; 3. good faith distinguishes Good from Bad conduct; 4. good faith arises from the established rules of conduct – social standards; 5. good faith as a subjective assessment is anchored in the objective values in terms of space and time; 6. good faith enjoys absolute protection of the natural law and relative protection of the positive law."[128]

In the countries of the civil law tradition, the good faith principle has been incorporated into the codes (or laws) regulating the area of civil-law and in particular obligation relations. Although these legislations have widely embraced the good faith principle, there exist significant differences in terms of the coverage and scope of this principle.[129]

Since an analysis of the above differences would go beyond the ambit of this paper, we will limit ourselves to the conclusion that the general good faith clause has a broad sphere of application in these countries and governs, as a rule, not just the contract performance, but also its formation and interpretation, as well as the negotiations for the contract formation.[130]

[128] S. Perović, *Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja*, cit., 111.

[129] Comparative review, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, cit., 11-119; P.J. Powers, *Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *Journal of Law and Commerce*, 18, 1999, 335 ff; M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 424-429.

[130] This approach is also taken in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (see commentary to Article 1.7 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, *op. cit.*, 18: "By stating in general terms that each party must act in accordance with good faith and fair dealing, paragraph (1) of this Article makes it clear that even in the absence of special provisions in the Principles the parties' behaviour throughout the life of the contract, including the negotiation process, must conform to good faith and fair dealing"), as

On the other hand, in the countries of the common law tradition which recognise the general principle of good faith,[131] its application is typically more restrictive, limited to contract performance.[132]

The Serbian Law of Obligations promulgates the principle of good faith and fair dealing as one of the fundamental principles of the Law, in a rule of imperative character[133] of the following wording: "In establishing obligation relations and exercising rights and duties arising out of these relations, the parties shall observe the principle of good faith and fair dealing."[134] In addition

well as in the PECL (see commentary to Article 1:201 in *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, cit., 113-188.

[131] The US Uniform Commercial Code, drawing on the civil law, promulgates the good faith principle by providing that every contract imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement (Article 1-203). More on this issue, H. Flechtner, *Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality*, cit., 295-337; P. J. Powers, *Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., 338-341; R.S. Summers, *The General Duty of Good Faith – its Recognition and Conceptualization*, cit., 810, stating in regard to this rule: "This section, together with its accompanying Comment and Reporter's Note, recognizes and conceptualizes a general duty of good faith and fair dealing in the performance and enforcement of contracts in American law." The duty of good faith and fair dealing is also imposed by American *Restatement of Contracts* (§ 205). Speaking of other countries of the common law tradition, Australian court practice shows a tendency towards gradual recognition of the good faith principle in contract performance (in detail, P. J. Powers, *op. cit.*, 340-341; see also M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 427), and the need to recognise this principle is also affirmed in Canada (in detail on this issue in Canada, including the Civil Code of Quebec, and particularly on the reports of the Ontario Law Reform Commission, and relevant position taken in court practice, C. Samson, *L'harmonisation du droit de la vente: l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes*, cit., 1019-1025). On the other hand, the English law does not recognise the general principle of good faith (see for example, R. Goode, *The Concept of 'Good Faith' in English Law*, cit., stating: "English law does not have anything equivalent to the general concept of good faith found in the civil law; we require good faith in particular situations".

[132] In that regard, for example, R.S. Summers, *The General Duty of Good Faith - its Recognition and Conceptualization*, cit., (in full); H. Flechtner, *Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality*, cit., 307 ff; *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, cit., 117-118.

[133] Particular emphasis on the imperative nature of this principle was laid in the General Usages of Sale of Goods, providing that: "Good faith and fair dealing is the fundamental principle to be observed by the parties in the transactions relating to the sale of goods. Parties are not permitted to invoke any of these usages, if their application in the particular case would produce effects contrary to this principle" (Usage No. 3).

[134] Article 12 Law of Obligations. See S. Perović, *Obligaciono pravo,* Belgrade, 1990, 56-61; S. Perović, *Osnovna koncepcija Zakona o obligacionim odnosima*, cit., 22-30; D. Stojanović, *Član*

to the general provision, there are numerous rules in the Law of Obligations giving concrete expression to the principle of good faith and fair dealing.[135] The principle of good faith and fair dealing is also provided in the Preliminary Draft Civil Code, which treats it as one of its fundamental principles. The imperative nature of this rule in the Preliminary Draft is clearly denoted in the wording that parties are not permitted to exclude or limit the duty to observe the principle of good faith and fair dealing.[136]

Good faith as a general principle of the CISG. – The widely prevailing position[137] finds the good faith principle to be a general principle of the Convention, applied in gap-filling within the meaning of Article 7 Para 2 CISG.[138]

Good faith, in the sense of a standard of conduct for the parties underlying essentially the entire Convention,[139] has found its concrete expression in sever-

12, cit., 11-22; B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, cit., 69-80; M. Petrović, *Član 12*, in B. Blagojević, V. Krulj (eds), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima - I*, Belgrade, 1980, 56-66; S. Cigoj, *Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem,* Ljubljana, 1978, 12-13.

[135] In detail, S. Perović, *Obligaciono pravo*, cit., 59-61; S. Perović, *Osnovna koncepcija Zakona o obligacionim odnosima*, cit., 27-28; S. Perović, *Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja*, cit., 149 ff.

[136] Article 5 Preliminary Draft (see Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, Druga knjiga, Obligacioni odnosi, cit., 12). Professor Slobodan Perović reflected on the principle of good faith and fair dealing in the context of the Preliminary Draft, stating: "Good faith and fair dealing, that noble voice of Universe and its echo in the determined Individuality, renders the law and order of every organised community richer by yet another dimension of humanity, more humane by yet another degree of moral disposition, by yet another sphere of the culture of peace and the virtue of justice" (see in entirety, S. Perović, *Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije*, in *Pravna riječ*, 47, Banja Luka, 2016, 11-30).

[137] According to certain positions discussed while addressing Article 7 Para 1 CISG, the good faith principle is understood as mere "instrument" of interpretation of the CISG, given that it is expressly provided for only within the rules of interpretation of the CISG. Detailed discussion on this issue, F. Ferrari, *Uniform Interpretation of The 1980 Uniform Sales Law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 24, 1994-95, 210-212.

[138] In that context, for example, I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 126 and 135; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 140; F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 223; G. Brandner, *Admissibility of Analogy in Gap-filling under the CISG*, cit.; R. Herber, *Article 7*, cit., 65; B. Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, cit., 51; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises Droit uniforme, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin*, cit., 89; F. Enderlein, D. Mascow, *International Sales Law*, cit.

[139] See F. Enderlein, D. Mascow, *International Sales Law*, cit., 55: "… the provisions of the Convention are themselves an expression of good faith."

al rules. The CISG provisions that directly manifest this principle include: Article 8 which relates to contract interpretation; Article 16 Para 2 Item b which makes offer irrevocable if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer; Article 21 Para 2 which grants the effect of an acceptance to a late acceptance, where a letter or other writing containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time; Article 29 Para 2 which precludes a party from invoking a contractual provision requiring modifications or termination of the contract to be in writing if he has conducted himself otherwise, and the other party has relied on such conduct; Article 37 which in case of non-conforming deliveries gives the right to the seller to deliver any missing part or make up any deficiency in the quantity of the goods delivered, or deliver goods in replacement of any non-conforming goods delivered, or remedy any lack of conformity in the goods delivered, if he has delivered goods before the date for delivery, providing that the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense;[140] Article 40 which stipulates that the seller is not entitled to rely on the provisions of Articles 38 and 39 CISG if the lack of conformity relates to the facts of which he knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer; Articles 49 Para 2, 64 Para 2 and 82 which deal with loss of right to contract avoidance and Articles 85 and 88 which impose on the parties the obligation to preserve the goods,[141] Article 77 which enjoins the obligation to mitigate losses, Article 80 which lays down that a party may not rely on a failure of the other party to perform to the extent such failure was caused by the first party's act or omission (*venire contra factum proprium* principle, estoppel), etc.[142] The good faith principle has also inspired, among other, the duty of the parties to cooperate with each other and to exchange information.[143]

The position identifying the good faith principle as one of general principles on which the CISG is based, has been widely accepted by courts and

[140] In this regard also Article 48 CISG.

[141] The systematisation followed in listing the above rules is taken over from M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 437-438.

[142] For other examples of rules and principles of the CISG directly or indirectly inspired by the good faith principle, see for example P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 122-125.

[143] This obligation is foreseen in a number of CISG provisions (Article 19 Para 2, Article 21 Para 2, Article 26, Article 39 Para 1, Article 65. See in that respect Award of the Foreign Trade Court of Arbitration at the Yugoslav Chamber of Commerce (*Aluminium Case*) of 09 December 2002 (available at: https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/9-december-2002-foreign-trade-court-arbitration-attached-yugoslav-chamber-commerce).

arbitral tribunals, which have had the occasion to apply it in a large number of decisions.[144] It is pointed out in the commentaries to the CISG that the case law has recognized good faith not only plays a role within the Convention for interpretation; it plays a seminal role throughout the Convention to "modulate" its content and be used as a standard of conduct for the parties.[145]

Other general principles of the CISG. – An attempt at precisely defining the general principles "on which [the CISG] is based or "which the CISG is inspired by" is a veritable ordeal. In the first place, there are different positions in legal theory as to which specific principles are to be considered as the general principles within the meaning of Article 7 Para 2 CISG.[146] Furthermore, classification criteria are typically not applied in determining these principles, rather they are simply being listed (mostly *exempli causa*), and if any criteria have been applied, they differ from author to author.[147]

With regard to the methods of establishing the general principles of the CISG, the doctrine rightly emphasizes that those principles which are not expressly provided for in the Convention must be derived from the specific rules of the Convention, through an analysis of their contents. Application of this method is necessary in determining whether a specific rule of the CISG is an expression of a general principle and whether it may, as such, be applied to the

[144] Examples of decisions in that regard, P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit.; M. Milutinović, *Načelo savesnosti i poštenja - Univerzalni princip međunarodne trgovine*, cit., 435.

[145] P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 125.

[146] These differences are easily discernible already from a general review of literature dealing with this matter. See for example, I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 135 ff; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 140 ff; M.J. Bonell, *Article 7*, cit., 80 ff; F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 222-228; K. H. Neumayer, C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*, cit., 103–104; J. O. Honnold, *Uniform Law on International Sales*, cit., 102-111; B. Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, cit., 51; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises Droit uniforme, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin*, cit., 89-90.

[147] Thus, certain authors rely on the contents and structure of the CISG, classifying these principles according to the parts of the CISG wherein they are contained (this system is adopted for example in P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 140 ff, where in addition to these, the principles relating to the entire Convention are outlined; I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 135 ff), while others in that regard distinguish between the principles that are expressly provided in the CISG and those that are not (for example F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 222-228; B. Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, cit.).

cases that are not explicitly settled by the CISG.[148] However, an examination of the positions taken in the doctrine on this matter suggests that no clear distinction in this context is drawn between the notion of the general principle and the notion of the rule of the CISG which is the embodiment of a particular general principle. A reason for this may lie in the fact that legal theory tends to follow the positions of court practice summed up in the UNCITRAL Digest, which lists a series of different principles and rules in the context of Article 7 Para 2 CISG.[149] Such positions (all or some of those) are typically only cited by authors, without making an attempt at their synthesis or their proper classification.

It seems, nevertheless, that certain principles may be identified in the abundance of different positions as those widely accepted in case law and doctrine as the general principles on which the CISG is based. These principles include, for example: party autonomy,[150] proclaimed under Article 6 CISG, considered by some commentators as the most important principle of the CISG;[151] the consensualism principle established in Article 11 CISG[152-153] application of

[148] M.J. Bonell, *Article 7*, cit., 80.

[149] Thus, in the context of principles under Article 7 Para 2 CISG, the Digest presents positions taken in court practice with regard to: party autonomy, good faith, estoppel, place of payment of monetary obligations, currency of payment, burden of proof, full compensation principle, informality principle, dispatch theory, duty to mitigate losses, binding usages, set-off, plea of non-performance, right to interest, costs of one's own obligations, right to claim renegotiation of the contract in case of changed circumstances and the *favor contractus* principle. See *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016 Edition, UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law, United Nations New York, 2016, 43-46.

[150] In that regard, for example, Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit., 135; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 140; F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 224; Enderlein, D. Mascow, *International Sales Law*, cit.

[151] On this position, F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit.

[152] Excepting as foreseen under Article 12 CISG.

[153] In that regard for example, I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit.; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit.; F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 225. Several court decisions have explicitly held that the consensualism principle is a general principle on which the CISG is based (see *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., 52).

usage and practices established between the parties under Article 9 CISG,[154] full compensation principle[155] and the principle of limitation of liability by the foreseeability rule under Article 74 CISG;[156] the estoppel principle[157] (*venire contra factum proprium*)[158] laid down in Article 80 CISG, which is essentially inspired by the good faith principle, the *favor contractus* principle which requires the contract to be maintained in force whenever possible.[159]

There are authors who have directed special attention in the analysis of Article 7 Para 2 CISG to the "principle of reasonableness" which enjoins parties to conduct themselves according to the standard of a "reasonable person", with some of them considering this standard to be a "fundamental" principle of the CISG.[160] In this respect, *Schlechtriem* goes a step further, suggesting that good faith in international sale ought to be interpreted in the light of many references made in the CISG to "reasonableness". According to this view, it is a standard permeating the CISG to such an extent that it may be considered as

[154] In that regard for example, P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit.; F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit. See decisions of *Tribunale di Rimini* (*Al Palazzo S.r.l. v. Bernardaud di Limoges S.A.*) of 26 November 2002 and *Tribunale di Padova* (*Agricultural products case*) of 25 February 2004.

[155] In that regard for example, P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit.; F. Ferrari, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, cit., 85. See for example Decision of *Oberster Gerichtshof* (*Wood case*) of 21 March 2000.

[156] F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit. See for example Award of the Foreign Trade Court of Arbitration at the Yugoslav Chamber of Commerce (*Aluminium Case*) of 9 December 2002.

[157] On this notion in English law, J.O. Honnold, *Uniform Law on International Sales*, cit., 105–107; M. Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford, 1997, 419-427; A.G. Guest (ed), *Anson's Law of Contract*, 25th (Century) Edition, Oxford, 1979, 659 ff.

[158] In that regard for example F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 227; I. Schwenzer, P. Hachem, *Article 7*, cit.; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit., 140; K. H. Neumayer, C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*, cit., 104; P. Schlechtriem, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, cit., 790.

[159] In that regard for example, F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit.; P. Perales Viscasillas, *Article 7*, cit.; M.J. Bonell, *Article 7*, cit., 81.

[160] More on this issue, F. Ferrari, *General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions*, cit., 226.

one of the general principles on which the CISG is based.[161] In this context, it is the opinion of the author of this paper that the understanding of good faith principle may not be narrowed down to the standard of a "reasonable person" because this would ignore a number of important elements entailed in the notion of good faith, discussed at the time of addressing a definition of good faith. In other words, the principle of good faith should be viewed in the light of a totality of facts determining it, rather than through the isolated prism of merely one of its attributes. In this sense, the good faith principle cannot be equated to the "principle of reasonableness", rather, the "principle of reasonableness" ought to be understood and applied only as a standard derived from the general principle of good faith.

It is therefore that, in addressing the general principles on which the CISG is based, we shall not go beyond acknowledging that the standard of a "reasonable person" certainly holds an important role in the CISG, above all by virtue of its strong presence in this document. Thus, for example, this standard is contained in Articles 8 Para 2 and 16 Para 2 Item b (reasonable reliance), Articles 18 Para 2, 39 Para 1, 48 Para 2, 49 Para 2, 63 Para 1 and 79 Para 4 (reasonable time), Articles 34, 86 Para 2 and 88 Para 2 (unreasonable inconvenience and unreasonable expense), Article 38 Para 3 (reasonable opportunity for examination of goods), Article 48 Para 1 (unreasonable delay and unreasonable inconvenience), Article 60 Item a (reasonable expectations), Article 72 Para 2 (reasonable notice), Article 75 (reasonable manner and reasonable time), Article 76 Para 2 (reasonable substitute), Article 79 Para 1 (reasonable expectations), Articles 85 and 86 Para 1 (reasonable steps), Article 88 Para 1 (unreasonable delay, reasonable notice). In applying this standard, courts are faced with responsible task of assessing what in a particular case may be considered "reasonable" (normal, acceptable),[162] taking into account all relevant circumstances of the transaction in hand.

A comparison with the Law of Obligations. – Even a cursory glance at the positions taken by courts and scholars on the principles considered as "general principles on which [the CISG] is based" allows for the conclusion that most of these principles are in line with those accepted by the Law of Obligations, where they find their expression in the provisions on fundamental principles, as well as numerous other specific rules.

[161] P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, cit., 39.

[162] J.O. Honnold, *Uniform Law on International Sales*, cit., 101: "What is 'reasonable' can appropriately be determined by ascertaining what is normal and acceptable in the relevant trade".

In that regard, the fundamental principles of the Law include, first and foremost: party autonomy, equality of parties, principle of good faith and fair dealing, prohibition of abuse of rights, prohibition of creation and exploitation of monopoly position, principle of equal consideration in bilateral contracts, prohibition of causing damage, duty to perform obligations, dispositive character of the provisions of the Law, application of fair trade custom and usage.[163] The Law explicitly accepts the principle of consensualism, providing that entering into contract shall not be subject to any form, unless otherwise specified by the law.[164] With regard to the scope of damages, the solution developed in the Law is based on the principle of full compensation and limitation of liability by the foreseeability rule,[165] which basically corresponds to the relevant principles of the CISG.[166]

On the other hand, the Law in principle does not recognise the standard of a "reasonable person", widely accepted in the CISG. With regard to the conduct of the parties in the performance of obligations and exercise of rights, the Law stipulates that parties are bound to act with the care required in legal transactions of the kind of obligation relations involved (care of a prudent businessman or care of a prudent owner). Speaking of performing obligations which fall within professional activities, a greater degree of care is required, in line with professional rules and usage (care of a prudent professional). In this context, the Law provides in particular that in exercising one's rights, a party to obligation relations must refrain from acts which may hamper the performance of obligations of the other party.[167]

A comparative examination of the general principles of the CISG and those of the Law of Obligations seems to suggest, in general terms, that a consistent comparison of these principles is a challenging or well-nigh impossible task, primarily because the CISG, as already pointed out, does not define "the general principles on which it is based", and also due to the differences in their respective spheres of application – while the CISG governs only the contracts for the international sale of goods, the Law of Obligations covers and regulates a broad area of obligation relations in general. In any case, the important thing is for the judges from Serbia applying the CISG not to interpret its principles in the light of the similarities with and differences from the corresponding prin-

[163] Fundamental principles of the Law of Obligations are established under Articles 1-25 of the Law.

[164] Article 67 Para 1 Law of Obligations.

[165] Article 266 Law of Obligations.

[166] This issue will be specially addressed when discussing damages.

[167] Article 18 Law of Obligations.

ciples of the Law of Obligations, but rather to be guided by the requirement for autonomous and uniform interpretation of the CISG, already addressed in this paper.

5. *Conclusion*[168]

An analysis of the rules under Article 7 CISG leads to the conclusion that the solution adopted by the CISG in the context of its interpretation and gap-filling is far from optimal in terms of legal certainty. In the first place, the rule under Article 7 Para 1 CISG, being a result of a compromise, seems to be more of a "diplomatic concession" than an expression of clear legal thought and particular design of the CISG drafters. As such, it paves the way to confusion and ambiguities in interpretation of the CISG, which in turn may have a negative impact on legal certainty in the course of its application. It seems therefore that the vague wording on the need for "observance of good faith in international trade" ought to be removed from the rules on the interpretation of the CISG, and the good faith principle be explicitly provided as one of the general principles on which the CISG is based in the sense of Article 7 Para 2. On the other hand, if the intention of the CISG drafters was to avoid "at all costs" making explicit provision for the good faith principle as a general principle of the CISG, the wording concerning its application and scope in the context of interpretation of the CISG should have been clearer, so as not to allow room for different interpretations. Furthermore, in terms of gap-filling in the sense of Article 7 Para 2 CISG, while giving regard to all the difficulties attending a choice and determination of these principles in a document of international character, it remains unclear why no provisions were made here, using the *exempli causa* method, at least for those principles universally accepted as "the general principles on which [the CISG] is based", which, as such, unambiguously derive from the contents of the specific rules of the CISG. Given that the judges of domestic courts are not always fully acquainted with the principles of uniform law, and tend to interpret them in the light of the criteria of the domestic law, it would seem that identifying these principles, particularly in the context of the requirement for autonomous and uniform interpretation under Article 7 Para 1 CISG, would provide the judges with important guidance in seeking the most adequate solution for applying the Convention.

[168] J. Perović Vujačić, *Contracts for the international sale of goods*, cit., 230-231.

DISASTRI AMBIENTALI E DANNO DA *METUS* DEI RESIDENTI

Giulio Ponzanelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una breve storia. Il caso Seveso: la irrisarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali da paura per l'assenza del danno biologico. La giurisprudenza della Cassazione sino alla decisione delle Sezioni Unite del 2002 n. 2515 che attribuisce natura di danno evento oltre che al danno biologico anche al danno non patrimoniale puro. – 3. La svolta "costituzionale" dell'art. 2059 c.c. prima inaugurata dalle decisioni del maggio 2003 e poi confermata dalle Sezioni Unite di San Martino dell'11 novembre 200: il danno non patrimoniale è sempre un danno conseguenza. Non tutti i danni non patrimoniali possono essere risarciti: necessarietà della gravità della lesione e della natura non futile o bagatellare del danno. – 4. La risarcibilità del danno da metus tra giustizia penale (dove prevale un sostanziale automatismo) e la giustizia civile (che impone la necessarietà della prova, anche di natura presuntiva, di ogni pregiudizio sofferto). – 5. Danno da *metus* e generale sostenibilità della responsabilità civile.

1. *Premessa*

Il tema della risarcibilità del danno da *metus* consente, ancora una volta, di confrontarci con il perimetro della responsabilità civile, che si è notevolmente allargato negli ultimi venti anni e che ha sollevato tante critiche per avere progressivamente modificato le sue sembianze divenendo quasi un mostro pluritentacolare.

In particolare, ci si deve chiedere se nel novero dei pregiudizi non patrimoniali risarcibili possa, ed eventualmente in che termini, essere ricompreso anche il danno per aver sofferto timori di aver contratto una patologia medica come conseguenza di una compromissione ambientale.

Non solo: la vicenda giurisprudenziale ultraventennale del danno da *metus* si presenta come una buona occasione per ripercorrere le diverse stagioni attraversate dal danno non patrimoniale negli ultimi trent'anni.

2. *Una breve storia. Il caso Seveso: la irrisarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali da paura per l'assenza del danno biologico. La giurisprudenza della Cassazione sino alla decisione delle Sezioni Unite del 2002 n. 2515 che attribuisce natura di danno evento oltre che al danno biologico anche al danno non patrimoniale puro*

Il danno da *metus* nasce in Lombardia il 10 luglio 1976, per l'esattezza oggi in provincia di Monza-Brianza, quando all'interno della fabbrica ICMESA si verificò uno scoppio che determinò la fuoriuscita di una composto particolarmente tossico chiamato diossina.

Come conseguenza dell'allarme causato, venne deciso che ogni singolo abitante residente nella zona inquinata doveva obbligatoriamente essere sottoposto per diversi anni a controlli sanitari periodici per verificare l'assenza di patologie. Una volta conclusisi positivamente questi accertamenti (con esclusione di qualsiasi compromissione dell'integrità fisica), alcuni abitanti convennero allora in giudizio ICMESA chiedendo proprio il risarcimento per lo stato di ansia, paura, inquietudine sofferti durante tutto il periodo in cui era stati obbligati a eseguire questi accertamenti sanitari. E il risarcimento fu normalmente negato, perché alla fine di tutti i controlli sanitari gli attori non erano stati trovati malati: non era individuabile cioè un danno biologico e senza la presenza di un danno biologico, considerato allora a tutti gli effetti danno evento, non poteva essere concesso il risarcimento per un'altra voce di danno non patrimoniale, in questo caso danno squisitamente morale.

Il danno morale non poteva essere concesso cioè senza un previo, ma necessario, riconoscimento del danno biologico: costruzione, questa, barocca ed errata, che traeva la sua storica legittimazione dal verbo della Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 184 del 14 luglio 1986, con la quale si respinse per la terza volta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. La Corte, accogliendo una concezione penalistica del danno e facendola coincidere con la lesione del diritto, attribuì natura di danno evento proprio al danno biologico (lesione del diritto fondamentale della salute *ex* art. 32 della Costituzione), mentre il risarcimento delle altre voci di danno (morale e danno patrimoniale puro) veniva subordinato alla sussistenza del danno biologico. Il danno biologico era sostanzialmente il "*pivot*" dei rimedi risarcitori. Solo la presenza del danno biologico era in grado di eliminare le ombre e le incertezze in merito alla sussistenza degli altri pregiudizi non patrimoniali.

La concezione "penalistica" del danno finiva per appiattire le due figure di danno in questione: l'assenza di un danno biologico non può certo escludere, infatti, la sussistenza di un danno morale dovuto proprio da quel particolare stato di ansia creato nella situazione concreta dalla necessità di

sottoporsi a questi controlli clinici. E questo, al di là che la situazione integrasse o meno, come nel caso era successo, una fattispecie penalisticamente rilevante.

Le incertezze allora presenti non solo tra i giudici di merito, ma addirittura all'interno della Terza Sezione della Corte di Cassazione[1], furono risolte dalla decisione delle Sezioni Unite (decisione "Marvulli" dal nome del Presidente)[2] con la quale fu sostanzialmente confermata la teorica del danno-evento, promuovendo a tale rango anche il danno morale. In tal modo si aprirono le porte per consentire il risarcimento anche del danno da inquietudine e da paura: il Tribunale di Milano ebbe poi modo di quantificare nel giugno 2003 in 5 mila euro il valore economico della paura sofferta dai residenti di Seveso per tutto ciò che avevano provato nel corso delle lunghe verifiche sanitarie[3].

E la misura concessa dai giudici milanesi rimase immutata nei successivi gradi.

La decisione sul *quantum* concesso nel caso Seveso colloca la vicenda del danno da *metus* nella generale categoria delle cc.dd. *small claims*, equiparabili quanto a concreta dimensione alle lesioni di lieve entità previste dall'art. 139 del Codice dell'Ambiente (CDA). Da ricordare ancora che, dopo oltre 20 anni le Tabelle giudiziali milanesi non hanno ancora preso in considerazione il danno da *metus*, evidentemente per l'assenza di un contenzioso rilevante sul quale cercare di costruire, come è accaduto per altri settori della responsabilità civile (ricordo il caso dei danni da lite temeraria *ex* art. 96 c.p.c. e i danni da diffamazione), criteri predeterminati di misurazione del danno. Per il danno da *metus* rimane, quindi, centrale la valutazione equitativa *ex* art. 1226 c.c.

Sulla natura del danno evento e sulla disciplina delle cc.dd. *small claims* intervengono con l'autorità persuasiva loro propria le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008.

[1] Cfr. tra le tante Cassazione civile, Sez. III, 24 maggio 1997, n. 4631; sul tema si veda G. De Marzo*, Danno morale e reati di pericolo : il caso Icmesa*, in *Corr. Giur.*, 1997, 1172; anche M. Bona, *Riflessioni sul risarcimento del danno morale da disastro ambientale: critica ai limiti delineati dalla Corte di Cassazione nel Caso Seveso e osservazioni sulla distinzione tra danno-evento e danni-conseuenza*, in *Giur. it.*, 1998, 1363 ss.; nonché Cassazione civile, Sez. III, 20 giugno 1997, n. 5530, con nota di B. Pozzo, *Danno all'ambiente e danno morale : ultimo atto*, in *Danno e Resp.*, 1997, 711 ss.

[2] Cfr. Cassazione civile, Sez. Un., 21 febbraio 2002, n. 2515, con osservazioni di G. Ponzanelli, B. Tassone, in *Danno e Resp.*, 2002, 499 ss.; nonché di D. Feola, *Il prezzo dell'inquietudine: il caso Seveso torna on Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 726 ss.

[3] Cfr. Tribunale di Milano, Sez. I, 9 giugno 2003, con nota di S. Cacace, *Seveso e 5000 euro di paura*, in *Danno resp.*, 2004, 1, 73-78.

3. *La svolta "costituzionale" dell'art. 2059 c.c. prima inaugurata dalle decisioni del maggio 2003 e poi confermata dalle Sezioni Unite di San Martino dell'11 novembre 200 : il danno non patrimoniale è sempre un danno conseguenza. Non tutti i danni non patrimoniali possono essere risarciti: necessarietà della gravità della lesione e della natura non futile o bagatellare del danno*

Come è noto, le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 ("decisioni Preden") intervengono sul punto dell'autonoma risarcibilità del danno esistenziale che viene superata ("*di danno esistenziale come categoria autonoma non è più dato discutere*"). Esse chiariscono, però, tre punti:

a) l'unitarietà della categoria del danno non patrimoniale e la non fondatezza di distinguere appunto voci autonome di danno non patrimoniale (come danno biologico, danno morale e danno esistenziale) e la sua lettura costituzionale che impone il suo risarcimento ogniqualvolta sia leso un interesse della persona avente rilievo costituzionale;

b) la natura di danno conseguenza che è proprio di ogni figura di danno e la necessarietà che il danno debba essere provato, anche tramite meccanismi presuntivi;

c) la riparazione del danno non patrimoniale, così esteso, richiede necessariamente la gravità della lesione e che il danno subito non sia futile e/o bagatellare.

Le "decisioni Preden" 2008 superano quindi l'impalcatura tutta penalistica delle Sezioni Unite Marvulli ma introducono indicazioni per quanto riguarda le cc.dd. *small claims*, che riguardano proprio il danno da *metus*.

Si è ritenuto di escludere dall'ordinaria rilevanza risarcitoria le conseguenze minime, futili, quasi bagatellari della violazione degli interessi della persona costituzionalmente protetti.

È bene ricordare che l'intervento nomofilattico delle Sezioni unite del 2008 era stato provocato dalla necessità di offrire una risposta alla tormentata vicenda dell'autonoma risarcibilità del danno esistenziale, come voce distinta e altera dal danno biologico (lesione del diritto fondamentale della salute) e dal danno morale (sofferenza e dolore causati dalla sussistenza di un reato). La Corte escluse che il danno esistenziale potesse essere considerato una voce autonoma di danno non patrimoniale, allo stesso modo del danno biologico e del danno morale, essendo la categoria del danno non patrimoniale irriducibilmente unitaria. Secondo le Sezioni Unite, ciò non significa che le conseguenze esistenziali, che riguardano la qualità di vita della vittima modificata *in pejus* dal fatto illecito altrui, non siano risarcibili, perché ciò sarebbe in profondo contrasto con il principio di integrale riparazione del danno appena ricordato. In base ad esso ogni aspetto della persona umana

(salute, dolore, qualità della vittima), se adeguatamente provato, anche tramite presunzioni, deve essere risarcito.

La soluzione interpretativa accolta dalle Sezioni Unite aveva, però, bisogno di una sorta di filtro, soprattutto con riferimento al capitolo delle conseguenze non patrimoniali esistenziali che rischiano di permettere il risarcimento di ogni forma di "disgrazia" che riguardi la persona umana. Filtro originato dalla necessità di interrompere un processo che sembrava destinato a trasformare la responsabilità civile in un sistema diverso, quasi di sicurezza sociale e che determinerebbe praticamente il risarcimento di ogni fatto semplicemente colposo: venne coniata in dottrina allora una formula molto efficace per rappresentare in quella particolare stagione storica le dinamiche del rapporto causale (e non anche giuridico) nella responsabilità civile ("dalla disgrazia al danno"). Abbracciando quell'orientamento interpretativo si sarebbe reso possibile il risarcimento di qualsiasi tipo di disgrazia verificatasi negli infiniti rapporti interindividuali sulla scorta.

Per contrastare la deriva "esistenzialista", legata soprattutto ai facili e scontati verdetti dei giudici di prossimità[4], le Sezioni Unite avevano allora introdotto due filtri, pensati evidentemente nell'inconscio, senza citare l'ultimo libro di Massimo Recalcati, per contenere l'alluvione di tutte le pretese risarcitorie. Per concedere il risarcimento del danno non patrimoniale vengono allora imposti due requisiti, oltre la necessaria violazione di un diritto costituzionale della persona: il danno non deve risultare futile, cioè bagatellare, e la lesione del diritto deve essere grave[5].

Questo *self-restraint* introdotto dalle Sezioni Unite nel 2008, pur se giustificato dalla necessità, prima politica che non sistemica, di rispettare le razionalità di un moderno sistema della responsabilità civile, finisce per introdurre una sorta di franchigia non del tutto condivisibile, soprattutto alla luce che gli interessi violati hanno una rilevanza costituzionale. Franchigia che suscita più di un legittimo sospetto anche con riferimento al principio di uguaglianza che sarebbe inevitabilmente violato se il risarcimento del danno non patrimoniale non fosse possibile in presenza di un pregiudizio futile o bagatellare subito dal danneggiato; mentre invece nessuna limitazione sarebbe prevista per il danno

[4] Caso di scuola è stato costituito dai danni subiti come conseguenza del *black-out* elettrico del 28 settembre 2023: l'interruzione nell'erogazione dell'energia elettrica è stata considerata in migliaia di casi decisi appunto dai giudici pace, soprattutto meridionali, come fonte di un danno non patrimoniale in quanto compromessa la qualità della vita in quella domenica.

[5] Per ulteriori riferimenti sulle caratteristiche del danno non futile e sulla gravità della lesione cfr. M. Rossetti, *Valutazione equitativa del danno* (sub art. 1226), in P. Schlesinger, F.D. Busnelli, G. Ponzanelli, *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2024, e ora anche D. Spera, *Responsabilità civile e danno alla persona*, Milano, 2024.

patrimoniale di cui viene sempre riconosciuta la piena risarcibilità anche dei pregiudizi minimi.

Tanto che, proprio recentemente, più di una volta la giurisprudenza della Terza Sezione della Corte di Cassazione ha avuto modo di non rispettare le indicazioni nomofilattiche del 2008, riconoscendo dignità risarcitoria a piccole lesioni (proprio le *small claims* dell'esperienza nordamericana)[6].

E indicazioni completamente contrastanti provengono anche dalla Corte di Giustizia la quale decidendo nel solo 2024 un numero rilevante di casi sulla portata dell'art. 82 del GDP ha chiarito non solo che la risposta sulla determinazione del *quantum* risarcitorio debba essere trovata nel diritto comunitario, e non tanto in base ai singoli diritti nazionali, ma che il risarcimento di ogni *non material damage* (nel lessico comunitario espressione equivalente al danno non patrimoniale) deve sempre essere assicurato anche perchè presenta una vocazione e una identità fortemente riparatoria e certo non punitiva che solo potrebbe giustificare una limitazione nel risarcimento[7].

Rimane quindi forte il dubbio se il danno da *metus* riesca a soddisfare le indicazioni nomofilattiche del 2008.

4. *La risarcibilità del danno da* metus *tra giustizia penale (dove prevale un sostanziale automatismo) e la giustizia civile (che impone la necessarietà della prova, anche di natura presuntiva, di ogni pregiudizio sofferto)*

Un altro probante test per la risarcibilità del danno da *metus* riguarda la sede giudiziaria dove viene richiesto il risarcimento.

È assai probabile che nel caso di instaurazione di un procedimento penale per eventi che hanno a che fare con l'ambiente (per fare qualche esempio: omessa bonifica, avvelenamento di acque, disastro colposo sono le fattispecie

[6] Cfr. Cassazione civile, Sez. IV, 13 aprile 2022, n. 11930 e Cassazione civile, Sez. III, 22 gennaio 2024, n 2203 , entrambe in tema di danno non patrimoniale per immissioni intollerabili. Da ricordare anche alcune decisioni del 2023: ad esempio, Cassazione civile, Sez. III, 29 novembre 2023, n.33276, in *Rep. Foro It.*, 2023, voce *Danni in materia civil*e, nn. 208 e 209 (risarcibilità del danno non patrimoniale subito per non aver potuto partecipare all'esequie del genitore); anche Cassazione civile, Sez. III, 9 ottobre 2023, n. 28244, in *Rep. Foro It.*, voce *Trasporto (contratto di*), n. 13 (risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente al ritardo di 24 ore senza adeguata assistenza su tratta ferroviaria regionale) e Cassazione civile, Sez. III., 7 settembre 2023, n. 26142, in *Rep. Foro It.*, 2023, I, 3094 (risarcibilità del danno non patrimoniale da vacanza rovinata).

[7] Per una eauriente e complete indagine cfr. G. Navone, *Il risarcimento del danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Foro It.*, 2024, V, 347.

che più mi vengono in mente) i residenti delle aree esposte a contaminazione ambientale si costituiranno parti civili chiedendo il risarcimento del danno non patrimoniale, sotto specie di danno morale, ma senza necessariamente escludere la sussistenza di un danno biologico qualora siano presenti gli estremi della violazione dell'integrità psico-fisica.

Ed è noto che la prova gravante sul danneggiato è molto più rigorosa nel giudizio civile nonostante la Corte di Cassazione abbia più volte sottolineato l'irrinunziabilità del meccanismo presuntivo, mentre nel giudizio penale, una volta accertata la sussistenza della responsabilità penale, il riconoscimento del danno morale è quasi automatico e non necessita di particolari istruzioni in merito.

La divaricazione in termini di prova tra il giudizio civile e quello penale solleva delicati dubbi in ordine alla possibile violazione del principio di uguaglianza. Il danno non patrimoniale infatti costituisce rimedio civilistico e dovrebbe essere assicurata una tendenziale uniformità, nel rispetto di quel principio di danno conseguenza oramai irreversibilmente raggiunto nelle storiche decisioni di San Martino del 2008.

Alcune vicende concrete sono forse ancora più in grado di chiarire questa problematica.

In un procedimento penale alessandrino, iniziato per avvelenamento di acque (*ex* art. 439 c.p), conclusosi poi con una sentenza di condanna che aveva riqualificato il fatto, passando da avvelenamento d'acqua a disastro colposo, le varie Corti di Assise avevano riconosciuto un risarcimento di diecimila euro alle persone fisiche costituite come parti civili nonché a varie associazioni impegnate sul fronte della tutela ambientale.

Alla fine del procedimento penale diverse persone fisiche, evidentemente pentitesi di non essersi costituite parti civili, avevano iniziato un contenzioso civile, dove la richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale ha dovuto misurarsi con i più stringenti oneri previsti dal giudizio civile. La prima decisione, ora in fase di appello, ha proprio escluso il risarcimento del danno da *metus* perché le parti non erano riuscite a provarlo[8].

Fuori dal settore ambientale, la risarcibilità del danno da *metus* é stata anche affrontata in una vicenda di responsabilità sanitaria che ha riguardato i genitori di bambini nati in un ospedale romano nel cui reparto prestava la propria attività lavorativa una infermiera era stata colpita da TBC.

L'applicazione di un metodo non attendibile scientificamente per accertare il rischio di una possibile contrazione della TBC da parte dei neonati (il c.d. *Quantiferon)* aveva determinato la necessità di una profilassi e di accertamenti

[8] Cfr. Tribunale di Alessandria, 7 maggio 2024, (non pubblicata).

clinici periodici, quando un successivo accertamento con un metodo largamente diffuso (il c.d. *Mantoux*) aveva escluso qualsiasi positività e qualsiasi rischio di infezione tubercolare. Nessun danno biologico era stato causato, anche perché l'infermiera era sta allontanata senza ritardo e non poteva essere riconosciuta alcuna colpa. Mentre la sentenza dei giudici romani di primo aveva riconosciuto ad ogni gruppo familiare la somma di 8mila euro per la paura e l'ansia provate durante le verifiche sanitarie, i giudici di appello capitolini, dopo aver escluso la responsabilità della struttura ospedaliera, escludono la sussistenza di un pregiudizio non patrimoniale, tipo danno morale, per l'assenza del danno biologico e di una fattispecie penalisticamente rilevante[9].

Il quadro così ricostruito appare quindi fortemente variegato, rimanendo il caso Seveso l'unica certezza proprio per la presenza di un reato.

5. *Danno da* metus *e generale sostenibilità della responsabilità civile*

A chiusura non posso non inserire il danno da *metus* all'interno di un quadro generale di una responsabilità e di un risarcimento sempre più sostenibile. Nella mia costruzione, responsabilità civile sostenibile e risarcimento sostenibile non possono che essere letti facendo riferimento al meccanismo assicurativo.

In altri termini, per responsabilità civile sostenibile intendo una responsabilità che può essere assicurata e che, grazie allo strumento assicurativo, riesce a distribuire il costo del danno all'interno della società. E mi riferisco sia ad un'assicurazione obbligatoria sia ad una facoltativa.

La sostenibilità esige, quindi, l'esistenza di una garanzia assicurativa, per la quale il danno deve dividere le note caratteristiche di *uncertainty, independancy and uncorrelated*, ma richiede anche che la garanzia assicurativa possa essere "venduta" ad un livello di premio ragionevole. Premi troppo alti escludono, di fatto, l'accesso alla garanzia assicurativa di larghi strati della popolazione che non possono permetterseli, e che possono alla fine rendere sempre più insostenibile le dinamiche della responsabilità civile per l'inevitabile formarsi di aree di illegalità (un numero crescente di persone non si assicura, le assicurazioni rischiano di uscire dal mercato con la inevitabile conseguenza che sarà difficile poi trovare qualcuno che risarcirà concretamente il danno).

L'assicurabilità del pregiudizio e il livello ragionevole e contenuto dei premi sono, quindi, i requisiti necessari per una responsabilità civile sostenibile. Che però presuppone pur sempre un soggetto accorto e consapevole che, avendo compreso di poter generare un rischio e quindi di essere esposto a potenziali

[9] Cfr. Corte d'Appello di Roma, 18 febbraio 2025 (ancora non pubblicata).

esborsi, scelga di assicurarsi ove non possa adattare comportamenti e precauzioni per evitare l'evento lesivo. Il risarcimento è "assicurato" dalla presenza dell'assicuratore e non è più lasciato alla lotteria delle condizioni patrimoniali del danneggiante, assai frequentemente non idonee a offrire garanzia di un effettivo risarcimento; il premio non è così alto rispetto alla lesione e permette a tutti, ricchi e poveri, di sopportarlo, mentre il profilo della deterrenza resta gestibile in sede di surroga.

Sbaglia grossolanamente chi ricava da queste indicazioni che il risarcimento, in generale, e in particolare per le micro-permanenti, sia alla fine più contenuto o che possa esserci una violazione del principio dell'integrale riparazione del danno, comunque privo di una garanzia costituzionale[10].

Il danno deve essere assicurabile e bisogna cercare di contenere il livello dei premi: se la misura del danno, pur assicurabile, dovesse conoscere un rialzo, inevitabile che il livello dei premi sarebbe destinato a salire, non potendo questi ultimi essere attuariamente troppo più bassi delle perdite. Questo è, del resto, quanto accaduto nel settore della responsabilità medica.

Tutto ciò premesso, bisogna chiedersi se il danno da *metus* possieda o meno le caratteristiche perchè esso possa essere oggetto di assicurazione e il livello di premi assicurativi, ma sappiamo quanto il sistema assicurativo sia restio a confrontarsi con rischi economicamente non ben preventivabili e quindi non facilmente inscrivibili in un calcolo attuariale.

[10] Questa sembra essere l'interpretazione di A. Pisani Tedesco, *Il problema della responsabilità civile compensativa*, cit. Ovvio che al di sotto del livello di integrale riparazione può scendere solo il legislatore e non certo l'interprete : conferma questa lettura A. Gnani, *Al di sotto e al di sopra del risarcimento integrale*, in *Contratto e Impresa*, 2024, 576 ss.

LA LINGUA DELL'EUROPA È LA TRADUZIONE

Barbara Pozzo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La diversità linguistica come valore. – 3. La diversità linguistica nel prisma del diritto comparato. – 4. La traduzione giuridica nella costruzione degli Stati nazionali. – 5. Le sfide del multilinguismo europeo. – 6. Il recepimento delle direttive nei diversi Paesi membri: le diverse mentalità a confronto. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il processo di integrazione giuridica europea e la costruzione di un diritto armonizzato richiedono un'attenta riflessione sulla lingua e, in particolare, sul linguaggio giuridico. Da un lato, questa riflessione non può esimersi dall'indagare gli aspetti valoriali legati alla diversità linguistica, garantita dai testi fondanti dell'Unione europea. Dall'altro, implica necessariamente la presa di coscienza di diverse questioni tecniche relative alla traduzione giuridica in un contesto multilingue.

Il multilinguismo è un valore abbracciato dall'Unione europea come parte integrante dei valori democratici: ciò implica una necessaria politica di traduzione dei postulati normativi che mirano a raggiungere il cittadino laico e non giurista, e quindi la loro formulazione in un linguaggio semplice e non tecnico. Per comprendere le forze in gioco, è necessario ricordare quanto queste siano eterogenee. Da un lato l'uguale rispetto di tutte le lingue ufficiali è espressione e concretizzazione del principio di democrazia. Dall'altro lato, il multilinguismo, per certi versi un'indubbia ricchezza del patrimonio culturale europeo, è allo stesso tempo fonte di innumerevoli problemi quando si tratta di redigere, tradurre e interpretare gli atti prodotti dalle istituzioni comunitarie in tutte le diverse lingue ufficiali. In un'Europa con 24 lingue ufficiali, esistono 552 combinazioni linguistiche possibili, il che rende il lavoro di traduzione molto complesso.

La crescente attenzione delle istituzioni europee per la traduzione giuridica può essere compresa anche alla luce del fatto che la traduzione in un contesto multilingue deve perseguire gli stessi obiettivi della legislazione multilingue, ovvero l'armonizzazione del diritto. In altre parole, il compito del legislatore

europeo è quello di formulare una norma che, tradotta nelle altre 23 lingue ufficiali, produca – una volta recepita nei 28 Stati membri – lo stesso risultato: una sfida anche per i corsi di laurea in giurisprudenza che dovranno formare i giuristi di domani.

Ciò appare particolarmente difficile se si considera che i concetti giuridici si riferiscono a termini astratti e che questi termini sono inseriti in un contesto di concetti e regole interrelate. Più un termine è astratto, più implica riferimenti e rimandi all'interno del sistema. Nella ricostruzione di tali termini, sarà normale ricorrere a "nozioni vicine", che definiscono e convalidano i termini stessi: ad esempio, la definizione del termine contratto presuppone la conoscenza di nozioni quali volontà, dichiarazione, accordo, ecc.

Inoltre, i concetti giuridici sono il risultato di una stratificazione di significati diversi che sono stati sviluppati da tradizioni giuridiche diverse nel tempo. La traduzione di un enunciato in un contesto interlinguistico richiama intuitivamente la produzione di un altro termine o enunciato equivalente nella lingua di arrivo. Questa operazione di traduzione implica un complesso lavoro intellettuale, in relazione al quale sono state sviluppate numerose teorie che sottolineano come ogni traduzione implichi necessariamente un'attività di interpretazione. La semplice giustapposizione di concetti giuridici in lingue diverse potrebbe portare a risultati solo superficiali.

Il carattere polisemico dei concetti giuridici implica quindi che, al momento della traduzione, si debba individuare il contesto di riferimento sia nel sistema di origine del concetto sia in quello in cui si vuole tradurre, per evitare risultati assolutamente fuorvianti. Fare i conti con questi concetti nei diversi ordinamenti giuridici europei significa quindi fare i conti con il quadro concettuale e la *forma mentis* che ha prodotto quel quadro. Si tratta, ovviamente, di un'operazione che va oltre la parola e che porta ad approfondire i molteplici livelli operativi, ma anche culturali, su cui si dispiegano le nozioni giuridiche.

Nell'affrontare il tema dei linguaggi giuridici, la necessità di un'attività ermeneutica che identifichi i significati che i concetti giuridici assumono nel discorso dei giuristi nazionali e che chiarisca la collocazione degli stessi all'interno delle tassonomie nazionali è dunque una necessità generale, che non può considerarsi limitata a quella specifica categoria di termini aperti, in cui si riversano più chiaramente contenuti tratti dalla consuetudine e dalle opzioni culturali *lato sensu*: cioè i cosiddetti termini vaghi, come buona fede o ragionevolezza.

L'obiettivo di questo contributo è quello di indagare il valore della diversità

linguistica in Europa e di capire, infine, se Umberto Eco aveva ragione nell'affermare che "*la langue de l'Europe c'est la traduction*"[1].

2. *La diversità linguistica come valore*

La diversità linguistica è un principio che riceve molteplici garanzie nei trattati e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. L'articolo 24 del TFUE stabilisce che ogni cittadino dell'UE ha il diritto di scrivere a qualsiasi istituzione dell'UE in una lingua ufficiale e di ricevere una risposta nella stessa lingua. Il rispetto delle lingue nazionali è inoltre in linea con la disposizione dell'articolo 3 del TUE, che prevede il rispetto delle identità nazionali dei vari Stati membri che compongono l'Unione. Il multilinguismo trova un forte riconoscimento anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. L'articolo 22 della Carta afferma che l'Unione rispetta la diversità linguistica, mentre l'articolo 21 vieta le discriminazioni basate su diversi motivi, tra cui la lingua. È inoltre necessario ricordare che la Carta prevede, all'articolo 41, il "diritto a una buona amministrazione", come nuovo diritto fondamentale, che prevede che "ogni persona può scrivere alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua". Nella Carta, a differenza del Trattato, la possibilità di comunicare con le istituzioni dell'Unione in una delle lingue del Trattato (articolo 21 CE) è aperta a ogni persona.

Il valore del multilinguismo è stato anche al centro di numerose iniziative promosse dall'Unione europea per lo studio delle lingue da parte dei suoi cittadini. Con un primo Piano d'azione[2], la Commissione ha sottolineato che i popoli europei stanno costruendo un'unica Unione a partire da molte nazioni, comunità, culture e gruppi linguistici diversi, e che l'Unione è costruita intorno all'interscambio paritario di idee e tradizioni e fondata sulla reciproca accettazione di popoli con storie diverse ma con un futuro comune. In questo contesto, la diversità linguistica è uno dei tratti distintivi dell'Unione europea. Il rispetto della diversità delle lingue dell'Unione è un principio fondante dell'Unione europea, che non deve limitarsi alle sue lingue ufficiali. Ecco perché l'apprendimento di un'unica lingua franca non sarebbe la soluzione giusta. Al contrario, le autorità nazionali e regionali sono incoraggiate a prestare particolare attenzione alle misure di assistenza alle comunità linguistiche il cui numero di

[1] Frase pronunciata durante la conferenza che Umberto Eco ha tenuto alle *Assises de la traduction littéraire* di Arles, domenica 14 novembre 1993.

[2] Commissione europea, *Promuovere l'apprendimento delle lingue e la diversità linguistica: Piano d'azione 2004-2006*, COM(2003) 449 def., 24 luglio 2003.

parlanti nativi diminuisce di generazione in generazione, in linea con i principi della Carta europea delle lingue regionali e minoritarie[3]. Dopo l'allargamento del 2004, è stato pubblicato un secondo Piano d'azione[4] che sottolinea il posto che il multilinguismo dovrebbe avere tra i valori dell'Unione europea. Secondo il Piano d'azione del 2005, l'Unione europea si fonda sul principio "uniti nella diversità": diversità di culture, costumi, credenze e lingue. In questa prospettiva la lingua è rappresentata come l'espressione più diretta della cultura: "È ciò che ci rende umani e che dà a ciascuno di noi un senso di identità", mentre il rispetto per la diversità linguistica è considerato "un valore fondamentale dell'Unione europea"[5]. Il Piano d'azione del 2005 presenta quindi la politica della Commissione in materia di multilinguismo, che ha tre obiettivi: incoraggiare l'apprendimento delle lingue e promuovere la diversità linguistica nella società, promuovere una sana economia multilingue e dare ai cittadini l'accesso alla legislazione, alle procedure e alle informazioni dell'Unione europea nella propria lingua. La Commissione affronta il problema della traduzione e dell'interpretazione a livello europeo, introducendo il nuovo ruolo degli interpreti in una società multilingue: "Gli interpreti aiutano anche le istituzioni delle società multilingue a funzionare. Sostengono le comunità di immigrati nei tribunali, negli ospedali, nella polizia e nei servizi per l'immigrazione. Se adeguatamente formati, gli interpreti contribuiscono quindi a salvaguardare i diritti umani e democratici"[6].

In tutto il Piano d'azione, la possibilità di accedere ai documenti e alla legislazione nella propria lingua è quindi considerata una parte importante del principio democratico. Ciò è particolarmente vero quando si tratta dei rapporti che la Commissione ha con i cittadini. La Commissione sottolinea le differenze tra l'Unione europea e altre organizzazioni internazionali che, come le Nazioni Unite, la NATO, l'OCSE, possono gestire un numero minore di lingue. L'Unione europea, a differenza di altre organizzazioni internazionali, adotta una legislazione che riguarda direttamente i suoi cittadini. È quindi un prerequisito per la legittimità democratica e la trasparenza dell'Unione che i cittadini possano comunicare con le sue istituzioni e leggere il diritto dell'UE nella propria lingua nazionale e partecipare al progetto europeo senza incontrare barriere linguistiche. Infine, la Commissione presenta il multilinguismo come un'op-

[3] Consiglio d'Europa, *Carta europea delle lingue regionali e minoritarie*, Strasburgo, 5 novembre 1992.

[4] Commissione europea, *Un nuovo quadro strategico per il multilinguismo*, Bruxelles, COM(2005) 596 def., 22 novembre 2005, 2.

[5] Piano d'azione, 2005, 13.

[6] Piano d'azione, 2005, 14-15.

portunità, più che un costo, qualcosa che rende l'UE un esperimento unico nel suo genere. Dobbiamo anche ricordare che dopo l'allargamento del 2004, che ha comportato l'aggiunta di nove nuove lingue ufficiali, la prima reazione concreta non è stata quella di cercare di semplificare e ridurre il numero di lingue ufficiali, ma di riconoscere anche all'irlandese lo status di lingua ufficiale[7].

3. *La diversità linguistica nel prisma del diritto comparato*

Indipendentemente da ciò che prevedono i trattati, come giuristi comparatisti[8], dovremmo chiederci quale ricchezza traiamo dalla diversità linguistica[9] o se – al contrario – saremmo in una situazione migliore se avessimo una sola lingua giuridica con cui confrontarci[10]. Nel lavoro dei comparatisti, la lingua è essenziale per il processo di acquisizione di conoscenza del diritto straniero[11]. Le informazioni relative al diritto straniero sono incorporate nella lingua, che è espressione della cultura, di un particolare insieme di valori e – infine – della mentalità dei giuristi, che rappresentano il sistema giuridico in analisi. Il diritto

[7] Nel 2007, su richiesta dell'Irlanda, l'irlandese è diventato una lingua ufficiale e di lavoro dell'UE. Tuttavia, in virtù di una deroga concessa dal Consiglio, a quel punto non tutti i documenti sono stati tradotti in irlandese. Nel 2015, l'Irlanda ha chiesto al Consiglio di eliminare gradualmente questa deroga entro il 1° gennaio 2022, quando l'irlandese sarebbe diventato una lingua ufficiale e di lavoro a tutti gli effetti, allo stesso livello delle altre lingue ufficiali dell'UE. Dal 1 gennaio 2022 la lingua irlandese è equiparata alle altre 23 lingue ufficiali dell'UE.

[8] Cfr. R. Sacco, *Language and Law*, in B. Pozzo (a cura di), *Ordinary Language and Legal Language*, Milano, 2005, 1; V. Grosswald Curran, *Comparative Law and Language*, in M. Reimann, R. Zimmermann (a cura di), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 675; B. Grossfeld, *Sprache und Recht*, in *Juristenzeitung*, 1984, 1; B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy,* Oxford, 1993; M. Rathert, *Sprache und Recht*, Heidelberg, 2006; S.A. Schane, *Language and the Law*, London-New York, 2006; T. Morawetz (a cura di), *Law and language*, Aldershot, 2000.

[9] Cfr. S. Grundmann, *Language in Law and in German Universities' Legal Education*, in M. Schmidt-Kessel (a cura di), *German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law*, Tübingen, 2018, 61. L'A. sottolinea come la riduzione ad una lingua giuridica implica il rischio di impoverire il diritto, nello specifico il suo pluralismo che trasmette pure l'idea e l'essenza del pluralismo nei modelli sociali.

[10] B. Pozzo, *Comparative Law and the New Frontiers of Legal Translation,* in S. Šarcevic (a cura di), *Language and Culture in EU Law - Multidisciplinary Perspectives*, Londra, 2016, 73; Id., *Lost and Found in Translation*, in R. Sacco (a cura di), *Les frontières avancées du savoir du juriste: L'anthropologie juridique et la traductologie juridique*, Bruxelles, 2011, 141.

[11] K. Kredens, S. Gozdz-Roszkowski (a cura di), *Language and the Law: International Outlooks*, Francoforte-New York, 2007.

e la lingua sono fenomeni culturali che devono essere studiati tenendo conto del tempo e del contesto[12].

Il discorso giuridico in ogni cultura ha le sue strutture e rappresenta i diversi modi di ragionare dei giuristi: in questa prospettiva, il linguaggio dà forma a ciò che l'utente conosce. Questo ruolo cognitivo è di fondamentale importanza perché condiziona tutta la conoscenza del diritto straniero[13]. I linguisti riconoscono da tempo che "il 'mondo reale' è in larga misura costruito inconsciamente sulle abitudini linguistiche del gruppo"[14] e che le differenze tra le strutture delle lingue sono la causa del diverso modo di percepire e concepire il mondo da parte del parlante[15]. I comparatisti hanno adottato questo approccio, quando parlano delle dimensioni silenziose[16] o dei poteri invisibili della lingua del diritto[17], dove la lingua gioca un ruolo indiscutibile nel comprendere i valori immanenti di una certa cultura[18]. Immaginiamo per un attimo

[12] B. Pozzo, *Comparative Law and Language*, in U. Mattei, M. Bussani (a cura di), *Cambridge Companion of Comparative Law*, Cambridge, 2012, 88.

[13] D.J. Gerber, *Authority Heuristics: language and trans-system knowledge,* in B. Pozzo (a cura di), *Ordinary Language and Legal Language*, Milano, 2005, 41.

[14] E. Sapir, *The Status of Linguistics as a Science*, in *Language*, 1929, 5(4), 207-214, dove l'A. nota ulteriormente: "*The understanding of a simple poem, for instance, involves not merely an understanding of the single words in their average significance, but a full comprehension of the whole life of the community as it is mirrored in the words, or as it is suggested by their overtones. Even comparatively simple acts of perception are very much more at the mercy of the social patterns called words than we might suppose. If one draws some dozen lines, for instance, of different shapes, one perceives them as divisible into such categories as 'straight', 'crooked', 'curved', 'zigzag' because of the classificatory suggestiveness of the linguistic terms themselves. We see and hear and otherwise experience very largely as we do because the language habits of our community predispose certain choices of interpretation*".

[15] Cfr. B.L. Whorf, *Language, Thought and Reality*, a cura di J.B. Carroll, Cambridge, MA, 1956; L. Gleitman, A. Papafragou, *Language and Thought*, in K. J. Holyoak and R. G. Morrison (a cura di), *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*, Cambridge, 2005, 633.

[16] Rodolfo Sacco ha introdotto il concetto di "crittotipo" per indicare quelle regole che esistono e sono rilevanti, ma che l'operatore non formula (e che, anche se volesse, non saprebbe come formulare; si tratta di regole che l'uomo pratica senza averne piena consapevolezza. Cfr. R. Sacco, *Crittotipo*, in *Digesto, Discipline, Sezione Civile*, Torino, 1989, 39; Id. *Formanti giuridici: A Dynamic Approach to Comparative Law* (parti 1 e 2), in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, 39, 343 ss.

[17] E.J. Eberle, B. Grossfeld, *Patterns of Order in Comparative Law: Discovering and Decoding Invisible Powers*, in *Tex. Int'l L.J.*, 2003, 38, 291 ss.

[18] Sulle interazioni tra diritto e cultura si veda R.W. Gordon, *Critical Legal Histories*, in *Stanford Law Review*, 1984, 36, 57 ss.; M. Krygier, *Law as Tradition*, in *Law and Philosophy*, 1986, 5, 237 ss.; R.L. Abel, *Comparative Law and Social Theory*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1978, 26, 219 ss.

una situazione ipotetica in cui potremmo lavorare con una sola lingua in tutta Europa e chiediamoci se in questo caso potremmo trovarci in una posizione migliore di quella attuale. Il multilinguismo come fenomeno sociale implica sia un aumento che una diminuzione delle opportunità di scambio interpersonale. Gli individui che conoscono le rispettive lingue possono ovviamente conversare, ma è altrettanto chiaro che un mondo con molte lingue è un mondo in cui abbondano i problemi comunicativi.

Potrebbe essere interessante, a questo proposito, fare riferimento agli argomenti che i linguisti hanno sviluppato per sostenere la diversità delle lingue, ispirandosi alla biodiversità. Crystal[19], ad esempio, suggerisce che gli argomenti a sostegno della diversità ecologica possono essere estesi anche alla diversità linguistica, evidenziando due degli argomenti utilizzati a sostegno della biodiversità che potrebbero essere applicati alla diversità linguistica. In primo luogo, l'intero concetto di ecosistema si basa su reti di relazioni e "il danneggiamento di uno qualsiasi degli elementi di un ecosistema può portare a conseguenze impreviste per il sistema nel suo complesso"[20]. In secondo luogo, la diversità è necessaria per l'evoluzione e gli ecosistemi più forti sono quelli più diversificati. In un certo senso, le diversità linguistiche e culturali sono il deposito di conoscenze storicamente sviluppate[21]. In questa prospettiva, la morte di una lingua dovrebbe essere considerata una perdita significativa perché implica una perdita di conoscenze ereditate. Le culture sono trasmesse attraverso le lingue e le lingue riflettono anche la storia delle persone che le hanno utilizzate. Per questi motivi, la diversità linguistica non dovrebbe essere considerata meno importante della diversità ecologica.

Come ha ricordato Michael Krauss:

> "…Come l'estinzione di una specie animale diminuisce il nostro mondo, così l'estinzione di una lingua. Di certo noi linguisti sappiamo, e il grande pubblico può percepire, che ogni lingua è un risultato supremo di un genio collettivo unicamente umano, un mistero divino e infinito come un organismo vivente. Dovremmo forse piangere la perdita dell'Eyak o dell'Ubykh meno di quella del panda o del condor della California?"[22].

[19] D. Crystal, *Language Death*, Cambridge, 2000.

[20] *Ibidem*, 33.

[21] T. Skutnabb-Kangas (University of Roskilde), *Why should linguistic diversity be maintained and supported in Europe? Some arguments*, Guide for the Development of Language Education Policies in Europe, From Linguistic Diversity to Plurilingual Education, Reference Study, Language Policy Division Directorate of School, Out-of-School and Higher Education DGIV Council of Europe, Strasburgo, 2002.

[22] M. Krauss, *The world's languages in crisis*, in *Language*, 1992, 68, 4.

Un'analogia ben nota tra diversità linguistica ed ecologica è quella del "giardino linguistico" proposta da Garcia[23]. Secondo Garcia, sarebbe noioso viaggiare per il mondo e vedere che tutti i giardini sono dello stesso fiore monocolore. La varietà di fiori di forme, dimensioni e colori diversi rende la nostra esperienza visiva ed estetica ricca e piacevole. Anche la diversità linguistica rende il mondo più interessante e colorato, ma come nel caso dei fiori rende il giardino più difficile da curare. Alcuni fiori (e alcune lingue) si diffondono molto rapidamente, mentre altri hanno bisogno di cure e protezione supplementari. La diversità linguistica richiede pianificazione e cura e potrebbe comportare alcune azioni positive, come intervenire nell'educazione linguistica, proteggere le lingue a rischio attraverso la legislazione e l'educazione o addirittura intervenire per salvare le lingue a rischio.

E che dire del problema delle lingue giuridiche europee, o – per usare la stessa metafora – il giardino d'Europa?

Nonostante il desiderio di rispettare tutte le lingue, in un processo di armonizzazione giuridica la tendenza potrebbe essere quella di progredire costantemente verso un'unica lingua giuridica. Tuttavia, ci sono diverse ragioni per cui una lingua giuridica unica non sarebbe consigliabile, nemmeno come obiettivo.

Innanzitutto, i concetti giuridici – come le parole – hanno una provenienza e cambiano nel tempo. Come nel caso dell'etimologia delle parole, preservare l'origine e la storia dei concetti giuridici è importante per facilitare gli obiettivi dell'armonizzazione giuridica. Quindi, per ironia della sorte, potrebbe essere necessario preservare le differenze per raggiungere l'armonia.

In secondo luogo, la diversità linguistica nel processo di armonizzazione potrebbe essere importante per lo stesso motivo per cui i biologi cercano di preservare la biodiversità, anche quando sviluppano e commercializzano varietà "migliorate" di piante alimentari. In altre parole, i biologi sanno che una varietà vegetale di successo coltivata oggi può soccombere domani a un disagio o a un cambiamento delle condizioni. È solo attraverso la conservazione di altre varietà vegetali, attraverso la conservazione della diversità del genoma vegetale, che possiamo garantire il futuro del nostro cibo e la nostra stessa sopravvivenza. Il diritto non è diverso. Anche se l'armonizzazione promuove soluzioni di successo ai problemi giuridici, è necessario preservare il genoma del diritto, la sua diversità. Ciò avviene preservando il linguaggio di partenza (il codice sorgente, per usare un'altra metafora) delle tradizioni giuridiche che costituiscono la base del diritto.

[23] A. Lopez Garcia, in C. Baker, W. Prys Jones (a cura di), *Encyclopedia of Bilingualism and Bilingual Education*, Clevedon, 1998, 205.

In terzo luogo, in quanto sistema giuridico transnazionale, l'Unione europea interagisce con i suoi cittadini attraverso i loro governi locali nella loro lingua e nella loro tradizione giuridica. I cittadini dell'UE, compresi quelli che aderiscono pienamente all'idea dell'UE, sono in grado di comprendere appieno i concetti giuridici solo nella loro lingua e attraverso le loro tradizioni giuridiche, sociali e culturali. Una legge armonizzata trasmessa in una lingua straniera non potrebbe mai essere la "loro".

Alla fine, la domanda chiave è se l'obiettivo sia quello di avere gli stessi diritti e risultati in ogni Stato o se si tratta di avere lo stesso concetto giuridico con risultati molto diversi da uno Stato all'altro.

La tentazione di raggiungere l'armonizzazione attraverso un'unica lingua deve essere evitata perché il costo non è l'armonizzazione ma la disarmonia. Questo è vero perché gli Stati non solo hanno lingue diverse, ma anche tradizioni giuridiche diverse. Il significato di un concetto in un Paese potrebbe comportare un risultato molto diverso in un altro.

In conclusione, potremmo concordare con Umberto Eco sul fatto che la lingua dell'Europa dovrebbe essere la traduzione: un esercizio ermeneutico in cui si perde qualcosa, ma in cui si può anche trovare qualcosa[24].

4. *La traduzione giuridica nella costruzione degli Stati nazionali*

Se guardiamo al nostro passato, appare saliente il processo di traduzione dal latino come lingua franca alle lingue volgari, iniziato nel Medioevo e poi enfatizzato durante il Rinascimento, con la creazione degli Stati nazionali e l'emergere della preoccupazione dei governanti di promulgare le leggi nella propria lingua[25].

A partire dal XVI secolo, gli umanisti hanno evidenziato come ogni lingua abbia un proprio genio o spirito particolare, celebrando le differenze tra lingue

[24] W.J. Witteveen, *What is Lost and Found in Translation*, in B. Pozzo (a cura di), *Teaching Law through the Looking Glass of Literature*, Berna, 2010, 21; v. inoltre B. Pozzo, *Lost and Found in Translation*, cit.

[25] In Francia, ad esempio, dal 1539 l'Ordinanza di Villers-Cotterets, in vigore, proclama che il francese è la lingua ufficiale dei tribunali. Sull'uso obbligatorio del francese si veda E. Manera Edelstein, *La Loi Toubon: Liberté, Egalité, Fraternité: but only on France's Terms*, in *Emory International Law Review*, 2003, 17, 1127 ss.; L. Sadat Wexler, *Official English, Nationalism and Linguistic Terror: A French Lesson*, in *Washington Law Review*, 1996, 71, 285 ss., 368; J.E. Jacob, *Language Policy and Political Development in France*, in B. Weinstein (a cura di), *Language Policy and Political Development*, Norwood, 1990, 43.

vernacolari[26]. In tempi più recenti, sono stati poi Gottfried Herder[27] e William von Humboldt[28] a sottolineare che, poiché "ogni lingua […] ha il suo carattere nazionale", le traduzioni sono sempre operazioni rischiose. Ma – allo stesso tempo – lo spirito di una lingua si rivela al meglio nei suoi termini intraducibili[29].

Oggi, il processo di traduzione, necessariamente imperfetto, può aiutarci a scoprire molto di ciò che intendiamo per linguaggio giuridico, o per discorso giuridico, in qualsiasi cultura lo si esamini. Perché possiamo tradurre "*Rechtsgeschäft*" con "negozio giuridico", ma non troviamo una traduzione dello stesso concetto in francese? Perché il "*trust*" è così particolare come istituto che in genere non lo traduciamo? Perché gli italiani si ostinano a distinguere tra "decadenza" e "prescrizione", mentre i *common lawyers* lavorano con un solo termine in entrambi i casi?

La traducibilità o l'intraducibilità dei concetti giuridici ci suggerisce l'evoluzione di un linguaggio giuridico e rivela qualcosa sulla cultura giuridica in cui cerchiamo un corrispondente. La traduzione ci dà l'opportunità di considerare lo stesso problema da un'altra prospettiva e di analizzare diversi modi di ragionare. È vero che a volte le stesse regole operative si nascondono dietro costruzioni dottrinali diverse. Ma lo stesso sforzo di traduzione può portarci comunque a una conquista di conoscenza. Se questa è la lezione che possiamo trarre su ciò che possiamo perdere e ciò che possiamo trovare nella traduzione, come possiamo applicarla al multilinguismo europeo?

5. *Le sfide del multilinguismo europeo*

Il multilinguismo è una sfida, ma è una sfida che deve essere accettata per soddisfare principi fondamentali come la democrazia, la trasparenza e il diritto

[26] E. Stankiewicz, *The 'Genius' of Language in Sixteenth-Century Linguistics*, in J. Trabant (a cura di), *Logos Semantikos, I. Geschichte der Sprachphilosophie und der Sprachwissenschaft*, Berlino, 1981.

[27] J.G. Herder, *Uber die deutsche Literatur, Uber den Ursprung der Sprache, Werke 1764-1772*, ora in U. Gaier (a cura di), *Frühe Schriften: 1764-1772*, Francoforte, 1985.

[28] W. Von Humboldt, *Uber die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts*, Berlino, 1836.

[29] La citazione "*Der Geist einer Sprache offenbart sich am deutlichsten in ihren unübersetzbaren Worten*" è tratta dagli *Aforismi* di Marie von Ebner-Eschenbach, scrittrice austriaca vissuta tra il 1830 e il 1916. Cfr. *Aphorismen*, in *Gesammelte Schriften*, Berlino, 1893, Band 1, 22. Riferimenti simili si trovano anche in Salman Rushdie che, nel suo romanzo *Shame* (Londra, 1984) sottolinea che per comprendere una cultura bisogna concentrarsi sui suoi termini intraducibili: "*To unlock a society, look at its untraslatable terms*", 104.

di essere informati[30]. Detto questo, sarebbe illusorio non ammettere che la traduzione, e in particolare la traduzione giuridica, non presenta problemi specifici in un contesto multilingue caratterizzato da ventiquattro lingue ufficiali che riflettono tradizioni diverse.

La mancanza di un linguaggio giuridico comune è emersa in tutta la sua evidenza durante la stesura della prima legislazione europea sui contratti dei consumatori. In effetti, l'uso di una particolare terminologia nell'elaborazione delle direttive volte ad armonizzare la tutela dei consumatori ha sollevato una serie di problemi che è opportuno evidenziare all'inizio della nostra trattazione. L'iniziativa di armonizzare il diritto dei consumatori e dei contratti a livello europeo risale a diversi anni fa[31] ed è stata al centro dell'interesse delle istituzioni comunitarie e della teoria giuridica europea negli ultimi decenni[32]. Dagli anni Ottanta del secolo scorso, la legislazione dell'UE nel campo del diritto dei consumatori e dei contratti ha subito una significativa evoluzione in termini di quantità e qualità[33].

Dal primo punto di vista, è importante sottolineare i vari aspetti dei contratti dei consumatori che sono ora regolati dalla legislazione dell'UE[34].

[30] "*Many Tongues, One Family*", European Commission's Press and Communications Directorate, luglio 2004.

[31] S. Grundmann, *European Contract Law(s) of What Colour?*, in ERCL, 2005, 1, 184 ss.; J. Basedow, *A common contract law for the common market*, in *Common Mark Law Review*, 1996, 33(6), 1169.

[32] In questa prospettiva vanno collocati il Progetto preliminare di Codice europeo dei contratti basato sul lavoro dell'Accademia dei giuristi privati europei di Pavia (cfr. G. Gandolfi, *Pour un code européen des contrats*, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1992, 707), i Principi generali di diritto contrattuale della Commissione Lando (O. Lando, *Principles of European Contract Law - An Alternative or a Precursor of European Legislation*, in *RabelsZ*, 1992, 261), i Principi UNIDROIT (J. Bonell, *Das UNIDROIT Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge*, in *RabelsZ*, 1992, 274). Sulle varie questioni si veda G. Alpa, *The future of European Contract Law: Some Questions and Some Answers*, in K. Boele-Woelki, F.W. Grosheide (a cura di), *The Future of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2007, 3.

[33] A.L.M. Keirse, *European impact on contract law. A perspective on the interlinked contributions of legal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law*, in *Utrecht Law Review*, 2011, 7, 34.

[34] Direttiva (CE) 1999/44 del 25 maggio 1999, *su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *GU* L 171, 7 luglio 1999, 12; Direttiva (CEE) 93/13 del 5 aprile 1993, *concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *GU* L 95, 21 aprile 1993, 29); Direttiva (CEE) 90/314 del 13 giugno 1990, *concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"*, in *GU* L 158, 23 giugno 1990, 59; Direttiva (CEE) 85/577 del 20 dicembre 1985, *per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *GU* L 372, 31 dicembre 1985, 31; Direttiva (CEE) 87/102 del 22 dicembre 1986, *relativa*

Dal secondo punto di vista, è allo stesso tempo importante sottolineare che questo sviluppo quantitativo è stato accompagnato da un processo di sensibilizzazione verso la creazione di un sistema giuridico coerente, in cui la qualità della legislazione è stata posta al centro di varie iniziative[35]. Mentre nella prima parte di questa evoluzione il legislatore europeo aveva adottato un approccio "pointilistico" o "frammentario" all'armonizzazione nel settore del diritto dei contratti[36], più recentemente la Commissione europea ha compiuto passi verso un diritto dei contratti più coerente, lavorando allo sviluppo di una terminologia europea coerente in questo campo[37]. Queste evoluzioni quantitative e qualitative, che hanno portato a una più rigorosa europeizzazione del diritto contrattuale[38], hanno dovuto affrontare la grande sfida della traduzione delle terminologie giuridiche nel contesto del multilinguismo europeo, dove la diversità linguistica è considerata una caratteristica distintiva del diritto dell'Unione europea[39].

al ravvicinamento disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, in *GU* L 42 del 12 febbraio 1987, 48, modificata dalla Direttiva (CEE) 90/88, in *GU* L 61, 10 marzo 1990, 14, e la Direttiva (CE) 98/7, in *GU* L 101, 1 aprile 1998, 17; Direttiva (CE) 97/7 del 20 maggio 1997 *riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *GU* L 144 del 4 giugno 1997, 19; Direttiva (CE) 94/47 del 26 ottobre 1994, *concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili*, in *GU* L 280 del 29 ottobre 1994, 83.

[35] Nel 2008, alla Conferenza di Utrecht, la International Academy of Comparative Law ha dedicato un'intera sessione al problema. Cfr. il *General Report* di A. Gambaro, *Interpretation of Multilingual Legislative Texts*, in K. Boele-Woelki, S. van Erp (a cura di), *General Reports of the 17th Congress of the International Academy of Comparative Law*, Utrecht, 2007, 51.

[36] H. Kötz, *Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, in *RabelsZ*, 1986, 50, 5.

[37] B. Pozzo, *Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology*, in *European Review of Private Law*, 2003, 6, 754.

[38] H.L. MacQueen, *The Europeanisation of Contract Law: The Proposed Common European Sales Law*, in *Commercial Contract Law*, 2014, 529; C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law - Current controversies in Law*, Londra-New York, 2013, 1 ss.; A. Somma, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007.

[39] S.E. Pommer, *Interpreting Multilingual EU Law: What Role for Legal Translation?*, in *ERPL*, 2012, 5-6, 1241; V. Jacometti, B. Pozzo (a cura di), *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento - Redazione, traduzione ed interpretazione degli atti giuridici comunitari e il loro impatto sull'armonizzazione del diritto europeo*, Milano, 2006; Id. (a cura di), *Multilingualism and The Harmonisation of European Law*, Alphen aan den Rijn, 2007.

6. *Il recepimento delle direttive nei diversi Paesi membri: le diverse mentalità a confronto*

A prescindere dalla terminologia utilizzata, è inoltre necessario soffermarsi sul fatto che, durante il processo di attuazione delle direttive, possono intervenire numerosi fattori che possono avere un ulteriore effetto di frammentazione[40]. L'esperienza finora maturata dimostra che l'attuazione delle direttive europee nei vari sistemi giuridici nazionali ha seguito percorsi diversi che dipendono da vari fattori[41]. In primo luogo, dobbiamo ricordare che, ai sensi dell'articolo 288 del TFUE, una direttiva "… vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi". Le direttive specificano un risultato da raggiungere, ma gli Stati membri sono liberi di scegliere "forma e i metodi" appropriati. Le leggi nazionali non riprendono il testo delle direttive parola per parola e non è necessario che la terminologia utilizzata in una particolare direttiva sia interamente adottata dalle legislazioni nazionali[42]. La Corte di giustizia ha confermato che l'uso di una terminologia diversa da quella di una direttiva, ma che non produce un allontanamento sostanziale, è ammissibile[43].

Inoltre, le ragioni alla base dei diversi atteggiamenti nei confronti dell'attuazione delle direttive europee possono risiedere nella diversa mentalità giuridica che ogni sistema nazionale riflette. La centralità del codice civile nella costruzione di un sistema coerente di concetti è più sentita in un sistema che in altri, così come l'ambizione di presentare il proprio codice come modello per l'intera Europa, o i particolari criteri di interpretazione giuridica sviluppati in un paese. La dottrina giuridica francese ha ad esempio sottolineato che il legislatore nazionale, nel recepire le direttive europee sulla tutela dei consumatori, è stato influenzato dal fatto che, in generale, la legislazione nazionale aveva preceduto quella europea. Per queste ragioni, non deve sorprendere che il le-

[40] M. Graziadei, *Fostering a European legal identity through contract and consumer law*, *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016, 82.

[41] Su queste problematiche si veda il numero speciale della *European Review of Private Law* (ERPL) dedicato a *The Impact of Multilingualism on the Harmonization of European Private Law*, a cura di B. Pozzo, 2012, 20(5-6); si veda anche B. Pasa, P. Rossi, M. Weitenberg (a cura di), *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali: materiali per lo studio della terminologia giuridica*, Torino, 2007.

[42] Come ricorda C. Twigg-Flesner, in *The (non-)impact of harmonising measures on English legal terminology*, in *ERPL*, 2012, 5-6, 1369.

[43] Corte di Giustizia CEE, 6 ottobre 1982, C 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della Sanità*.

gislatore francese abbia cercato di mantenere il proprio patrimonio lessicale e concettuale[44].

Un approccio diverso è stato adottato dalla legislazione spagnola, dove la maggior parte del sistema giuridico è una conseguenza diretta e immediata del recepimento delle direttive. Gli studiosi spagnoli hanno sottolineato che l'attuazione delle direttive nel campo della tutela dei consumatori è avvenuta senza un processo di riflessione o di integrazione precedente. Inoltre, le direttive europee sono diventate la fonte di molti termini giuridici e, talvolta, dei concetti fondamentali della legge spagnola sulla tutela dei consumatori. In altre occasioni, invece, la preesistenza di categorie giuridiche nell'ordinamento spagnolo al momento dell'attuazione delle direttive europee ha richiesto un adattamento o un adeguamento dell'uso o addirittura un vero e proprio cambiamento del significato che la categoria aveva avuto fino a quel momento[45].

In molti Stati membri, come la Francia, la Spagna, l'Italia e il Belgio, il recepimento delle direttive europee negli ordinamenti nazionali è avvenuto al di fuori del Codice Civile. Questa scelta non è priva di ripercussioni sulla ricerca di un sistema coerente di concetti a livello nazionale, perché può dare origine a una serie di sistemi concettuali separati non necessariamente integrati tra loro, o addirittura in contrasto tra loro. L'attuazione delle direttive europee ha stravolto le terminologie nazionali, mentre il significato dei concetti tradizionali del diritto civile non è più rispettato nel campo del diritto dei consumatori[46].

7. *Conclusioni*

La traduzione giuridica gioca un ruolo fondamentale nella costruzione di un diritto privato europeo armonizzato.

La precisione della terminologia giuridica e la chiarezza delle norme giuridiche sono importanti sotto vari aspetti. Norme comprensibili e accessibili favoriscono l'accesso da parte dei non addetti ai lavori e soprattutto dei cittadini comuni, aumenta la certezza e la prevedibilità delle decisioni ed è una

[44] M.L. Mathieu, *La transposition des directives en droit français : maîtrise des mots, maîtrise sur les mots*, in *ERPL*, 2012, 5-6, 1279 ss., 1280.

[45] N. Alvarez Lata, *The Impact of the Terminology of the European Directives on Consumer Rights on the Spanish Law: The Construction of a New Legal Language*, in *ERPL*, 2012, 5-6, 1305 ss.

[46] C. Cauffman, *The Impact of EU Law on Belgian Consumer Law Terminology*, in *ERPL*, 2012, 5-6, 1325 ss., 1351.

condizione preliminare necessaria per la creazione di un quadro giuridico armonizzato nel contesto della diversità giuridica e linguistica europea.

Molte sono state le iniziative attuate dalle istituzioni europee che, soprattutto in materia contrattuale, hanno portato ai primi risultati, come ben evidenziato dalle vicende che hanno accompagnato l'elaborazione del Quadro comune di riferimento[47].

Tuttavia, la strada da percorrere appare ancora lunga e ricca di insidie.

Al di là delle iniziative politiche, sarebbe probabilmente necessario investire in politiche culturali inclini a sviluppare una maggiore consapevolezza dei problemi concreti presenti in questo contesto. Ciò potrebbe avvenire attraverso l'introduzione di specifici corsi universitari interdisciplinari che permettano ai giuristi nazionali di comprendere meglio le questioni legate all'espressione del diritto europeo nelle diverse lingue ufficiali e i problemi legati alla traduzione giuridica. Lo studio del diritto a livello nazionale è purtroppo ancora troppo spesso ancorato ad archetipi antichi, che non permettono di affrontare le sfide del mondo di oggi. Sono ancora pochi i Paesi che offrono ai loro studenti l'opportunità di frequentare corsi di diritto comparato che permettano loro di comprendere le ragioni profonde delle differenze tra i sistemi giuridici europei e – di conseguenza – di capire le difficoltà che la traduzione giuridica presenta.

Per questo motivo, più che affidarsi alle sole iniziative politiche, sarebbe opportuno necessario sviluppare una valutazione più attenta del compito che le università potrebbero svolgere nel porre le basi di un sistema giuridico che, pur rispettando le differenze linguistiche e culturali, possa definirsi propriamente europeo.

[47] P. Giliker, *The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the "academic" to the "political" text*, in J. Devenneyand, M.B. Kenny (a cura di), *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification Or Chaos?*, Cambridge, 2013, 23.

EPIFANIE DEL DIRITTO SOCIALISTA. FRAMMENTI DI UNA RICOSTRUZIONE

Gianmatteo Sabatino

SOMMARIO: 1. Un piccolo e personale ricordo. – 2. Cosa resta del diritto socialista? – 3. Dal polo sovietico al polo cinese. – 4. Circolazione del socialismo "a modello cinese". – 5. Altre ipotesi di comparazione. – 6. Diritto socialista e diritto romano. – 7. Conclusioni.

1. *Un piccolo e personale ricordo*

Ho avuto la mia prima, profonda conversazione con il Professor Gian Antonio Benacchio pochi mesi prima che diventasse supervisore del mio percorso di dottorato, allorchè mi recai a consegnargli copia della mia tesi di laurea dal momento che era stato nominato mio controrelatore.

Presentavo un elaborato, sotto la guida del Prof. Ignazio Castellucci, in materia di diritto della pianificazione in Cina, e rimasi sinceramente stupito quando il Prof. Benacchio, nello scorrere l'indice del lavoro, si soffermò nel commentare la prima parte della ricerca, quella relativa all'evoluzione delle strutture di pianificazione nell'esperienza storica del diritto socialista.

Scrivere quella sezione mi aveva appassionato; tuttavia, nella mia ingenuità, tendevo a considerarla poco più che una premessa nell'economia generale dell'opera, difficilmente meritevole di attenzione.

Nel manifestare particolare interesse proprio verso quella sezione, il Professore mi aveva in effetti insegnato come la valutazione critica della persistente vitalità, pur riadattata, di certi stilemi e meccanismi giuridici, costituisce tante volte una chiave di lettura tanto semplice quanto profonda per cogliere la logica di altrimenti poco comprensibili sviluppi contemporanei di ordinamenti giuridici apparentemente contraddittori, come quello cinese.

Avrei avuto modo, nel tempo, di riflettere ulteriormente su questi problemi. Lo avrei fatto, di nuovo, grazie alla sua guida ed ai suoi consigli.

Oggi, a distanza di nove anni da quel momento, mi accingo ad onorare, con un affetto che trascende il piano puramente accademico, l'opera ed il profilo scientifico del Prof. Benacchio. Scelgo di farlo evocando un tema che idealmente si ricollega a quella conversazione di nove anni fa.

Gian Antonio Benacchio, prima ancora di essere Maestro del diritto europeo, è stato Maestro del diritto socialista, e massimo conoscitore di quella variante altamente innovativa e persino sperimentale che è stata il diritto jugoslavo[1].

In fondo, è anche a partire dallo studio di tale cifra innovativa, come emerge dai lavori del Professore, che appare lecito interrogarsi sulla duttilità della nozione di diritto socialista e sui suoi possibili riadattamenti in seno ai flussi di circolazione dei modelli giuridici, pur a distanza di oltre trent'anni dal crollo "formale" di quella famiglia di sistemi.

2. *Cosa resta del diritto socialista?*

Anche solo evocare una nozione generica di "diritto socialista" rischia oggi di apparire irrimediabilmente passatista. Sono trascorsi, in effetti, trent'anni dal momento in cui Zweigert e Kötz misero di fatto una pietra tombale sulla già eternamente contestata "famiglia di diritto socialista"[2].

Del resto si potrebbe, quasi romanticamente, arguire che proprio la scomparsa di quella famiglia, dovuta alla fine della guerra fredda, gettò la sistemologia tradizionale del diritto comparato, così legata alle classificazioni, in un'era di crisi e contestazioni che, a ben vedere, perdura tutt'ora[3].

Oggi, però, le tanto enfatizzate polverizzazioni dell'ordine geopolitico conferiscono al comparatista l'inaspettato (ed altrettanto amaro, date le circostan-

[1] Ricordo, in primo luogo, gli studi pionieristici sulle epifanie giuridiche del socialismo autogestionario jugoslavo, fra cui G.A. Benacchio, *Alcune precisazioni in merito ai recenti provvedimenti legislativi che limitano le retribuzioni dei lavoratori nelle aziende autogestite jugoslave*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 411 ss.; Id., *La proprietà nell'impresa autogestita jugoslava*, Milano, 1988; Id., *Jugoslavia: evoluzione e crollo di un modello*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, pp. 361 ss. In secondo luogo, rinvio alla generale ed esaustiva trattazione, da una prospettiva che peraltro trascende ampiamente lo studio della sola parentesi socialista, contenuta in Id., *La circolazione dei modelli giuridici tra gli slavi del sud: sloveni, croati, serbi*, Padova, 1995.

[2] K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato* (trad. it. B. Pozzo), Milano, 1998. Sui dubbi circa l'indipendenza di una "famiglia di diritto socialista" v. anche T.H. Reynolds, *Socialist Legal Systems: Reflections on Their Emergence and Demise*, in *International Journal of Legal Information*, 1992, 20, 215-237.

[3] J. Husa, *Classification of Legal Families Today. Is it time for a memorial hymn?*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2004, 56, 11-38; M. Pargendler, *The Rise and Decline of Legal Families*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2012, 60, 1043-1074.

ze spesso tristi delle suddette polverizzazioni) privilegio di poter rispolverare categorie date per sepolte, o finanche di coniarne di nuove[4].

Così, anche di diritto socialista si può tornare a parlare, se non altro muovendo dal presupposto che la seconda potenza politica ed economica (e forse anche militare) del globo informa, ufficialmente, il proprio sistema giuridico alla dottrina del marxismo-leninismo. Anche ad ammettere che sulla effettiva "genuinità" del socialismo cinese, ormai infarcito di mercato, si debba discutere, proprio la necessità di misurare l'eventuale dissociazione fra il dato declamatorio e la realtà giustifica pienamente la considerazione del "diritto socialista" quale componente ineliminabile delle formule di ricerca.

Vi è poi una dimensione a mio avviso più profonda, che integra le vicende dei diritti socialisti con le tradizioni giuridiche sui quali esse insistono. Con riferimento all'Asia, è stato Patrick Glenn a sostenere che più volte il marxismo è stato reso funzionale alle evoluzioni di quella che lui chiama "tradizione giuridica confuciana", mediante esperimenti solo in apparenza paradossali[5].

Nulla vieta, specialmente oggi, di porsi problemi analoghi anche con riferimento ad altre tradizioni, specie in paesi che o siano stati in passato formalmente socialisti o che abbiano vissuto fasi di produzione giuridica in momenti storici connotati dalla *leadership* di movimenti che, in senso più o meno lato, si richiamano al marxismo-leninismo.

Insomma, non sembra troppo astruso ragionare, magari frammentariamente, sulle possibili declinazioni attuali di una nozione di "diritto socialista".

L'unico rischio da evitare è, a ben vedere, quello di appoggiarsi alla un po' ammuffita idea di "famiglia". Raggruppare i diritti di alcuni paesi sulla base di un dato formale di aderenza al marxismo-leninismo è operazione possibile e pure legittima, ma dal pallido valore scientifico.

Alternativamente, a voler cercare ostinatamente linee di demarcazione giustificate dai rapporti geopolitici – come di fatto succede con qualsiasi classificazione – si sarebbe costretti a rilevare che, oggi, la qualifica o meno di un paese come "socialista" non costituisce un vero discrimine per valutare la sua appartenenza a "blocchi" ben definiti[6]. La Cina e il Vietnam hanno sistemi giuridici (ufficialmente socialisti) molto simili, ma intrattengono spesso rapporti diplomatici ostili.

[4] Sul rapporto fra diritto e geopolitica v. I. Castellucci, *Il diritto nel mondo dei molti "imperi"*, in *Eurasia. Rivista di studi geopolitici*, 2011, 3, 103-122; Id., *Il diritto come dimensione della geopolitica e del conflitto*, in *Gnosis*, 2020, 2, 21-33; A. Somma, *La geografia dei corpi politici. Classificazione e genealogie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 4, 1217-1250.

[5] P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2014.

[6] Sul tema v. ancora I. Castellucci, *Il diritto nel mondo dei molti "imperi"*, cit.

Ci si concentri dunque sulla nozione, senza volerne fare ad ogni costo un criterio di classificazione. Quali epifanie del socialismo giuridico informano gli ordini normativi contemporanei? Parlandone, si scoprirà forse che, pur corretti sotto un profilo tecnico, i tratti di penna di Zweigert e Kötz sono stati in parte affrettati.

3. *Dal polo sovietico al polo cinese*

Un primo blocco di riflessioni potrebbe ben partire da un dato generazionale: i comparatisti "*millennials*" non hanno avuto possibilità di confronto diretto con ciò che era il diritto sovietico. Per loro e, si suppone, per almeno qualche generazione futura, il principale esempio di socialismo "realizzato" da comparare non potrà che essere quello "di mercato" cinese.

La Cina è stata solo di rado inclusa a pieno titolo nella famiglia giuridica socialista[7]. Forse su tale scelta incise la necessità di valorizzare dati di una cultura giuridica tradizionale che aveva preceduto per millenni l'instaurazione del socialismo (ma analoghe considerazioni potevano allora valere per tutti gli altri paesi socialisti).

Più semplicemente, credo, ciò è dipeso dal fatto che negli anni in cui le grandi categorie del diritto comparato si assestavano[8], la guerra civile cinese fosse appena finita e lo stesso diritto cinese non si fosse ancora conformato nè al modello costituzionale staliniano del 1936 né ai meccanismi della colletivizzazione terriera e della pianificazione economica[9].

Successivamente, allorchè il concetto di sistema giuridico socialista fu declinato a partire dall'archetipo sovietico[10], i cammini difformi di quest'ultimo e del socialismo cinese impedirono fruttuosi tentativi di armonizzazione[11].

[7] Fra coloro che lo hanno fatto v. A. Malmström, *The System of Legal Systems. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law*, in *Scandinavian studies in law*, 1969, 13, 127-150. Sulle possibili ragioni delle scelte classificatorie v. anche U. Mattei, *The Cold War and Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2017, 65, 567-607.

[8] È l'epoca di R. David, *Traité élementaire de droit civil comparé*, Parigi, 1950, e di P. Arminjon, B.B. Nolde, M. Wolff, *Traité de Droit Comparé* (Vol. III), Parigi, 1951.

[9] G. Sabatino, *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo*, Napoli, 2022, pp. 16 ss.

[10] Tanto il trattato di David del 1950 che quello di Arminjon, Nolde e Wolff parlano invero di *droit sovietique* e non di diritto socialista, e non poteva del resto essere altrimenti, dato che la sovietizzazione dell'Europa orientale era appena agli inizi e l'unico altro paese indiscutibilmente socialista, all'epoca, era la Mongolia.

[11] Diversamente avvenne, appunto, con il resto dell'Europa orientale, la quale finì per essere concepita quale appendice, pur con le diversificazioni del caso, del modello giuridico sovietico (v.

Ciononostante, la Cina, dal 1949, è un paese socialista. Oggi, ovviamente, le regole del mercato importate dai paesi capitalisti hanno aperto spazi di libertà, specialmente sul piano economico, che fanno venir meno molti di quegli indicatori un tempo utilizzati per connotare i diritti socialisti[12]. Nondimeno, le strutture fondamentali della legalità socialista, i suoi concetti e persino alcune sue importantissime epifanie sono ancor oggi il filtro migliore per comprendere alcuni meccanismi del diritto cinese.

La stessa nozione di *yi fa zhi guo*, che nelle traduzioni (ufficiali e non) si rende spesso con quella *rule of law* per i giuristi occidentali così pregna di significati storici, non vuole assolutamente esprimere il medesimo concetto. Si riferisce piuttosto ad una nozione strumentale del diritto in funzione degli scopi perseguiti dal potere politico, una *rule by law* tutta incanalata nel solco della tradizione giuridica socialista e sovietica[13].

La costituzionalizzazione del ruolo guida del Partito Comunista e del centralismo democratico quale metodo decisionale delle pubbliche istituzioni garantiscono, nella pratica, una concezione tutt'oggi fondamentalmente funzionale dei diritti soggettivi, da interpretarsi alla luce delle condizioni economiche e delle priorità di sviluppo del paese come decise dalla sua *leadership*[14].

Questa funzionalizzazione, benintenso, non cancella, anzi spesso espande gli spazi di autonomia privata che la costruzione di un nuovo diritto civile e commerciale, nel corso di quattro decenni, ha strutturato[15]; si tratta però di un'espansione che parte dal presupposto di un arretramento volontario e controllato della pianificazione[16].

al riguardo il fondamentale G. Ajani, *Diritto dell'Europa orientale*, Torino, 1996). Fa parziale eccezione, ed è anche qui facile intuire i moventi politici, la Jugoslavia il cui diritto, specie in punto di proprietà "autogestita", costituì sempre un blocco giuridico "dissidente". Sul punto si richiamano gli studi del Prof. G.A. Benacchio, fra i quali si ricordano i già citati *La proprietà nell'impresa autogestita jugoslava*, cit., e *Jugoslavia: evoluzione e crollo di un modello*, cit.

[12] Sul percorso delle riforme giuridiche cinesi v., ex multis, G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, Torino, 2007; R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999; E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, Roma, 2020.

[13] I. Castellucci, *Rule of Law and Legal Complexity in the People's Republic of China*, Trento, 2012; R. Peerenboom, *China's Long March Toward the Rule of Law*, Cambridge, 2002.

[14] Per uno scorcio del dibattito cinese sul punto, che dia conto anche della varietà di posizioni, v. E. Consiglio, *Concezioni dei diritti nel dibattito cinese contemporaneo*, in *Rivista di diritti comparati*, 2022, 3, 770-790.

[15] V. sul punto Xue Jun, 两种市场观念与两种民法模式 (*Due nozioni di mercato e due modelli di diritto civile*), in *fazhi yu shehui fazhan*, 2008, 83, 94-108.

[16] Hao Jiang, *Freedom of Contract under State Supervision*, in *George Mason J. Int. Comm. L.*, 2016, 7, 202-254.

Quanto detto trova pronta conferma in un'analisi, anche sommaria, dei nuovi indicatori "socialisti" che emergono nel tessuto del diritto cinese contemporaneo. Alcuni di essi, invero, sono condivisi dagli altri paesi "residui" della famiglia socialista o da paesi post-socialisti; altri, sono originali, almeno per ora, del contesto cinese.

Fra i primi, oltre alle già citate strutture costituzionali staliniane[17], si ricordi l'apparato teorico dei diritti reali, tutt'ora imperniato su una tripartizione del tipo proprietà statale-proprietà delle entità collettive-proprietà privata[18] (ai tempi dell'URSS si sarebbe parlato di proprietà individuale[19]). Con riferimento al suolo, persiste ancora oggi, in Cina come in Vietnam e Laos, il divieto per i privati di esserne proprietari. Le aperture al mercato si sono pertanto appoggiate sull'elaborazione di categorie complesse di diritti di uso, con l'intento di non violare il principio teorico della primazia della proprietà pubblica e collettiva su quella privata[20].

Fra i tratti che connotano originalmente il moderno diritto cinese, si pensi al diritto, per il Partito Comunista, di costituire cellule in seno alle imprese (anche private)[21]; la codificazione del ruolo dei "principi fondamentali del socialismo" quali criteri informatori delle relazioni di diritto civile[22] oppure, sul piano pubblicistico, la costituzionalizzazione di una autonoma funzione di "supervisione" di tutte le attività connesse a pubblici interessi, attraverso il lavoro delle commissioni di supervisione e sulla base di criteri anche etico-morali, ovviamente così come filtrati dalla dottrina di partito[23].

Una volta sgombrato il campo dalla anacronistica equazione fra diritto socialista ed economia pianificata di stampo sovietico, la fungibilità, predicata da Deng Xiaoping[24], fra piano e mercato per il socialismo cinese può essere interpretata benissimo alla stregua di una riedizione del pragmatismo leninista

[17] Si ricordi, su tutti, il principio del centralismo democratico, applicato da tutti gli organi dello stato quale metodo decisionale ai sensi dell'Art. 3 della costituzione.

[18] Xi Zhiguo, 中国物权法 (*Introduzione ai diritti reali cinesi*), Pechino, 2016; Xu Guodong, *"La "de-sovietizzazione" e il ruolo dell'economia politica nella bozza di Codice civile del 1964 e nell'attuale Codice civile cinese"*, in *Codex*, 2022, 3.

[19] Sul sistema dei diritti reali nei paesi socialisti dell'Europa orientale e in URSS v. G. Ajani, *Diritto dell'europa orientale*, cit.; Id., *La proprietà delle organizzazioni sociali nel diritto dei paesi socialisti*, Milano, 1988.

[20] Xi Zhiguo, *op. cit.*

[21] Art. 18 della Legge sulle società (*gongsi fa*).

[22] Art. 1 del codice civile.

[23] G. Sabatino, *Gouverner selon la loi et gouverner selon la vertu dans le droit chinois contemporain*, in *Opinio Iuris in Comparatione*, 2023, 1, 317-338.

[24] Deng Xiaoping, 文选 (*Opere Scelte*), Vol. 3, Pechino, 1993, 373.

dei tempi della NEP, che aveva a tutti gli effetti teorizzato i meccanismi del capitalismo di stato[25].

A questo punto, il maggiore ostacolo all'ascrizione, sul piano comparato, del diritto cinese alla tradizione socialista deriva da un problema di autorappresentazione del sistema. Se infatti il linguaggio della politica e dell'ideologia del diritto non lascia adito a dubbi[26], il giurista cinese puro – specialmente il civilista ma anche il comparatista – pare provare un certo disagio nel maneggiare l'idea di un diritto socialista, preferendosi rifugiare in una generica evocazione del *civil law* quale categoria onnicomprensiva, magari appellandosi, all'atto della descrizione del diritto cinese, ad una sua integrazione con elementi di diritto tradizionale[27].

Ancora una volta, le ragioni di questa ritrosia sono plurime e tutte comprensibili, ma in fondo riconducibili al medesimo problema della considerazione dell'oggettivo ed imponente scarto fra un modello attuale (quello cinese) ed un archetipo storico (quello sovietico).

Tuttavia, ad oltre trent'anni di distanza dal decisivo arretramento di quell'archetipo e nel contesto di una rimodulazione dei rapporti di forza fra modelli di sviluppo che vede, appunto, l'esperienza cinese in prima linea, si crede che la valorizzazione degli stilemi del diritto socialista declinati nella loro variante cinese possa fungere da utile chiave di lettura non solo per interpretare le tendenze del diritto cinese (e soprattutto di quello economico) ma anche per decodificare talune dinamiche di circolazione.

4. *Circolazione del socialismo "a modello cinese"*

La comune tendenza delle riforme giuridiche nei paesi post-socialisti è corrisposta al graduale smantellamento sia dei reggimenti politici a partito unico che degli apparati di proprietà pubblica e di pianificazione economica,

[25] V. Lenin, *The Tax in Kind. The Significance of the New Policy and Its Conditions*, in Id., *Collected Works*, Vol. 32, Mosca, 1965, 329-365.

[26] Song Bingwu, Zhao Jing, Yang Dong, 马克思主义法律思想研究 (*Ricerca sul pensiero giuridico Marxista*), Pechino, 2017.

[27] È questa la scelta di Zhu Jingwen, 比较法总论 (*Introduzione al diritto comparato*), Pechino, 2019, 81. Si consideri comunque che, anche i manuali più risalenti, laddove conferivano autonomia sistemologica al diritto sovietico o anche russo post-sovietico, hanno sempre fatto lo stesso con il diritto cinese, anche quando esplicitamente definito come "socialista". V. Chen Zongling, 比较法研究 (*Ricerche di diritto comparato*), Pechino, 1998.

in quest'ultimo caso grazie all'importazione o alla riesumazione di stilemi del diritto civile continentale[28].

Analogamente, potrebbe arguirsi che, nello stesso torno di anni, la comune tendenze delle riforme nei paesi rimasti socialisti è stata quella, a partire dall'esempio cinese, di coniugare la permanenza di strutture costituzionali staliniane ed autoritarie e di cornici civilistiche legittimanti la primazia della proprietà statale e della pianificazione con l'iniezione, in gradi difformi a seconda dei paesi, di complessi normativi funzionali alla costruzione del mercato[29].

I paesi che più da vicino hanno replicato l'esperienza cinese sono stati il Vietnam ed il Laos. Ciò vale principalmente per quel che riguarda il percorso e la logica delle regole dell'economia, con la conseguente sovrapposizione fra pianificazione e mercato[30].

In punto di circolazione dei modelli di codificazione, invece, si registra un percorso di codificazione quasi coevo fra Cina e Laos[31]. Nel caso del Laos, comunque, un contributo tecnico-scientifico decisivo è stato apportato dalla consulenza giapponese[32]; di conseguenza, talune somiglianze di struttura con il codice cinese si ritiene derivino perlopiù da un comune riferimento alla tradizione germanica, piuttosto che da una specifica volontà di omologazione[33].

Questo aspetto, peraltro, non fa che evidenziare come il tratto comune alle tre esperienze sia proprio nel percorso di evoluzione ideologica delle regole di controllo dell'economia, e quindi nei momenti evolutivi dell'interpretazione dello "strato" socialista, stante l'aderenza a stilemi costituzionali di tipo sovietico.

Considerazioni analoghe valgono per il diritto di un paese che, in senso stretto, non può nemmeno essere definito marxista-leninista: la Repubblica

[28] G. Ajani, *Dal piano al mercato: alcune considerazioni sul processo di transizione nell'Europa centrale ed orientale*, in *Giur. It.*, 1991, 10 ss.; Id., *La circulation de modèles juridiques dans le droit post-socialiste*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, 46, 1087-1105; G.A. Benacchio, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli slavi del sud: sloveni, croati, serbi*, cit.

[29] Ngoc Son Bui, *Legal Reform in the Contemporary Socialist World*, Oxford, 2024; G. Sabatino, *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo*, Napoli, 2022.

[30] *Ibid.*

[31] Il codice civile del Laos è entrato in vigore pochi mesi prima di quello cinese, nel maggio del 2020.

[32] I. Katsunori, *Outline of the Lao civil code*, in *ICD News. Law for Development*, Marzo 2020, 52-77.

[33] Sul rapporto fra stilemi socialisti e modello tedesco nel codice civile cinese v. M. Timoteo, *Il codice civile cinese: un punto dentro una linea*, in *Rivista di diritti comparati*, 2022, 3, 653-672; L. Chen, *Continuity and change: some reflections on the Chinese Civil Code*, in *Asia Pacific Law Review*, 2021, 29, 287-305.

Democratica Popolare di Corea (Corea del Nord). Qui, i riferimenti al marxismo-leninismo sono stati espunti dal tessuto costituzionale in favore della dottrina autarchica della *juche*, anche in funzione di legittimazione culturale nei confronti della dinastia "regnante" dei Kim. Ad ogni modo, diversi aspetti della sovrapposizione fra strutture socio-statuali e strutture di partito ricalcano tutt'ora da vicino i modelli stalinisti[34].

D'altro canto, seppur con ritmi deliberatamente più lenti ed una portata limitata, le riforme giuridiche in Corea del Nord hanno perseguito, seguendo l'esempio cinese, l'introduzione di meccanismi di mercato, specie per quanto riguarda gli investimenti esteri o la legittimazione della proprietà privata[35]. La persistenza di strutture formali di pianificazione vincolante (con conseguente vincolo tra piano e contratti economici)[36] nonchè la creazione di zone di vuoto di regolazione riempito, *ultra* e anche *contra legem*, da dinamiche informali di mercato tollerate e persino promosse dalle autorità[37], legittimano un paragone fra lo stato del diritto economico della Corea del Nord e lo stato delle riforme cinesi nei primi anni 1980.

Il diritto economico socialista nella sua variante asiatica può essere legittimamente considerato come un insieme, non uniforme ma con tratti omogenei, di connotati strutturali che rimandano all'integrazione fra substrato tradizionale (prevalentemente confuciano-buddista), stalinismo giuridico e diritto privato del mercato[38], di impronta continentale in punto di proprietà e contratti, con ingerenze anglosassoni in punto di diritto societario, bancario, assicurativo.

Rimane fuori da questo gruppo, evidentemente, il diritto cubano, e tuttavia si tratta di un'esclusione motivata da difformità storico-culturali e non, invece, da una sostanziale divergenza di applicazione del socialismo riformista. Sotto questa prospettiva, stante una forse maggiore aderenza ad alcuni stilemi del diritto civile sovietico, come ad esempio in punto di disciplina della proprietà delle organizzazioni sociali[39], pure il diritto cubano può ben dirsi instradato

[34] H. Smith, *North Korea: Markets and Military Rule*, Cambridge, 2015; I. Castellucci, *Corea*, in M. Mazza (a cura di), *I sistemi del lontano oriente*, Milano, 2019, 297 ss.

[35] I. Castellucci, *Corea*, cit.

[36] Liu Yu, 朝鲜民主主义人民共和国法律现状评述 (*Commentario alle leggi della Repubblica Popolare Democratica di Corea*), in *Hebei Law Science*, 2009, 27, 32-36.

[37] H. Smith, *op. cit.*

[38] P. Glenn, *op. cit.*

[39] Effettivamente il diritto cubano (Art. 22 cost. e artt. 142-144 del codice civile) continua esplicitamente a disciplinare questo tipo di proprietà, laddove nel socialismo asiatico (Cina, Vietnam) la proprietà socialista non statale viene assorbita nel concetto di proprietà collettiva, a sua volta integrante importanti elementi di comunitarismo tradizionale.

verso il socialismo di mercato, presidiato dal ruolo guida del partito comunista così come costituzionalizzato[40].

Certo, le declinazioni del riformismo e le sue denominazioni possono mutare. Nel caso cubano, un peso, anche politico, importante per l'apertura al mercato può essere assunto da una figura "autoctona" quale quella del *cuentapropista* invece che dalle imprese private e familiari di villaggio, come avvenuto in Cina o in Vietnam negli anni 1980 e 1990[41].

Le strutture giuridiche fondamentali, tuttavia, conservano importanti elementi di raccordo con il discorso riformista sul marxismo-leninismo giuridico, così come avviato soprattutto in Cina.

La ricostruzione, per linee essenziali, dei flussi di circolazione del c.d. "socialismo di mercato" consente quindi di individuare il diritto socialista contemporaneo come un nucleo sufficientemente omogeneo di tendenze giuridiche che a partire dall'esperienza cinese si è diffuso in tutti i paesi che, a vario titolo e con ritmi differenti, hanno deciso di applicare ad una nozione di diritto e di diritti soggettivi marcatamente marxista una visione funzionale e fortemente pragmatica degli strumenti giuridici di controllo dello sviluppo socio-economico.

L'ideologo, non dichiarato, del nuovo socialismo giuridico finisce così per essere, inevitabilmente, Deng Xiaoping.

5. *Altre ipotesi di comparazione*

La frammentazione e le intersezioni fra ordini giuridici tipiche della contemporaneità consentono, a nostro avviso, l'utilizzo della nozione di diritto socialista anche in un senso per così dire improprio, ovverosia come ideale termine di paragone per misurare non l'appartenenza di un certo sistema ad un "blocco" quanto piuttosto i diversi gradi di rielaborazione, anche indiretta o inconscia, di alcune applicazioni pratiche dei modelli socialisti al fine di legittimare un'opzione forte di capitalismo di stato.

Non si tratta di un fenomeno nuovo. Già negli anni della guerra fredda era

[40] C. Piñeiro Harnecker, *Cuba's New Socialism. Different Visions Shaping Current Changes*, in *Latin American Perspectives*, 2013, 40, 107-125; M. Burgos Matamoros, *El derecho en Cuba socialista. Reflexiones desde perspectivas critico-dialecticas*, in B. Gomez Bernal (coord.), *Cuba hoy: ¿perspectivas de cambios?*, Città del Messico, 2011, 23-86; M.A. Orlandi, *Il partito comunista nella nuova Costituzione cubana*, in *DPCE Online*, 2020, 1, 499-515.

[41] N.T. Mesa Tejeda, J. Batista Torres, R.J. Lam Peña, *Una mirada a la regulación jurídica del trabajo por cuenta propia en Cuba*, in *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 2020, 8.

possibile (e forse sarebbe stato opportuno farlo) interpretare le dinamiche del diritto della pianificazione indiano (all'epoca molto forte) alla luce dei riferimenti sovietici[42].

Oggi, come noto, si registra un tendenziale avanzamento di forme complesse di dirigismo economico, specie fuori dai paesi c.d. "occidentali", peraltro abbinato sia a reggimenti politici neoautoritari che a forme democratiche o para-democratiche[43].

Il fatto che diverse di queste esperienze siano o maturate a partire da ordini giuridici post-socialisti oppure da ideologie autoctone più o meno esplicitamente fondate (anche) su premesse filosofiche marxiane, rende sensato integrare la loro analisi sul piano comparato con i filtri sovrapposti della nozione marxiana di diritti e sviluppo e del diritto economico del socialismo di mercato.

Un'operazione del genere è stata del resto già compiuta nel diritto comparato di un paese come l'Indonesia, dove i criteri di appartenenza ad un blocco giuridico socialista sono stati testati - senza definitivo successo ma con diverse analogie - a fronte dei contenuti del nazionalismo economico della dottrina ufficiale dello stato denominata *Pancasila*[44].

In alcuni casi, esistono connessioni immediatamente visibili. Il sistema giuridico etiope, quantomeno sul piano pubblicistico, è stato addirittura visto da alcuni come parte dei residui della famiglia giuridica socialista[45]. In effetti, al termine della fase formalmente socialista, a fronte di un multipartitismo formale si è registrata una sostanziale continuità nel governo del Fronte Democratico Rivoluzionario del Popolo Etiope, ora trasformatosi in Partito della Prosperità, saldamente al potere dal 1991. Sebbene da tempo l'ideologia ufficiale del partito non sia il marxismo-leninismo, la conservazione dei vecchi apparati statali di marca stalinista e la fortissima integrazione fra la burocrazia di partito e quella di stato sono la prova, per taluni, della sopravvivenza di una forma di governo federativa di tipo sovietico e sostanzialmente monopartitica.

Sul piano del diritto "vivente" dell'economia, i medesimi connotati istituzionali sono quelli che favoriscono non solo il dialogo fruttuoso con gli investitori (pubblici e privati) cinesi, ma altresì l'applicazione di prassi interpretative

[42] S. Guichard, S. Mehrotra (a cura di), *Planning in the 20th Century and Beyond India's Planning Commission and the NITI Aayog*, Cambridge, 2020.

[43] J. Kurlantzick, *State Capitalism: How the Return of Statism is Transforming the World*, Oxford, 2016; v. anche l'intero Vol. 44 di *International Journal of Public Administration*, a cura di M. Szanyi, A. Zadorian, 2021.

[44] S. Widayatmo, J.B. Kurniawaty, *Keluarga Hukum Sosialis Dilihat Dari Sudut Pandang Pancasila*, in *Jagaddhita*, 2023, 3, 35-46.

[45] S. Gashu Abebe, *The Last Post-Cold War socialist Federation. Ethnicity, Ideology and Democracy in Ethiopia*, Farnham-Burlington, 2014.

(ad opera di funzionari pubblici ed operatori economici) mutuate a partire da alcune caratteristiche del *doing business* alla cinese[46].

Altra esperienza di rilievo è quella nepalese. Qui tanto la costituzione del 2015 quanto il codice civile del 2017 (di nuovo redatto con l'assistenza tecnica giapponese[47]) hanno preso forma durante una fase politica dominata da due partiti comunisti (di marca marxista-leninista e maoista) oltre che dal *Nepali Congress*. Di conseguenza, l'afflato socialista (ancorchè qui non para-stalinista), unito all'influenza di modelli indiani, hanno consentito l'attribuzione al paese del connotato di "orientato al socialismo"[48]. Lo stesso orientamento viene perseguito in punto di elaborazione del modello di sviluppo economico[49].

Il codice civile non presenta riferimenti formali al socialismo e non è opportuno, allo stato dell'arte, trarre conclusioni affrettate su possibili *trend* di circolazione. Vale la pena, tuttavia, proporre come utile oggetto di comparazione la disciplina dei diritti reali così come presentata nel codice, e soprattutto la regolazione della proprietà delle comunità[50]. Anche in tal caso, si tratta della riedizione di istituti ancestrali; d'altro canto, l'equivalente funzionale più vicino è l'istituto della proprietà collettiva nel diritto civile degli altri paesi socialisti asiatici.

6. *Diritto socialista e diritto romano*

Vi è un ultimo piano di analisi su cui conviene spendere sintetiche riflessioni: quello del rapporto fra diritto socialista e diritto romano. Sul punto, le coordinate della ricerca sono state poste, come noto, già da Rodolfo Sacco[51]. Sebbene le sue ricerche in materia abbiano riguardato soprattutto il substrato romanistico dei sistemi socialisti "europei", si possono facilmente rinvenire ra-

[46] E. Ziso, *A Post State-Centric Analysis of China-Africa Relations*, Cham, 2018.

[47] H. Matsuo, S. Minamikata, H. Kihara, T. Morinaga, *Commentary on Nepalese Civil Code*, Kathmandu, 2024.

[48] S. Chaulagaim, *A Critical Assessment on Nepal's Journey to Socialism*, in *International Research Journal of MMC*, 2021, 2, 63-74.

[49] § 50 no. 3.

[50] § 301.

[51] R. Sacco, *Il sustrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, I, 115-131.

dici romanistiche nella tradizione giuridica cubana[52] e persino, nella variante bizantina, in quella etiope del Fetha Nagast[53].

Se è vero che il diritto romano del "substrato" poteva indurre a dubitare della completa autonomia della "famiglia socialista", è altrettanto vero che, fatto salvo per un primo periodo di nichilismo giuridico nella russia bolscevica, il diritto romano è sempre stato un raffinato e potente strumento nelle mani dei legislatori socialisti[54]. Sotto il profilo tecnico, costituiva una congerie di categorie teoriche adatte per poter essere maneggiate e piegate alle esigenze del diritto delle imprese di stato e della pianificazione. Sotto il profilo politico, costituiva comunque il richiamo prestigioso, e legittimante per il potere, ad una civiltà che del diritto aveva fatto un suo connotato essenziale.

In effetti, l'uso politico del diritto romano è stato per molti versi una costante della storia giuridica occidentale, che ha operato trasversalmente alle coloriture ideologiche (basti pensare all'esempio dell'Italia fascista)[55].

Di per sè, quindi, il solo rapporto tra diritto socialista e tradizione giuridica romanistica, pur apprezzabile sotto svariati profili tecnici, non può costituire un tratto comune o caratterizzante i paesi che, a svariato titolo, si rifanno a modelli di *governance* marxisti-leninisti.

D'altro canto, è utile ed importante osservare la profusione di sforzi che una parte della scienza giuridica romanistica contemporanea ha posto e sta ponendo in essere ai fini della costruzione di un dialogo fruttuoso, per quel che riguarda la riattualizzazione di stilemi del diritto romano, con la dottrina di alcuni paesi socialisti[56].

Basti pensare a due esempi. Da un lato, lo sforzo di comparazione diacronica fra le implicazioni della cittadinanza e della rappresentanza popolare nella costituzione cubana del 2019 ed il diritto pubblico romano[57]. Dall'altro

[52] G. Hamza, *L'influsso delle tradizioni del diritto romano e del diritto privato europeocontinentale sugli ordinamenti giuridici extraeuropei - rassegna globale*, in *Diritto@Storia*, 2014, 12.

[53] P.L. Strauss (a cura di), *The Fetha Nagast: The Law of the Kings*, Durham, 2009.

[54] G. Hamza, *Lo sviluppo e la codificazione del diritto privato e la tradizione giusromanistica in Russia e nell'Unione Sovietica*, in *Diritto@Storia*, 2013, 11; M. Jankowski, *Le droit romain en Union soviétique*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1990, 68, 43-50; S. Schipani, *Le vie dei codici civili e il codice civile cinese*, in G. Sabatino, M. Tomlinson (a cura di), *Codification Throughout Time*, Napoli, 2022, 131 ss.

[55] A. Somma, *"Roma madre delle leggi". L'uso politico del diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, 1, 153-181.

[56] In generale, sul punto, v. S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999.

[57] R. Cardilli, G. Lobrano, R. Marini (a cura di), *Diritto romano, costituzionalismo latino e nuova costituzione cubana*, Milano, 2021.

lato, la valorizzazione di paradigmi o richiami romanistici nel tessuto del diritto civile cinese contemporaneo, specie nel contesto della recente opera di codificazione[58].

Non è questa ovviamente la sede per scrutinare nel merito la bontà ed i limiti delle prospettive romanistiche degli studi sul diritto cinese o socialista in genere.

Ciò che è opportuno fare è però sottolineare l'esistenza di un certo grado di attrattività che la pulizia tecnica del diritto privato romano e le declamazioni della romanistica in merito alla sua asserita capacità di circolazione esercitano nei confronti di una parte dell'accademia di paesi socialisti impegnati in una modernizzazione che è al contempo declinata nel socialismo di mercato (e quindi imperniata su meccanismi di capitalismo di stato) ed oppositiva nei confronti dei modelli di diritto degli affari del *common law*, anche per evidenti implicazioni geopolitiche.

7. *Conclusioni*

La qualificazione, *tout court*, di un ordinamento giuridico come socialista appare oggi essere un'operazione non solo di difficile attuazione, ma anche francamente poco utile.

D'altro canto, qualificare un ordinamento anche come socialista, magari a seconda della partizione del diritto considerata, può rappresentare una chiave di lettura funzionale alla rappresentazione di dinamiche di evoluzione interna dei sistemi così come di circolazione che sarebbero altrimenti ardue da intendere.

In effetti, non sono poche le difficoltà di interpretazione di molti modelli giuridici extra-europei che derivano da una visione fondamentalmente bifasica degli sviluppi degli ultimi ottant'anni: ad un primo momento corrispondente al periodo della guerra fredda segue, a prescindere dalle premesse di partenza, un periodo di transizione sorretto da un lato dall'integrazione dei sistemi nelle dinamiche del commercio globale e dall'altro dall'incorporazione di modelli (di *civil law* o di *common law*) funzionali alla maturazione del liberismo economico. Che le cose siano andate diversamente è ormai ovvio[59].

Ciò che è meno ovvio è che i percorsi di ibridazione giuridica dei sistemi

[58] V. *ex multis* B. Monteleone, Y. You (a cura di), *Codice civile cinese. Bilanci e prospettive*, Napoli, 2023.

[59] Sul nuovo ordine globale e sul ruolo, ad esempio, dei paesi BRICS v., da ultimo, M. Fulgenzi, *BRICS e Global South: una visione prospettiva verso la costruzione di un "nuovo" sistema multilaterale*, in *DPCE Online*, 2024, 4, 2763-2813.

dei "nuovi" dominatori della politica globale s'illuminano di una luce diversa allorché si consideri come momento spartiacque il processo di evoluzione del socialismo di mercato cinese, il quale, anche non deliberatamente, ha rappresentato un esempio illiberale e non puramente capitalista di sviluppismo e di integrazione nei mercati globali[60].

Ecco che allora capire come questi *trends* evolutivi presuppongano un lavoro di interpretazione ed adattamento di categorie del diritto socialista senza che si pervenga ad una negazione delle stesse può essere il filtro attraverso cui interpretare almeno una parte dell'emergere di un multipolarismo giuridico radicato in forme (più o meno autoritarie, più o meno democratiche) di dirigismo economico e capitalismo di stato, *non* invece, si badi bene, di social-democrazia sul modello europeo.

Non si tratta, in conclusione, di certificare l'esistenza di paesi socialisti. Nè si tratta, tantomeno, di valutare l'aderenza pratica di alcuni diritti ad un progetto "marxista" di progresso – operazione che non compete al comparatista e che comunque avrebbe esiti infausti[61].

Si tratta invece di riprendere in mano l'interpretazione dei formanti – ad es. quelli declamatori, quelli pianificatori – dei principi – ad es. il centralismo democratico – e delle meccaniche – ad es. la sovrapposizione stato-partito o la funzionalizzazione dei diritti soggettivi – che avevano informato il "vecchio" mondo giuridico socialista. Poi, si potrà usare tutto ciò, declinandolo, ovviamente, nelle realtà attuali, quantomeno a supporto della lettura dei nuovi modelli di sviluppo con cui l'occidente giuridico uscito dalla guerra fredda si trova ora a dover fare i conti.

Si arriverà, a mio avviso, così a concludere che, magari, non vi sono più sistemi giuridici veramente "socialisti", ma il diritto socialista di sicuro esiste ancora.

[60] Solo per rimanere nella ristretta cerchia dei paesi che sono, a diverso titolo, considerati come "socialisti", si tenga presente che ad oggi Cina ed Etiopia sono membri del gruppo BRICS, Cuba è paese partner ed il Vietnam e il Laos hanno presentato richiesta di adesione.

[61] Al di là del fatto che si tratterebbe di un'operazione eccessivamente ideologica, non vi è chi non possa vedere come tutti i paesi a "socialismo di mercato", la Cina in testa, abbiano messo largamente in pratica, e delegato ai privati, strumenti di accumulazione del capitale accompagnati a politiche di sostanziale depauperazione dello "stato sociale" che, in epoca di socialismo più tradizionale, governavano estensivamente tutte le fasi della vita degli individui. Sul punto, con riferimento al caso cinese, v. la panoramica storica di Zhou Hong, Zhang Jun, 走向人人享有的社会 (*Verso una società con protezione sociale goduta da tutti*), Pechino, 2015.

ALCUNE NOVITÀ IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ PER COLPA DEL CERTIFICATORE NEGLI U.S.A. SVILUPPI DEL CASO ERNST & *ERNST V. OLGA HOCHFELDER ET AL.*[*]

Massimo Santaroni

SOMMARIO: 1. Il caso *Ernst & Ernst v. Olga Hochfelder*. – 2. Le regole normative in tema di responsabilità del revisore. – 3. I precedenti giurisprudenziali. – 4. Colpa e frode nella responsabilità del revisore. – 5. L'opinione del Justice Powell ed il significato della decisione della Corte Suprema nel caso *Ernst & Ernst v. Hochfelder*.

1. *Il caso* Ernst & Ernst v. Olga Hochfelder

Poche pronunzie della Corte Suprema Federale in materia di responsabilità del Certificatore hanno suscitato ondate di commenti e reazioni paragonabili a quella che ha fatto seguito alla decisione del caso *Ernst & Ernst v. Hochfelder et al.* (425 US 185, 1976).

Come è quasi di prammatica per le sentenze importanti e controverse della Corte Suprema, sono state subito presentate in Congresso proposte tendenti a ribaltare la regola da essa sancita. Probabilmente simili proposte non approderanno a nulla di concreto sul piano legislativo, ma recentemente il *Chairman* della *Securities and Exchange Commission* (S.E.C.), Harold M. Williams, è stato rimproverato, nel corso di un *hearing* dedicato all'attività di revisione davanti al *Senate Governmental Affairs Efficiency Subcommittee*, per il fatto di avere dichiarato che la S.E.C. non si prepara ad appoggiare proposte di legislazione eversiva (dai resoconti pare che i rimproveri maggiori siano venuti dal *Subcommittee Chairman* Thomas Eagleton (DC - MO): "*Is there any oth-*

[*] Questo mio contributo fu pubblicato (*Rivista di diritto civile*, 1980, 26, I, 314-333) nel periodo in cui conobbi Gian Antonio Benacchio, in quell'Istituto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi che ci vide entrambi iniziare il percorso universitario. Il contenuto dello scritto fu poi oggetto, l'anno seguente, di ulteriori analisi e riflessioni con Gian Antonio nella sua casa a Padova (dove fui ospite) nell'occasione della nostra partecipazione al Convegno per i venticinque anni della *Rivista delle Società* (la cui sede era presso l'Istituto A. Sraffa) che si svolse a Venezia presso la Fondazione Cini. Anni dopo ci siamo ritrovati ad insegnare nella Facoltà di Giurisprudenza di Trento e ancora oggi ricordiamo insieme con piacere e una certa nostalgia quel periodo trascorso "allo Sraffa".

er profession which is not liable for its negligence? he asked". Il senatore non si è arreso alle repliche del Chairman della S.E.C. ed infine "*Under prodding by Eagleton, however, Williams said the S.E.C. plans to issue a statement 'very shortly' on wheter legislation is necessary to modify Hochfelder*" (515 Securities Regulation and Law Report, 8 agosto 1979, D-2).

Ciò può dare un'idea dell'intensità delle reazioni che, sul piano della serietà è testimoniata dal numero di commenti che la stessa sentenza ha ricevuto su tutte le riviste giuridiche americane.

Ernst & Ernst è una società di revisione e come tale dal 1946 al 1967 ha esercitato le attività di certificazione richieste dalle leggi americane a favore della *First Securities Company* di Chicago, una piccola società finanziaria. Hochfelder ed altri suoi colleghi avevano investito i propri risparmi in titoli fasulli preparati dal presidente e socio sovrano della *First Securities* nel quadro di una vasta operazione truffaldina che si era protratta per più di vent'anni e di cui ovviamente non risultava traccia nelle scritture contabili ufficiali. La frode venne alla luce solo nel 1968 con il suicidio del Presidente e la bancarotta della *First Securities*. L'azione di danni intentata da Hochfelder nei confronti della *Ernst & Ernst* era basata sull'assunto che l'uso di appropriati standard di revisione avrebbe condotto alla scoperta dell'attività truffaldina di cui erano stati vittime.

I primi giudici respinsero l'azione, ma la Corte di Appello Federale (*Court of Appeal of Seventh Circuit*, in 503 F 2d 1100, 1974) decise che ove fosse stato provato che usando le appropriate procedure contabili il revisore avrebbe potuto scoprire la truffa, questi avrebbe dovuto essere condannato al risarcimento del danno.

Nel corso del processo gli attori avevano dichiarato: 1) che essi non imputavano affatto al revisore un comportamento truffaldino in collusione con il presidente della *First Securities*; 2) che essi non avevano affatto basato le proprie sfortunate decisioni finanziarie sui rapporti o certificati preparati da *Ernst & Ernst*.

La Corte Suprema ha quindi esaminato il caso solo sul punto se, ai sensi della *section 10b* e *rule 10b-5*, il revisore possa essere responsabile nei confronti di un qualunque investitore in assenza di qualunque accusa di avere scientemente o intenzionalmente agito per ingannare, manipolare o frodare.

La Corte ha concluso che ciò non è possibile, e di conseguenza ha cassato la sentenza di appello. Il senatore Eagleton si è detto stupito e indignato che in seguito alla sentenza della Corte, qualcuno, nel caso il revisore, possa essere responsabile solo per dolo e non per colpa come tutti gli altri (*515 Securities Regulation and Law Report*, cit.). Certamente se questo fosse il principio generale deducibile dalla lunga *opinion of the Court*, motivi di stupore non manche-

rebbero; ma da un esame più approfondito risulterà chiaramente entro quali severi confini la regola del caso *Ernst & Ernst* debba essere ricondotta.

2. *Le regole normative in tema di responsabilità del revisore*

Per comprendere il caso sembra opportuno un sia pure sommario esame della evoluzione storica e della situazione attuale del diritto nordamericano in materia di responsabilità del revisore, anche in considerazione del fatto che la revisione contabile (obbligatoria) sta per essere introdotta anche da noi ed è apparso subito evidente agli interpreti più attenti che l'esperienza nord-americana, ormai quasi semi-secolare, rappresenta, per il suo spessore e per l'estrema ricchezza della sua casistica, un punto di paragone eccezionalmente stimolante[1].

La disciplina legale della responsabilità del revisore nei confronti dei terzi nasce insieme a tutta la legislazione del controllo sul mondo degli affari all'indomani del *grande crollo*, in particolare con il *Securities Act* del 1933 e il *Securities Exchange Act* del 1934[2].

Con la *section* 11a del *Securities Act* del 1933, il revisore viene reso responsabile nei confronti dell'acquirente di titoli il quale abbia fatto affidamento sulla veridicità di un bilancio certificato poi risultato falso. La responsabilità del revisore è basata sulla colpa professionale, ma lo standard di diligenza richiesto è quello dell'uomo medio ai sensi della *section* 11c. L'attore peraltro è esonerato dall'onere di provare di avere preso cognizione dello *statement* del revisore. La *section* 11 si rivolge espressamente alla protezione degli acquirenti

[1] Si veda F. Bonelli, *Responsabilità delle Società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. soc.*, 1979, 6, 968 ss.; E. Bottiglieri, *Il controllo del Bilancio*, in Aa.Vv., *Il Bilancio di esercizio - Problemi attuali*, Milano, 1978, 319 ss.; B. Libonati, *La revisione volontaria: effetti*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 624 ss.; anche, U. Carnevali, *La responsabilità degli accountants e degli auditors nella Common Law*, in Aa.Vv., *Aspetti giuridici della certificazione di bilancio*, stampato a cura dell'Ass. B.B. e Università Cattolica, 1976, Milano, 23 ss.; P. Verrucoli, *Esperienza comparatistiche in tema di controlli interni ed esterni sulle società per azioni, con particolare riguardo ai Paesi della CEE*, in Aa.Vv., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, 1972, Milano; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.

[2] Il *Securties Act* del 1933, seguito dal *Securities Exchange Act* del 1934, rappresenta la prima legge federale permanente in materia, in precedenza una forma di controllo era stata istituita pei vari Stati, con l'emanazione di leggi: le cc.dd. *Blue Sky Lew*, miranti essenzialmente a proteggere il pubblico risparmio, cfr. L. Loss, *Securities Regulation*, Boston-Toronto, 1961, 23 ss.; J.M. Landis, *The legislative history of the Securities Act of 1933*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 1959, 1, 29 ss.

di titoli, ma l'estensione ai venditori è operata successivamente dalla *section* 18a (*Securities Exchange Act* del 1934), sicché possiamo considerare soggetti protetti i negoziatori di titoli tratti in inganno da bilanci ed altri documenti contabili fuorvianti.

L'*Act* del 1934 contiene peraltro una clausola generale, la *section* 10b, che, insieme con la *rule 10b-5* emanata dalla S.E.C. nel 1942, rende illecita qualunque attività volta ad ingannare, frodare, manipolare in occasione di operazioni sui titoli. Le due regole sono una in funzione dell'altra e pertanto sono sempre state considerate unitamente; e benché nella loro espressione letterale non facciano cenno alcuno ad un diritto al risarcimento del danno a favore di coloro che sono stati ingannati, tuttavia le Corti americane non hanno avuto dubbi nel riconoscere che dalle norme citate sorgesse una *private cause of action*. Né è risultato dubbio che i certificati rilasciati dal revisore che contenessero *any untrue statement of a material fact* o che omettessero *to state a material fact necessary in order to make the statements made (...) not misleading* ricadono in pieno tra le attività illecite. La responsabilità del revisore verso terzi nei limiti e con le precisazioni che si diranno in seguito, pare quindi fondata su esplicite previsioni legali.

3. *I precedenti giurisprudenziali*

Antecedentemente casi di responsabilità del revisore nei confronti di terzi erano pure approdati alla conoscenza delle Corti nord-americane, ma la via del risarcimento del danno era parsa sbarrata dal principio della *privity of contract*[3]. A dire il vero la frequenza e l'importanza di quei casi avevano subito messo in chiaro che tra il consacrato principio giuridico della relatività degli effetti contrattuali e la funzione economico-sociale della revisione contabile esisteva una insanabile contraddizione[4].

[3] Nei Paesi di *common law*, la dottrina e la giurisprudenza si svvalevano della regola di *privity of contract*, che, non diversamente dall'analogo principio di relatività del contratto imperante negli ordinamenti di *civil law*, escludeva che gli effetti del contratto potessero ricadere sui terzi, come escludeva che i terzi potessero acquisire diritti da contratti stipulati da altri. Sull'argomento in lingua italiana, si veda in particolare G. Alpa, M. Bessone, La responsabilità del produttore, Milano, 1976, 43 ss.; anche V. Tedeschi, G. Alpa, *Appunti e materiali sul contratto nel diritto nord-americano*, Genova, 1979, 39 ss.

[4] Cfr. in Inghilterra ancora nel 1957 l'*opinion* dissenziente di Lord Justice Denning nel caso *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, (1951) 2 KA, 164 (C.A.); negli Stati Uniti quella del Judge Wilson nel caso *Texas Tunneling Co. v. City of Chattanoga*, 204 *F. Supp.*, p. 821 (*E.D., Tenn.*, 1962).

Sul piano tecnico-economico infatti la revisione contabile affidata ad un soggetto indipendente nasce con lo scopo di dare certezza al pubblico e accrescere la sua fiducia verso il mercato azionario. Sia che fosse imposta dalla legge (come nel *Joint Companies Act* inglese del 1884, che però non prevedeva il requisito della indipendenza del revisore che sarà introdotto nel 1900) sia che fosse imposta da poteri privati (come accadde particolarmente negli Stati Uniti ove in un primo tempo furono gli investitori inglesi a richiedere la presenza di un revisore professionista per proteggere i loro interessi ed in seguito, sul loro esempio, l'istanza venne dalle banche) l'attività di revisione presenta una non trascurabile rilevanza esterna.

Compito del revisore non è tanto lo svelare frodi od errori, ma l'informare i terzi sulla reale situazione finanziaria e contabile di una determinata impresa. La scoperta di frodi o di errori è la semplice conseguenza di questo scopo primario.

Le Associazioni professionali tra revisori, quale quella creata in America nel 1887 e che poi diede origine alla *American Institute Certified Public Accountants* (A.I.C.P.A.), e le prime leggi statali che davano legale riconoscimento alla nuova figura professionale (*Certified Public Accountants Late* dello Stato di New York, 1896) mettevano tutte l'accento sulla funzione per cosi dire pubblica del certificatore, sul suo venire incontro al bisogno di informazioni corrette, in generale sulla *fairness of financial statement disclosure*. Senonché sino a quando la certificazione è rimasta affidata a basi volontarie, sino a quando cioè era l'impresa certificata che chiedeva i servizi di un revisore e ne diffondeva i risultati al fine di soddisfare una richiesta dei creditori o, più in generale, di migliorare la propria immagine sul mercato, l'unico strumento giuridico a disposizione rimaneva il contratto, strumento che era incapace di fornire a terzi aspettative tutelabili sull'accuratezza e diligenza delle operazioni di revisione.

Vero è che le ipotesi più gravi di collusione del revisore nelle frodi perpetrate o architettate dalla società revisionata sono sempre sfuggite al dilemma imposto dal criterio della *privity of contract*. Il complice della frode è un frodatore egli stesso e sarà quindi responsabile per *tort di deceit*. La *Common Law* ha sempre previsto un risarcimento del danno a favore degli ingannati e quindi anche a carico del revisore che si fosse scientemente prestato a nascondere una attività truffaldina.

Il senso di insoddisfazione dei giuristi, espresso soprattutto in coloriti *obiter dicta* nelle *opinions* dei giudici, nasceva dal fatto che il pubblico o in genere i terzi non tanto richiedevano al revisore di non essere complice nelle truffe di cui certi uomini di affari sono sempre stati fertili inventori, bensì contavano su di lui perché scoprisse quelle truffe e in definitiva li

proteggesse dagli inganni in cui potevano cadere vittime. Lo standard di comportamento richiesto al revisore era quindi, nell'immagine del pubblico, ieri come oggi, non quello connotato dall'assenza di dolo, ma semmai quello connotato dall'assenza di colpa. Questa esigenza era però contrastata dalla considerazione che lo rottura dell'argine della *privity* avrebbe comportato in questo caso una responsabilità senza fine poiché il certificatore non poteva controllare la diffusione presso il pubblico dei suoi *statements*. La più celebre e più lucida espressione di questo problema rimane l'*opinion* del Justice Cardozo nel caso *Ultramares Corp. v. Touche Niven & Co.*[5]: "*If liability for negligence exists,* – vi si legge – *a thoughtless slip or blunder, the failure to detect a theft or forgery beneath the cover of deceptive entries, may expose accountants to liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class. The hazards of business conducted on these terms are so extreme as to enkindle doubt wheter a flaw may not exist in the implication of a duty that exposes one to these consequences*"[6]. Evidentemente una scelta in materia travalicava le possibilità riformatrici delle Corti: "*A word of caution or suggestion would have set the erring suitor right. Many pages of opinion were written by judges the most eminent, yet the word was never spoken. We may not speak it now. A change so revolutionary, if expedient, must be wrough by legislation*".

[5] Queste le circostanze del fatto che indussero Cardozo alla celebre *opinion*: l'Ultramares concesse prestiti ad una società dopo avere chiesto ed ottenuto di esaminarne i bilanci, che peraltro risultavano regolarmente certificati. In realtà il saldo positivo ivi esposto era stato ottenuto iscrivendo all'attivo crediti cospicui, ma inesistenti, al fine di mascherare uno stato di insolvenza della società già esistente al momento della certificazione. La società mutuataria alcuni mesi dopo avere ottenuto il prestito fallì. L'Ultramares convenne quindi in giudizio la società di revisione per sentirla condannare al risarcimento dei danni. Nel caso di specie la frode poteva presumersi dalla colpa grave del revisore che pur sapendo che la sua certificazione sarebbe stata portata a conoscenza dei terzi (la relazione sulla revisione era stata infatti richiesta in 32 originali) tuttavia l'aveva rilasciata senza accertarsi della mancata corrispondenza tra quanto rilevato in bilancio (che includeva i crediti fittizi) e quanto nel libro mastro (ove tali crediti non risultavano).

[6] Una particolare eccezione al principio della non responsabilità per *negligence* nei confronti di terzi si trova nel caso *Glanzer v. Shepard* del 1922 (223 *N.Y.*, p. 236, 135 *N.E.*, p. 275, 23 *A.L.R.*, p. 1425) deciso dallo stesso Cardozo. Qui si ritenne responsabile per *negligence* un impiegato addetto alla verifica dei pesi nei confronti di un terzo, acquirente ben conosciuto e individuato, in quanto il certificato di peso era stato compilato negligentemente, anche se si sapeva che l'acquirente avrebbe fatto affidamento su di esso. Alcuni studiosi ed alcuni giudici, negli Stati Uniti e in altre giurisdizioni di *common law*, hanno incominciato a ridiscutere la pressoché totale protezione data al revisore per la responsabilità verso i terzi danneggiati dall'avere fatto affidamento sulle sue attestazioni.

L'intervento legislativo invocato da Cardozo come si è visto non è tardato e si potrebbe additare agli studiosi del contratto e della sua evoluzione storica questa ipotesi di radicale superamento ad opera del legislatore del principio della *privity of contract* che, essendo inserito in una tensione generale verso schemi negoziali diversi rispetto a quelli consegnati dalla tradizione, non è rimasta eccezione isolata. Il quasi generale superamento della *privity of contract* ha potuto fare leva su un dato testuale quale è appunto la già menzionata legislazione federale in materia di negoziazioni di titoli. Per altro verso l'intervento del legislatore si è dimostrato necessario perché la casistica delle decisioni in tema di responsabilità del revisore ha evidenziato che questi quasi mai è stato ritenuto responsabile verso terzi, in *Common Law*, eccetto che nel caso di frode.

4. *Colpa e frode nella responsabilità del revisore*

Il sistema legislativo non rende il revisore responsabile verso tutti i terzi. I terzi protetti sono in primo luogo gli acquirenti ed i venditori di titoli che abbiano basato le proprie decisioni economiche sulle informazioni contenute negli *statements* preparati dal revisore.

Questa responsabilità peraltro sorge solo ove nel comportamento del revisore siano riscontrabili gli estremi della *negligence*, ed esista inoltre tra le errate informazioni contenute nello statement del revisore e il danno subito dall'investitore per le sue sfortunate scelte finanziarie l'indispensabile nesso di causalità. Come è noto[7] i due problemi (*negligence* e nesso di causalità) si presentano nella giurisprudenza frammisti.

Ne può essere esempio il caso *Beardsley v. Ernst*[8] che in genere viene ricordato per indicare un limite alla colpa del revisore.

[7] Si veda R. Sacco, *Relazione di sintesi*, in *Atti dell'incontro di studi sul tema: Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile*, Pisa 11 marzo 1977, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 767.

[8] Si veda 47 *Ohio App.*, p. 241; *N.E.*, p. 800 (1934). Tra le pronunce che hanno discusso in dettaglio quale sia il grado di *bad accounting* tale da comportare una responsabilità, la più significativa è certamente il caso *Kaiser-Fraser Corp. v. Otis & Co.* (195 F. 2d., p. 838), quantunque il revisore non sia parte nel giudizio. Un industriale automobilistico chiamò in causa un sottoscrittore per *breach of contract*; questi in un primo tempo sì accordò per sottoscrivere una emissione di titoli *Kaiser-Frazer*, ma allorché scoprì l'esatta situazione finanziaria della società, respinse l'accordo, affermando di essere stato indotto a firmare il contratto da una falsa dichiarazione sui profitti della società. Nello schema attinente la dichiarazione del reddito che gli fu presentata, una registrazione mostrava profitti per i primi undici mesi pari a $ 9 milioni, l'altra mostrava

In quell'ipotesi l'acquirente di azioni di una società poi fallita aveva chiesto il risarcimento del danno subito al certificatore dell'ultimo bilancio, allegando che da quel documento risultava una situazione economica più che prospera, il che in seguito si era dimostrato eccezionalmente falso.

La domanda fu respinta in base alla considerazione che nella relazione dei certificatori si avvertiva chiaramente che la situazione economica delle consociate estere della società poi fallita era stata riportata in base a *statements* rilevati dall'estero, non oggetto di revisione da parte dei certificatori.

Di fatto risultò che i certificati esteri erano erronei ed il collasso economico della società imputabile alle perdite accumulate dalle consociate estere.

Ancora collegato al problema del nesso di causalità si rivela un altro caso, questa volta un autentico *leading-case* in tema di responsabilità del revisore.

I fatti in *Escott et al. v. BarChris Construction Corp. et al.* erano i seguenti: la *BarChris* operava nel settore degli impianti di *bowling* ed era un costruttore di secondaria importanza perché il mercato risultava dominato da altre due società. I suoi metodi di vendita erano particolarmente moderni ed aggressivi. In sostanza *BarChris* si accontentava di un modesto anticipo sugli impianti che voleva vendere. Una volta realizzato l'impianto cedeva ad un *factor* i crediti vantati verso il cliente compratore, oppure cedeva in proprietà l'impianto al *factor* il quale a sua volta lo conferiva in leasing al cliente. In breve diremmo che il metodo *BarChris* era basato sul credito alla clientela.

Con ciò in 4 anni, dal 1956 al 1960 le vendite ebbero un incremento notevole passando da $ 819.000 a $ 9.165.000. Crebbe naturalmente anche il fabbisogno finanziario della società, che per farvi fronte emise nel 1961 una serie di obbligazioni convertibili. L'operazione richiedeva l'intervento di un revisore che certificò i bilanci e rilasciò *statements* attinenti allo stato patrimoniale della *BarChris*.

Senonché proprio in quell'anno la passione per il *bowling* cominciò a decrescere. I gestori di sale da *bowling* si trovarono in difficoltà nel pagare i pro-

profitti per l'intero anno ammontanti a $ 13 milioni. L'idea che ne trasse fu che nel mese di dicembre i profitti furono di $ 4 milioni, quindi un considerevole incremento nell'ultimo mese (dicembre) nonché un segno che le auto prodotte dalla *Kaiser-Frazer* avevano incontrato il favore del pubblico. Ma in realtà i profitti del mese di dicembre furono di $ 1 milione; lo *statement* non chiarì che la differenza di $ 3 milioni fu il risultato di una sovra scritturazione nel valore dell'inventario della società. La Corte di Appello Federale (*The Court of Appeals for the Second Circuit*) concluse che la dichiarazione del reddito presentava una falsa e ingannevole rappresentazione per cui il contratto fu annullato. È corretto concludere in base al ragionamento della Corte che se il sottoscrittore avesse subito una perdita sui titoli *Kaiser-Frazer* e avesse citato il revisore che aveva compilato lo statement, sarebbe stato in grado di ottenere il risarcimento.

pri debiti ed alcuni cercarono rimedio nel non pagarli affatto. Oltre a ciò il numero di coloro che volevano acquistare nuove sale di *bowling* diminuì in modo abbastanza drammatico. Nel 1962 la *BarChris* falli. Alcuni sottoscrittori di obbligazioni convertibili, uniti in una *class action*, citarono in giudizio il revisore.

Risultò, nel corso del lungo e complesso giudizio che segui, come in effetti la revisione contabile fosse stata inadeguata.

Ma, per una parte almeno, l'inadeguatezza, benché chiaramente imputabile alla mancata diligenza del revisore, non era tale da influire sensibilmente sulle decisioni economiche di un ragionevole investitore. L'errore del revisore aveva infatti condotto a sovrastimare le vendite dell'impresa in misura dell'8%, e secondo il giudice non è ragionevole supporre che il comune investitore se avesse conosciuto la verità avrebbe desistito dai suoi propositi. Il gioco del nesso di causalità spiega perché le ipotesi in cui è stata statuita la responsabilità del revisore verso i terzi acquirenti o venditori di titoli siano concentrati nell'area della negligenza grossolana, ovvero nell'area in cui il comportamento del revisore più che negligente sia stato *reckless*. Solo errori madornali danno infatti origine a certificazioni del tutto distanti dalla realtà. Lo standard di comportamento del revisore, esigibile, sotto pena di responsabilità civile, da parte degli acquirenti e venditori di titoli, è quindi abbastanza vicino a quella esigibile da tutti i terzi che hanno subito un danno in seguito a frodi e manipolazioni del mercato mobiliare.

Come si è visto questi trovano nella *section 10b* e *rule 10b-5* il fondamento per un'azione di risarcimento dei danni subiti. In genere peraltro i revisori americani non si presentano in giudizio né in veste di autori principali delle frodi su titoli né in veste di complici effettivi degli autori. La loro posizione è quasi sempre un po' sfumata e, seguendo una impostazione tradizionale, viene designata come quella di *aiders and abettors dei primary violators*. Naturalmente la responsabilità dei primi è solidale con quella dei secondi . Affinché vi sia favoreggiamento occorre in primo luogo una sostanziale assistenza accordata al responsabile principale. Questa sostanziale assistenza viene descritta in vario modo dalle Corti americane, ma nel campo della responsabilità del revisore per *untrue statement* i problemi più gravi, che si collegano alla valutazione di un comportamento omissivo, vengono evitati.

In quella veste il comportamento del revisore è infatti sempre *commissive*; ciò che gli si rimprovera è di avere emesso uno statement erroneo ed ingannevole; che l'errore e l'ingannevolezza dipenda dal fatto che in esso siano contenuti dei dati falsi ovvero non siano contenuti alcuni dati veri, è del tutto indifferente. Anche concettualmente del resto si tratta di due lati della stessa medaglia.

Nel caso del revisore non vi sono quindi difficoltà ad ammettere che il rilascio di falsi *statements* utilizzati come supporto di una operazione truffaldina costituisca oggettivamente un favoreggiamento di quest'ultimo. Nessuno stupore quindi che in sede di controversia giudiziaria venga pressoché esclusivamente dibattuto l'elemento soggettivo del comportamento del revisore. Generalmente le Corti richiedono ai fini della responsabilità del favoreggiatore la conoscenza e la consapevolezza della frode perpetrata da altri e la regola risulta per cosi dire codificata nel *Restatement of Torts* alla *section 876*.

La presenza di una *knowing assistance* è sufficiente a fondare la responsabilità del favoreggiatore, mentre la colpevolezza dell'autore della frode rimane affidata alla presenza di cinque presupposti: 1) l'intento di fornire una falsa rappresentazione della realtà; 2) l'intento di fornirla ad una persona determinata; 3) l'intento di fornire un determinato messaggio; 4) l'intento di fare credere al ricevente che il messaggio sia vero; 5) l'intento di fare conseguentemente assumere al ricevente un determinato comportamento.

Il termine *scienter* acquista cosi due significati diversi a seconda che sia riferito all'autore principale della manipolazione frodatoria sul mercato dei titoli oppure al suo favoreggiatore. Proprio in riferimento a quest'ultimo, le Corti hanno dovuto affrontare il problema se alla conoscenza effettiva dell'altrui frode fosse equiparabile l'ignoranza colpevole di ciò che si sarebbe dovuto conoscere. Molti hanno suggerito di dare al quesito risposta positiva e la formula *knew or should have known* è entrata nel linguaggio di alcune sentenze.

Questa apertura è stata accompagnata da limiti e cautele per evitare, come aveva già auspicato Cardozo, troppo vasti spazi di responsabilità. La mancata percezione della frode deve quindi essere il frutto non di una semplice *negligence* ma di negligenza grossolana; in termini latini: di colpa grave. Si è suggerito che il comportamento di chi, senza dolo, rilasci *statements* atti a favorire, o utilizzati per favorire la frode, debba essere *reckless* poiché solo la sconsideratezza elide la buona fede.

Anche in questi limiti risulta un solo caso in cui un revisore sia stato condannato al risarcimento dei danni per avere certificato un bilancio poi risultato falso senza la prova del comportamento intenzionale. In *Duro Sportswears Inc. v. Cogen* si imputava al revisore non solo di non avere tenuto conto di forti debiti del proprio cliente tanto da trasformare in un bilancio in attivo una situazione economica disastrosa, ma anche di avere tenuto un comportamento tanto scandalosamente inadeguato nella sua attività di revisione pur sapendo che il suo cliente era solito ricorrere a pratiche contabili poco ortodosse quali il sistematico ritardo nella registrazione dei valori. Il caso *Duro Sportswears*, pur essendo isolato in materia di *accountants*, si inserisce tuttavia in un vasto

filone giurisprudenziale che ha sviluppato il tema della responsabilità per false informazioni alla luce della *section 10b* e della *rule 10b-5*.

Anche qui va chiarito che ad un esame accurato molte delle affermazioni giurisprudenziali che vengono in genere citate si rivelano meri *obiter dicta*, e tuttavia non si può negare l'esistenza di una tendenza, più accentuata nella componente dottrinale che nella componente giurisprudenziale, a far leva sui principi elaborati nell'àmbito più generale della responsabilità per false informazioni per trasferire la responsabilità di chi emette uno *statement* inveritiero o fuorviante dall'area del dolo all'area della colpa. Si noti ora che questa tendenza è stata indubbiamente rafforzata da quella parallela volta a fondare la responsabilità dei soggetti in esame direttamente sul punto b) della *rule 10b-5*, eliminando quindi il passaggio del favoreggiamento.

Il caso *Ernst & Ernst* ad esempio è stato impostato in primo grado come una ipotesi di *aiding and abetting* da parte del revisore, ma poi è stato risolto dalla Corte Suprema sulla base dell'esegesi della *section 10b* e *rule 10b-5*. Questa convergenza non deve stupire, anzi si può dire che sia nell'ordine delle cose. Le due norme più volte citate, pur non facendo esplicito riferimento al dolo, tuttavia si esprimono in un linguaggio che immediatamente richiama le nozioni tradizionali di *fraud e deceit*.

I giuristi americani si sono sempre rivolti in primo luogo alle nozioni tradizionali di *Common Law* immettendone tutto il bagaglio nell'interpretazione delle nuove disposizioni e tra queste appare la figura di *aiding and abetting*. Solo successivamente e lentamente si è operato il distacco tra le regole ed i principi elaborati sulla base della *section 10b* e *rule 10b-5* e la *common law* tradizionale

Benché in verità nella *opinion of the Court*, il Justice Powell abbia detto di non volere prendere posizione sul problema se un comportamento sconsiderato da parte del revisore sia sufficiente a fare sorgere l'obbligo risarcitorio, tuttavia il significato generale della sentenza suona indubbiamente come una battuta di arresto rispetto alla tendenza che si era andata delineando favorevole all'equiparazione tra dolo e culpa lata, ed uno dei risultati più certi della decisione nel caso *Ernst & Ernst* è che locuzioni del tipo *Knew or should have know* saranno bandite, poiché la Corte Suprema ha stabilito che la conoscenza dell'intento fraudolento da parte del revisore deve essere reale. La ragione del rumore suscitato dalla sentenza nel caso *Ernst & Ernst v. Hochfelder* sta qui.

5. *L'opinione del Justice Powell ed il significato della decisione della Corte Suprema nel caso* Ernst & Ernst v. Hochfelder

La lunga opinion della Corte è tutta basata su una esegesi grammaticale storica e sistematica della *section 10b* che avrebbe deliziato Savigny. Non è qui il caso di esaltare il rigore logico e la sapienza sistematica profusa dal Justice Powell nel corso della sua interpretazione, anche se, in sede più generale, il dato andrebbe sottolineato al fine di suggerire dubbi a chi ancora crede che i giudici di *common law* siano esclusivamente devoti a quell'empirismo che grossolanamente serve a designare l'intera cultura anglosassone. L'osservatore non è però tanto interessato a questo tipo di analisi quanto a percepire il significato finale della sentenza. Il testo della stessa, insieme con le *opinions* dissenzienti del J. J. Blackmun e Brennan, contiene almeno uno spiraglio per intendere il valore generale della pronunzia della Corte Suprema.

Lo spiraglio si apre là dove, confutando un argomento addotto nell'*amicus curiae brief* presentato dal *Solicitor General* per conto della S.E.C., la Corte si mostra timorosa di quell'indefinito allargamento della responsabilità del revisore che già aveva animato Cardozo nella sua celebre decisione del caso *Ultramares*. La *Security Exchange Commission* (S.E.C.) aveva fatto valere l'argomento che dalla prospettiva dell'investitore in titoli gli effetti di uno statement ingannevole sono gli stessi sia che l'ingannevolezza derivi da colpa sia che sia intenzionale.

L'argomento della S.E.C. era chiaramente di tipo finalistico. Il legislatore, ha sostenuto la Commissione, ha emanato una serie di norme per proteggere l'investitore: quindi è alla posizione di costui che occorre rifarsi per intendere il significato delle disposizioni in esame. L'argomento come bene si intende non è *prima facie* infondato; in effetti esso è stato ripreso nelle già citate *opinions* dissenzienti là ove si afferma che la distinzione tra colpa e dolo è illogica, dato che *an investor can be victimized just as much by negligent conduct as by positive deception*. Senonché ciò che non è apparso logico alla maggioranza dei giudici è il fermarsi all'ipotesi della colpa.

Se ciò che rileva è solo la protezione dell'investitore allora perché richiedere il requisito della colpa a carico di colui che ha predisposto un documento fuorviante? In realtà solo la materialità di questo dato sarebbe rilevante e quindi la responsabilità imposta al revisore dovrebbe essere oggettiva. La Corte si è limitata a porre in dubbio che qualcuno voglia sostenere una simile tesi, ma il significato della sua affermazione rimane egualmente chiaro.

Adottare il solo punto di vista dell'investitore fuorviato significherebbe dilatare troppo la responsabilità di coloro che emettono *statements* afferenti il mercato dei titoli.

Per circoscriverne l'area potrebbe servire un esame rigoroso del nesso di causalità tra falsa informazione e sfortunato investi mento; ma proprio il caso concreto esaminato dalla Corte indica l'impossibilità di illudersi sull'efficacia di un simile argine. Si ricorderà infatti che gli attori non basarono le proprie richieste risarcitorie sul fatto di avere compiuto i propri investimenti in titoli fasulli fidando nella correttezza dei bilanci certificati dal revisore, anzi avevano candidamente ammesso di averne ignorata l'esistenza. Essi imputavano semplicemente al revisore di non avere scoperto l'attività truffaldina che il dominus della società revisionata svolgeva a latere, ma in qualche connessione, con l'attività imprenditoriale.

Poiché dunque la verità o falsità dei certificati emessi dal revisore era fuori gioco, si era completamente fuori dal campo della responsabilità per false informazioni e si entrava direttamente nell'area del danno da omissione ove il nesso causale malamente si presta a fare da argine al dilagare della responsabilità[9].

Non è qui il caso di dilungarsi in problemi di inquadramento concettuale e basterà avere sottolineato gli aspetti rilevanti del caso risolto dalla Corte Suprema americana per poterne ricevere indicazioni non fuorvianti. Il mancato accertamento delle frodi, come si accennava all'inizio, è l'area cruciale nella problematica della responsabilità del revisore.

Proprio per questa ragione occorre chiarire che a seguito della sentenza citata il sistema americano distingue ormai nettamente tra l'ipotesi in cui una deficienza nello svolgimento dei compiti professionali da parte del revisore comporti una falsa informazione oppure una pura e semplice omissione valutabile solo supponendo un generale dovere di protezione verso ogni partecipante nelle attività economiche che coinvolgono la società revisionata.

Nel primo caso non è dubbio che la semplice *negligence* sia fondamento sufficiente della responsabilità. L'ipotesi della falsa informazione che ha fuorviato il negoziatore di titoli non è infatti toccata dal principio enunciato in *Ernst & Ernst*.

In proposito si debbono sottolineare due aspetti: per effetto della disposizione contenuta nella *section 11* (cfr. *supra*) la responsabilità per false informazioni del revisore nei confronti dell'acquirente o del venditore di titoli ha superato completamente i criteri e limiti propri della *Common Law* tradizionale. Si possono richiamare le esperienze parallele dei sistemi giuridici di *Civil Law* perché il substrato storico appare in gran parte omogeneo.

Come in Inghilterra o negli Stati Uniti si sono prese le mosse dai classici *torts di fraud* e *deceit*, cosi ad esempio in Germania è stata l'*actio doli* della

[9] Sul tema cfr. G. Alpa, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, 167 ss.

tradizione del diritto comune a fornire il primo spunto per una responsabilità derivante da false informazioni, ma altresì a condizionarne lo sviluppo poiché, pur superato, con diversi espedienti e finzioni, il limite del dolo, la giurisprudenza tedesca riconosce risarcibile solo il danno derivato da colpa grave dell'informante[10].

In secondo luogo occorre osservare che la regola concernente la responsabilità per false informazioni ad un acquirente di titoli si è dimostrata dotata di forza espansiva. La giurisprudenza americana riconosce una responsabilità per *negligence* del revisore ogni volta che questo fosse a conoscenza che il suo *statement* era destinato ad informare un soggetto determinato.

Il caso *Rusch Factors, Inc. v. Levin* appare esemplificativo: in quella sentenza infatti i giudici federali americani non ebbero dubbi nel ritenere responsabile un revisore negligente poiché questi sapeva che il suo statement, poi risultato errato, era destinato ad informare una banca in vista della concessione di un finanziamento. In questa ipotesi infatti la presenza di ciò che la giurisprudenza tedesca è ormai abituata a chiamare un *Auskunftskontakt* serve egregiamente ad evitare che la pretesa risarcitoria sia avanzata da "*a member of an undefined, unlimited class or remote leanders and potential equity holder not actually foreseen*" (cosi *Rusch Factors, Inc. v. Levin*). Nella seconda ipotesi, ove cioè si imputi al revisore non una certificazione fuorviante, ma la mancata scoperta di frodi perpetrate a danno degli investitori, la semplice *negligence* non è sufficiente a fondare una sua responsabilità civile occorrendo invece che il comportamento del revisore sia consapevole.

Al momento attuale dello svolgimento dell'esperienza nord-americana in materia di responsabilità del revisore, la colpa grave ed il dolo fungono da criteri di imputazione differenziati in funzione dei diversi doveri che sono imposti al revisore, nei confronti dei clienti, di coloro che attingono da lui le proprie informazioni e di coloro infine che si aspettano da lui una qualche protezione.

La cittadella della *privity of contract* è ormai caduta e ad essa si sono sostituiti una serie di criteri più flessibili ma non meno riconoscibili. La decisione della Corte Suprema nel caso *Ernst & Ernst v. Olga Hochfelder* è servita ad evidenziarne uno.

[10] Si veda F. Ranieri, *La responsabilità da false informazioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1976, 1, 630.

IL SISTEMA DI GARANZIE GIURISDIZIONALI INGLESI NEI PROCEDIMENTI DI ESTRADIZIONE: IL CASO ASSANGE

Mario Serio

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica: non sempre "*hard cases make bad law*". – 2. La genesi del procedimento di estradizione nei confronti di Julian Paul Assange e la natura dei reati contestatigli negli Stati Uniti d'America. – 3. Il contesto di svolgimento del giudizio del 2024 davanti la High Court inglese. – 4. La piattaforma costitutiva della richiesta statunitense di estradizione e la difesa di Assange. – 4.1. I motivi addotti per ottenere l'autorizzazione ad impugnare la decisione di estradizione. – 4.2. I tre motivi di ricorso accolti. – 4.2.1. La violazione dell'articolo 10 della CEDU in tema di libertà d'espressione. – 4.2.2. Il pregiudizio a carico dell'estradando in ragione della sua nazionalità straniera. – 4.2.3. Il divieto di estradizione discendente dalla insufficiente tutela rispetto al pericolo dell'inflizione della pena di morte. – 5. L'articolazione della sentenza della High Court. – 6. L'epilogo del procedimento davanti la High Court. – 7. Le reazioni dei giuristi inglesi: spunti per riflessioni finali all'insegna di un'auspicabile "koinè" europea in materia di libertà di espressione.

1. *Premessa metodologica: non sempre "hard cases make bad law"*

È radicata nella tradizione degli ordinamenti di *common law* la massima che dà il titolo a questa premessa. Vasta e qualificata è la letteratura giuridica sviluppatasi in entrambe le sponde dell'Atlantico per definire, spiegare, ridurre a razionalità, o quanto meno dotare di un fondamento storico-fattuale l'aforisma, ossia decretarne la validazione alla stregua delle concrete circostanze nelle quali esso è stato invocato. L'occasione è data allorché si tratti di giustificare decisioni che si prevede possano lasciare il campo a perplessità soprattutto in ordine alla loro coerenza con un già ben definito assetto precedenziale[1]. Perché

[1] Sulla rilevanza del principio dello *stare decisis* come contrassegno qualificante il *common law* inglese si può veder G. Criscuoli, M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese*, seconda edizione, Milano, 2021, 285 ss. Naturalmente indimenticabili sono le pagine dedicate all'aderenza al precedente, in quanto portato di un elemento subconscio del processo decisionale, di B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, rist. 1949, 142 ss.

inevitabilmente nel corpo vivo del diritto giurisprudenziale, il *judge-made law*, è destinato ad inserirsi il tema del rapporto tra la particolare difficoltà del caso in relazione alla sua soluzione ed alla sua importanza, da una parte, e, d'altra parte, la coerenza sistematica che una siffatta declinazione ordinamentale esige. È noto che la stessa espressione "*hard cases make bad law*", la cui fortuna nel tempo si è accresciuta in misura diretta della sua capacità di richiamare prestigiose riflessioni, è stata tenuta a battesimo in specifici contesti giurisprudenziali al cui interno, già nella mente degli stessi giudici, aveva iniziato ad insinuarsi il rovello che la decisione che si accingevano a prendere avrebbe potuto essere influenzata dalle peculiari circostanze del caso, con la consapevole conseguenza dell'apertura di una pericolosa breccia nella struttura dell'intero sistema giurisprudenziale[2].

Giova in questa sede preliminare ad uno studio circoscritto ad una specifica vicenda, che pur ha attratto l'attenzione planetaria per effetto della sua obiettiva importanza sia sul piano esistenziale della parte interessata sia nel campo dei principii che governano gli stati democratici, limitare l'analisi sulla massima ai soli riflessi definitori di un "*hard case*" al fine di verificare l'apponibilità dell'etichetta al caso cui questo saggio è dedicato e riguardante la nota e travagliatissima storia processuale ed istituzionale del giornalista australiano Julian Paul Assange. Ben può osservarsi a mo' di esordio che quel caso appare soddisfare tutti i parametri ormai da tempo circolanti, ed illustrati nelle note che precedono, per l'attrazione di una vicenda giudiziaria determinata nell'orbita degli "*hard cases*". E ciò tanto se ne venga considerata la difficol-

[2] L'espressione appare già in una sentenza inglese del 1837 nel caso inglese *Hodgens v Hodgens* (1837) 7 Eng Rep. 14, in cui Lord Wynford dichiarò di essere a conoscenza dell'espressione in parola, aggiungendo che si sarebbe astenuto dal rafforzarla con la propria sentenza in materia di assegno di mantenimento coniugale nell'ipotesi di scioglimento del matrimonio. In un altro caso inglese del decennio successivo, *Winterbottom v Wright* (1847) 152 Eng Rep 402, riguardante il diniego di affermazione di una responsabilità vicaria, che pur le speciali circostanze avrebbero suggerito, uno dei giudici della corte chiamata a pronunciarsi, Rollf, disse che gli *hard cases* possiedono l'attitudine ad introdurre *bad law*. Ancor più sferzante, ed al tempo stesso illuminante, fu l'opinione dissenziente del giudice Holmes della Corte suprema statunitense che, in un caso legato alla normativa in materia di cartelli anticoncorrenziali, *Northern Securities Co. v United States* 193 US 197 (1904), disse che quelli che vengono considerati "*great cases*", lo sono non tanto per la loro intrinseca importanza quanto per la capacità di suscitare nel giudice sentimenti di tale intensità emotiva da portarlo a decisioni distorsive dell'assetto normativo. Si espresse a tal proposito raffigurando la suggestione indotta dalle particolari circostanze di un caso come se si trattasse dell'esercizio di una sorta di pressione idraulica che rendono dubbie e soggette alla loro deroga nel caso concreto regole prima incontrastate: "*a kind of hydraulic pressure which makes what previously was clear seem doubtful, and before which even well settled principles of law will bend*".

tà decisoria correlata alle questioni dedotte in giudizio quanto se ne svetti la rilevanza nei termini prima enunciati[3]. Caso difficile, come si vedrà, a causa della numerosità e complessità delle questioni giuridiche venute in rilievo con riguardo a normative di vertice, costituzionale e sovranazionale, nonché della altrettanto ardua riduzione ad omogeneità nel concreto quadro decisiorio. Ed ancora, caso rilevante non soltanto per i destini della persona ma anche per la natura dell'attività professionale esercitata e per la compressione che la stessa avrebbe potuto subire in conseguenza della difficile decisione da adottare. Tornando, tuttavia, al quesito ed alla conseguente risposta che si avvolge attorno alla nota massima[4], può anticiparsi che, a dispetto della sua stentoreità, l'esito

[3] Abbondano gli impegni definitori della nozione di *hard case*, di cui in questa sede, per ragioni di concisione e per la prevalente necessità di mantenersi aderenti al tema principale della ricerca, si possono dare solo fugaci ed essenzialissimi cenni. R. Dworkin, *Hard cases*, in *Harvard Law Review*, 1975, 88, 1057 ss, ne parla come di quelle fattispecie giudiziali nelle quali manchino regole di qualunque natura, legislativa o giurisprudenziale, precostituite da applicare ai fini della decisione. Egli ritenne, peraltro, che la decisione degli *hard cases* debba fondarsi su argomenti di principio e non su considerazioni di pura *policy*. P. Heath, *Hard cases and bad law*, in *Waikato Law Review*, 2008, 16, 1 ss., ascrive l'aforisma alle ipotesi in cui un caso difficile da risolvere possa determinare l'offuscamento della chiarezza e della purezza del diritto applicabile ed incoraggiare soluzioni fondate su eccezioni o interpretazioni forzate dirette ad assicurare la giustizia del caso concreto. S. Thomas, *How atypical hard cases make bad law*, in *Wake Forest Law Review*, 2013, 48, 989 ss. scrive che le corti di giustizia non dovrebbero dar luogo a mutamenti dell'assetto giuridico in casi in cui esso possa essere motivato dalla atipicità dei fatti con il rischio di estendere il mutamento anche a circostanze tipiche, cioè prive di quegli elementi di specialità che potrebbero alimentare *one-off decisions*. Un recentissimo studio, su cui si tornerà in seguito, S. Shahashahani, *When Hard Cases Make Bad Law. A theory of How Case Facts Affect Judge-made law*, in *Cornell Law Review*, 2024, 110, 1 ss. offre un interessante contributo alla materia sotto un duplice punto di vista. In primo luogo perché individua il cuore del problema generato dagli *hard cases* in ciò che esso si manifesta laddove una soluzione giuridica consolidata determinerebbe un aggravamento (*hardship*) della posizione di una parte, inducendo il giudice alla tentazione di distorcere la regola vigente allo scopo di prevenire tale esito. In secondo luogo l'Autore isola tre distinte ipotesi di *hard cases*: a) quelli in cui non sia possibile riconciliare la particolarità della fattispecie con le regole vigenti, b) quelli in cui la difficoltà è in diretta relazione con l'importanza assunta dalla decisione, c) quelli, infine, resi difficili dal fatto che la loro peculiarità è di intensità tale da produrre il rischio di un conflitto con il diritto vigente.

[4] L'originale studio di S. Shahshahani, *When Hard Cases Make Bad Law. A theory of How Case Facts Affect Judge-made law*, cit. propone un criterio algoritmico per l'individuazione di un *hard case* nel dichiarato proponimento di preservare l'edificio globale del diritto dal rischio di distorsioni che potrebbero sorgere dall' abuso del ricorso alla semplificazione in via equitativa, e, quindi, derogatoria, della difficoltà del caso. Egli, infatti, scrive, con una punta di provocazione intellettuale seppur votata ad una causa apprezzabile, che ad un sistema flessibile ma incerto di buone regole è preferibile uno fondato su un sistema inflessibile di cattive regole.

finale del tortuoso, faticoso ed oscillante procedimento di estradizione di Assange, appunto un "*hard case*", non è stato affetto dalla pessimistica previsione di una sua soluzione all'insegna del cattivo governo del momento ricognitivo, interpretativo e decisorio dell'area problematica implicata. Non si è, pertanto, in presenza di una distorsione giuridica, quanto, al contrario, di una conclusione alla quale si è potuti, infine, pervenire in virtù del saggio connubio tra gli aspetti irripetibili e singolari del caso e la cornice giuridica di inquadramento. Le analitiche ragioni di una simile affermazione andranno affiorando nel corso dello svolgimento della ricerca cui deve, pertanto, rinviarsi. Ma sin d'adesso può iniziare a svilupparsi la linea esplicativa di questo incoraggiante risultato. Esso appare il frutto del ragionevole, e costituzionalmente orientato (nel senso proprio degli ordinamenti stranieri intervenuti), adeguamento alla concreta fattispecie del nugolo di principi e fattori formanti di varia natura-legislativa, giurisprudenziale, dottrinaria-destinati a governarla. Da qui il superamento dei timori e delle ombre proiettati dalla massima citata nel preambolo, che, almeno con riferimento alla specifica vicenda, sembra doversi convertire nella speculare affermazione che anche gli *hard cases* possono essere suscettibili di produrre *good law*[5].

2. *La genesi del procedimento di estradizione nei confronti di Julian Paul Assange e la natura dei reati contestatigli negli Stati Uniti d'America*

Se si cercasse una conferma del peso che, anche nel campo giuridico, la globalizzazione dell'informazione ha via via guadagnato sarebbe esemplarmente illustrativo il caso riguardante le attività poste in essere in quel settore dal giornalista australiano Julian Paul Assange ed i loro riflessi giudiziari, fino alla

[5] La dialettica che avvolge il quesito circa la intrinseca proclività degli *hard cases* a generare *bad law* ha trovato stimolanti echi in R.F.V. Heuston, *Hard cases make bad law*, in *Dublin University Law Journal*, 1978, 2, 31 ss. L'Autore, attraverso una complessa analisi storico-critica, manifesta la sua convinta partecipazione all'idea tradizionale assertiva della veridicità dell'adagio negli stessi termini in cui si era espresso l'anno precedente nel caso *Moyniham v Greensmith* (1977) IR 64, relativo ad una controversia peculiare in tema di decorrenza della prescrizione dell'azione per danni da lesioni personali patiti dall'attore disabile rimasto vittima di un incidente automobilistico, il giudice irlandese Murmangham che aveva proprio parlato di "*old adage still being true*". Si riconosce, tuttavia, la profondità del pensiero di chi, come il *Master of the Rolls* del tempo, Lord Evershed, aveva scritto che casi all'apparenza difficili possono, comunque, produrre *good law* nel senso che una decisione ben argomentata la quale trovi il conforto di una corte di vertice può concorrere a costituire un affidabile e duraturo principio di diritto.

richiesta della sua estradizione formulata nei confronti del governo britannico da quello statunitense.

Ed infatti, il complesso procedimento trova genesi proprio nella creazione da parte dell'estradando di Wikileaks, definita nei documenti giudiziari inglesi come "un'organizzazione di dimensioni multinazionali diretta alla tutela di dissidenti interni, rivelatori anonimi di fatti di interesse pubblico, giornalisti e partecipanti a forme socialmente diffuse di comunicazioni elettroniche che corrano il rischio della sottoposizione a procedimenti giudiziari o ad altre minacce in relazione alla loro attività giornalistico-pubblicistica"[6]. La ramificazione e la precisione delle attività informative sviluppate da Wikileaks sin dal 2006, anno della sua costituzione, hanno destato nel tempo gravi preoccupazioni nel governo statunitense per lo specifico motivo che l'organizzazione aveva sollecitato l'acquisizione di materiale informativo espressamente indicato e relativo a documenti militari e dei servizi segreti, nonché immagini fotografiche, idonei a dimostrare gli abusi commessi da parte dell'amministrazione Obama nei confronti di prigionieri detenuti nella baia di Guantanamo e sottoposti a particolarmente aggressive forme di interrogatorio. L'efficacia della rete informativa, evidentemente invisa ai governi statunitensi succedutisi negli anni, crebbe in ragione dell'apporto prestato da un'analista dei servizi segreti americani, impiegata nei primi anni 2000 in Iraq nella campagna militare che portò alla destituzione ed alla esecuzione capitale di Saddam Hussein, Chelsea Manning, che trasmise a Wikileaks informazioni rilevanti utilizzando, in violazione di un accordo di riservatezza con il proprio datore di lavoro, le chiavi di accesso al sistema informatico. Tali notizie costituivano il sostrato probatorio degli abusi in danno dei prigionieri iracheni detenuti a Guantanamo. L'attività informativa dell'analista fu capillare, protratta nel tempo ed articolata in molteplici canali, tra i quali i filmati degli interrogatori cui i prigionieri erano sottoposti. A richiedere le informazioni, racchiuse in oltre 700.000 documenti di varia natura forniti dalla fonte, fu proprio Assange che provvide alla loro pubblicazione su Wikileaks tra il 2010 ed il 2011. La diffusione di tale materiale fu reputata dal governo statunitense una minaccia alla sicurezza nazionale in quanto, tra l'altro, rendeva pubblica l'identità di agenti segreti impiegati dall'amministrazione nella campagna irachena, esponendoli alle rappresaglie del gruppo terroristico guidato da Osama Bin Laden. Su questa base fu formulata la prima richiesta di estradizione di Assange – posteriormente più volte modificata o integrata – nel dichiarato presupposto che egli fosse perfettamente consapevole dei pericoli che la pubblicazione avrebbe comportato.

[6] "*A multi-jurisdictional organization to protect internal dissidents, whistle-blowers, journalists and bloggers who face legal or other threats related to publishing*".

Contemporaneamente alle accuse formulate nei confronti del giornalista da parte del governo USA, l'organo rappresentativo della pubblica accusa svedese (la *Swedish Prosecution Authority*) emise nel dicembre 2010 un ordine di arresto europeo per i delitti di violenza sessuale (dichiarati prescritti nel 2017, con conseguente rinuncia all'azione penale) ai danni di due donne, chiedendo al Regno Unito, nel quale Assange si trovava, l'estradizione. Questa, seppur concessa dalle autorità britanniche, non ebbe mai esecuzione perché il giornalista godette dell'immunità di sede diplomatica in quanto ospitato nell'ambasciata di Londra dell'Ecuador. Lì si trattenne fino alla primavera del 2019, allorché fu tratto in arresto, con modalità sulla cui liceità sono state avviate indagini da parte dell'autorità giudiziaria spagnola, dalla polizia inglese per la violazione di disposizioni sulla libertà condizionata. Da allora, e fino alla fine del giugno 2024, Assange è stato trattenuto presso le prigioni inglesi, in attesa della pronuncia definitiva della magistratura sulla richiesta di estradizione per rispondere di 18 capi d'accusa formulata dal governo statunitense. Con una pronuncia del dicembre del 2021 della High Court in composizione collegiale è stata accolta la richiesta del governo richiedente di annullamento della pronuncia del giudice distrettuale del gennaio precedente di iniziale rigetto della richiesta di estradizione in considerazione delle possibili pulsioni al suicidio che la detenzione in un carcere americano di massima sicurezza avrebbe potuto provocare in una psiche già molto provata come quella di Assange. Rimessa, pertanto, la causa al primo giudice, questi aveva accolto la domanda di estradizione, disponendo l'invio degli atti al ministero dell'interno per l'emanazione dell'ordine di esecuzione, poi emesso nel 2022[7].

L'estradando ha, quindi, chiesto alla High Court in formazione monocratica l'autorizzazione ad impugnare l'ordine di estradizione: con pronuncia del giugno 2023 del giudice Swift la richiesta è stata rigettata in esito ad un procedimento puramente cartolare (*on papers*) e senza la partecipazione delle parti attraverso la discussione orale.

Contro l'ordine di estradizione conseguente all'autorizzazione all'estradizione emanata nel 2022 è stato, infine, proposto da Assange ulteriore ricorso, deciso nel marzo 2024 con la sentenza cui è dedicato il presente studio, alla High Court in formazione collegiale (la Presidente della *King's Bench Division Sharp* ed il giudice Johnson): più esattamente il ricorso ha avuto ad oggetto l'autorizzazione ad impugnare davanti al giudice d'appello tale ordine.

[7] Sulla sequenza procedimentale si può vedere M. Serio, *Estradizione e diritti umani. Riflessioni sulla sentenza della High Court inglese nel caso Assange*, in *Questione Giustizia on line* del 3 agosto 2022.

3. *Il contesto di svolgimento del giudizio del 2024 davanti la High Court inglese*

La sentenza della High Court in commento rende sin dall'inizio chiaro che, in effetti, il ricorso ad essa sottoposto, sebbene riproponga formalmente il tema dell'autorizzazione all'impugnazione della decisione di accoglimento della domanda di estradizione del giudice distrettuale Baraitser in sede di rinvio, è in effetto diretto contro tale provvedimento, di cui è stato contestato il merito con nove motivi, tre dei quali soltanto, come si vedrà, sono stati giudicati fondati, con la conseguenza dell'accoglimento della domanda autorizzatoria all'impugnazione.

La prima questione che occorre affrontare ai fini della determinazione dell'oggetto e del perimetro del giudizio in questione riguarda proprio i limiti dell'intervento della High Court sul ricorso dell'estradando e le condizioni in astratto necessarie per il suo accoglimento in relazione allo scopo ed ai presupposti dell'estradizione alla luce della normativa inglese in materia costituita dallo *Extradition Act* del 2003. Non è casuale che la prima preoccupazione della corte sia stata quella di muoversi in un non semplice equilibrio tra due sponde che altrimenti sarebbero rimaste irrimediabilmente distanti e tra loro irriducibili ad unità: quella della compatibilità della pronuncia con il fondamento solidaristico e di cooperazione internazionale che sta alla base dell'estradizione e l'altra della conciliabilità dell'istituto con le fondamentali regole di natura pattizia, ma in sostanza simmetriche a quelle appartenenti al dominio del diritto internazionale consuetudinario cogente, volte a tutela dei diritti fondamentali della persona. La rigorosa delimitazione del punto di incontro tra queste esigenze spiega la grande cautela con la quale la High Court si è mossa, senza per questo rinunciare ad innalzare una solidissima barriera a difesa dei diritti umani minacciati dalla consegna di cittadini a paesi stranieri che non presentino garanzie sufficienti di protezione integrale di tali categorie di diritti, quali, in particolare, assicurati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, trasposta nel Regno Unito grazie allo *Human Rights Act* del 1998, entrato in vigore nell'ottobre di due anni dopo.

Ed invero, la premessa concettuale che accredita la pronuncia di una affidabilità intrinseca, sottraendola al sospetto del cedimento all'onda emotiva, è ineccepibilmente delineata nel senso della valorizzazione dell'estradizione come condivisibile manifestazione di un disegno cooperativo in ambito internazionale ("*comity*") orientato al fine di consentire al paese che la richiede di sottoporre a processo o all'espiazione della pena già inflitta una persona che a vario titolo si trovi nel territorio di quello destinatario della richiesta. Questa tendenza, largamente circolante nella comunità internazionale, è stata irrobustita con una base di diritto interno costituita dai risultati delle conclusioni

raggiunte nel 2015 dalla commissione parlamentare sull'estradizione istituita presso la *House of Lords*[8] secondo cui è tipico dei procedimenti di estradizione che ogni paese accetti "fino ad un certo punto" le regole del processo penale di altri paesi. E ciò alla luce della natura cooperativa dell'istituto operante in forza di accordi bilaterali. Nell'individuazione dei margini di operatività della suddetta accettazione la High Court assegna un posto di rilievo alla Convenzione europea del 1950, che sostanzialmente gioca il ruolo di un possibile controlimite, come è effettivamente accaduto nel caso di specie. Del resto, il meccanismo dell'estradizione corre lungo il binario della leale reciprocità, abbandonato il quale cesserebbe la concreta applicabilità dell'istituto. Proprio allo scopo di garantire l'incanalamento delle richieste di estradizione nell'alveo della stretta legalità sin dal 1870 il Parlamento inglese si è dotato di leggi in materia, l'ultima delle quali è appunto l'*Extradition Act* del 2003. Questo si esprime chiaramente disponendo che il diniego di estradizione potrà solo conseguire alla ricorrenza delle specifiche condizioni ostative in esso previste (quali la contrarietà alle previsioni dello *Human Rights Act* 1998 e, in via genetica, alla Convenzione del 1950), la cui assenza, al contrario, rende dovuto l'accoglimento della richiesta.

Così inquadrato il contesto normativo in cui inscrivere la fattispecie, è stato affrontato il tema processuale, di diretta afferenza a presupposti e condizioni legittimanti l'accoglimento dell'istanza autorizzativa della proposizione dell'impugnazione dell'assenso giudiziale – poi trasfuso nell'apposito decreto ministeriale – all'estradizione. Questione, ovviamente, centrale nell'economia della decisione ed ancorata all'accertamento della erroneità delle pronunce della autorizzazione alla cui impugnazione davanti al competente giudice d'appello si tratta. Il punto merita una particolare attenzione per la peculiarità, che da esso si trae, del sistema processuale inglese delle impugnazioni. Esso, in realtà, esibisce un non lieve grado di promiscuità concettuale tra l'impugnazione vera e propria, intesa nella sua prospettiva rescissoria, ed il preliminare momento autorizzativo alla relativa proposizione. Ed infatti, sebbene nominalmente distinte, le due operazioni generano nella loro concreta declinazione il serio pericolo della sovrapposizione e, in ultima analisi, della loro indistinguibilità. Non si vede una realmente perspicua linea di confine tra di esse, quando la seconda – che dovrebbe essere esclusivamente dedicata alla delibazione in astratto della sussistenza dei requisiti autorizzativi – si trasforma di fatto nella valutazione specifica della fondatezza delle ragioni dell'accoglimento nel merito della futura impugnazione, la cui decisione è, in

[8] *Select Committee on Extradition Law*, secondo rapporto della sessione 2014-2015 pubblicato nel marzo 2015.

sostanza, anticipata da parte di un giudice diverso da quello in futuro eventualmente designato[9]. Un precedente della stessa *High Court* del 2018[10] è utile solo a chiarire lo spazio di intervento del giudice della (eventuale) impugnazione (e non anche di quello dell'autorizzazione) avendo affermato che, ai sensi della sezione 104 (3) della legge del 2003, questi possa statuire che il giudice distrettuale, che aveva accolto la domanda di estradizione, avrebbe dovuto emanare una decisione differente su una questione rilevante la quale, ove adottata, avrebbe recato come inevitabile conseguenza la liberazione dell'estradando nel frattempo privato della libertà in pendenza del procedimento autorizzatorio.

Assunta questa prospettiva ben si spiega la precedente osservazione per cui in sostanza il procedimento svoltosi davanti la *High Court* abbia avuto come oggetto principale la erroneità della decisione della giudice distrettuale di accoglimento – in sede di rinvio da altro collegio della stessa *High Court* – della domanda di estradizione.

4. *La piattaforma costitutiva della richiesta statunitense di estradizione e la difesa di Assange*

L'impostazione sistematica data dalla *High Court* al tema devoluto alla propria cognizione, tutta incentrata sulla sostenibilità logica e giuridica della decisione autorizzativa dell'estradizione e della sua congruenza rispetto alla tavola dei principii e dei valori posti a presidio della persona (in primo luogo dal testo convenzionale), riconduce direttamente ed inevitabilmente alla disamina del fondamento della richiesta statunitense con particolare riguardo alla natura delle incriminazioni al cui avallo avrebbe dovuto essere indirizzato il processo da celebrare nel paese richiedente. Perché l'accurata ponderazione delle accuse, riguardate nel loro aspetto possibilmente incidente sulla menomazione dei diritti umani dell'estradando, costituiva la più sicura strada di accesso per sincerarsi dell'esattezza della prima decisione di accoglimento della richiesta. Questa, a seguito di progressive modificazioni dell'originaria struttura, era stata proposta con riferimento a 18 capi d'accusa – ciascuno prevedente una condanna non inferiore a 10 anni di reclusione – presentava il comune denominatore della violazione di norme: a) disciplinanti l'accesso informatico a

[9] Ciò è tanto vero che, nel caso di specie, alla decisione autorizzativa della futura impugnazione ha fatto seguito la rinuncia alla richiesta di estradizione da parte del governo statunitense.

[10] *Love v United States of America* (2018) EWHC 172 (Admin).

dati sensibili per la sicurezza nazionale; b) poste a salvaguardia della sicurezza nazionale nel caso di indebite propalazioni di dati ad essa relativi illecitamente conseguiti, con particolare riguardo ad informazioni ottenute da cittadini iracheni ed afghani, infiltrati grazie all'opera dei servizi segreti americani, la cui vita sarebbe stata in pericolo a causa delle minacce di vendetta proclamate da gruppi di Talebani.

A ciascuna di queste imputazioni ha risposto il giornalista nelle varie fasi processuali sia confutandole nel merito sia additando il clima di terrore, instaurato ai suoi danni, che nella sua area esistenziale avrebbe trovato fertile terreno di coltura e disseminazione.

Il fulcro difensivo, la cui ricaduta è stata talmente vasta nel processo da formarne il vero elemento portante, è costantemente consistito nella doppia allegazione del preminente interesse pubblico alla diffusione (protetta dall'articolo 10 della Convenzione europea del 1950 e dal primo emendamento della Costituzione statunitense) delle notizie a beneficio della conoscenza di gravi atti criminali compiuti dall'amministrazione americana e, per altro verso, dell'assoluta carenza di qualsivoglia pregiudizio patito da chicchessia. Si aggiungeva che, al contrario, la divulgazione aveva consentito di salvare innumerevoli vite umane e contribuito all'avvio di procedimenti penali nei confronti degli autori dei delitti di cui si era data informazione, in particolare di quelli legati alla famigerata tecnica delle "*extraordinary renditions*"[11]. Assange ha sempre denunciato il trattamento persecutorio, violento ed inumano posto in essere ai suoi danni da una "*special CIA rendition team*" nonché le modalità illecite e contrastanti con l'immunità diplomatica attraverso le quali egli era stato prelevato, mediante il decisivo apporto dell'impresa incaricata della sicurezza, dalla sede diplomatica ecuadoregna a Londra per essere condotto in una prigione inglese. Nei confronti della medesima impresa un testimone, garantito dall'anonimato, ha reso una dichiarazione scritta secondo cui essa si trovava in una posizione utile per fornire informazioni dalle quali sarebbero scaturite varie possibilità di assassinare Assange.

[11] Su cui si veda la durissima sentenza della Corte EDU del 23 febbraio 2016 in *Nasri and Ghali v Italy* (n. 44883/09), preceduta da quella in *El Masri v Macedonia* del 2013 emanata dalla Grande camera della stessa Corte la quale condannò lo stato convenuto a risarcire un cittadino tedesco illegalmente consegnato alle autorità statunitensi in vista della "*extraordinary rendition*" all'Afghanistan. Sul tema, con riguardo al noto caso *Abu Omar*, è intervenuta con nettezza la Corte costituzionale con sentenza 24 del 2014 in materia di limiti del segreto di Stato.

4.1. *I motivi addotti per ottenere l'autorizzazione ad impugnare la decisione di estradizione*

Come si è visto la struttura del procedimento autorizzativo dell'impugnazione della pronuncia di estradizione svoltosi davanti la *High Court* ricalca il modello proprio dei gravami in quanto il risultato prefissosi dal ricorrente è solo conseguibile attraverso la dimostrazione dell'erroneità del provvedimento e, più in particolare, in virtù della segnalazione di quelle specifiche fallacie argomentative senza le quali il primo giudice non avrebbe che potuto ordinare la liberazione dell'estradando in luogo dell'esito opposto. È, pertanto, conseguenziale che la tecnica espositiva propria del ricorso debba seguire le medesime regole applicabili ai giudizi di impugnazione veri e propri e, quindi, snodarsi in singole, analitiche censure mosse alla pronuncia contro cui si chiede l'autorizzazione a proporre una successiva impugnazione ad effetti caducatori. Ed infatti, il ricorso di Assange si è caratterizzato per la deduzione di nove distinti motivi di denuncia dell'erroneità della decisione di estradizione del giudice distrettuale. Segue adesso la loro succinta enunciazione: successivamente la ricerca si concentrerà, per ragioni di concisione, unicamente sui tre accolti: e cioè, rispettivamente, il quarto come riflesso diretto dell'accoglimento di quello successivo, il quinto ed il nono.

Il primo motivo ha avuto ad oggetto la lamentata violazione delle disposizioni del trattato bilaterale di estradizione tra Regno Unito e Stati Uniti d'America che la vieta in caso di delitti politici, quali quelli contestati all'estradando.

Il secondo motivo ha censurato l'accoglimento della richiesta di estradizione in quanto avente ad oggetto delitti riflettenti opinioni di carattere politico, in dispregio del precetto posto dalla sezione 81 (3) dell'*Extradition Act* del 2003.

Il terzo motivo ha denunciato l'incompatibilità dell'estradizione con l'articolo 7 della Convenzione europea del 1950 che, in omaggio al principio di legalità, esclude la possibilità di irrogare pene in difetto di apposita previsione di legge.

Il quarto motivo ha segnalato l'incompatibilità dell'estradizione con l'articolo 10 della CEDU che tutela la libertà d'espressione.

Il quinto motivo ha lamentato la violazione della sezione 81(b) dell'*Extradition Act* 203 sotto il profilo che nel giudizio da svolgersi nello stato richiedente l'estradizione si sarebbe potuto verificare un pregiudizio nei confronti dell'imputato in ragione della sua nazionalità straniera.

Il sesto motivo si è incentrato sulla prospettica violazione delle regole del giusto processo che si sarebbe potuto celebrare negli Stati Uniti, con conseguente lesione del principio posto dall'articolo 6 della Convenzione europea.

Il settimo motivo ha denunciato la violazione degli articoli 2 e 3 della Convenzione stabiliti rispettivamente a protezione del diritto alla vita ed in funzione proibitiva di trattamenti inumani e degradanti.

L'ottavo motivo ha ribadito la contrarietà della decisione di estradizione alle regole generali del trattato bilaterale che la vietano nel caso di delitti politici.

Il nono motivo ha segnalato la preclusione all'estradizione determinata dalla necessità di protezione degli imputati dalla pena di morte.

4.2. *I tre motivi di ricorso accolti*

Si è anticipato che solo tre dei nove motivi sono stati accolti dalla High Court che, su questa base, ha concesso l'autorizzazione ad impugnare la precedente decisione di impugnazione. Essi vanno partitamente analizzati.

4.2.1. La violazione dell'articolo 10 della CEDU in tema di libertà di espressione

Il quarto motivo di ricorso è stato basato sulla violazione dell'articolo 10 della CEDU regolante la libertà di espressione, cui corrisponde il primo emendamento della Costituzione americana, che la celebrazione del processo contro Assange negli Stati Uniti per i reati contestatigli potrebbe causare. La censura ha sì trovato accoglimento, ma, come già detto, unicamente perché riflesso indiretto della dichiarata fondatezza del quinto motivo. Questo, a propria volta, sviluppa la tesi che esclude – anche sulla base di precisi elementi fattuali – la possibilità che pure i cittadini stranieri si avvalgano della protezione del primo emendamento della Costituzione, richiamato, in concorso con l'articolo 10 della CEDU, in seno al quarto motivo. A fini illustrativi appare, pertanto, necessario cogliere i nessi che legano le due censure per dedurne l'attitudine della seconda ad influenzare positivamente la precedente, che altrimenti sarebbe stata giudicata priva di pregio dirimente.

È noto che la norma include nel proprio cerchio di protezione anche il diritto di diffondere informazioni senza interferenze di pubbliche autorità: l'argomento è stato utilizzato dalla difesa del ricorrente per sostenerne la violazione in caso di estradizione. Esso, tuttavia, dopo un puntuale percorso ricostruttivo degli orientamenti giurisprudenziali interni e sovranazionali, non ha superato il test della sua intrinseca capacità dimostrativa dell'errore nel quale sarebbe incorsa la prima giudice. E ciò perché la tutela invocata, sotto l'ombrello protettivo dell'art.10, a favore di giornalisti e denuncianti anonimi ("*whistle-blowers*") non può ritenersi di carattere assoluto, cioè illimitato, ma soggetta a limiti, quale la difesa della sicurezza nazionale, del tutto atti a bilanciare il diritto alla

libera informazione ed espressione del pensiero. La *High Court* ha cercato, ottenendolo, il conforto della giurisprudenza di Strasburgo ed in particolare di un recentissimo precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo[12], cui sarà dedicata la parte finale della ricerca. In questa sentenza è stato, bensì, fissato il principio della meritevolezza della tutela, a favore di dipendenti pubblici e privati, della libertà di espressione nei luoghi di lavoro, pur soggetta a specifiche condizioni. Nell'identificazione di tali fattori condizionanti la piena copertura dell'articolo 10 la Corte europea ne ha isolato un congruo numero, riconoscendone la necessità di concreta ricorrenza. Tra essi vanno ricordati: la possibilità o meno di avvalersi di canali comunicativi diversi da quello adottato per la diffusione di una determinata informazione; l'interesse pubblico all'informazione stessa; l'autenticità di questa; il pregiudizio eventualmente subìto dal datore di lavoro; la buona fede dell'informatore; la gravità della sanzione inflittagli in conseguenza della propalazione. La *High Court* ha complessivamente reputato che tali condizioni positive non fossero presenti nel caso di specie e che, in ogni caso, di fronte ad essi si ponessero in funzione antagonista altri elementi collegati alla pubblicazione delle informazioni, quali il pericolo per la sicurezza nazionale, la perdita di credibilità dei servizi segreti, il pregiudizio economico e reputazionale per le persone identificate in relazione ai fatti denunciati. Traccia di questi fattori controbilancianti il valore espresso dall'articolo 10 è stata rinvenuta in articoli di autorevole stampa internazionale (*The Guardian*, *The New York Times*, *El Pais*, *Der Spiegel*, *Le Monde*) che concordemente proclamavano la grande pericolosità per la sicurezza nazionale della pubblicazione delle scottanti notizie veicolate attraverso Wikileaks. Altra robusta prospettazione è stata offerta a sostegno del motivo di ricorso in esame da Assange: essa non ha colto nel segno[13]. In particolare, la difesa ha fatto leva sulla nota deduzione della patente violazione di diritti nascenti dalla Convenzione del 1950[14] impeditiva dell'estradizione. Il punto di partenza per l'analisi in materia è notoriamente costituito, sia per la congruità del principio espresso sia per il prestigio di chi l'ha pronunciato, dall'opinione di Lord Bingham of Cornhill in un caso-guida

[12] *Halet v Luxembourg* del 2023.

[13] Non ha costituito oggetto di impugnazione la statuizione del primo giudice che ha rigettato l'originaria eccezione secondo cui l'estradizione produrrebbe la lesione della cosiddetta "*dual criminality rule*", ossia della inveterata regola del diritto inglese che esige che i reati per i quali si chiede l'estradizione siano perseguibili sia nel paese richiedente sia in quello destinatario della richiesta. È stato, infatti, ritenuto che entrambi gli ordinamenti prevedessero le medesime figure delittuose, il cui perseguimento non avrebbe, d'altro canto, dato vita a contrasto con l'art. 10 CEDU.

[14] "*Flagrant denial to a qualified Convention right*".

deciso nel 2004 dalla *House of Lords*[15]. Si disse allora che la ragione per la quale il patente diniego o la grossolana violazione (NdA di un diritto convenzionale) vanno presi in considerazione consiste soltanto nel fatto che – nell'ipotesi in cui il diritto venga completamente negato o sostanzialmente disconosciuto nel paese di destinazione (NdA dell'estradando) – ben può dirsi che il trasferimento nel paese straniero dia vita all'inadempimento degli obblighi convenzionali degli stati contraenti quale che possa essere l'interpretazione o quali che siano gli argomenti spesi a sostegno delle ragioni del paese richiedente[16]. Ora, nel percorso motivazionale della *High Court* risuonano molto nitidamente quelle parole e, ancor di più, l'assetto logico che le sorregge, conducendo a conclusioni opposte a quelle auspicate dal ricorrente. In sintesi, è stato escluso il "*flagrant denial*" alla luce di un doppio ordine di ragioni eterogenee. In primo luogo, il presidio dell'art. 10 della Convenzione è perfettamente surrogabile dal primo emendamento (si vedrà, discutendo del quinto motivo, quanto l'osservazione rivesta primaria importanza nella decisione) della Costituzione americana, pienamente in grado di assolvere la funzione di garanzia della libertà di espressione del pensiero protetta in sede convenzionale. In secondo luogo, la *High Court* ha ritenuto, in coerenza con la classificazione della libertà in parola – alla stregua del ricordato precedente del caso europeo *Halet* – tra quelle di carattere non assoluto ma "*qualified*", bisognose, cioè, di indici qualificanti sia in senso positivo (meritevolezza dell'interesse protetto) sia in senso negativo (assenza di controindicazioni di rango equivalente) e dimostrativi del fatto che tale carattere difettasse in ragione della gravità dei rischi connessi alla rivelazione dell'identità di persone operanti sotto copertura nei servizi segreti americani. Ma, ancor più perentoria è stata la conclusione secondo cui l'attività posta in essere da Assange non si accordava con i principi di un giornalismo responsabile ("*tenets of responsible journalism*").

Ad un primo sguardo potrebbe trarsi l'impressione che la vana aratura, da parte del ricorrente, del terreno della libertà assicurata dall'art. 10 CEDU come causa ostativa all'estradizione equivalesse al fallimento dell'intera architettura difensiva fondata sulla compressione di diritti fondamentali di origine convenzionale. In effetti, la ragionata pronuncia della *High Court* sembra essere adeguatamente riuscita nell'intento di trovare un punto di equilibrio

[15] *Regina v Special Adjudicator ex parte Ullah* (2004) UKHL 26.

[16] "*The reason why flagrant denial or gross violation is to be taken into account is that it is only in such a case-where the right will be completely denied or nullified in the destination country - that it can be said that removal will breach the treaty obligations of the signatory state however those obligations might be interpreted or whatever might be said by or on behalf of the destination state*".

tra la tensione garantista dei diritti umani convenzionalmente riconosciuti e le pulsioni securitarie per il cui soddisfacimento con tanta grinta si era sempre battuto il governo statunitense. Ed il giusto dosaggio è stato sublimato attraverso un intelligente passaggio nel quale si è affermato che il fine cui ispirare il proprio giudizio dovesse essere quello del recupero di una visione funzionale della tutela dei diritti umani dell'estradando, cioè dell'accurata ricerca di fonti normative idonee ad impedire che all'estradizione corrispondesse la loro plateale violazione in danno dell'estradando: da qui l'elevamento del primo emendamento della Costituzione statunitense a baluardo e punto di riferimento, con le importanti conseguenze di cui ora ci si occuperà.

4.2.2. Il pregiudizio in danno dell'estradando in ragione della sua nazionalità straniera

L'esame del quinto motivo di ricorso si rivela di importanza essenziale nella trama motivazionale. La relativa censura è stata formulata avendo come riferimento la sezione 81(b) dell'*Extradition Act* del 2003 che previene la possibilità di estradizione nell'ipotesi che il processo da svolgersi nel paese richiedente possa recare pregiudizio all'estradato a causa della sua nazionalità straniera. Le preoccupazioni di Assange hanno radice in alcuni elementi di fatto – refluenti sulle conseguenti valutazioni di diritto – incontrovertibilmente documentati che la *High Court* ha elevato ad indici dimostrativi della concreta probabilità dell'effettiva realizzazione del pregiudizio temuto. Il primo sintomo prognostico della mancata fruibilità nel processo americano eventuale della determinante garanzia del primo emendamento è stato ravvisato nella dichiarazione resa in sede stragiudiziale dal rappresentante della pubblica accusa statunitense che aveva espressamente negato che ai cittadini stranieri competesse quella tutela di ordine costituzionale. Concetto rafforzato da analoga affermazione effettuata nell'aprile 2017 dall'allora direttore della CIA, Mike Pompeo, che in seguito sarebbe stato nominato Segretario di Stato durante l'amministrazione Trump. Egli, infatti, così si espresse: l'estradando non gode di alcuna delle libertà sancite dal primo emendamento perché non è cittadino americano. Il concorso di queste circostanze darebbe corpo, secondo il ricorrente, al timore che il processo americano si sarebbe svolto con la privazione dei diritti costituzionalmente previsti dal primo emendamento. La tesi, riproposta davanti la *High Court*, non aveva avuto successo davanti al giudice distrettuale che l'aveva ritenuta infondata alla stregua di un giudizio di fatto fondato sulla affermata irrilevanza delle due circostanze prima descritte in quanto inidonee a dimostrare che il giudizio americano sarebbe stato per il prospettico imputato negativamente influenzato dalla sua nazionalità stranie-

ra. Del tutto diverso è stato l'approccio seguito dalla *High Court* in punto di diritto. Ed infatti, la stessa, pur rilevando che la questione da decidere era di fatto in quanto vertente su un profilo afferente alla legge straniera applicabile, ha, tuttavia, sottolineato la peculiarità della questione stessa ("*a question of fact of a peculiar kind*") rispetto alla quale ben potrebbe giustificarsi l'intervento di un giudice in sede di impugnazione del provvedimento del giudice del grado inferiore[17]. Su questo presupposto la *High Court* ha attribuito valore chiarificatore della posizione di cittadini stranieri sottoposti alla giurisdizione statunitense in procedimenti nei quali potrebbe agitarsi il tema dell'applicabilità di norme costituzionali ad una sentenza della *US Supreme Court*[18] in cui fu affermato, per bocca dell'estensore Kavanaugh, che vige una consolidata regola che non riconosce ai cittadini stranieri, presenti in un territorio straniero, la titolarità di diritti che trovino fonte nella costituzione statunitense[19]. Tirando le somme di questo complesso intreccio fattuale e giuridico la *High Court* ha concluso che, anche in considerazione della particolare qualità professionale delle persone (il titolare dell'azione penale ed il capo della CIA) che avevano anticipato l'esclusione delle garanzie costituzionali per un cittadino straniero, dimorante in territorio straniero, come Assange, e dell'esistenza del precedente della Suprema Corte, era possibile prevedere che ciò avrebbe potuto portare ad un'applicazione nei suoi confronti delle garanzie offerte dal primo emendamento in una maniera differente, e sostanzialmente deteriore, rispetto a quella che sarebbe stata posta in essere a favore di un cittadino statunitense versante nelle medesime condizioni.

Ne è derivato un doppio ordine di conclusioni. La prima è stata quella di ritenere fondato il motivo e, di conseguenza, di autorizzare in base ad esso la proposizione dell'impugnazione contro l'originaria decisione di accoglimento della richiesta di estradizione. Il secondo risultato prodotto dal ragionamento della *High Court* è stato di accogliere anche il quarto motivo di ricorso concernente la violazione dell'art. 10 CEDU. Ed infatti, seppure, come visto, tale violazione non sia stata riscontrata in via autonoma e diretta, essa scaturisce come effetto meccanico della mancata applicazione prospettica del primo emendamento, ciò che fa risorgere la rilevanza della tutela dell'art. 10 in quanto norma corrispondente nel contenuto a quella costituzionale che, per le ragioni espo-

[17] Viene citato il precedente *Parkasho v Singh* (1968) P 233 con l'autorevole opinione del giudice Cairns.

[18] *Agency for International Development v Alliance for Open Society International* (2020) 140 SC 2082.

[19] "*It is long settled as a matter of American constitutional law that foreign citizens outside United States territory do not possess rights under the US Constitution*".

ste, non sarebbe fruibile dall'estradando. In questo senso l'inapplicabilità di quest'ultima renderebbe, data l'omogeneità sostanziale, inapplicabile anche la norma convenzionale e, quindi, solleciterebbe la dichiarazione della sussistenza della specifica causa ostativa dell'estradizione ai sensi dell'*Extradition Act* del 2003.

4.2.3. Il divieto di estradizione discendente dall'insufficiente tutela rispetto al pericolo dell'inflizione della pena di morte

Con l'ultimo motivo di ricorso si sono con successo fatte valere le disposizioni di cui alle sezioni 94 e 95 della legge inglese fondamentale in tema di estradizione che la precludono nel caso di possibile inflizione nel paese straniero della pena di morte o di mancato rispetto del principio cosiddetto di "*specialty*", consacrato nella sezione 95 dell'*Extradition Act*, in base al quale la possibilità di estradizione è soggetta a regole cogenti che riguardano sia il tipo di reati per i quali si procede nel paese straniero sia altre forme di tutela che devono essere riconosciute all'estradando. Ricorrendo tali ipotesi, sul Segretario di Stato inglese incombe il dovere di ordinare la liberazione dell'estradando. La *High Court* ha ritenuto fondata la tesi della difesa in punto di rischio di imposizione, e successiva esecuzione, della pena di morte. Lo scenario di fronte al quale si è trovata la corte inglese era particolarmente frastagliato, anche se la stessa ha saputo adeguatamente governarlo. Da un lato, infatti, si collocavano due circostanze che astrattamente avrebbero potuto scongiurare il rischio; d'altro canto, erano acquisiti agli atti significativi elementi di segno opposto, in effetti ritenuti prevalenti sugli altri. Quanto alle prime, è stato osservato che nessuno dei reati contestati ad Assange contemplava, di per sé, la pena capitale; nella stessa direzione guardava l'assicurazione fornita nel precedente grado di giudizio dal governo americano che garantiva all'imputato la possibilità, al termine del processo, di trasferimento in Australia per scontare l'eventuale pena inflittagli dai giudici statunitensi. Al cospetto di questi elementi se ne ponevano altri di carattere elisivo. In primo luogo, erano state raccolte pubbliche dichiarazioni, riportate sia dalla stampa internazionale sia dagli organi di informazione "sociale", di figure di spicco della politica americana, quali Donald Trump, prima della sua elezione a Presidente, e di Sarah Palin, già candidata alla vice-presidenza, che auspicavano che ad Assange fosse inflitta la pena capitale in considerazione della gravità del tradimento della sicurezza nazionale perpetrato con la pubblicazione delle informazioni riguardanti le campagne in Iraq ed Afghanistan. Ed ancora, ha osservato la High Court in relazione all'assicurazione fornita dal governo richiedente, essa, pur essendo nello spirito contraria alla comminazione della pena di morte, non si sottraeva al rischio di

un'interpretazione restrittiva della sua portata e, comunque, tale da precluderne in senso assoluto la inflizione. Ed allora, i giudici si sono pronunciati per la plausibilità del motivo di ricorso, e, quindi, per la solidità del suo fondamento nel successivo giudizio di impugnazione vero e proprio, enunciando una serie cumulativa di ragioni, qui di seguito passate in rassegna: a) la possibilità di formulazione in giudizio di accuse per le quali sia prevista la pena di morte; b) la pubblica richiesta, da parte di influenti politici, dell'imposizione di tale punizione in esito al processo americano; c) il fatto che il trattato bilaterale USA-UK al suo articolo 7 non precluda l'estradizione per reati punibili con la sanzione capitale; d) la circostanza che l'assicurazione governativa non copra esplicitamente dal pericolo della pena di morte.

5. *L'articolazione della sentenza della High Court*

In conclusione, il contenuto dispositivo della sentenza della High Court si dipana lungo il seguente percorso. Tre dei motivi di ricorso (il quarto, il quinto ed il nono) costituiscono di per sé validi fondamenti per la successiva impugnazione della originaria sentenza di accoglimento della richiesta di estradizione in quanto raggiungono l'obiettivo prefigurato. Essi, infatti, invocano la tutela del primo emendamento della Costituzione americana, denunciano il possibile pregiudizio nascente dalla nazionalità straniera dell'estradando e, infine, paventano l'inflizione della pena di morte. Tuttavia, viene richiamato il principio espresso dalla *Divisional Court*[20] della medesima *High Court* nel giudizio di impugnazione promosso dal governo richiedente contro l'originario rigetto, da parte della giudice distrettuale Baraitser, della domanda di estradizione, che riconosce il potere della corte competente su siffatte richieste di ammettere in ogni fase del giudizio le assicurazioni offerte dallo stato richiedente, pena l'ingiustificata protrazione della durata dell'intero procedimento che potrebbe arricchirsi dell'ulteriore fase dell'impugnazione del diniego dell'estradizione per mancato esame delle stesse assicurazioni[21].

A questa stregua con la propria sentenza del 24 marzo 2024 la *High Court* ha sottoposto la propria autorizzazione in favore del ricorrente ad impugnare, in relazione ai tre motivi accolti, la decisione di estradarlo negli Stati Uniti alla

[20] *Government of the United States v Assange* (2021) EWHC 3313 (Admin).

[21] "*A court hearing an extradition case, whether at first instance or on appeal, has the power to receive and consider assurances whenever they are offered by a requesting state … a refusal to accept the assurances in this case, on the ground that they had been offered too late, would be likely to lead only to delay and duplication of proceedings …*".

condizione sospensiva della mancata presentazione entro i 55 giorni successivi, e, quindi, entro il successivo 20 maggio, di assicurazioni soddisfacenti, ossia idonee a fugare i timori espressi nei motivi stessi. La mancata presentazione (o, come sarebbe poi avvenuto, la rinuncia ad essa) delle assicurazioni avrebbe reso definitiva l'autorizzazione all'impugnazione della decisione di estradizione, mentre in caso positivo si sarebbe disposta la riapertura del contraddittorio tra le parti in ordine all'efficacia probatoria ed alla rilevanza decisoria delle assicurazioni.

6. *L'epilogo del procedimento davanti la High Court*

L'impatto emotivo ed in senso lato politico che la sentenza della *High Court*, solo in circoscritti ambienti pronosticata, ha provocato è stato molto alto anche in rapporto ai timori espressi dalla comunità internazionale per la sorte di Assange[22]. La pressione dell'opinione pubblica, alimentata anche dalla circolazione di notizie che destavano fondato allarme sulle condizioni fisiche e psicologiche del prigioniero ha probabilmente svolto un ruolo di persuasione morale verso il governo statunitense il quale ha rinunciato ad insistere nelle assicurazioni depositate nel termine giudizialmente fissato[23].

Il ritiro delle assicurazioni tempestivamente prestate ha fatto sì che si potesse considerare, pertanto, avverata la condizione dedotta in sentenza. Su tale presupposto, con ordinanza monocratica del 28 giugno 2024, la *High Court*, preso atto del mancato avvalimento, da parte del paese richiedente, della facoltà di insistere nelle assicurazioni previste, ha congiuntamente disposto la liberazione di Assange, ancora in stato di detenzione; annullato la decisione di estradizione adottata dal Segretario di Stato; ordinato l'estinzione del proce-

[22] Solo in Italia, tra il luglio e l'agosto 2023, è stato sottoscritto da centinaia di persone impegnate nel mondo della giustizia un appello per la liberazione di Assange, oggetto di commento nella prima pagina del quotidiano La Stampa del 22 luglio 2023 da parte di V. Zagrebelsky, dal titolo "La lotta per Assange tutela il giornalismo". Sui lati oscuri dell'ordalia giudiziaria del giornalista e della sua creatura mediatica è utilissimo il riferimento al volume di S. Maurizi, *Il potere segreto. Perché vogliono distruggere Julian Assange*, prefazione di K. Loach, Milano 2021.

[23] Nell'aprile 2024 il governo statunitense ha inviato a quello inglese per via diplomatica due assicurazioni. La prima, ritenuta soddisfacente dalla difesa di Assange, riguardante l'impegno alla non inflizione della pena di morte in caso di condanna; l'altra, giudicata, al contrario, vaga, afferente alla possibile applicazione del primo emendamento. Sul punto si può vedere B. Zagaris, *British High Court allows Assange to bring new appeal gainst U.S. extradition request*, e dottrina ivi citata alle note 1-8, in *International Enforcement Law Reporter*, 2024, 256 ss.

dimento con cancellazione delle udienze fissate per l'ipotesi di deposito delle assicurazioni stesse.

Nel frattempo, il giornalista ha raggiunto un accordo processuale con il titolare dell'azione penale negli Stati Uniti in forza del quale egli si è sottoposto, due giorni dopo aver lasciato la prigione inglese, al processo penale in un gruppo di isole del Pacifico rientranti nella giurisdizione di quel paese, le Northern Marian Islands (consensualmente scelte in quanto le loro corti erano accreditate di assoluta serenità di giudizio), in relazione ad un unico capo di accusa tra quelli originariamente contestatigli. In particolare egli si è dichiarato colpevole di aver agito in concorso con Chelsea Manning al fine di ottenere illecitamente e diffondere documenti riservati relativi alla sicurezza ed alla difesa nazionali, nella consapevolezza del pregiudizio che a queste la loro divulgazione avrebbe cagionato. Nell'ambito di questo negozio di diritto processuale, noto nell'esperienza americana come "*plea bargaining*", la Corte lo ha dichiarato colpevole, condannandolo alla pena di 62 mesi di reclusione, corrispondenti a quelli effettivamente scontati nel Regno Unito. In considerazione di tale sentenza, prevedente anche il divieto per Assange di recarsi in futuro senza autorizzazione negli Stati Uniti d'America, si è definita ogni pendenza giudiziaria; egli ha potuto, pertanto, far ritorno in Australia, proprio paese d'origine.

Ha così avuto termine una vicenda di risonanza globale le cui ricadute sul piano giuridico sono molteplici e di grande rilievo, anche in termini di robustezza del sistema di garanzie che l'ordinamento inglese, in chiusura di un tortuoso itinerario processuale a fasi alterne, si è mostrato capace alla fine di assicurare in un'occasione in cui il tema delle libertà individuali ha impegnato le sue corti di giustizia.

7. *Le reazioni dei giuristi inglesi: spunti per riflessioni finali all'insegna di un'auspicabile "koinè" europea in materia di libertà d'espressione*

Si è ricordata all'esordio la vasta eco suscitata dai plurimi procedimenti penali promossi nei confronti del giornalista australiano in varie parti del mondo. La risonanza è andata accrescendosi in diretta proporzione della scottante materia nella quale si innestava il profilo giudiziario. La libertà di informazione, la inammissibilità di freni allo scorrevole flusso informativo, l'interesse pubblico allo scoperchiamento degli altarini del potere, la inarrestabile potenza dei mezzi tecnologici quali vettori di notizie, sono stati tutti insieme e ciascuno isolatamente considerato momenti di complessi e sparsi movimenti di opinione che si sono alternativamente incamminati lungo il versante prettamente giuridico e quello dell'aperto dibattito pubblico. Di questa commistione sono fedeli te-

stimoni molti contributi che la dottrina e la pratica giuridica hanno versato sul tema con una ricca varietà di accenti, dai più rigorosi ai meno controllati dal punto di vista della partecipazione emotiva. Tuttavia, non sembra essere mai mancata la bussola di riferimento costituita dalla riconduzione delle considerazioni, anche le più caustiche, al recinto della giurisprudenza sui diritti umani. Una sicura conferma è data dall'intervista, risalente al 14 marzo 2022, rilasciata da Mads Andenas[24], notissimo giurista norvegese di fama internazionale ed all'epoca Relatore speciale dell'ONU sulla tortura. Pronunciandosi sulla piega sfavorevole ad Assange – di cui era in corso il procedimento di estradizione – che la storia processuale stava prendendo, egli si espresse in termini molto risoluti affermando che il creatore di Wikileaks era vittima di una detenzione arbitraria ed esposto ad una illegale persecuzione giudiziaria nel Regno Unito. Opinione al tempo stesso impietosa ed altamente qualificata ma poggiante su una precisa considerazione di diritto, ossia che la protratta detenzione, per di più in un odioso regime di isolamento, in un penitenziario inglese fosse sin dall'origine priva di base giuridica in quanto traente spunto dall'accusa di condotte unicamente sussumibili sotto l'ombrello protettivo della libertà d'espressione. Ancor più pretestuoso appariva agli occhi dell'intervistato l'arresto eseguito per la violazione delle norme in materia di libertà condizionata malgrado l'insussistenza dell'addebito a causa della illecita intrusione delle forze dell'ordine in una sfera abitativa, l'ambasciata dell'Ecuador, protetta dall'immunità diplomatica. Si tratta, come è innegabile, di obiezioni di saldo sapore tecnico ma non per questo meno appassionate in termini di afflato civile, autentica cifra contraddistintiva delle numerose e determinate campagne favorevoli alla liberazione di Assange. Della loro efficacia deterministica della recente soluzione processuale che ha finalmente condotto alla liberazione del giornalista parla chi[25] nota entusiasticamente che alla fine proprio questi incessanti ed indomiti movimenti hanno saputo produrre il risultato di costringere l'amministrazione Biden a venire a patti con Assange attraverso la proposta del citato accordo processuale[26]. I commentatori hanno concordemente, e comprensibilmente, insistito sulla importanza, ai fini della liberazione di Assange, della pressione mediatica che, difendendo la sua causa, ha segnato un punto irretrattabile di

[24] *An inconvenient dissident: Human rights activism in the case of Julian Assange*, in *Acting up*, 2023, 829 ss.

[25] D. Lindorf, *Assange is finally free as America, Britain, Sweden and Australia are shamed*, in *Counterpunch*, 28 giugno 2024, on line.

[26] Sulla stessa lunghezza d'onda concettuale si pone B. Kampmark, *Assange's return to Australia: the resentment of the hacks*, in *loc. ult. cit*., 4 luglio 2024 on line, in cui si ricostruisce con dovizia descrittiva l'intero cammino processuale transazionale patito dal giornalista.

vantaggio per la libertà di espressione. Si è, infatti, sostenuto che quando, al contrario, come pure è accaduto nel caso in questione, il giornalismo tradisce la propria funzione e collude con i governi sono lo spirito stesso della professione ed i principi democratici a finire sotto attacco[27]. Il grave ritardo, addebitabile alle corti inglesi che hanno impiegato 5 anni per concludere, dopo una serie di pronunce contraddittorie, il procedimento di estradizione, con cui si è realizzato l'esito liberatorio è vivacemente sottolineato da chi si avvale per raggiungere questa conclusione dell'opinione di un giornalista conosciuto[28]. L'ammissione di colpa – pur reputata insussistente – effettuata da Assange, in esecuzione dell'accordo stipulato con il governo statunitense, in relazione ad un unico capo di accusa, ha dato modo ad un commentatore di lodarne il coraggioso comportamento, a differenza di quello tenuto da quanti, titolari di responsabilità pubbliche, erano stati raggiunti dalle denunce di Wikileaks e persevererebbero nella commissione di crimini di guerra[29]. Secondo il pensiero di un quotato giornalista inglese indipendente, il destino e l'esempio di Assange, rivolto alla prevenzione di altri, sanguinosi conflitti internazionali, dovrebbero essere assimilati ed avvinti in un'unica sorte, a quello che si combatte a Gaza[30].

Sarebbe però un errore prospettico ed una seria sottovalutazione dell'intrinseco valore di queste dure posizioni ove se ne trascurasse il loro stretto legame ad indirizzi giurisprudenziali di particolare autorevolezza e di non comune chiarezza espositiva che, per queste pregevoli caratteristiche, hanno saputo svolgere il ruolo di guida sia nel processo decisionale sia in quello di orientamento dell'opinione pubblica non adeguatamente provvista di cognizioni giuridiche.

Si è già rammentata l'importanza attribuita dalla sentenza della *High Court*, che ha in sostanza decretato la liberazione di Assange, ad una pronuncia del 2023 della Corte europea dei diritti umani nel già citato caso *Halet c. Lussemburgo*[31]. Per più di una ragione il caso va approfondito. Da un primo punto di vista, appare subito evidente che ad esso la *High Court* ha attribuito grande importanza quale modello ispiratore della propria decisione. Questa, infatti, si è immessa senza esitazioni nel largo solco (della protezione) dei diritti umani la cui somma promozione non può che celebrarsi proprio davanti i giudici di

[27] B. Nimri Aziz, *Sometimes the impossible happens*, in *Counterpunch*, 4 luglio 2024 on line.

[28] E. Ottenberg, *A dark chapter closes: Julian Assange goes free*, *loc. cit.*, 12 luglio 2024, on line, che cita le parole del giornalista Mark Kemand.

[29] H. Schlanger, *An innocent man pleads guilty, while the criminals he exposed are still committing war crimes*, in *Executive Intelligence Review*, 2024, 29 ss.

[30] J. Cook, *War on Palestine. How the fates of Gaza and Julian Assange are sealed together*, in *Pacific Journalism Review*, 2024, 14 ss.

[31] (GC) 21884/18.

Strasburgo. Ma la sentenza della Corte EDU esibisce ulteriori motivi di interesse. Ve ne è uno, intanto, di carattere estrinseco, ma non per questo di minor significato. Ed infatti, la decisione del caso *Halet* che ha così largamente influenzato nell'anno successivo la *High Court* è stata adottata dalla Grande Camera in riforma di quella, risalente all'11 maggio 2021, di una camera semplice. I fatti di causa presentavano una non trascurabile affinità con quelli da cui muovevano le accuse ad Assange: almeno dal punto di vista dei principi che ne facevano da cornice. Ed infatti, il ricorrente nei confronti di una sanzione pecuniaria di 1000 euro comminatagli da un giudice lussemburghese per la rivelazione di documenti riservati del settore pubblico era il dipendente di una società multinazionale, la *PricewaterhouseCoopers* (PWC) operante nel campo delle consulenze fiscali. In particolare, essa era specializzata in materia di rimborsi, detrazioni, agevolazioni tributarie a favore della propria clientela, prevalentemente formata da grandi imprese radicate nella scena internazionale. Tali benefici erano, a propria volta, il frutto di accordi raggiunti con le autorità lussemburghesi competenti. La documentazione attestante i vantaggiosi effetti di taluni di questi accordi per i clienti della PWC era stata inizialmente ed indebitamente trasmessa da un altro ex dipendente della società ad un giornalista: la successiva pubblicazione, avvenuta nel 2011, delle informazioni aveva dato luogo ad un grosso scandalo noto come Luxleaks. A seguito di questa prima ondata di notizie il ricorrente, ancora impiegato presso la PWC, si determinò a consegnare allo stesso giornalista 16 ulteriori documenti riguardanti siffatti accordi: anche di tale flusso informativo fu dato risalto mediatico nel corso di un programma televisivo dedicato ad una seconda "*Cash investigation*" andato in onda nel 2013, cioè un anno dopo la prima trasmissione sul tema. Il ricorrente, dopo essere stato identificato, fu licenziato e sottoposto a procedimento penale conclusosi con la condanna alla pena pecuniaria prima indicata. Diversa fu la sorte dell'altro dipendente della multinazionale: allo stesso, infatti, la corte penale attribuì l'immunità connessa alla sua qualità di "*whistleblower*", ossia di informatore anonimo protetto, appunto, in ragione dell'utilità delle sue informazioni, dall'accusa addebitatagli[32]. Nel primo grado di giudizio davanti la Corte EDU, avente ad oggetto l'accertamento della violazione dell'articolo 10 della Convenzione del 1950 sotto il profilo della lesione del diritto di libertà

[32] In *Halet* la Corte EDU osserva che manca a livello sovranazionale un'inequivoca definizione giuridica della nozione di "*whistleblower*". Questo non ha, tuttavia, impedito alla stessa Court, pur riluttante ad impegnarsi in un'operazione tassonomica troppo rigida, ad elaborare una serie di regole applicative dalle quali ha tratto impeto la decisione di singoli casi: *Guja c. Moldova*, deciso dalla Grande Camera il 12 febbraio 2008 (C-14277/04), relativo ad un pubblico dipendente ne è esempio.

di espressione e di informazione, la Camera adìta, con una maggioranza di 5 a 2, rigettò il ricorso ritenendo che la rivelazione dei documenti riservati non identificasse un sufficiente interesse pubblico alla loro diffusione di rilevanza tale da controbilanciare il pregiudizio sofferto dal datore di lavoro. La sanzione applicata fu, per altro verso, ritenuta proporzionata al fatto.

Su istanza dell'originario ricorrente il caso fu devoluto alla cognizione della Grande Camera. Questa, nel febbraio 2023, con una maggioranza di 12 voti a 5 (ma 4 di questi ultimi, tra i quali il Giudice italiano Raffaele Sabato, furono espressione di un'opinione dissenziente limitata ad un singolo punto dell'opinione prevalente), ha affermato l'avvenuta violazione da parte dello stato convenuto dell'art. 10 CEDU e lo ha condannato al risarcimento nella misura di 15.000 euro a favore del ricorrente oltre che al pagamento delle spese generali per 40.000 euro. È stata, al contrario, rigettata la domanda tendente ad ottenere l'equa soddisfazione ("*just satisfaction*"). Il ragionamento della Corte dei diritti umani è stato molto accurato, attento alle circostanze del caso concreto oltre che ai propri principi, ed ha così incoraggiato la *High Court* a prenderlo a mutuo.

Gli elementi caratterizzanti il caso *Halet* possono così riassumersi: il suo svolgimento nell'ambito di un rapporto di impiego privato, la preesistenza di obblighi contrattuali di mantenimento del segreto lavorativo incombente sul dipendente, la già attuata divulgazione di altri dati analoghi ad opera di una persona diversa dal ricorrente. Ponendo sui piatti di un'ipotetica bilancia della giustizia questi fattori eterogenei la Corte di Strasburgo ha osservato che nella fattispecie non si poneva tanto un problema di interessi in conflitto (doveri contrattuali v. libertà di informazione), quanto di loro contemperamento sotto l'egida dell'art. 10. Ingaggiato questo compito la Corte a maggioranza non si è mostrata reticente nel reputare che la bilancia pendesse a favore del pubblico interesse all'informazione, al cui soddisfacimento la condotta del ricorrente aveva contribuito in modo essenziale. Ad aggravare il giudizio di inconciliabilità della sentenza penale di condanna pronunciata dal giudice dello stato contraente nei confronti del ricorrente stava anche la circostanza, opportunamente soppesata dalla Corte EDU, che questi avesse, in effetti, ricevuto in precedenza un'altra, ben più dura punizione, consistente nel licenziamento. Il cumulo delle sanzioni, civile e penale, finiva, pertanto, per porsi in contrasto con i dettami più elementari del principio di proporzionalità. Questa la scaturigine della statuizione finale di acclarata violazione dell'articolo 10 della Convenzione da parte dello stato lussemburghese.

La ragione di questa divagazione e del ritorno ad un terreno già esplorato dalla *High Court* risiede in ciò: seppure l'occasione per la pronuncia inglese sia stata del tutto contingente in quanto afferente ad un procedimento con

oggetto del tutto diverso, è assolutamente incontroversa la rilevanza che, per il suo esatto inquadramento dogmatico non meno che per la sua soluzione pratica, ha rivestito il tema della libertà di espressione e, per effetto naturale, di informazione. Quel che, al di là della brillante conclusione del caso Assange in senso conforme ad estesissime aspettative, può cogliersi in una prospettiva più ampia di dialoghi inter-ordinamentali è il fatto che i giudici inglesi non siano rimasti culturalmente e psicologicamente vittime del grave arretramento causato non solo dalla Brexit ma, anche e soprattutto, dai suoi corollari legislativi[33]. È indiscutibilmente benefico l'apporto della giurisprudenza inglese, in primo luogo di quella della *Supreme Court* con lungimiranza guidata da due giudici di formazione romanistica, il Presidente Lord Reed ed il suo vice Lord Hodge, entrambi scozzesi, indirizzata a non recidere i nessi storico-giuridici con gli ordinamenti continentali ed a continuare ad abbeverarsi alle fonti di una "*koinè*" di rasserenanti principii che rinvengono la loro culla nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani del 1950. Solo il concreto inveramento di tali principii nella vita quotidiana degli stati membri, come la dilaniante storia deli procedimenti riguardanti Paul Julian Assange dimostra, può garantire l'appaiamento del passo della civiltà giuridica con quello del progresso democratico europeo. Dal punto di vista sistematico il caso esaminato sembra potersi a buona ragione annoverarsi tra quelli che, muniti di un alto grado di difficoltà secondo gli indici qualificativi illustrati nella premessa, non per questo si risolvono in momenti alterativi del sistema, potendo – secondo la lungimirante intuizione di Lord Evershed[34] – al contrario trasformarsi in propellenti della evoluzione di un sistema giuridico e della promozione di valori e principi indissolubili perché rivolti alla protezione di diritti fondamentali.

[33] Ci si riferisce allo *European Union (Withdrawal Agreement) Act* del 2020, solo palliativamente addolcito dal coevo *European Union (Future Relationships) Act* 2020 rivolto ad incrementare il campo delle relazioni tra Regno Unito ed Unione Europea.

[34] V. nota 5.

DESIGNING DATA RIGHTS FOR A DATA MARKET: THE CHINESE WAY

Marina Timoteo

SUMMARY: 1. Introduction: the first steps to create a data market in China and the emergence of the legal issue of attribution. – 2. The emergence of the data property rights issue in case law and in scholarly debates. – 3. The 2022 Opinions on Building a Fundamental Data System to Better Utilize the Role of the Data Factor. – 4. Conclusive remarks.

1. *Introduction: the first steps to create a data market in China and the emergence of the legal issue of attribution*

Since 2013 China entered a new phase of her history, a phase marked by the emergence of a Chinese alternate Internet universe, where the "new oil" of 21th century, ie data, started to be produced in huge rhythm and dimensions. Due to the huge number of internet users and the multi-functionality of the Chinese app universes China's alternate digital universe not only started producing an enormous amount of data, but also – thanks to its technological ecosystem that has developed a unique, highly articulated set of products, functions and services – high quality data.[1]

In this context, the issue of data circulation and trade immediately leapt to the attention of Chinese policymakers and a data market, as part of the mission to establish a fintech infrastructure, started to be created, first of all at provincial level: the first big data exchange was established in 2015 in Guiyang at the suggestion of Chinese businessman Wang Sanshou (王叁寿, alias Data King) who in 2010 founded the Jusfoun Big Data Information Group.[2] Dozens of other big data trading platforms have then been established in major Chinese cities – with over half owned outright or at least controlled by local government stakeholders – including the capital, Beijing, where the Beijing Municipal Bureau of Economy and Information Technology, in association with the city

[1] See K. Lee, *AI Superpowers. China, Silicon Valley and the New World Order*, Boston-New York, 2018, 55.

[2] On the evolution of Guiyang big data playforms see S. Baruzzi, *Guizhou: Investing in China's Bid Data Valley and its Sustainable Development*, in *China Briefing*, 26 February 2021.

government's financial and commerce bureaus and State-owned enterprise Beijing Financial Holdings Group, launched the Beijing International Big Data Exchange in March 2021.[3] In the meanwhile the official recognition of data as a "factor of production" (生产要素), was made at the Fourth Plenary Session of the 19th Central Committee of the Communist Party[4] in 2019 and in 2020 State Council followed formally adding data to land, labour, capital and technology as a new factor of production and announced a more market-oriented allocation of factors of production (要素市场化配置), with a major focus on the allocation of data.[5] Two years later, the 14th Five Year Plan released in March 2021 expressly called for "establishing and improving regimes of data property rights transactions and self-regulation" (建立健全数据产权交易和行业自律机制).

However, in this new market framework that has been building in the last few years several legal profiles are still too vague and lawyers enter into an uncharted territory as soon as this new good is considered from the perspective of its circulation, that is, the trading of data itself. One of the greatest uncertainties confronting jurists and policy makers in this evolving landscape concerns the possibility of establishing property rights over data. As a matter of fact data differ from the traditional strategic assets based on which property law has been shaped, since data are duplicable virtual entities, neither tangible nor exclusive by nature.[6] Given the non rivalrous use of data, we face, first of all, the question whether an exclusive monopoly over such data – this is what ownership over intangibles would essentially mean – can be justified.

In China, as elsewhere,[7] a huge debate started and it is still ongoing, on this issue. This essay inserts into the scene of the debate on the legal mechanisms

[3] On the major characteristic of this exchange is the new data trading model Report on the work of government 2022 (part I), Delivered at the Fifth Session of the Fifteenth Beijing Municipal People's Congress on January 6th, 2022.

[4] CC of CCP, *The Decision on Several Major Issues Concerning Upholding and Improving the System of Socialism with Chinese Characteristics and Modernizing China's System and Capacity for Governance* (中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定), 5 November 2019.

[5] State Council, *Opinions of the Central Committee of the Communist Party of China and the State Council on Building a More Complete System and Mechanism for Market-oriented Allocation of Factors of Production* (中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见), 9 April 2020.

[6] PRC. State Council, 2021, *The 14th Five-Year Plan for National Economic and Social Development of the People's Republic of China and Outline of the Vision for 2035.* (中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要).

[7] For a first introduction to this issue see J. Ritters, A. Mayer, *Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward*, in *Duke Law and Technology Review*, 2019, 16, 220; L.M. Del Rosario, *On the Propertization of Data and the Harmonisation Imperative*, in *Fordham Law*

to establish, claim and transfer property rights in data, in order to reconstruct the Chinese trajectory towards defining legal foundation of data as a resource and tradable good, with particular regard to the question about the possibility of claiming property rights on it.

2. *The emergence of the data property rights issue in case law and in scholarly debates*

As a matter of fact, the issue of data property was brought to the attention of Chinese legal circles in the context of unfair competition litigation. Some of these cases have been inserted into the lists of typical cases (典型案例)[8] issued by courts. In these decisions competition law was deployed as the preferred field in which to emphasize a property interest in data as complementary to other claims.

The leading cases in this regard is *Taobao v Meijing 2018*, where the issue of property rights in data was specifically raised. The following are the facts of the case: Alibaba's Taobao, operator of the one of the world's largest e-commerce platforms, offered to fee-paying Taobao merchants a market analytic service called Taobao Business Advisor providing up-to-date information on their business performance. Meijing operated a competing analytic service and purchased from Taobao merchants the data analytics they originally obtained from Taobao, then used them to sell a cheaper competing service. After Taobao sued Meijing for unfair competition, the latter argued that the data under dispute were personal data belonging to Taobao's users and not to the Taobao Platform. The court of first instance (Hangzhou Railway Transportation Court) found that Meijing had violated Article 2 of the Anti-unfair competition law[9]

Review 90, 2022, 4, 1699-1742; L. Determann, *No One Owns Data*, in *Hastings Law Journal*, 2019, 1, 1-42.

[8] For a first introduction to the topic see A. Boerding, N. Culik, C. Doepke, T. Hoeren, T. Juelicher, C. Roettgen, M.V. Schoenfeld, *Data Ownership. A Property Rights Approach from a European Perspective*, in *Journal of Civil Law Studies*, 2018, 325-369, S. Geiregat, *The Data Act. Star of a New Era for Data Ownership?*, 2022, 7, available at *https://ssrn.com/abstract=4214704*; V. Zeno-Zencovich, *Do "Data Market" Exist?*, in *Media Laws*, 2019, 22-38.

[9] Different levels of Chinese courts (mainly intermediate court, high court, supreme court) usually select some meaningful cases in a certain area annually, compiling a list and publicizing it, to demonstrate the judicial attitude to some crucial social issues. These cases, usually called "typical cases", do not have binding force. However, they are often analyzed in academic works as representatives of judicial opinions and are often cited in the reasoning part in other judgments as a reference. A "typical case" could be collected in many "typical case" collections. For

and drew a distinction between personal data and big data, the latter having been accumulated and analysed through a significant investment process on Taobao's part. The Court thus determined that Taobao held a 竞争性财产权益 (a term may be translated as "property right interest that accrued in a competition law context") in this aggregated and processed data and a property interest in the commercial value of the data held and accessed via Taobao Business Advisor, ordering Meijing to pay RMB 2 million in damages.

The expression property right interest that accrued in a competition law context (竞争性财产权益) was confirmed in another typical case, ie *Lidao Tech & Zhizhang Tech v Zhongfa Internet Tech* (2019) where the plaintiff stole and copied data on buyers and sellers trading on the plaintiff's platform and used it to offer competing services. In this case, which is also classified as a typical case, the unfair competition law has been applied and the "property right interest that accrued in a competition law context" referring to the data held by the plaintiff was acknowledged.[10]

Also in consideration of these judicial statements a debate among scholars on the topic of data property rights started, with the emergence of highly diversified views. Some scholars did not find any justification or need to create exclusive rights to data[11] while others, although acknowledging the need to deal with the legal status of data, did not consider the idea of working within property law rules to be feasible, as data are neither tangible nor exclusive in nature and it is not possible to define the boundaries of an exclusive right *in rem* and

example, the case in discussion (*Taobao v Meijing*) is collected in "Ten Model Cases regarding Legally and Equally Protecting Personal and Property Security of Private Entrepreneurs" (依法平等保护民营企业家人身财产安全十大典型案例) published by Supreme People's Court in 2019, "Ten Cases of Hangzhou Courts on Judicial Protection of Digital Economy" (杭州法院司法保障数字经济十大案例) published by Hangzhou Intermediate People's Court in 2020, "Ten typical cases involving e-commerce platforms" (涉电子商务平台十大典型案例) published by Hangzhou Internet Court in 2021.

[10] Art. 2 Para. 2 of Anti-unfair competition law: "For the purposes of this Law, 'act of unfair competition' means that in its production or distribution activities, a business disrupts the order of market competition and causes damage to the lawful rights and interests of the other businesses or consumers, in violation of this Law". Obviously, it's a general provision with some vague standards. In this case, the court majorly quote the concept of "the lawful rights and interests of the other businesses", admitting that the enterprise data is a sort of "lawful interests" worthy of judicial protection under competition law.

[11] Hangzhou Zhizhang Technology Co., Ltd and Hangzhou Lidao Technology Co., Ltd, v. Zhejiang Zhongfu Network Technology Co., Ltd. for unfair competition, (2018) n. 956, First Civil 8601 Zhejiang, (杭州执掌科技有限公司、杭州利导科技有限公司等与浙江中服网络科技有限公司不正当竞争纠纷案), (2018) 956号 浙8601民初). It is one of the ten typical cases related data and algorithms (数据和算法十大典型案例) published by Hangzhou Internet Court in 2022.

to design a comprehensive concept of data ownership[12] On the opposite side a group of law and economics scholars supported the idea of introducing a data ownership (数据所有权) on the basis of the Coase theorem,[13] emphasizing the need to define data ownership in order to fully realise the potential of data, reduce transaction costs, promote data trading and pursue the data ownership protection policy strategy. However, apart from expressing these needs, these scholars so far have not addressed the complex legal dilemmas which the issue of data property raises. Other group of scholars proposed new approaches to data propertization, such as the approach based on the model adopted for the property law regime pertaining to land and working on the concepts of "data usufruct right" (数据用益权), "data usage right" (数据使用权) or "data management right" (数据经营权).[14] Within the debate one of the leading private law scholars, Professor Wang Liming, supported the view – also put forward by another Renmin University professor, Xiong Bingwan – that data rights consist of a "bundle of rights" (权利束) considering property interests to be a key feature of the bundle of right system where "different stakeholders have different rights over the same data/data collection".[15]

3. *The 2022 Opinions on Building a Fundamental Data System to Better Utilize the Role of the Data Factor*

The last scholar's approach has been embodied in a core policy document on the data market, specifically designed to address the issue of data property

[12] Fu Xinhua (付新华), "*A Critic of the Theory on Enterprise Data Property Rights Protection*" (企业数据财产权保护论批判——从数据财产权到数据使用权) in *Oriental Law* (东方法学), 2022, 2, 132-143; Zhai Zhiyong (翟志勇), "*Data Trust: A New Approach to Data Governance.*" (论数据信托：一种数据治理的新方案) *Oriental Law* (东方法学), 2021, 4, 61-76.

[13] See, amongst others, Mei Xiaying (梅夏英), "*On the Interests on Enterprise Data: From Property to Control.*" (企业数据权益原论：从财产到控制), in *Peking University Law Journal* (中外法学), 2021, 5, 1188-1207.

[14] See Yan Jinghua (闫境华), Shi Xianmei (石先梅), "*A Political Economy Analysis of Data Protection Factorization and Data Confirmation*" (数据生产要素化与数据确权的政治经济学分析), in *Inner Mongolia Social Sciences* (内蒙古社会科学), 2021, 9, 113-120; 184; Wu Changhai (武长海), Chang Zheng (常铮), "*On the Construction and Perfection of the Legal System of Data Right in China*" (论我国数据权法律制度的构建与完善), in *Hebei Law Science* (河北法学), 2018, 2, 37-46.

[15] Fu Xinhua, "*A Critic of the Theory on Enterprise Data Property Rights Protection*", cit.; Huang Xijiang (黄细江), "*Construction Scheme of Multilayer Usufruct of Right of Management over Enterprise Data*" (企业数据经营权的多层用益权构造方案), in *Legal Science* (法学), 2022, 10, 96-111.

rights that has been jointly released in December 2022 by the Central Committee of the CPC and the State Council after the 20th Congress of the Chinese Communist Party. The document is titled *Opinions on Building Fundamental Data System to Better Utilize the Role of the Data Factor*[16] and is organized in six chapters: general requirements, establish a data property rights system that protects rights and interests and uses in compliance, establish a data circulation and transaction system that is compliant, efficient, and combined with on and off-site, establish a data element income distribution system that reflects efficiency and promote fairness, establish a safe, controllable, flexible and inclusive data element governance system, safeguard measures.

In outlining the steps to strengthen the role of data as a key driver in digital growth and the digital economy, the 2022 Opinions first identify the three aforementioned types of data, namely public data (公共数据), corporate data (企业数据), personal data (个人数据), distinguishing the corporate and personal data – that will be treated in "a market-oriented manner" and whose "commonly use and benefit sharing" is encouraged in order to activate the creativity of the data factor – and public data, which is generated by public organizations and governments, that will be treated according to its purposes of use: when used for public wealth, it would be under "conditional use without compensation"; when used for commercial purposes, it would be under "conditional use with compensation".[17] Although public data and non-public data is handled and treated in different ways, the multi-layered use will always be recognised and encouraged, because all the three types of data are useful for "promoting the circulation and use of data in a way that is both compliant and efficient for empowering the real economy", which is the main theme of this policy document. As for public data, the way envisaged by this document leans towards a system of "public data openness" , which requires more flexible measures to further unleash the potential of public data[18] and apply market

[16] Wang Liming (王利明), *On Data Rights and Interests: from the Perspective of Bundle of Rights* (论数据权益：以"权利束"为视角), in *Political Science and Law* (政治与法律), 2022, 7, 99-113.

[17] CPC and State Council 2022 Opinions of the Central Committee of the Communist Party of China and the State Council on Building a Data Fundamental System to Better Utilize the Role of the Data Factor (中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见).

[18] This means that some condition (about which the document does not give more specific information), such as some specific approval process, will be put on the usage of public data. When the public data should be kept confidential, it would not be open to public. In this way, though public data and non-public data are operated and treated in different ways, the multi-layered utilization will always be acknowledged and encouraged, because all the three sorts of data are useful for "promoting circulation and use of data under a both compliant

mechanisms to it. Public data is fully recognized as a resource and as a production factor.

The Opinions introduce a modularized data rights system, which aims at adequately guarantee rights and interests of each participants in the data market. Three rights are identified in the document: the right to hold data resources (数据资源持有权) that have been legally acquired through original collection or trough derivative acquisition; the right to use data to obtain revenue (数据资源持有权) which can be processed and transferred on the basis of licence agreement, the right to run a business with data product (数据产品经营权), again, on the basis of licence agreements (Opinions, Chapter 2, art. 7). Thus, the system of rights of use outlined by the 2022 guidelines is not based on the concept of "data owner", but only that of "data sources" (数据来源者), which are those entities that generate data, whether it is public data, corporate data or personal data: the data sources can be natural person, businesses and even public organizations.

These rights, that have been conceived for commercialization purpose, are subordinate to the "first order statutory rights" of the information subjects, i.e. those entities (both natural and non-natural persons) that generate data. The latter have their rights and interests, in the framework of the Personality rights book of the Civil Code, the Personal Information Protection Law and the rules protecting copyrights, patents, and trade secrets. These are considered first order rights, and the consent of information subjects is requested by data processors in order to collect, use, or license the data carrying information.[19]

In accordance with these information subjects' rights, the Opinions lay the groundwork to establish a set of rules on attribution criteria for data, identifying the three aforementioned rights for commercial purpose, that may vest with the same or multiple data handler (Article 7 of the 2022 Opinions). The first rights, i.e. the right to hold data resources, belong to data controllers that have originally collected or acquired raw data (personal and non-personal data). However, the possession of data is not an end in itself. Thus, a separate right has been outlined, i.e. the right to use data, including the right to use after processing. Finally, a right to manage and to make profit with data is provided

and efficient way and empowering the real economy", which is the mainline of this policy document.

[19] Shen Weixing (申卫星), *Constructing guiding rules for data identification and authorization with a classification regulation path* (以分类管理的路径构建数据确权授权的指导规则), National Development and Reform Commission (中国国家发展和改革委员会).

in order to regulate, other commercial uses of data, such as using data as financial assets for investment or as a security interest.[20]

4. *Conclusive remarks*

Looking at the basic regime designed by the Opinions, in relation to the issue of data attribution, we see that this regime has been developed by "thinking outside the box of ownership" (跳出所有权思维定式).[21] In fact, ownership is no longer under discussion and the reference to property, in the Opinion refers to a property right as a macro category of civil law, is not strictly related to real rights but is more generally an expression of patrimonial rights.

This is in line with the opinion of the majority of scholars who expressed scepticism about the idea of data ownership due to the difficulty in associating the concepts of absoluteness and exclusivity to data, and have suggested that only certain powers over data be allowed, such as the power to control, access, transfer and delete data[22]. Following this way, a system of "bundle of rights" (权利束) of data has been conceived and introduced into the 2022 Document.[23] Thus, the Chinese solution for the enigma of property rights on data for commercial purpose, is vested in this system of modularized rights

[20] For a comment from the Chinese branch of one of the most famous accounting firms, see *Pricewaterhouse Coopers explaining the new policy "Twenty Articles of Data"* (普华永道解读"数据二十条"新), Wechat official account of Pricewaterhouse Coopers (普华永道微信公众号), published on 27 December 2022.

[21] See See Xiong Bigwan, Jiangqiu Ge, Li Chen, *Unpacking data: China's "bundle of rights" approach to the commercialization of data*, in *International Data Privacy Law*, 2023, 102.

[22] See Sun Jing (孙静), Wang Jiandong (王建冬), "*The Overall Vision of Forming a Closed-Loop Policy of Resource Utilization, Assetization and Capitalization of Data Factor under the Multi-Level Market System*" (多级市场体系下形成数据要素资源化、资产化、资本化政策闭环的总体设想), in *E-Government* (电子政务), 2024, 12-20; Chen Gang (陈刚), Yan Binbin (颜斌斌), Tang Ke (汤珂), "*Data Factorization and Assetization: Theoretical Analysis and Practical Exploration*" (数据的要素化与资产化：理论辨析与实践探索), in *International Economic Review* (国际经济评论), 2024, 9-32. That topic is also acknowledged as a crucial part of "New quality productive forces" (新质生产力), one of the most political and economic concepts in current China, see Zhang Xiaheng (张夏恒), Feng Xiaoyu (冯晓宇), "*Development of New Quality Productive Forces: Overall Framework and Promotion Measures of Data Factors Empowerment*" (论新质生产力发展：数据要素赋能的整体架构及推进举措), in *Journal of Hohai University (Philosophy and Social Sciences)* [河海大学学报(哲学社会科学版)], 2024, 120-130.

[23] See the official introductory comment to the document made by the National Development and Reform Commission (国家发展和改革委员会), *Accelerate the construction of a data foundation system with Chinese characteristics to promote the sharing of the dividends of the de-*

that provides and put in connection rights modules of information subjects and data processors.

However, the Opinions needs to be complemented by detailed rules and in the meanwhile leave some crucial questions still to be answered. For example, one of the main sources of uncertainties outlined by scholars is that "there is no clear legislative guidance in respect of claims between data controllers who have jointly contributed to the generation of data, especially in the absence of prior data-related agreements. In fact, China has already encountered such disputes and urgently needs effective rules to address them".[24] Here the reference is to the dispute between the players of one of the largest and most powerful partnerships in China's e-commerce market – Alibaba's Cainiao logistic affiliate and SF Express, China's largest parcel carrier – over the terms of access to and sharing of each other's held data.[25]

This and other issues are still in the gray area of the data property rights regulations under construction. The presence of gray areas is typical of times when the regulatory power of the legislator is chasing the facts. Law today is dominated by the force of facts and facts have a technological nature. Technology, its technical rules, shape (also) legal solutions. So do contractual practices. In this scenario jurists should invent the law: "An effort is needed in order to imagine new paradigms, aiming at classifying data in a way being able to ensure an effective protection of the rights on it".[26]

velopment of the digital economy by all people (加快构建中国特色数据基础制度体系　促进全体人民共享数字经济发展红利), in *Qiushi Net* (求是网).

[24] Qian Ziyu (钱子瑜), "*On the Construction of Data Property Right*" (论数据财产权的构建), in *The Jurist* (法学家), 2021, 75-91; Jin Yao (金耀), "*The Limits and Possibilities of Data Property Right under the Logic of Digital Governance*" (数字治理逻辑下数据财产权的限度与可能), in *Jinan Journal (Philosophy & Social Sciences)* (暨南学报(哲学社会科学版), 2022, 29-43, Fu Xinhua (付新华), "*A Critic of the Theory on Enterprise Data Property Rights Protection*", cit.

[25] An authoritative explanation of the nature of data rights regulated in the 2022 Document, see Wang Liming (王利明), "*The Expression of Data Rights and Interests in Civil Law*" (数据权益的民法表达), in *Jingchu Law Review* (荆楚法学), 2024, 19-29.

[26] See Xiong Bigwan, Jiangqiu Ge, Li Chen, *Unpacking data: China's "bundle of rights" approach to the commercialization of data*, cit., 105.

IL RUOLO DELLA COMPARAZIONE GIURIDICA NELLO STUDIO E NELLA PRASSI DELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

Marco Torsello

SOMMARIO: 1. Introduzione: la pretesa a-nazionalità dell'arbitrato commerciale internazionale e il ruolo della comparazione giuridica. – 2. La sede dell'arbitrato e la distinzione tra arbitrato interno, arbitrato estero e arbitrato internazionale. – 3. Localizzazione territoriale dell'arbitrato e *lex arbitri*. – 4. Il luogo in cui il lodo è reso e la supervisione giudiziale circa la sua validità.- 5. La determinazione del diritto applicabile al merito della controversia. – 6. Revisione della nozione e del ruolo della *lex mercatoria* e comparazione giuridica. – 7. Conclusioni sul ruolo della comparazione giuridica nello studio e nella prassi dell'arbitrato commerciale internazionale.

1. *Introduzione: la pretesa a-nazionalità dell'arbitrato commerciale internazionale e il ruolo della comparazione giuridica*

La più attenta dottrina ha da tempo evidenziato la rilevanza dell'analisi comparatistica dei fenomeni giuridici anche con riguardo a settori prevalentemente analizzati da studiosi specializzati nello specifico settore di riferimento[1]. Ciò, tuttavia, è avvenuto in misura relativamente limitata con riguardo al diritto dell'arbitrato commerciale internazionale, forse sulla base dell'erronea convinzione che il ruolo degli ordinamenti nazionali sia limitato.

In effetti, non è inusuale che studiosi e operatori attivi nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale si riferiscano a tale fenomeno di risoluzione delle controversie commerciali operante in un contesto sovranazionale, secondo regole processuali e sostanziali autonome rispetto ai diritti nazionali. Tale affermazione si collega alla nozione tradizionale di *lex mercatoria*, quale ordinamento giuridico autonomo[2], le cui regole troverebbero applicazione

[1] Il riferimento è, in primo luogo all'approccio comparatistico assai proficuamente adottato da Giannantonio Benacchio nello studio del diritto privato europeo, come attestato dal successo delle sette edizioni del volume G. Benacchio, *Diritto privato dell'Unione Europea*, 2016, VII ed.

[2] Si veda R. Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, in *Indiana J. Global Leg. St.*, 2007, 449, dove l'Autore, tuttavia, osserva che "*a lex mercatoria as a truly anational legal*

principalmente nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale[3]. Tale concezione dell'arbitrato commerciale internazionale – corroborata dal riconoscimento giurisprudenziale dell'esistenza della *lex mercatoria*[4] –, se corretta, giustificherebbe uno studio autonomo della materia e lascerebbe poco o nessuno spazio per un'analisi comparata del fenomeno, se non nella limitata prospettiva dell'analisi comparata delle diverse legislazioni nazionali, prevalentemente destinate a disciplinare l'arbitrato domestico, ovvero dei diversi regolamenti arbitrali prodotti dalle istituzioni che si occupano dell'amministrazione di procedimenti arbitrali internazionali.

In realtà, anche nella prospettiva appena descritta, la comparazione giuridica avrebbe comunque un ruolo rilevante da svolgere, potendo offrire il supporto concettuale per lo studio dei meccanismi di produzione di fonti normative transnazionali, quale la *lex mercatoria*[5].

Tuttavia, ciò che in questa sede si intende contestare è la premessa, relativa alla presunta a-nazionalità dell'arbitrato commerciale internazionale. In realtà, infatti, ciò che vi è di realmente *internazionale* nel fenomeno in esame è solo il rapporto sottostante (generalmente di natura contrattuale), che genera la controversia destinata ad essere devoluta in arbitrato. Viceversa, la disciplina del procedimento arbitrale (la *lex arbitri*), anche quando specificamente destinata a regolare un procedimento arbitrale relativo ad una controversia transfrontaliera, è necessariamente una disciplina nazionale, così come il diritto applicabile al merito della controversia è generalmente un diritto nazionale e, anche quando non lo è, risulta applicabile in virtù dei meccanismi di determinazione del diritto applicabile previsti da un ordinamento nazionale.

Se tale affermazione è corretta, il ruolo della comparazione giuridica nello studio e nella prassi dell'arbitrato commerciale internazionale non soltanto

system, though theoretically possible, has never existed [...] At all times, the transnational law of commerce included both state and non-state norms and institutions" (p. 451).

[3] Si veda Ch.R. Drahozal, *Diversity and Uniformity in International Arbitration Law*, in *Emory Int'l L. Rev.*, 2017, 393 ss.

[4] È nota, al riguardo, la decisione con la quale la Corte di cassazione, in Italia, riconobbe che la *lex mercatoria* costituisce un autonomo sistema giuridico: Cassazione, 8 febbraio 1982, n. 722 (*Damiano v Topfer*), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, 835, con nota di A. Giardina, *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione*, p. 835; per una simile affermazione nella giurisprudenza francese, v. *Cour de cassation*, 22 ottobre 1991 (*Compania Valenciana v Primary Coal*), in *Yearbook*, 1993, 137, nonché *Cour de cassation*, 10 marzo 1993 (*Polish Ocean*), in *J. dr. int.*, 1993, 360; nel Regno Unito, si veda *Home and Overseas Insurance Co. V. Mentor*, in [1989] 1 *Lloyd's Rep.* 473.

[5] Sia consentito rinviare a M. Torsello, *A New (Quasi-)Codified* Lex Mercatoria *Based on Soft Law Regulatory Competition and the Use of Comparative Law Methodology in International Commercial Arbitration*, in *Dir. comm. int.*, 2022, 36, 51.

sussiste, ma dovrebbe essere centrale e imprescindibile. Stante, infatti, l'ampio ambito di operatività della libertà contrattuale delle parti in arbitrato, a cui è concesso scegliere non solo i termini del contratto, ma anche la legge applicabile, la sede del procedimento arbitrale e vari ulteriori profili relativi alla gestione della controversia, la comparazione tra le opzioni offerte dai diversi ordinamenti giuridici coinvolti appare imprescindibile per orientare in modo efficiente l'esercizio di tale ampia libertà contrattuale.

2. *La sede dell'arbitrato e la distinzione tra arbitrato interno, arbitrato estero e arbitrato internazionale*

L'elemento formale che determina il collegamento tra il procedimento arbitrale e un determinato ordinamento giuridico nazionale è la sede dell'arbitrato, che svolge la funzione di localizzare il procedimento nell'ordinamento prescelto[6].

Tradizionalmente, tale nozione tendeva a coincidere con il luogo fisico di svolgimento del procedimento arbitrale[7], di modo che tanto la qualità delle regole di un ordinamento nazionale in materia di arbitrato, quanto la più generale attrattività (anche non giuridica) del luogo geografico svolgevano sincronicamente una funzione attrattiva dell'attività arbitrale nel territorio di tale ordinamento. Oggi, tuttavia, la coincidenza tra sede dell'arbitrato e luogo fisico di svolgimento del procedimento è venuta meno, di modo che il luogo fisico di svolgimento del procedimento arbitrale e la localizzazione giuridica costituiscono fattori autonomamente rilevanti nel contesto dell'arbitrato internazionale, a cui le parti possono dare distintamente rilievo nel valutare le molteplici opzioni a loro disposizione[8].

Occorre, dunque, distinguere la nozione di *luogo* dell'arbitrato da quella di sede[9], prendendo le mosse dalla considerazione fattuale della differenza tra

[6] V., *ex multis*, A. Frignani, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Padova, 2004; S. Bechet, *Le lieu de l'arbitrage*, 100 *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 2007, 100, 36-104; F. Ferrari, *Plures leges faciunt arbitrum*, in *Arb. Int.*, 2021, 579.

[7] In effetti, l'uso dei termini "sede", "luogo", o simili (in inglese: "*seat*", "*place*", etc.) non è sempre coerente e chiaro, come rilevato anche da J. Hill, *Determining the Seat of an International Arbitration: Party Autonomy and the Interpretation of Arbitration Agreements*, in *Int'l Comp. L. Q.*, 2014, 63, 517 e 519.

[8] Per una considerazione analoga, v. F. Ferrari, *National International Commercial Arbitration*, in *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2021, 441-442.

[9] Per una decisione giudiziale assunta sulla base della distinzione tra sede e luogo di svol-

luogo fisico dell'arbitrato[10] e localizzazione giuridica. Il luogo fisico dell'arbitrato può essere qualificato come l'ubicazione (o le ubicazioni) dove concretamente si svolgono le attività arbitrali, ivi comprese le udienze e le attività istruttorie. Tale nozione può non coincidere con quella di sede dell'arbitrato[11], come confermato, nell'ambito dell'ordinamento italiano, dall'art. 816, co. 3, c.p.c., che dà conto del fatto che: "se la convenzione d'arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero"[12]. Se ne deduce che sede e luogo dove si svolgono le attività arbitrali possono non coincidere[13].

Analogamente, l'art. 20, co. 2, della Legge Modello UNCITRAL chiarisce che "*the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents*"[14].

gimento delle attività arbitrali, si veda *Court of Singapore*, *PT Garuda Indonesia v. Birgen Air* [2002] 1 SLR(R) 401.

[10] La recente necessità di far fronte alla situazione di limitata mobilità imposta dalla pandemia da Covid-19 ha portato a distinguere ulteriormente tra "luogo fisico" e "luogo virtuale" dell'arbitrato, soprattutto con riguardo allo svolgimento delle udienze. Quale luogo virtuale di un arbitrato, dunque, ci si riferisce ora comunemente ad una piattaforma online dove possono svolgersi talune delle attività tradizionalmente destinate a svolgersi in un luogo fisico. Pur non connotata da un vincolo fisico, anche tale nozione va distinta da quella di sede e assimilata, piuttosto, a quella di luogo fisico. Sul tema delle udienza da remoto, si vedano gli scritti raccolti in J. Hosking, Y. Lahlou, G. Rojas Elgueta (a cura di), *Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?*, ICCA Reports, 2022, 10.

[11] In questo senso, nella giurisprudenza italiana, App. Milano, 24/3/1998, *Riv. arb.*, 2001, p. 81, con nota di S. Brambilla, *Riflessioni sulla sede dell'arbitrato*; nonché, implicitamente, App. Milano, 7/5/2020, *Riv. arb.*, 2021, p. 101, con nota di F.G. Santacroce, *Sulla derogabilità della giurisdizione delle corti (o di altra autorità) dello Stato della sede con riguardo alla funzione di supporto e controllo dell'arbitrato*; nella giurisprudenza internazionale, US Court of Appeal [3rd Circ., Florida], 1/5/2002 (*Benefit Association International Inc. v. Mount Sinai Comprehensive Cancer Center*), in Riv. arb., 2004, p. 115, con nota di A. Atteritano; App. Parigi, 28/10/1997 (*Société Procédés de Préfabrication pour le Béton c. Lybie*), *Rev. arb.*, 1998, p. 399, con nota di B. Leurent.

[12] Per un approfondimento, si veda L. Salvaneschi, *Dell'arbitrato. Artt. 806-840*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, 2014, 369.

[13] Nello stesso senso, *ex multis*, E. Zucconi Galli Fonseca, *Diritto dell'arbitrato*, 2021, II ed., 221.

[14] Per alcuni recenti commentari alla Legge Modello, si veda G. Cuniberti, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. A Commentary*, 2022; I. Bantekas, P. Ortolani, S. Ali, M.A. Gomez, M. Polkinghorne, *UNCITRAL Model Law on International Commercial*

La sede, dunque, ha una funzione prettamente giuridica[15], corrispondente ad una sorta di *elezione di domicilio* del procedimento arbitrale[16]. Paradigmatica, in questo senso, appare la *Section 3 dell'English Arbitration Act* (1996, modif. 2025), ai sensi del quale "*the seat of the arbitration means the juridical seat of the arbitration* (…)"[17].

Quanto alla rilevanza della nozione di sede, la domiciliazione legale del fenomeno arbitrale nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico ha conseguenze notevoli, tali da giustificare un vero e proprio *shopping* della sede dell'arbitrato basato su una attenta comparazione delle *leges arbitri*[18], posto che la localizzazione della sede dell'arbitrato incide sulla disciplina del procedimento arbitrale[19], sulla validità dell'accordo arbitrale[20], sul regime giuridico del lodo che risulta dal procedimento arbitrale (comprese le cause di nullità)[21], ma anche sulla determinazione del diritto applicabile alla controversia[22].

La funzione localizzatrice della sede dell'arbitrato, peraltro, rileva ai fini della distinzione tra arbitrato nazionale e arbitrato estero, nonché della riconsiderazione della nozione di arbitrato internazionale[23]. Infatti, l'enfatizzazione

Arbitration. A Commentary, 2020; A. Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 2014.

[15] Così G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2021, Vol. I, III ed., 372-374.

[16] Cfr. L.A. Mistelis, *Arbitral Seat. Choice and Competition*, in S. Kröll, L.A. Mistelis (a cura di), *International Arbitration and International Commercial Law: Sinergy, Convergence and Evolution*, 2011, 370.

[17] English Arbitration Act (1996), disponibile online al sito: www.legislation.gov.uk. La disposizione citata è rimasta immutata all'esito della riforma di cui all'*English Arbitration Act* (2025).

[18] Così F. De Ly, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, in *Nw. J. Int'l L. & Bus*., 1991, 12, 80.

[19] Così anche M. Benedettelli, C. Consolo, L. Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, 2017, II ed., 796; A. Henderson, *Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration*, in *Singapore Acad. L. J*., 2014, 26, 890.

[20] A. Samuel, *The effect of the place of arbitration on the enforcement of the agreement to arbitrate*, in M. Storme, F. De Ly (a cura di), *The place of arbitration*, 1992, 40.

[21] Così, ad esempio, A. Carrier, *Challenges to Interim Jurisdictional Awards in Local Courts: The Power of Arbitral Tribunals Over the Proceedings*, in *Am. Rev. Int'l Arb*., 1993, 4, 66.

[22] Per un'analisi recente della rilevanza della sede nella determinazione della legge applicabile nell'arbitrato commerciale internazionale, si veda, in particolare, M. Benedettelli, *Determining the Applicable Law in Commercial and Investment Arbitration: Two Intertwined Road Maps for Conflicts-Solving*, in *ICSID Rev*., 2022, 17 ss.; si veda anche G. Vial, *Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration*, in *Int'l Law*., 2017, 50, 341 ss.

[23] Sul punto, si vedano, O. Sandrock, *To continue nationalizing or to denationalize? That's*

della nozione di sede dell'arbitrato in termini di localizzazione giuridica del procedimento arbitrale nell'ambito dell'ordinamento della sede implica la necessaria riconducibilità di ciascun procedimento arbitrale ad un ordinamento nazionale di riferimento secondo un rapporto di esclusività conforme al principio di territorialità del diritto dell'arbitrato[24]. Conseguentemente, nella prospettiva di un dato ordinamento giuridico ciascun procedimento arbitrale è necessariamente o nazionale (se la sede è posta all'interno dell'ordinamento) o estero (se la sede è in un altro ordinamento)[25]. Al tempo stesso, però, sulla base di criteri diversi, ciascun ordinamento può dare rilevanza a caratteri di internazionalità del rapporto controverso devoluto in arbitrato e, per l'effetto, prevedere una disciplina (interna) specifica in sede arbitrale di tale contenzioso internazionale[26].

Così, in particolare, negli ordinamenti nazionali che hanno adottato la Legge Modello UNCITRAL[27], le disposizioni di tale strumento legislativo "*apply only if the place of arbitration is in the territory of this State*" (art. 1, co. 2); e tuttavia la Legge Modello si applica esclusivamente all'arbitrato commerciale *internazionale* (art. 1, co. 1), sulla base di un'articolata definizione di *internazionalità* prevista dalla stessa disposizione dedicata all'ambito di applicazione (art. 1, co. 3)[28]. All'arbitrato puramente domestico, invece, si applica un distinto regime giuridico, non armonizzato.

the question now in international arbitration, in *Am. Rev. Int'l Arb*., 2001, 12, 301; J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2007, § 117.

[24] G. Cordero-Moss, *International Arbitration Is Not Only International*, in G. Cordero-Moss (a cura di), *International Commercial Arbitration. Different Forms and Their Features*, 2013, 14.

[25] Tale ricostruzione, però, non è universalmente accolta e incontra rilevanti eccezioni quale quella costituita dall'ordinamento francese, dove non è previsto alcun requisito di territorialità ai fini dell'applicazione del diritto francese dell'arbitrato. Si vedano E. Gaillard, *Souveraineté et autonomie: réflexions sur les representations de l'arbitrage international*, in *J. dr. int.*, 2007, 1163; O. Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, in *Int'l Comp. L. Q.*, 1985, 747-768; J. Paulsson, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, in *Int'l Comp. L. Q.*, 1983, 32, 53-61.

[26] R. Goode, *The Role of the* Lex Loci Arbitri *in International Commercial Arbitration*, in *Arb. Int'l*, 2001, 19 ss.; W. Park, *The* Lex Loci Arbitri *and International Commercial Arbitration*, in *Int. Comp. L. Q.*, 1983, 21 ss.; P. Sanders, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Netherlands Int'l L. Rev*., 1959, 55.

[27] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) with Amendments as adopted in 2006, disponibile con *Explanatory Note* al sito web: uncitral.un.org.

[28] V. UNCITRAL Model Law, art. 1, co. 3: "*An arbitration is international if: // (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their*

Anche con riferimento ad un arbitrato con sede in Italia (sia pure in misura assai attenuata rispetto a quanto era stato previsto in occasione della riforma del 1994)[29] possono venire in rilievo disposizioni (di diritto italiano dell'arbitrato) applicabili solo sul presupposto dell'internazionalità della controversia[30]. È il caso, in particolare, dell'art. 830, co. 2, c.p.c. italiano, in materia di decisioni sull'impugnazione del lodo per nullità: mentre, infatti, per numerose fattispecie la corte d'appello che annulla il lodo può decidere la controversia nel merito anche in assenza di un'intesa delle parti in tal senso, "se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta"[31].

In sostanza, dunque, esistono molteplici diritti nazionali dell'arbitrato (comprensivi delle norme che hanno origine in convenzioni internazionali) ed esistono diritti nazionali dell'arbitrato internazionale e regole nazionali (spesso di fonte convenzionale) per il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali esteri. Nella determinazione del diritto nazionale destinato a trovare applicazione la sede dell'arbitrato non ha un ruolo esclusivo[32]; ha, tuttavia, indiscutibilmente un ruolo essenziale sotto molteplici profili.

places of business in different States; or // (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: // (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; // (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or // (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country". Sul punto, v. S. Balthasar, *International Commercial Arbitration: Comparative Reflections on the UNCITRAL Model Law*, in S. Balthasar (a cura di), *International Commercial Arbitration. A Handbook*, 2021, II ed., 1-10.

[29] Per alcune sentenze interpretative della nozione di "internazionalità" nel diritto italiano dell'arbitrato risultante dalla riforma del 1994, si veda Cassazione, 13 marzo 2019, n. 7183, in *CED Cassazione* (2019); Cassazione, 14 settembre 2004, n. 18460, in *Corr. giur.*, 2004, 1558, con nota di V. Carbone.

[30] Per un'analisi dettagliata della disciplina dell'arbitrato internazionale in Italia, si rinvia a M. Benedettelli, *International Arbitration in Italy*, 2000.

[31] Per un commento critico di tale soluzione, M. Bove, C. Cecchella, *Il nuovo processo civile*, 2006, 97.

[32] In senso analogo, F. Ferrari, *Plures leges faciunt arbitrum*, cit., 586.

3. *Localizzazione territoriale dell'arbitrato e* lex arbitri

La rilevanza della localizzazione dell'arbitrato è indiscutibile con riguardo alla determinazione della disciplina applicabile al procedimento arbitrale e alla determinazione della *lex arbitri*[33].

La localizzazione dell'arbitrato sulla base della sede crea un collegamento con l'ordinamento presso il quale il procedimento arbitrale è giuridicamente domiciliato che, in negativo, preclude l'intervento attivo di ordinamenti e corti statali diversi rispetto a quello della sede[34]. In positivo, invece, la collocazione della sede opera come criterio di collegamento che rende applicabile al procedimento arbitrale (sia pure non in modo necessariamente esclusivo) il diritto dell'arbitrato del paese della sede[35], con l'effetto, in primo luogo, di delimitare lo spazio di libertà entro il quale l'autonomia delle parti può operare.

La sede dell'arbitrato, dunque, rileva sotto questo profilo in primo luogo quale fonte delle regole processuali imperative e inderogabili. Per quanto ampia possa essere l'autonomia concessa alle parti, ogni ordinamento prevede un numero più o meno significativo di regole e principi processuali fondamentali e, perciò, imperativi, a cui le parti non possono sottrarsi né attraverso una convenzione direttamente in contrasto, né attraverso il richiamo ad un regolamento arbitrale incompatibile con le regole imperative in questione, né attraverso la scelta di una legge applicabile alla procedura diversa da quella della sede[36]. Tale conclusione trova puntuale conferma nell'art. 19 della Legge Modello UNCITRAL, a tenore del quale le parti sono libere di determinare le regole procedurali che il tribunale arbitrale è chiamato a seguire, "*subject to the provisions of this Law*", ossia della *lex arbitri*. Orbene, benché le norme processuali imperative siano in numero estremamente limitato, è la stessa Legge Mo-

[33] Sui profili procedurali del diritto dell'arbitrato e il ruolo della sede, si veda G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, 2004, § 3.99 ss.

[34] A questa conclusione circa la sede quale criterio di giurisdizione si perviene sulla base dell'analisi sia di disposizioni delle Convenzioni internazionali (art. I della Convenzione di New York del 1958 e art. VI della Convenzione di Ginevra del 1961), sia sulla base di disposizioni di diritto interno italiane (artt. 810, co. 3, 839, 940 c.p.c. e art. 4, co. 2, Legge 218/1995) e di altri ordinamenti (art. 1, co. 2, Legge Modello UNCITRAL).

[35] Ciò non esclude, tuttavia, la possibile concorrenza anche di altri ordinamenti giuridici nella composizione della *lex arbitri*, come indicato da F. Ferrari, *Plures leges faciunt arbitrum*, cit., 579 ss.

[36] Ciò non significa, ovviamente, negare la possibilità delle parti di rendere applicabile al procedimento arbitrale una legge processuale diversa da quella della sede (ipotesi non frequente, ma certamente possibile); significa, più semplicemente, che in caso di contrasto le norme imperative della sede dell'arbitrato prevalgono sulle norme processuali scelte dalle parti.

dello a fornirne un esempio all'art. 18 (*Equal treatment of parties*), disponendo, con norma non suscettibile di deroga per volontà delle parti, che "*the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case*"[37].

Il fatto che l'ampia maggioranza delle norme processuali della sede dell'arbitrato sia composta da regole dispositive non significa che tali regole non possano assumere un ruolo concretamente rilevante, che le parti sono chiamate a valutare attentamente sulla base di un'analisi comparata delle diverse discipline nazionali. Tali norme, infatti, svolgono una funzione suppletiva, di modo che, in assenza di regole convenzionali o di disposizioni integrative previste dal regolamento arbitrale eventualmente scelto dalle parti, le regole processuali della sede dell'arbitrato possono trovare applicazione per disciplinare la conduzione del procedimento arbitrale.[38] Tale ipotesi è, nella prassi, più frequente di quanto si possa essere indotti a ritenere, anche nei casi in cui le parti abbiano reso applicabile il regolamento di un'istituzione arbitrale. Vi sono, infatti, numerose questioni che i regolamenti arbitrali preferiscono non affrontare, per non adottare una soluzione non ampiamente condivisa, laddove sussistano notevoli diversità tra i diversi ordinamenti giuridici, ovvero laddove si prospetti il rischio di contrasto con norme nazionali considerate inderogabili in taluno degli ordinamenti coinvolti. Per fare solo qualche esempio, basti citare la disciplina del segreto d'ufficio e degli obblighi deontologici dei legali, quella relativa al giuramento a cui sono tenuti testimoni ed esperti, i requisiti della citazione del teste a comparire e le conseguenze della mancata comparizione, le conseguenze di una falsa testimonianza, la riunione di procedimenti connessi, ed altri ancora.[39]

La localizzazione dell'arbitrato ha anche l'ulteriore effetto di ricondurre

[37] Per un approfondimento del tema, si vedano i contributi raccolti in: F. Ferrari, F. Rosenfeld, D. Czernich (a cura di), *Due Process as a Limit to Discretion in International Commercial Arbitration*, 2020. Altre regole processuali imperative sono quelle che presiedono all'indipendenza e imparzialità degli arbitri, rispetto alle quale sia consentito rinviare a M. Torsello, *Independence and Impartiality of International Adjudicators*, in M. Graziadei, M. Torsello (a cura di), *Rapports Nationaux Italiens au XXIe Congrès International de Droit Comparé – Asunción 2022 / Italian National Reports to the XXst International Congress of Comparative Law - Asunción 2022*, 2022, p. 685.

[38] In questo senso, *ex multis*, P. Bernardini, *L'arbitrato nel commerico e negli investimenti internazionali*, 2008, 25.

[39] Sul tema della legge applicabile ai profili probatori, si veda P. Mayer, *The Law Applicable to Issues of Proof in International Arbitration*, in *Riv. arb.*, 2022, 315; sulla discipina dell'*expert witnesses* nell'arbitrato con sede in Italia, G. De Nova, *Expert Witness and Arbitration with seat in Italy*, in *Riv. arb.*, 2021, 475.

il procedimento arbitrale nell'alveo della giurisdizione dell'ordinamento della sede[40]. Ciò ha varie conseguenze, soprattutto sul piano del ruolo che le corti statali possono assumere in supporto del procedimento arbitrale o per monitorarne lo svolgimento e l'esito[41].

È alla corte statale della sede dell'arbitrato che spetta il compito di contribuire, se necessario, alla regolare costituzione del tribunale arbitrale, provvedendo alla nomina o alla sostituzione degli arbitri, disponendo in merito alla loro sostituzione, decadenza o rimozione, se ricusati, ovvero pronunciandosi sulla concessione della proroga del termine per il deposito del lodo[42].

È, ancora, alla corte statale della sede che le parti o gli arbitri possono rivolgersi per ricevere assistenza nell'acquisizione di prove, soprattutto nei casi in cui sia necessario l'esercizio dell'*imperium* di cui gli arbitri non dispongono. Si pensi, ad esempio, alla necessità di disporre l'accompagnamento di un testimone, ovvero all'esecuzione di un ordine di esibizione di documenti rivolto ad un terzo.

Ed è sempre alla corte statale della sede che, in molti ordinamenti, le parti rivolgono le loro richieste di provvedimenti cautelari funzionali ad un procedimento arbitrale, sia prima della sua instaurazione, sia nel corso del procedimento stesso, ove tale potere non sia attribuito agli arbitri[43].

[40] Sulle radici nazionali dell'arbitrato e sulla "illusione dell'arbitrato a-nazionale", si veda A. Briguglio, *L'arbitrato estero*, 1999, 17 ss.

[41] Cf. G. Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., § 5.01.

[42] Nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 820, co. 3, lett. b, c.p.c., il termine per il deposito del lodo può essere prorogato, purché prima della scadenza del termine stesso, "dal presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, su istanza motivata di una delle parti o degli arbitri". Il ricorso delle parti alla corte per ottenere l'estensione del termine è previsto anche dalla *Section 50* dell'*English Arbitration Act* (1996), se "*substantial injustice would otherwise be done*". Viceversa, la Legge Modello UNCITRAL non prevede un termine per il deposito del lodo (lasciando che siano, eventualmente, le parti a disporlo), né conseguentemente disciplina esplicitamente la possibilità di ricorso alla corte nazionale per ottenere l'estensione di tale termine.

[43] Oggi la maggioranza degli ordinamenti nazionali attribuisce ai tribunali arbitrali un potere generale di disporre misure cautelari, pur talvolta (come nel caso della Francia, della Svizzera e del Belgio) con alcune limitazioni. Esistono, tuttavia, ordinamenti nazionali, come quello cinese, che prevedono una competenza esclusiva delle corti statali a rendere provvedimenti cautelari. Tale soluzione era anche quella adottata in Italia in base all'art. 818 c.p.c. Tale disposizione, tuttavia, è stata modificata dalla c.d. riforma "Cartabia" (D.Lgs. n. 149/2022), che ora contempla la possibilità di provvedimenti cautelari resi dal tribunale arbitrale già costituito in presenza di accordo scritto in tal senso delle parti anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale. Ai sensi del nuovo art. 818-*bis* c.p.c., tuttavia, il provvedimento cautelare eventualmente reso dal

Stante la rilevanza che la sede assume nell'ambito dell'arbitrato internazionale, dunque, la scelta della sede assume un ruolo fondamentale e non può che essere guidata da un'analisi comparata delle diverse legislazioni nazionali destinate a trovare applicazione a seconda della localizzazione della sede[44]. Le parti, in effetti, sembrano consapevoli dell'importanza di tale scelta ed esercitano in maniera costante e consapevole tale facoltà[45]. In Italia, in particolare, tale libertà è garantita dall'art. 816, 1° c., c.p.c., che pure, nell'ottica per cui il diritto italiano dell'arbitrato si occupa solo dell'arbitrato (nazionale o internazionale) con sede in Italia, limita l'ambito territoriale di esercizio della facoltà concessa alle parti, stabilendo che "le parti determinano la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica (…)". Ciò non significa, ovviamente, che le parti non possano scegliere di porre la sede dell'arbitrato all'estero; significa, tuttavia, che in tale ipotesi – salvo che l'accordo arbitrale sia nullo o inefficace – si dà corso ad un arbitrato estero, rispetto al quale il diritto italiano dell'arbitrato non viene in rilievo, se non nella fase successiva al completamento del procedimento arbitrale, qualora la parte vittoriosa richieda il riconoscimento e l'esecuzione in Italia del lodo straniero.

Più ampia rispetto al diritto italiano, ma nella sostanza analoga, è la previsione di cui all'art. 20 della Legge Modello UNCITRAL, che dà conto di un potere di scelta apparentemente incondizionato, laddove afferma che "*the parties are free to agree on the place of arbitration*". Gli effetti di tale scelta, poi, devono essere intesi avendo riguardo alla previsione di cui all'art. 1, 2° c., della stessa Legge Modello, che stabilisce che, pur con talune eccezioni, "*the provisions of this Law* (…) *apply only if the place of arbitration is in the territory of this State*"[46].

tribunale arbitrale è soggetto a reclamo a norma dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. "davanti alla corte di appello, nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, per i motivi di cui all'articolo 829, primo comma, in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico".

[44] In questo senso, *ex multis*, G. Kaufmann-Kohler, *Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure. The Role of the Law of the Place of Arbitration*, in A.J. van den Berg (a cura di), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, 9 *ICCA Congress Series*, 1998, p. 336.

[45] In questo senso, L. Radicati di Brozolo, voce *Arbitration, International commercial*, in J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio (a cura di), *Encyclopedia of Private International Law*, 2017, 90.

[46] Laddove le parti non operino la scelta della sede, suppliscono altri criteri, che attribuiscono tale potere agli arbitri o all'istituzione arbitrale, ovvero, se necessario, criteri residuali *ex lege*. Per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare a M. Torsello, *La sede nell'arbitrato internazionale*, in M. Coccia e M.B. Deli (a cura di), *Introduzione al diritto dell'arbitrato internazionale*, 2024, 79.

4. *Il luogo in cui il lodo è reso e la supervisione giudiziale circa la sua validità*

Esauritosi il procedimento arbitrale con la pronuncia del lodo, non si esaurisce la rilevanza giuridica dalla localizzazione dell'arbitrato. In primo luogo, infatti, la riconducibilità del procedimento arbitrale entro l'alveo di un determinato ordinamento giuridico implica che il lodo può dirsi *reso* nell'ordinamento della sede dell'arbitrato. Tale identificazione tra sede dell'arbitrato e luogo in cui il lodo si considera reso è confermata dall'art. 31, co. 3, dalla Legge Modello UNCITRAL, a tenore del quale "*the award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20(1). The award shall be deemed to have been made at that place*". La rilevanza di tale identificazione, poi, è resa evidente dai molteplici riferimenti al luogo dove il lodo è stato reso nell'ambito della Convenzione di New York del 1958[47].

La supervisione giudiziale dell'ordinamento dove il lodo è stato reso si traduce nella esclusività della competenza giurisdizionale delle corti statali di tale ordinamento a monitorare la validità del lodo arbitrale[48] e nella competenza della *lex arbitri* a determinare i motivi in base ai quali il lodo può essere impugnato per nullità[49]. Tale profilo è di fondamentale importanza, posto che né la Convenzione di New York del 1958, né altri strumenti convenzionali hanno prodotto uniformità nell'individuazione delle cause di nullità del lodo arbitrale, riscontrandosi, al contrario, soluzioni talvolta assai divergenti da un ordinamento all'altro sotto vari profili relativi non soltanto alle cause di nullità del lodo, ma anche ad altri aspetti molto rilevanti nella prassi, quali il termine per l'impugnazione[50], la specifica corte nazionale competente in materia di impugnazione del lodo e la possibilità di appellare la decisione resa in tale materia[51], ovvero la possibilità per le parti di ampliare o restringere il novero dei motivi di nullità[52].

[47] Si vedano, in particolare, l'art. V, 1° c. lett. (a) e lett. (e) della Convenzione di New York del 1958.

[48] Così G. Vial, *Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration*, in *Int'l Law.*, 2017, 50, 338.

[49] Cfr. F. Ferrari, *National International Commercial Arbitration*, cit., 445.

[50] A fronte del termine di tre mesi previsto dall'art. 34, co. 3, Legge Modello UNCITRAL, si riscontrano sia soluzioni più restrittive (come il termine di ventotto giorni in Inghilterra) che soluzione più elastiche (sei mesi in Cina). Quanto all'ordinamento italiano, la riforma "Cartabia" è intervenuta sull'art. 828 c.p.c. riducendo da un anno a sei mesi il termine ordinario per l'impugnazione del lodo arbitrale.

[51] In Austria, ad esempio, competente a decidere sull'impugnazione del lodo è la Corte suprema e tale decisione non è soggetta ad impugnazione.

[52] Possibilità consentita, ad esempio, dall'ordinamento francese. Per ulteriori approfondi-

Una certa uniformità, per il vero, è stata prodotta dalla Legge Modello UNCITRAL, il cui art. 34 (rubricato "*Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award*") identifica, al comma 2, le cause che (conformemente ad un principio di tipicità) consentono l'annullamento del lodo[53]. Tuttavia, al di là del numero e della rilevanza dei paesi dove la Legge Modello non è stata implementata[54], rimangono numerosi e rilevanti aspetti rispetto ai quali anche la Legge Modello tace, lasciando ai legislatori nazionali il compito di definire la disciplina applicabile.

Con riferimento ad un lodo arbitrale reso in Italia, sia esso un arbitrato puramente domestico o caratterizzato da elementi di internazionalità, trova applicazione l'art. 827, co. 1, c.p.c., il quale specifica che "il lodo è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo"[55]. I dodici motivi di nullità ammessi dall'ordinamento italiano sono elencati all'art.

menti del tema, si veda F. Ferrari, F. Rosenfeld, *Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional*, in *Arbitraje*, 2017, 350 ss.

[53] V. art. 34, co. 2, Legge Modello UNCITRAL: "*an arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: // (a) the party making the application furnishes proof that: // (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or // (ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or // (iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or // (b) the court finds that: // (i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or (ii) the award is in conflict with the public policy of this State*".

[54] A mero titolo esemplificativo, si osservi la differenza tra la soluzione prevista dalla Legge Modello UNCITRAL e quella prevista negli Stati Uniti della *Section 10* del *Federal Arbitration Act*, che così identifica le quattro cause di annullamento del lodo: "*(1) where the award was procured by corruption, fraud, or undue means; (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them; (3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made*".

55 Cfr. E. Zucconi Galli Fonseca, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 363 ss.

829, co. 1, c.p.c.[56], mentre il 3° comma precisa che "l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico"[57].

La possibilità di un'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito è questione assai controversa, rispetto alla quale sono rinvenibili nei diversi ordinamenti giuridici posizioni piuttosto diversificate.

Nell'ordinamento inglese, ad esempio, è possibile ottenere un'autorizzazione (*leave*) per impugnare il lodo per ragioni di merito allorché "*the decision of the tribunal on the question is obviously wrong*", ovvero "*the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt*"[58]. In Svizzera, invece, l'impugnazione del lodo per motivi attinenti al merito è consentita soltanto nell'ipotesi di lodo domestico[59].

Come già ricordato, una disposizione specifica è prevista, per il caso di arbitrato internazionale con sede in Italia, dall'art. 830, co. 2, c.p.c.: mentre, infatti, normalmente la corte d'appello che annulla il lodo decide la controversia nel merito anche in assenza di un'intesa delle parti in tal senso, "se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o

[56] Si tratta dei motivi rispettivamente relativi ai vizi della convenzione arbitrale (art. 829, co. 1, n. 1), alla nomina degli arbitri (art. 829, co. 1, n. 2 e n. 3), al procedimento arbitrale (art. 829, co. 1, n. 7 e n. 9) e alla decisione (art. 829, co. 1, nn. 4-6, n. 8, n. 10, nn. 11-12). Per ulteriori approfondimenti, v. M. Benedettelli, C. Consolo, L. Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, cit., 413 ss.

[57] Ai sensi dell'art. 829, co. 4, c.p.c., "l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa: // 1) nelle controversie previste dall'articolo 409; // 2) se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato". Sulla contrarietà all'ordine pubblico, in dottrina si veda M. Sasson, *Public Policy in International Commercial Arbitration*, in *J. Int'l Arb*., 2022, 39, 411; B. Hanotiau, O. Caprasse, *Public Policy in International Commercial Arbitration*, in E. Gaillard, D. Di Pietro (a cura di), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Practice. The New York Convention in Practice*, 2009, 787.

[58] Section 69, English Arbitration Act (1996). Va, peraltro, ricordato che le parti possono escludere tale possibilità, anche mediante la scelta di un regolamento arbitrale che afferma la finalità del lodo, come è il caso, ad esempio del Regolamento LCIA e del Regolamento ICC.

[59] Art. 393 codice di procedura civile svizzero. Per ulteriori spunti comparatistici, v. F. Ferrari, F. Rosenfeld, *International Commercial Arbitration. A Comparative Introduction* , 2021, 174.

ne fanno concorde richiesta"[60]. Dunque, la regola generale per l'ipotesi di un arbitrato internazionale con sede in Italia è quella per cui l'annullamento del lodo determina la riviviscenza dell'accordo arbitrale e le parti sono chiamate a riportare la controversia di fronte ad un tribunale arbitrale.

L'annullamento del lodo nello stato in cui la decisione è stata resa può dispiegare i propri effetti, oltre che in tale ordinamento, anche nei paesi in cui la parte vittoriosa agisca per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo arbitrale straniero. Rileva, a questo riguardo, quanto stabilito dall'art. V, co. 1, lett. (e), della Convenzione di New York del 1958, ai sensi del quale il riconoscimento e l'esecuzione del lodo *possono* essere rifiutati ("*may be refused*") – senza che sussista un obbligo in tal senso – se la parte contro la quale il lodo è invocato prova che "*the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made*"[61].

Quella appena richiamata, peraltro, non è l'unica norma nell'ambito dell'art. V della Convenzione di New York del 1958 a dare rilievo al paese dove il lodo è stato reso o dove si è svolto il procedimento arbitrale. Rilevano, infatti, a questo riguardo, anche l'art. V, co. 1, lett. (a), che consente di opporsi al riconoscimento in caso di invalidità dell'accordo arbitrale ai sensi della legge scelta dalle parti ovvero, in mancanza di scelta, "*under the law of the country where the award was made*"[62]; nonché l'art. V, co. 1, lett. (d), che consente l'opposizione nei casi di vizi della composizione del tribunale arbitrale o vizi di

[60] Sul punto, cfr. M. Bove, C. Cecchella, *Il nuovo processo civile*, 2006, 97.

[61] L'applicazione concreta di tale norma, congiuntamente alla previsione di cui all'art. VII della Convenzione di New York, che afferma la prevalenza delle norme nazionali più favorevoli rispetto alle norme convenzionali, pone il tema relativo alla possibilità e alle condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione presso un ordinamento terzo di un lodo straniero annullato nel paese della sede dell'arbitrato. Una soluzione affermativa, pur in casi assai limitati, è stata offerta nell'ordinamento francese. Si veda, ad esempio, la decisione resa dalla corte di cassazione francese nel noto caso "Putrabali": *Cour de Cassation*, 29 giugno 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, 05-18.053, *Bulletin* 2007, I, n. 250. Per un'analisi della questione relativa alla riconoscibilità del lodo annullato nello Stato della sede, si veda, *ex multis*, J. Paulsson, *Arbitration in Three Dimensions*, in *Int'l Comp. L. Q.*, 2011, 60, 303-304; S. Kröll, *The Concept of Seat in the New York Convention and the Autonomy of Arbitral Award*, in S. Brekoulakis et Al. (a cura di), *The Evolution and Future of International Arbitration*, 2016, 88.

[62] Si vedano al riguardo G. Gaja, *Forma dell'accordo arbitrale e riconoscimento del lodo straniero secondo la Convenzione di New York*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, 324; A. Henke, *Alcune considerazioni sulla legge applicabile alla validità formale e sostanziale di una convenzione arbitrale per arbitrato estero*, in *Dir. comm. int.*, 2018, 616 ss.

procedura rispetto al diritto scelto dalle parti ovvero, in mancanza, rispetto al diritto del paese "*where the arbitration took place*"[63].

5. *La determinazione del diritto applicabile al merito della controversia*

Passando al profilo relativo alla determinazione della legge applicabile al merito della controversia arbitrale, la rilevanza della localizzazione dell'arbitrato è innegabile sia nell'ipotesi in cui le parti abbiano scelto il diritto applicabile, sia in mancanza di scelta[64].

In presenza di una *electio iuris*[65], infatti, la *lex arbitri* rileva in quanto fonte della stessa libertà internazionalprivatistica concessa alle parti[66]. In altri termini, le parti possono scegliere il diritto applicabile se e nella misura in cui la *lex arbitri* consenta tale facoltà[67]. Ne consegue, in particolare, che l'*electio iuris* in favore di un diritto nazionale o di un sistema di regole diverso rispetto alla *lex arbitri* non preclude al tribunale arbitrale la possibilità di prendere

[63] In argomento, *ex multis*, M. Benedettelli, *International Arbitration in Italy*, cit., 474; R. Luzzatto, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Torino, I, 1987, 206.

[64] Anche la possibilità di una decisione da parte degli arbitri "*ex aequo et bono*" è subordinata ai limiti imposti a tale tipo di decisione dalla *lex arbitri*; in questo senso anche M. Benedettelli, *International Arbitration in Italy*, cit., 340.

[65] In ordine alle modalità dell'*electio iuris* e alle conseguenze di una erronea applicazione della stessa da parte degli arbitri, si veda F. Ferrari, L. Silbermann, *Getting the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting It Wrong*, in F. Ferrari, S. Kröll (a cura di), *Conflicts of Laws in International Arbitration*, 2019, II ed., 371.

[66] In concreto, tale libertà può esercitarsi tramite la scelta diretta di un diritto nazionale o un diverso sistema di regole applicabile alla controversia, ovvero attraverso il riferimento ad un regolamento arbitrale, che frequentemente contiene un criterio di collegamento idoneo ad identificare il diritto applicabile al merito della controversia. Si pensi, ad esempio, all'art. 35, co. 1, delle UNCITRAL Rules: "*the arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate*"; si pensi, altresì, all'art. 21, co. 1, delle ICC Rules: "*the parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate*". Per un commento all'art. 35 delle UNCITRAL Rules, si veda D.D. Caron, L.M. Caplan, M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*, 2006, 880. Per un commento all'art. 17 (oggi art. 21) delle ICC Rules, si veda Y. Derain, E.A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2005, 233.

[67] G. Bermann, *Arbitration and Private International Law*, in *Recueil*, vol. 381, 2015, 261 ss.

in considerazione e applicare le norme di applicazione necessaria della sede dell'arbitrato[68].

In assenza di scelta del diritto applicabile al merito ad opera delle parti, si rinvengono negli ordinamenti nazionali due approcci alternativi, diversi nell'esito a cui conducono, ma accumunati dal fatto di trovare applicazione in quanto costituiscono il criterio di collegamento proprio della sede dell'arbitrato.

Secondo l'approccio applicativo della c.d. "*voie indirecte*", la determinazione del diritto applicabile da parte del tribunale arbitrale è basata sulla selezione delle regole di diritto internazionale privato che il tribunale considera applicabili. È l'approccio, in particolare, adottato dall'art. 28 della Legge Modello UNCITRAL, a tenore del quale, in mancanza di scelta operata dalle parti, il tribunale arbitrale applica la «*law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable*»[69].

Secondo il diverso approccio applicativo della c.d. "*voie directe*", la determinazione del tribunale arbitrale prescinde dall'applicazione di norme di diritto internazionale privato, ma è basata sulla selezione della legge nazionale (o del diverso sistema di regole) che il tribunale considera appropriato applicare. È, ad esempio, l'approccio adottato dall'art. 1511 del codice di procedura civile francese, ai sensi del quale, in mancanza di una scelta delle parti, "*[l]e tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit […] qu'il estime appropriées*"[70].

Una soluzione ibrida e non del tutto convincente risulta oggi adottata dall'ordinamento italiano per effetto dell'introduzione del nuovo art. 822, co. 2, c.p.c. ad opera della riforma del 2022. Da un lato, infatti, la soluzione italiana sembra adottare un meccanismo di *voie indirect*, che impone l'individuazione

[68] Tale conclusione appare supportata dalla previsione di cui all'art. 11, co. 5, dei Principi dell'Aja del 2015 sulla scelta della legge nei contratti commerciali internazionali, ai sensi della quale: "*these Principles shall not prevent an arbitral tribunal from applying or taking into account public policy (ordre public), or from applying or taking into account overriding mandatory provisions of a law other than the law chosen by the parties, if the arbitral tribunal is required or entitled to do so*".

[69] Cfr. M. Benedettelli, *Determining the Applicable Law in Commercial and Investment Arbitration: Two Intertwinded Road Maps for Conflicts Solving*, cit., 3 ss.

[70] Per un approfondimento dell'approccio basato sulla c.d. *voie directe* – di cui sono esempi la disposizione francese citata nel testo (introdotta originariamente con il Décret No. 81-500 del 12 maggio 1981) e l'art. 1054 del codice di procedura civile olandese (introdotto con la legge 2 luglio 1986) – si vedano D. Jones, *Choosing the law or rules of law to govern the substantive rights of the parties: A discussion of voie directe and voie indirecte*, in *Singapore Acad. L. J.*, 2014, 911; D. MacGuinness, *Applicable Law Chosen by Arbitrators. A Critical View on Arbitrators' Use of the Method of Voie Directe, Lex Contractus and Equity*, in *Stockholm Arb. Reporter,* 2003, 61.

e l'applicazione delle regole di conflitto, sia pure lasciando agli arbitri l'individuazione di quelle ritenute appropriate; dall'altro, tuttavia, sembra aprire la strada all'applicazione non soltanto della "*legge*" (intesa come legge nazionale) identificata tramite i "*criteri di conflitto ritenuti applicabili*", ma anche a diverse tipologie di "*norme*" (anche non statali), che pure dovranno trovare il loro fondamento nei medesimi "*criteri di conflitto ritenuti applicabili*"[71].

Peraltro, nell'ordinamento italiano già esisteva, in quanto introdotta con la Convenzione di Ginevra del 1961, una norma in materia di diritto applicabile al merito della controversia arbitrale, che pure continuerà a trovare applicazione in casi rientranti nell'ambito di applicazione di tale Convenzione.[72] Forse, sia per la linearità della soluzione adottata, sia per evitare la moltiplicazione dei regimi applicabili nell'ambito dello stesso ordinamento, sarebbe stata preferibile la soluzione della mera estensione della norma convenzionale anche al di là dell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra.

6. *Revisione della nozione e del ruolo della lex mercatoria e comparazione giuridica*

Quanto sin qui osservato in merito al ruolo fondamentale della sede e del diritto nazionale della sede nella disciplina dell'arbitrato internazionale e nella determinazione del diritto applicabile al merito della controversia non implica necessariamente il diniego di qualsivoglia rilevanza della nozione di *lex mercatoria*. Piuttosto, quanto osservato implica la necessità di una rivisitazione della nozione e del ruolo della *lex mercatoria*, rispetto alla quale anche il ruolo della comparazione giuridica risulta rivalutato.

Come già osservato, la tradizionale nozione di *lex mercatoria* si fonda sull'idea di un autonomo sistema giuridico che trova applicazione soprattutto nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale. Rispetto a tale nozione, tuttavia, si è osservato che non solo la *lex mercatoria* ha un carattere non

[71] Per un commento critico alla soluzione adottata dalla Riforma italiana del 2022, si veda F. Ferrari, *The Law Applicable to the Merits under the New Italian Arbitration Law: A Tale of Missed Opportunities*, in *Dir. comm. int.*, 2022, 855.

[72] V. art. VII Convenzione di Ginevra del 1961: "Le parti possono determinare liberamente la legge che gli arbitri dovranno applicare al merito della controversia. In mancanza di indicazione ad opera delle parti della legge da applicarsi, gli arbitri applicheranno la legge stabilita dalla norma di diritto internazionale privato che gli arbitri giudicheranno appropriata al caso. In ambedue i casi gli arbitri terranno in considerazione le stipulazioni contrattuali e le consuetudini commerciali". In materia, v. C. Giovannucci Orlandi, *Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale* (1961), in F. Ferrari (a cura di), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale. Codice essenziale con Regolamenti comunitari e note introduttive*, 2002, II ed., 445.

esaustivo[73] (il che richiede un ruolo suppletivo delle leggi nazionali), ma non potrebbe esistere affatto se le leggi nazionali non riconoscessero la libertà contrattuale e l'autonomia delle parti e non dessero esecuzione ai lodi arbitrali stranieri[74]. Inoltre, la *lex mercatoria* può esistere solo entro i limiti stabiliti dalle leggi nazionali[75], le quali, dunque, attribuiscono legittimazione alla *lex mercatoria* attraverso un meccanismo di *restatement*[76] della stessa in forme diverse, tra cui l'*incorporazione* nella legislazione nazionale dello Stato[77], la *deferenza* sotto forma di riconoscimento di un ruolo normativo agli usi, o la *delega* nella misura in cui viene lasciato alla libertà contrattuale uno spazio sufficientemente ampio da consentire la creazione di un sistema (quasi) autonomo[78].

Venendo all'analisi delle condizioni in presenza delle quali la *lex mercatoria* può trovare applicazione, nessuno dubita che un tribunale arbitrale sia tenuto a dare effetto alla scelta delle parti di giudicare la controversia sulla base della *lex mercatoria*. Resta da stabilire se il tribunale arbitrale debba trattare la scelta come una scelta di legge o come una semplice scelta di clausole contrattuali soggette alla legge altrimenti applicabile determinata dal tribunale arbitrale. La risposta a questa domanda è spesso fornita dalle norme di conflitto dell'ordinamento della sede specificamente dedicate all'arbitrato, che possono autorizzare le parti a scegliere non solo un diritto nazionale, ma anche regole di diritto. Il riferimento a tali *regole* è ampiamente inteso nel senso che la scelta della *lex mercatoria* ha effetto come scelta del diritto sostanziale applicabile al merito della controversia.

L'applicabilità della *lex mercatoria* è più discussa in assenza di una scelta delle parti. I sostenitori di tale soluzione sottolineano che i tribunali arbitrali godono di un'ampia discrezionalità nel determinare le norme di legge applica-

[73] G. Born, *International Commercial Arbitration*, cit., 2236.

[74] P. Lagarde, *Approche critique de la "lex mercatoria"*, in *Le Droit des Relations Economiques Internationales: Etudes Offertes a Berthold Goldman*, 1982, 123; K. Highet, *The Enigma of the Lex Mercatoria*, in *Tulane L. Rev.*, 1989, 613 ss.

[75] Per un'analisi del ruolo delle norme imperative in arbitrato, v. G.A. Bermann, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, in F. Ferrari, S. Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Monaco, 2010, 325 ss.; in giurisprudenza, v. Bundesgericht (Corte suprema svizzera), 20 dicembre 2005, disponibile al sito www.unilex.info.

[76] Cf. R. Michaels, *The Restatement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, in *Wayne L. Rev.*, 2005, 1238.

[77] Cf. L. Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, in *Univ. Penn. L. Rev.*, 1996, 1765; C.P. Gillette, *The Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International Usages under the CISG*, in *Chicago J. Int'l L.*, 2004, 157.

[78] R. Michaels, *op. ult. cit.*

bili e, quindi, anche la *lex mercatoria* per risolvere le controversie internazionali sottoposte al loro giudizio.

Le argomentazioni che sostengono l'esistenza, lo status autonomo e l'applicabilità della *lex mercatoria* utilizzano due distinti percorsi argomentativi e giuridici per affermarne il ruolo nella prassi commerciale. Da un lato, viene enfatizzata la necessità di un ordinamento giuridico a-nazionale autonomo che regoli le relazioni commerciali in cui una delle parti è uno Stato o un'entità governativa. In queste circostanze, ciascuna parte è diffidente rispetto sia alla possibilità di affidare la risoluzione delle controversie a corti nazionali dell'altra parte, sia alla possibilità di consentire l'applicazione del diritto nazionale straniero. Ne consegue che l'unica soluzione percorribile è il ricorso all'arbitrato e la scelta di un ordinamento giuridico interamente a-nazionale. Un esempio di questo tipo di soluzione si trova negli accordi che istituiscono il Tribunale per le controversie tra Iran e Stati Uniti, in cui si stabilisce che "*the tribunal shall decide cases on the basis of respect for law, applying such choice of law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances*"[79]. Un altro esempio si trova nell'articolo XXI dell'Accordo del 1974 tra l'Egitto e la Esso, che fa riferimento ai "*principles of law common to and recognized by civilized nations*"[80].

Il percorso argomentativo alternativo utilizzato per affermare l'esistenza e l'applicabilità della *lex mercatoria* è più specifico per l'arbitrato e meno dipendente da una scelta delle parti. L'argomentazione sottolinea il progressivo allentamento del legame tra il processo decisionale arbitrale e la sede dell'arbitrato. A differenza dei tribunali nazionali, che sono tenuti ad applicare le norme di conflitto del foro per determinare la legge applicabile, ai tribunali arbitrali è stata da tempo concessa una maggiore discrezionalità nella scelta delle norme di conflitto[81]. Questa maggiore libertà in materia di conflitto di leggi è offerta, ad esempio, dall'articolo 28 della Legge Modello UNCITRAL, che autorizza il tribunale arbitrale ad applicare la legge determinata dalle "norme di conflitto di leggi che ritiene applicabili". Tuttavia, una volta abbandonata la rigida connessione tra la sede dell'arbitrato e le norme di conflitto locali, si aprono le porte a un ulteriore estraniamento rispetto al principio di territoriali-

[79] Si veda *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran*, *Article V*, disponibile al sito www.iusct.org.

[80] V. *International Legal Materials*, 1975, 915 ss.

[81] Cfr. D.Thompson, *Note to Cass. Civ. 1re 9 October 1984* (*Société Pabalk Ticaret Sirketi v Société Norsolor*), in *J. Int'l Arb.*, 1985, 76.

tà e la discrezionalità del tribunale arbitrale si sposta sulle norme sostanziali. Di conseguenza, in alcune legislazioni arbitrali nazionali e in diversi regolamenti arbitrali, come il Regolamento UNCITRAL, in assenza di una scelta di legge espressa dalle parti, gli arbitri non sono tenuti a fare riferimento a una norma di conflitto di leggi, ma possono scegliere il diritto sostanziale applicabile[82].

L'allentamento del principio di territorialità ha, poi, favorito un ulteriore passo decisivo verso l'affermazione della *lex mercatoria* come sistema di regole applicabile alla controversia e, potenzialmente, come ordinamento giuridico autonomo. Ciò avviene per effetto della sostituzione del riferimento al *diritto* applicabile con il riferimento a sistemi di *regole*. Il riferimento esplicito all'applicabilità di *rules of law* (o *règles de droit*) anziché *law* (o *droit*) è stato utilizzato per la prima volta dalla legge francese sull'arbitrato internazionale del 1981, che introdotto all'articolo 1496 del codice di procedura civile la previsione secondo la quale le parti hanno il diritto di scegliere le *regole di diritto* applicabili alla loro controversia[83]. Una soluzione simile è stata poi adottata anche dall'articolo 1054(1)(2) del Codice di procedura civile olandese del 1986[84] e da altre leggi nazionali sull'arbitrato internazionale[85]. Il riferimento alle *regole di diritto* (anziché al *diritto*) intende includere non solo gli ordinamenti giuridici nazionali, ma anche le norme sviluppate nel contesto dell'ordinamento giuridico autonomo a-nazionale, che qui viene discusso come *lex mercatoria*.

I sostenitori della teoria della *lex mercatoria* traggono dal fenomeno appena descritto la conclusione dell'esistenza di un ordinamento giuridico autonomo a-nazionale. Tale conclusione, tuttavia, omette di considerare che la *lex mercatoria* può esistere solo nella misura in cui ed entro i limiti stabiliti dai diritti

[82] L'articolo 35(1) del Regolamento UNICITRAL prevede che il tribunale arbitrale applichi "la legge che ritiene appropriata", conferendo così al tribunale arbitrale il potere di scegliere il diritto nazionale da applicare.

[83] L'attuale art. 1511 del codice di procedura civile francese prevede che "*Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées*".

[84] La disposizione è rimasta inalterata a seguito del *Netherlands Arbitration Act* adottato il 27 maggio 2014, ai sensi del quale: "*If the parties have decided upon a choice of law, the arbitral tribunal shall render its award in accordance with the rules of law chosen by the parties. Failing such choice of law, the arbitral tribunal shall render its award in accordance with the rules of law which it considers appropriate*".

[85] Anche nei regolamenti arbitrali si può osservare un crescente utilizzo del riferimento alle regole di diritto, piuttosto che al diritto applicabile. Si veda, ad esempio, la differenza tra il citato articolo 35 del Regolamento UNCITRAL e l'art. 21(1) del Regolamento ICC, che stabilisce che, in assenza di scelta, il tribunale arbitrale applica "*the rules of law which it determines to be appropriate*".

nazionali. Sono, a ben vedere, gli ordinamenti nazionali che legittimano il riferimento alla *lex mercatoria*, consentendo, in particolare nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale, meccanismi di determinazione del diritto applicabile che possono condurre a regole non statali. Tale considerazione, però, impone un'analisi dei limiti che ciascun ordinamento impone a tale esercizio dell'autonomia privata, con il che riemerge la necessità di un'analisi comparata dei diversi ordinamenti coinvolti.

7. *Conclusioni sul ruolo della comparazione giuridica nello studio e nella prassi dell'arbitrato commerciale internazionale*

L'analisi che è stata condotta conferma l'importanza di un approccio comparatistico allo studio dell'arbitrato commerciale internazionale, oltre che l'utilità pratica di tale approccio nella prassi. Se, da un lato, la comparazione giuridica può svolgere un ruolo significativo nello studio dei meccanismi di produzione di regole transnazionali quali quelle destinate a costituire la *lex mercatoria*, è soprattutto a fronte dell'affermazione del principio di territorialità del diritto dell'arbitrato commerciale internazionale che l'analisi comparata dei diversi ordinamenti giuridici nazionali diviene fondamentale.

In particolare, l'importanza della localizzazione dell'arbitrato internazionale è indiscutibile e centrale con riguardo tanto al procedimento arbitrale, quanto al regime giuridico del lodo arbitrale e alle sue condizioni di validità e idoneità a circolare, quanto all'identificazione del diritto applicabile al merito della controversia. In tutti questi ambiti, il diritto nazionale dell'arbitrato applicabile nel caso concreto è fondamentale e una scelta oculata di tale diritto non può prescindere da una preventiva comparazione delle similitudini e differenze riscontrabili tra diversi ordinamenti giuridici. Ne consegue la necessità di riconoscere alla comparazione giuridica un ruolo vitale e imprescindibile nello studio e nella prassi del diritto dell'arbitrato commerciale internazionale.

MERCATO, DIRITTI E GOVERNANCE NELL'UNIONE EUROPEA

THE CHANGING NATURE OF THE RULE OF LAW IN THE EU: FROM VAGUENESS TO CONDITIONALITY

Gianmaria Ajani

SUMMARY: 1. The rule of law as a vague notion and the mandate of International Financial Institutions. – 2. The rule of law in the EU: metamorphosis of a vague standard. – 3. Conclusions.

1. *The rule of law as a vague notion and the mandate of International Financial Institutions*

In contrast to what was common practice until the middle of the last century, when the progression of legal reforms via legal transplants occurred mainly at a slow pace, and generally through the vehicle of legal scholars, an important share in the promotion of legal reforms has been entrusted, in the last three decades, to supranational institutions, such as the International Monetary Fund, the World Bank, the European Bank for Reconstruction and Development.[1]

Unlike the theories produced by the 'Law and Development' movement in the 1960s and 70s,[2] the doctrine for economic development endorsed by the World Bank, under the direction of its General Counsel Ibrahim Shihata[3] (1983-1998) identified the Market, as opposed to the State, as a catalyst for change and institutional reforms. The rationale was essentially the following: as more private actors began to influence the direction of national economies, their competition would not be limited to the marketplace, but also felt in the courts, and whenever the courts seemed not to be up to the task (for numerous reasons, like obsolete procedural laws, judicial corruption, lack of modern case management), sweeping legal reforms were needed. Accordingly, by the mid-1990s, the World Bank and other UN agencies started targeting poor

[1] See G. Ajani, *The Transplant of Vague Notions*, in I. H. Szilàgyi, M. Paksy (eds.), *Ius Unum. Lex Multiplex. Festschrift in Honour of Zoltàn Péteri*, Budapest, 2005, 17-37.

[2] See A. Santos, *The World Bank's Uses of the Rule of Law Promise*, in D. Trubek, A Santos (eds.), *The New Law and Development: a Critical Appraisal*, New York, 2006, § 7.

[3] See I. Shihata, *Complementary Reform: Essays on Legal, Judicial and Other Institutional Reforms Supported by the World Bank*, London-Boston, 1997.

governance and corruption as factors undermining both development and the implementation of solid economic policy reforms.[4]

These institutions did, and still do, promote legal change through a matrix made of soft laws, proposals, and recommendations for legal reforms. In doing this, the same institutions have refreshed a notion that had remained silent for decades in the vocabulary of international law: the *rule of law*.[5]

In the past a new statute, a Code, or a Constitution, were adopted or emended on the assumption that the "prestige" of the imported set of rules was adequate to legitimize the change.[6] Later, in the age of growing globalization, the process of legitimizing a legal reform could not be built upon a simple and circular argument such as the reputation of a foreign normative model: we observe that the practice of legal transplantation was strengthened by the recourse to vague formulas, such as *due process*, *governance* (and *good governance*), *reasonableness*, *rule of law*, *transparency*, *accountability*.[7] Those formulas have been used as global standards, suitable to corroborate the compatibility of national legal reforms with the global values enshrined in international treaties and constitutional charters.

Let us consider the case of the European Union: if we examine the style of EU laws,[8] we cannot fail to notice that, while drafting directives and regula-

[4] See L.K. Sarwar, *Evolution of the World Bank's Thinking on Governance. World Development Report Background Paper*, Washington, 2016.

[5] The documents establishing the European Communities in the 1950s made no reference to the rule of law, but to the principle of legality. The evolution of the rule of law as a foundational principle in the EU primary law reflects a gradual process of formalization. Initially mentioned in the recitals of the Treaty of Maastricht (1992), it was subsequently incorporated into the articles of the Treaty of Amsterdam (1997) as a principle. The rule of law was proposed as one of the EU's founding values in the draft Constitutional Treaty's Article 2. Although this treaty was not ratified, its formulation was later incorporated into the Treaty of Lisbon in 2009. Article 2 of the Treaty on European Union (TEU) now explicitly enshrines the rule of law as a founding value of the Union. It is important to mention that The European Court of Justice rather than the Member States during treaty drafting, has been the primary architect in establishing and developing the rule of law principle within EU constitutional law through its interpretative jurisprudence. In the innovative *Les Verts* judgment (C 294/83), the Court introduced the concept of rule of law into EU case law, asserting that the European Economic Community is fundamentally "a Community based on the Rule of Law". Later, the Court integrated the notion of a "Community based on the Rule of Law" into its jurisdiction.

[6] See G. Ajani, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 1995, 43, 93-117.

[7] See G. Ajani, *Ruling by Indicators: How the Use of Vague Notions and Quantitative Indicators Facilitates Legal Change,* in *Cardozo Bulletin Law Journal*, 2017, 1-16.

[8] See G. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato: fenomenologia di un'evoluzione*, Padova, 2024.

tions, the EU institutions do not feel the compulsion to adhere to the system of concepts and doctrines practiced at state level by local jurists.[9] This approach led, in the last 25 years, to a proliferation of vague notions and to their inclusion within the rhetoric of "good governance for the market". Furthermore, because broad formulas expressed in ordinary language are more palatable to the media, a bundle of concepts, whose juridical/technical content is far from certain, has become the paradigm for assessing the modernization of a legal system.

The process of transplanting new laws has been piloted by:

- bringing the rule of law and other related and vague notions to the attention of reformers;
- conveying operational rules as necessary consequences, that follow the adoption of rule of law as a major 'constitutional standard'.

This process is manifest in the strategies adopted by major international financial institutions, as well as by other organisations, such as the European Union, or the WTO.[10]

Its recognition, however, should not lead us to the immediate identification of that two-step process as a sort of an abstract scheme; using vague notions has been conducive for an intense homogenization of the "rules for economic development" conceived by the International Financial Institutions as beneficial to liberalization of trade.

The "rule of law" concept has not only become a substitute for discussion on the effects of development policies, but also an instrument to circumvent, at least during the initial stages of dialogue between donors and recipient countries, an embarrassing confrontation on the inner meaning of widely debatable political notions such as democracy, pluripartitism, and judicial independence. Such an opportunity proved to be useful not only for the international financial organisations, like the World Bank or the IMF, seeking to sidestep problems with their mandate, but also for the European Union institutions, involved in

[9] See R. Schulze (ed.), *New Features in Contract Law*, Berlin - New York, 2007.

[10] The Hungarian legal philosopher Csaba Varga reminds us that "the creation of the United Nations (1945) was an ordeal for the parties drifting towards the Cold War, and the adoption of the Universal Declaration of Human Rights (1949) implied straightforward multiplayer factional struggle over what and how to name it. Back then, it seemed sufficient to edify a law + rule/state conglomerate as the broadest framework for their safeguard so that they would be implemented and not forced out by popular rebellion. For this reason, the Declaration had to state that 'human rights should be protected by the rule of law' (where the term may have stood for some rule(s) of the law, not the classical rule of law)"; Cs. Varga, *Rule of Law, Contesting and Contested*, in *Central European Journal of Comparative Law*, 2021, 2, 245.

the extremely delicate issue of outlining the conditions for the Union enlargement towards East.

Vague notions were, so, perceived as valuable as they responded to some persistent problems of globalization: scarcity of time and deficit of consensus. Within this context the rule of law "an immature legal term, made its triumphant journey. It soon became fertilised in use by politicians and political scientists; it was transferred to international diplomacy; integrated into the language of the United Nations; and finally, into that of the World Bank and International Monetary Fund."[11]

Absent a theoretically developed background, the rule of law formula was meant to convey a necessary link between legal reform programs aimed to the achievement of democracy and other public goods. In the case of the European Union, to achieve goals listed by art. 3 of the TEU.[12]

Vague notions are characterized by a narrative style. Two decades of national legal reforms driven by the action of international organizations show that insistence on the reception of those vague formulas has guided worldwide the adoption and implementation of legal reforms.

Indeterminacy of language and terminological vagueness allows the reaching of consensus within a reasonable span of time. In fact, a vague language enables the following:

- postponing the tackling of difficult issues related to implementation;
- avoiding a dive into the details of distributional nature;
- keeping the governance of macro-economic decisions under the control of 'external standards provider' (for instance, the EU Commission, during the process of enlargement towards Central and Eastern Europe).

All these facilitating factors support an uncontested transplant of laws that

[11] Varga has rightly noted that, at the turn of millennium, the General Secretary of the UN, Kofi Annan, launched a campaign to honor the rule of law, with a definition attached to it: "In his statement, venerable but devoid of legal force, he crammed into his notion everything he could bring from the various aspects of law and the state. The rule of law, he orated, refers to a principle of governance in which all persons, institutions, and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced, and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. Measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness, and procedural and legal transparence", see Varga, cit., at p. 250.

[12] Vagueness is not the only instrument that has been used to promote legal change. Global goals, rankings and indicators have been increasingly designed and adopted by international organizations and NGOs to facilitate the transplant of legal norms in transitional countries.

is considered necessary for proper market functioning and economic development. At the same time, however, they produce a false image of law as a static and neutral set of rules, good for universal implementation, under the unique condition that governments express a commitment to the rule of law.

As evinced, there is not a commonly shared definition of the rule of law concept. Numberless international organizations, governments, NGOs, policy think tanks, financial institutions, and foundations have been truly committed in 'promoting the rule of law'. Most of them view the rule of law in different ways.[13] What is common to those entities, however, is the acknowledgement of the standard as normative.[14]

[13] On the contingency of the rule of law idea see, among many: R. McCorquodale, *Defining the International Rule of Law: Defying Gravity?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2016, 65, 277.

[14] Let us consider, as an example, some extracts from the *Agreement Establishing the European Bank for Reconstruction and Development*, signed in the year 1991:

"Preamble. The contracting parties, committed to the fundamental principles of multiparty democracy, the rule of law, respect for human rights and market economics; (…) welcoming the intent of Central and Eastern European countries to further the practical implementation of multiparty democracy, strengthening democratic institutions, the rule of law and respect for human rights and their willingness to implement reforms in order to evolve towards market-oriented economies; (…) Have agreed to establish hereby the European Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called "the Bank") which shall operate in accordance with the following:

Chapter I. Article 1. Purpose. In contributing to economic progress and reconstruction, the purpose of the Bank shall be to foster the transition towards open market-oriented economies and to promote private and entrepreneurial initiative in the central and eastern European countries committed to and applying the principles of multiparty democracy, pluralism and market economics.

Article 2. Functions. (1) To fulfil on a long-term basis its purpose of fostering the transition of Central and Eastern European countries towards open market-oriented economies and the promotion of private and entrepreneurial initiative, the Bank shall assist the recipient member countries to implement structural and sectoral economic reforms, including demonopolization, decentralization and privatization. (…)

Article 8. Recipient countries and use of resources. (1) The resources and facilities of the Bank shall be used exclusively to implement the purpose and carry out the functions set forth, respectively, in Articles 1 and 2 of this Agreement. (2) The Bank may conduct its operations in countries from Central and Eastern Europe which are proceeding steadily in the transition towards market-oriented economies and the promotion of private and entrepreneurial initiative, and which apply, by concrete steps and otherwise, the principles set forth in Article 1 of this Agreement. (3) In cases where a member might be implementing policies which are inconsistent with Article 1 of this Agreement, or in exceptional circumstances, the Board of Directors shall consider whether access by a member to Bank resources should be suspended or otherwise

In a span of time lasting less than ten years, the rule of law has become the driving standard used by international organizations to measure, over time, the compatibility with market economy and democratic principles of States deeply entrenched, in a not distant past, in not-democratic structures like, above all, the PR of China and the Russian Federation.

In the same period (early 90s) the process of EU enlargement towards East had been inaugurated by the inclusion of the concept of rule of law within the Accession Preparation Agreements of the EU and Central and Eastern European States.[15] The list of requirements for membership as expressed in various European Council declarations between 1991 and 1993 included the following:

- both the Union and the applicant countries need to prepare in their own ways;
- the preparedness of the applicants is to be assessed by means of a number of political and economic criteria;
- the applicants will have to prepare more extensively than has been the case with previous enlargements because their political/legal systems will also be scrutinized by the EU;
- the preparation of the Union requires institutional, financial and policy reform.[16]

At the very eve of the accession of Central and East European Countries to the EU, the rule of law standard was conceived as a *mixed political/legal* concept. In fact, it sounded more political in nature, than legal, due to the heavy stress put on the political premises required to get the process of accession on the good track.[17]

modified and may make recommendations accordingly to the Board of Governors", avalaible in ebrd.org.

[15] See D. Booss, J. Forma, *Enlargement: Legal and Procedural Aspects*, in 32 *Common Market Law Review*, 1995, at p. 95.

[16] See P. Nicolaides, S. Raja Boean, *The Process of Enlargement of the European Union*, at aei.pitt.edu. It is noteworthy to remember that, during the deliberations at the European Council meeting in Copenhagen in June 1993, France proposed a more detailed list of admission criteria which, in the end, did not appear in the final report. The French list included the following: (a) an index of economic development (in terms of GDP/capita), (b) an index of market economy (in terms of privately held assets), (c) a quantifiable level of social protection, (d) control over public debt and inflation, (g) open economy, (h) modern fiscal system and (i) administrative capacity to implement EU law.

[17] In 2019, the European Commission introduced a comprehensive set of initiatives designed to fortify the Rule of Law across the European Union. Central to this strategy was the *Rule of Law Review Cycle*, a mechanism conceived to ease collaboration among Union institu-

This provoked a short-circuit within the same notion, whose function was meant to be, at the same time, a narrative of a process *and* a fundamental norm vested with constitutional value.

And this also explains why the principle of the rule of law was frequently viewed as not justiciable: "the rule of law is not traditionally used as a rule of law. This is not to say, however, that the rule of law, as a legal principle, lacks normative effect and merely fulfils a descriptive function. On the contrary, the highest courts tend to rely on the rule of law both as a transversal principle that must guide the interpretation of all legal norms, and a basis from which a set of hard legal principles, formal as well as substantive, can be derived to help the judiciary in their day-to-day mission to interpret and scrutinise the validity of public authorities' measures."[18]

There are some good reasons to believe that the memory of that perception and use of the notion in the international arena, the identification of the rule of law as a principle deprived of normative nature, had an influence in the political discourse of some nationalist Central and Eastern European political parties. As such, it became a suitable argument to be spent while contrasting the assertion of the rule of law as a normative principle.[19]

Spending the rule of law notion as a conditionality did not solicit contentions as long as this happened outside the borders of the EU, even if, at first sight, when tracing the deployment of the rule of law as a key concept in the conditionality procedures laid down by the EU in many of its international agreements, we do not get a clear indication of its normative value. The first conditionality mechanisms adopted by the EU were introduced in the late 1990s, with the IV Lomé Convention. Like other international documents, or

tions, Member States, civil society organizations, and other stakeholders. This cyclical process ended with the production of the "Annual Rule of Law Report". Drawing upon extensive stakeholder consultations and diverse information sources, the Commission compiles a comprehensive analysis of key Rule of Law developments, encompassing both Member State and EU-wide contexts.

[18] See L. Pech, *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, in *Reconnect, Working Paper No. 7*, March 2020; see also: A. Alì, *The Principle of Legality as a Pillar of the EU's Rule of Law: Bridging the Gap between International and National Law*, in L. Antoniolli, C. Ruzza, (eds.) *The Rule of Law in the EU*, *Challenges, Actors and Strategies*, Cham, 2024, 225-243.

[19] The same *Report on the rule of law*, published yearly by the Commission since the 2020, 'to monitor significant developments relating to the rule of law in all Member States', in fact, points to the rule of law as a notion in progress, needing 'continuous assessments to refer to EU law requirements, including those resulting from the case-law of the CJEU 'and, quite remarkably, '(…) the recommendations and opinions of the Council of Europe'.

national acts with external value,[20] Art. 5 of the Convention considered the respect of human rights and rule of law as essential elements of its implementation.[21]

The EU has broadly designed conditionality mechanisms similar to the ones included in the IV Lomé Convention: that was the case, before accession, for the Baltic States and Bulgarian trade agreements, the Cotonou and ACP economic partnership agreements (signed in 2000), the cooperation agreements with Pakistan, Tajikistan, Chile, Vietnam, Indonesia, Syria, Israel, Albania, Serbia, Bosnia and Herzegovina, Lebanon, Ukraine, Colombia, Japan, and more. The 'rights for trade' scheme supported the respect of democracy, human rights, and the rule of law. However, quite rarely the Council has activated the mechanism, as a reaction to undemocratic regime changes or human rights violations. Political difficulties in reaching an agreement within the Council led most times to prefer other measures, like the targeted sanctions.

The practice of applying measures foreseen by these conditionality mechanisms somehow confirmed the vague nature of the rule of law notion, a kind of semi-political formula, coherent with the language used by analogous international documents containing conditionalities. A formula that, when it appeared on the scene of the EU recovery funds' contention between the Commission and two Member States, was burdened by a long-lasting political peruse: occasionally dressed as an ancillary formula, to reiterate the mantra 'respect of multiparty democracy and human rights', or at its best, as a norm full of values, with no bite.[22]

2. *The rule of law in the EU: metamorphosis of a vague standard*

Against this background, attention can now be paid to the recent EU attempts at circumventing the impasse affecting the enforcement of Article 7

[20] For example, the *African Growth and Opportunity Act*, a US Congress Act signed in the year 2000 by President Clinton, aiming to introduce respect for the rule of law and fundamental human rights as a pre-condition to ease international trade between the US and several Sub-Saharan African States: agoa.info.

[21] As it is known, the conditionality mechanism can be applied in a positive or negative perspective: while the first involves promising benefits (such as grants, privileged loans, technical supports) when the recipient countries meet the conditions, the second determines the and suspension and\or withdrawal of the agreement if the signing countries do not.

[22] Quite impudently, a Poland's former Minister of Foreign Affairs promised "a box of Belgian chocolates for anyone who finds the definition of the rule of law in the Treaty or any other legally binding EU document", quoted by L Pech, cit., at fn. 5.

TEU,[23] by linking the disbursement of EU budget funds to the respect for the rule of law in the Member States.

The story that is told describes the attempt to change the appearance of the rule of law notion, converting it from a wide-ranging rule, a kind of depository of most principles for good governance, into an operative rule, with a strong normative capacity. A conversion that someone has portrayed as the move from a thin towards a thick concept of the rule of law.[24] This conversion, however, had a price: after the many steps taken by the Commission and a difficult dialogue with the Council,[25] the final normative outcome is a Regula-

[23] An interesting comparison can be made between Arts. 1-8 of the Charter of the EBRD, quoted above, fn. 15, and Arts. 2 and 7 of the EU Treaty.

Art. 2 TEU recites: The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.

Art. 7 TEU recites: (1) On a reasoned proposal by one third of the Member States, by the European Parliament or by the European Commission, the Council, acting by a majority of four fifths of its members after obtaining the consent of the European Parliament, may determine that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in Article 2. Before making such a determination, the Council shall hear the Member State in question and may address recommendations to it, acting in accordance with the same procedure. The Council shall regularly verify that the grounds on which such a determination was made continue to apply. (2) The European Council, acting by unanimity on a proposal by one third of the Member States or by the Commission and after obtaining the consent of the European Parliament, may determine the existence of a serious and persistent breach by a Member State of the values referred to in Article 2, after inviting the Member State in question to submit its observations. (3) Where a determination under paragraph 2 has been made, the Council, acting by a qualified majority, may decide to suspend certain of the rights deriving from the application of the Treaties to the Member State in question, including the voting rights of the representative of the government of that Member State in the Council. In doing so, the Council shall take into account the possible consequences of such a suspension on the rights and obligations of natural and legal persons. The obligations of the Member State in question under the Treaties shall in any case continue to be binding on that State. (4) The Council, acting by a qualified majority, may decide subsequently to vary or revoke measures taken under paragraph 3 in response to changes in the situation which led to their being imposed. (5) The voting arrangements applying to the European Parliament, the European Council and the Council for the purposes of this Article are laid down in Article 354 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

[24] See R. Coman, *The Politics of the Rule of Law in the EU Polity*, London, 2022, 45.

[25] The idea of creating a new instrument, allowing for the holdup of EU funds in case of rule of law defect in a Member State, has been on the agenda for several years, and was, from the very beginning, a debated one. Germany and Italy were among the first Member States

tion (2020/2092),[26] allowing the EU to cut funds awarded to Member States in case of an established violation of the rule of law by those States, if the said violations endanger the EU budget. By setting a link with the EU budget, the Regulation has a limited scope: it is not expected to be able *per se* to enforce the observance of the rule of law by Member States. The same title of the normative document (*Regulation […] on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget*), different from the first proposal of the Commission, made clear that the new text was not to be seen as a "general rule of law oversight tool, following the amendments pushed by the Council, but a true budgetary instrument."[27]

What has been defined as 'Democratic backsliding' in Hungary and Poland has become a major concern for European Union institutions since the 2010s.[28]

to explicitly mention the idea of linking EU funds with respect for the rule of law in their positions papers on the future of cohesion policy and the Multiannual Financial Framework. In May 2017, the President of the Commission Jean-Claude Juncker, when asked to comment on the German government's proposal, stunned some observers with his initial opposition to it, calling the proposal "a threat to the unity of the EU, poison for the continent"; see: F. Eder, *Juncker: German Plan to Link Funds and Rules Would Be 'Poison'*, in *Politico*, June 2017. A detailed reconstruction of the tense confrontation among the Commission, the Council, and the Parliament on the matter in: A. Baraggia, M. Bonelli, *Linking Money to Values: the new Rule of Law Conditionality Regulation and its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 2022, 23, 131.

[26] See Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council, 16 December 2020, *on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget*, O.J.U.E. LI 433, 22 December 2020.

[27] See A. Baraggia, M. Bonelli, cit., 140.

[28] To explain the ongoing illiberal backlash, Ivan Krastev and Stephen Holmes have suggested that the distinction between imitation and borrowing is of crucial importance while considering the effects of emulation. Imitation is the demand to replicate the same goals that others have. This would, they contend, have much more profound effects on collective identity than simple borrowing, which implies only the adoption of certain means, without changing goals. Borrowing may be an adaptive strategy to reinforce one's ability to resist foreign influence or pressure, without conceding much beyond the form of what is borrowed, while the drive to imitate would result in a "loss of identity and self-esteem". While being democratised, these countries had to enact policies and laws elaborated in Brussels, while pretending to exercise self-government. For a time, imitation was justified as 'a return to Europe' and thus, in a sense, a return to their authentic identity. Still, at some point, the suspicion grew that that the original was better than the copy, while an idealised model of the West was held up to them. When the prosperity of the West suffered the blow of the financial crisis of 2008 all of this began to unravel. The universalism of human rights and open border liberalism could, thus, be blamed as an expression of the West's indifference towards national cultures and heritage. See I. Krastev, S. Holmes, *The Light that Failed: A Reckoning*, New York, 2020.

It has been widely affirmed that, while facing the first phase of the 'rule of law conflict', the EU institutions showed an inability to act against Member States not complying with rule of law principles.[29] In fact, the crisis already arose after the 2012 national elections in Hungary. Subsequently, political power became concentrated in the hands of the right-wing *Fidesz* Party. A 2/3 majority sustained the ruling party in carrying out constitutional reforms aimed to destabilise the system of checks and balances in favour of the executive, including the reduction of the Constitutional Court's independence.

Instead of opening a procedure based on Art. 7 TEU,[30] the Commission chose to launch various infringement procedures under Art. 258 for specific breaches of EU law.[31]

While it is true that the Commission opted, at first, to focus on bits of the problem, such as the reduction in the retirement age, instead of targeting the broader issue, namely, independence of the judiciary *vis à vis* the government, one should also consider that, while taking a minimal path to confrontation,

[29] See, f.i, K. Scheppele, L. Pech, S. Platon, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfblog*, 2020, available at verfassungsblog.de. As it is known, solicited by the Hungarian crisis, the Commission issued, in July 2019, a Communication based on a previous (2014) "Framework to strengthen the Rule of Law within the Member States". The Rule of Law Framework complemented the already existing and more general legal background, to enforce the rule of law compliance by the Member States. The Council, however, did not support the Commission's initiative. Moreover, the Council focused on questioning the Commission's legal power to adopt the Rule of Law Framework. In turn, it created its own action, named 'Rule of Law Dialogue'. This led the European Parliament to make public the opinion that "too many mechanisms and processes at EU level to govern the values of Article 2 TEU".

[30] Article 7.1 TEU establishes a preventive mechanism whereby the Council may determine the existence of a clear risk of a serious breach of the Union's founding values. This provision does not require an actual violation of Article 2 TEU; rather, the presence of a qualified threat suffices to initiate proceedings. The procedure benefits from broad institutional accessibility, as it may be initiated through a reasoned proposal by one third of Member States, the European Parliament, or the Commission.

[31] The Commission launched an infringement procedure against the measure of the Hungarian government to lower the retirement age of judges, prosecutors, and notaries from the age of 70 to 62 years. The Commission argued in this case that this measure constituted an unjustified discrimination based on age which is contrary to the Equality Directive 2000/78 The Court of Justice of the European Union followed the reasoning of the Commission and proclaimed that lowering the retirement age established a prohibited difference in treatment directly based on age. Consequently, the Hungarian government failed to fulfil its obligations under Directive 2000/78.

the Commission meant to bypass the political impasse determined by the inaction of the Council. At the same time, an infringement procedure based on art. 258 TEU had more chance to find proper judicial enforcement, as it seemed to be more firmly rooted into a certain legal principle.

Later events[32] had to confirm this point of view: in December 2017, the Commission decided to start suspension proceedings against Poland. Less than a year later, in September 2018, the European Parliament opened the case against Hungary.[33] The actions, however, stalled;[34] to overcome the *impasse*, the Commission proposed in May 2018 to link disbursements from the European Union's budget to observance of rule of law standards by means of a Regulation.[35] Following the process, the European Parliament adopted a Position on the Commission's proposal in April 2019, but the Council renewed the impasse, taking no action.

It became evident that the recourse to the "infraction of rule of law principle" arguments was not solid enough, from the legal point of view, to overcome political resistances within the Council. Considering the many mentions to the rule of law contained in the primary and second level law, as well as in the abundant soft law documents adopted by the Commission over the years, one could maintain that the main issue has never been the absence of a definition of the rule of law, rather the multiplication of references and adoption of documents emphasising different components of the rule of law. Once again, the vague nature of the rule of law concept was weakening the might of the principle.[36]

[32] In the year 2017 an EU Commission document concerning the reform of EU budget already had stated that: "Upholding EU core values when developing and implementing EU policies is key. There have been new suggestions in the public debate to link the disbursement of EU budget funds to the state of the rule of law in Member States. Respect for the rule of law is important for European citizens, but also for business initiatives, innovation and investment, which will flourish most where the legal and institutional framework adheres fully to the common values of the Union. There is hence a clear relationship between the rule of law and an efficient implementation of the private and public investments supported by the EU budget".

[33] European Parliament resolution of 12 September 2018 on a "Proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded".

[34] See N. Kirst, *Rule of Law Conditionality: The Long-awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?*, in *European Papers*, 2021, 6, 101-110.

[35] And, in fact, the proposed Regulation was explicitly labeled as: "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States", COM(2008) 324 final, 2 May 2018.

[36] See L. Pech, *The EU as a Global Rule of Law Promoter: The Consistency and Effectiveness Challenges*, in *Europe-Asia Journal*, 2016, 14, 7.

A new political scenario was determined by the adoption of the Next Generation EU recovery package in the summer of 2020. Facing the uniqueness and the financial dimension[37] of the instrument, the heads of state and government of the EU member states finally agreed, at the July 2020 European Council summit, that the of funds should be tied to a *conditionality regime* regarding the rule of law.[38] The Regulation provides for the Commission to propose measures against a Member State "breaching the principles of the rule of law" (Art. 6). These measures include the suspension of payments or commitments, and a prohibition on entering new legal commitments.[39]

According to the Regulation (Art. 2), the rule of law is understood to refer to the values enshrined in article 2 of the Treaty on European Union, and include: "The principles of legality implying a transparent, accountable, democratic and pluralistic law-making process; legal certainty; prohibition of arbitrariness of the executive powers; effective judicial protection, including access to justice, by independent and impartial courts, also as regards fundamental rights; separation of powers; and non-discrimination and equality before the law".

However, Art. 4 of the Regulation indicates that measures may only be taken if the violations of the rule of law: "affect or seriously risk affecting the sound financial management of the Union budget or the protection of the financial interests of the Union in a sufficiently direct way". At this point, the rule of law controversy moved from the "pure rule of law" context to the practicalities of securing expenditures from the EU budget. The logic was that "breaches of the principles of the rule of law, in particular those that affect the proper functioning of public authorities and effective judicial review, can seriously harm the financial interests of the Union". To ensure the respect for rule of law, the Regulation provides, then, for several ways in which funding can be withheld or suspended in case of breach of fundamental rule of law principles,

[37] The total amount of the Next Generation recovery program amounts to EUR750 billion, which is 5.5% of the EU27's GDP in year 2019, seemingly to be the largest investment recovery fund in Europe since the Marshall Plan.

[38] Germany, holding the presidency of the Council, suggested a compromise on the "Rule of Law Conditionality Regulation" proposed by the Commission and European Parliament in September 2020. At the European Council summit of 10 December 2020, the *impasse* was resolved by adopting a series of declarations on how the "Rule of Law Conditionality Regulation" should be adopted, implemented and interpreted. This led to the adoption of the Regulation by the Council on 14 December 2020 and by the European Parliament on 16 December 2020.

[39] See Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 *on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget*, cit.

ranging from suspension of commitments to interruption or suspension of payments (Art. 5).

Facing the radical metamorphosis of the rule of law principle into a binding norm, vested with (limited) coercivity, both Hungary and Poland challenged the Regulation before the EUCJ, seeking its invalidation on the ground that "the rule of law would neither be defined in EU law, nor could it be defined in EU law"[40] and, consequently, that there is no binding and enforceable principle of the rule of law in EU law.

The Court, finally, discharged both countries' complaints and ruled the Regulation to be entirely compatible with the EU Treaty and not exceeding competences of the Union.

To better precise the budget-related conditionalities, however, the Court added that any suspension of funds must not only relate to the EU law violations but also must have "a tangible effect on endangering the correct implementation of the EU budget".

3. *Conclusions*

Like most international organisations worldwide, the European Union has included "respect for the rule of law principle" within its essential ideals. The principle was already incorporated within the text of the 1992 Maastricht Treaty[41], and then recognised as a fundamental value with the adoption of the Treaty on European Union (2007).

This was consistent with a global trend, whereby the rule of law has become, since the early 90s, a major standard in conditioning adhesion of States to international communities (such as the Council of Europe, the WTO), as well as for providing conditionalities on financial aids and loans by international financial institutions.

Threatening the rule of law as a vague principle, ambiguous in nature, half normative and half political, and deprived of a precise content, as both Hun-

[40] See ground (iii) of Hungary's annulment application in Case C-156/21, *Hungary v. European Parliament and Council* and ground (vi) of Poland's annulment application in Case C-157/21, *Poland v. European Parliament and Council*.

[41] Preamble recites: 'Confirming their attachment to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law'; a couple of mentions to the rule of law also under Art. 130u (Development cooperation), and J.1 (Common foreign and security policy).

gary and Poland claimed the case to be[42] when challenging the 2020/2092 Regulation before the EUCJ, was not a new issue.[43]

Peculiar in the case was the (belated) intention of the EU Commission to give normative strength and judicial enforceability to the principle, insisting on its violation as a sufficient ground for triggering sanctions provided by the TEU. Peculiar, because, on a global scale, allegations of bad implementation or violations of the rule of law principle usually led to procedures managed at the level of political relations.[44]

The 'functional method'[45] that has characterized key-moments in the evolution of EU law seems to have prevailed also in the case of contested implementation of the rule of law principle. Evidence of this is the emphasis put by the EU Court of Justice on the fact that rule of law violations, like failure to maintain an independent judiciary' could be touched by the Regulation only if they directly affect the sound financial management of EU funds. It follows, then, that the withholding of funds under the 2020/2092 Regulation cannot be used as a sanction for rule of law violations, but only as an instrument to keep EU funds safe from possible mismanagement. At the same time, the Court

[42] Following one of the many claims set by both Poland and Hungary before the Court, the concept of "the rule of law", as it is defined in Article 2(a) of the contested Regulation, would be critical with respect to legal certainty: it could not be embraced by a universal definition since it contains a non-exhaustive number of principles whose meaning may differ from one State to another, depending on the constitutional features or legal traditions specific to the State in question.

[43] The PR of China is one of the more captivating cases: the rule of law principle, recognized since the year 1999 by the PRC Constitution (Art. 5) as a pre-condition to enter the WTO, differs from rule of law as internationally understood. To mention just one example, all aspirant Chinese lawyers, according to the study material for the bar exam preparation course, must commit to the belief that law is subject to the 'leadership of the Party'.

[44] E.U. Petersmann, *Rule of law in international trade and investments? Between multilevel arbitration, adjudication and 'judicial overreach'*, in *EUI Papers*, 2020; G. Marceau (ed.), *A History of Law and Lawyers in The Gatt / Wto. The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, New York, 2015.

[45] By "functionalism" I signify the instrumentality of the law for a successful economic performance, a choice that has become dominant paradigm in the practice of legal reforms, being useful to justify and legitimize the process of transfer of standards from economically mature systems to systems in transition. This led to a resumption of certain discourses already conducted in the 60s, at the time of decolonization and of supply, to new independent states of Africa and Asia, of legal patterns aimed to favour a "good functioning" of societies and States. In more recent times, however, the emphasis has been on a more global pervasiveness, based on the idea of "efficient markets", of abstract legal models, offered under the anthem of the rule of law, transparency, and good governance.

ruled that the values on which the EU is established, as listed under Art. 2 of the Treaty, may be implemented in many ways, and not just by reference to Art. 7;[46] as judges in Luxembourg have highlighted, judicial independence may be enforced directly through TEU Arts. 47, and 19.1. While inferring that the Commission could design more regulations, centred on different aspects of the rule of law, by grounding them in other sections of the Treaties, the Court practically has proposed to overcome the vagueness of the rule of law principle, and offered an alternative, rooted on more specific, and less vague, provisions of the Treaty.

While Article 7 TEU remains theoretically influential, its high procedural thresholds and political nature have rendered it practically useless. Soft-law instruments like the "Rule of Law Report" and the "Council's Rule of Law Dialogue" have enhanced monitoring abilities, while lacking direct enforcement powers.

The adoption of the "Conditionality Regulation" tags a crucial shift in the EU's strategy. It produced the conditions necessary for a genuine recognition and implementation of EU rules in Hungary and Poland. It strengthens the fundamental premise that EU membership is exclusively open to liberal democratic states that respect the rule of law and other core principles.

The first application against Hungary, resulting in the suspension of about EUR 6.3 billion in funding, proves both the regulation's effectiveness and the EU's readiness to employ financial leverage to protect its fundamental values. This case exemplifies how linking rule of law compliance to budgetary allocations can create tangible incentives for reform.

However, this change also raises important questions on the future of EU integration, as the shift from political dialogue to financial conditionality might lead to amplified tensions between EU institutions and some Member States.

[46] See EU Court of Justice, 16 February 2022, C 157/21, *Republic of Poland* vs. *European Parliament*, § 197-200.

I PRINCIPI DIRETTIVI NEI PROGETTI PRELIMINARI DI RIFORMA EUROPEI

Guido Alpa

SOMMARIO: 1. L'ambiguità del termine "principio". – 2. I principi generali "in contesto". – 3. I diritti fondamentali come principi generali: la Carta europea e la Convenzione europea, due percorsi distinti. – 4. I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. Il dilemma del legislatore moderno.

1. *L'ambiguità del termine "principio"*

Nel corso degli ultimi decenni si è diffuso un fenomeno molto interessante, il ricorso sempre più frequente (ma sempre meno avvertito) al termine "principio". L'uso si registra nell'ambito delle esperienze nazionali, negli atti dell'Unione europea così come nell'ambito dei progetti di armonizzazione del diritto europeo. Nelle esperienze nazionali si può parlare di una "costante discussione" in cui i principi sono accreditati da una tradizione risalente. È il caso della cultura giuridica che si è formata in Italia[1], in Germania[2] e in Austria[3]. Qui ha avuto fortuna prima lo studio e l'applicazione del diritto romano, e quindi delle *regulae iuris* (elencate nel libro L del Digesto giustinianeo), che costituiscono una delle epifanie dei principi generali, formulati in forma di brocardi[4]; poi lo studio del diritto naturale nella sua contrapposizione con il diritto positivo. Poi ancora la costruzione dell'ordinamento giuridico in forma "geometrica", secondo principi di razionalità. Sì che anche nei testi ove si disciplinavano con legge le regole interpretative (le leggi speciali e i codici civili) i principi generali

[1] Per la ricostruzione storica della formula "principio generale" ed espressioni omologhe v. G. Alpa, *I principi generali*, Milano, 1993 (2d ed., 2006); R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993.

[2] Nell'ampia letteratura v. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francoforte sul Meno, 1978, trad.it., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, a cura di M. La Torre, Milano, 1998.

[3] Si veda F. Bydlinsky, *Juristische Methodenlehere und Rechtsbegriff*, Monaco di Baviera, 1991.

[4] Si veda P. Stein, *Regulae juris. From juristic rules to legal maxims*, Edimburgo, 1966.

corrispondevano (e per alcune esperienze ancora corrispondono) all'*analogia legis*.

Per la cultura giuridica inglese si deve parlare piuttosto di una "riscoperta": dopo i *Principles of Morals and Legislation* di Jeremy Bentham, questa terminologia è migrata negli studi di logica e di filosofia. Per la cultura giuridica statunitense si può parlare di un rapporto "complesso", perché di recente la problematica si è svolta soprattutto all'interno della filosofia giuridica analitica di Ronald Dworkin, che ha spiegato come i principi si debbano prendere sul serio, forse ricordando gli accenni dissacratori dei fondatori del realismo giuridico[5]. Per il diritto civile francese si può parlare di una "scoperta", perché – se si fa eccezione per l'opera di François Gény[6], guardata sempre con sospetto dai formalisti, e tanto apprezzata invece in Italia – il diritto civile è stato sopravanzato dal diritto amministrativo nell'uso dell'espressione e nella sua applicazione pratica.

In questa panoplia di riferimenti l'espressione "principio" assume molteplici significati, che si moltiplicano ancor più se si considerano i contesti in cui la parola è impiegata nei progetti di armonizzazione, uniformazione, codificazione del diritto privato europeo.

Ecco qualche esempio: nei "principi" di Ole Lando e Hugh Beale (PECL), l'espressione indica le "general rules of contract law" (art. 1:101(1)) e così per i Principi Unidroit (Preambolo, par. 1).

Nel Draft Common Frame of Reference l'espressione di volta in volta comprende regole che non hanno forza di legge, definizioni, regole generali[7]. Ma è importante la presa di posizione che si legge nella introduzione: i principi fondamentali, sottostanti le regole, esprimono valori tra loro in conflitto, non sono collocati in un ordine prioritario, e sono citati solo in modo esemplificativo. In un primo inventario si segnalano: "giustizia, libertà*, protezione dei diritti umani*, sviluppo del mercato interno, solidarietà e responsabilità sociale, libertà sicurezza e giustizia, protezione dei consumatori e degli altri soggetti che esigono protezione, conservazione del pluralismo culturale e linguistico, razionalità, certezza giuridica, prevedibilità, efficienza, affidamento ragionevole, e allocazione corretta della responsabilità per la creazione dei rischi".

[5] Si veda R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, 1977 (trad.it. *I diritti presi sul serio*, a cura di F. Oriana e G. Rebuffa, Bologna, 1982); T.M. Benditt, *Law as Rule and Principle*, Stanford, 1976.

[6] Si veda F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, Parigi, 1899.

[7] Si veda C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Berlino, 2009, 9.

A parte la menzione specifica in alcune norme dei diritti umani – di cui si dirà nel prosieguo – anche se i principi non sono posti in una scala gerarchica non si deve pensare che nella intenzione dei redattori del Draft i diritti umani costituiscano un gruppo di interessi che configgono con altri interessi all'interno di un testo diretto a dare una disciplina sistematica alla materia del contratto, senza avere un ruolo di rilievo. Anzi. L'art. 1-1:102(2) dispone che le regole raccolte nel Draft "*have to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and any applicable constitutional laws*".

I *Principes directeurs* dell'*Association Henri Capitant* e della *Société de Législation comparée* (del 2008) distinguono i principi direttivi dagli altri principi, che considerano come regole generali condivise dai Paesi Membri dell'Unione. La raccolta corregge quindi i PECL che portano anche innovazioni tra le regole suggerite come modelli contrattuali da imitare, da cui trarre ispirazione o in cui trovare gli attrezzi per risolvere le questioni. Qui tra i principi direttivi si trovano (i) la libertà contrattuale, (ii) la certezza del diritto e (iii) la lealtà , termine che nel commento del Draft al riguardo viene tradotta con un significato tripartito in "*good faith, fair dealing and cooperation*"[8].

Non si parla di diritti fondamentali.

I diritti fondamentali si perdono per strada anche negli sviluppi successivi della armonizzazione delle regole sul contratto, che si affida a testi semplificati, sintetici, parziali.

Il testo di passaggio tra la disciplina dei contratti in generale del Draft (Book II) e il Progetto di Regolamento sulla vendita, denominato *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract law*[9] (che risale al luglio 2011) , non menziona i diritti fondamentali, prevede alcuni principi generali *reasonableness* (art. 4), *freedom of contract* (art. 7), *good faith and fair dealing* (art. 8); e neppure in materia di interpretazione del testo si richiamano i principi generali o costituzionali accreditati dal diritto comunitario o dalle costituzioni nazionali. Il testo propone un *sistema chiuso*: "*This instrument is to be interpreted and developed autonomously and in accordance with its objectives and the principles underlying it*" (art. 1 (1)); il testo fa divieto di fare ricorso alle leggi nazionali (art. 1(2)).

Finalmente il progetto di Regolamento relativo a un diritto europeo della vendita enuncia in apertura alcuni "principi generali" che identifica nella: (i) libertà contrattuale, (ii) buona fede e correttezza, nella (iii) collaborazione. An-

[8] *Ivi*, cit., 14.

[9] Vedilo in R. Schulze, J. Stuyck, *Towards a European Contract Law*, Monaco di Baviera, 2011.

che questo è un testo chiuso, non fa riferimento ai diritti fondamentali, né alle regole interpretative che veicolano i valori del diritto comunitario.

Questa cultura varia, che sorregge i redattori dei testi, portatori di diverse tradizioni linguistiche, culturali, tecniche, è dunque refrattaria ad una rigorosa utilizzazione del termine "principio generale", ma non lo rifiuta, anzi lo accredita. E lo accredita non per essere inteso come termine tecnico-scientifico da impiegare con cautela e con consapevolezza ma piuttosto come un termine polivalente dotato di significato convenzionale evanescente, una sorta di enunciato formulato con espressioni generali di volta in volta allusivo a un valore, a una regola, a un indirizzo interpretativo, e così via. Tutti i giuristi possono intendere il significato di "principio" e si sentono autorizzati ad impiegarlo nei modi più diversi. E poiché il linguaggio, le mode, le prassi non sono governabili, occorre di volta in volta verificare l'accezione di principio che si ha davanti per poter intendere appieno il significato a cui alludeva chi lo ha impiegato.

La sensibilità per questo termine varia a seconda della cultura e della matrice d'origine del giurista. Per esempio, non so quanto sia nota fuori dei confini patrii la storia dei "principi generali" che contrassegna la cultura giuridica italiana dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni. È una storia che non si ferma solo ad indagare il significato giuridico formale di questa categoria ma ne approfondisce il significato ideologico e pratico.

Il giurista legato al testo scritto ha difficoltà ad accreditare l'idea che sia utile coniare disposizioni di tenore generale, con un ambito di applicazione molto ampio, e che descrive la fattispecie (*Tatbestand*) in termini vaporosi. Ed è quindi portato a distinguere le regole specifiche, dettagliate, dalle regole generali – per l'appunto un enunciato a fattispecie ampia; ed è portato a distinguere le regole generali dai principi generali, che invece ha ricavato con un processo logico induttivo procedendo da tante regole particolari per arrivare ad un enunciato generale. Il giurista attento al dato normativo distingue poi i principi *supremi* dell'ordinamento giuridico *dello Stato* da quelli che emergono da altri contesti. E si chiede se i principi generali esplicitamente formulati in una disposizione di legge abbiano un ruolo diverso da quelli che si ricavano induttivamente dalle disposizioni senza esservi esplicitati.

Ciò perché vi sono ordinamenti giuridici, come quello italiano, in cui il codice civile, la costituzione e altri importanti testi normativi (che potremmo definire le "tavole della legge") usano spesso il termine "principio", e quindi legano l'interprete molto di più di quegli ordinamenti in cui i principi sono poco menzionati nei testi, sono frutto della elaborazione dottrinale (logica, assiologica, ermeneutica, etc.) o addirittura sono proposti, sempre dalla dottrina, come "regole direttive" per l'armonizzazione di un settore dell'ordinamento interno o di un ordinamento sovranazionale o di un ordinamento in fieri, deno-

minato "diritto privato europeo". I giuristi meno legati a testi che menzionano i principi sono quindi più liberi, più disinvolti nell'inventare, manipolare, inventariare, classificare i "principi".

Questi sono solo alcuni dei problemi che i giuristi italiani, nel corso di più di un secolo hanno dibattuto a lungo: uno dei vertici più alti di questo dibattito si è toccato all'Accademia dei Lincei, in un convegno organizzato a Roma nei giorni 27-29 maggio 1991, nel corso del quale Maestri di diverse discipline hanno individuato, catalogato, discusso i principi sia nella prospettiva filosofica e storica, sia in quella giuridica ed operativa, con riguardo alle diverse partizioni del diritto[10].

2. *I principi generali "in contesto"*

Dal 1991 ad oggi, con un ritmo certo non usuale per la cultura giuridica, si sono accumulati così tanti studi, indirizzi, testi normativi progetti, orientamenti giurisprudenziali, che hanno profondamente modificato le esperienze giuridiche nazionali e quella che possiamo – non solo geograficamente – denominare europea. Sono esperienze che non si possono ignorare. Mi riferisco in particolare a quelle esperienze che costituiscono l'humus nel quale si è radicata la nuova cultura giuridica e che pertanto non solo sono centrali nel discorso del giurista, ma sono anche irreversibili.

Gli eventi, meglio, gli indirizzi e le vicende culturali che si sono via via affermati ed hanno cambiato il significato e il ruolo dei principi generali sono essenzialmente tre: (i) il superamento definitivo della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico; (ii) la introduzione della Carta europea dei diritti fondamentali; (iii) la utilizzazione dei principi della Convenzione europea dei diritti umani da parte della Corte di giustizia europea e di molte corti costituzionali e di legittimità; in questo caso principi sono la formulazione dei diritti umani a cui si uniforma l'Unione europea.

Mentre i testi normativi sono precisi, i testi delle sentenze e spesso i contributi dottrinali sono generici o superficiali, sicché talvolta si usano indifferentemente le espressioni "principi generali", "valori", "diritti fondamentali", "diritti umani".

Grazie a questi indirizzi e vicende culturali, l'universo dei principi si è dunque ulteriormente arricchito e rinnovato, dimostrando una vitalità che era

[10] Si veda *Atti dei convegni lincei (96), Convegno sul tema: I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio 1991)*, Roma, 1992.

assolutamente impensabile immaginare alla fine dell'Ottocento, quando aveva preso avvio la discussione sui principi intesi in modo moderno.

Con il nuovo millennio si è assistito ad una svolta molto rilevante, che al tempo stesso ha inciso sull'evoluzione del diritto comunitario ed il processo di avvicinamento degli ordinamenti nazionali, con la costruzione di valori comuni, la riformulazione dei rapporti tra il cittadino e le istituzioni dell'Unione europea, e al tempo stesso con la formazione di un nucleo essenziale di regole (*acquis communautaire*) in cui si sono declinati principi uniformanti dei contratti dei consumatori[11].

Il percorso che si è compiuto avendo alla base il collegamento stretto tra i diritti fondamentali e i principi generali ha portato a far sì che le disposizioni comunitarie non si possano applicare in contrasto con i principi generali (e quindi con i diritti fondamentali) e che le autorità, i giudici, le amministrazioni nazionali non possano applicare le regole di derivazione comunitaria senza applicare i principi generali e quindi i diritti fondamentali[12].

3. *I diritti fondamentali come principi generali: la Carta europea e la Convenzione europea, due percorsi distinti*

La Carta europea dei diritti fondamentali, la giurisprudenza della Corte europea di giustizia e le pronunce delle Corti costituzionali nazionali sono la base di diritto positivo che ha accreditato la tesi secondo la quale *i diritti fondamentali sono principi generali*.

Dal punto di vista formale, se ci arrestassimo a considerare solo la lettera della Carta, si potrebbe discutere se i diritti fondamentali della persona siano da intendersi come "principi" di diritto in quanto tali. Leggendo il Preambolo della Carta sembrerebbe di capire che i diritti fondamentali sono *valori* che si

[11] Si veda H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flenser, M. Ebers (a cura di), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Monaco di Baviera, 2008; R. Schulze, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Monaco di Baviera, 2009; G. De Cristofaro (a cura di), *I "Princìpi" del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, 2009.

[12] È la tesi che ho sostenuto anni fa ne *L'applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, II, 873; così pure H.W.R. Wade, *Horizons and Horizontality*, in *Law Quarterly Review*, 2000, 11, 217. Per ulteriori riferimenti v. C. Amodio, *Human Rights Act e libertà contrattuale: suggestioni «continentali»*, in *Politica del diritto*, 2004, 4, 653; Id., *Antagonismo e cooperazione nel diritto inglese dei contratti*, in A. D'angelo, P.G. Monateri, A. Somma (a cura di), *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, 123-162.

fondano sui principi di democrazia e dello Stato di diritto[13]. Così recita il testo: "Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

In un altro passo del Preambolo i valori e i principi sembrano tramutati in diritti fondamentali: "A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta".

Ma il passo più rilevante riguarda la natura di questi valori/principi/diritti: "Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso".

Non si tratta dunque di enunciazioni enfatiche che esauriscono la loro funzione nel dipingere l'immagine ideale della Carta: i diritti fondamentali sono o esprimono principi che hanno valore giuridico, che fanno sorgere responsabilità e doveri nei confronti dello Stato o dell'Unione e *nei confronti degli altri.*

Nel 2007 con una Risoluzione del Parlamento europeo si è conferito valore giuridico alla Carta, anche se da tempo la Corte di giustizia e le Corti nazionali si erano determinate autonomamente a considerare vincolante la Carta e ad ispirarsi ad essa per risolvere le questioni e decidere le controversie[14]. La Carta è entrata subito nel corpo di "diritto vivente", e ha assommato al suo valore politico anche un valore giuridico.

Di più. Il Trattato dell'Unione europea è stato modificato dal Trattato di Lisbona con l'aggiunta dell'art.1-*bis* che recita: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

E l'art. 6 recita: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

[13] Si veda S. Rodotà, *La Carta come atto politico e come atto giuridico*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europea*, Bologna, 2001.

[14] Si veda A. Celotto, G. Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (rassegna giurisprudenziale 2001-2004), in *Giur. it.*, 2004.

Se si ribadisce il valore giuridico della Carta – acquisito per così dire sul campo nell'applicazione giurisprudenziale delle Corti, poi affermato con la risoluzione del 2007, ed ora nuovamente sancito dal Trattato – ciò significa che quelle disposizioni hanno natura cogente, devono essere applicate dai giudici comunitari e nazionali, e si possono applicare non solo nei rapporti verticali (cioè nei confronti degli Stati), ma anche nei rapporti orizzontali. Sul punto si tornerà tra poco.

Per parte loro i diritti umani come riconosciuti e classificati nella Convenzione europea hanno ricevuto un ulteriore riconoscimento nel Trattato di Lisbona.

Recita infatti l'art. 6, co. 3: "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto *principi generali*". Questa formula chiarisce meglio il testo del Trattato di Maastricht del 1992, secondo il quale "l'Unione rispetta i diritti fondamentali (…) in quanto principi generali del diritto comunitario".

Si potrebbe osservare che ormai principi della Carta e principi della Convenzione formano un tutt'uno, sulla base di questo doppio riconoscimento formale.

Ma la problematica è più complessa di come talvolta la si rappresenta.

La questione aveva ricevuto echi anche nel corso del convegno dei Lincei sopra citato. Rodolfo Sacco ne aveva parlato – a proposito dei principi in generale – citando il Trattato istitutivo della CEE (l'allora art. 215, co. 2), che *per tabulas* inscriveva i principi tra le *fonti* del diritto comunitario (i principi sono regole giuridiche di secondo grado fondative dell'ordinamento comunitario)[15]; Angelo Falzea aveva sottolineato l'elevata assiologicità dei principi fondamentali[16] che "pur con la loro forte idealità sono regole di diritto positivo"; Pietro Rescigno a proposito dei principi inseriti nella Costituzione della Repubblica italiana, e nella misura in cui erano riconosciuti dalla comunità internazionale, aveva teorizzato che essi potevano persino costituire un limite alla sovranità nazionale[17]. Ma soprattutto avevano riconosciuto nei diritti fondamentali il rango e il ruolo di principi generali Giorgio Oppo e Luigi Mengoni. Oppo aveva sottolineato che i principi generali governano i comportamenti anche nell'ambito dell'autonomia privata: "i sommi valori sono (…) quelli della libertà, ugua-

[15] Si veda R. Sacco, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in *Atti dei convegni lincei (96), Convegno sul tema: I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio 1991)*, 163.

[16] Si veda A. Falzea, *Relazione introduttiva*, in ivi, cit., 25.

[17] Si veda P. Rescigno, *Relazione conclusiva*, in ivi, cit., 341.

glianza e solidarietà ("politica, economica, sociale") [citando per l'appunto l'art. 3 della Carta costituzionale italiana] e i primi principi che ne discendono sono quelli di pari autonomia dei consociati e dell'imputazione all'agente delle conseguenze, attive e passive, del comportamento"[18]. Mengoni aveva identificato i diritti inviolabili con i principi generali, precisando però che essi sono da coordinare con le altre norme-principio, perché la Costituzione è una tavola di valori che hanno spesso opposto significato, e quindi tra loro devono essere bilanciati. Ne veniva riaffermata la distinzione di Ronald Dworkin tra regole e principi effettuata in ordine alla loro funzione: le regole ammettono solo una pedissequa osservanza, i principi orientano l'interprete[19]; questi e quelle sono norme che differiscono non per la struttura ma per i loro effetti.

Tutti gli Autori citati ritenevano che i principi dovessero essere applicati anche *orizzontalmente*, si potessero applicare cioè non solo nei rapporti tra il cittadino e lo Stato, o tra il cittadino e le istituzioni dell'Unione europea, ma anche nei rapporti tra privati e quindi anche alla disciplina del contratto. Questa conclusione non è univoca nella dottrina di diritto comunitario, e neppure nell'orientamento degli interpreti del diritto civile e, in generale, del diritto europeo.

Per ragionare sulla produzione di effetti orizzontali dai diritti fondamentali/principi generali occorre procedere per segmenti successivi.

Ha ragione Hugh Collins quando sostiene che si possono capire meglio queste problematiche quando si viene da esperienze in cui la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico ha perso il suo rilievo plurisecolare, e quando in quelle esperienze si è affermato il processo di costituzionalizzazione del diritto privato[20].

Non si possono fare generalizzazioni.

Un conto sono le esperienze in cui si è verificato, prima ancora della formazione di un diritto europeo comune, il fenomeno della costituzionalizzazione del diritto privato. I modelli trainanti di questo modo di costruire il nuovo diritto civile e di ammodernarlo alla luce dei valori fondanti della società sono stati appunto il modello italiano, con il processo di costituzionalizzazione del diritto privato che inizia non dall'entrata in vigore della costituzione repubbli-

[18] Si veda G. Oppo, *L'esperienza privatistica*, in ivi, cit., 227.

[19] Si veda L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in ivi, cit., 325.

[20] Si veda H. Collins, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Paper No. 13/2011, ma v. anche S. Grundmann (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008; M.W. Hesselink, C. Mak, J.W. Rutgers, *Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Center for the Study of European Contract Law Working Papers Series No. 2009/05.

cana (1948), ma dai primi anni Sessanta; il modello tedesco, che anch'esso si delinea nello stesso torno d'anni (la Legge fondamentale è del 1949), e il modello spagnolo che si avvia subito dopo l'introduzione della nuova costituzione del 1978.

Altro conto sono le esperienze in cui i diritti umani/principi della Convenzione europea sono stati accolti dapprima sotto il profilo della efficacia delle convenzioni internazionali e poi come parte integrante dell'ordinamento costituzionale, oppure sotto forma di norma interna come è avvenuto con lo *Human Rights Act* in Inghilterra, tanto per richiamare le prime esemplificazioni che vengono in mente.

Altro conto ancora sono le esperienze in cui i valori sociali hanno consentito di superare la concezione borghese, formalmente egalitaria, dei rapporti tra privati, per dare accesso ai valori della persona, e non solo dunque alla tutela del consumatore, del lavoratore o del risparmiatore (che richiamano sempre un universo di natura economico-patrimoniale) ma anche alle discriminazioni e alle differenze di sesso, lingua, religione, etnia, etc.

4. *I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Mi occupo qui dei diritti fondamentali contenuti nella Carta, ma ovviamente il discorso involge tutto il dibattito sul riconoscimento in ambito europeo dei principi comuni riguardanti la persona diffusi e riconosciuti nelle Carte costituzionali dei Paesi Membri. Ed involge anche il rapporto tra la Carta dell'Unione e la Carta europea dei diritti dell'uomo, nonché il c.d. dialogo tra le Corti, la tutela multilivello dei diritti fondamentali, e il coordinamento delle pronunce delle Corti le quali con diversa competenza e con un raggio d'azione diverso si occupano della materia dei diritti fondamentali.

Proprio le pronunce delle Corti dimostrano che i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona.

L'esperienza ci insegna che, al di là delle formule più o meno rigorose e tecnicamente corrette, la funzione del diritto si esprime attraverso valori-principi-diritti e che la legittimazione di un principio può essere effettuata dai giudici nella loro attività di *ius dicere* sì che in così fare i diritti fondamentali diventano "diritto vivente".

Il mercato del lavoro, e quindi il contratto di lavoro, è stato il bersaglio più frequentemente colpito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla base di principi generali quali il principio di eguaglianza (qui sotto forma di

parità tra uomo e donna nel trattamento pensionistico), diritto fondamentale riconosciuto da tutte le Costituzioni moderne, e dalle prime dichiarazioni dei diritti. Si può leggere il testo anche nel senso inverso, e cioè come applicazione del principio di non discriminazione. Non è il caso in questa sede di passare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso *Bartsch* (Corte di giustizia CE, C 46/07, del 13 settembre 2008), o i casi di applicazione del principio di dignità della persona (Corte di giustizia CE, C 152/82, del 13 novembre 1990) o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materia di contratti è esemplare il caso *Omega Spielhallen* (Corte di giustizia CE, C 36/02, del 14 ottobre 2004) in cui si sono vietati giochi che usavano strumenti di elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio.

Più di recente nel caso (*Association Belge des Consommateurs Test-Achats*), in materia di contratti di assicurazione, la Corte di giustizia ha stabilito che l'art. 5 n. 2 della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne è invalido e quindi le clausole contenute nelle polizze assicurative che discriminano le donne, per età, rispetto agli uomini, sono nulle (Corte di giustizia UE, C 236/09, del primo marzo 2011)[21].

Un'analisi attenta dell'impatto dei diritti fondamentali sulla giurisprudenza delle corti dovrebbe includere la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e la giurisprudenza delle Corti supreme, oltre che ovviamente quella delle Corti costituzionali. Ma nell'economia di questa relazione si può fare rinvio alle raccolte che hanno accompagnato l'evoluzione della Corte di Strasburgo in materia, senza dimenticare però che quella Corte tende a considerare i diritti fondamentali più che come principi generali come posizioni soggettive forti che i singoli hanno diritto di rivendicare nei confronti degli Stati di cui sono cittadini od ospiti ottenendo però, come rimedio alla violazione, una condanna risarcitoria dello Stato violatore.

5. *Il dilemma del legislatore moderno*

È possibile costruire un corpus normativo autonomo, anche sotto forma di Regolamento, che si sottragga ai principi consacrati nella Carta dei diritti fondamentali, e quindi non includa tra i principi (anche direttivi) i principi della Carta?

[21] Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2012; in argomento v. L. Ruggeri (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012.

Le vie possibili per includere i principi della Carta tra i principi dei diritto contrattuale europeo, tra i principi del *Common Frame of Reference*, tra i principi del Regolamento sulla vendita, possono essere diverse:

(i) la più semplice è quella del richiamo diretto, anche senza la loro riproduzione;

(ii) la più naturale per il giurista che preferisce interpretare il testo piuttosto che non riscriverlo, è di considerare ogni testo (dai PECL al Regolamento) come necessariamente interpretato e applicato alla luce dei principi della Carta (e della convenzione, che vale come complesso di principi generali);

(iii) la più tradizionale consiste nel considerare i principi fondamentali come norme imperative, e quindi come norme che comunque debbono essere applicate.

In tutti questi casi l'applicazione di questi diritti/principi/norme ai rapporti tra privati può essere diretta.

In dottrina si trovano però posizioni diversificate.

Ad esempio Collins, a proposito della libertà contrattuale, sostiene che la soluzione può essere bustrofedica: se si dà maggior rilievo alla libertà di vincolarsi della persona, allora si possono limitare altre libertà, come quella che in materia lavoro imponesse di osservare un orario non rispettoso della salute; se si dà maggior valore alla dignità, le regole di lavoro contrarie alla salute e al riposo dovrebbero essere disapplicate e gli accordi contrattuali considerati in contrasto con i diritti fondamentali.

Hans Micklitz[22] segnala che tra i diritti fondamentali occorre tener conto anche dei diritti sociali, e che questi non sono però al sicuro: "*the expansion of social rights does not help to overcome the narrow boundaries of the EU competence on The Social*". E in un ragionamento più ampio che propone una rivisitazione delle fonti comunitarie, Micklitz vede nella combinazione di una Costituzione europea e di un codice civile europeo il quadro in cui si può davvero dare luogo ad un mercato integrato in cui non sono rilevanti solo i diritti individuali ma anche i diritti collettivi e trova pieno riconoscimento accanto al principio di dignità anche quello di solidarietà.

In una prospettiva più riduttiva e cauta Olga Cherednychenco preferisce parlare di complementarietà tra diritti fondamentali e disciplina del contratto: "*it is obvious* (dice in conclusione di un recente saggio) *that the complementarity between fundamental rights and contract law can only be achieved if the ECJ refrains from interfering in such cases by means of the fundamental rights*

[22] Si veda H.W. Micklitz, *Failure or Ideological Preconceptions-Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, EUI Working Papers Law 2010, 4, 5.

review of the provisions of the CFR or the interpretation of the general clauses contained therein"[23]. Ma la rilevanza dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto privato europeo e quindi della loro diretta applicazione nei rapporti di diritto contrattuale non è negata dall'Autrice, la quale pone allora una questione ulteriore: atteso questo assunto, il problema non consiste tanto nel loro riconoscimento all'interno del diritto contrattuale ma *fino a che punto* si debba spingere la protezione dei diritti fondamentali, quando gli interessi conflittuali delle parti richiedano un bilanciamento accettabile. In questo senso l'Autrice distingue, tenendo conto dei diversi modelli affermatisi nelle esperienze europee, un effetti diretto, un forte effetto indiretto, un debole effetto indiretto.

Ma siamo arrivati al dunque. Se si muove dal presupposto che la Carta dei diritti fondamentali sta alla base dell'intero ordinamento comunitario, anziché di complementarietà tra i diritti fondamentali e il diritto contrattuale europeo, si deve parlare di subordinazione di questo a quello, come correttamente sostiene Chantal Mak, ad esito di un'ampia e accurata ricerca comparatistica[24].

In fin dei conti, tutta la problematica dell'effetto diretto o indiretto dei diritti fondamentali o inviolabili che abbiamo registrato nelle esperienze di costituzionalizzazione del diritto privato, come si sono sviluppate in Italia e in Germania, si è riprodotta con molte assonanze anche per le regole della Convenzione europea sui diritti e le difficili scelte degli interpreti sono dovute a diverse ragioni: al fatto che la Convenzione è un atto internazionale che non si applica direttamente nell'ordinamento interno, che il testo non ha menzionato esplicitamente la *dignità* come valore che sostiene l'intero complesso dei diritti e delle libertà della persona, che la libertà della persona include la libertà contrattuale e questa può essere vista come un potenziamento dei o un limite ai diritti personali[25].

Il dilemma del legislatore moderno sta dunque in ciò: è più opportuno, ai fini della applicazione corretta e certa del diritto, ignorare i diritti fondamentali nelle disposizioni che regolano la disciplina generale del contratto, e tutelarli per via di interpretazione, oppure menzionarli in modo che, qualunque sia il processo interpretativo, sia garantita la loro tutela? Ovviamente, questo impli-

[23] Si veda O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2010, 6, 63.

[24] Si veda C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England,* Alphen aan der Rijn, 2008.

[25] Così R. Brownsword, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in R. Brownsword, H.W. Micklitz, L. Niglia, S. Weatherill (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland, 2011, 192.

ca una scelta di fondo e cioè che la libertà contrattuale non si possa spingere fino a legittimare la violazione di diritti fondamentali.

I redattori del DCFR hanno preferito, sulla base dei suggerimenti offerti da molti componenti del gruppo, inserire la menzione dei diritti fondamentali, anche se non si tratta di una tutela ampia e se i rimedi accordati per la loro violazione contrattuale consistono nel risarcimento del danno piuttosto che non nella nullità del contratto.

Tra i *principes directeurs* del nuovo progetto di riforma del diritto dei contratti diretto da François Terré si prevede una formula intermedia, mentre, nella versione precedente, ad opera di Pierre Catala, i diritti fondamentali erano ignorati. Si legge infatti all'art. 4 del Titre I "*Des Contrats*": "*On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensabile à la protection d'un intérèt sérieux et légitime*".

La proposta, proveniente da Georges Rouhette[26], è apprezzata da Carole Aubert de Vincelles[27], la quale sottolinea come essa riceva poi applicazione specifica all'art. 59 del progetto in materia di contenuto del contratto.

[26] Si veda G. Rouhette, *Regard sur l'avant-projet de réforme de droit des obligations*, in *Rev. dr. comp*., 2007, 4, 1393.

[27] Si veda C. Aubert de Vincelles, *Les principes généraux relatifs au droit des contrats*, in F. Terré (dir.), *Pour une réforme de droit des contrats*, Parigi, 2009, 115.

CLIMATE LITIGATION E RESPONSABILITÀ CIVILE DELLE IMPRESE PER DANNI DA EVENTI CLIMATICI: UN'ARMA SPUNTATA O UNA BOMBA A OROLOGERIA? IL CASO SHELL

Luisa Antoniolli

SOMMARIO: 1. Introduzione: cambiamento climatico e climate litigation. – 2. Il quadro normativo: un sistema multilivello. – 3. Il caso Shell e la responsabilità civile per danni da cambiamento climatico delle società multinazionali: un bicchiere mezzo pieno o mezzo vuoto? – 3.1. La decisione in primo grado della Corte distrettuale de L'Aja. – 3.2. La decisione della Corte di appello de L'Aja. – 3.2.1. Nesso di causalità fra cambiamento climatico e attività antropiche: l'impatto delle emissioni della Shell. – 3.2.2. Valutazione del quadro giuridico. – 3.2.3. Tipologie di emissioni e obblighi di riduzione. – 4. Osservazioni conclusive: un diritto transnazionale in fieri?

1. *Introduzione: cambiamento climatico e* climate litigation

Il fenomeno del cambiamento climatico si è imposto all'attenzione pubblica con drammatica forza ed evidenza nel corso degli ultimi anni, a causa della frequenza e della gravità degli eventi calamitosi verificatisi, e della consapevolezza dei pericoli e delle sfide che derivano dall'attuale fase dell'antropocene[1]. La comprensibile preoccupazione dell'opinione pubblica rischia però di concentrarsi sulla spettacolarizzazione degli eventi estremi, che catalizza l'attenzione generando paure, ma spesso non riesce ad affrontare gli snodi di un fenomeno altamente complesso, che richiede consapevolezza della sua dimensione sistemica per poter valutare i rischi e consentire risposte efficaci.

Negli ultimi cinquant'anni sono state soprattutto le cd. scienze 'dure' (fisica, chimica, biologia, meteorologia, geologia, informatica, ecc.) ad avere contribuito alla nascita e allo sviluppo delle discipline legate alla tutela ambientale. Esse hanno gradualmente costruito una solida impalcatura di evidenze scientifiche che hanno dimostrato inconfutabilmente il nesso causale fra attività antropiche e cambiamento climatico, nonostante la resistenza di una pletora di

[1] V. E.C. Ellis, *Anthropocene: A Very Short Introduction*, Oxford, 2018; E. Padoa Schioppa, *Antropocene. Una nuova epoca per la terra, una nuova sfida per l'umanità*, Bologna, 2021.

variopinti negazionismi. Il ruolo delle scienze sociali è intervenuto a valle, e a lato, di questo processo di accumulazione di conoscenza scientifica, giocando un ruolo altrettanto fondamentale, perché se le cause di questi fenomeni sono di natura antropica, è anche sul versante sociale che occorre intervenire per arginare e rimediare agli effetti negativi del cambiamento climatico. Nel contesto delle scienze sociali, il diritto a sua volta ha un compito cruciale per una molteplicità di aspetti: regolare le attività potenzialmente dannose proteggendo i diritti fondamentali che sono coinvolti, fornire strumenti per mediare fra costi e benefici di attività confliggenti, predisporre rimedi efficaci per i danni prodotti, definire strumenti di cooperazione sovranazionale ed internazionale che consentano di affrontare la dimensione intrinsecamente globale di questi fenomeni[2].

In questo breve scritto si affronterà il tema del ruolo del diritto nella gestione dei cambiamenti climatici da una prospettiva particolare, quella della cd. *climate litigation*, ovvero l'uso strategico delle controversie giudiziarie contro soggetti pubblici e privati, al fine di imporre la riduzione degli effetti negativi dell'aumento di temperatura attraverso il contenimento di emissioni di gas serra, che ne costituiscono una delle principali cause[3]. Si tratta di un fenomeno complesso, con caratteristiche diverse a seconda dei sistemi giuridici interessati, delle parti coinvolte, e delle circostanze specifiche dei casi. Tuttavia, è indubbio che si tratta di una tendenza significativa, testimoniata dal numero rapidamente crescente di controversie, dalla scala globale del fenomeno, e dalla rilevanza non solo giuridica, ma anche politica e sociale degli esiti di alcune di queste cause.

Per affrontare un tema così ampio in uno spazio ridotto si è scelto di partire da un importante caso deciso nell'aprile 2024 da una corte di appello olandese, *Shell v. Milieudefensie*, in cui cui vengono discussi approfondita-

[2] K.R. Gray, R. Tarasovsky, C. Carlarne (a cura di), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, 2016.

[3] Sul tema si veda UNEP, *Global Climate Litigation Report. 2023 Status Review*, Nairobi, 2023, https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2023-status-review; J. Setzer, C. Higham, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, giugno 2024; P. Martin, S.Z. Bigdeli, T. Daya-Winterbottom, W. du Plessis, A. Kennedy, (a cura di), *The Search for Environmental Justice*, Cheltenham, 2017; F. Scalia, *La giustizia climatica*, in *Federalismi.it*, 2021, 10. Le principali banche dati internazionali sul tema ad accesso libero sono la *Climate Change Laws of the World*, curata dalla London School of Economics (https://climate-laws.org/), e il *Climate Change Litigation Databases*, curato negli Stati Uniti dal Sabin Center for Climate Change Law (http://climatecasechart.com).

mente alcuni degli snodi paradigmatici della *climate litigation*. L'analisi del caso ci consentirà di svolgere alcune riflessioni sul ruolo del diritto, in particolare del diritto europeo e della comparazione giuridica, nell'emersione di un diritto ambientale transnazionale[4], con alcuni spunti riguardo alle possibili tendenze future.

2. *Il quadro normativo: un sistema multilivello*

In estrema sintesi, il quadro normativo su cui si basa la decisione della Corte di appello nel caso Shell integra una pluralità di fonti nazionali, europee, internazionali, ed anche alcuni importanti strumenti di *soft law*, che in vario modo incidono sulla regolamentazione delle emissioni collegate al cambiamento climatico.

Lo strumento principale in questo ambito è la Convenzione quadro ONU sul cambiamento climatico (UNFCCC) del 1992[5], che stabilisce un obbligo degli Stati di ridurre le emissioni di gas serra (*greenhouse gases* (GHG) in inglese), garantendo uno sviluppo economico sostenibile[6]. A questo fine è stato istituito un organo decisionale, la *Conference of the Parties* (COP), che si riunisce annualmente per stabilire i provvedimenti necessari per il raggiungimento degli obiettivi[7]. Inoltre, un ruolo importante è svolto dall'*International Panel*

[4] V. B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. Sindico. M.M. Mbengue (a cura di), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Berlino-Heidelberg, 2021, 593-619. V. Heyvaert, L.A. Duvic-Paoli, *Research Handbook on Transnational Environmental Law*, Londra, 2020; V. Heyvaert, *Transnational Environmental Regulation and Governance - Purpose, Strategies and Governance*, Cambridge, 2018.

[5] FCCC/INFORMAL/84, GE.05-62220 (E) 200705. I primi interventi in materia ambientale risalgono agli anni '70 del secolo scorso quando, dopo la Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano, è stato costituito lo *UN Environmental Program* (UNEP), al fine di affrontare in modo olistico le tematiche ambientali a livello mondiale.

[6] V. B. Mayer, *International law obligations on climate change*, Oxford, 2022; Id., *The International Law on Climate Change*, Cambridge, 2018; V. Popovski, *The Implementation of the Paris agreement on climate change*, Londra, 2019.

[7] Negli anni più vicini si sono avute alcune importanti novità, anche se le decisioni sono criticate come lente, farraginose ed insufficienti. Nella COP26 del 2021 tenutasi a Glasgow è stato approvato il *Glasgow Climate Pact*; nella successiva COP27 del 2022 a Sharm-el-Sheik è stato istituito il *Loss and Damage Fund*, un fondo di indennizzo per danni subiti dai paesi più vulnerabili; solo nel 2023, però, nella COP28 di Dubai, gli Stati hanno deciso un finanziamento di 700 milioni di dollari per il suo funzionamento. Infine, nella COP29 del 2024, tenutasi a Baku, è stata decisa la creazione di un fondo a carico dei paesi sviluppati di 300 miliardi di dollari annuali (con un obiettivo complessivo di 1,3 miliardi entro il 2035, attraverso un mix

on Climate Change (IPCC), istituito dall'ONU nel 1988 per raccogliere i dati scientifici elaborati a livello mondiale in questo settore, contribuendo a creare un quadro informativo completo ed affidabile. In questo contesto sono stati adottati prima il Protocollo di Kyoto del 1997[8], e successivamente l'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici del 2015[9], che ha fissato la soglia massima dell'aumento della temperatura rispetto ai valori preindustriali 'ben al di sotto dei 2°', puntando ad una soglia massima di 1,5°. Il raggiungimento di questo obiettivo deve essere garantito da piani nazionali *(nationally determined contributions*, NDCs) quinquennali. I destinatari principali di questi obblighi sono gli Stati, tuttavia si riconosce che anche attori privati, in primis società multinazionali ed associazioni ambientaliste, sono fondamentali per accelerare e consolidare il cambiamento necessario per invertire i processi di riscaldamento globale[10].

Gli obiettivi internazionali sono stati successivamente integrati anche nel quadro normativo dell'Unione europea, che a partire dagli anni '90 ha istituito una robusta politica ambientale, stabilita dai Trattati (art. 191 TFUE e art. 37 Carta dei diritti fondamentali) e attuata con un ampio numero di strumenti di diritto derivato e una copiosa giurisprudenza[11]. In questo contesto, è stato dapprima fissato un tetto massimo di emissioni di gas serra, attraverso la creazione di un meccanismo di scambio di quote di emissioni (*Emission Trading System*, ETS), introdotto nel 2003[12] ed ampliato nel 2023[13]. Ad esso si affianca

di fondi pubblici e privati) a vantaggio della transizione climatica per le economie dei paesi in via di sviluppo. Inoltre, sono state fissate alcune nuove regole per il miglioramento del sistema internazionale di commercio di emissioni (*emission trading system*), che fino ad oggi non ha prodotto risultati efficaci.

[8] FCCC/CP/1997/L.7/Add 1, 10 dicembre 1997. Il Protocollo è entrato in vigore nel 2005.

[9] ONU, Serie Trattati, vol. 3156 C.N.63.2016.TREATIES-XXVII.7.d, 16 febbraio 2016. L'Accordo, firmato nel dicembre 2015, è entrato in vigore nel 2016.

[10] Per un'analisi degli effetti dell'Accordo di Parigi sulla *climate litigation* si veda B.J. Preston, *The Influence of the Paris Agreement on Climate Litigation: Legal Obligations and Norms (Part I)*, in *Journal of Environmental Law*, 2021, 33, 1-32; Id., *The Influence of the Paris Agreement on Climate Litigation: Causation, Corporate Governance and Catalyst (Part II)*, in *Journal of Environmental Law*, 2021, 33, 227-256.

[11] Per un'analisi del diritto UE in matria ambientale si veda G. van Calster, L. Reins, *EU Environmental Law*, Londra, 2017; M. Peeters, M. Eliantonio (a cura di), *Research Handbook on EU Environmental Law*, Londra, 2020.

[12] Direttiva (CE) 2003/87, pubblicata in *GUUE* L 275/32 del 25 ottobre 2003, *che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità*.

[13] Direttiva (UE) 2023/959, pubblicata in *GUUE* L 130/52 del 16 maggio 2023. La direttiva del 2003 ha istituito un sistema di scambio di emissioni di gas serra, fissando un tetto massimo a livello europeo, e allocando ad ogni Stato un certo numero di quote, a loro volta assegna-

una fitta rete di normative in materia ambientale, particolarmente dopo il varo da parte della prima Commissione von der Leyen di un ambizioso piano di sostenibilità ambientale, il *Green Deal* del 2019[14]. Esso ha portato all'emanazione di numerose normative, fra cui la cd. Legge climatica europea del 2021[15], che ha recepito gli obiettivi dell'Accordo di Parigi, stabilendo una riduzione delle emissioni di gas serra nell'UE di almeno il 55% entro il 2030, e del 100% entro il 2050 rispetto ai livelli del 1990[16].

Il sistema giuridico olandese, in quanto parte dell'UE, si è allineato a questi standard normativi, adottando una legge per il clima, che è stata riformata nel 2023 in linea con i nuovi requisiti europei[17]. Sono stati inoltre stanziati fondi specifici (35 miliardi di Euro per il periodo 2023-2030) per finanziare interventi di riduzione e mitigazione del cambiamento climatico, riguardanti anche il settore energetico[18]. In questo quadro, il governo olandese ha concluso un accordo non vincolante (attraverso una 'Manifestazione di principi') con la

te alle imprese, che possono vendere o acquistare delle quote sul mercato. In altri termini, la possibilità di emettere è stata regolata fissando un prezzo e un tetto alle emissioni. La revisione della direttiva del 2023 ha abbassato il tetto complessivo di emissioni, allineandolo agli obiettivi dell'Accordo di Parigi, e allargando gli ambiti economici a cui si applica il sistema (fra cui anche i trasporti su strada e l'edilizia). A questo proposito si veda anche il pacchetto 'Fit for 55', che stabilisce una riduzione delle emissioni all'interno dell'ETS del 62% entro il 2030 rispetto al 2005. Inoltre, per impedire il fenomeno del 'carbon leakage', cioè la produzione di gas serra da parte di prodotti provenienti da Stati terzi con un regime meno rigoroso, l'UE ha adottato nel 2023 un regolamento che introduce il *Carbon Borders Adjustment Mechanism* (CBAM, Regolamento (UE) 2023/956, pubblicato in *GUUE* L 130/52 del 16 maggio 2023).

[14] Commissione europea, *Green Deal europeo*, COM(2019) 640 def, 11 dicembre 2019.

[15] Regolamento (UE) 2021/119, pubblicato in *GUUE* L 243/1 del 9 luglio 2021 *che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica*. Va ricordato che il 30% dei finanziamenti del bilancio pluriennale dell'UE ed il 30% dei finanziamenti straordinari per la ripresa post-pandemica contenuto nel Next Generation EU sono destinati a progetti 'verdi': v. Regolamento (UE) 2020/2093, pubblicato in *GUUE* L 433/11 del 17 dicembre 2020, *che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027*; Commissione europea, Comunicazione su *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, COM(2020) 456 def, 27 maggio 2020.

[16] Gli obiettivi sono stati articolati anche nel cd. pacchetto *Fit for 55*, comprendente una serie di misure per garantire la transizione climatica (in particolare per il settore energetico e del trasporto) ed anche la sua sostenibilità sociale, anche riguardo all'azione internazionale dell'UE, ad esempio per la gestione delle conseguenze del conflitto fra Russia e Ucraina, che ha pesantemente impattato sulla politica energetica dei paesi UE: Commissione europea, Comunicazione *"Pronti per il 55 %": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica'*, COM(2021) 550 def, 14 luglio 2021.

[17] Legge 23 luglio 2023, Staatsblad, 2023, 271.

[18] Staatsblad 2024, 16.

Shell, che prevede un impegno della società a ridurre le proprie emissioni sul territorio olandese.

A fronte dei vincoli imposti agli Stati da questo insieme di norme vengono in rilievo le norme che proteggono diritti individuali qualificati come diritti fondamentali (nel linguaggio costituzionale nazionale) o diritti umani (nel linguaggio del diritto internazionale), che possono essere violati da condotte attive o passive riguardanti la riduzione delle emissioni, sia da parte di soggetti privati che pubblici[19]. Nel contesto europeo è ormai consolidato l'orientamento che ritiene applicabili le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di cui tutti i paesi membri dell'UE sono parte), in particolare l'art. 2 in materia di diritto alla vita, e l'art. 8, che riguarda la tutela della vita privata e familiare, per la protezione dai rischi e dai danni derivanti dal cambiamento climatico[20]. Un analogo sviluppo si è avuto a livello internazionale, attraverso un'interpretazione delle norme in materia di diritti umani che vi ricomprende il diritto ad un ambiente pulito, salubre e sostenibile, in particolare attraverso le risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU e quelle dello UN Human Rights Council[21].

Anche in questo caso, sebbene i destinatari degli obblighi di protezione siano primariamente gli Stati e gli enti pubblici, questi possono gravare anche su soggetti privati, facendo leva sui cd. effetti indiretti orizzontali dei diritti fondamentali/umani.

Per quanto riguarda le azioni delle imprese, a livello europeo il *Green Deal* ha portato all'emanazione di due importanti strumenti di controllo delle imprese multinazionali: la direttiva del 2022 in materia di *corporate sustainability reporting*[22], che obbliga le imprese di grandi dimensioni a predisporre annualmente dei rapporti di sostenibilità, che comprendono anche gli obblighi di riduzione delle emissioni; e la direttiva del 2024 in materia di *corporate sustainability due diligence*[23], che impone ad alcune categorie di grandi imprese degli obblighi di pianificazione e rendicontazione in materia di tutela dei diritti umani e dell'ambiente, che prevedono la formulazione di piani di transizione anche per la mitigazione del cambiamento climatico, la cui violazione porta a

[19] V. J.H. Knox, R. Pejan (a cura di), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, 2018.

[20] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz*, 53600/20, 9 aprile 2024; caso *Urgenda*, Corte suprema dei Paesi Bassi, ECLI:NL:HR:2019:2006, Nederlands Juristenblad 2020/41.

[21] V. *The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, Human Rights Council Resolution 8 ottobre 2021, 48/13, A/HRD/Res/48/13; UN General Assembly, *The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, 1 agosto 2022, A/RES/76/300.

[22] Direttiva (UE) 2022/2464, pubblicata in *GUUE* L 322/15 del 16 dicembre 2022.

[23] Direttiva (UE) 2024/1760, pubblicata in *GUUE* L 1/58 del 5 luglio 2024.

sanzioni anche di tipo civile. Va segnalato che, a causa delle recenti tensioni internazionali, politiche ed economiche, la Commissione UE ha deciso di presentare una proposta di revisione della direttiva del 2024 (cd. proposta Omnibus), che estenderebbe i termini di applicazione degli obblighi e ridurrebbe e semplificherebbe gli oneri a carico delle imprese interessate[24].

In questo contesto vengono in rilievo le norme nazionali in materia di responsabilità civile[25], nel diritto olandese in particolare l'art. 6.162 Codice civile, che si basa su una clausola generale di diligenza (*duty of care*), la cui applicazione tiene conto di una serie di elementi normativi e delle circostanze specifiche di ogni caso.

Per quanto riguarda le azioni di soggetti privati quali le società multinazionali, hanno assunto grande rilevanza anche alcuni strumenti internazionali di *soft law*, che fissano standard di condotta che le imprese possono adottare su base volontaria. I più importanti sono i *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, adottati dallo UN Human Rights Council nel 2011[26], e le *Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Conduct*, adottate dall'OCSE/OECD nel 2011 e modificate nel 2023[27], che impongono doveri di protezione dei diritti umani (art. 11 UNGP e Ch. IV OECD Guidelines), anche attraverso la valutazione dell'impatto delle proprie attività (*human rights due diligence*) e l'adozione di azioni di prevenzione e mitigazione dei danni[28].

Infine, un ultimo aspetto di grande rilevanza pratica è quello delle norme in tema di legittimazione ad agire. Data la dimensione collettiva dei danni derivanti dai cambiamenti climatici, è assai frequente il caso in cui i proponenti delle azioni giudiziarie sono soggetti collettivi, come associazioni o fondazioni (*non-governamental organizations*, NGOs). Nel sistema olandese questo è possibile grazie ad una specifica norma del Codice civile, l'art. 3:305a, che consente alle fondazioni o associazioni aventi capacità di agire di intentare una *public interest litigation* a tutela di interessi meta-individuali omogenei[29].

[24] Si vedano le proposte della Commissione UE, COM(2025) 80 final, e COM(2025) 81 final, del 26 febbraio 2025.

[25] Per un'analisi dell'impatto delle regole di diritto privato nell'ambito della tutela ambientale si veda il numero del 2021 dell'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (a cura di B. Pozzo) su *Diritto privato e tutela dell'ambiente*.

[26] Testo disponibile online.

[27] Testo disponibile online.

[28] Altri strumenti rilevanti in ambito internazionale sono lo *UN Global Compact* del 2000, in materia di *corporate sustainability* e *social responsibility*, che ha fissato i cd. *Sustainable Development Goals* (il cui n. 13 riguarda l'azione in materia di clima); le *Net Zero Guidelines* dell'International Organisation for Standardisation (ISO) del 2022; gli *Oslo Principles on Global Climate Change* del 2015, integrati dai *Principles on Climate Obligations of Enterprises*.

[29] Questa possibilità non è prevista in tutti i sistemi giuridici europei, ed è un fattore impor-

3. *Il caso Shell e la responsabilità civile per danni da cambiamento climatico delle società multinazionali: un bicchiere mezzo pieno o mezzo vuoto?*

Il caso Shell è un tassello importante della *climate litigation* a livello mondiale, perché affronta il tema spinoso se obblighi di riduzione delle emissioni di gas serra giuridicamente vincolanti possano gravare anche su soggetti privati, in particolare le grandi imprese multinazionali energetiche, che giocano un ruolo chiave nell'economia dei combustibili fossili, una delle principali (anche se non l'unica) cause dell'aumento globale della temperatura. Inoltre, la discussione riguarda le fonti di tali obblighi, con una ricognizione esaustiva di fonti nazionali, regionali (in particolare il diritto UE), internazionali, ed anche di *soft law*, nonché l'apparato rimediale utilizzabile in questo contesto, in particolare il risarcimento in forma specifica. Infine, la decisione mette in luce un elemento già consolidato nel panorama globale, ovvero il ruolo centrale svolto dalle associazioni ambientaliste nell'utilizzo della *litigation* come uno strumento di cambiamento normativo, la cd. strategia di 'regulation through litigation'.[30] Cercheremo di evidenziare luci ed ombre di questa decisione, cogliendone alcuni riflessi più generali.

3.1. *La decisione in primo grado della Corte distrettuale de L'Aja*

Alcune associazioni ambientaliste olandesi, capeggiate da Mielieudefensie, hanno utilizzato lo strumento processuale della *public interest litigation* (art. 305a del Codice civile olandese) per richiedere alla Corte distrettuale de L'Aja di stabilire la responsabilità civile della Royal Dutch Shell (società controllante il gruppo Shell) per i danni da essa cagionati dal mancato rispetto degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra secondo quanto stabilito dalle norme vigenti.

Nella decisione del maggio 2021[31], la corte ha stabilito l'esistenza di una responsabilità della società, e ha stabilito l'obbligo di ridurre le sue emissioni di gas serra. Tale responsabilità è stata dedotta dall'applicazione delle regole

tante della diversità di risposte giurisdizionali alle cause intentate da associazioni ambientaliste. In alcuni sistemi, fra cui quello italiano, sono ammesse le *class actions*, cioè azioni in cui alcuni soggetti agiscono in rappresentanza di una classe di soggetti che vantano diritti analoghi rispetto ad una medesima fattispecie.

[30] Si veda il sito di Milieudefensie dedicato al caso Shell: https://en.milieudefensie.nl/.

[31] Corte distrettuale de L'Aia, *Vereniging Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell*, 26 maggio 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339. V. C. Macchi, J. van Zeben, *Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. V. Royal Dutch Shell*, in *Rev. Eur. Comp. Int. Envir. Law*, 2021, 409-415; O. Spijkers, *Friends of the Earth Netherlands (Milieudefensie) v Royal Dutch Shell*, in *Chinese J. Envir. L.*, 2021, 237-256.

del Codice civile olandese in materia di responsabilità civile (art. 6:162), in combinato disposto con le norme del Regolamento UE Roma II in materia di obbligazioni non contrattuali transfrontaliere,[32] che stabilisce l'applicazione del diritto del paese in cui il danno si manifesta (art. 7). L'interpretazione della clausola generale del dovere di diligenza (*duty of care*) proprio del regime di responsabilità civile olandese è stata effettuata in modo da dare rilievo ad una molteplicità di fonti di vari livelli e natura: in primo luogo quelle internazionali, in particolare la Convenzione quadro ONU del 1992 sul cambiamento climatico e l'Accordo di Parigi del 2015; in secondo luogo, quelle del diritto europeo, ovvero le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che riguardano il diritto alla vita e il rispetto della vita privata e familiare (artt. 2 e 8) e la relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché le norme di diritto primario e secondario UE in materia di tutela ambientale, cambiamento climatico e di diritti fondamentali; in terzo luogo, e questo è un dato molto significativo, la Corte utilizza estesamente alcuni strumenti di *soft law*, in particolare i rapporti scientifici dell'International Panel on Climate Change, insieme agli *UN Principles on Business and Human Rights* (UNGP) e le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*.

Gli obblighi di riduzione delle emissioni a carico della Shell sono stati valutati facendo riferimento alle soglie fissate nei rapporti IPCC[33] per contenere il riscaldamento della temperatura globale entro la soglia di 1,5° rispetto ai valori preindustriali (trasfuse poi nella legislazione UE e in quella olandese). In particolare, la Corte, ha stabilito l'obbligo di ridurre le emissioni del 45% rispetto al 2019 entro il 2030, e del 100% entro il 2050.

È importante notare che nella pronuncia la corte ha differenziato tre tipi di emissioni, secondo quanto stabilito nel *Greenhouse Gas Protocol*[34]: le emissioni primarie (*Scope 1 emissions*), prodotte da fonti di proprietà della società,

[32] Regolamento (CE) 864/2007, pubblicato in GUUE L 199/40 dell'11 luglio 2007 *sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali* ("Roma II").

[33] Si veda il sito dell'*International Panel on Climate Change*: https://www.ipcc.ch/. Informazioni dettagliate ed aggiornate sulle azioni degli Stati per la riduzione delle emissioni dei gas serra si trovano anche sul sito di *Climate Action Tracker*, un *think tank* indipendente: https://climateactiontracker.org/.

[34] Il *Greenhouse Gas Protocol* è stato introdotto nel 2001 dal *World Resources Institute e dal World Business Council for Sustainable Development* per consentire alle imprese di misurare e gestire in maniera standardizzata le proprie emissioni: https://ghgprotocol.org/. Gli standard fissati nel protocollo sono quelli più utilizzati a livello globale per la determinazione e la rendicontazione delle emissioni di governi, imprese ed altre entità, ed è utilizzato anche dalla Shell per le proprie attività.

o controllate dalla società; quelle secondarie (*Scope 2 emissions*), prodotte da soggetti terzi da cui la società ha acquistato energia; quelle terziarie (*Scope 3 emissions*), cioè tutte le emissioni prodotte da soggetti terzi, compresi i consumatori finali, indirettamente riconducibili alle attività della società. Secondo la corte, nel caso di emissioni del tipo 1 e 2 l'obbligo di riduzione costituisce un'obbligazione di risultato, quindi in caso di mancato raggiungimento della soglia stabilita sussiste una violazione sanzionabile. Per quanto riguarda invece le emissioni di tipo 3, data la loro diversa natura, la corte ha stabilito che si tratti di un'obbligazione di mezzi (*best effort obligation*) per la Shell, il che significa che in caso di mancato raggiungimento dei risultati la società può dimostrare di aver fatto tutto il possibile ed evitare la responsabilità. Va sottolineato che le emissioni del gruppo Shell sono per la stragrande maggioranza del tipo 3 (85% nel 2018), il che introduce un elemento di debolezza sul piano rimediale in una decisione che, comunque, ha avuto una portata epocale.

3.2. *La decisione della Corte d'appello de L'Aja*

La risposta della Shell alla decisione non si è fatta attendere. Oltre ad aver spostato la propria sede legale dai Paesi Bassi al Regno Unito (le cui corti sono notoriamente più rigide in materia di responsabilità ambientale)[35], la società ha impugnato in appello la sentenza di primo grado, contestando in toto la valutazione della corte riguardo agli obblighi di riduzione delle emissioni.

Nel novembre 2024 la Corte di appello de L'Aja ha accolto tutte le richieste della Shell, stabilendo la totale assenza di obblighi di riduzione a carico della multinazionale[36].

Se l'esito appare assai netto (fumata bianca in primo grado, fumata nera in appello), le argomentazioni della corte, molto elaborate ed esaustive, ci forniscono un quadro più articolato, in cui alcuni capisaldi della teoria che imputa

[35] Nel luglio 2023 la *High Court* ha rigettato una richiesta di imporre alla Shell l'adozione di un piano climatico più stringente: *Client Earth v. Shell*, [2023] EWHC 1897 (Ch).

[36] Corte d'appello de L'Aja, *Shell Foundation for Environment and People v. Environmental Defense Association et al.*, 12 novembre 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2100. Per i primi commenti si veda J. Lin, *Milieudefensie et al. v. Shell: Analysis and Commentary of the Hague Court of Appeal's Decision*, Centre for International Law, National University of Singapore, 18 novembre 2024, testo disponibile online; A. Nollkaemper, *Lessons of a Landmark Lost. The Judgment of the Hague Court of Appeal in Shell v Milieudefensie*, in *Verfassungsblog*, 12 novembre 2024, testo disponibile online. La decisione è stata ovviamente accolta con soddisfazione dalla Shell: *"We are pleased with the court's decision, which we believe is the right one for the global energy transition, the Netherlands and our company": Shell welcomes Dutch Court of Appeal ruling*, 12 novembre 2024, testo disponibile online.

anche alle imprese un obbligo di riduzione vengono non solo confermati, ma espressi in maniera ancora più netta. Tuttavia, la loro applicazione al caso di specie porta ad escludere la possibilità per la corte di ordinare una riduzione delle emissioni, di qualsivoglia entità. Cercheremo ora di delineare sinteticamente i punti salienti degli argomenti alla base della decisione.

3.2.1. Rapporto di causalità fra cambiamento climatico e attività antropiche: l'impatto delle emissioni della Shell

In apertura, basandosi sui dati e le valutazioni dell'IPCC[37], la Corte d'appello ribadisce il legame fra riscaldamento globale e attività antropiche, e l'aumento esponenziale dei rischi ambientali ed umani connessi, da cui discende la necessità di accelerare gli interventi che consentano di invertire la tendenza e portare rapidamente alla neutralità climatica (*net zero*). Fra questi, la Corte riconosce la rilevanza di ridurre drasticamente la produzione ed il consumo di carbone, petrolio e gas, cosa che non sta invece accadendo[38]. Ciò vale anche per i Paesi Bassi, il cui livello di emissioni è addirittura più alto della media dei paesi industrializzati, e che sono soggetti a rischi particolarmente gravi, legati all'innalzamento del livello del mare e ai rischi di inondazione dei territori limitrofi.

Sulla base di questi elementi, la Corte passa ad analizzare la situazione della Shell: la maggior parte delle sue vendite di energia riguarda prodotti petroliferi (48% nel 2023) e gas (43%), mentre non produce né vende carbone. L'impatto

[37] V. IPCC *Synthesis Report Climate Change 2023*, in cui si scrive che "*There is a rapidly closing window of opportunity to secure a liveable and sutainable future for all*", basata su adattamento e mitigazione attraverso la cooperazione internazionale e un adeguato finanziamento delle azioni. Secondo l'IPCC, "*The choices and actions implemented in this decade will have impacts now and for thousands of years*": https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle/.

[38] Il rapporto per il 2023 dello United Nation Environment Programme (UNEP) rileva che le attuali politiche climatiche dei paesi membri dello UNFCCC sono ampiamente insufficienti, e porteranno, se non modificate, ad un aumento medio della temperatura di oltre 2,7°. Secondo il Rapporto 2021 dell'UNEP, il rispetto all'obiettivo previsto dell'1,5°, richiederebbe una decrescita media annua dell'11% del carbone, del 4% per il petrolio, e del 3% per il gas: https://www.unep.org/resources/annual-report-2023. Uno scenario simile si trova nei rapporti dell'International Energy Agency (IEA), i cui rapporti *World Energy Outlook* del 2021 e del 2023 prevedono una drastica riduzione delle emissioni entro il 2030 rispetto al 2019, pari al 60% per il carbone, al 28% per il petrolio, e al 23% per il gas. Inoltre (e questo è un elemento rilevante nella sentenza Shell), i rapporti stabiliscono che gli obiettivi impongano di eliminare completamente gli investimenti in nuove infrastrutture per i combustibili fossili, e impedire l'apertura di nuovi giacimenti e miniere per l'estrazione, compreso l'ampliamento di quelli già esistenti. Si veda https://www.iea.org/search?q=world%20energy%20outlook.

a livello globale è molto significativo, dato che il gruppo Shell è uno dei più grandi gruppi mondiali petroliferi ed energetici, con un conglomerato di oltre 1.100 società controllate.

A partire dagli anni '80 la Shell ha pubblicato una serie di documenti in cui si è impegnata a ridurre le emissioni di gas serra (quelle proprie ed anche quelle dei propri clienti), rafforzando gli investimenti in energie rinnovabili. In un rapporto del 2018 (*Sky Report*)[39] la società ha stabilito che la neutralità climatica nelle proprie attività sarebbe stata raggiunta nel 2070, cioè con un ritardo di 20 anni rispetto agli obiettivi stabiliti a livello internazionale. Successivamente, la società ha pianificato di eliminare le emissioni di tipo 1 e 2 entro il 2050 (*Responsible Investment Annual Briefing*, 2020)[40], e di ridurre le emissioni di tipo 3 del 45% rispetto al 2016 entro il 2035, eliminandole entro il 2050 (*Shell's Energy Transition Strategy*, 2024)[41]. Inoltre, dai rapporti periodici della società in materia di cambiamento climatico risulta che circa il 95% delle sue emissioni di gas serra sono di tipo 3, di cui circa un terzo prodotto direttamente dalla Shell, il restante da fornitori terzi legati contrattualmente ad essa.

Al contempo, la Shell prevede di mantenere invariata la propria produzione di petrolio fino al 2030, e di investire circa 40 miliardi di dollari entro il 2025 per attività legate alla produzione di petrolio e gas (comprensive di attivazione di nuovi giacimenti), contro i 10-15 miliardi di dollari di investimenti per fonti di energia a basse emissioni.

3.2.2. Valutazione del quadro giuridico

Verificata la posizione della Shell nel mercato energetico mondiale, la Corte di appello passa ad analizzare gli snodi giuridici del caso, aggiornando il quadro normativo nazionale e sovranazionale tratteggiato nella decisione di primo grado, che è stato significativamente rafforzato nei tre anni trascorsi, enfatizzandone alcuni elementi[42].

[39] Si veda https://reports.shell.com/sustainability-report/2018/sustainable-energy-future/climate-change-and-energy-transition.html.

[40] Testo disponibile online (https://www.shell.com/investors).

[41] Testo disponibile online (https://www.shell.com/sustainability.html). Nel 2023 Shell ha comunicato di volere portare al 50% entro il 2025 la spesa per prodotti e servizi a bassa o nulla intensità di emissioni (*Powering Progress Strategy* 2023). Complessivamente, la percentuale di vendita di prodotti petroliferi si è ridotta nel tempo, ma quella del gas è aumentata (dal 39% nel 2016 al 43% nel 2023), anche a causa della crisi del mercato energetico dovuta alla guerra in Ucraina.

[42] Fra la pronuncia di primo grado nel 2021 e quella di appello nel 2024, infatti, vi sono importanti novità, sia di *hard law* che *soft law*, fra cui la revisione del *Climate Act* olandese del

In primo luogo, la corte conferma la decisione di primo grado riguardo alla legittimazione ad agire di Milieudefensie e delle altre associazioni ricorrenti, in quanto gli interessi degli abitanti attuali e futuri dei Paesi Bassi sono sostanzialmente simili e possono quindi essere raggruppati (*pooling*), anche al fine di garantire il diritto ad una protezione giuridica efficace. A questo proposito, la corte rigetta l'argomento della Shell che la richiesta degli attori riguardi un tema politico che esula dalla competenza delle corti, rilevando che "*For the purpose of the cause of action, it is sufficient to establish (…) that Shell has a legal obligation to reduce its CO2 emissions. If such a legal obligation can be identified, the fact that political choices must be made to combat dangerous climate change and the fact that not everyone will agree on those choices, do not stand in the way of the admissibility of a collective claim*" (punto 6.8).

La sussistenza di una responsabilità della Shell per violazione dello standard di diligenza (*social standard of care*, art. 6:162) viene valutata dalla corte in riferimento agli articoli 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nello stabilire l'esistenza di un nesso di causalità fra il cambiamento climatico e la violazione dei diritti fondamentali, la corte richiama alcuni *leading cases* in materia, innanzitutto il caso *Urgenda* della Corte suprema olandese del 2019, e il recente caso *Klimaseniorinnen* dell'aprile 2024 della Corte europea dei diritti dell'uomo[43], decisioni che hanno entrambe stabilito un obbligo a carico degli Stati di proteggere i loro cittadini dagli effetti negativi del cambiamento climatico che impattano la vita, la salute, il benessere e la qualità della vita, imponendo di mettere in atto azioni anche di natura normativa, di prevenzione, mitigazione e adattamento. A sostegno di questa conclusione la corte richiama inoltre una serie di decisioni a livello mondiale, con un approccio comparato che appare particolarmente significativo[44]. L'attenzione della corte olandese si appunta anche sul sistema normativo delle Nazioni Unite, nel settore del cambiamento climatico, e più in generale della protezione ambientale. In particolare, la corte richiama la Risoluzione 48/13 dello Human Rights Council dell'ottobre 2021 e la Risoluzione 76/300 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del luglio 2022[45], che riconoscono l'esistenza di un diritto umano ad un ambiente pulito, salubre e sostenibile, richiedendo agli Stati di agire in

2023, che prevede l'azzeramento delle emissioni di gas serra entro il 2050 e la riduzione del 55% entro il 2030, in linea con quanto richiesto a livello di UE dal *Green Deal* e dalla *European Climate Law* del 2021.

[43] V. *supra* nota 20.

[44] La Corte d'appello richiama una serie di casi decisi nell'ultimo decennio da corti del Pakistan, della Colombia, del Brasile, degli Stati Uniti, dell'India (punto 7.12).

[45] V. supra nota 21.

modo coordinato nel quadro di tutti gli strumenti internazionali per tutelare tale diritto[46]. La corte conclude quindi che "*there can be no doubt that protection from dangerous climate change is a human right. It is recongnised worldwide that states have an obligation to protect their citizens from the adverse effects of dangerous climate change*" (punto 7.17).

La protezione di questo diritto fondamentale è primariamente compito degli Stati, dato che "*It is primarily up to legislators and governments to take measures to minimise dangerous climate change*". Tuttavia, questo non implica assolutamente che altri attori rilevanti, come le imprese energetiche multinazionali, siano esclusi: "*companies, including Shell, may also have a responsibility to take measures*" (punto 7.17). Lo snodo cruciale dell'estensione degli obblighi dai poteri pubblici a soggetti privati si basa sulla teoria degli effetti orizzontali indiretti (*indirect horizontal effect*) dei diritti umani[47].

Un ulteriore importante tassello è costituito dagli strumenti internazionali di *soft law*, soprattutto gli *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* e le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*[48], e dagli obblighi in essi stabiliti di valutazione di impatto che riguardano il monitoraggio, la prevenzione e la mitigazione di rischi di violazioni. In particolare, la versione del 2023 delle *OECD Guidelines* introduce delle previsioni specifiche in materia di protezione ambientale e cambiamento climatico (Ch. VI), stabilendo che "*enterprises should conduct their activities in a manner that takes due account of the need to protect the environment (…) and contributes to the wider goal of sustainable development*". A questo fine, le imprese devono avere un sistema di gestione ambientale adeguato alle attività, comprendente una valutazione dei rischi ambientali (*risk-based due diligence*),

[46] Nel marzo 2022 l'Assemblea Generale ONU ha deciso di richiedere alla Corte internazionale di giustizia un parere riguardo al contenuto degli obblighi di protezione riguardo alle emissioni di gas serra a carico degli Stati in base al diritto internazionale, e il tipo di conseguenze per altri Stati ed individui in caso di loro violazione. La richiesta è stata presentata il 12 aprile 2023. I pareri della Corte non sono vincolanti, ma è chiaro che la pronuncia in questa materia avrà degli effetti molto rilevanti per l'azione dei governi, delle corti e dei privati.

[47] È interessante notare che la corte rileva che in generale nel diritto olandese i diritti fondamentali non hanno effetti orizzontali; tuttavia, conclude che "*values embodied in fundamental rights are of such great importance to society as a whole that such rights can also be invoked, at least to some extent, by citizens in their relationship with a private company*" (punto 7.18).

[48] La sentenza fa riferimento anche ad altri documenti che stabiliscono una responsabilità delle imprese relativamente al mutamento climatico, soprattutto a livello di Nazioni Unite (come il *Global Compact* del 2000 e il rapporto dello *High-level expert group on the next zero emissions commitments of non-state entities*), ma anche di altre istituzioni: v. punto 7.23.

l'interazione con i potenziali soggetti danneggiati (*stakeholders*), l'adozione di misure di prevenzione e limitazione dei danni, e infine la promozione di una maggiore consapevolezza ambientale nei propri clienti, fornendo informazioni complete e corrette[49].

Shell ha formalmente dichiarato di applicare volontariamente entrambi gli strumenti, perciò la corte ritiene che, pur trattandosi di strumenti non vincolanti, essi possono essere presi in considerazione per definire il contenuto della clausola generale del dovere di diligenza in riferimento alla determinazione dell'eventuale responsabilità civile (punto 7.24).

La determinazione in concreto dipende da una serie di fattori, quali la gravità del rischio, il ruolo dell'impresa nel determinare il rischio, e la sua capacità di intervenire per limitarlo. A questo proposito, la corte di esprime in termini molto perentori: "*there is no doubt that the climate problem is the greatest issue of our time. (…) It is an established fact that fossil fuel consumption is largely responsible for creating the climate problem and that addressing climate change is something that cannot wait. (…) everyone has a responsibility, (…) the focus does not lie exclusively on states. Especially companies whose products have contributed to the creation of the climate problem and have it in their power to contribute to combating it are obliged to do so vis-à-vis other inhabitants of the earth, even when (public law) rules do not necessarily compel them to do so.*" (punto 7.26). Ne discende che "*companies like Shell (…) have an obligation to limit CO2 emissions. (…) Companies like Shell thus have their own responsibility in achieving the targets of the Paris Agreement*" (punto 7.27).

La formulazione di un obbligo di riduzione delle emissioni a carico della Shell non potrebbe essere più netta. Tuttavia, come dice l'adagio, il diavolo sta nel dettaglio, e nelle maglie dei dettagli normativi si annidano gli elementi che portano la corte a concludere che la decisione della corte di primo grado di imporre un obbligo di riduzione è scorretta e va quindi annullata. Quali sono questi 'dettagli'? Sono principalmente quelli derivanti dal quadro normativo dell'UE, frutto dell'attivismo normativo collegato allo *European Grean Deal* del 2019, che impatta significativamente sulle grandi società con elevati livelli di emissioni di gas serra, quale Shell: la direttiva in materia di scambio di emissioni di gas serra (*EU emissions trading system*, ETS, introdotto nel 2003 e modificato nel 2023)[50].

[49] Le *Guidelines* specificano inoltre che le imprese devono utilizzare le migliori tecnologie disponibili per produrre beni e servizi con il minor impatto negativo possibile sull'ambiente (anche garantendo la durabilità, riparabilità e riciclabilità dei prodotti).

[50] In appello Milieudefensie ha sostenuto che solo una quota limitata delle emissioni

Inoltre, rileva la direttiva in materia di *Corporate Sustainability Reporting* (CSRD) del 2022[51] integrata dalla recente direttiva in materia di *Corporate Sustainability Due Diligence* (CSDDD) del giugno 2024, il cui termine di recepimento non è ancora scaduto[52]. Per quanto riguarda i doveri di *corporate sustainability reporting*, Shell è tenuta a redigere annualmente un *sustainability report* contenente gli obiettivi di riduzione delle emissioni (tutte, cioè di tipo 1, 2 e 3) e le relative tempistiche. Tuttavia, secondo la corte, "*no (direct) reduction obligations for Shell arise from this directive*" (punto 7.41). Riguardo agli obblighi di *corporate sustainability due diligence* introdotti dalla direttiva del 2024, che dovrebbe essere applicata dal 2026, questi coprono tutti gli effetti negativi delle attività di impresa che incidono sui diritti umani e sull'ambiente, e possono comportare anche una responsabilità civile in caso di violazione. La direttiva impone alle imprese interessate di redigere un *climate transition plan*[53], e agli Stati di verificare che ciò avvenga correttamente. Tuttavia, la corte rileva che, secondo quanto espresso nel considerando 73 del Preambolo della direttiva, si tratta di obblighi di mezzi, non di risultato, e che, data la complessità dei problemi climatici, le imprese possono in specifiche circostanze non essere in grado di raggiungere gli obiettivi fissati "*where this is no longer reasonable*" (punto 7.43).

L'affermazione è anomala da più punti di vista: in primo luogo, perché da un punto di vista giuridico i considerando non sono parte della direttiva, quin-

della Shell è coperta dal meccanismo ETS europeo, mentre Shell rileva che la riforma del sistema del 2023 riguarda una quota molto rilevante delle sue emissioni di tipo 3, pari a circa il 75%. Il punto è rilevante, perché in primo grado la corte ha stabilito che per le emissioni sottoposte al regime dello ETS vi è un 'indemnifying effects', che elimina ulteriori obblighi di mitigazione, essendo già presi in considerazione nei livelli di emissioni generali (v. punto 7.32 della sentenza). Secondo la Corte d'appello "*The EU ETS system does not achieve the reduction of CO2 emissions by forcing companies to reduce their emissions by a certain percentage. The goal is achieved through an emissions cap combined with freely tradable emission allowances*" (punto 7.35).

[51] Direttiva (UE) 2022/2464, pubblicata in *GUUE* L 322/15 del 14 dicembre 2022.

[52] Direttiva (UE) 2024/176, pubblicata in *GUUE* L 2024/1760 del 13 giugno 2024. Il termine di recepimento nazionale è il 2026, le norme si applicheranno alle imprese entro il 2029, a seconda delle dimensioni e del fatturato. In caso di violazione di diritti individuali le imprese sono soggette alle sanzioni previste dalla legislazione nazionale (amministrative e/o penali), oltre alla responsabilità civile, in caso di danni a persone fisiche o giuridiche. Una proposta di revisione della Commissione del febbraio 2025 (cfr. proposta Omnibus, cit.) mira a posticipare il termine di recepimento al 2027.

[53] Art. 22 CSDDD: il piano deve fissare degli obiettivi quinquennali di riduzione delle emissioni (di tutte le emissioni, di tipo 1, 2 e 3) basandoli sui dati scientifici dello IPCC e dello *European Scientific Advisory Board on Climate Change*.

di non sono delle norme, ma solo un ausilio interpretativo delle norme vere e proprie della direttiva; inoltre, non è affatto chiaro cosa intende la corte quando riprende l'espressione del considerando che in caso di un obbligo di mezzi il mancato raggiungimento degli obiettivi fissati può essere giustificato se 'non è più ragionevole'. In secondo luogo, le norme della direttiva stabiliscono una responsabilità civile dell'impresa e il diritto al pieno risarcimento per i danni causati alle persone fisiche e giuridiche (art. 29). Infine, dato che il termine per il recepimento per la direttiva è ancora pendente al momento della sentenza, la corte non è tenuta ad applicarne le norme. Tutta la discussione riguardo alla qualificazione degli obblighi come obblighi di mezzi è quindi un *obiter dictum*. Tuttavia, è un *obiter* molto pesante, perché fissa un canone interpretativo che potrà essere utilizzato dopo che la direttiva sarà stata trasposta, preannunciando una diluzione degli obblighi delle imprese in base al contenuto del considerando.

Sulla base di queste argomentazioni la conclusione per la corte è che "*Shell will be subject to an obligation to prepare a climate transition plan (…). However, the plan need not necessarily include an absolute reduction commitment (…) for scope 1, 2 and 3. The text of the preamble to the directive suggests some flexibility for companies to periodically adjust their own targets to market conditions.*" (punto 7.46); "*The climate legislation discussed above is not based on the starting point that each individual company is subject to an absolute reduction rate set by the European Union*". Si tratta di una conclusione che lascia molto perplessi, perché appare disallineata con alcuni punti fondamentali della sentenza, basati sul principio che le nuove normative europee impongono degli obblighi di riduzione non solo agli Stati, ma anche ai soggetti privati (o almeno ad alcuni, fra cui certamente rientra Shell), e che tali obblighi sono formalmente articolati, monitorati e sanzionati.

Sembra quindi esserci una profonda scollatura logica fra le premesse e le conclusioni della sentenza, evidente nelle conclusioni preliminari (*interim review*): "*More can be expected of Shell than most other companies, as shell has been a major player in the fossil fuel market for over 100 years and as it continues to occupy a prominent position in that market today.*" (punto 7.55). Nonostante ciò, "*Shell (…) does not have an absolute reduction obligation (…) under EU law and will not have such an obligation in the forseeable future. (…) the companies are free to choose their own approach to reducing their emissions in the – mandatory – climate transition plan, as long as it is consistent with the Paris Agreement's climate targets*" (punto 7.56)[54].

[54] Si noti che Shell utilizza un'argomentazione più diretta per sostenere la soluzione della Corte, ritenendo che si tratta di un ambito che rientra nella discrezionalità del legislatore, che

Vi è infine un'apertura della Corte di appello riguardo ad un punto importante, ma non rilevante per la decisione specifica, quello della previsione da parte di Shell di ulteriori investimenti in nuovi giacimenti di petrolio e gas, che impatta sulla quantità di emissioni da essa prodotte[55]. La corte riconosce che questa strategia può essere in contrasto con gli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi, e quindi costituire un'infrazione degli obblighi di diligenza. Tuttavia, la corte ritiene di non dover pronunciarsi sul punto, perché non è stato sollevato dalle parti in giudizio[56]. Ancora una volta si tratta di un *obiter dictum* rispetto alla decisione, ma potenzialmente molto significativo per la giurisprudenza futura, perché la corte segnala in modo piuttosto chiaro che la prosecuzione di attività e investimenti nel settore dei combustibili fossili può essere sanzionata in quanto contraria agli obiettivi di riduzione delle emissioni.

3.2.3. Tipologie di emissione e obblighi di riduzione

Nella parte finale della decisione la Corte d'appello concentra la propria analisi sulla riduzione dei diversi tipi di emissione da parte della Shell. Per quanto riguarda le emissioni di tipo 1 e 2, la società ha fissato un obiettivo di riduzione del 50% entro il 2030 rispetto al 2016, e la corte ritiene che l'impegno per il suo raggiungimento sia dimostrato dalla significativa riduzione ottenuta alla fine del 2023 (il 31%), il che la porta quindi ad escludere una violazione dell'obbligo di diligenza.

Rispetto alle emissioni di tipo 3 l'argomentazione è invece più complessa: la richiesta di una riduzione del 45% entro il 2030 è basata sui dati forniti dai rapporti dell'IPCC e dello IEA in riferimento agli obiettivi globali dell'Accordo di

non può essere deciso surrettiziamente dai giudici (punto 7.52). La corte però rigetta nettamente tale posizione: "*Neither the European nor the Dutch legislator has stipulated that companies that comply with existing schemes to combat climate change no longer have obligations to further reduce their CO2 emissions. (…) Instead, governments have stressed that companies also have their own duty to reduce their emissions.*" (punto 7.53) Perciò, "*this existing legislation does affect Shell's obligations under the unwritten social standards of care*" (punto 7.54).

[55] Milieudefensie rileva che i perduranti finanziamenti di attività estrattive di combustibili fossili produce il fenomeno del cd. *carbon lock in*, portando ad un prolungamento nel tempo di queste attività, necessario per potere rientrare del costo degli investimenti, rallentando così gli investimenti in fonti energetiche alternative.

[56] "*In these proceedings, however, the court of appeal does not have to answer the question of whether Shell's planned investments in new oil and gas fields are in violation of its social standard of care. At issue in these proceedings is whether an obligation can be imposed on Shell to reduce is scope 1, 2 and 3 emissions (…).*" (punto 7.61).

Parigi[57]. La corte però contesta l'automatico ribaltamento degli obiettivi globali su una specifica impresa, ritenendo che un obiettivo globale di riduzione delle emissioni del 45% non implichi necessariamente un obbligo di riduzione del 45% per la Shell. L'argomentazione si basa su una interpretazione stretta del principio di responsabilità comune ma differenziata (*common but differentiated responsibility*, CBDR) stabilito dall'Accordo di Parigi, in base a cui gli obiettivi generali devono essere calibrati per i diversi settori, le diverse aree geografiche e le specifiche caratteristiche delle imprese, portando ad obblighi di riduzione più o meno elevati[58]. In questo modo, però, "*the court cannot determine what specific obligation applies to Shell*" (punto 7.73), anche se la corte si affretta a ribadire che "*as a major oil company, Shell has a special responsibility*" (punto 7.78). Infatti, pur prendendo in considerazione le caratteristiche specifiche del settore petrolifero e del gas (che producono una quota molto elevata delle emissioni globali) attraverso una minuziosa analisi di una serie di rapporti internazionali, la conclusione è che "*The court is of the opinion that no sufficiently unequivocal conclusion can be drawn from all these sources regarding the required reduction in emissions from the combustion of oil and gas on which to base an order by the civil courts against a specific company*" (punto 7.91). Si deve notare che, sebbene i diversi rapporti presi in considerazione forniscano delle stime parzialmente divergenti, tutti sottolineano la necessità della riduzione e fissano delle soglie, seppure non identiche. La corte, avrebbe quindi potuto, se non altro, utilizzare il livello minimo comune a tutti per stabilire un obbligo di riduzione specifico per la Shell.

A questo punto, il cerchio si chiude. La Corte, pur ribadendo con molta enfasi che l'obbligo di riduzione della Shell riguarda anche le emissioni di tipo 3 (ovvero quelle indirette causate dall'uso di prodotti forniti a terze parti, fra cui i consumatori)[59], ritiene che un obbligo secco di riduzione a suo carico non implicherebbe una riduzione globale effettiva: occorre infatti differenziare gli obblighi di riduzione che riguardano la produzione da quelli relativi alla

[57] In subordine, Milieudefensie chiede una riduzione di almeno il 35%, o alternativamente del 25%, facendo riferimento ad altre valutazioni contenute in documenti scientifici. La strategia è criticata da Nollkaemper, *op. cit*. nota 34., perché trascura due possibili punti rilevanti, quello degli investimenti per nuovi giacimenti di petrolio e gas, e l'articolazione specifica del contenuto dell'obbligo di riduzione delle emissioni di tipo 3.

[58] La corte rileva sibillinamente che, dato che il settore energetico produce circa 4/5 di tutte le emissioni di CO2 a livello globale, Shell potrebbe essere essere tenuta ad una riduzione addirittura maggiore.

[59] "*Several of the instruments discussed above presuppose corporate responsibility for scope 3 emissions (…). It is therefore too easy to say that Shell has no influence on scope 3 emissions, even though Shell's power in this regard may be somewhat limited.*" (punto 7.99).

vendita di energia; per quanto riguarda le emissioni prodotte da soggetti terzi acquistati e rivenduti da Shell, un obbligo di riduzione avrebbe come unico effetto di spostare tale emissioni su altri produttori concorrenti, senza nessuna riduzione complessiva. Quindi, una decisione come quella richiesta da Milieudefensie non avrebbe l'effetto voluto, e non contribuirebbe al raggiungimento degli obiettivi ambientali dell'associazione, facendo quindi mancare un interesse qualificato all'azione[60]. Anche in questo caso, la corte avrebbe potuto risolvere la questione imponendo con la propria decisione che la riduzione delle emissioni di tipo 3 riguardi le attività produttive dirette della Shell, con esclusione di quelle solamente commerciali (ovvero per prodotti di altre imprese rivenduti dalla Shell).

Colpisce il contrasto stridente fra la continua sottolineatura dell'obbligo di Shell di fare la propria parte per ridurre le emissioni di gas serra, l'assoluta chiusura della corte nel rendere effettivo questo obbligo. La conclusione sembra in ultima istanza basata su una valutazione rigida (e riduttiva) dell'evidenza scientifica prodotta a livello internazionale, che porta ad escludere il nesso di causalità fra le attività della Shell e i danni da cambiamento climatico in riferimento all'esistenza di una violazione dell'obbligo di diligenza, nonché l'impossibilità di stabilire un rimedio in forma specifica.

Questa conclusione costituisce sicuramente un arretramento importante rispetto alla decisione di primo grado riguardo all'ampliamento dei profili di responsabilità per i danni da cambiamenti climatici dagli enti pubblici ai soggetti privati. Tuttavia, l'atteggiamento 'schizofrenico' della corte fa sì che la portata della decisione come precedente non sia complessivamente negativa: la corte, infatti, ribadisce tutta una serie di elementi centrali della giurisprudenza favorevole ad utilizzare gli strumenti della responsabilità: la conferma del rapporto di causalità fra cambiamento climatico e attività antropiche; la qualificazione del diritto alla protezione dagli effetti negativi derivanti dai cambiamenti climatici come diritto umano/fondamentale, nonché la sua portata orizzontale nei rapporti interprivati; l'uso degli strumenti internazionali (*hard* e *soft*) per interpretare l'obbligo di diligenza nelle regole di responsabilità nazionali; la possibilità di una responsabilità civile anche in caso di allineamento con gli standard normativi vigenti; la legittimazione ad agire di associazioni

[60] "*There may be a causal relationship between a production limitation and emission reduction, as assumed by the district court (…), but Milieudefensie et al. have failed to put forward sufficient grounds to assume that in this case a causal relationship (also) exists between a sales limitation and emission reduction.*" (punto 7.106). Inoltre, "*A potential signaling effect of a reduction order on other fossil investors is too speculative, and too far removed from Shell's alleged unlawful conduct to serve as an interest in the reduction order.*" (punto 7.109).

ambientaliste che rappresentano un interesse di natura generale[61]. Nel caso specifico, con un salto carpiato, la corte finisce per negare l'obbligo di riduzione delle emissioni per la Shell. Però, se la battaglia è persa, la guerra non è affatto finita…

4. *Osservazioni conclusive: un diritto transnazionale in fieri?*

La vicenda della decisione del caso Shell mostra un'immagine di luci e ombre, e forse non è sorprendente che sia così, vista la complessità e la rilevanza dei temi in discussione. In conclusione, cercheremo di tirare le fila dell'analisi della decisione della Corte di appello olandese, anche in riferimento alla decisione di primo grado, proponendo alcune osservazioni sul contesto più ampio in cui si colloca il caso.

Le due sentenze di primo grado e in appello mostrano un notevole allineamento sul piano dei principi e della definizione del quadro normativo rilevante: entrambe confermano la legittimazione ad agire delle associazioni di protezione ambientale per danni ambientali legati al cambiamento climatico che hanno una dimensione superindividuale; la giurisdizione delle corti nazionali rispetto alla richiesta di protezione di diritti individuali anche di natura sovranazionale ed internazionale; la rilevanza dei diritti fondamentali/diritti umani nell'ambito della protezione ambientale, e in particolare nella lotta al cambiamento climatico, non solo nei rapporti verticali con enti pubblici, ma anche orizzontalmente nei rapporti interprivati; la rilevanza dell'evidenza scientifica nella valutazione riguardante la responsabilità civile da danno ambientale[62]; la connessione e compenetrazione fra quadro normativo nazionale, europeo ed internazionale; la rilevanza giuridica anche di forme di *soft law*; la presenza di obblighi giuridicamente vincolanti di riduzione delle emissioni anche per soggetti privati come le imprese multinazionali, oltre agli enti pubblici; l'utilizzo nelle argomentazioni di elementi comparati di altri sistemi nazionali e sovranazionali.

Si tratta di un quadro di straordinaria importanza, non solo per l'ordinamento olandese: dal punto di vista della creazione di un precedente rilevante per la *climate litigation* a livello mondiale, non solo la decisione di primo grado, ma anche quella in appello, ribadiscono una sfera di responsabilità ampia dei

[61] J. Lin, *op. cit.*, ritiene la sentenza "*a ground-breaking precedent*", "*a milestone in the quest for corporate climate accountability*".

[62] V. S. Baldin (a cura di), *The Role of Science in Environmental and Climate Change Adjudication in the European Legal Space: An Introduction*, in *DPCE online*, 2020, 43.

soggetti privati per danni causati dalla mancata riduzione di emissioni di gas serra, secondo gli obiettivi stabiliti a livello internazionale. Anche se dal punto di vista della decisione del caso specifico la sentenza di appello annulla quella di primo grado, rigettando in toto il provvedimento che obbliga la Shell a ridurre le sue emissioni, va evidenziato che il quadro normativo ed interpretativo in secondo grado è assolutamente allineato a quello di primo grado, ed utilizza anzi in molti punti un linguaggio ancora più netto.

Il fatto che un impianto argomentativo unitario porti a valutazioni e decisioni diametralmente opposte si spiega, come abbiamo cercato di mostrare nella nostra analisi, enfatizzando l'impossibilità per la corte di stabilire dei livelli certi di riduzione delle emissioni sulla base delle evidenze disponibili. Ciò porta la Corte di appello a ribadire l'esistenza di un obbligo giuridicamente vincolante per la Shell di diminuire le proprie emissioni, ma al tempo stesso negare qualsiasi possibilità di fissazione dei livelli specifici attraverso un provvedimento giurisdizionale. In questo modo la forza dell'argomento generale e del quadro scientifico e fattuale viene neutralizzata dalla conclusione raggiunta dalla corte nella sua decisione[63].

Non è possibile conoscere le ragioni implicite che hanno indotto la corte ad approdare ad un simile risultato, ma non si può escludere che il contesto politico e dell'opinione pubblica abbia suggerito una forte cautela riguardo al ruolo proattivo delle corti nella tutela ambientale[64]. Tanto meno è possibile sapere quale sarà l'uso che verrà fatto di questa decisione, in quanto precedente rilevante in materia, davanti alle corti di altri paesi[65]. Quello che sappiamo con certezza, però, è che la decisione fornisce un ricco serbatoio di argomentazioni

[63] J. Lin, *op. cit*. nota 34, rileva tuttavia che la conclusione della corte non chiude la partita, perché è probabile che attraverso l'ampliamento delle conoscenze scientifiche si sia presto in grado di produrre dati anche riguardo all'impatto delle singole imprese: "*The race to generate robust, science-based sectoral CO2 reduction pathways for the oil and gas industry is on. It would be misguided for companies and their legal advisors to read the Court of Appeal's decision as an endorsement of 'business as usual'*".

[64] Non è inoltre è possibile ipotizzare quale sarà il risultato se la sentenza in appello verrà impugnata davanti alla Corte suprema olandese. Va tenuto però conto che il ricorso per cassazione alla Corte suprema olandese può riguardare solamente l'interpretazione delle norme giuridiche rispetto ai fatti accertati nella sentenza impugnata, nonché l'esistenza di una motivazione adeguata e corretta, ma non può vertere su nuovi elementi fattuali, né contenere nuove richieste.

[65] L'immediata traduzione in inglese delle sentenze sia di primo grado che di appello a cura delle corti stesse fa ritenere che esse siano consapevoli dell'attenzione per la decisione a livello internazionale: se formalmente la sentenza riguarda solo il sistema olandese, in pratica è certo che essa avrà un impatto giuridico e politico in un ambito molto più ampio.

e strumenti che sicuramente verrà utilizzato in altri casi analoghi in futuro[66]. Tenuto conto del vento che soffia in molti paesi occidentali (fra i maggiori responsabili delle emissioni di gas serra a livello globale), soprattutto dopo le recenti tornate elettorali, in cui sembra essersi raffreddato l'entusiasmo per la lotta al cambiamento climatico[67], la possibilità di agire per via giudiziaria contro attori privati globali che hanno un ruolo fondamentale in questo ambito, sembra costituire un importante baluardo a garanzia dei risultati raggiunti nella lotta ai cambiamenti climatici[68].

In conclusione, il caso Shell si inserisce nella progressiva emersione di un diritto dell'ambiente transnazionale, in cui tanto gli attori (associazioni ambientaliste, imprese multinazionali, giudici, legislatori, pubbliche amministrazioni, società civile), quanto il quadro giuridico (trattati internazionali, costituzioni, legislazione, sentenze, provvedimenti amministrativi, strumenti di *soft law*) si collocano in un contesto che può essere compreso solo adottando una prospettiva transnazionale integrata, che ingloba ma non si esaurisce i livelli nazionali

[66] Il 28 maggio 2025 il Tribunale superiore di Hamm, in Germania, ha deciso in appello il leading case *Lliuya v. RWE*, riguardante la richiesta di risarcimento di un agricoltore peruviano per il rischio di eventi calamitosi derivanti dallo scioglimento dei ghiacciai, nei confronti della principale società produttrice di energia elettrica tedesca, ritenuta responsabile di emissioni nocive. La corte ha ritenuto applicabile la norma tedesca in materia di tutela della proprietà da immissioni (§1004 BGB), anche se nella fattispecie ha stabilito che non sussiste un rischio grave e concreto, ed ha quindi negato la responsabilità della società. Si tratta di un precedente importante, che sicuramente influenzerà il dibattito e la giurisprudenza futura in tema di responsabilità climatica delle imprese.

[67] Le ragioni del mutamento di rotta in atto sono molteplici, ma sicuramente le difficoltà economiche derivanti da crisi multiple (quella finanziaria, quella pandemica, e quella derivante dall'intensificarsi dei conflitti a livello internazionale) alterano l'equilibrio fra sostenibilità ambientale e climatica, da un lato, e i suoi costi economici e sociali, dall'altro. Inoltre, l'aumento delle tendenze politiche nazionaliste e isolazioniste porta a ridurre la disponibilità degli Stati a negoziare ed applicare soluzioni giuridiche coordinate, un elemento che è fondamentale per problemi transnazionali e globali come questo.

[68] J. Peel, H.M. Osofsky, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, 7, 37-67. Va evidenziato che, anche se la maggior parte dei casi mira ad un rafforzamento dell'azione di contrasto dei cambiamenti climatici (i cd. *climate aligned cases*), vi è un certo numero di casi che, pur riguardando il tema del cambiamento climatico, mira ad ottenere risultati che ritardano tale azione di contrasto (cd. *non-climate aligned cases*), come quelli che chiamano in causa i poteri dei soggetti pubblici deputati a decidere in materia, ritenendo che siano illegali. Un importante esempio è il caso *West Virginia v. Environmental Protection Agency (EPA)*, deciso dalla Corte Suprema USA nel giugno 2022 (597 U.S. (2022), 985 F. 3d 914; https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf), che ha significativamente limitato i poteri dell'EPA in materia di cambiamento climatico, richiedendo un espresso mandato da parte del Congresso americano.

ed internazionale[69]. Si tratta di un quadro di natura reticolare, dai contenuti e dai confini non completamente definiti, complesso e in rapida evoluzione, che si inscrive in una tendenza globale, articolata però secondo una varietà di soluzioni locali, secondo un modello che potremmo definire 'glocal'[70]. In questo contesto, lo strumento giudiziario ha obiettivi molto più ampi e rilevanti della semplice risoluzione di una controversia, mirando spesso a modificare il quadro normativo esistente, attraverso una dinamica di 'regulation through litigation'. Monitorare l'evoluzione costituisce un compito complesso, importante e di straordinario interesse per tutti i giuristi, ed in particolare per quelli che si occupano di diritto comparato ed europeo.

[69] V. numero speciale *Introducing Transnational Environmental Law*, in *Transnational Environmental Law*, 2012, 1; e *Ten Years on: Rethinking Transnational Environmental Law*, in *Transnational Environmental Law*, 2021, 10.

[70] V. L. Antoniolli, *Cambiamento climatico e* climate litigation: *l'emersione di un diritto transnazionale e il ruolo del diritto comparato*, in L. Antoniolli, M. Cardillo, F. Cortese, L. Carbonnières, F. Mynard, C. Piciocchi (a cura di), *Numérique & environnement*, Trento, 2024, 202-207.

LA SPECULAZIONE SULLE MERCI COME PRASSI COMMERCIALE SCORRETTA

Carlo Biasior

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La speculazione sulle merci nel diritto penale. – 3. La speculazione sulle merci nelle pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 4. La necessità di una tutela: la speculazione sulle merci come prassi commerciale scorretta ai sensi del Codice del consumo. – 4.1. La maggiore "usabilità" del controllo amministrativo di una prassi commerciale scorretta. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Con il termine speculazione si intende "un'operazione commerciale o finanziaria che consiste nell'acquistare oggi, merci, valute o titoli, per rivenderli domani, con il fine di conseguire un profitto dalla differenza di prezzo"[1].

Nel linguaggio comune, il termine speculazione viene usato spesso in senso dispregiativo, "come sinonimo di accaparramento, aggiotaggio, dolo, frode, ovverosia azioni finalizzate a provocare variazioni artificiose del prezzo", per "perseguire, in modo spregiudicato, un utile personale a danno degli altri"[2].

La speculazione, pertanto, può avere un significato mirabile, quando individua coloro che "tentano, a loro rischio, di scrutare (speculare) l'orizzonte lontano e indovinare i tempi che verranno", mentre avrà una connotazione negativa e, si ritiene debba essere regolamentata, per evitare pregiudizi economici ai consumatori, quando il termine sia legato a concetti come "filibustiere"[3] e considerando che "purtroppo, gli speculatori veri sono rarissimi"[4].

Esiste, pertanto, una speculazione "buona" e una "cattiva"[5]: la speculazione è legittima quando si limita a sfruttare dinamiche di mercato (domanda e

[1] M. De Felice, *Speculazione* (voce), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1998.

[2] M. De Felice, *Speculazione* (voce), cit.

[3] L. Einaudi, *Lo scrittoio del presidente*, Torino, 1956, 107.

[4] L. Einaudi, *Il buon governo. Saggi di economica politica (1897-1954),* Roma-Bari, 1973, 347.

[5] L. Einaudi, *Il buon governo…*, cit., 347. La nozione di speculazione "cattiva" va, infatti, ricavata per differenza rispetto all'ordinario intento speculativo che connota pressoché tutte le

offerta) senza violare norme penali, civili o amministrative. Diventa illegittima quando causa danni alla collettività violando specifiche leggi.

Le forme di governo dei prezzi passano da politiche monetarie, fiscali, misure strutturali, misure dirette per la stabilità sociale e, per quanto di interesse, dalla regolamentazione dei prezzi e dal monitoraggio dei mercati, per evitare pratiche anticoncorrenziali o scorrette (come la speculazione "cattiva").

Ciò che preoccupa maggiormente i consumatori è ogni aumento dei prezzi e, il timore, che ciò sia frutto di speculazioni "cattive", soprattutto nei mercati dei beni alimentari e dei prodotti energetici[6], al punto da far scendere la loro fiducia a livelli minimi[7]. Per difenderli, si considera prioritario vietare le speculazioni finanziarie sulle merci[8], considerare prassi commerciale scorretta l'approfittamento di situazioni di crisi e approntare controlli stabili e profondi nel processo di formazione dei prezzi.

I controlli, a cui fare riferimento, sarebbero quelli propri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale verifica il rispetto delle regole

attività lucrative lecite, come tali presidiate dalla garanzia costituzionale dell'art. 41, si veda L. Conti, *Manovre speculative su merci*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, app. IV, 1983, 1100.

[6] Si veda Istat, *Rapporto annuale 2024. La situazione del Paese*, Roma: "In Italia la variazione tendenziale dell'Indice dei Prezzi al Consumo Armonizzato per i Paesi dell'Unione europea (IPCA) ha raggiunto un picco del 12,6 per cento a ottobre e novembre del 2022; cfr. anche Istat, *Andamento dei prezzi dell'elettricità e del gas dal 2021 a oggi*, memoria presentata alla X Commissione della Camera dei Deputati il 7 dicembre 2023: "Da gennaio 2021, i prezzi di questo gruppo di beni hanno fatto registrare una progressiva crescita in termini tendenziali, raggiungendo picchi mai osservati da quando esiste la serie storica (+135,0% a ottobre 2022)".

[7] Si veda il comunicato Istat, *Fiducia dei consumatori e delle imprese. Dicembre 2024*: "Tra i consumatori, si evidenzia un peggioramento soprattutto delle attese sulla situazione economica del Paese e di quelle sulla disoccupazione, che si riflette in un calo del clima economico (da 97,8 a 96,1) e di quello futuro (da 93,8 a 93,3)".

[8] Il termine merci comprende, in conformità all'oggetto materiale presidiato dall'art. 501-*bis* c.p., "materie prime, generi alimentari di largo consumo o prodotti di prima necessità". Si veda il parere del Comitato Economico e Sociale Europeo sul tema *La crisi dei prezzi alimentari: ruolo della speculazione e proposte concrete di azione in seguito alla guerra in Ucraina,* pubblicato nella *GUUE* C 100 del 16 marzo 2023, ove si prende in considerazione la finanziarizzazione del settore alimentare quale massiccia fonte di profitto alle spalle della popolazione, proponendo le seguenti misure difensive: "- introdurre un'imposta straordinaria globale sugli utili in eccesso; - eliminare gli oligopoli; - regolamentare gli indici (indici di merci e indici alimentari): - regolamentare e vietare i fondi che investono su indici di merci e la replicazione tramite swap e prodotti negoziati in borsa; - bloccare i fondi pubblici/i fondi comuni d'investimento agli attori coinvolti nella speculazione alimentare". Si veda il report del segretariato della United Nations Conference on Trade and Development, *Trade and Development*, Ginevra, 2009, part. il capitolo II su *The Financialisation of Commodity Markets*, 53 ss. ed anche lo studio, *Price Formation in Financialized Commodity Markets: The Role of Information*, Ginevra, 2011.

della concorrenza e della correttezza di una prassi commerciale, avvalendosi, se del caso, del Nucleo Speciale Antitrust della Guardia di Finanza.

Mancano, infatti, sistemi di controllo efficaci, in grado di valutare l'anomalia degli aumenti di prezzo, di vietarli e di sanzionare i responsabili, se si considera che gli Osservatori prezzi[9], da poco "rispolverati" [10], avranno, ancora una volta, un'efficacia limitata sul mercato, in mancanza di specifiche norme che vietino gli aumenti "ingiustificati" e che l'unica fattispecie penale che si occupa di speculazione sulle merci può essere solo eccezionalmente d'aiuto[11].

Il presente contributo ha l'obiettivo di sostenere la necessità di una norma, da inserire nel Codice del consumo, che vieti le speculazioni "cattive", considerandole prassi commerciali scorrette.

2. *La speculazione sulle merci nel diritto penale*

L'unico riferimento normativo presente nel nostro ordinamento a presidio di "manovre speculative sulle merci" si trova nel Codice penale. L'articolo 501-*bis* punisce "l'operatore professionale che compie manovre speculative ovvero occulta, accaparra od incetta materie prime, generi alimentari di largo consumo o prodotti di prima necessità, per determinarne la rarefazione o il rincaro sul mercato interno".

Questa disposizione, a tutela dell'economia pubblica, è nata per contrastare i fenomeni di accaparramento di generi alimentari di largo consumo in occasione della grave crisi petrolifera dei primi anni del 1970[12] e da allora è

[9] Le attività di rilevamento e monitoraggio dei prezzi sono, da sempre, assegnate ad appositi osservatori, istituiti con leggi e animati da molteplici attori pubblici, Istat, Ismea, Comuni, Province, Regioni, Ministeri, Cciaa e, addirittura, un Garante per la sorveglianza dei prezzi.

[10] Si veda l'art. 17 (*Disposizioni in materia di rilevazione dei prezzi e delle tariffe*) della Legge 16 dicembre 2024, n. 193, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023*, pubblicata nella *Gazz. Uff.*, 17 dicembre 2024, n. 295.

[11] M. Bianchi, *Art. 501-bis c.p. - Manovre speculative su merci*, in M. Ronco, B. Romano (a cura di), *Codice Penale commentato*, Torino, 2012. Il legislatore, in altri termini, anziché regolare stabilmente ed in modo invasivo, con prescrizioni di tipo amministrativo, l'andamento dei prezzi e lo scambio delle merci, ha scelto di colpire soltanto i comportamenti più allarmanti perché, per dimensioni o per il contesto in cui vengano realizzati, dotati di una pericolosità fuori dall'ordinario.

[12] Si veda Legge 27 novembre 1976, n. 787, *conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 15 ottobre 1976, n. 704, concernente la repressione dell'accaparramento di merci di largo consumo e di altre manovre speculative*, in *Gazz.Uff.* 9 dicembre 1976, n. 327.

stata applicata poche volte, prevalentemente a causa dell'ampiezza della tutela approntata, che riguarda la capacità di influenzare una moltitudine di individui su una vasta area territoriale. Si tratta di un reato di pericolo, non essendo necessario un effettivo turbamento del mercato, ma solo l'idoneità della condotta, dolosa, a determinare la rarefazione delle merci o il loro rincaro sul mercato interno.

Analizzando il contenuto dell'articolo, con il termine "manovre speculative", secondo l'interpretazione dottrinale, si intende "un *quid pluris* rispetto al normale modo di essere, ontologicamente già speculativo, dell'attività commerciale, ma quali siano i parametri per identificarlo risulta assai complicato"[13].

Nonostante ciò, non mancano i tentativi per valutare la legittimità di una speculazione sulle merci, come quello del Tribunale di Lecce, sezione del Riesame, che in un'ordinanza[14], decidendo la non applicabilità dell'art. 501-*bis* c.p. a un commerciante, che in periodo Covid-19, vendeva mascherine a prezzi ritenuti eccessivi[15], ha fissato un indicatore della manovra speculativa in "un brusco e repentino aumento dei prezzi non giustificato da ragioni di costo".

Inoltre, il Tribunale del Riesame, per parametrare ulteriormente la "manovra speculativa", ha verificato i prezzi praticati dai concorrenti della stessa zona e per gli stessi prodotti, rilevando prezzi più bassi ritenuti "già comprensivi del profitto imprenditoriale e, dunque, sufficientemente remunerativi". Pertanto, il prezzo contestato è stato ritenuto "ingiustificato, eccessivamente elevato rispetto alla fisiologica dinamica di mercato", per poi, comunque, scagionare l'imputato ritenendo l'art. 501-*bis* c.p. applicabile "solo in ipotesi di manovre speculative realizzate su larga scala"[16].

Un ulteriore tentativo di accertare l'illegittimità di una manovra speculativa, che pare utile citare, è stato compiuto dal Tribunale di Bari[17], la cui ordinanza ha ritenuto violata la prescrizione contenuta nella fattispecie penale dell'art. 501-*bis* dal commerciante che ha venduto mascherine protettive nel

[13] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale,* Bologna, 2012, vol. I, 648.

[14] Tribunale di Lecce, Sez. Riesame, ordinanza 21 aprile 2020, Pres. Cazzella, Est. Gatto, con nota di F. Brembati, *"Tempi moderni" e Manovre speculative su merci: quale spazio applicativo per l'art. 501 bis c.p.?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2020, 4, 185 ss.

[15] L'imputato aveva acquistato le mascherine al prezzo di euro 1,22 cadauna (comprensivo di IVA) e le aveva poi messe in vendita al prezzo di 5 euro cadauna (comprensivo di IVA), praticando un rincaro del 410%.

[16] Si veda Cassazione Penale, Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 36929, a mente della quale si esclude il delitto in presenza di condotte speculative nella vendita di mascherine con ricarico del 350%, per la ritenuta inidoneità della condotta a incidere sul mercato interno in maniera tale da determinare un generale rincaro dei prezzi delle mascherine.

[17] Si veda Tribunale di Bari, ordinanza 28 aprile 2020, in *Foro Italiano*, 2020, 6, part. II, 411.

pieno della pandemia Covid-19 sul sito Amazon a prezzi che presentavano ricarichi, rispetto al prezzo di acquisto, compresi tra il 1498 per cento ed il 1566 per cento. Il Tribunale ha riscontrato "prezzi sproporzionati rispetto a qualsiasi margine fisiologico di speculazione, l'assenza di giustificazioni correlabili a maggiori costi di produzione e in presenza di condizioni emergenziali, che hanno determinato un aumento esponenziale della domanda"; tutto ciò è stato ritenuto in grado di "influenzare il mercato di quei beni, considerando la condizione di emergenza sanitaria, le condizioni di psicosi della popolazione e in assenza di prezzi inferiori praticati da altri concorrenti sul mercato". In questo caso, trattandosi di vendita online, risulta soddisfatto il requisito del coinvolgimento di una moltitudine di consumatori su un ampio spettro di mercato.

Quindi, seguendo l'argomentazione dei Giudici, si può sostenere di essere in presenza di una manovra speculativa illecita, quando: (i) gli aumenti di prezzo dei prodotti non trovino giustificazione nell'aumento dei costi (delle materie prime o alla produzione), (ii) si approfitti di una situazione di crisi (pandemia, accaparramento) e (iii) sia coinvolta una moltitudine di consumatori, su larga scala[18].

3. *La speculazione sulle merci nelle pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) è titolare, in via esclusiva, del potere di controllo sulle pratiche commerciali scorrette (giusto l'art. 27 del Codice del consumo).[19]

Al pari della fattispecie penale di cui all'art. 501-*bis* c.p., le prassi commerciali scorrette sono illeciti di mero pericolo, che vietano agli operatori professionali, in via amministrativa, comportamenti potenzialmente lesivi dei diritti dei consumatori, senza la necessità di causare loro un effettivo pregiudizio economico.

[18] Si veda Cassazione Penale, Sez. VI, 15 maggio 1989, n. 2361, in *Rivista Penale*, 1990, 680; anche Pretura di Frosinone, 3 aprile 1981, in *Foro Italiano*, 1981, 6, part. II, 516.

[19] La Direttiva 2005/29/CE è stata attuata nel nostro ordinamento dal D. Lgs. 146/2007 che ha collocato le nuove norme all'interno del Codice del consumo, dove ora si trovano: si vedano part. gli artt. da 18 a 27-*quater* nella Parte II (*Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità*), l'art. 66-*quinquies* e l'art. 67-*quinquiesdecies* nella Parte III (*Il rapporto di consumo*). In seguito l'art. 2 del D. Lgs. 221/2007 introduce nell'elenco dei diritti riconosciuti ai consumatori come fondamentali, un nuovo diritto, quello all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà (si veda l'art. 2, co. 2, lett. c-*bis*, Codice del consumo). La Direttiva 2005/29/CE è stata di recente modificata dalla direttiva (UE) 2019/2161, nota anche come *Direttiva Omnibus*, recepita in Italia con D. Lgs. 26/2023.

La contrarietà alla diligenza professionale e la capacità di falsare le scelte economiche del consumatore medio sono i due parametri utili per individuare un comportamento commerciale scorretto.

Per diligenza professionale si intende il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista.

Per capacità di falsare le scelte del consumatore si intende comprometterne la capacità di fare scelte economiche consapevoli: la norma, quindi, tutela la libertà del consumatore di autodeterminarsi, non il suo patrimonio.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è intervenuta sul tema della speculazione sulle merci, in occasione della commercializzazione online di prodotti per la prevenzione o la diagnosi del Covid-19.

Di rilievo i procedimenti svolti nei confronti di importanti operatori di *marketplace* (*Amazon* PS/11716, *Ebay* PS/11717, *Wish* PS/11734, *Tiger Group S.r.l.* PS/11736, *Genium S.r.l.* PS/11732), volti ad accertare profili di scorrettezza delle offerte, pubblicate da venditori terzi sulle relative piattaforme. Oggetto dei procedimenti sono stati i *claim* pubblicati dalle piattaforme, relativi all'asserita capacità di prevenzione o contrasto rispetto al contagio da Covid-19, caratterizzati da "prezzi notevolmente incrementati rispetto al periodo precedente alla pandemia". Più in particolare vengono contestati "i significativi aumenti di prezzo registrati" rispetto al loro *trend* storico, applicati proprio a partire dalla diffusione del coronavirus, e in grado di ingannare i consumatori sul prezzo del prodotto, sfruttando uno stato di particolare debolezza e preoccupazione dei consumatori, derivante dalla crescente e rapida diffusione dell'epidemia da Covid-19.

L'Autorità ha ritenuto applicabile il Codice del consumo alle fattispecie contestate e, in particolare, l'art. 20 sulle pratiche commerciali scorrette, l'art. 21, lett. d, sulle azioni ingannevoli riguardo al prezzo, l'art. 24 sulle pratiche commerciali aggressive, l'art. 25, lett. c. sul ricorso a molestie coercizione o indebito condizionamento. In questo modo è riuscita a bloccare, ritenendoli ingiustificati e, quindi, ingannevoli, gli aumenti di prezzo dei presidi per la prevenzione e la cura del Covid-19 a inizio pandemia.

I procedimenti nei confronti di Amazon, Ebay, e Wish si sono conclusi con l'accettazione degli impegni presentati dai professionisti, che hanno permesso, anche attraverso l'utilizzo di complessi algoritmi, l'individuazione e la rimozione dai negozi virtuali di proposte commerciali contenenti *claim* ingannevoli e prezzi speculativi[20]. In questo caso, si può sostenere, che il controllo dall'An-

[20] I testi sono disponibili online sul sito dell'AGCM (*https://www.agcm.it*), i riferimenti

titrust sia stato economicamente molto efficiente, permettendo di concentrare la propria attività e, quindi, la propria interlocuzione su di un unico operatore professionale, responsabile del comportamento di una moltitudine di altri singoli offerenti e, soprattutto, in grado di imporre agli stessi *divieti* e *rimozioni*.

4. *La necessità di una tutela: la speculazione sulle merci come prassi commerciale scorretta ai sensi del Codice del consumo*

I consumatori sono inermi di fronte al fenomeno dell'aumento dei prezzi: effettueranno meno scelte, concludendo meno contratti, arricchendo meno imprese e, probabilmente, quelle meno meritorie.

L'unico strumento a loro disposizione per difendere il potere d'acquisto sarà la scelta concorrenziale tra più offerenti, per acquistare prodotti con il miglior rapporto qualità-prezzo, o, spesse volte, al minor prezzo possibile.

Le manovre speculative "cattive" sulle merci sono prive di una tutela giuridica *usabile*, vista la difficile applicabilità della fattispecie penale di cui all'art. 501-*bis* c.p.[21].

Per garantire ai consumatori e, al mercato, una tutela da speculazioni dannose, sarà necessario introdurre una specifica fattispecie di illecito amministrativo di pericolo di aumento ingiustificato dei prezzi, affidato alla competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e rientrante nella disciplina delle prassi commerciali scorrette di cui al Titolo III, artt. da 18 a 27 del Codice del consumo.

Il Governo, nel febbraio 2020, in una bozza, poi non approvata, del primo *decreto Cura Italia*[22], aveva previsto l'introduzione, all'interno dell'elenco recante le pratiche commerciali ingannevoli e quelle aggressive (art. 20, co. 4 del

delle procedure sono: PS11716, *Amazon - Vendita on line prodotti emergenza sanitaria*, allegato 1 al provvedimento n. 28442; PS11717, *Ebay - Vendita on line prodotti emergenza sanitaria*, allegato 1 al provvedimento n. 28443; PS11734, *Wish - Vendita on line prodotti emergenza sanitaria*, allegato 1 al provvedimento n. 28445.

[21] Si veda M. Bianchi, *Art. 501-bis c.p. - Manovre speculative su merci*, in M. Ronco, B. Romano (a cura di), *Codice Penale commentato*, cit., secondo il quale: "Il legislatore, in altri termini, anziché regolare stabilmente ed in modo invasivo, con prescrizioni di tipo amministrativo, l'andamento dei prezzi e lo scambio delle merci, ha scelto di colpire soltanto i comportamenti più allarmanti perché, per dimensioni o per il contesto in cui vengano realizzati, dotati di una pericolosità fuori dall'ordinario. Sì che, solo tenendo a mente la connotazione contingente della figura criminosa è possibile, da un lato, dar conto della sua esigua casistica applicativa e, dall'altro, comprenderne appieno la carica di disvalore".

[22] Si veda il Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18, recante *Misure di potenziamento del*

Codice del consumo) di una nuova lettera b-*bis*, avente ad oggetto le "pratiche commerciali che profittano di situazioni di allarme sociale", come *tertium genus* di prassi commerciali da considerarsi scorrette e, quindi, vietate.

Inoltre, era previsto l'inserimento, nel Codice del consumo, dell'art. 26-*bis*, dal titolo *Pratiche commerciali che profittano di situazioni di allarme sociale*, il cui unico comma statuiva che "è considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti attinenti la salute, l'approvvigionamento di beni di primaria necessità e la sicurezza dei consumatori, profitta di situazioni di allarme sociale incrementando il prezzo di vendita in misura superiore al triplo del prezzo risultante dal listino o comunque praticato mediamente, riferito a 30 giorni prima della conclusione della compravendita".

La medesima bozza di decreto legge prevedeva, inoltre, una dettagliata disciplina inerente "l'attività di sorveglianza dei prezzi", rubrica dell'art. 26-*ter* del Codice del consumo, che, partendo dagli "uffici prezzi" delle CCIAA, per il tramite del Garante per la sorveglianza dei prezzi, arrivava al vaglio dell'AGCM[23].

4.1. *La maggiore "usabilità" del controllo amministrativo di una prassi commerciale scorretta*

Volendo dar conto della maggiore efficacia del controllo degli aumenti ingiustificati dei prezzi in capo all'AGCM, si consideri che il termine pratica commerciale tra professionista e consumatore si riferisce a qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

In merito alla portata del pericolo di aumento, la Corte di giustizia dell'Unione europea[24] ha stabilito che vi è prassi commerciale scorretta anche nel

Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, pubblicato nella *Gazz. Uff.* del 17 marzo 2020, n. 70.

[23] Le previsioni relative alla nuova figura di prassi commerciale scorretta, compresa l'attività di rilevamento dei prezzi da inserire nel Codice del consumo sono state stralciate dalla versione definitiva del decreto, mantenendo in vita solamente l'attività di rilevamento dei prezzi, secondo la formulazione ora contenuta nella *Legge per la concorrenza 2023*, senza alcun coinvolgimento dell'AGCM (si veda l'art. 17, Legge 16 dicembre 2024, n. 193, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023*, pubblicata nella *Gazz. Uff.* del 17 dicembre 2024, n. 295).

[24] Cfr. la decisione della Corte di giustizia UE, Prima Sezione, 16 aprile 2015, C 388/13, *Nemzeti F.H.*, ove si stabilisce che la Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno "dev'essere interpretata nel

caso in cui la comunicazione dell'operatore professionale sia rivolta ad un solo consumatore, ampliando considerevolmente l'ambito di applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Infatti, l'art. 20, co. 2, del Codice del consumo, nel prevedere che una pratica commerciale si può considerare scorretta solo quando sia in grado di falsare in misura apprezzabile le scelte economiche del consumatore, aveva introdotto una regola *de minimis* che comportava la rilevanza della pratica, in termini di illiceità, solo se tale da raggiungere un livello socialmente apprezzabile[25].

Infine, va evidenziato come la diligenza professionale di cui all'art. 18, lett. h, del Codice del consumo sia "diversa dalla nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa nell'ambito dell'illecito aquiliano"[26]: in quanto, per l'accertamento dell'elemento soggettivo dell'autore della prassi scorretta "è sufficiente la coscienza e la volontà, senza che occorra la dimostrazione del dolo o della colpa, che si presume"[27].

Quindi, l'esigua ampiezza del numero di consumatori coinvolti (anche uno solo) e l'elemento soggettivo (coscienza e volontà), permettono di considerare la prassi commerciale scorretta di chi profitta di situazioni di debolezza, au-

senso che la comunicazione, da parte di un professionista a un consumatore, di un'informazione errata, come quella di cui al procedimento principale, dev'essere qualificata come pratica commerciale ingannevole, ai sensi di tale direttiva, anche qualora tale comunicazione abbia riguardato un solo consumatore". Vedi anche le osservazioni di A. Genovese, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*, in *Contratti*, 2015, 8-9, 770.

[25] Vedi Tribunale Amministrativo Regionale, Lazio, Roma, Sez. I, 3 marzo 2010, n. 3287.

[26] L'orientamento consolidato del Consiglio di Stato è nel senso che "la nozione di diligenza professionale assume rilievo specifico nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si differenzia rispetto alla nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa nell'ambito dell'illecito aquilano" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, 720). "Quella di diligenza professionale è infatti una nozione specificamente propria della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e dotata di piena autonomia, che nulla ha a che fare con la nozione civilistica di diligenza (nell'adempimento delle obbligazioni) e di colpa (nell'illecito extracontrattuale). Le regole della diligenza professionale sono, essenzialmente, regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato grado/livello di conoscenze specialistiche, di cura e d'attenzione (alla sfera degli interessi patrimoniali dei consumatori e primariamente all'interesse dei consumatori ad assumere decisioni di natura commerciale consapevoli ed informate) che il professionista è tenuto ad osservare nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori", in questi termini G. De Cristofaro, A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, 156.

[27] Il Consiglio di Stato consolida l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, per l'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, è sufficiente la coscienza e volontà della condotta, senza che occorra la dimostrazione del dolo o della colpa in capo all'agente che si presume, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2012, 6047.

mentando i prezzi in modo ingiustificato, come strumento di tutela e regolazione del mercato concorrenziale decisamente più efficiente della summenzionata fattispecie penale.

La via, pertanto, è tracciata: serve, ora, il coraggio di renderla percorribile, adottando forme di tutela amministrativa, che, con carattere di *usabilità* ed *efficienza* possano migliorare il benessere del maggior numero di persone nel mercato[28].

5. *Conclusioni*

I legami tra speculazione e prassi commerciali scorrette possono anche essere analizzati considerando come la prima influisca sul comportamento delle imprese e dei mercati, creando un contesto favorevole a pratiche che violano norme etiche o giuridiche.

Per limitare questi legami risulta quindi fondamentale:

1. rafforzare le normative contro le pratiche commerciali scorrette, ricomprendendo le fattispecie di speculazioni dannose;

2. migliorare la trasparenza nei mercati speculativi con controlli stabili e profondi (lungo tutta la filiera produttiva e distributiva);

3. promuovere l'educazione dei consumatori[29] e la formazione delle imprese e dei controllori, per riconoscere i comportamenti abusivi e sfruttare al meglio gli strumenti propri di un mercato concorrenziale.

[28] Nella Comunicazione *Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013*, COM(2007) 99 final, del 13 marzo 2007, la Commissione europea indica tra le priorità "la promozione del benessere dei consumatori dell'UE in termini di prezzi, scelta, qualità, diversità, accessibilità e sicurezza. Il benessere dei consumatori è il centro vitale di mercati funzionanti correttamente". Per approfondimenti sul *welfarismo* nel diritto europeo dei contratti si veda T. Wilhelmsson, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, in A Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, 267.

[29] Per approfondimenti sul tema *consumer citizenship* si veda Victoria Thoresen, in *Consumer Citizenship Education Guidelines*, Vol. 1 Higher Education, Hamar, Norway, 2005, ove viene rilevato che: "*A consumer citizen is an individual who makes choices based on ethical, social, economic and ecological considerations. The consumer citizen actively contributes to the maintenance of just and sustainable development by caring and acting responsibly on family, national and global levels", e ancora "Consumer citizenship education encompasses attitudes, knowledge and skills connected to functioning in today's society. It is responsibility learning which aims to contribute to the individual's ability to manage his own life as well as participating in the stewardship of the global society's collective life. Consumer citizenship education is interdisciplinary and cross curricular*".

EQUALITY BODIES E CONTRASTO ALLE DISCRIMINAZIONI NEI LUOGHI DI LAVORO: IL NUOVO QUADRO NORMATIVO EUROUNITARIO E LE POSSIBILI IMPLICAZIONI PER L'ORDINAMENTO ITALIANO

Matteo Borzaga

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le ragioni che hanno indotto l'Unione europea ad adottare le Direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 in materia di *equality bodies* e le relative basi giuridiche. – 3. I contenuti dei nuovi provvedimenti normativi: "specchio riflette". – 4. Quali conseguenze per l'ordinamento italiano? – 5. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive*

Quello di non discriminazione è stato da sempre uno dei principi più rilevanti della politica sociale europea. Basti pensare che l'unica disposizione di natura prettamente giuslavoristica contenuta nel Trattato di Roma del 1957, l'allora art. 119, riguardava proprio la parità retributiva tra uomini e donne per un lavoro di eguale valore.

Prendendo le mosse da tale disposizione, il legislatore eurounitario ha costruito, nel corso dei decenni, un apparato regolativo sul tema sempre più ampio e sofisticato, in termini sia sostanziali che procedurali.

In particolare, nell'accennato percorso evolutivo ha avuto grande importanza l'avvento del Trattato di Amsterdam del 1997, con il cui art. 13 l'orizzonte normativo dei divieti di discriminazione è andato ben oltre il genere, ha coinvolto, cioè, altri elementi cui spesso sono connessi trattamenti ingiustificatamente differenziati, quali la razza e l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale.

Allo stato attuale, la materia è regolamentata da una serie di direttive che risalgono al primo decennio Duemila e che, nonostante abbiano per così dire chiuso il cerchio del panorama legislativo di riferimento, presentano problemi applicativi di non poco momento, nel senso che la loro capacità di incidere concretamente nel contrasto alle discriminazioni nei luoghi di lavoro appare limitata e, comunque, territorialmente disomogenea.

Certo, la circostanza che nell'Unione europea (UE) siffatte discriminazioni

siano ancora molto numerose dipende non soltanto da un quadro di regole non sempre efficace, ma anche (se non soprattutto) da fenomeni di natura economico-sociale (come la globalizzazione, le crisi finanziarie, le guerre, la pandemia da Covid-19, ecc.) che hanno significativamente contribuito, specie negli ultimi decenni, al forte aumento delle diseguaglianze.

Alla luce di questo quadro d'insieme decisamente poco confortante, nella tarda primavera del 2024 il legislatore eurounitario ha deciso di adottare due direttive "gemelle" (ovvero dai contenuti pressoché identici) sui c.d. *equality bodies* (gli organismi di parità), proprio con l'intento di rafforzare il versante pratico-applicativo dei divieti di discriminazione, segnatamente la Direttiva (UE) 2024/1499 e la Direttiva (UE) 2024/1500.

Le pagine che seguono saranno dedicate, anzitutto, all'analisi dettagliata di tali direttive. Dopo aver brevemente indagato le ragioni che hanno spinto l'UE ad intervenire e aver ragionato sulle relative basi giuridiche (che sono in effetti diverse), ci si concentrerà sui contenuti dei citati provvedimenti normativi, mettendo in luce quelli più rilevanti e innovativi.

L'attenzione si sposterà poi, inevitabilmente, sull'ordinamento italiano. In proposito, si prenderanno anzitutto in esame la legislazione di riferimento e le condizioni in cui si trovano concretamente ad operare gli *equality bodies* nazionali attualmente previsti, ovvero consigliere e consiglieri di parità. Secondariamente si proverà ad ipotizzare quali implicazioni potrà avere la trasposizione delle due nuove direttive nel nostro Paese, tenuto conto, soprattutto, dei problemi che consigliere e consiglieri di parità si trovano quotidianamente ad affrontare e immaginando, dunque, in conclusione, sotto quali profili sia auspicabile (e realizzabile) un rafforzamento di tali figure istituzionali di garanzia.

2. *Le ragioni che hanno indotto l'Unione europea ad adottare le Direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 in materia di* equality bodies *e le relative basi giuridiche*

La decisione del legislatore eurounitario di adottare le Direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 è legata, come si accennava, ad una serie di criticità emerse soprattutto con riguardo all'implementazione concreta dell'apparato regolativo concernente i divieti di discriminazione nei luoghi di lavoro.

Sul punto va premesso che, a partire dal rafforzamento di tali divieti voluto dal già citato art. 13 del Trattato di Amsterdam del 1997[1], l'UE ha iniziato a dare un contributo sempre più significativo in materia di organismi di parità,

[1] Sulla cui rilevanza si v., a titolo di esempio, C. Barnard, *EU Employment Law*, Oxford,

anche in considerazione dell'opportunità di dettare una disciplina che rendesse più omogenei, in proposito, gli ordinamenti nazionali, mossisi fino a quel momento in ordine sparso[2].

La regolamentazione originaria degli *equality bodies* è contenuta nella Direttiva (CE) 2000/43 (dedicata alla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), il cui art. 13 stabiliva che gli Stati membri dovessero dare vita ad uno o più organismi indipendenti che si occupassero di contrasto alle discriminazioni razziali sotto tre diversi profili: l'assistenza alle vittime, lo svolgimento di inchieste, nonché la pubblicazione di relazioni e la formulazione di raccomandazioni sul tema[3].

A tale provvedimento normativo ha fatto seguito la Direttiva (CE) 2004/113, poi modificata dalla Direttiva (CE) 2006/54 (relativa all'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego): l'art. 20 di quest'ultima riprendeva, in sostanza, i medesimi contenuti del poco sopra richiamato art. 13 della Direttiva (CE) 2000/43, applicandoli ovviamente alle discriminazioni fondate sul sesso e aggiungendo ai tre profili citati quello dello scambio di informazioni con gli organismi europei competenti, con l'auspicio che ne potesse essere istituito uno dedicato specificatamente all'eguaglianza di genere.

A chiudere il cerchio di tale disciplina originaria è infine intervenuta la Direttiva (UE) 2010/41 (concernente l'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma), la quale, all'art. 11, dettava una disciplina pressoché identica a quella di cui all'art. 20 della Direttiva (CE) 2006/54.

Da questa pur breve disamina dei primi provvedimenti legislativi dell'UE in tema di organismi di parità emerge chiaramente come le indicazioni date agli Stati membri in proposito fossero a tal punto stringate e generiche da concedere loro una discrezionalità assai (forse troppo) elevata in ordine alla loro costituzione e al funzionamento di essi.

Nonostante la Commissione UE abbia successivamente elaborato una specifica Raccomandazione con la quale venivano fornite linee guida utili a rafforzare indipendenza, efficacia e accessibilità degli *equality bodies* (la n. (UE)

2012, 253, nonché M. Aimo, D. Izzi, M. Roccella, T. Treu, *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Padova, 2023, 279 ss.

[2] Cfr., in proposito, la puntuale disamina di M. Mazzetti, *Verso l'uguaglianza? Le nuove direttive sugli organismi di parità*, in *Lavoro e Diritto*, 2025, 1, 93-113, spec. 95 ss. Si v. altresì T. Kádár, *Equality Bodies: A European Phenomenon*, in *International Journal for Discrimination and the Law*, 2018, 2-3, 144-162, spec. 145 ss.

[3] V., sul punto, A. Crescenzi, *The Role of the Equality Bodies. The Italian National Office against Racial Discriminations*, in *Acta Juridica Hungarica*, 2011, 4, 335-340.

2018/951)[4], diverse/i studiose/i non hanno mancato di sottolineare come tale discrezionalità abbia determinato differenze anche molto significative in termini di attuazione concreta a livello di singoli ordinamenti nazionali e dunque, in fin dei conti, di reale efficacia di siffatti organismi nel contrastare le discriminazioni razziali e di genere nei luoghi di lavoro[5].

Non stupisce che tali problematiche siano emerse in tutta la loro evidenza pure dalla valutazione che la stessa Commissione UE ha operato, nel 2021, proprio con riguardo alla Raccomandazione (UE) 2018/951. Si tratta di problematiche relative anzitutto a come sono strutturati gli organismi di parità e dunque ai loro poteri, alla loro autonomia e alle risorse (spesso insufficienti) di cui sono dotati, nonché, di conseguenza, alla loro capacità di raggiungere le vittime, che spesso non sanno neppure della loro esistenza, e di garantire l'accesso di costoro alla giustizia[6].

Ecco dunque spiegate le ragioni per le quali si è deciso di adottare le due Direttive "gemelle" 2024/1499 e 2024/1500.

In sostanza, con questi nuovi provvedimenti normativi il legislatore eurounitario ha voluto dettare una disciplina dettagliata degli *equality bodies*, riducendo così drasticamente la discrezionalità degli Stati membri nella fase di attuazione di essi. Vi è stato inoltre un notevole ampliamento del raggio di azione di tali organismi, che sono oggi chiamati ad occuparsi non più soltanto di alcune tipologie di discriminazioni, bensì di tutte quelle vietate a livello UE[7].

La decisione di adottare, in proposito, due diverse direttive, tenendo distinte le discriminazioni di genere[8] dalle altre[9] seppure a fronte di una re-

[4] Su tale documento cfr. M. Mazzetti, *Verso l'uguaglianza? Le nuove direttive sugli organismi di parità*, cit., 97 ss.

[5] Si v., in particolare, L. Calafà, *Equality Bodies in attesa di riordino*, in *Lavoro e Diritto*, 2023, 1, 23-29; B. G. Bello, *Un anniversario da festeggiare? Riflessioni sociologico-giuridiche sulle disposizioni antidiscriminatorie dell'Unione europea a vent'anni dalla loro emanazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online (DPCE Online)*, 2020, 2, 1053-1090 e S.B. Lahuerta, *Equality Bodies: advancing towards more responsive designs?*, in *International Journal of Law in Context*, 2021, 17, 390-412.

[6] Cfr., in proposito, European Commission, *Analytical Document Accompanying the Equality Bodies Directive Proposals*, SWD(2022) 386 final, del 7 dicembre 2022.

[7] V., su questo punto, M. Mazzetti, *op. cit.*, 98.

[8] La Direttiva (UE) 2024/1500 è infatti dedicata alle "norme riguardanti gli organismi per la parità nel settore della parità di trattamento e delle pari opportunità tra donne e uomini in materia di occupazione e impiego (…)".

[9] La Direttiva (UE) 2024/1499 concerne invece le "norme riguardanti gli organismi per la parità in materia di parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica, tra le persone in materia di occupazione e impiego indipendentemente dalla religione o dalle convinzioni personali, dalla disabilità, dall'età o dall'orientamento sessuale e tra le

golamentazione complessiva pressoché identica, si deve anzitutto a ragioni storiche, ovvero al fatto che la legislazione eurounitaria in materia ha sempre seguito una sorta di doppio binario[10], nonché, sotto il profilo più propriamente tecnico, alle diverse basi giuridiche di riferimento delle suddette direttive.

Sotto quest'ultimo profilo, va infatti messo in luce come la Direttiva (UE) 2024/1499 si fonda sull'art. 19, co. 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), relativo sostanzialmente a tutte le forme di discriminazione[11], mentre la Direttiva (UE) 2024/1500 si basa sull'art. 157, co. 3 del medesimo TFUE, concernente invece le sole discriminazioni di genere (incluse quelle di natura retributiva, essendo questa disposizione l'erede dell'art. 119 del Trattato di Roma del 1957, citato in apertura)[12].

Sebbene non sia questa la sede per approfondire la questione della scelta, da parte della Commissione UE (in quanto titolare del potere di iniziativa legislativa), della base giuridica sulla quale incardinare ciascun provvedimento normativo proposto[13], è il caso quanto meno di sottolineare che siffatta questione ha generato numerosi dubbi e che, di conseguenza, su di essa ha preso ripetutamente posizione, oltre alla dottrina, pure la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Del resto, come significativamente sottolineato da quest'ultima, la scelta della base giuridica di riferimento deve ispirarsi da un lato a criteri oggettivi (ovvero verificabili in sede giurisdizionale) e dall'altro agli obiettivi e ai contenuti dell'atto da adottare[14].

Nel caso di specie, a sollevare qualche interrogativo è soprattutto la deci-

donne e gli uomini in materia di sicurezza sociale e per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura (…)".

[10] Come si evince chiaramente dalle trattazioni di ampio respiro dedicate al tema: si v., ad esempio, C. Barnard, *op cit.*

[11] Ai sensi del quale "Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

[12] Alla cui stregua "Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore".

[13] Per tali approfondimenti si rinvia all'attenta analisi di M. Mazzetti, *op. cit.*, p. 98 ss.

[14] V. Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 19 luglio 2012, C 130/10, *Parlamento c. Consiglio*, par. 42: "Secondo giurisprudenza costante, la scelta del fondamento normativo di un atto dell'Unione deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali figurano, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto".

sione della Commissione UE di non utilizzare come base giuridica unicamente l'art. 19, co. 1 del TFUE (relativo, come si accennava, a tutte le forme di discriminazione), ma di ricorrere anche all'art. 157, co. 3 del medesimo TFUE: poiché tali disposizioni stabiliscono procedure legislative differenti (quella speciale la prima e quella ordinaria la seconda), si sono infatti dovuti adottare due distinti provvedimenti legislativi.

Tale decisione può peraltro essere spiegata sulla scorta di due criteri.

Il primo ha a che fare con il tasso di democraticità connesso alle diverse procedure legislative previste in sede eurounitaria: nel momento in cui vi sia una pluralità di basi giuridiche selezionabili, la scelta deve cadere, per l'appunto, su quella maggiormente democratica, che assicuri cioè al Parlamento Europeo un ruolo il più possibile paritario rispetto al Consiglio[15]. Poiché la procedura legislativa ordinaria, prevista dall'art. 157, co. 3 del TFUE, è in grado di garantire questo equilibrio assai meglio di quella speciale di cui all'art. 19, co. 1 del medesimo TFUE, non stupisce che la Commissione UE abbia deciso di fondare la Direttiva (UE) 2024/1500 su tale disposizione (cosa che invece non poteva fare con riguardo agli altri divieti di discriminazione, contemplati unicamente nel più volte citato art. 19, co. 1 del TFUE).

Il secondo è invece quello di razionalità, che affonda le proprie radici nella necessaria simmetria tra provvedimenti legislativi correlati[16]. Ci si riferisce al fatto che le direttive che si stanno qui esaminando perseguono, seppure sotto il profilo più propriamente pratico-applicativo (o procedurale che dir si voglia), gli stessi obiettivi di quelle in materia di lotta alle discriminazioni adottate nel primo decennio 2000. Non è un caso, allora, se la Direttiva (UE) 2024/1499 condivide la stessa base giuridica della n. 2000/43/CE (l'art. 19, co. 1 TFUE), mentre la Direttiva (UE) 2024/1500 si caratterizza per il medesimo fondamento della Direttiva 2006/54/CE (l'art. 157, co. 3 TFUE).

Certo, come già si accennava poco sopra, la pur comprensibile decisione della Commissione UE di utilizzare basi giuridiche diverse ha comportato la necessità di adottare due distinti provvedimenti legislativi in materia di organismi di parità. Ciò avrebbe potuto determinare problemi di coerenza tra i testi normativi, problemi che peraltro sono stati evitati attraverso una stringente attività di monitoraggio. Ne è conseguita l'elaborazione di provvedimenti dai contenuti perfettamente speculari, sui quali ci si intratterrà, seppure solo per sommi capi, nel prossimo paragrafo.

[15] Cfr., in proposito, A. Engel, *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union: Competence Overlaps, Institutional Preferences, and Legal Basis Litigation*, Cham, 2018, 87.

[16] V. M. Mazzetti, *op. cit.*, p. 101.

3. *I contenuti dei nuovi provvedimenti normativi: "specchio riflette"*

Venendo, allora, ai contenuti delle più volte citate Direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500, va premesso che, proprio alla stregua della specularità dei relativi testi, quanto ora si dirà concerne, sostanzialmente, entrambi i provvedimenti.

Ciò non toglie, peraltro, che alcune differenze fra le due direttive sussistano, non tanto in realtà con riguardo all'articolato normativo vero e proprio, quanto piuttosto in merito ai considerando; differenze che vanno probabilmente ricondotte alle diverse priorità che Consiglio e Parlamento Europeo avevano al momento dell'elaborazione di esse[17]. In altre parole, sul punto sembra aver giocato un ruolo non secondario la già descritta duplicità delle basi giuridiche utilizzate, che conferisce ai co-legislatori pesi assai diversificati nell'ambito delle relative procedure legislative.

Se su questo tema si tornerà al termine del presente paragrafo, vale ora la pena approfondire gli aspetti principali della disciplina degli organismi di parità di cui ad entrambe le direttive in esame.

Ribadita preliminarmente l'innovazione più rilevante contenuta nei suddetti strumenti normativi, ovvero l'ampliamento del raggio di azione di tali organismi a tutte le forme di discriminazione nei luoghi di lavoro vietate dal diritto eurounitario, ci si intende in particolare soffermare da un lato sui numerosi compiti che vengono ad essi affidati e dall'altro sul ventaglio di strumenti che i legislatori nazionali sono chiamati a mettere in campo per garantire loro di poter funzionare in modo efficiente ed efficace.

Con riguardo al primo versante rilevano, in particolare, gli artt. 5 e ss. di entrambe le direttive[18].

Ai sensi di tali disposizioni gli *equality bodies* si vedono affidati, in sostanza, due diversi ordini di competenze che, rispetto al contrasto delle discriminazioni nei luoghi di lavoro, consistono l'uno in iniziative di natura preventiva e l'altro in interventi di tipo per così dire successivo[19].

Per iniziative di natura preventiva si intendono principalmente quelle enucleate proprio dall'art. 5 di entrambi gli strumenti normativi in esame e che

[17] Cfr., in proposito, la relazione redatta congiuntamente dalla Commissione per l'occupazione e gli affari sociali (EMPL) e dalla Commissione per i diritti delle donne e l'uguaglianza di genere (FEMM) del Parlamento europeo e presentata il 10 novembre 2023, *Legislative Train. Strengthen the role and independence of equality bodies dealing with gender equality*.

[18] Come si vedrà, le norme più rilevanti da questo punto di vista sono gli artt. 5, 6, 7 e 10 di entrambi gli strumenti normativi in esame.

[19] Volte cioè, rispettivamente, a prevenire le discriminazioni nei luoghi di lavoro e ad affrontare le conseguenze di quelle che siano state invece concretamente perpetrate nei confronti di lavoratrici e lavoratori.

consistono in attività di sensibilizzazione, informazione e formazione. Secondo la disposizione appena citata, infatti, gli Stati membri dovranno garantire che gli organismi di parità possano portare avanti tali iniziative nei confronti di tutti i soggetti interessati (cittadinanza, lavoratrici e lavoratori, datrici e datori di lavoro, parti sociali, ecc.), al fine di agire anzitutto a livello culturale per debellare gli stereotipi e promuovere il principio di pari opportunità. È evidente che l'intensità delle relative azioni – se cioè dovrà trattarsi soltanto di attività di sensibilizzazione e informazione ovvero anche di vera e propria formazione – varierà a seconda della platea di riferimento e del contesto nazionale (o locale) e sarà compito dei medesimi organismi di parità decidere come procedere. Va da ultimo sottolineato che nell'ambito delle suddette iniziative di natura preventiva è contemplata anche la possibilità di utilizzare lo strumento delle azioni positive, ben radicato nella politica sociale europea e al contempo da sempre oggetto non soltanto di consensi, bensì pure di critiche[20].

Con riguardo invece agli interventi di tipo successivo va anticipato come si tratti, in generale, di tutti quelli che gli *equality bodies* possono mettere in campo per tutelare lavoratrici e lavoratori che abbiano subito una discriminazione vietata dall'ordinamento eurounitario. Tali interventi, di vario tipo, sono contemplati, essenzialmente, negli artt. 6, 7 e 10 degli strumenti normativi in esame[21].

La prima delle citate disposizioni è dedicata all'assistenza alle vittime. Nel momento in cui ritengano di aver subito una discriminazione sul luogo di lavoro queste ultime possono rivolgersi agli organismi di parità, i quali sono a quel punto tenuti ad offrire loro una vera e propria attività consulenziale, che il legislatore eurounitario descrive in modo estremamente dettagliato[22]. Essi devono infatti anzitutto inquadrare correttamente la situazione dal punto di vista giuridico per poi informare le vittime stesse in ordine agli strumenti a loro disposizione per potersi difendere e ottenere, se del caso, un ristoro per quanto subito. Sotto quest'ultimo profilo gli organismi di parità debbono in particolare indicare i servizi che mettono a disposizione e le possibilità di ricorso, soffermandosi tra l'altro anche sul quadro normativo di riferimento in materia di tutela della riservatezza[23] e menzionando le ulteriori forme di sup-

[20] Su tale strumento si v., a titolo di esempio, T. Giegerich (a cura di), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, Cham, 2020.

[21] Rubricati, rispettivamente, "Assistenza alle vittime", "Risoluzione alternativa delle controversie" e "Contenzioso".

[22] Si cfr., in particolare, quanto stabilito dal co. 3, lett. da a) ad e) della disposizione in esame.

[23] La tutela della riservatezza di lavoratrici e lavoratori vittime di discriminazioni è del resto

porto disponibili, anche se offerte da altre istituzioni, tra cui spicca quello di tipo psicologico[24].

I possibili esiti di tale attività consulenziale sono descritti nei successivi artt. 7 e 10 di entrambe le direttive.

Essa, infatti, può anzitutto sfociare in una conciliazione o in una mediazione, secondo quanto previsto dal diritto e dalle prassi a livello nazionale. Si tratta, come messo in luce fin dalla rubrica dell'art. 7, di tentare di affrontare le conseguenze della discriminazione subita in modo alternativo a quello tipico dell'azione in giudizio, il che di norma presenta vantaggi di non poco conto. Ci si riferisce, in particolare, al fatto che la ricerca di un accomodamento stragiudiziale tra le parti con il supporto dell'organismo di parità consente nella maggior parte dei casi di muoversi in una logica di ripristino di un clima costruttivo nel luogo di lavoro, evitando così ripercussioni ulteriori rispetto a quelle già subite a carico della lavoratrice o del lavoratore discriminata/o, anche dal punto di vista psicofisico[25].

Ciò evidentemente non toglie che, laddove la mediazione o la conciliazione non rappresentino nel caso di specie vie percorribili, possa aprirsi la strada del ricorso in giudizio. Tale possibilità è dettagliatamente disciplinata dall'art. 10 degli strumenti normativi in esame, il quale conferisce agli *equality bodies* un ruolo ancora una volta estremamente significativo. Questi ultimi devono infatti essere messi nelle condizioni di procedere in almeno uno dei tre seguenti modi: avviare un procedimento giudiziario per conto di una o più vittime, partecipare ad uno già avviato a sostegno di costoro, ovvero ricorrere in giudizio in nome proprio al fine di tutelare l'interesse pubblico[26].

Ai compiti che si sono sin qui descritti il legislatore eurounitario ne affianca alcuni altri, che assumono portata per così dire più generale. Entrando nel dettaglio, gli organismi di parità debbono poter svolgere accertamenti in ordine alla violazione del principio di parità di trattamento (art. 8), emanare pareri e/o decisioni (vincolanti o non) in materia (art. 9) e raccogliere dati in merito alle proprie attività (art. 16), da utilizzare come base di partenza sia per le relazioni che essi sono tenuti a produrre con riguardo al lavoro svolto sia per redigere il

un elemento imprescindibile per la buona riuscita dell'intervento di consulenza dell'organismo di parità coinvolto, come sottolineano anche diversi considerando di entrambe le direttive.

[24] La cui importanza è cruciale soprattutto nei casi più gravi di discriminazione, che intaccano spesso anche la sfera psicofisica della lavoratrice o del lavoratore coinvolta/o.

[25] È per tali ragioni che la via dell'accomodamento stragiudiziale dovrebbe essere quella preferita dagli stessi organismi di parità al momento della scelta dell'intervento da mettere in campo per affrontare la discriminazione perpetrata.

[26] Cfr. il co. 3, lett. da a) a c) della norma in commento.

proprio piano di lavoro in cui figurino le priorità e i programmi futuri di azione (art. 17)[27].

Da questa pur sintetica disamina delle competenze assegnate agli *equality bodies* dalle Direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 emerge chiaramente come esse siano, oltre che numerose, potenzialmente anche assai impegnative. Non è allora un caso che i medesimi provvedimenti normativi abbiano dato agli Stati membri indicazioni molto stringenti con riguardo agli strumenti che debbono essere messi a disposizione di tali organismi.

Ci si riferisce soprattutto al fatto che, ai sensi dell'art. 4 di entrambe le direttive, gli organismi di parità debbono essere dotati delle risorse umane, tecniche e finanziarie necessarie per svolgere il proprio mandato. La disposizione che si è appena citata assume un'importanza cruciale perché in effetti il funzionamento di tali organismi e quindi anche l'efficacia della loro azione dipenderà in massima parte proprio dalle risorse che verranno loro in concreto destinate[28].

Vi è poi il tema – strettamente collegato a quello che si è appena trattato – dell'indipendenza degli *equality bodies*, cui è dedicato l'art. 3 di entrambe le direttive in esame. Ai sensi di tale disposizione gli Stati membri sono tenuti ad adottare misure atte a garantire che essi siano effettivamente indipendenti e liberi da influenze esterne di qualsiasi genere (incluse quelle del governo e/o di altri enti pubblici). Entrando maggiormente nel dettaglio, gli organismi di parità debbono essere messi nelle condizioni di poter gestire autonomamente le proprie risorse (umane, tecniche e finanziarie) e di prendere le proprie decisioni di natura organizzativa. Inoltre, i medesimi Stati membri dovranno stabilire procedure trasparenti in ordine alla selezione, alla nomina, alla eventuale revoca e a potenziali situazioni di conflitto di interessi delle/dei componenti di tali organismi, al fine di garantirne indipendenza e competenza. Infine, è necessario che gli *equality bodies* istituiscano una struttura interna tale da garantire che le relative funzioni siano esercitate in maniera indipendente e imparziale.

Dalla descrizione dei contenuti delle Direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 emerge chiaramente il salto di qualità che il legislatore eurounitario ha voluto compiere con riguardo agli organismi di parità, cui come si ricorderà nella

[27] Tale ultima disposizione appare di particolare rilievo perché consentirà agli organismi di parità di programmare le attività future in base all'esperienza accumulata nel tempo.

[28] Ai sensi della suddetta norma, la cui implementazione sarà di fondamentale importanza per il corretto funzionamento degli *equality bodies*, "Gli Stati membri provvedono, in conformità delle rispettive procedure di bilancio nazionali, affinché ciascun organismo per la parità sia dotato delle risorse umane, tecniche e finanziarie necessarie per svolgere tutti i suoi compiti ed esercitare tutte le sue competenze in maniera efficace (…), incluso il caso in cui gli organismi per la parità facciano parte di organismi plurimandato".

normazione precedente erano dedicati spazio e approfondimento assai più limitati. L'obiettivo, chiaramente, è quello di dare agli Stati membri indicazioni molto precise su come procedere in proposito, di fatto costringendoli ad investire sui suddetti organismi, rafforzando così il versante pratico-applicativo dei principi di non discriminazione e pari opportunità nei luoghi di lavoro. Lo testimonia, tra l'altro, la circostanza che l'art. 18 di entrambe le direttive preveda, in proposito, uno stringente monitoraggio gestito dalla Commissione UE.

Come si accennava in apertura di paragrafo, gli strumenti normativi che si sono esaminati sono pressoché identici, salve alcune differenze riscontrabili nei considerando: in proposito, e senza poter qui entrare approfonditamente nel merito, può rilevarsi che la Direttiva (UE) 2024/1499 sembra puntare maggiormente sul versante dell'attuazione concreta delle regole in essa contenute da parte dei Paesi membri (e dunque sul già citato ruolo della Commissione UE nell'operare i relativi controlli)[29], mentre la Direttiva (UE) 2024/1500 pare in particolare soffermarsi sulla sussistenza, nella società odierna, di discriminazioni strutturali di cui è molto complesso individuare vittime e autrici/autori, nonché sulla conseguente opportunità che, in casi del genere, gli organismi di parità possano agire autonomamente per farle emergere e, in fin dei conti, debellarle[30].

Al di là di queste precisazioni, è il caso in conclusione di ribadire che quanto previsto dalle direttive in esame avrà, per le ragioni evidenziate poco sopra, un impatto assai significativo sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri, che dovranno adeguarvisi entro il giugno 2026. Ciò vale sia per quei Paesi che non hanno, in tema di *equality bodies*, una legislazione particolarmente avanzata, ma anche per quelli, come l'Italia, che invece possono, almeno sulla carta, considerarsi virtuosi, avendo al contrario una lunga tradizione normativa in proposito.

4. *Quali conseguenze per l'ordinamento italiano?*

In effetti, se si guarda all'ordinamento italiano, ci si rende conto di come la legislazione in materia di organismi di parità sia già decisamente avanzata, anche se, per ragioni anzitutto storiche, le relative disposizioni concernono unicamente le discriminazioni di genere.

Senza voler qui entrare eccessivamente nel merito, è comunque il caso di rammentare come tali organismi, denominati "consigliere e consigliere di pari-

[29] Cfr., in particolare, il considerando 44 della Direttiva (UE) 2024/1499.

[30] Come messo in luce dal considerando 34 della Direttiva (UE) 2024/1500.

tà", siano stati disciplinati per la prima volta già negli anni Ottanta del secolo scorso[31], per vedersi poi dedicare una normativa più dettagliata dalla Legge n. 125 del 1991[32] ed essere da ultimo rivisitati ad opera del Decreto legislativo n. 198 del 2006[33], c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (il quale ha sua volta ha subito alcune ulteriori modifiche negli anni successivi[34]).

Dall'analisi di quest'ultimo provvedimento (ed in particolare dei suoi artt. 12 e ss.) si evince come consigliere e consiglieri di parità abbiano un gran numero di competenze, sostanzialmente sovrapponibili a quelle sancite dalla Direttiva (UE) 2024/1500, tanto in termini preventivi (sensibilizzazione, informazione, formazione) quanto in termini successivi (assistenza alle vittime)[35]. L'unico aspetto sul quale la disciplina nazionale è carente rispetto a quella eurounitaria è quello concernente l'attività consulenziale cui ha diritto la vittima di una discriminazione di genere, che come si accennava in precedenza l'art. 6 della Direttiva (UE) 2024/1500 disciplina in modo assai dettagliato, mentre l'art. 15 del Decreto legislativo n. 198 del 2006 vi si riferisce in maniera soltanto indiretta e generica[36]. Ciò non toglie peraltro che, come si evince dai relativi

[31] Ci si riferisce, in particolare, alle Leggi n. 863 del 1984 e n. 56 del 1987 su cui si v., rispettivamente, M. G. Garofalo (a cura di), *Crisi, occupazione, legge: commento alla l. n. 863/1984*, Bari, 1985 e G. Arrigo, A. Pandolfo (a cura di), *Il nuovo collocamento: commento alla legge 28 febbraio 1987, n. 56 recante "Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro"*, Milano, 1987.

[32] Si v., in proposito, L. Gaeta, L Zoppoli (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive. Commentario alla Legge 10 aprile 1991, n. 125*, Torino, 1992, nonché M.L. De Cristofaro (a cura di), *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratici. Commento alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, Napoli, 1993.

[33] Sul punto sia consentito rinviare a M. Borzaga, *Il destino di Consigliere e Consiglieri di Parità in Italia dopo le più recenti riforme*, in *Equal - Rivista di Diritto Antidiscriminatorio*, 2024, 3/4, 329-350.

[34] Le più recenti di tali modifiche sono contenute nella Legge n. 162 del 2021, c.d. legge Gribaudo. Su tale provvedimento normativo si v., in particolare, D. Izzi, *Contrasto al gender gap e regole di trasparenza*, in *Lavoro e Diritto*, 2024, 4, 645-662; anche R. Nunin, *La legge 162/21 e le Consigliere di parità*, 2022, L. Calafà, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, 2022 e M. L. Vallauri, *Prime osservazioni critiche sulla l. n. 162/2021*, 2022, tutti disponibili al sito web https://www.italianequalitynetwork.it.

[35] Anche su questo punto sia consentito rinviare a M. Borzaga, *Va ripensato il ruolo delle consigliere e dei consiglieri di parità?*, in *Lavoro e Diritto*, 2023, 1, 17-22.

[36] In effetti, che le consigliere e i consiglieri di parità debbano svolgere attività consulenziale lo si deduce da quanto previsto dall'art. 15, co. 1, lett. a) del Decreto legislativo n. 198 del 2006, ai sensi del quale costoro si occupano, tra l'altro, della "rilevazione delle situazioni di squilibrio di genere, anche in collaborazione con le direzioni interregionali e territoriali del lavoro, al fine di svolgere le funzioni promozionali e di garanzia contro le discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, ivi compresa la progressione professionale e di carriera, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione,

monitoraggi annuali[37], le consigliere e i consiglieri di parità svolgano nei fatti la suddetta attività. Va inoltre segnalato come alcune leggi regionali e provinciali che sono state negli anni emanate per rafforzare queste figure istituzionali di garanzia abbiano messo al centro del loro operato proprio l'attività consulenziale, regolamentandola in modo decisamente particolareggiato[38].

Anche sotto il profilo degli strumenti messi a disposizione di consigliere e consiglieri di parità per svolgere il loro lavoro, la legislazione nazionale sembra essere piuttosto in linea con quanto stabilito dalla Direttiva (UE) 2024/1500, atteso che gli enti di incardimento di queste/i ultime/i debbono garantire loro le risorse (umane, tecniche e finanziarie) necessarie e possono altresì prevedere un compenso per le attività prestate[39]. Più problematica appare invece la questione dell'indipendenza di consigliere e consiglieri di parità, cui non è dedicata, nell'attuale legislazione nazionale, alcuna disposizione specifica. Ciò peraltro non toglie che tale indipendenza possa essere almeno in parte garantita dall'alto grado di competenza e preparazione che deve essere posseduto da costoro nelle materie oggetto del relativo mandato. Inoltre, alcune delle già citate normative regionali o provinciali in materia hanno ritenuto opportuno incardinare consigliere e consiglieri di parità presso le assemblee legislative (e non le giunte) proprio al fine di rafforzarne l'indipendenza, di fatto equiparando tali figure a quelle dei c.d. "garanti" (tra cui spicca il difensore civico)[40].

Chiude questo quadro apparentemente positivo la previsione che stabilisce una presenza capillare di consigliere e consiglieri di parità sul territorio, ovvero a livello nazionale, regionale e provinciale. Sebbene la Direttiva (UE) 2024/1500 non prenda posizione sulla necessità o meno di prevedere uno o più organismi di parità[41], i continui riferimenti nel testo normativo al fatto che alle vittime debba essere garantito facile accesso a tali organismi su tutto il

nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al Decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252".

[37] Si v., da ultimo, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Rapporto sull'attività delle Consigliere Nazionali di Parità per l'anno 2022*, 2023, disponibile al sito web www.lavoro.gov.it.

[38] Ci si riferisce in particolare, all'art. 16, co. 3, lett. b) della Legge della Provincia Autonoma di Trento n. 13 del 2012 e alle relative delibere di attuazione (della Giunta Provinciale prima e dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio Provinciale poi).

[39] È quanto stabilito dall'art. 17 del Decreto legislativo n. 198 del 2006.

[40] Come avviene in Trentino (ai sensi dell'art. 16, co. 1 della Legge provinciale n. 13 del 2012), ma anche in Alto Adige e in Emilia-Romagna.

[41] L'art. 2, co. 1 di tale provvedimento normativo afferma infatti, piuttosto genericamente, che "Gli Stati membri designano uno o più organismi ("organismi per la parità") per esercitare le competenze stabilite nella presente direttiva".

territorio nazionale[42] induce a concludere che un numero elevato di essi sia particolarmente in linea con gli obiettivi della direttiva medesima.

Tuttavia, se si approfondisce ulteriormente, procedendo ad una valutazione dell'attività concretamente svolta nel quotidiano da consigliere e consiglieri di parità, ci si avvede di come il citato quadro assuma in realtà contorni assai problematici, in particolare con riguardo al secondo degli aspetti analizzati, ovvero al tema delle risorse e, a cascata, dell'effettivo svolgimento dei numerosi compiti che la legislazione nazionale attribuisce a consigliere e consiglieri di parità (oltre che alla loro competenza in materia e al loro grado di indipendenza rispetto a possibili condizionamenti esterni).

Sul punto va infatti messo in luce come la situazione in cui versano tali figure istituzionali di garanzia sia, attualmente, di estrema difficoltà, se non di vera e propria crisi.

Se è vero, infatti, che la versione originaria del Decreto legislativo n. 198 del 2006 garantiva a consigliere e consiglieri di parità risorse sufficienti a svolgere i proprio compiti (che pure, come si accennava, erano e sono assai numerosi e complessi), è altrettanto vero che le cose sono radicalmente cambiate a seguito delle modifiche apportate a tale provvedimento normativo dal Decreto legislativo n. 151 del 2015 (uno dei decreti delegati relativi al c.d. *Jobs Act*, voluto dall'allora Governo Renzi).

Sebbene non si possa qui entrare nei dettagli, va comunque quanto meno accennato come tali modifiche abbiano riguardato essenzialmente gli artt. da 16 a 18 del Decreto legislativo n. 198 del 2006, ovvero proprio quelle norme che si occupano delle risorse assegnate a consigliere e consiglieri di parità. In sostanza, il legislatore ha stabilito che le relative spese siano accollate agli enti locali di incardinamento (e non più allo Stato) e che il riconoscimento di un compenso in favore di consigliere e consiglieri di parità divenga meramente eventuale[43].

In proposito, va ulteriormente considerato come tali modifiche siano avvenute nello stesso periodo nel quale la Legge n. 56 del 2014 (c.d. legge Delrio) svuotava di competenze e risorse le Province e metteva di conseguenza in condizioni estremamente difficili le consigliere e i consiglieri di parità incardinate/i presso tali enti[44]. Se a ciò si aggiunge che la Conferenza Unificata Stato-Regioni

[42] Si cfr., in particolare, l'art. 5, co. 1, l'art. 12, co. 3 ed anche il considerando 38 della suddetta direttiva.

[43] V., in proposito, M. Borzaga, *Il destino di Consigliere e Consiglieri di Parità in Italia dopo le più recenti riforme*, cit., 337 ss.

[44] In merito a tale provvedimento normativo si v., a titolo di esempio, F. Pizzetti, *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove province e unioni di comuni. Legge 7 aprile 2014,*

ha previsto, in favore di tali soggetti, compensi irrisori[45] e che il fondo di cui all'art. 18 del Decreto legislativo n. 198 del 2006 (finalizzato a finanziare parte delle loro attività) negli ultimi anni non è stato più alimentato il cerchio si chiude in termini decisamente negativi.

L'appena descritta carenza di risorse ha reso particolarmente complicato (se non addirittura impossibile, in alcuni casi) per consigliere e consiglieri di parità svolgere i numerosi compiti loro affidati dal legislatore, oltre a disincentivare persone valide dal presentare la propria candidatura per ricoprire i relativi ruoli, determinando un impoverimento complessivo di tali figure in termini di preparazione, competenza ed esperienza (oltre ad incidere negativamente, di conseguenza, sul loro grado di indipendenza).

A dispetto di un quadro normativo in apparenza assai avanzato, dunque, la trasposizione delle Direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 nell'ordinamento italiano avrà conseguenze di non poco momento, specie sotto il profilo economico, ovvero di allocazione agli *equality bodies* di risorse umane, tecniche e finanziarie adeguate (che ormai rappresenta quasi sempre quello più problematico a causa delle ben note, croniche ristrettezze del bilancio statale).

Delle prospettive di tale trasposizione nazionale, al momento in realtà tutt'altro che chiare, si proverà a dire a dire qualcosa ora, in sede di riflessioni conclusive.

5. *Conclusioni*

Come si è avuto modo di mettere in luce nelle pagine precedenti, con le Direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 il legislatore eurounitario ha profondamente rivisitato la disciplina degli *equality bodies*. L'obiettivo di tale rivisitazione consiste, in sostanza, nel rendere questi ultimi molto più efficaci nel contrastare le discriminazioni nei luoghi di lavoro rispetto al passato. Lo testimonia in particolare la circostanza che i suddetti provvedimenti normativi da un lato regolamentano in modo particolarmente dettagliato le competenze degli organismi di parità e dall'altro impegnano gli Stati membri a garantire loro l'assegnazione di risorse adeguate, oltre all'indipendenza delle/dei titolari dei relativi incarichi.

Sebbene il termine per il recepimento delle due citate direttive sia oramai

n. 56, Milano, 2015, nonché L. Vandelli (a cura di), *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56, commentata comma per comma*, Rimini, 2014.

[45] Ci si riferisce alla deliberazione n. 44 del 19 aprile 2023, la quale ha previsto per le consigliere e i consiglieri di parità regionali un compenso variabile (a scelta dell'ente di incardinamento) tra un minimo di 390 e un massimo di 780 euro mensili, mentre per le consigliere e i consiglieri di parità provinciali esso scende, addirittura, a 68 euro.

sempre più prossimo, al momento è assai difficile prevedere come si muoveranno, in proposito, gli ordinamenti nazionali.

Per quanto riguarda l'Italia possono peraltro avanzarsi alcune ipotesi in ordine alle principali traiettorie di siffatto recepimento, specie se si considera che, in proposito, già esiste la dettagliata disciplina descritta in precedenza.

Alla luce di ciò è ragionevole immaginare che il legislatore nazionale intervenga rafforzando gli organismi di parità già esistenti, ovvero consigliere e consiglieri di parità: ciò consentirebbe infatti di fare tesoro dell'esperienza maturata da questi ultimi e di evitare duplicazioni potenzialmente inefficienti e, soprattutto, costose.

Laddove si decidesse di procedere in questi termini, andrebbero comunque effettuate importanti modifiche alla vigente legislazione nazionale. Si tratterebbe, nel dettaglio, di affidare a consigliere e consiglieri di parità anche la competenza relativa alle discriminazioni nei luoghi di lavoro ulteriori rispetto a quelle di genere (di cui in particolare alla Direttiva UE 2024/1499), di disciplinare meglio la competenza concernente l'assistenza alle vittime, specie con riguardo all'attività consulenziale, nonché di prevedere misure in grado di garantire la loro indipendenza. A ciò dovrebbe aggiungersi una rivisitazione complessiva delle modalità di attribuzione delle risorse a consigliere e consiglieri di parità che, come si è visto, è cruciale per consentire a costoro di svolgere al meglio le proprie funzioni e rappresenta il profilo maggiormente problematico della regolamentazione attuale.

Se il legislatore nazionale si muoverà nella direzione ipotizzata, dovrà naturalmente provvedere anche a coordinare la disciplina di recepimento delle Direttive (UE) 2024/1499 e 2024/1500 con quella concernente una serie di organismi che sono stati (anche di recente) creati e che svolgono compiti in parte sovrapponibili a quelli degli *equality bodies* regolamentati da tali direttive (quali, in particolare, l'UNAR[46] e il garante nazionale dei disabili[47]).

A questo punto non resta che attendere di capire come si muoveranno Governo e Parlamento, auspicando che la fase di trasposizione possa costituire un'occasione per rafforzare la lotta alle discriminazioni anche attraverso il rilancio, a livello nazionale, degli organismi di parità esistenti.

[46] Cfr., in proposito, L. Calafà, V. Protopapa, *Gli attori delle politiche di parità: dalle origini alle direttive di "Terza Generazione"*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2024, 3, 417-440, nonché A. Crescenzi, *op. cit.*, 335 ss.

[47] Chiamato ad occuparsi, tra l'altro, di tutte le forme di discriminazione subite dalle persone con disabilità (ai sensi del Decreto legislativo n. 20 del 2024, che istituisce tale figura a partire dal primo gennaio 2025).

IL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE NEL PROCESSO DI EUROPEIZZAZIONE DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI MODIFICHE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Michele Cozzio

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il contesto normativo europeo tra *caveat* e aperture. – 3. La svolta europea verso una maggiore flessibilità del contratto. – 4. Il ruolo della giurisprudenza europea. – 5. La forza attrattiva del processo di europeizzazione. – 6. Alla ricerca di nuove soluzioni.

1. *Premesse*

La modifica dei contratti in corso di esecuzione è un tema rilevante nel funzionamento dei sistemi di contrattazione pubblica e non privo di complessità sotto il profilo della regolamentazione. Si pone, infatti, al crocevia di numerosi interessi, pubblici e privati, di non facile bilanciamento, sottesi ai quali vi sono esigenze di buon andamento dell'amministrazione, di soddisfazione dei bisogni della collettività, di tutela della concorrenza e della parità di trattamento delle imprese, di garanzia del risultato a fronte dell'utilizzo di risorse pubbliche[1].

Il tema si pone anche in stretta relazione con il grado di apertura e competitività dei mercati. Non può sottacersi, infatti, che il ricorso oltremisura, o meglio l'abuso, delle modifiche contrattuali può travolgere gli sforzi profusi

[1] F. Goisis e P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. Amministrativo*, 2023, 1, 114 e 121, i quali individuano nell'ampio fascio di interessi sottostanti la modifica dei contratti: il contenimento della spesa, il mantenimento dell'equilibrio economico contrattuale, la corrispondenza tra quanto realizzato e quanto pattuito in sede di gara; sul tema recentemente anche V. Rossi, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici. origini, sviluppi, approdi e prospettive*, giugno 2025, in www.giustizia-amministrativa.it. Anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nella *Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati del Codice dei contratti pubblici* del dicembre 2022, ricorda che sul tema delle modifiche contrattuali il Legislatore è chiamato a realizzare un complesso bilanciamento tra regole della concorrenza (che impongono la corrispondenza fra l'appalto messo in gara e quello eseguito) e necessaria flessibilità contrattuale..

per l'individuazione delle offerte migliori mediante procedure di gara trasparenti e concorrenziali.

Il rischio è tutt'altro che remoto, come dimostrano dati e prassi rilevati dalle Autorità del settore.

In Italia, ad esempio, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha segnalato che i forti ribassi delle offerte presentate in gara sono poi recuperati attraverso modifiche contrattuali nella fase dell'esecuzione.[2] Il Legislatore italiano ha reagito a questa situazione introducendo nel *Codice dei contratti pubblici* già nel 2016 e poi nel 2023, una serie di obblighi di comunicazione e pubblicità[3].

Problematiche simili sono rilevate nel sistema spagnolo.

Lo ha accertato l'Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) che dal 2022 riserva alle modifiche contrattuali una sezione del proprio *Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública*[4]. I dati rilevati dall'OIRESCON dimostrano che le amministrazioni ricorrono frequentemente alla modifica dei contratti per correggere i ribassi praticati dalle imprese in sede di offerta. La prassi trovava sostegno nella giurisprudenza spagnola che la riconduceva all'esigenza di garantire la miglior gestione dell'interesse pubblico. Secondo questa interpretazione "*el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato*", di conseguenza se le circostanze esterne al contratto cambiano allora è possibile modificare il contratto. Tanto bastava, viene osservato, per dimostrare la legittimità della modifica[5].

[2] Si veda part. la *Relazione annuale* dell'ANAC presentata al Parlamento il 6 giugno 2019.

[3] Si veda l'art. 106, co. 11 e 15, del *Codice dei contratti pubblici*, D. Lgs. 31 marzo 2023 n. 36.

[4] Si veda OIRESCON, *Módulo IX: la ejecución del contrato. Las modificaciones contractuales y la subcontratación*, en *Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública*, dicembre 2022, 1-22.

[5] Così J.M. Gimeno Feliú, *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor, 2019, 280 ss., il quale richiama la decisione del Tribunal Supremo spagnolo del 19 febbraio 2008. L'Autore ricorda che "*es este, sin duda, uno de los males endógenos en la práctica de la contratación pública en España y causa de muchos de los actuales casos de corrupción*" (p. 280) e che "*en la práctica española* (…) *regla habitual es que es posible modificar el contrato casi a plena libertad del órgano de contratación*" (p. 282). Nel sistema spagnolo, dunque, la norma positiva e la giurisprudenza riconoscono che le modifiche contrattuali hanno natura eccezionale, in quanto alterano il risultato della procedura competitiva, tuttavia l'interpretazione e attuazione della regola avviene "*de forma relajada*" (p. 281). Questa situazione, conclude l'Autore, è chiaramente patologica e deve essere corretta. Si veda anche J.M. Baño León, *Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos*, in *Anuario del Gobierno Local*, 2012, 141 ss.; recentemente J.M. Gimeno Feliú, *Cinco años de la entrada en vigor de la Ley 9/2027 de Contratos del Sector Público (LCSP): reflexiones retrospectivas, prospectivas y propositivas*, in *Observatorio de Contratación Pública*, febbraio 2023.

Il quadro normativo attuale è profondamente cambiato. Le soluzioni introdotte dalla Ley 9/2017 *de Contratos del Sector Público* hanno ridefinito la disciplina delle modifiche contrattuali, in forza tanto del recepimento delle direttive europee del 2014, quanto della necessità di ridurre la frequenza e l'intensità delle modifiche. La nuova regolamentazione, rileva l'OIRESCON, "*está encaminada a constituir un mejor mecanismo de control en torno a la figura de la modificación contractual*", e tale 'meccanismo' – al pari di quello predisposto in Italia – fa leva su obblighi di comunicazione e pubblicità, dunque sulla trasparenza[6].

2. *Il contesto normativo europeo tra* caveat *e aperture*

Le direttive europee del 2014 in tema di appalti pubblici e concessioni innovano profondamente la regolamentazione del settore. Per la prima volta, infatti, vengono adottate regole comuni per la fase dell'esecuzione dei contratti[7]. Esse riguardano: le condizioni di esecuzione[8], il subappalto[9], le modifiche[10], la risoluzione[11].

La novità è significativa non solo perché spinge il processo di europeizzazione e armonizzazione ad un livello mai raggiunto in precedenza, andando a 'occupare' ambiti finora esclusi dal perimetro di azione del Legislatore

[6] Si veda OIRESCON, *Módulo IX: la ejecución del contrato…*, cit., 11; J.M. Gimeno Feliú, *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017*, cit., 292, osserva che la recente legislazione spagnola "*incorpora la obligación de publicar las modificaciones y se abre la posibilidad de impugnarlas, en tanto puedan suponer una adjudicación ilegal*"; la finalità, rileva l'Autore, è quella di generare forme adeguate di trasparenza sulle cause e le conseguenze delle modifiche contrattuali; cfr. anche J.A. Moreno Molina, *Guía práctica de contratación pública*, Madrid, 2023, 259.

[7] Sul tema, per tutti, R. Caranta, A. Sanchez-Graells (edited by), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/UE*, Cheltenham, 2021.

[8] Cfr. art. 70, Dir. 2014/24/UE *sugli appalti pubblici* e art. 87, Dir. 2014/25/UE *sugli appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali*. Le amministrazioni possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione del contratto riguardanti considerazioni di natura economica, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione.

[9] Cfr. art. 71, Dir. 2014/24/UE; art. 88, Dir. 2014/25/UE; art. 42, Dir. 2014/23/UE *sulle concessioni*. Le amministrazioni possono: (i) richiedere nelle offerte l'indicazione delle prestazioni oggetto di subappalto nonché i nominativi dei subappaltatori; (ii) richiedere il pagamento diretto dei subappaltatori per le prestazioni eseguite; (iii) verificare che anche i subappaltatori dispongano dei requisiti di moralità professionale richiesti alle imprese per la partecipazione alla gara. Si tratta di soluzioni già presenti nel sistema italiano ma non in tutti gli altri Stati membri.

[10] Cfr. art. 72, Dir. 2014/24/UE; art. 89, Dir. 2014/25/UE; art. 43, Dir. 2014/23/UE.

[11] Cfr. art. 73, Dir. 2014/24/UE; art. 90, Dir. 2014/25/UE; art. 44, Dir. 2014/23/UE.

dell'UE[12], ma anche perché le norme introdotte schiudono nuove prospettive, in discontinuità con gli orientamenti della giurisprudenza e delle Istituzioni sia europee che nazionali.

Lo possiamo rilevare proprio con riferimento al tema delle modifiche contrattuali.

Non sorprende, dunque, il fatto che le nuove norme abbiano sollevato perplessità da parte dei giuristi negli Stati membri; tuttavia, è curioso riscontrare che tali perplessità sono fondate, talvolta, su ragioni diametralmente opposte: in Italia, ad esempio, molte perplessità sono dovute alla maggiore permissività delle norme europee (nell'ammettere le modifiche contrattuali) rispetto a quelle nazionali, nel caso della Spagna, invece, al maggior rigore imposto da Bruxelles.

Nucleo centrale della normativa europea è la regola che vuole garantita la corrispondenza tra il contratto messo in gara e quello eseguito, per tanto nel caso di modifiche del contratto dovrebbe essere attivata una nuova procedura di aggiudicazione. Fatta salva questa regola (posta a garanzia dell'effettività della concorrenza), il Legislatore dell'Unione stabilisce sei fattispecie nelle quali possono essere attuate modifiche contrattuali senza necessità di avviare nuove procedure: riguardano sia modifiche soggettive, inerenti l'identità e l'organizzazione delle imprese appaltatrici, sia modifiche oggettive del contratto (durata, importi, etc.)[13].

La soluzione europea introduce flessibilità nella modificazione dei contratti, bilanciando la regola generale, restrittiva, che vuole la piena corrispondenza tra il contratto aggiudicato e quello eseguito, con la possibilità di ridefinire alcuni contenuti contrattuali, senza necessità di avviare nuove procedure. La soluzione va nella direzione, segnalata da attenta dottrina[14], secondo la quale disporre di margini di flessibilità migliora l'efficienza contrattuale e, in definitiva, il funzionamento del mercato.

[12] Lo evidenzia G. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Milano, 2024, 347.

[13] Sul tema si veda P. Bogdanowicz, *Modification of contracts during their term*, in R. Caranta, A. Sanchez-Graells (edited by), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/UE*, cit., 776 ss.

[14] Ci si riferisce in particolare agli studi di M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffré, 2001, 188 ss., il quale dimostra quanto la rigidità dei contratti (part. la difficoltà di sfruttare nuovi elementi e informazioni) costi in termini di efficienza; cfr. anche M. Cafagno, *Principio di risultato e procedure di affidamento delle concessioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2024, 2, 217 ss.; D. Maresca, *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/UE*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2014, 3, 749 ss.; G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Il diritto dell'economia*, 2024, 1, 11-75.

3. *La svolta europea verso una maggiore flessibilità del contratto*

La soluzione disposta dalle direttive UE del 2014 segna un deciso *revirement* rispetto al passato quando, in mancanza di regole comuni, le Istituzioni europee si dimostravano restiee a riconoscere la legittimità delle modifiche contrattuali.

Ad esempio, la Commissione europea aveva sempre dichiarato che i principi del Trattato "si oppongono a qualsivoglia intervento dell'amministrazione – successivo alla selezione del partner privato – tale da pregiudicare la parità di trattamento tra gli operatori"[15]. In tal senso, le modifiche apportate in fase di esecuzione venivano ritenute potenzialmente derogatorie al principio della parità di trattamento, dunque da interpretarsi con valenza eccezionale e in senso restrittivo.

Ciò non significa che gli orientamenti fossero incondizionatamente a favore della concorrenza e della parità di trattamento, negando ogni possibilità di rinegoziazione dei contratti.

La stessa Commissione, a conferma del fatto che il proprio orientamento non era basato su interpretazioni formali e avulse dal contesto, si è fatta portatrice di interpretazioni permissive. In particolare, in alcune Comunicazioni ha riconosciuto la facoltà – specie a fronte di contratti di lunga durata, appalti complessi, concessioni e altre forme di PPP – di adattare il rapporto contrattuale "alle variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico", confermando che "le regole europee non impediscono di tener conto di queste variazioni, purché siano rispettati i principi in tema di parità di trattamento e trasparenza"[16]. In tal senso, se l'amministrazione ritiene di modificare determinati contenuti dopo la scelta dell'aggiudicatario può farlo purché lo abbia previsto nei documenti di gara. In questo modo, infatti, tutte le imprese sono informate e viene loro garantita parità di condizioni nella formulazione delle offerte. Diversamente, qualsiasi modifica del contratto non prevista imporrà di ricorrere a una nuova procedura di gara e legittimerà eventuali imprese a ricorrere[17].

[15] Si veda Commissione europea, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati ed al diritto degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM(2004) 327 def., 30 aprile 2004, pt. 42.

[16] Si veda Commissione europea, *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, pubblicata nella *G.U.U.E.* C 91 del 12 aprile 2008, pt. 2.3.5 e 3.

[17] In senso conforme si veda il report della Corte dei Conti europea su *Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati*, 2018, nr. 9.

4. *Il ruolo della giurisprudenza europea*

Più rigoroso è stato l'orientamento della Corte di giustizia UE, formatosi attraverso una serie di pronunce, a partire dalla decisione *CAS Succhi di Frutta SpA* riguardante la modificazione delle condizioni di pagamento, attivata senza nessuna preventiva indicazione nei documenti di gara[18].

Nelle successive decisioni la Corte interviene su modifiche riguardanti:

- la natura del contraente, la conversione del prezzo in altra valuta, la rinuncia alla risoluzione anticipata del contratto (*Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, 2009)[19];
- l'attività del subappaltatore (*Wall AG*, 2010)[20];
- l'affidamento di lavori supplementari non previsti nei documenti di gara (*Commissione vs Regno di Spagna*, 2010)[21];
- il raggruppamento delle imprese aggiudicatarie (*Idrodinamica Spurgo Velox srl et al.*, 2014)[22];

[18] Si veda Corte di giustizia CE, Sesta Sezione, 29 aprile 2004, C 496/99P, *Commissione* contro *CAS Succhi di Frutta SpA*, pt. 118-121. La Corte stabilisce l'obbligo per le amministrazioni di rispettare rigorosamente i criteri definiti nei bandi di gara e nei contratti, fino al termine dell'esecuzione. Ne deriva, tra l'altro, l'impossibilità di alterare l'economia generale dell'appalto modificando unilateralmente le condizioni essenziali, specie quelle che se fossero state rese note nel bando di gara avrebbero consentito alle imprese di presentare offerte differenti.

[19] Si veda Corte di giustizia CE, Terza Sezione, 19 giugno 2009, C 454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, pt. 34-40. I giudici europei confermano che le modifiche apportate al contratto in esecuzione costituiscono una nuova aggiudicazione quando presentano caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale. Tali modifiche, precisa la Corte, devono ritenersi "sostanziali" quando estendono l'appalto (in modo considerevole) a servizi inizialmente non previsti, ovvero quando alterano l'equilibrio economico in favore dell'aggiudicatario ovvero quando si ha sostituzione dell'appaltatore senza preventiva indicazione.

[20] Si veda Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 13 aprile 2010, C 91/08, *Wall AG*, pt. 37-42. Secondo i giudici europei la sostituzione del subappaltatore può costituire modifica di uno degli elementi essenziali del contratto se la scelta del subappaltatore è stata determinante nella conclusione del contratto. In questo casi si dovranno adottare tutti i provvedimenti necessari per reintrodurre la trasparenza nel procedimento, compreso una nuova proceduta di aggiudicazione.

[21] Si veda Corte di giustizia UE, Quarta Sezione, 22 aprile 2010, C 423/07, *Commissione* contro *Regno di Spagna*, pt. 58-59, 70-71. I giudici confermano che il diritto europeo non consente l'attribuzione di lavori cosiddetti supplementari – che costituiscono di per sé appalti di lavori il cui valore supera la soglia di interesse europeo – al di fuori di qualunque garanzia di trasparenza.

[22] Si veda Corte di giustizia UE, Quinta Sezione, 8 maggio 2014, C 161/13, *Idrodinamica Spurgo Velox srl et al.*, pt. 40-41. La Corte stabilisce che la decisione che autorizza la modifica della composizione del raggruppamento aggiudicatario implica una modifica può essere ritenuta sostanziale se, alla luce delle particolarità della procedura, riguarda uno degli elementi essenziali che hanno determinato la decisione di aggiudicazione.

- il raggruppamento delle imprese invitate alla procedura negoziata (*MT Højgaard A/S et al.*, 2016)[23];
- la richiesta di integrazioni delle offerte, decorso il termine di presentazione (*Archus sp. zoo*, 2017)[24];
- la natura del contratto (da locazione di materiale a vendita) (*Finn Frogne*, 2016)[25];
- la durata del contratto di concessione (*Commissione vs Repubblica italiana*, 2019)[26];
- i contenuti del contratto (*T-Systems Magyarország Zrt. et al.*, 2020)[27];

[23] Si veda Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 24 maggio 2016, C 396/14, *MT Højgaard A/S et al.*, pt. 37-41. I giudici europei stabiliscono che l'amministrazione non viola la parità di trattamento se, a seguito dello scioglimento di un raggruppamento invitato, essa autorizza una delle imprese del raggruppamento a partecipare alla procedura purché soddisfi da sola i requisiti e non pregiudichi la situazione degli altri concorrenti. Per la Corte il requisito dell'identità giuridica e sostanziale dei concorrenti può essere attenuato al fine di garantire, in una procedura negoziata, un'adeguata concorrenza.

[24] Si veda Corte di giustizia UE, Ottava Sezione, 11 maggio 2017, C 131/16, *Archus sp. z o.o*. La Corte stabilisce che per il diritto europeo l'amministrazione non può invitare l'impresa offerente a presentare dichiarazioni o documenti richiesti dal capitolato e che non sono stati presentati nel termine fissato per la presentazione delle offerte. diversamente, precisano i giudici, l'amministrazione può chiedere chiarimenti o rettifiche di errori materiali manifesti contenuti nelle offerte, a condizione, tuttavia, che la richiesta sia rivolta a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che il chiarimento o la rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta.

[25] Si veda Corte di giustizia UE, Ottava Sezione, 7 settembre 2016, C 549/14, *Finn Frogne*. Secondo i giudici europei dopo l'aggiudicazione non può essere apportata alcuna modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura, anche qualora la modifica costituisca una modalità di composizione transattiva comportante rinunce reciproche per le parti, allo scopo di porre fine a una controversia, dall'esito incerto, sorta a causa delle difficoltà incontrate nell'esecuzione dell'appalto. La situazione sarebbe diversa – precisano i giudici – soltanto se i documenti di gara prevedessero la facoltà di adeguare talune condizioni dopo l'aggiudicazione e fissassero le modalità di applicazione di tale facoltà.

[26] Si veda Corte di giustizia UE, Quinta Sezione, 18 settembre 2019, C 526/17, *Commissione* contro *Repubblica italiana*, pt. 58-59, 75-77. Per la Corte la modifica sostanziale di una concessione di lavori deve, in linea di principio, dar luogo a una nuova procedura di aggiudicazione. La modifica è sostanziale se ha per effetto quello di estendere la concessione in modo considerevole a elementi non previsti, ovvero quello di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se le modifiche sono tali da rimettere in discussione l'aggiudicazione (nel senso che, se fossero state previste nei documenti di gara avrebbero determinato offerte o offerenti diversi).

[27] Si veda Corte di giustizia UE, Quarta Sezione, 14 maggio 2020, C 263/19, *T-Systems Magyarország Zrt. et al*. La Corte stabilisce la conformità col diritto europeo della norma na-

- il rinnovo del contratto di concessione senza gara (*Sisal SpA et al.*, 2021)[28];
- il contraente, a seguito della dichiarazione di fallimento dell'aggiudicatario iniziale (*Advania Sverige AB et al.*, 2022)[29].

Questo lungo elenco, in continua elaborazione, aiuta a comprendere il ruolo della Corte di giustizia UE nella definizione delle regole sulla modifica dei contratti.

Sono stati i giudici europei, infatti, in assenza di norme esplicite (almeno fino all'adozione delle direttive del 2014), a precisare le condizioni di ammissibilità delle modifiche dei contratti, stabilendo *quando* e *quali* garanzie procedurali e di pubblicità fossero necessarie.

I giudici europei hanno interpretato il diritto dell'Unione tutelando non tanto il potere delle amministrazioni di modificare i contenuti dei contratti quanto i principi di non discriminazione e trasparenza, quindi garantendo soprattutto la concorrenza e la parità di trattamento delle imprese, assicurando la trasparenza delle modifiche[30].

I capisaldi individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si possono così riassumere:

- la modifica del contratto deve essere indicata in modo chiaro, preciso e inequivocabile nella documentazione di gara;
- se la modifica non è indicata nella documentazione di gara, essa non deve riguardare alcun elemento essenziale del contratto. Una modifica è con-

zionale che consente di addebitare un'infrazione e di infliggere un'ammenda non solo all'ente aggiudicatore, ma anche all'aggiudicatario dell'appalto, nel caso in cui, in occasione della modifica di un contratto in corso di esecuzione, le norme di aggiudicazione siano state aggirate irregolarmente.

[28] Si veda Corte di giustizia UE, Quinta Sezione, 2 settembre 2021, C 721/19 e C 722/19, *Sisal SpA et al.* La Corte stabilisce la conformità col diritto europeo della normativa nazionale che impone il rinnovo di un contratto di concessione senza procedura di aggiudicazione, se ciò costituisca attuazione di una clausola contenuta nel contratto originario. La Corte, inoltre, stabilisce che un'impresa può ricorrere contro il rinnovo della concessione se le condizioni di esecuzione del contratto originario sono state sostanzialmente modificate, sempreché dimostri l'interesse a ottenere la concessione.

[29] Si veda Corte di giustizia GUE, Quarta Sezione, 3 febbraio 2022, C 461/20, *Advania Sverige AB*. La Corte stabilisce che un operatore economico subentrato nei diritti e negli obblighi dell'aggiudicatario (in seguito a fallimento), sulla base di accordo concluso con un'amministrazione aggiudicatrice, deve considerarsi succeduto in via parziale all'aggiudicatario iniziale a seguito di ristrutturazioni societarie.

[30] Sul tema si veda R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, II ed., 385-396; anche E.M. Comba, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 165 ss.

siderata tale quando si presume, ragionevolmente, che se fosse stata resa nota all'avvio della gara avrebbe determinato offerte diverse da parte delle imprese;

- se la modifica di elementi essenziali si rende necessaria ma non è stata indicata all'avvio della gara, è opportuno che l'amministrazione risolva il contratto e aggiudichi con gara un nuovo contratto.

Sono coordinate rigorose[31] elaborate della giurisprudenza europea anticipando e condizionando[32] l'attività del Legislatore, che è stato attento a trasporle nelle direttive del 2014 smussando per quanto possibile rigidità e formalismi, e in alcuni casi superando le limitazioni fissate dalla Corte[33].

5. *La forza attrattiva del processo di europeizzazione*

L'*excursus* descritto fa parte del percorso avviato dalle Istituzioni europee per definire un insieme di regole armonizzate dei sistemi di contrattazione pubblica degli Stati membri, all'interno del più ampio obiettivo della realizzazione di un mercato unico europeo.

La creazione di questo spazio economico comune basato sulle quattro libertà fondamentali di circolazione (di lavoratori, merci, servizi e capitali) rappresenta uno dei nuclei fondanti dell'Unione sin dalla firma del Trattato costitutivo di Roma del 1957. Alla sua concretizzazione hanno contributo in maniera decisiva il *Libro Bianco* della Commissione europea del 1985, col suo contenuto programmatico[34] e l'*Atto Unico Europeo* del 1986. L'impulso di que-

[31] Nelle decisioni più recenti i Giudici europei sembrano assecondare interpretazioni più flessibili, in risposta all'esigenza di affrontare in modo pragmatico nuove situazioni, si veda ad esempio cfr. Corte di giustizia UE, 3 febbraio 2022, C 461/20, *Advania Sverige AB*, pt. 37 e ivi il rinvio alle Conclusioni dell'Avvocato generale (pt. 82 e 83).

[32] Sul punto il considerando n. 107 della Dir. 2014/24/UE esplicita che le condizioni per la modifica di un contratto sono definite "tenendo conto della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea".

[33] Si consideri, ad esempio, la possibilità di modificare il contratto senza necessità di indire una nuova procedura nel caso di attività supplementari necessarie ma non indicate nell'appalto iniziale. Per la direttiva questa possibilità è permessa se risulta impraticabile rivolgersi ad un'altra impresa per motivi economici o tecnici, ovvero se comporta disguidi o duplicazione dei costi per l'amministrazione (cfr. l'art. 72, co. 1, lett. b, Dir. 2014/24/UE); sul tema G. Benacchio, M. Cozzio, *La giurisprudenza europea e le incertezze del diritto*, in C. Tugnoli, M. Cozzio (a cura di), *Teorie e pratiche della giustizia*, Trento, 2022, 385-412.

[34] Si veda Commissione europea, *Libro Bianco sul completamento del mercato interno*, COM(1985) 310 def., 14 giugno 1985. Il documento di natura programmatica è stato adottato da Jacques Delors, al tempo Presidente della Commissione, in esso vengono indicati oltre 270 provvedimenti legislativi per la realizzazione del mercato unico europeo, nonché il cronopro-

sti due atti ha portato, dal primo gennaio del 1993, all'avvio del mercato unico. La sua realizzazione (esito di un processo in continua evoluzione) rappresenta un evento di primaria importanza non solo per gli effetti economici generati[35] e per l'evoluzione delle relazioni europee[36], ma anche per i cambiamenti determinati nella sfera giuridica. Il progetto del mercato unico ha richiesto, infatti, la costruzione di un quadro giuridico comune, basato su regole europee che hanno progressivamente armonizzato i sistemi nazionali.

Gli effetti di questo processo di *europeizzazione* delle regole interne, sono ben analizzati da Gian Antonio Benacchio, per il quale sono espressione della "la progressiva erosione delle peculiarità nazionali mediante l'innesto di nuovi elementi di impronta europea"[37]. È un processo che interessa pressoché tutte le aree del diritto e tutti gli ordinamenti degli Stati membri ed è particolarmente significativo per i contratti pubblici: questo settore, per come evoluto, costituisce una delle maggiori dimostrazioni della graduale compenetrazione dell'ordinamento europeo con quello nazionale[38]. Quest'ultimo non può più essere identificato solo con l'insieme delle norme prodotte dall'ordinamento interno e, il primo, soltanto con l'insieme delle norme europee.

In questo contesto si colloca l'imponente serie di direttive – quattro generazioni[39] – che dagli anni Settanta al 2014 hanno fissato regole e obiettivi di

gramma per la loro adozione entro il 31 dicembre 1992; tra i provvedimenti vi sono anche quelli finalizzati all'apertura alla concorrenza dei mercati nazionali degli appalti pubblici.

[35] Sugli effetti e i risultati di questo processo si veda Commissione europea, *30 anni di mercato unico*, COM(2023) 162 final, 16 marzo 2023. L'UE, con il suo mercato unico, è tra i maggiori operatori commerciali al mondo nonché il principale esportatore e importatore mondiale di merci e servizi, cfr. Commissione europea, *Riesame della politica commerciale. Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, COM(2021) 66 final, 20 maggio 2020, pt. 2.2.

[36] Sul tema si veda U. Draetta, N. Parisi, D. Rinoldi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale alla prova dell'integrazione politica*, Milano, VI ed., 2023, 91 e ss.

[37] Così G. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, cit., 36 ss.

[38] Così M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti. Il rapporto fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. Mastragostino (a cura di), *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, Torino, 2001, 2.

[39] Si veda G. Benacchio, *Verso le direttive di quarta generazione*, in G. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 3-28; F. Mastragostino, E. Trenti, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Torino, 2024, 1 ss.; J.A. Moreno Molina, *La cuarta generacion de directivas de la Unione europea sobre contratos publicos*, in J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2012*, Cizur Menor, 2013, 115-164.

funzionamento dei sistemi nazionali di contrattazione fino a configurare un vero e proprio *diritto europeo dei contratti pubblici*.

Oggi non sorprende constatare che in qualsiasi città, regione e Stato dell'UE quando si fa riferimento ai contratti pubblici si utilizzano soluzioni, linguaggio e pensiero comuni[40]. Questo risultato è stato possibile grazie al processo di integrazione europea: oltre settant'anni di iniziative politiche, legislative e giurisprudenziali dell'Unione hanno progressivamente coordinato e armonizzato i sistemi di contrattazione nazionali.

Le direttive del 2014 segnano, per il momento[41], l'evoluzione più recente del processo di europeizzazione della disciplina dei contratti pubblici, ormai estesa a tutte le fasi della negoziazione: da quella iniziale della programmazione, a quelle successive della selezione dei contraenti, dell'aggiudicazione dei contratti, dell'esecuzione.

Per quest'ultima fase, l'influenza europea è evidente soprattutto con riferimento alla disciplina delle modifiche dei contratti. Il Legislatore europeo, come detto, non si discosta dalla regola generale che limita l'esercizio di tale facoltà ma – dimostrando di non rimanere indifferente all'opportunità in talune circostanze di ridefinire i contenuti del rapporto contrattuale – precisa quando le modifiche possono intervenire senza necessità di nuove procedure di aggiudicazione. In ciò si sostanzia la ratio della normativa europea, diretta a consentire la possibilità della rinegoziazione all'interno di un perimetro comune predefinito.

[40] Funzionari, operatori, studiosi e cittadini possono fare affidamento su regole condivise, che disciplinano l'attività delle amministrazioni col fine di garantire l'uso efficiente delle risorse pubbliche, la competitività delle imprese, la qualità dei contratti, il contrasto dei fenomeni corruttivi.

[41] Nel 2025 la Commissione europea ha annunciato la revisione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sugli appalti pubblici e le concessioni. Tra gli obiettivi dichiarati v'è quello della modernizzazione e semplificazione del quadro normativo europeo oltre alla previsione di interventi mirati nei settori strategici, tecnologici e dell'innovazione; cfr. U. von der Leyen, *Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2024-2029*, 2024, p. 13. Sul tema si veda G. Benacchio, M. Cozzio, G. Lombardo, *Report sulla Consultazione pubblica sulle direttive UE in tema di appalti pubblici e concessioni*, 2025, disponibile nel portale web dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici (www.osservatorioappalti.unitn.it).

6. *Alla ricerca di nuove soluzioni*

L'affermazione iniziale – "la modifica dei contratti in corso di esecuzione è un tema rilevante nel funzionamento dei sistemi di contrattazione pubblica" – assume nell'attuale momento storico un significato particolare.

Tre anni di emergenza sanitaria causata dal virus denominato Covid-19 hanno avuto un impatto fortissimo nel mercato dei contratti pubblici[42]. Nella fase più virulenta dell'emergenza, in molti Stati dell'Unione sono state adottate misure di confinamento sociale e blocco delle attività economiche, con conseguenti criticità per la continuazione dei cantieri delle opere pubbliche e la fornitura di beni e prestazioni. Al contempo, l'emergenza ha determinato un enorme aumento della domanda pubblica per l'acquisto di apparecchi medicali e dispositivi di protezione, unitamente all'esigenza di acquistarli in tempi rapidissimi.

All'emergenza sanitaria è poi seguita, senza soluzione di continuità, l'emergenza della guerra in Ucraina, con ripercussioni sull'aumento dei prezzi di molte materie prime, del gas e dell'energia.

Per quanto la reazione degli Stati membri sia stata tempestiva e caratterizzata da scelte particolarmente innovative (dall'acquisto congiunto a livello europeo dei vaccini, alla predisposizione di strumenti di finanziamento eccezionali quali il Next Generation EU associato alla predisposizione di Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza, alla condivisione della strategia RePowerEU in tema di approvvigionamenti energetici)[43] è facile intuire quanto questo contesto abbia stressato i sistemi nazionali di contrattazione pubblica.

In Italia, le misure approntate hanno attinto per un verso a soluzioni già presenti nel Codice dei contratti pubblici[44], per l'altro verso, il Legislatore ha introdotto *ex novo* soluzioni emergenziali e derogatorie.

[42] Sul tema S. Arrowsmith, L. Ra Butler, A. La Chimia, C. Yukins (ed. by), *Public Procurement Regulation in (a) crisis? Global lessons from the Covid-19 pandemic*, Londra, 2021; anche M. Cozzio, N. Parisi, *L'emergenza sanitaria causata dal Covid-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 1, 37 ss.

[43] Il *Dispositivo per la ripresa e la resilienza* o *Recovery and Resilience Facility* (RRF) è lo strumento giuridico – Regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021 – col quale il Legislatore europeo delinea la strategia dell'Unione per sostenere la crescita economica a seguito dei devastanti effetti socio-economici causati dalla pandemia. Il Dispositivo stabilisce con regole uniformi, obiettivi e criteri per l'erogazione dei fondi richiesti dagli Stati nell'ambito dei Piani nazionali di ripresa e resilienza. Sul tema si rimanda alla curatela *Conoscere il PNRR. 150 parole chiave per capire regole, strumenti e funzionamento del Piano Nazionale di ripresa e Resilienza*, Santarcangelo di Romagna, 2022.

[44] Ci si riferisce, in via esemplificativa, all'utilizzo di procedure di aggiudicazione sempli-

In generale, la pandemia ha messo in evidenza i limiti culturali e giuridici del sistema, rendendo urgenti interventi di semplificazione e di speditezza[45]. Le soluzioni adottate sospendono provvisoriamente le regole 'ordinarie' e/o le integrano provvisoriamente con regole e procedure parallele. Infine, sono sfociate nell'adozione di un nuovo *Codice dei contratti pubblici* (D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), rinnovato nell'impostazione, nei contenuti e nella formulazione.[46]

Più recentemente, le fibrillazioni generate dalla prosecuzione dell'emergenza bellica (non solo in Ucraina) e da tensioni geopolitiche che minano equilibri commerciali consolidati, prospettano scenari che rischiano di generare andamenti anomali dei prezzi con rischi per la prosecuzione dei contratti, in tutti i settori (lavori, servizi e forniture).

La situazione, al di là dei terribili risvolti umani, è particolarmente interessante per verificare se le regole attuali (europee e nazionali) in tema di modifica dei contratti in fase di esecuzione sono in grado di garantire la prosecuzione degli appalti e, in definitiva, la soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso o, al contrario, se è necessario introdurre correttivi e finanche nuove soluzioni.

La risposta, in attesa di futuri sviluppi, è necessariamente provvisoria. Tuttavia è già possibile svolgere alcune riflessioni a favore dell'adeguatezza della disciplina europea sul tema delle modifiche contrattuali, le cui soluzioni sono caratterizzate da ampia flessibilità nel consentire la ridefinizione dei contenuti, inclusa la revisione dei prezzi[47].

ficate, alla riduzione dei tempi di aggiudicazione, alla riduzione degli adempimenti in tema di pubblicità e trasparenza, alle modifiche contrattuali per quanto riguarda la variazione dei prezzi e la rinegoziazione di alcuni contenuti, alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione.

[45] Sul tema si veda J.M. Gimeno Feliu (dir.), Mª del Carmen de Guerrero Manso (coord.), *Congreso internacional: el desafio de la recuperacion y el papel de la contratacion publica*, Cizur Menor, 2022; anche G. Benacchio, G.F. Cartei, M. Cozzio, M.E. Comba, F. Fracchia, N. Parisi, *Mettere il risultato al centro dei contratti pubblici*, in *lavoce.info*, dicembre 2021.

[46] Le disposizioni del nuovo Codice rispondono a esigenze di semplificazione, celerità e innovazione, sono dirette al rafforzamento della trasparenza, della qualità, del monitoraggio, della rendicontazione, infine fissano presìdi di garanzia più avanzati per lavoratori e imprese.

[47] Diversa opinione è espressa da F. Goisis, P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, cit., 104 ss. che sul tema della revisione dei prezzi (e connessa modifica dei contratti) sottolineano l'inadeguatezza dell'approccio europeo, a loro giudizio incapace di proporre una interpretazione davvero elastica della disciplina, troppo incentrata sul principio della parità di trattamento e sulla immodificabilità del contratto aggiudicato con gara. Sul punto la giurisprudenza nazionale esprime orientamenti meno risoluti, riconoscendo "la sostanziale neutralità dell'ordinamento europeo per gli aspetti relativi agli eventuali rimedi manutentivi che gli ordinamenti approntano per fronteggiare le sopravvenienze che incidono sugli aspetti economici del contratto", così Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9426.

Ad esempio, in base alle regole europee si possono apportare modifiche:

1. se sono previste nei documenti di gara con clausole chiare, precise e inequivocabili e se non alterano la natura generale del contratto (art. 72, par. 1, lett. a, Dir. 2014/24/UE);

2. se è necessario svolgere attività supplementari, a condizione che sia vantaggioso mantenere il contraente iniziale e che l'aumento del prezzo non sia superiore al 50% del valore del contratto iniziale (art. 72, par. 1, lett. b, Dir. 2014/24/UE);

3. se ricorrono circostanze impreviste e imprevedibili, a condizione che non alterino la natura generale del contratto e che l'aumento del prezzo non sia superiore al 50% del valore del contratto iniziale (art. 72, par. 1, lett. c, Dir. 2014/24/UE).

Queste regole, proprio per la flessibilità che introducono, permettono di affrontare adeguatamente le emergenze. Piuttosto, si dovrebbe verificare *come* sono recepite nei sistemi nazionali, *come* vengono applicate dagli operatori, *come* vengono interpretate dai giudici.

In Italia, ad esempio, non erano presenti disposizioni di carattere generale che obbligassero le stazioni appaltanti ad inserire nei documenti di gara clausole di revisione dei prezzi (soluzione che rientra nel punto 1 dell'elenco sopra riportato). L'obbligo di tali clausole è stato introdotto nel 2022[48] proprio per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi. La soluzione è stata poi confermata nella nuova legislazione del settore (art. 60, D. Lgs. 36/2023).

Con altra norma, il Legislatore ha stabilito[49] che l'aumento significativo dei costi dei materiali rientra tra "le circostanze impreviste ed imprevedibili" che possono giustificare la modifica dei contratti (senza necessità di procedere a nuove aggiudicazioni). La soluzione ha infine trovato compiuta definizione nella nuova legislazione (art. 60, co. 2, D. Lgs. 36/2023, come modificato a seguito del cd. *Correttivo* del 31 dicembre 2024). Per questa ipotesi (che rientra nel punto 3 dell'elenco sopra riportato) rimangono valide le condizioni poste dalle regole europee: l'aumento del prezzo non deve essere superiore al 50% del valore iniziale del contratto e la modifica non deve alterare la natura generale del contratto.

Sia queste soluzioni, sia le altre adottate dal Legislatore italiano rientrano nel perimetro normativo delle modifiche contrattuali ammesse dalle regole europee.

[48] Si veda l'art. 29 del D.L. 27 gennaio 2022 n. 4 convertito, con modificazioni dalla L. 28 marzo 2022 n. 25.

[49] Si veda l'art. 7, co. 2-bis e 2-ter, del D.L. 30 aprile 2022 n. 36 convertito, con modificazioni dalla L. 29 giugno 2022 n. 79.

Per il momento, dunque, non sembra esservi la necessità di derogare alla normativa europea dei contratti pubblici per affrontare l'aumento dei prezzi ed altre sopravvenienze. Al contempo, il perimetro normativo europeo in tema di modifiche dei contratti sembra sufficientemente ampio per stimolare legislatori, amministrazioni e operatori a cercare al suo interno, dunque a legislazione UE invariata, (eventuali) nuove soluzioni[50].

[50] Cfr. *infra* nota 41, sul processo di revisione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE in tema di appalti pubblici e concessioni. Sul tema rileviamo che i primi (provvisori) risultati della consultazione pubblica attivata dalla Commissione indicano che una percentuale molto significativa dei partecipanti (48%) ritiene che le norme volte ad aumentare la flessibilità procedurale (incluse quelle in tema di modifica dei contratti) non sono più pertinenti e adeguate; così Commissione europea (DG IMCO), *Relazione finale sulla consultazione pubblica sulla valutazione delle direttive sugli appalti pubblici*, 15 maggio 2025, disponibile nel portale web dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici (www.osservatorioappalti.unitn.it).

MI ADEGUO, MA NON TROPPO. NOTE SUL SUBAPPALTO NEI CONTRATTI PUBBLICI E SULLE RESISTENZE NAZIONALI AL RECEPIMENTO DEI MODELLI EUROUNITARI

Federico Fedrizzi

SOMMARIO: 1. Il diritto dei contratti pubblici come luogo di incontro e scontro tra modelli. – 2. Il formante legislativo nel diritto dell'Unione europea. – 3. Il formante giurisprudenziale eurounitario. – 4. Il formante "politico" eurounitario. – 5. Le (contraddittorie) reazioni dell'ordinamento nazionale alla richiesta di cambiamento proveniente dall'ordinamento europeo. – 6. L'intervento "nomofilattico" della Corte di giustizia nelle cause C 63/18 e C 402/18 e le reazioni dell'ordinamento italiano. – 7. Conclusioni.

1. *Il diritto dei contratti pubblici come luogo di incontro e scontro tra modelli*

Il diritto dei contratti pubblici è stato interessato negli ultimi cinquant'anni da una significativa spinta riformatrice, operata a livello tanto legislativo[1] quanto giurisprudenziale[2], che trova il suo fondamento nella normativa sovranazionale, di matrice comunitaria ed eurounitaria. Per tale via, in un tempo relativamente breve, gli ordinamenti dei singoli Stati membri hanno visto imporsi nuove regole e istituti, che hanno inevitabilmente indotto fenomeni di mutazione e adeguamento di tutti i formanti. A partire, ovviamente, da quello legislativo, ma con sempre maggiore interessamento anche di quello giurisprudenziale nazionale, che da custode delle vecchie regole si è trasformato, pur con arresti non sempre unidirezionali, in un motore di cambiamento[3]. Così,

[1] Si tratta della Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992, per gli appalti pubblici di servizi; della Direttiva 93/36/CEE del 14 giugno 1993, per gli appalti pubblici di forniture, nonché della Direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993, per gli appalti pubblici di lavori.

[2] Si pensi all'introduzione per tale via dell'istituto dell'avvalimento, da ricondursi alle note sentenze della Corte di giustizia CE, 2 dicembre 1999, C 176/98, *Holst Italia*, pt. 26 e 27, e 18 marzo 2004, C 314/01, *Siemens e ARGE Telekom*, pt. 43.

[3] Si vedano gli interventi del Consiglio di Stato in materie quali l'avvalimento, la valorizzazione del *favor partecipationis* rispetto a vizi meramente formali delle offerte, la disapplicazione delle norme sul c.d. localismo (e cioè di quelle regole volte a premiare gli operatori economici sulla base della "prossimità" rispetto al luogo di esecuzione dell'appalto), nonché, da ultimo,

nell'opera di necessario adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi dei Trattati e alle direttive comunitarie[4], il diritto nazionale dei contratti pubblici[5] ha visto mutare considerevolmente, soprattutto a partire dal 1994 (c.d. Legge Merloni) e sino alle attuali modifiche al codice dei contratti pubblici del 2023[6], una disciplina le cui fondamenta risiedevano ancora nel vecchio R.D. n. 2440 del 1923 sulle opere pubbliche.

Il cambiamento imposto dal diritto comunitario ed europeo[7] ha incontrato negli ordinamenti nazionali resistenze che trovano la loro radice, non solo in quella contrapposizione culturale[8] tra modelli di *common law* e di *civil law* ben nota agli studiosi di diritto comparato e nella correlativa difficoltà di unificare concetti e istituti appartenenti alle due tradizioni giuridiche[9], ma anche – e per certi versi soprattutto – in differenze che si collocano a livello di politica del diritto e, perfino, di ragion di Stato.

Così, se la logica che informa la disciplina europea del *public procurement* è quella della massima libertà del mercato, nel contesto italiano le regole hanno storicamente perseguito ulteriori e diverse finalità, prima tra le quali la preven-

gli arresti in materia di disapplicazione, per contrasto con il diritto eurounitario, delle vecchie regole in materia di subappalto. Si tornerà infra nel testo con più puntuali riferimenti.

[4] Le stesse direttive europee sono a loro volta mutevoli e soggette a rapida obsolescenza, nella rincorsa ad adeguarsi ai cambiamenti economici, culturali e politici di un mondo che, nell'arco di tre decadi, ha visto rapidamente succedersi fenomeni epocali, quali globalizzazione, crisi economiche, pandemia, venti di guerra, riemergere di nazionalismi e barriere al commercio, economia multipolare, ecc.

[5] Per lungo tempo sbrigativamente ridotto a diritto degli "appalti pubblici", in ragione della tradizionale *summa divisio* tra appalti e concessioni, oltre che della vera e propria assenza nel diritto italiano di categorie e istituti quali, ad esempio, quelli propri dei c.d. contratti di partenariato pubblico privato (si pensi alla figura del *project financing*).

[6] Modifiche introdotte dal cd. *decreto Correttivo* (D. Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209) al D. Lgs. 36/2023.

[7] Fenomeno conosciuto ed al quale G. Benacchio, nel suo apprezzato manuale di *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, e anche nel più recente volume *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, entrambi editi da Cedam, dedica ampio spazio, riportando esempi tratti dai diversi settori del diritto privato dell'Unione europea.

[8] Assai bene tratteggiata dal prof. Antonio Gambaro in A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cap. III, pp. 31 e ss., in *Trattato di Diritto comparato*, diretto dal compianto prof. Rodolfo Sacco, IV ed., UTET, 2021.

[9] Si pensi, ad esempio, alle differenze esistenti nella nozione di pubblica amministrazione; alla natura della concessione; alla stessa estensione della nozione di contratto di appalto, nell'ambito della quale la tradizione giuridica italiana escludeva potessero rientrare, per la particolarità di essere fondate sull'*intuitus personae*, le prestazioni aventi natura intellettuale.

zione di fenomeni di illegalità localmente radicati[10], che altrove è stata di regola attuata attraverso strumenti che si collocano al di fuori di detta disciplina.

L'ambito della regolamentazione del subappalto[11] costituisce un piccolo ma significativo esempio del dinamico (per non dire conflittuale) rapporto tra sistemi giuridici e di come, anche sotto le ceneri rimaste dopo l'intervento della Corte di giustizia sulle vecchie regole nazionali su cui si tornerà appresso, talvolta le braci continuino ad ardere.

2. *Il formante legislativo nel diritto dell'Unione europea*

A livello legislativo, la più recente produzione normativa in materia di appalti pubblici è oggi contenuta nella Direttiva 2014/24/UE del 16 aprile 2014.

I principi su cui la stessa si fonda[12] sono quelli, tipicamente eurounitari, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché quelli che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

Il raggiungimento degli obiettivi posti dall'Unione europea, e cioè "crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (…) uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici (…) partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici (…) conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale"[13] è stato demandato allo strumento della direttiva, ciò che darebbe ad intendere la propensione per una regolamentazione volta al conseguimento di una semplice armonizzazione tra legislazioni nazionali, e non al perseguimento di forme di uniformazione del diritto dei Paesi membri. Tuttavia, già ad una prima lettura del suo articolato, si colgono l'incisività e il dettaglio delle singole disposizioni normative, a tal punto precise da far ritenere che la stessa scelta dello strumen-

[10] Il richiamo, che si ritrova costantemente negli atti preparatori ai codici nazionali italiani, è ovviamente, per noti motivi storico-culturali, al fenomeno mafioso e al caporalato.

[11] Con specifico riferimento all'istituto del subappalto si vedano, nella dottrina più recente, i contributi di S. Fantini, voce *Il subappalto (art. 119),* in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, III ed., 2025, 1189 e ss.; A. Lento, *Il subappalto nel diritto pubblico*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; A. De Michele, *La stipulazione e l'esecuzione del contratto*, in F. Mastragostino, G. Piperata (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Torino, 2024; M.E. Comba, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 123-142.

[12] Vedasi il primo considerando alla Direttiva 2014/24/UE.

[13] Così il secondo considerando alla Direttiva 2014/24/UE.

to della direttiva, invece che del regolamento, dissimuli il tentativo di superare le resistenze che, in ambito nazionale, avrebbero potuto frapporsi alla circolazione del modello e al suo recepimento per il tramite dello strumento del regolamento.

Tale sensazione trova conferma nell'esteso e ricorrente utilizzo che la successiva giurisprudenza[14] ha fatto, *in subiecta materia*, dei principi elaborati dalla Corte di giustizia per ovviare al mancato o cattivo recepimento delle direttive, e cioè quelli dell'efficacia diretta per le direttive *self executing*[15], dell'interpretazione conforme e della disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto unionale[16].

Se quanto testè affermato può valere in via generale, con specifico riguardo all'istituto del subappalto, tuttavia, la direttiva difetta della completezza e precisione propria della regolamentazione di altri istituti[17], avendovi dedicato un unico articolo, il 71, formato da otto paragrafi, che si occupano per lo più di tutela dei subappaltatori, di pagamento e di responsabilità nell'esecuzione del contratto.

Ai possibili limiti al subappalto la direttiva dedica un breve inciso, affermandone la legittimità solo "*i*n relazione a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi"[18]. Ma tale previsione si pone come eccezione al generale principio della massima libertà per l'appaltatore di esternalizzare l'esecuzione dell'appalto, mediante il ricorso anche ad istituti, come quelli dell'avvalimento e del subappalto a cascata[19], che nell'ordinamento italiano

[14] *Ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 4 aprile 2014, n. 1020.

[15] In generale, il richiamo non può che essere alla nota pronuncia della Corte di giustizia CE sul caso *Ratti* (5 aprile 1979, C 148/78, *Tullio Ratti*). Più nello specifico, nel settore degli appalti pubblici si vedano Corte di giustizia CE, 22 giugno 1989, C 103/88, *F.lli Costanzo*, in tema di offerte anormalmente basse (Dir. 71/305), e 12 dicembre 2013, C 425/12, *Portgàs*, in tema di aggiudicazione di un contratto di fornitura di importo sopra soglia (Dir. 93/38/CEE).

[16] Proprio con specifico riferimento al settore degli appalti pubblici, la Corte di giustizia CE ha avuto modo di precisare che "il giudice nazionale è tenuto a dare a una disposizione di diritto interno un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario e, qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a disapplicare ogni disposizione di diritto interno contraria a tali prescrizioni" (18 dicembre 2007, C 357/06, *Frigerio c. Comune Triuggio*).

[17] Si pensi, ad esempio, alla disciplina delle procedure di gara (artt. 25-39); alle disposizioni in materia di pubblicità e trasparenza (artt. 48-55), oppure ancora alle regole in tema di selezione dei partecipanti (artt. 56-64).

[18] Cfr. art. 71 della Direttiva 2014/24/UE.

[19] Si veda in proposito il richiamo al concetto di "catena di subappalti", rinvenibile nel par. 5 del citato art. 71 e nel considerando 105 alla direttiva.

sono stati sempre storicamente avversato (il primo) e generalmente vietato (il secondo). Principio ribadito anche nel paragrafo 2 dell'art. 63 della direttiva[20], volto a garantire la possibilità per gli operatori economici di fare affidamento sulle capacità tecniche e professionali di altri soggetti, quali che siano i legami giuridici che li vincolano, purché sia data alle amministrazioni aggiudicatrici la dimostrazione che l'aggiudicatario disporrà dei mezzi necessari ad eseguire il contratto[21].

3. *Il formante giurisprudenziale eurounitario*

Con riferimento ai limiti al subappalto, invece, il panorama giurisprudenziale eurounitario era (e tuttora è) molto chiaro e ben delineato. Infatti, nel corso del tempo la Corte di giustizia ha avuto modo di occuparsi più volte del tema, precisando i margini (stretti) in cui è possibile per le amministrazioni aggiudicatrici imporre restrizioni alla possibilità di ricorrere alla terziarizzazione dell'esecuzione del contratto.

Così, nel caso *Siemens* la Corte aveva chiarito che un divieto di subappalto per l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto poteva considerarsi conforme al diritto comunitario solo "quando l'amministrazione aggiudicatrice non è stata in grado controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione del miglior offerente"[22].

Nel successivo caso *Wroclaw*[23], poi, chiamata a decidere della compatibilità con la direttiva 2004/18 di una disposizione nazionale che imponeva al contraente principale di eseguire con mezzi propri almeno il 25% dell'appalto, il Giudice comunitario aveva confermato che, in linea di principio, gli operatori economici potevano ricorrere al subappalto "in modo illimitato"[24], mentre do-

[20] L'articolo, intitolato significativamente "Affidamento sulle capacità di altri soggetti", prevede anch'esso, in via di eccezione alla regola della più ampia facoltà di organizzare liberamente le modalità di esecuzione dell'appalto, che "le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'art. 19, par. 2, da un partecipante al raggruppamento".

[21] Si tratta dell'istituto del c.d. avvalimento, che nell'attuale codice dei contratti italiano trova la sua regolamentazione all'art. 104.

[22] Corte di giustizia CE, Sesta Sezione, 18 marzo 2004, C-314/01, *Siemens AG Österreich e ARGE Telekom & Partner c. Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, pt. 45.

[23] Corte di giustizia UE, Terza Sezione, 14 luglio 2016, C 406/14, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu c. Minister Infrastruktury i Rozwoju*.

[24] Si veda il punto 33.

veva considerarsi contrario al diritto eurounitario, per contrasto con i principi di ragionevolezza e di libertà del mercato, qualsivoglia limite, che fosse predeterminato in via generale e astratta dai legislatori nazionali.

Tali principi sono stati poi confermati anche nel successivo caso *Borta UAB* C 298/15, nel quale la questione circa i limiti al subappalto aveva avuto ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario – e segnatamente con gli articoli 49 e 56 del TFUE – di una disposizione interna lituana, che prevedeva l'obbligo tassativo per l'aggiudicatario di un appalto pubblico di realizzare in proprio l'opera principale, definita come tale dall'ente aggiudicatore, venendo così di fatto a limitare la possibilità di ricorrere al subappalto. Anche in questo caso, la Corte aveva confermato l'incompatibilità di una siffatta previsione con il diritto eurounitario, in quanto apertamente contrastante con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

4. *Il formante "politico" eurounitario*

Muovendo da un tale quadro giuridico, la Commissione europea nel marzo del 2017 (mentre in Italia erano in corso i lavori di predisposizione del decreto correttivo del D. Lgs. 50/2016, di recepimento della Direttiva 2014/24/UE) ha inviato al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e al Dipartimento per le politiche comunitarie italiano una propria lettera di contestazione[25], con cui ha sollevato forti perplessità in ordine all'intera impostazione della disciplina italiana (e segnatamente dell'art. 105 del D. Lgs. 56/2016), in quanto basata su di un generalizzato sfavore per il subappalto, ribadendo che il ricorso a tale istituto ai sensi della direttiva doveva ritenersi, in linea di principio, illimitato. Tale sua caratteristica era peraltro giustificata, da un lato, dalla necessità di rispettare i principi di libertà di stabilimento, di libera circolazione delle merci e di libera prestazione di servizi (e dunque, in ultima analisi, dei principi del libero mercato); dall'altro, di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese al mercato degli appalti pubblici.

A detta della Commissione, norme restrittive quali quelle previste dalla legislazione italiana, oltre a collidere con i suddetti principi, avrebbero potuto risultare "fortemente penalizzanti" anche nei confronti delle stesse amministrazioni aggiudicatrici, che non avrebbero potuto godere dei benefici di un mercato libero e competitivo, con offerte numerose e diversificate.

[25] Lettera della Commissione europea (Direzione generale del mercato interno, dell'industria dell'imprenditoria e delle PMI) del 23 marzo 2017, rif. GROW/G1/LE.

Le preoccupazioni espresse dalla Commissione europea riguardavano, peraltro, anche un ulteriore aspetto della disciplina italiana del subappalto, e cioè il limite del 20% imposto al ribasso applicabile dal subappaltatore, questione da affrontarsi semmai nell'ambito dei procedimenti di valutazione dell'anomalia delle offerte, risultando per converso controproducente – in termini di rischio di favorire irregolarità in fase di esecuzione – mantenere un divieto generalizzato e rigido, quale quello previsto dal comma 14 dell'art. 105.

5. *Le (contraddittorie) reazioni dell'ordinamento nazionale alla richiesta di cambiamento proveniente dall'ordinamento europeo*

La gerarchia delle fonti ed i rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea porterebbero a credere che, alla luce delle posizioni europee sopra delineate[26], l'ordinamento italiano si sia presto adeguato alla Direttiva 2014/24/UE, modificando in senso conforme ai richiamati principi la propria legislazione interna, eliminando i limiti quantitativi[27] ed economici[28] previsti dal richiamato art. 105 del D. Lgs. 50/2016. Invece così non è stato. Infatti, forte di un parere della sezione consultiva del Consiglio di Stato[29] per certi versi sorprendente, il legislatore italiano ha opposto resistenza al cambiamento che veniva richiesto dall'ordinamento eurounitario, introducendo con il D. Lgs. 55/2017 (il c.d. "correttivo al codice appalti") solo insufficienti forme di liberalizzazione del ricorso al subappalto, che continuava ad essere limitato, di regola, entro il 30% delle prestazioni oggetto del contratto principale.

È interessante notare che nel richiamato parere i Giudici di Palazzo Spada, per opporsi al mutamento, hanno preso le mosse da un duplice assunto, e cioè, da un lato, dalla considerazione che le direttive del 2014 risulterebbero "più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l'ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese", il che dovrebbe "indurre

[26] In particolare, la Commissione europea aveva espressamente richiesto al MIT di tener conto durante la predisposizione del c.d. decreto correttivo dei rilievi contenuti nella sua lettera di contestazione, procedendo ad una revisione dell'istituto del subappalto per garantirne la rispondenza con i principi del diritto dell'Unione europea.

[27] E cioè l'impossibilità di subappaltare una quota legislativamente prestabilita della categoria c.d. prevalente e di quelle relative ad opere c.d. super-specialistiche.

[28] Il riferimento è al divieto di applicare nei confronti dei subappaltatori ribassi superiori al 20% del prezzo offerto nel contratto principale d'appalto.

[29] Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, parere n. 782/2017.

alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo"; dall'altro, dalla convinzione che i predetti limiti dovrebbero essere giustificati, tanto alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, quanto "alla luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici"[30].

La questione era peraltro già stata affrontata nei medesimi termini dal Consiglio di Stato in sede di parere sull'articolato del D. Lgs. 50/2016[31], allorquando si era giunti alla conclusione che il legislatore nazionale ben poteva porre, in tema di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto alle direttive europee, poiché tale scelta non avrebbe costituito un ingiustificato *goldplating*, ma sarebbero stata legittimata da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro[32].

[30] E invero, nell'ordinamento italiano la limitazione alla possibilità di subappaltare trova origine nella legislazione c.d. antimafia, e segnatamente nell'art. 18 della Legge 10 marzo 1990, n. 55 *Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*, ossia "nell'ambito di una disciplina molto rigorosa con la quale, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 218 del 5 maggio 1993, si intendeva perseguire, tra l'altro, la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, allo scopo di fronteggiare una situazione di grave emergenza, coinvolgente interessi ed esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo; ed effettivamente, il particolare rigore che ha caratterizzato fin dall'origine la disciplina nazionale del subappalto trova origine nella consapevolezza che tale strumento, soprattutto laddove resti confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sfugga a ogni controllo amministrativo, può ben prestarsi ad essere utilizzato fraudolentemente, per eludere le regole di gara e acquisire commesse pubbliche indebitamente, nell'ambito di contesti criminali" (in questi termini Tribunale Amministrativo Regionale, Lombardia, Milano, sez. I, ord. nr. 148 del 19 gennaio 2018). La disposizione è stata poi ripresa dall'art. 34 della Legge quadro sui lavori pubblici n. 109/1994, dall'art. 118 del D. Lgs. 163/2006, e dall'art. 105 del D. Lgs. 50/2016.

[31] Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del primo aprile 2016, parere n. 855/2016.

[32] Secondo il parere da ultimo citato, "il 'divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive' va rettamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli 'oneri non necessari', e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive. Così, in termini generali, il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall'altro lato ritenersi giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE".

Le tesi del Consiglio di Stato, rese in sede consultiva e che probabilmente sono alla base del via libera alla conservazione dei limiti al subappalto in sede di adozione del D. Lgs. 50/2016 e del D. Lgs. 55/2017, non hanno in verità ottenuto di sopire il vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia, sempre tenuto vivo dalle spinte al cambiamento provenienti dagli operatori del settore degli appalti pubblici, e quindi dal mondo dell'economia. Non è così un caso che, a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore del D. Lgs. 55/2017, la stessa giurisprudenza amministrativa, di merito[33] e di legittimità[34], si sia trovata a dover nuovamente sottoporre al vaglio della Corte di giustizia la questione della compatibilità dei limiti nazionali al subappalto.

Nella fattispecie, il tema del contendere era, ancora una volta, la prospettata irragionevolezza e mancanza di proporzionalità di una regolamentazione nazionale che, nascondendosi dietro presunte ragioni di ordine pubblico[35], si discostava marcatamente dall'impostazione liberale (o liberista) delle direttive europee, come interpretate dalla Corte di giustizia, conservando in larga misura i precedenti limiti al subappalto. In particolare, i giudici amministrativi erano stati portati a dubitare che il disposto dell'art. 105, c. 2, del D. Lgs. 50/2016, laddove prevedeva che "l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", fosse compatibile con il diritto eurounitario, sulla base delle stesse argomentazioni contenute nella lettera della Commissione cui più sopra si è accennato[36].

[33] In termini temporali, la prima ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia della questione dei limiti italiani al subappalto è quella operata all'inizio del 2018 dal Tribunale Amministrativo Regionale, Lombardia, Milano, con l'ordinanza 19 gennaio 2018, n. 148.

[34] Si veda Consiglio di Stato, sez. VI, ord. 11 giugno 2018, n. 3553.

[35] Nell'ordinanza di rimessione, i giudici del TAR Lombardia hanno rilevato che il richiamo alla necessità di tutelare l'ordine pubblico, non reggeva ad un vaglio di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto l'art. 71 della Direttiva 2014/24 e l'art. 105 del D. Lgs. n. 50/2016 prevedevano già una serie di obblighi informativi e di adempimenti procedurali, per effetto dei quali l'impresa subappaltatrice poteva ritenersi assoggettata a controlli analoghi a quelli svolti nei confronti dell'impresa aggiudicataria, di per sé perfettamente idonei ad escludere che nel ricorso al subappalto potessero porsi rischi per l'ordine pubblico. Senza contare l'esistenza di ulteriori disposizioni nazionali che prevedevano una serie di attività interdittive affidate ai Prefetti, espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel Paese.

[36] Tribunale Amministrativo Regionale, Lombardia, Milano, ord. n. 148/2018, cit.

6. *L'intervento "nomofilattico" della Corte di giustizia nelle cause C 63/18 e C 402/18 e le reazioni dell'ordinamento italiano*

I dubbi emersi avrebbero dovuto essere definitivamente dissipati con le pronunce rese sul finire del 2019 dalla Corte di giustizia in due cause gemelle[37], nelle quali i Giudici europei hanno confermato che permaneva anche nella formulazione dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016 italiano un insanabile contrasto con le direttive, sotto il profilo dell'acclarata irragionevolezza e mancanza di proporzionalità della scelta del legislatore nazionale di vietare in modo generale e astratto il ricorso al subappalto, indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto principale, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori, non lasciando così alcuno spazio a una (invero necessaria) valutazione caso per caso[38] da parte dell'ente aggiudicatore.

Nell'occasione, l'argomento speso dall'Italia per rivendicare la legittimità dei limiti imposti a livello nazionale, e cioè la necessità di garantire la salvaguardia dell'ordine pubblico in relazione ai pericoli di infiltrazione della criminalità organizzata di stampo mafioso nel mercato dei subappalti, è stato agilmente superato attraverso il richiamo a quanto già evidenziato dalla Commissione europea, circa il fatto che "misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, al pari di quelle previste dall'articolo 71 della Direttiva 2014/24 e richiamate al punto 29 della presente sentenza. D'altronde, come indica il giudice del rinvio, il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese".

Il dubitativo utilizzato nell'*incipit* del precedente paragrafo è purtroppo d'obbligo, perché, in effetti, nonostante l'*auctoritas* propria delle sentenze della Corte[39], la solidità delle argomentazioni spese e, più in generale, l'ineluttabilità dell'obbligo per gli Stati membri di adeguarvisi, le reazioni intervenute nell'ambito dell'ordinamento italiano a tali arresti non sono state affatto quelle che ci si poteva aspettare da chi avrebbe dovuto semplicemente prendere atto,

[37] Si tratta delle note sentenze Corte di giustizia UE, 26 settembre 2019, C 63/18, *Vitali SpA*, e 27 novembre 2019, C 402/18, *Tedeschi Srl*.

[38] È evidente, pur restando inespresso, il ruolo avuto nella decisione dal principio di sussidiarietà, che vuole le decisioni regolamentari siano demandate, ove possibile, al soggetto che meglio può apprezzare e definire il quadro di esigenze sottese al singolo intervento.

[39] Riconosciuta almeno a partire dalla nota pronuncia nel caso *van Gend & Loos c Amministrazione olandese delle imposte* (Corte di giustizia CE, 5 febbraio 1963, C 26/62).

che sul tema dei limiti al subappalto chiarezza era stata ormai definitivamente fatta.

Così, il Legislatore italiano, alla ricerca di un equilibrio tra istanze interne mai del tutto abbandonate e obblighi derivanti dalla necessità di adeguarsi al diritto eurounitario, è intervenuto ben cinque volte in quattro anni sull'istituto del subappalto, dapprima attraverso novelle del D. Lgs. 50/2016 e, da ultimo, mediante la riscrittura della norma sul subappalto, contenuta oggi all'art. 119 del D. Lgs. 36/2023. Il risultato cui si è giunti appare però una soluzione di compromesso del tutto inadeguata in quanto, da un lato, sono stati eliminati i limiti al c.d. subappalto a cascata, alla subappaltabilità delle opere c.d. super-specialistiche e, soprattutto, il riferimento espresso alla quota del 30% come massimo subappaltabile, ma dall'altro, è stato sconfessato il principio che riserva in via esclusiva al prudente apprezzamento delle singole stazioni appaltanti eventuali limitazioni della quota di opere affidabili in subappalto.

Infatti, seppur formalmente il comma 2 del richiamato art. 119 attribuisca alle Amministrazioni appaltanti il potere di limitare caso per caso il subappalto nei termini indicati a più riprese dalla Corte di giustizia, il precedente comma 1 sancisce con la radicale nullità "l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera"[40].

Va da sé che le due norme costituiscono, per così dire, un "ossimoro giuridico" e confermano una nuova forma di resistenza alla piena circolazione del modello eurounitario di subappalto, che si sviluppa attraverso l'utilizzo di formulazioni volutamente ambigue e contraddittorie, nelle quali il formale adeguamento alle istanze di uniformazione del diritto che provengono dall'Unione europea è contraddetto dal contestuale richiamo di limiti generali e astratti che, per tutto quanto sopra rappresentato, non dovrebbero più trovare albergo nel sistema nazionale. Forma evidentemente efficace, ove si consideri che negli stessi pareri espressi dal Consiglio di Stato e da Camera e Senato sullo schema governativo di decreto legislativo, poi approvato come D. Lgs. 36/2023, non vi è alcun esplicito cenno al permanere di possibili profili di contrasto con le direttive comunitarie della nuova disciplina del subappalto, mentre si afferma esplicitamente l'intervenuta "soppressione dei limiti quantitativi al subappalto"[41].

[40] Nella dottrina più recente, si è occupato del tema dei limiti al subappalto nell'ambito del D. Lgs. 36/2023 M. Frontoni, *Limiti al subappalto, una questione ancora attuale*, in *Nuova Rivista Trimestrale degli Appalti*, Ed. speciale, 2025, 19 ss.

[41] Sorprendentemente, il richiamo ai principi eurounitari e alla necessità di adeguamento

Pare di trovarsi di fronte ad una sorta di amnesia selettiva, per la quale ciò che del diritto eurounitario pare troppo difficile da integrarsi con le tradizioni nazionali (i.e.: diritto di ricorrere al subappalto "in modo illimitato"), viene *sic et simpliciter* dimenticato, ignorato, rimosso[42]. Proprio come, a ben vedere, è accaduto anche in occasione dell'approvazione del recente D. Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209[43], nell'ambito del quale la previsione di cui al richiamato comma 1 dell'art. 119 del D. Lgs. 36/2023 è rimasta del tutto inalterata, nonostante il permanere dei segnalati profili di evidente contrarietà con i principi eurounitari.

7. *Conclusioni*

Le resistenze alla circolazione dei modelli o meglio, nella fattispecie, all'adeguamento del modello nazionale italiano a quello sovranazionale dell'Unione europea, emergono con chiarezza nell'ormai trentennale dipanarsi delle riforme della legislazione italiana in materia di appalti pubblici, e segnatamente in materia di subappalto, mostrando un diverso atteggiarsi a seconda del radicamento di certe tradizioni, avvertite come intangibili, perché collegate a peculiarità proprie dei singoli sistemi ordinamentali.

Così, nel caso oggetto della presente analisi, la resistenza alla piena liberalizzazione dell'istituto del subappalto, oggettivamente non più procrastinabile secondo tutti i formanti eurounitari, pare essersi fatta strenua in nome non tanto di una presunta superiorità o migliore efficienza della regole nazionali, quanto piuttosto della necessità di riaffermare, attraverso la riproposizione di regole già tacciate di incompatibilità con il diritto sovranazionale, la bontà della primigenia scelta di affidare agli strumenti propri della contrattualistica pubblica funzioni di contrasto alla criminalità organizzata o di tutela dei lavoratori.

Si noti, tuttavia, che forse il problema è più strutturale di quanto sia emerso sino ad oggi (specialmente in sede di difesa avanti alla Corte di giustizia del

alle sentenze della Corte di giustizia ricompare, invece, rispetto alla "principale novità del testo proposto" e cioè alla cancellazione del divieto di subappalto c.d. a cascata, che viene in effetti confermata.

[42] La stessa giurisprudenza amministrativa pare non farsi problemi ad ammettere che, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di cui al D. Lgs. 36/2023, l'appaltatore può riservarsi "il subappalto dei lavori nel limite massimo del 49%" della categoria prevalente (così Tribunale Amministrativo Regionale, Calabria, Catanzaro, Sez. II, 27 febbraio 2025, n. 407).

[43] D. Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, *Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*, in *Gazz. Uff.*, Serie generale, n. 305 del 31 dicembre 2024.

modello italiano), risiedendo nel radicamento delle tradizioni giuridiche che le regole operative vanno ad intaccare. In tal senso è illuminate la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato[44], la quale in un certo senso disvela il motivo profondo della fissazione di vincoli al subappalto, riconducendolo espressamente alla necessità di garantire il "mantenimento dell'assetto di interessi come individuato in sede di gara" e, soprattutto, di "evitare il venir meno dell'esecuzione personalistica della prestazione da parte dell'aggiudicatario".

In questi termini, ben si può dire che la resistenza al pieno recepimento del modello eurounitario[45] trova le sue ragioni profonde nella contrapposizione tra una tradizione nazionale, che si fonda sul principio di personalità nell'esecuzione del contratto d'appalto (*intuitus personae*), ed una sovranazionale ed europea, che si basa invece sul principio dell'efficacia e del risultato[46], in virtù dei quali è sostanzialmente indifferente, tanto chi possieda i requisiti e le risorse (ampiamente integrabili, infatti, mediante l'istituto dell'avvalimento), quanto chi esegua la prestazione (subappalto).

Di qui, inevitabilmente, il permanere – anche dopo i ripetuti interventi nomofilattici della Corte di giustizia – di un non risolto conflitto, per il momento ancora silente (perché in una certa misura occultato entro disposizioni normative volutamente ambigue e contraddittorie), ma che nel prossimo futuro non potrà che rendersi nuovamente manifesto, dal momento che, come noto, l'ordinamento eurounitario possiede la forza e gli strumenti giuridici per imporsi su quello nazionale.

[44] Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2025, n. 648.

[45] Visione che solo in termini declaratori è stata ricondotta dallo Stato alla necessità di garantire livelli adeguati di contrasto alla criminalità o di tutela dei lavoratori, argomenti spesi per difendere i limiti nazionali avanti la Corte di giustizia ed infatti agevolmente superati.

[46] Si noti che, paradossalmente, il "principio del risultato" è stato codificato, per la prima volta, proprio all'art. 1 del D. Lgs. 36/2023, ad ulteriore conferma delle contraddizioni che sottendono, anche sotto questo profilo, l'ordinamento interno.

L'ORGANIZZAZIONE DEI PRINCIPI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO: 1. Premessa: l'art. 4 e l'organizzazione dei principi. – 2. La triade "maggiore" (artt. 1-3) e gli altri principi. – 3. L'art. 4 come norma che esprime un metaprincipio e la cui portata potrebbe addirittura essere ampliata con l'evoluzione dell'ordinamento. – 4. Il rapporto tra i tre principi richiamati dall'art. 4. – 5. La funzione dei principi: interpretazione del diritto. – 6. L'art. 4 e l'emersione di un ordinamento speciale. – 7. Principi e dinamica giuridica; in particolare: la discrezionalità. – 8. I principi tra applicazione delle norme e individuazione della regola del caso concreto.

1. *Premessa: l'art. 4 e l'organizzazione dei principi*

Il principio giuridico, secondo la dottrina, si caratterizza per "un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico" rispetto a quello proprio delle comuni norme giuridiche[1].

Non essendo ancorato a una fattispecie definita, esso è atto a ricoprire molteplici situazioni di fatto nella propria qualificazione[2].

Il principio, poi, esprime un ben definito contenuto valoriale, che a esso preesiste: il suo nucleo assiologico[3], cioè, diversamente da ciò che potrebbe ritenersi considerando la radice etimologica del termine, non rappresenta il

[1] V. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffré, Milano, 1971, 316 ss. V. altresì F. Modugno, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, vol. XXIV, 1991, 3. Sui principi, v. poi N. Bobbio, voce *Principi generali del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, XIII, 1966, 887 ss.; G. Alpa, *I principi generali,* Milano, 2006 e, più di recente, il numero speciale della *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014.

[2] G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento,* Milano, 1993, 45 e 76. I principi non sono regole, ma generano regole: v. N. Lipari, *Prefazione*, *Effettività e Drittwirkung. Idee a confronto*, Atti del Convegno (Pisa, 24-25 febbraio 2017), a cura di E. Navarretta, Torino, 2017, VIII.

[3] F. Fracchia, *I principi generali nel codice dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2021, 3, 67.

vero "punto di origine" di scelte future che saranno, di volta in volta, orientate a specifici valori. Esso è già intriso di valori e di idealità e, cioè, di "materiali" che "vengono logicamente prima" del principio.

Ciò ovviamente non esclude che il principio costituisca la base (l'origine) per sviluppi ordinamentali ulteriori e, quindi, futuri.

Queste caratteristiche paiono nel loro complesso emergere con chiarezza analizzando alcuni dei principi espressi dal codice dei contratti e, in particolare, considerando quelli che, nella Parte I del Libro I del D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (la Parte che si incarica di definire i "principi"), sono racchiusi nei primi tre articoli.

Al riguardo, giova intanto meglio analizzare come il codice abbia raggruppato e distribuito i principi.

Vi sono i principi (propriamente) "generali", articolati in risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro (Titolo I).

Nel Titolo II ("L'ambito di applicazione, il responsabile unico e le fasi dell'affidamento"), invece, pur sotto la "copertura" lessicale del riferimento ai principi contenuto nella Parte I, compare la disciplina di alcuni (pur generali, ma sempre) istituti, quali il campo di applicazione del codice, le soglie di rilevanza europea, il responsabile unico dell'intervento, il conflitto di interessi, le fasi della procedura di affidamento, il contratto e la sua stipulazione.

Va invero osservato come, all'interno del codice, altri principi siano dettati dal legislatore: basti citare la disciplina di cui all'art. 19 sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti. Essi, tuttavia, anche per la loro collocazione in Parti diverse dalla prima, non riguardano l'intera materia della contrattazione o, comunque, non la "tagliano" trasversalmente.

Per tornare alla Parte prima del codice ora in vigore, i primi tre principi, in forza dell'art. 4 (il quale, come si dirà nel corso del par. 3, è a sua volta un principio e prescrive che "le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"), hanno una fisionomia e una portata peculiare, che va meglio indagata, anche perché la scelta effettuata dal codice costituisce una significativa novità rispetto alle precedenti forme di codificazione[4].

Più in generale, quanto al significato di questa scelta, è sufficiente effettua-

[4] In dottrina, invero (A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 1, 152), sono stati espressi dubbi circa il fatto che il codice abbia davvero innovato sul punto. V. altresì D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*,

re un rapido confronto con il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50[5], ove ai principi era dedicato un numero inferiore di articoli (i primi tre, in particolare, erano relativi a oggetto e ambito di applicazione, competenze legislative di Stato, regioni e province autonome e definizioni), meno organicamente disposti all'interno del tessuto normativo (ad esempio, gli artt. 28-34 disciplinavano principi comuni in tema di "modalità di affidamento"), per rendersi conto della rilevanza dell'impianto di base che connota la nuova esperienza di codificazione[6].

2. *La triade "maggiore" (artt. 1-3) e gli altri principi*

L'art. 4 assolve una prima e immediata funzione: quella di operare una selezione tra i principi generali contenuti nella prima Parte I del Libro I e di definire il "carattere" del codice.

Anche la sua collocazione restituisce l'immagine di uno spartiacque tra i materiali normativi riconducibili alla categoria dei principi, tra il "prima" (artt. 1-3) e il "dopo".

Giova però sottolineare (a differenza di quanto in genere osservato dai primi commentatori) che anche gli altri principi elencati dagli articoli successivi (4-12) sono, appunto, per espressa indicazione normativa, "generali", posto che così espressamente li qualifica il Titolo I e perché hanno funzione ordinante.

Solo la triade di cui agli artt. 1-3, però, è (per parafrasare un concetto musicale) "maggiore" nel senso che il contenuto assiologico espresso dai relativi principi, "domina" il codice, non soffre limitazioni di ambiti settoriali, consente – nei limiti che verranno indicati *infra, sub* 5 e 6 – di ricostruire il contenuto deontico di altre regole del codice o di colmarne le lacune e trova sviluppo in svariati istituti che a essi ispirano.

Pur se sussiste la necessità che anche tali principi vengano bilanciati con quelli costituzionali e con i principi ricavabili dalle direttive (il codice è stato

in G.F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 1 ss., 7.

[5] Sul ruolo dei principi con riferimento al precedente codice, v. M. Cafagno, A. Farì, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 203 ss. e S. Dettori, *Il ruolo dei principi nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Dir. econ*., 2012, 2, 295 ss.

[6] Secondo A. Cioffi, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *Apertacontrada.it*, 16 gennaio 2023, "il codice rivela qui tutta la sua forza ordinante".

emanato – una novità, questa, rispetto alle esperienze pregresse – a diritto eurounitario invariato), la loro previsione riflette una specifica visione dell'esperienza della contrattazione pubblica e, cioè, segna la "tonalità" complessiva del codice, individuando il baricentro verso cui tutta la costruzione normativa e il suo sviluppo tendono a "tornare", proprio come accade nell'arte dei suoni, almeno una volta superata l'esperienza della dodecafonia.

Tra i principi cui si riferisce l'art. 4, spicca in particolare il risultato, menzionato in apertura di codice e assistito dal crisma del "carattere prioritario"[7] (esso, più nel dettaglio, "costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto"). La triade, cioè, è costruita sulla "tonica" del risultato", che è il grado fondamentale, con cui, non a caso, la composizione musicale termina, restituendo una sensazione di quiete.

Si tratta di una novità importante, che intende superare letture formalistiche del fenomeno della contrattazione pubblica. Allorché il soggetto pubblico decida di rispondere a un bisogno pubblico rivolgendosi al mercato, deve curare in concreto l'interesse pubblico, senza piegarsi a logiche diverse[8]. Evidente, dunque, è il cambio di paradigma (di sistema "modale" e "tonale") rispetto a letture orientate a ridurre gli spazi di scelta dell'amministrazione e ad imbrigliarne l'azione: la stazione appaltante, indirizzata al "fare", può e deve agire per il risultato, e tale stella polare consente di guidare la scelta discrezionale senza eccessivi vincoli *ex ante* ordinando in una scala decrescente gli altri interessi e principi coinvolti.

Da questo punto di vista è importante anche la previsione del principio della fiducia, volto a superare la "cultura del sospetto". Per continuare nel solco della metafora musicale impiegata in questo paragrafo, la fiducia (art. 2) corrisponde alla seconda nota della triade (il c.d. grado modale): nel linguaggio

[7] V., in argomento, R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei Contratti pubblici*, Napoli, 2024; G.F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti*, cit.; F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, nonché F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 2023 e G. Tulumello, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023. Sia consentito rinviare anche a F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, 1 e ss.

[8] Sia consentito rinviare a F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 6, 1529 ss., nonché a F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, 2020, 3, 203 ss.

musicale, essa definisce il modo maggiore o minore dell'accordo. L'accentuazione della fiducia sembra riflettere l'ottimismo con cui viene oggi considerato il fenomeno della contrattazione, scongiurando "sviluppi del tema" improntati alla mestizia e alla rassegnazione (propri, nella musica, del modo minore).

Ovviamente per una coincidenza del tutto involontaria, i principi di cui al Titolo I della Parte I sono dodici, esattamente come le note della scala dodecafonica: valorizzando i primi tre, il legislatore ha però effettuato una scelta che, nella musica, sarebbe riconducibile al ritorno alla tonalità, smentendo, cioè, la perfetta equivalenza tra tutti i suoi della scala cromatica, come invece teorizzato da Schönberg, che negava la sussistenza di rapporti gerarchici tra le note.

Il profilo distintivo dei primi tre principi (in quanto richiamati dall'art. 4) consiste in ciò che solo a essi è assegnata una portata davvero generalizzata, nel senso che, esprimendo valori, essi sono in grado di illuminare e di guidare l'intero campo di attività applicativa e interpretativa del codice, inteso nella sua totalità. Rispetto a quelli di cui agli artt. 5-12[9], essi non hanno uno spettro applicativo definito (i principi cui fanno riferimento le norme da ultimo citate, infatti, concernono invece i rapporti tra le parti, le relazioni con alcuni attori del mercato, i profili organizzativi, le vicende del contratto, le cause di esclusione e così via). Ciò non esclude che questi ultimi, in quanto generali, siano stati elevati, per così dire, a cardini essenziali e caratterizzanti della codificazione e si profilino quali valori cui ispirarsi nei vari ambiti cui afferiscono: essi corrispondono al materiale sonoro con cui è costruita la composizione (le dodici note). In questo senso sono generali, esibendo quell'eccedenza di contenuto deontologico rispetto a singole fattispecie regolate cui già si è fatto cenno e, cioè (per insistere nella metafora), alla "misura" nella quali vengano contingentemente utilizzati. Essi, però, hanno un campo di applicazione ristretto (non hanno, cioè, portata generalizzante e capacità di penetrare in tutti gli snodi normativi e nelle svariate fattispecie normative in cui si articola il codice, esprimendone "la tonalità") e valgono nei limiti (nell'intervallo e nelle modulazioni, si sarebbe tentati di dire) in cui non confliggano con la triade fondamentale scolpita dai primi articoli.

Per quanto invece attiene ai principi elencati nel Titolo II (che non contie-

[9] Nel senso che i primi tre sarebbero principi-valori, gli altri principi-regole, v. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto ammin.*, 2023, 3, 288; anche D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in G.F. Cartei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti*, cit., 2, il quale, in ordine alla distinzione tra i "principi-valori" e i "principi-regole", cita (nt. 1) G. Morbidelli, *I principi nel codice dei contratti pubblici*, in *Introduzione al Convegno di Studi organizzato dalla Fondazione Cesifin*, su *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 14 aprile 2023.

ne più il riferimento espresso ai principi), essi hanno natura eterogenea e una portata – ambito di applicazione, responsabile unico e fasi dell'affidamento – certamente diversa da quella dei principi di cui al Titolo I[10]: profilandosi piuttosto quali regole, essi in parte rispondono all'esigenza di delimitare il campo applicativo del codice, per altro verso si occupano di disciplinare in modo puntuale e tendenzialmente esaustivo istituti o aspetti della contrattazione.

Quelle "prescrizioni", trasportati sul piano musicale, corrisponderebbero al titolo della composizione, alle indicazioni agogiche, alle indicazioni di tempo e alle raccomandazioni per l'esecutore (che, appunto, servono a connotare i confini e i caratteri della composizione), ma non sarebbero propriamente i suoni, né sono riempiti di "valore", della scala musicale.

3. *L'art. 4 come norma che esprime un metaprincipio e la cui portata potrebbe addirittura essere ampliata con l'evoluzione dell'ordinamento*

Nel corso del primo paragrafo si è indugiato su che cosa siano i principi e perché essi siano stati introdotti nei primi articoli del codice.

Possiamo ora aggiungere che, in linea di massima, i principi possono essere sia inespressi, sia consacrati in norme che li esplicitano.

Nel nostro caso, siamo al cospetto di principi espressi che, anzi, talora, sono contenuti in norme molto specifiche e dettagliate.

Non ha queste caratteristiche l'art. 4, il quale pure, a sua volta, esprime un principio generale, essendo inserito nel Titolo I.

La norma, cioè, racchiude un metaprincipio, nel senso che esprime un principio sui principi, e, cioè, individua una regola generale che, alla stregua di un "criterio" di portata generale e generalizzante, guida l'interprete e l'operatore nella "gestione" degli altri principi. Come la sottodominante (quarto grado) nella scala musicale, esso, cioè, tende a "fare scendere" lo sviluppo della melodia (nel nostro caso, verso i primi tre principi).

Non è invero da escludere che i principi della triade, in particolare quello del risultato possano in futuro tracimare dal perimetro dei contratti, illuminando scelte effettuate in settori differenti[11]. Si pensi alla possibilità, in forza del

[10] Sul ricorso forse eccessivo al termine "principio" anche a fronte di norme di comune portata, v. M.R. Spasiano, *Codificazione dei principi e rilevanza del risultato*, in Aa. Vv., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 14 e gli autori ivi citati.

[11] Circa la tendenza espansiva di alcuni principi, interessante è notare come Tribunale Amministrativo Regionale, Lazio, Roma, sez. III-stralcio, 17 giugno 2023, n. 10825, in una controversia originata dalla contestazione di un provvedimento di revoca della parità scolastica per

loro richiamo, di integrare la disciplina dell'art. 11, l. 241/1990 che si occupa di una fattispecie pur sempre pattizia e negoziale. Questo risultato ermeneutico potrebbe essere raggiunto leggendo i principi codicistici nella prospettiva di quelli costituzionali, L'obiettivo del risultato (si noti che questo principio è quello che inizia a circolare anche fuori dal perimetro del codice[12]), d'altro canto, è correlato al canone del buon andamento ai sensi del c. 3 dell'art. 1: "il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità".

Tornando, più in generale, al profilo funzionale proprio dei principi di cui ai primi tre articoli, va aggiunto che essi conducono l'operatore giuridico lungo una gamma di operazioni[13] che va dall'interpretazione di norme oscure fino all'uso (integrativo) nella prospettiva di colmare lacune dell'ordinamento, per giungere al loro impiego onde identificare il parametro normativo che le pubbliche amministrazioni debbono osservare nella propria concreta azione.

Questo rilievo generale va meglio contestualizzato alla luce della disciplina del codice.

Prima di approfondire tale aspetto, giova peraltro svolgere un ulteriore ordine di considerazioni.

4. *Il rapporto tra i tre principi richiamati dall'art. 4*

Ai sensi dell'art. 4, i principi esplicitati nei tre precedenti articoli "lavorano" sul piano dell'interpretazione e su quello dell'applicazione del diritto.

In seno a tale norma, non risulta esplicitata una "scala gerarchica" che assegni ad un principio una funzione prioritaria rispetto agli altri due in ordine a questi due momenti.

Essa si ricava peraltro dalla lettura complessiva della trama normativa. Va infatti ricordato che l'art. 1, richiamato dal cit. art. 4, ha cura di precisare che

mancanza di previa diffida alla regolarizzazione, abbia menzionato il principio della fiducia e il principio del risultato, considerati quali precipitati dei superiori paradigmi costituzionali, peraltro richiamandoli «solo al fine di sintetizzare l'orizzonte esegetico in cui il Collegio ritiene di inquadrare la vicenda in esame.

[12] Corte costituzionale, 16 luglio 2024, n. 132, in tema di elemento psicologico dell'illecito erariale.

[13] Generalmente si fa riferimento a quattro funzioni dei principi: interpretativa, integrativa, direttiva o programmatica, limitativa del potere: V. Crisafulli, *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, Milano, 1941, nonché F. Modugno, voce *Principi generali dell'ordinamento*, cit.

la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il migliore risultato possibile, mentre l'art. 2, del pari richiamato dall'art. 4 (pur soffermandosi sul momento applicativo del diritto), dispone che il principio della fiducia guida le valutazioni e le scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni "secondo il principio del risultato".

Emerge dunque il riconoscimento di una posizione prioritaria del risultato anche sotto il profilo dell'operazione ermeneutica rimessa agli interpreti.

A ulteriore conferma della centralità del principio, si osservi che la disciplina del risultato apre addirittura l'intero codice e che, trattando appunto di questo principio l'art. 1, comma 5, ne definisce il campo di applicazione.

5. *La funzione dei principi: interpretazione del diritto*

L'art. 4, come anticipato, si riferisce a interpretazione e applicazione della disciplina codicistica, rinviando ai tre principi della "triade maggiore".

L'interpretazione investe qualsiasi norma che i soggetti pubblici debbono applicare (e l'applicazione è la seconda operazione cui si riferisce la norma), anche l'insieme di regole che non concernono la dinamica giuridica in vista della produzione dell'effetto finale e, cioè, quella vicenda di applicazione del diritto al caso puntuale e concreto scandita dalla formula "norma-potere-effetto" o dallo svolgimento dell'autonomia contrattuale.

Questa vicenda può essere connotata da discrezionalità, oppure risolversi in un'attività vincolata.

Ciò premesso in generale, giova indugiare brevemente sulle differenze tra le varie operazioni testé richiamate.

L'interpretazione è sottoposta a un "regime" riconducibile al sistema generale del diritto (più ampio del sub-sistema del diritto amministrativo)[14], che in linea di principio si ricava dall'art. 12 delle preleggi[15].

La discrezionalità dell'amministrazione, invece, è "gestita" secondo una se-

[14] Sull'interpretazione, oltre a M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, *ex multis,* di recente, v. A. Cioffi, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 127 ss.; M. Monteduro, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012; A. Romano Tassone, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 1 ss.

[15] "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

mantica diversa, propria del diritto amministrativo, regolata dal principio della ragionevolezza della scelta[16].

Tornando all'"interpretazione" delle disposizioni del codice, la ricerca del significato delle disposizioni normative del codice deve dunque avvenire in accordo a quella triade, senza che vi sia spazio per altre operazioni indicate dall'art. 12 delle Preleggi (analogia *legis*) o, comunque, vincolando l'interprete quanto a identificazione del principio da applicare.

Beninteso, ciò vale negli angusti limiti in cui il significato delle norme non sia rigidamente fatto "palese dal significato proprio delle parole" usate dal codice che, nel disciplinare svariati istituti, è effettivamente in gran parte esaustivo e completo.

Quanto osservato non esclude che i principi, i quali – è facile prevedere – saranno copiosamente utilizzati da avvocati, stazioni appaltanti e giudici per "corroborare" le proprie argomentazioni giuridiche, siano importanti sotto altri profili, anche sistematici.

6. *L'art. 4 e l'emersione di un ordinamento speciale*

In dottrina si è ad esempio da tempo evidenziato che la disciplina sui contratti darebbe luogo a un ordinamento dotato di caratteri di specificità[17]. L'esistenza, ora, di un codice corredato da un insieme specifico di principi (i quali non sono pedissequamente corrispondenti a quelli espressi per l'attività ammi-

[16] La discrezionalità amministrativa è lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione; essa attiene al farsi dell'atto amministrativo, e cioè alla funzione; la sua essenza risiede nella "ponderazione" comparativa dei vari interessi secondari in ordine all'interesse pubblico prioritario al fine di assumere la determinazione concreta. In sostanza, la scelta deve risultare logica e congrua tenendo conto dell'interesse pubblico perseguito, degli interessi secondari coinvolti e della misura del sacrificio ad essi arrecato. Sia consentito rinviare a E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 332 ss. V., sul punto, altresì E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. economia*, 1998, 2, 503 e ss. Accosta invece la discrezionalità all'interpretazione L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

[17] A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, 1999. Il mercato dei contratti è caratterizzato dall'attinenza non tanto a un ambito materiale specifico in senso proprio (come l'energia, il credito, le comunicazioni elettroniche, o i trasporti), quanto a una particolare tipologia di vicenda economico-giuridica: le commesse pubbliche. Sia consentito rinviare, sul punto, a F. Fracchia, P. Pantalone, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Diritto dell'economia*, 2021, 1, 11 ss.

nistrativa considerata nel suo complesso dall'art. 1, Legge 241/1990, fonte peraltro richiamata in via residuale dall'art. 12 del codice) rafforza questa lettura.

Essi concorrono a delineare un regime peculiare.

Si aggiunga che i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici, ancorché formino oggetto di sindacato da parte di un giudice dell'ordinamento generale, sono soggetti a un rito speciale: il momento processuale completa, dunque, la specificità dell'ordinamento di settore che viene profilandosi o, forse, meglio evidenziandosi.

7. *I principi e la dinamica giuridica; in particolare: la discrezionalità*

I principi servono anche e soprattutto a guidare il soggetto pubblico nella fase di dinamica giuridica (volta a produrre un effetto novativo sul piano dell'ordinamento a seguito della spendita di un potere o dell'autonomia contrattuale), in particolare nei casi in cui la normativa non predetermini in modo completo ed esaustivo la misura amministrativa da adottare.

L'art. 4 prescrive al riguardo, con una formula ampia, i cui contorni debbono essere ancora illuminati, che le disposizioni si "applicano" in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

Non si fa dunque espresso cenno alla discrezionalità. Essa, tuttavia, è menzionata nell'art. 1, il quale stabilisce che il risultato costituisce criterio (anche) per l'esercizio del "potere discrezionale"[18]. L'art. 2, sulla fiducia, ai commi 1 e 2, parla invece rispettivamente di "esercizio del potere" e di "valutazioni e scelte"[19].

A ogni buon conto, ai sensi dell'art. 1, la finalità pubblica prioritaria da perseguire nella scelta discrezionale (ovviamente contemperandolo con gli altri, "secondari"[20], secondo il principio di ragionevolezza) è prioritariamen-

[18] Pure il principio della fiducia gioca questo duplice ruolo, sia ermeneutico (art. 4), sia (art. 2, commi 1 e 2) di guida delle scelte dell'amministrazione.

[19] Nel senso che il codice fa «riemergere prepotentemente il valore della discrezionalità amministrativa – ormai da lungo tempo temuta e sostanzialmente osteggiata dalla normativa sui contratti pubblici – che, ovviamente, è la sola bussola a poter guidare, nella fattispecie concreta, verso il conseguimento del risultato», v. G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023. Non mancano, in seno al codice, scelte volte a limitare la discrezionalità: si consideri la disciplina delle cause (tassative) di esclusione e quella del "sotto-soglia" di cui all'art. 50.

[20] In uno dei primi arresti che hanno fatto applicazione del principio di risultato (Consiglio di Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014) è statuito quanto segue: "Dal principio di proporzionalità deriva, pertanto, il corollario della c.d. 'strumentalità delle forme' ad un inte-

te quella del risultato[21] (cui è subordinato anche quello della fiducia ai sensi dell'art. 2, comma 2[22]); anche in tal caso va tuttavia osservato che questo e gli altri principi operano nei limiti in cui l'attività non sia rigidamente vincolata. Si può pensare ad alcune scelte effettuate nella "definizione" dell'operazione contrattuale (individuazione della soluzione contrattuale, definizione dei criteri di aggiudicazione), nella valutazione delle offerte e delle anomalie, o alle scelte assunte nella fase dell'esecuzione[23], nonché all'annullamento d'ufficio (portando

resse sostanziale dell'Amministrazione, di cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto costane applicazione nel contenzioso in materia di appalti pubblici, e che di recente è stato codificato, mediante l'icastica formula del principio del risultato, dall'art. 1 del nuovo codice degli appalti di cui al decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023. Era, invero, affermazione largamente condivisa, già sotto il regime del D. Lgs. n. 163/2006, quella secondo la quale i principi applicabili ai contratti esclusi dalla diretta applicazione delle direttive comunitarie implicavano un obbligo di gara meno formale di quella imposta per i contratti inclusi. Tale obbligo, nel caso della procedura di cottimo fiduciario, si traduceva sostanzialmente nella necessità di invitare almeno cinque concorrenti. Ciò non significa, peraltro, come sostiene la regione appellante, disapplicare i principi (o alcuni dei principi) dei trattati eurounitari che regolano i contratti pubblici, ma semplicemente bilanciarli diversamente in fattispecie che, come quella qui in esame, sono annoverabili tra quelle di minore impatto concorrenziale. Siffatti principi vanno ragionevolmente bilanciati e attuati secondo diverse graduazioni, dato che l'attuazione massima di tutti i principi coinvolti è solitamente impedita dal fatto che essi sono spesso incompatibili fra loro. Tuttavia, a tutti i principi deve essere garantita almeno un'attuazione minima (dal momento che ciascuno dei principi coinvolti è garantito dall'ordinamento, al pari degli altri). Per questa ragione, i principi vanno bilanciati, non massimizzati: la massimizzazione di un principio comporta l' 'annichilimento' del principio o dei principi incompatibili e, dunque, la violazione dell'ordinamento che impone un'attuazione – ancorché minima – a tutti i principi dello stesso 'rango'. Rappresenta un'acquisizione largamente condivisa quella secondo cui, all'esito della predetta operazione di bilanciamento, il principio soccombente recede, come è stato acutamente rilevato in dottrina, nei limiti del criterio di proporzionalità. Il bilanciamento impedisce che vi sia un sacrificio integrale di un principio a favore dell'altro e risponde a una logica chiaroscurale di applicazione fino a un certo limite". V. altresì Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, punto 3.4.

[21] V., sul punto, S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, cit., 1-2.

[22] La norma, infatti, così recita: "il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni *secondo il principio del risultato*".

[23] Secondo D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, cit., 16-17, "laddove nel corso dell'esecuzione si verifichino situazioni, quali, ad esempio, il mancato reiterato rispetto del cronoprogramma dei lavori da parte dell'impresa, che, a rigore, giustificherebbero la risoluzione per grave inadempimento, il committente pubblico potrebbe valutare, onde raggiungere il risultato del relativamente più rapido completamento dell'opera, di non esercitare tale diritto e quindi di mantenere in essere il rapporto con quell'appaltatore poco

a escludere la sussistenza di un interesse pubblico concreto all'annullamento[24]) e – per espressa indicazione ricavabile dall'art. 1, comma 4 – alle valutazioni relative alla responsabilità dei funzionari e all'assegnazione di incentivi.

8. *I principi tra applicazione delle norme e individuazione della regola del caso concreto*

La norma da ultimo citata dispone che il principio di risultato è criterio prioritario (anche) "per l'individuazione della regola del caso concreto".

Il codice qui contrappone l'esercizio di potere discrezionale all'individuazione della regola del caso concreto. Tale ultima espressione sembra riferibile all'operazione di applicazione del diritto al caso puntuale e concreto nella scansione "norma-potere (o autonomia)-effetto"[25] non connotata da discrezionalità (evenienza di cui ci siamo sopra occupati e cui il codice dà rilievo specifico).

In altri termini, nella macrocategoria generale richiamata dall'art. 4 (applicazione del diritto) indicante la "dinamica giuridica" o farsi del potere che conduce alla produzione di un effetto finale, vi è spazio per l'attività vincolata (tema comunque rilevante in ordine alla digitalizzazione dei contratti) e per quella discrezionale.

Almeno nelle situazioni in cui l'amministrazione debba valutare fatti complessi (si pensi al presupposto dell'urgenza o del pericolo) o là dove un potere discrezionale in senso proprio non esista (si ponga mente alla valutazione della responsabilità e all'attribuzione di incentivi menzionate dall'art. 1), tornano in gioco i principi della triade.

Infine, va osservato che, per quanto riguarda il principio della fiducia, in forza dell'art. 4 anche il Giudice contabile è vincolato all'osservanza della re-

efficiente; ciò sulla base della considerazione che la risoluzione, sia per i suoi probabili strascichi giudiziari sia per la necessità di riappaltare i lavori residui, non permetterebbe presumibilmente di pervenire al completamento dell'opera prima di quanto sia possibile prevedere mediante il mantenimento del rapporto con la pur non brillantissima impresa appaltatrice". Ancora: "nella stessa prospettiva interpretativa, le norme sulle varianti progettuali e contrattuali potrebbero essere applicate dalla pubblica amministrazione nell'ottica del mantenimento in essere del contratto onde pervenire alla più rapida ultimazione dei lavori o del servizio".

[24] Per uno spunto, v. D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, cit., 16.

[25] Sulla dinamica caratterizzata dal fatto che l'effetto non risale immediatamente alla legge, ma vi è l'intermediazione di un soggetto che pone in essere un atto, espressione di una scelta (e, cioè, di potere o di autonomia), mediante il quale si regolamenta il fatto e si produce la vicenda giuridica, v. E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 281.

gola espressa dall'art. 2, comma 3, al momento dell'applicazione della regola al caso concreto per giudicare della responsabilità del dipendente[26]. Analogo discorso può essere svolto con riferimento all'art. 1, comma 3, già menzionato, ai sensi del quale il principio del risultato costituisce criterio prioritario per "valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti", almeno nel senso che il conseguimento legittimo del risultato dovrebbe escludere la configurabilità di un danno prodotto *non iure*.

Si è dunque al cospetto di ipotesi in cui anche l'applicazione di norme diverse da quelle del codice (quelle sulla responsabilità dei dipendenti) deve avvenire in accordo con quelle del D. Lgs. 36/2023 concernenti il raggiungimento del risultato e la "tipizzazione" della colpa grave[27].

[26] "Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competente".

[27] In argomento, v. altresì Corte costituzionale, n. 132/2024, cit.

UNA REFLEXIÓN PROSPECTIVA SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN EUROPA

José María Gimeno Feliú

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Contexto: inversión, calidad y resultado *versus* ahorro presupuestario y precio. – 3. Hacia una nueva normativa de contratación pública en clave estratégica.

1. *Introducción*

La nueva Presidenta de la Comisión ha presentado su Programa político denominado "La decisión de Europa" con la finalidad política de servir de "escudo de la democracia europea". Entre varios objetivos, se propone un gran impulso a las inversiones para poder avanzar en los objetivos de las transiciones ecológica, digital y social. En relación a la contratación pública en el documento se recuerda que es necesario "hacer un mejor uso de la contratación pública, que representa el 14% del PIB de la UE. Una mejora del 1 % en la eficiencia de la contratación pública permitiría ahorros por valor de 20 000 millones euros al año. Constituye una de las mejores bazas disponibles para desarrollar bienes y servicios innovadores y crear mercados líderes en tecnologías limpias y estratégicas".

Y para ello, en línea con las Conclusiones del Consejo sobre el Informe Especial n. 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo *Mejorar la competencia equitativa y eficaz para los contratos públicos en la UE adjudicados para obras, bienes y servicios* se propone la "revisión de la Directiva sobre contratación pública, permitiendo que se dé preferencia a los productos europeos en la contratación pública en determinados sectores europeos en la contratación pública en determinados sectores estratégicos. Contribuirá a garantizar el valor añadido de la UE para nuestros ciudadanos, junto con la seguridad del suministro de tecnologías, productos y servicios vitales. También modernizará y simplificará nuestras normas de contratación pública, en particular teniendo en cuenta las empresas emergentes y los innovadores de la UE".

Actualizar el marco normativo de la contratación pública resulta necesario pues tras diez años existen evidente debilidades.

En concreto, las principales críticas que figuran en el referido informe, son:

- la disminución de la competencia en la contratación pública en los últimos diez años, especialmente habida cuenta del gran porcentaje de adjudicaciones directas en algunos Estados miembros y de procedimientos de una única oferta;

- sobre la base de los datos disponibles, la falta de una mejora global significativa en la consecución de los principales objetivos perseguidos por las Directivas de 2014 en el período de referencia cubierto por el informe. El TCE observó una baja proporción de contratos adjudicados a pymes y un uso insuficiente de la contratación pública estratégica, mientras que existen variaciones a escala nacional;

- el bajo nivel de contratación directa transfronteriza;

- las deficiencias en el seguimiento por parte de la Comisión y de los Estados miembros de la evolución del mercado de la contratación pública.

La revisión de las Directivas de contratación pública aconseja una reflexión previa sobre el instrumento normativo a utilizar.

Tras cuatro paquetes legislativos anclados en el modelo de Directivas europeas y actos de transposición nacional quizá es el momento de avanzar hacia una efectiva armonización y uniformización jurídica e nivel europeo mediante el uso del Reglamento europeo, lo que facilitará una mejor interpretación conceptual y aportará más seguridad jurídica a los operadores económicos.

Un Reglamento europeo que debe asumir el carácter preceptivo de la compra pública estratégica y socialmente responsable, eliminando la burocracia innecesaria que ha generado "cuellos de botella".

Esta idea aparece ya en el Informe elaborado por Enrico Letta "Mucho más que un mercado" de abril de 2024, donde se insiste en la capacidad de transformación de la contratación pública al servicio de las políticas públicas como la sostenibilidad social y ambiental o la innovación.

Este trabajo pretende formular alguna serie de reflexiones prospectivas con al intención de fijar "la estrella polar" que oriente y facilite la navegación de la contratación pública en España (y Europa) desde una efectiva contratación pública estratégica al servicio de la ciudanía[1].

[1] J.M. Gimeno Feliú, *Alla ricerca della stella polare degli appalti pubblici in Spagna: dalla burocrazia alla strategia, dal prezzo al valore e alla qualità*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2023, 3, 1261 ss.

2. *Contexto: inversión, calidad y resultado* versus *ahorro presupuestario y precio*

Como se indica en el referido trabajo, en la contratación pública, pese a la trascendencia económica, social y política no parece que en España busque en el cielo de las estrellas un elemento de referencia, percibiéndose que en la "navegación española en el océano de los contratos públicos" no existe una estrella polar que sirva de guía universal con lo que, en unas aguas donde la burocracia y sus trámites innecesarios (motivada en el "siempre ha sido así") o la inercia a comprar a precio más bajo sin contrastar calidad ni efectividad de la prestación , a modo de la sirenas en el viaje de Ulises camino de Ítaca, nos ha hipnotizado y no nos permite avanzar hacia el puerto de la buena administración, que es la correcta satisfacción del interés general que demandan nuestros ciudadanos.

La estrella polar de la contratación pública, entre otros principios que "brillan con fuerza" (como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado de la prestación. Y no el precio en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del "ahorro" sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. Tornos Mas "es el alma de la nueva administración"[2].

La exigencia de calidad en la gestión pública (con el instrumento del contrato público) no significa un mayor gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda decisión pública, de regulación o de intervención sobre el mercado (no hay que confundir precio con valor). El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio[3].

[2] J. Tornos Mas, *El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública*, in Aa.Vv., *Derecho Fundamentales y Otros estudios. Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martin-Retortillo*, Zaragoza, 2008, vol. 1, 630. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de "justicia social" sobre las que se cimientan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de Naciones Unidas), que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente "numérica e insensible" sobre los resultados.

[3] Sobre el significado de la eficiencia – y su no vinculación a una idea economicista de

Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Y es que el principio de competencia, con ser importante, es instrumental pues interesa, como primer objetivo, la mejor satisfacción del interés general, motivo por el que, como bien advierte la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, la finalidad última es conseguir una regulación eficiente[4]. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente *Código italiano de contratos públicos* (D. Lgs. n. 36/2023) que regula como primer principio el de resultado.

La contratación pública, con el brillo de la estrella polar (calidad y valor) debe orientar su rumbo desde la óptica de inversión y no de mero gasto presupuestario. Así lo expresa, desde el máximo nivel político, el importante documento del Consejo europeo *Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la Ueresiliente*, donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de su función estratégica y en que "Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública".

Urge abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de gestión pública (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales). Por ello, en especial en

menor precio – me remito a M. Vaquer Caballería, *El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, 2011, 1, 91 ss.; T. Medina Arnaiz, *Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad*, in *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 2013, 1, 87-97; y R. Fernández Acevedo, *Los criterios de adjudicación de los contratos públicos*, en E. Gamero Casado, I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia, 2018, 1387-1393 y también *Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático: el precio en jaque* en X. Lazo Vitoria (dir.), *Compra pública verde y cambio climático*, Barcellona, 2022, 209 ss.

[4] Sobre esta idea de regulación eficiente en la contratación pública puede consultarse el último Informe sobre medios propios y competencia: *Guía sobre encargos a medios propios y convenios*. Marzo de 2023 (https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia-encargos-medios-propios-y-convenios).

ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud) la referencia debe ser necesariamente el valor y los resultados desde la perspectiva del ciudadano.

Una inadecuada política de "ahorros desproporcionados" puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o "fuego amigo", como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo)[5].

El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las "ya tradicionales", donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y si criterios referido a mejor oferta técnica y mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor). Esto es especialmente relevante en el ámbito de la salud, donde hay que articular nuevas soluciones (pasar de suministro a servicios para valorar procesos y optar por fórmulas multi-adjudicatario) que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger – la salud de los pacientes –, lo que desplaza el principio tradicional de tensión competitiva inherente al mercado ordinario de los contratos públicos. Opción adoptada por Comunidades Autónomas (como Baleares o Navarra), conforme al marco constitucional, que han permitido – y esto es lo esencial – una mejor y más eficiente gestión en este ámbito.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética[6]. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal frente a planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados meramente economicistas[7]. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de regulación para preservar la mejor calidad en la prestación de los "servicios públicos" desde esta lógica de los

[5] J.M. Gimeno Feliú, *Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)*, in *Observatorio de contratación pública 2020*, Cizur Menor, 2021, 23-50.

[6] Justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar cómo ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.

[7] Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, 2014, 18.

ODS, que son también brújula ética del sector privado. Y muy especialmente en situaciones excepcionales[8].

Contratación pública estratégica como resultado necesario del camino marcado por la estrella polar de la calidad y el valor del resultado, que obliga, claro, a una previa definición de la estrategia a promover (y de planificación), para poder fijar la mejor ruta de navegación práctica, que permita "llegar a puerto con rapidez y sin incidencias"[9].

Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable[10], como se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza[11], donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito[12].

[8] Como ha puesto de relieve M. Mazzucato, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*, Barcellona, 2021, que dedica un capítulo a ello.

[9] En este contexto hay que recordar la proposición no de Ley aprobada por consenso de todos los grupos de las Cortes de Aragón de 5 de mayo de 2022 (núm. 209/22), sobre la inclusión de consideraciones de sostenibilidad social, medioambiental y sostenibilidad económica en las licitaciones de la Administración Pública.

[10] Por todos, J.A. Moreno Molina, *Compra pública socialmente responsable. Inclusión de las personas con discapacidad*, Valencia, 2022; Id., *Criterios sociales de adjudicación en el marco de la contratación pública estratégica y sostenible post-COVID-19*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2021. También V. Aguado I Cudola, *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*, Cizur Menor, 2021; B. Palacín Sáenz, *A la responsabilidad social por la contratación pública*, Madrid, 2022; L. Fuertes Ginés, *La contratación pública sostenible bajo la lente del concepto paraguas*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 2021 y C. de Guerrero Manso, *Contratación Pública y Derechos Humanos*, en *Revista de Contrataciones Públicas*, 2022.

[11] Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable. Sobre los ODS y la contratación pública vid. J.M. Gimeno Feliú, *La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción*, en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo, *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Madrid, 2021, 67-100.

[12] La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación *Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior*, COM(2021) 245 final. En el Informe se concluye que "resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE". El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión, *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar*

Para ello, como venimos insistiendo, hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para, por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando, insistimos, una indebida estricta vinculación directa al objeto del contrato, para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación. Asimismo, en esta nueva visión guiada por los parámetros de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para "*Environmental, Social and Governance*") promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)[13].

3. *Hacia una nueva normativa de contratación pública en clave estratégica*

La nueva "navegación contractual" aconseja un "big bang" en la contratación pública para incorporar una visión disruptiva regulatoria (y en la gestión pública y privada), que ponga el acento en la calidad. Para ello resulta necesaria una verdadera simplificación y agilidad (por supuesto, con tecnología) como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de una contratación pública moderna, transformadora y proactiva, comprometida con recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental, que piense en pequeña escala (como son las PYMEs) y donde el desafío de fijar inversión productiva estable pueda ser una realidad.

Para ello resulta imprescindible una adecuada interpretación de los principios y conceptos, como guía para la correcta aplicación de la finalidad de todo contrato público que es, no se olvide, la correcta satisfacción del interés público[14]. Conocer el contexto y depurar conceptos y principios, comprender su

aspectos sociales en las contrataciones públicas, en la que se incide en que "Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)".

[13] Se evita, así, un dumping social, y se promueve un "auténtico" mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. Dolan y D. Barrero Zalles, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*, New York, 2021 y J. Morcillo Moreno, *Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2016, 1, 180-209.

[14] Vid. J.M. Gimeno Feliú, *El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión*

correcto alcance, es un presupuesto necesario para poder articular una correcta política de contratación pública profesionalizada, alejada del "papeleo", en palabras del profesor Luciano Vandelli, de una burocracia formal (necesitamos una burocracia "inteligente")[15].

Las dificultades interpretativas – donde los órganos de control deben ajustar su importante función a la idea de colaborar y favorecer una mejor gestión sin dilaciones – complican la correcta gestión contractual, por lo que parece conveniente el ajuste de la norma (que debe regular los contratos públicos conforme al modelo europeo), con vocación codificadora y no reglamentista, que debería pivotar, al menos, sobre los siguientes ejes:

(1) Impulso de la compra pública estratégica, aclarando hasta donde se puede orientar un contrato público como herramienta de política pública y su vocación de impulsar soluciones innovadoras, con claro componente de sostenibilidad social y ambiental a favor de un modelo productivo sólido y responsable. Así, resulta muy conveniente un artículo propio sobre esta función como el que se propone (como indica la citada Carta de Zaragoza):

Artículo: Compra pública estratégica.

"1. La compra pública se convierte en una herramienta para cumplir con los objetivos de la Agenda Verde Europea, con los objetivos del Tratado de París, luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, combatir la contaminación y promover la economía circular. En materia social, la compra pública debe ser responsable: debe regular las retribuciones mínimas del personal, prever la obligación de subcontratación con colectivos sociales vulnerables, garantizar plazos máximos de pago a proveedores, fomentar la contratación de colectivos en riesgo de exclusión social y la colaboración con entidades del Tercer Sector, promover la estabilidad y calidad en el empleo, mejorar la seguridad y salud laboral, promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres garantizando la conciliación familiar y laboral; asegurar la accesibilidad universal; definir criterios de comercio justo y evitar la adquisición de productos que causen deforestación en el marco del Acuerdo multilateral

disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 2022.

[15] *Papeles y papeleo (ediciones El Cronista 2015)* es el título, de por sí elocuente, del profesor italiano Luciano Vandelli, que analiza, a lo largo de la literatura, el rol de la burocracia y su evolución en la Administración pública. El papel, el papeleo innecesario, han sido referencias con las que el ciudadano ha tenido que relacionarse con la Administración, que ha encontrado en reglas y trámites formales claramente innecesarios un argumento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.

sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, entre otras cuestiones. Para ello en la compra pública derivada de los fondos europeos MRR deberán incluirse condiciones y criterios vinculados a estos objetivos.

2. En la adjudicación de estos contratos se atenderá como elemento preferente para determinar la oferta más ventajosa, o en su caso, de negociación de la oferta, al mayor valor añadido desde la perspectiva de calidad y de garantía de continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad de los servicios o suministros, así como su rentabilidad. El criterio precio no podrá ser en ningún caso determinante.

3. Se podrán incluir exigencias y criterios que vayan más allá de la estricta vinculación al objeto del contrato admitiendo cualquier criterio o condición que aporte valor, aun de forma indirecta, para cumplir de forma responsable la concreta prestación, admitiendo elementos de carácter social y ambiental. Se motivará y justificará en el expediente el valor de los distintos requerimientos que se utilicen, que no podrán tener por objeto falsear la competencia ni distorsionar el mercado. En especial se consideran válidos cualquier criterio o condición que permita corregir el desempleo juvenil, así como los que fomenten rendimientos ambientales y la compra de proximidad de alimentos. Entre las obligaciones de cualquier licitación se exigirá el cumplimiento del principio de no causar un daño significativo al medioambiente (principio DNSH por sus siglas en inglés, 'Do No Significant Harm'), así como las condiciones específicas vinculadas a este principio en la normativa vigente. Quien no supere un umbral mínimo de estos criterios quedará excluido de la licitación.

4. En relación a las PYMES, podrá utilizarse este criterio de compra responsable como exigencia de umbral de acceso a determinados contratos públicos por su importe.

5. En todo contrato se aplicarán las previsiones del Reglamento (UE) n.º 2022/1031, sobre el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de terceros países a los mercados de contratos públicos y de concesiones de la Unión, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los operadores económicos, bienes y servicios de la Unión a los mercados de contratos públicos y de concesiones de terceros países".

(2) Clarificación conceptual de quienes aplican las normas (concepto de poder adjudicador)[16], y adecuada delimitación del significado de los principios

[16] Me remito a J.M. Gimeno Feliú, *Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!*, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Cizur Menor, 2018, 29-55 y al estudio de F. Hernández Rodríguez, *De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector*

aplicables en contratación pública, incluyendo, entre los tradicionales de transparencia y competencia (entendida como regulación eficiente), el principio de proporcionalidad, el principio de calidad (alineado al valor y no al precio) o el principio del resultado, vinculado al interés general siguiendo, por ejemplo, el modelo de reforma del Código italiano de contratos públicos reformado en marzo de 2023.

En esta visión de calidad debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para "Environmental, Social and Governance") promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno).

(3) Articulación de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio *(value for money),* con la finalidad de "acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo" (W. Dening).

(4) Previsiones claras sobre modelos colaborativos tipo *target costing* (o equivalentes) que permitan armar contratos complejos en el ámbito de infraestructuras y explotación de servicios públicos desde una óptica de colaboración entre las diferentes partes y donde prima la mejor prestación, con un modelo de transparencia de retribución de costes objetivos, frente a la inercia (y contrastada ineficiencia) de rebaja de precios[17].

(5) En relación a la correcta ejecución del contrato debería incluirse una previsión que permita, conforme al principio clásico de "honesta equivalencia" de lo pactado el restablecimiento (adaptación) de las condiciones pactadas a circunstancias sobrevenidas imprevisibles ajenas al riesgo o ventura ordinario, incluyendo fuerza mayor y actuaciones de otros poderes públicos que inciden de forma sustancial en las condiciones pactadas (como ha previsto el artículo 9 del Código italiano de Contratos Públicos de 2023).

público no administración pública, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 2019, 1, 165-188.

[17] Me remito a J.M. Gimeno Feliu, *Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente*, en *Revista Aragonesa de Administración pública*, 2023.

(6) Revisión del modelo de control mediante una Estrategia Nacional del Control de la Contratación Pública, que permita el equilibrio entre eficacia y garantía, promoviendo una arquitectura del control profesionalizada, que permita la fiscalización en tiempo real, incorporando el modelo de auditorías[18]. Y, en fase de ejecución, habilitación en la resolución de los posibles conflictos interpretativos a las fórmulas de arbitraje administrativo[19].

(7) Incorporación de una política de capacitación que promueva realmente la necesaria profesionalización, de carácter horizontal y transversal, en línea con las previsiones de la OCDE al respecto[20]. Esta profesionalización es un elemento principal para un adecuado velocidad y seguridad en la visión estratégica de la compra pública[21].

(8) Regulación de las técnicas de análisis de datos y sistemas predictores en las licitaciones públicas utilizando Machine Learning (ML), cuestión donde ya existe madurez tecnológica y capacidad para mejorar los procesos.

La contratación pública, en esa perpetua búsqueda, en palabras del profesor peruano V. BACA[22], de su piedra filosofal, necesita de una transformación radical para poder avanzar hacia una nueva cultura de contratación pública con vocación de transformación, abierta, responsable, competitiva, honesta e íntegra, profesionalizada, tecnológica y proactiva. Lo que exige una clara innovación administrativa y empresarial (en lo organizativo y en las formas de relacionarse) como paso previo y donde lo tecnológico debe servir de herramienta

[18] Me remito a J.M. Gimeno Feliú, *Los fondos next generation y el rol de los órganos de control externo*, en libro colectivo dirigido por S. Rego, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Cizur Menor, 2022, 69-90.

[19] Por todos, G. García-Álvarez, *El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos*, libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, 2020, 549-564.

[20] Por todos C. de Guerrero Manso, *La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurCompEU*, J.M. Gimeno Feliú (Dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Cizur Menor, 91-125 y *¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de año nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad* publicado el 27 de febrero de 2023 en *Revista electrónica Onservatorio de la Contratación Pública*.

[21] Lo advierte E. Díaz Bravo, *La profesionalización: condición sine qua non de la contratación pública estratégica*, en libro colectivo J. Rodríguez-Arana Muñoz, E. Díaz Bravo (dir.), *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Valencia, 2022, 217-257.

[22] V. Baca, *La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal*, en libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Gaceta Jurídica (Perú), 2021.

para su correcto impulso. Sin la innovación en la organización ni en los procedimientos (en la burocracia) resultará muy difícil cumplir los objetivos estratégicos. Para avanzar hay que "mirar atrás" para detectar errores, pues solo así, más allá de la esfera del confort (o de cierta autocomplacencia) se puede elegir la ruta correcta. Frente a inercias o dogmatismos, la situación "global" obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los interesen públicos en juego.

Las reflexiones prospectivas que se proponen sobre una contratación pública que funcione en Europa y para Europa debe servir para orientar la brújula de nuestra práctica en este ámbito, orientándola hacia la estrella polar de la calidad y el valor (que se mide desde el resultado), lo que debe permitir corregir el actual camino (y sus cuellos de botella).

El camino que nos indica la estrella polar, con mucho brillo y nitidez, no es la burocracia sino la estrategia. Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. En ello va el futuro de un derecho de la contratación pública que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo del "siempre ha sido así". Y el nuevo marco regulatorio europeo, con efecto directo para todos los países, debe fijar este nuevo rumbo para preservar el efecto útil, a escala europea, de las propias políticas públicas, como se pone de relieve en el reciente Informe Draghi (9 de septiembre de 2024) titulado "El futuro de la competitividad de Europa".

REGIONALISMO DIFFERENZIATO E PERVASIVITÀ DEL DIRITTO EUROUNIONALE: NOTERELLE ALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 192 DEL 2024

Esther Happacher

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di sussidiarietà. – 3. Le materie "eurounionali". – 4. Le regioni e la "possibilità di dare attuazione al diritto unionale". – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

Nel 2024, la Legge 26 giugno 2024, n. 86 recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione" (cd. Legge Calderoli)[1] ha disciplinato la procedura per l'attuazione del regionalismo differenziato di cui al comma terzo dell'articolo 116 della Costituzione.

Introdotto dalla riforma costituzionale del 2001[2], il regionalismo differenziato consiste nella possibilità per le regioni ordinarie di ottenere "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s) in base a una legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei princìpi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata".

Fino alla riforma costituzionale del 2001 solo le Regioni a statuto speciale (e le due Province autonome di Trento e di Bolzano) godevano di un'autonomia differenziata in base al primo comma dell'articolo 116 della Costituzione.

Dopo una prima fase di poco interesse da parte della politica regionale e di scetticismo da parte statale che riteneva necessario sia l'attuazione del federalismo fiscale di cui all'articolo 119 della Costituzione sia una generale legge

[1] La Legge prende il nome del ministro proponente Roberto Calderoli, Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie del Governo Meloni.

[2] Cfr. la Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

di procedura, a partire dal 2017 il regionalismo differenziato ha preso slancio[3]. In seguito alle iniziative di tre regioni del Nord (Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna) che hanno portato alla conclusione di preaccordi con il Governo nel 2018[4], si è sviluppato un dibattito[5] sempre più aspro alimentato anche da chi riteneva la differenziazione regionale un rischio all'unità giuridica e economica della Repubblica, paventando fra altri una secessione dei ricchi a cui ineludibilmente si sarebbe collegato l'aggravamento del divario tra Nord e Sud soprattutto nella garanzia dei diritti fondamentali[6].

Dopo la vittoria del centrodestra nelle elezioni politiche del 2022, la componente leghista del Governo Meloni ha portato avanti il progetto per una legge attuativa del comma 3 dell'articolo 116 della Costituzione, sfociato nella Legge n. 86 del 2024. Appena pubblicata, la Legge Calderoli fu impugnata davanti alla Corte costituzionale da parte delle regioni a statuto ordinario Puglia, Toscana e Campania nonché dalla Regione autonoma della Sardegna[7]. Contemporaneamente, sono stati promossi da parte di alcune Regioni nonché tramite la cittadinanza dei referendum abrogativi ai sensi dell'articolo 75 della Costituzione[8] miranti alla totale o parziale abrogazione della legge Calderoli.

Con una sentenza lunga e articolata, la sentenza n. 192 del 2024, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni della legge Calderoli.

Con sentenza n. 10 del 2025 la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le richieste di referendum sull'abrogazione totale della legge Calderoli così come risultante in seguito alla sentenza n. 192 del 2024. In particolare, la Consulta ha affermato che il referendum si risolverebbe in una scelta sull'au-

[3] Cfr. A. D'Atena, *L'art. 116, u.c. Cost., alla prova dell'applicazione. Profili procedimentali*, in *Rassegna parlamentare*, 2018, 1, 185 ss.

[4] Su tali sviluppi L. Violini, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2018, 4, 319 ss.

[5] Cfr. sul dibattito per esempio i contributi in Aa.Vv., *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti del convegno Regionalismo differenziato: opportunità e criticità, svolto a Milano l'8 ottobre 2019, disponibile on line nel sito web www.csfederalismo.it.

[6] Vedasi G. Viesti, *Contro la secessione di ricchi. Autonomie regionali e unità nazionale*, Roma-Bari, 2023.

[7] Cfr. i ricorsi nn. 28, 29, 30, 31, pubblicati sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 37 dell'11 settembre 2024 e n. 38 del 18 settembre 2024. Le memorie *ad opponendum* delle regioni Lombardia, Piemonte e Veneto e il parere *pro veritate* reso come amicus curiae da Giovanna De Minico che illustra gli argomenti contra la Legge Calderoli sono reperibili nel *Dossier sulla sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024 sul Regionalismo differenziato*, pubblicato su federalismi.it n. 29/2024.

[8] Cfr. il dossier del Servizio Studi della Camera dei deputati, *Le Regioni e l'autonomia differenziata*, 21 gennaio 2025.

tonomia differenziata come tale e con ciò sulla disposizione della Costituzione che la prevede, una scelta che è rimessa al legislatore costituzionale[9].

Nel decidere sulla legittimità costituzionale della Legge Calderoli, la Consulta ha individuato una serie di punti fermi non solo in riferimento al regionalismo differenziato, ma anche in materia del regionalismo italiano in generale[10]. Inoltre, ha colto l'occasione per affermare che il modello regionale italiano, in particolare l'allocazione delle competenze nel sistema costituzionale, è inserito nel sistema multilivello creato dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

La Corte costituzionale ha svolto considerazioni sul profilo europeo e sulla pervasività del diritto eurounionale in riferimento al riparto costituzionale delle competenze fra i livelli territoriali della Repubblica. Va notato che la legge Calderoli menziona l'Unione europea una sola volta nel contesto delle clausole finanziarie di cui all'articolo 9 della Legge n. 86 del 2024, ove, al fine di garantire il coordinamento della finanza pubblica, prevede il concorso delle Regioni agli obiettivi della finanza pubblica; concorso che deve tenere conto delle regole e procedure che conseguono "al processo di riforma del quadro della governance economica avviato dalle istituzioni dell'Unione europea" (un chiaro riferimento all'articolo 81 della Costituzione e gli obblighi unionali ivi costituzionalizzati).

2. *Il principio di sussidiarietà*

Il primo profilo "eurounionale" emerge in collegamento con il principio di sussidiarietà, principio che nella Costituzione assicura il collegamento tra l'unità e l'indivisibilità della Repubblica e l'autonomia delle regioni accresciuta in base all'articolo 116, comma terzo della Costituzione[11]. Tale principio, così la Corte, "è, del resto, un principio fondamentale dello spazio costituzionale europeo" dove "orienta la ripartizione delle competenze legislative tra l'Unione e gli Stati membri (art. 5 TUE, nonché il Protocollo n. 2 annesso al Trattato)"[12].

Pare opportuno menzionare che il principio di sussidiarietà nell'ordinamento eurounionale è un principio che non riguarda la titolarità delle competenze di per sé ma è "un criterio di ripartizione in concreto dell'esercizio di

[9] Cfr. nel considerato in diritto, il punto 11, della sentenza n. 10 del 2025.

[10] Per una prima valutazione della sentenza in proposito cfr. A. Morrone, *Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2024; A. Spadaro, *La "quadratura del cerchio" … o della sent. cost. n. 192/2024*, in *Diritti regionali*, 2025, 1.

[11] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.1 del Considerato in diritto.

[12] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.1, par. 2, del Considerato in diritto.

una competenza condivisa"[13] che pone in capo all'Unione l'onere della verifica se un'azione possa essere meglio realizzata a livello eurounionale invece che a livello centrale o a livello regionale e locale (art. 5, co. 3, TUE)[14].

La Corte costituzionale ricorda che nell'ordinamento italiano il principio di sussidiarietà verticale è riconosciuto testualmente dall'articolo 118, comma primo, della Costituzione come criterio nell'allocazione delle funzioni amministrative e, in seguito all'elaborazione giurisprudenziale della cd. "chiamata in sussidiarietà" anche nell'allocazione delle funzioni legislative[15], nonché dell'articolo 120, comma secondo della Costituzione in relazione all'esercizio del potere sostitutivo statale.

"Tale principio" così la Consulta nel disegnare il modello di attribuzione delle funzioni fra i livelli territoriali, "esclude un modello astratto di attribuzione delle funzioni, ma richiede invece che sia scelto, per ogni specifica funzione, il livello territoriale più adeguato, in relazione alla natura della funzione, al contesto locale e anche a quello più generale in cui avviene la sua allocazione. La preferenza va al livello più prossimo ai cittadini e alle loro formazioni sociali, ma il principio può spingere anche verso il livello più alto di governo".

L'opportunità dell'allocazione delle funzioni va valutata caso per caso e quindi in modo flessibile, a seconda le specifiche circostanze[16], ora verso il basso ora verso l'alto.[17] "Il principio di sussidiarietà opera attraverso un giudizio di adeguatezza, esso non può che riferirsi a specifiche e ben determinate funzioni e non può riguardare intere materie"[18], afferma la Corte costituzionale, giungendo tramite questo percorso argomentativo a uno dei punti chiave (se non addirittura il punto chiave) della sentenza n. 192 del 2024: l'allocazione delle competenze fra livello centrale e livello regionale nell'attuazione del regionalismo differenziato (forse anche in riferimento alle competenze fra Stato e Regioni in generale) può avvenire solo per le singole funzioni insite nelle singole materie.

La Consulta definisce il concetto della funzione come "(…) un insieme circoscritto di compiti omogenei affidati dalla norma giuridica ad un potere

[13] Cfr. R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto europeo*, Torino, 2024, IV ed., 492.

[14] Cfr. *Ibidem*, 491 ss.

[15] Cfr. la sentenza-stipite n. 303/2003, su cui, *ex multis*, A. Anzon, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 2783 ss.; A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 2778 ss.

[16] La Corte evoca l'immagine dell'ascensore di sussidiarietà che fa salire o scendere le funzioni secondo i livelli territoriali ritenuti più opportuni.

[17] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.1, par. 4 del Considerato in diritto.

[18] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.1, par. 5 del Considerato in diritto.

pubblico e definiti in relazione all'oggetto e/o alla finalità. A ciascuna materia afferisce, (…) una gran quantità di funzioni eterogenee, per alcune delle quali l'attuazione del principio di sussidiarietà potrà portare all'allocazione verso il livello più alto, mentre per altre sarà giustificabile lo spostamento ad un livello più vicino ai cittadini".[19] Con ciò, la Corte prosegue, "(…) la devoluzione non può riferirsi a materie o ad ambiti di materie, ma a specifiche funzioni. Il tenore letterale della disposizione conferma tale conclusione. Essa, infatti, fa riferimento alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia 'concernenti le materie', lasciando intendere che il trasferimento non riguarda le materie ma le singole funzioni concernenti le materie"[20].

Il regionalismo differenziato si attua dunque tramite la devoluzione di funzioni e non di materie o di ambiti di materie intere, e la devoluzione può realizzarsi in rispetto a quelle funzioni che non devono essere svolte a livello statale in considerazione di un loro esercizio efficace ed efficiente e in considerazione delle risorse necessarie per il loro esercizio[21].

La Corte costituzionale esclude però una differenziazione territoriale tramite l'applicazione del comma terzo dell'articolo 116 della Costituzione nei casi in cui si tratta di curare interessi dell'intera comunità nazionale non frammentabili territorialmente oppure quando sussiste l'esigenza di evitare barriere territoriali pregiudicanti l'unità di mercato. Anche in tale caso, agli occhi della Consulta si giustifica l'esercizio di funzioni a livello centrale. In sintesi, la Corte suprema sottolinea la necessità di giustificare e motivare la deroga al riparto ordinario delle funzioni in riferimento al contesto locale e ai vantaggi in termini di efficacia, efficienza, equità e responsabilità[22]. Richiede dunque una giustificazione adeguata del trasferimento, gravando le Regioni come dirette interessate dell'onere della prova, onere che sembra consolidare un cammino in salita delle Regioni in cospetto di espressioni multiformi del principio unitario non solo dal punto di vista interno ma anche nella prospettiva europea (e internazionale).

Infatti, la Corte costituzionale ricorda che "(…) l'allocazione delle funzioni tra i diversi livelli territoriali di governo, in attuazione del principio di sussidiarietà, richiede sempre che essa si realizzi in modo tale da assicurare il pieno rispetto degli obblighi (…) nei confronti dell'Unione europea, che vincolano parimenti lo Stato e le Regioni (art. 117, primo comma, Cost.)"[23]. Gli obbli-

[19] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.1, par. 5 del Considerato in diritto.
[20] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.1, par. 6 del Considerato in diritto.
[21] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.1 e 4.2.1 del Considerato in diritto.
[22] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.3, par. 4 del Considerato in diritto.
[23] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.2.3, ultimo paragrafo del Considerato in diritto.

ghi derivanti dall'appartenenza della Repubblica italiana all'Unione europea, nell'ottica di un loro pieno adempimento, assumono la natura di elemento determinante anche per il riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni.

Va ricordato che tale potenziale è stato già riconosciuto dalla Corte costituzionale nella giurisprudenza antecedente alla riforma del 2001 quando, in ragione della responsabilità dello Stato nei confronti dell'Unione europea, la Consulta ha ritenuto costituzionalmente legittimo attuare in maniera centrale delle regole che lasciavano spazio a un'implementazione differenziata a livello territoriale degli obblighi posti dal diritto Ue agli Stati membri[24].

3. *Le materie "eurounionali"*

La Corte costituzionale però non si limita a delineare elementi di unitarietà che evitano una frammentazione a livello nazionale ma ricorda anche che esistono funzioni che non possono essere oggetto di devoluzione perché da svolgere a livello europeo. In tal senso, allarga la sua visione al livello eurounitario e considera in questa prospettiva non devolvibili funzioni che necessariamente richiedono un coordinamento di una moltitudine di attori distribuiti sul territorio oppure quando si devono gestire delle crisi e emergenze in settori come l'economica, la sanità e l'energia che esigono un intervento solidaristico[25].

In particolare, la Consulta non insiste solo sui vincoli eurounionali, ma individua stringenti profili eurounionali in riferimento a determinate materie.

Infatti, al punto 4.4. del Considerato in diritto la Corte afferma di non poter "esimersi dal rilevare che vi sono delle materie, cui pure si riferisce l'articolo 116, terzo comma della Costituzione, alle quali afferiscono funzioni il cui trasferimento è, in linea di massima, difficilmente giustificabile secondo il principio di sussidiarietà. Vi sono, infatti, motivi di ordine sia giuridico che tecnico o economico, che ne precludono il trasferimento".

Con riguardo a tali funzioni, la Corte individua un aggravato onere per le Regioni di giustificare la devoluzione. Sottolinea che la possibile devoluzione delle funzioni "non implica che in esse vengano meno *gli stringenti vincoli derivanti* (corsivo aggiunto) dalle altre materie trasversali o *dall'ordinamento unionale* (corsivo aggiunto) o dai vincoli internazionali, che si sono rafforza-

[24] Cfr. per esempio, le sentenze nn. 399/1987, 382/1993, 126/1996, 93/1997. Cfr. in dettaglio E. Happacher, *Südtirols Autonomie in Europa*, 2012, Vienna, 237 ss.

[25] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.4, par. 2 del Considerato in diritto.

ti a seguito dei cambiamenti che hanno investito settori rilevantissimi della vita politica, economica e sociale: dalle due rivoluzioni tecnologiche 'gemelle', la digitale e l'energetica, che hanno determinato trasformazioni dirompenti nell'economia, nella società e di conseguenza anche nel sistema giuridico, alle tensioni che hanno investito l'ordine mondiale innescando la sua modificazione, con conseguenze imponenti di ordine strutturale che coinvolgono direttamente alcune delle materie considerate (dal commercio estero all'energia)". In queste materie, individuate puntualmente dalla Corte costituzionale seguendo l'ordine definito dal comma terzo dell'articolo 117 della Costituzione, serve "una più stringente giustificazione in relazione al contesto, alle esigenze di differenziazione, alla *possibilità da parte delle regioni di dare attuazione al diritto unionale* (corsivo aggiunto)"[26].

Tra queste materie, la Corte costituzionale elenca il commercio con l'estero. Tale materia riguarda *in primis* la competenza esclusiva dell'Unione europea per la politica commerciale comune secondo l'articolo 3, paragrafo 2, lettera a) e l'articolo 207 del TFUE che lascia solo spazi residuali agli Stati membri e di conseguenza ai loro enti territoriali. Inoltre, la Corte costituzionale individua dei forti profili di politica estera, non da ultimo caratterizzati dall'intrecciarsi della politica commerciale con esigenze di sicurezza globale, e attira dunque la materia e le sue funzioni nell'ambito della competenza esclusiva statale di cui all'articolo 117, comma 2 lettera a) della Costituzione. La Corte costituzionale sottolinea infine che il commercio fra gli Stati membri è dominato dalle regole del mercato interno, densamente regolamentato dal diritto unionale, risultando così spazi esigui di intervento nazionale.

La constatazione dell'esiguità degli spazi di intervento si ripete per la materia della tutela dell'ambiente, nella quale la Corte costituzionale vede predominante gli obblighi derivanti dalla disciplina eurounitaria (e anche internazionale) che si prestano male ad adempimenti frammentati territorialmente. In questo contesto, la Consulta riconosce alla disciplina eurounitaria una "pervasività"[27] che deriva dal principio di integrazione della tutela ambientale nell'esercizio delle competenze europee di cui all'articolo 11 TFUE e si manifesta chiaramente nell'applicazione e nell'attuazione del diritto ambientale unionale da parte degli Stati membri e dei loro enti territoriali.

Per la materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" la Corte costituzionale individua ostacoli ancora maggiori all'eventuale devoluzione. Sottolinea che si tratta di materia disciplinata anche dettagliatamente dal diritto eurounionale ai fini di realizzare un mercato interno dell'e-

[26] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, Considerato in diritto punto 4.4. paragrafo 3.

[27] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, Considerato in diritto punto 4.4. paragrafo 8.

nergia, di tutelare il consumatore e la sicurezza energetica e di garantire l'attuazione del principio di solidarietà eurounionale fra gli Stati membri in campo energetico.

Per le materie "porti e aeroporti civili" e "grandi reti di trasporto e di navigazione" la Corte costituzionale individua perfino un sistema "euronazionale" delle infrastrutture, caratterizzato sia dalla presenza delle regole eurounitarie sia dall'esistenza di un sistema nazionale essenziale per l'economia e il mercato nazionale che esige in primo luogo una regolazione a livello nazionale.

Anche in materia di "ordinamento della comunicazione" la Corte ritiene che il trasferimento di funzioni al livello regionale possa avvenire solo eccezionalmente e in maniera residuale. La ragione sta in particolare nella pervasiva disciplina eurounionale di carattere armonizzante che mira a realizzare un mercato unico digitale rispettoso anche dei diritti fondamentali e funzionale alla salvaguardia della libera concorrenza e della tutela di consumatori. Infine, anche la necessaria tutela dei dati personali che circolano nelle reti di comunicazione e oggetto di una vasta normativa eurounitaria lascia poco spazio a un intervento dello Stato e ancor di meno a una disciplina regionale differenziata[28].

In questo contesto, giova ricordare le critiche mosse nei confronti dell'allocazione delle materie appena menzionate fra le materie di competenza concorrente in occasione della riforma costituzionale del 2001. Infatti, in dottrina si ritiene che il collocamento fra le materie concorrenti sia dovuto in primo luogo a un'inattenzione del legislatore costituzionale che avrebbe dovuto includerli fra le materie esclusive statali[29]. Le riflessioni della Corte costituzionale sembrano sorreggere questa interpretazione.

Un'altra materia critica è rappresentata dalle professioni, in particolare le professioni ordinistiche. In base al diritto eurounionale l'esercizio di una libera professione costituisce esercizio di attività economica e come tale è sottoposta alle regole della concorrenza definite dallo Stato nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, comma 2 lettera e) della Costituzione e, in ragione della disciplina di matrice eurounitaria, anche in materia di tutela del consumatore. Come oggetto di una

[28] Sull'impatto della digitalizzazione sulle competenze regionali in generale e in particolare sulle regioni a statuto ordinario e speciale sia consentito a rinviare a E. Happacher et al. (a cura di), *Digitalisierung und regionale Autonomie* (2025) di prossima pubblicazione con la casa editrice NOMOS.

[29] Cfr. A. D'Atena, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 1, 15 ss.

possibile differenziazione rimangono solo le professioni non ordinistiche che "presentano nessi con la realtà locale"[30].

Si può immaginare per esempio delle attività professionali nel settore del turismo come i rangers nei parchi naturali oppure attività artigiane tradizional-tipiche per una regione come il ricamo su cuoio con penne di coda di pavone. Tale apertura verso spazi esigui di ulteriori funzioni trasferibili sembra però essere smentito dalla sentenza n. 10 del 2025, ove la Corte statuisce chiaramente che tra le "materie non trasferibili ve ne sono anche (..) le professioni"[31]. Comunque, è da ricordare che il mercato interno in riferimento all'esercizio delle attività professionali è garantito dalla disciplina eurounionale in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali[32], indipendentemente dal fatto che le professioni siano qualificate come professioni ordinistiche o non.

L'unica materia senza profilo eurounionale, ma comunque caratterizzata da una necessaria unitarietà, sono le norme generali sull'istruzione, strettamente connesse agli occhi della Corte costituzionale con l'identità nazionale[33].

4. *Le regioni e la "possibilità di dare attuazione al diritto unionale"*

Fra gli elementi che impongono una più stringente giustificazione della devoluzione di funzioni figura inoltre il profilo della "possibilità di dare attuazione al diritto unionale" da parte delle regioni[34]. Tale inciso ricorda che, ai sensi dell'articolo 117, comma 5 della Costituzione le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sono responsabili dell'applicazione e attuazione del diritto eurounitario nell'ambito della propria sfera di competenza. Una sfera di competenza che, in seguito alla sentenza n. 192 del 2024 per le Regioni ordinarie, non può essere arricchita ove vincoli derivanti dall'ordinamento unionale ostacolino un'attuazione e applicazione differenziata del diritto eurounitario.

L'indifferenza originaria delle Comunità europee nei confronti della struttura regionale o federale degli Stati membri[35] – poi mitigata anche tramite

[30] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.4, par. 15 del Considerato in diritto.

[31] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 10.2 del Considerato in diritto; tale constatazione è fatta anche in riferimento alla materia energia.

[32] In particolare, la Direttiva 2005/36/CE del 7 settembre 2005, *relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali*, recepita in Italia tramite il D. Lgs. 9 novembre 2007, n. 206.

[33] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.4, ultimo par. del Considerato in diritto.

[34] Cfr. sentenza n. 192 del 2024, pt. 4.4, par. 3 del Considerato in diritto.

[35] La cd. *Landesblindheit* ovvero "cecità federale", efficacemente definita negli anni 60 del secolo scorso da H.P. Ipsen, *Als Bundesstaat in der Gemeinschaft*, in Aa.Vv., *Festschrift für Walter Hallstein*, Frankfurt am Main, 1966, 256.

l'istituzione del Comitato delle Regioni in seguito al Trattato di Maastricht del 1992 – riappare e (ri)spiana il campo a un impatto erosivo delle decisioni eurounionali sull'assetto costituzionale delle competenze.

Nella riforma costituzionale del 2001, l'esigenza di mitigare gli effetti spesso dirompenti degli obblighi eurounionali sulla sfera di autonomia regionale ha trovato espressione nell'apertura alla partecipazione delle autonomie regionali ai processi decisionali diretti alla formazione del diritto eurounionale nel quadro di norme di procedura definite dal legislatore statale[36], così come previsto al comma 5 dell'articolo 117 della Costituzione.

Senza voler entrare nel dettaglio sui vari canali tramite i quali si esplica tale partecipazione[37] – o in forma diretta (per esempio nell'ambito della delegazione italiana nelle istituzioni europee oppure nel Comitato delle Regioni[38]) o indiretta (per esempio nel quadro del Comitato interministeriale per gli Affari Europei[39]) –, preme constatare che tale potere di partecipazione sembra essere più di forma che di sostanza. Sia che ciò sia dovuto alla complessità del sistema multilivello, sia che ciò sia da attribuire anche a criticità collegate all'organizzazione interna delle regioni[40], è da sottolineare che ancora una volta la sentenza n. 192 del 2024 ha messo in evidenza l'importanza di un modello decisionale a livello nazionale che offra alle regioni un adeguato spazio rispettoso della loro posizione costituzionale.

Pare importante rafforzare la voce regionale a livello nazionale per fare confluire le esigenze regionali nella posizione dello Stato membro Italia a livello europeo non solo negli ambiti delle competenze già assegnate alle Regioni nel sistema costituzionale, ma anche nell'ottica dei paletti indicati dalla Consulta per il trasferimento delle future funzioni in base al comma 3 dell'articolo 116 della Costituzione.

La riforma costituzionale del 2001 aveva preso atto di questa esigenza, prevedendo all'articolo 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001 l'integrazione della Commissione bicamerale per le questioni regionali con rappresentanti degli enti regionali e locali finché non si sarebbe proceduto a una modifica del sistema bicamerale in senso federale. Purtroppo, la norma costituzionale è rimasta inattuata e sono falliti due tentativi di "federalizzare" il legislatore nazionale[41].

[36] Le norme sono contenute nelle Leggi n. 234 del 2012 (specie negli artt. 24 e 25) e n. 131 del 2003 (in particolare nell'art. 5).

[37] In materia vedasi l'analisi recente di A. Iacoviello, *La partecipazione delle Regioni italiane al processo decisionale europea*, Milano, 2020.

[38] Di cui si constata una mancante applicazione pratica: R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*, 80.

[39] Cfr. l'art. 2, Legge n. 234 del 2012.

[40] Constata una debolezza in tal senso A. Iacoviello, *op. cit.*, 305.

[41] Cfr. sulla mancata attuazione dell'articolo 11 della Legge costituzionale n. 3 del 2001 si

5. *Riflessioni conclusive*

Non si può che constatare ancora una volta la pervasività del diritto eurounionale che si manifesta anche nella prospettiva dell'assetto costituzionale delle competenze, una prospettiva che *prima facie* dovrebbe essere riservata allo Stato membro.

Giova ricordare in questo contesto l'art. 4, co. 2, TUE che dichiara il rispetto, da parte dell'Unione europea, dell'identità nazionale degli Stati membri come si esprime nella loro struttura fondamentale anche costituzionale compreso il sistema delle autonomie locali e regionali[42].

Nonostante tale argine, posto dallo stesso diritto unionale, e i principi di attribuzione[43], di sussidiarietà e di proporzionalità[44] che disciplinano le competenze dell'Unione europea e il loro esercizio, il diritto eurounionale pervade e regolamenta vasti ambiti con risvolti anche sul riparto costituzionale delle competenze fra i livelli territoriali della Repubblica.

La Corte costituzionale ha colto l'occasione offerta dalla Legge Calderoli per un monito utile all'osservanza degli obblighi eurounionali evidenziando che molti profili del riparto di competenza non possono essere letti che nella prospettiva dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Tale monito non solo mette in risalto la pervasività del diritto eurounionale, ma fa emergere ancora una volta la debolezza dei meccanismi della leale collaborazione fra Stato e Regioni nel sistema costituzionale. Basta ricordare che, secondo giurisprudenza costante delle Corte costituzionale, la leale collaborazione non si applica all'esercizio del potere legislativo[45] e di conseguenza, nella sfera dell'autonomia politica manca un elemento centrale nel rapporto tra Stato e Regioni.

Il regionalismo italiano rimane e sarà sempre un regionalismo monco, finché non sarà garantita un'effettiva partecipazione delle Regioni a tutte le

rinvia a M. Carli, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, 2024, IV ed., 154 ss. Sia la riforma costituzionale del 2005 (cd. *devolution*) sia la riforma costituzionale del 2015 (cd. riforma Renzi-Boschi) avevano previsto un Senato organo di rappresentanza degli enti regionali e locali, ma non hanno superato il vaglio del referendum costituzionale.

[42] Sul rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri cfr. M.C. Baruffi, *Articolo 4 TUE*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, II ed., 14 ss.

[43] Cfr. R. Adam, A. Tizzano, *op. cit.*, 475.

[44] Vedasi l'art. 5, co. 1, TUE; cfr. M.C. Baruffi, *Articolo 5 TUE*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, cit., 25 ss.

[45] Cfr. la sentenza n. 251/2016 su cui si veda A. Ambrosi, *La partecipazione delle Regioni ai procedimenti legislativi statali, a quattro anni dalla sent. n. 251 del 2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, 2, 63.

decisioni a livello centrale che interessano e impattano sulla loro sfera di competenza. In questo senso, anche la pervasività del diritto dell'Unione europea, affermata e richiamata dalla Corte costituzionale nella sua sentenza n. 192 del 2024, non fa che sostenere l'esigenza "di portare le regioni al centro"[46].

[46] La felice formulazione è di Massimo Carli, *op. cit.*, 155.

EUROPEAN PRIVATE LAW AND THE SUSTAINABILITY TRANSITION: WHAT CAN WE LEARN FROM THE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE'S ITINERARY?

Paola Iamiceli

> "Unificare significa andare al di là dell'obiettivo di armonizzazione delle legislazioni, in nome di un ideale più radicale che si contrappone a una visione ristretta dei compiti e degli obiettivi dell'Unione europea"
>
> G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Milano, 2024, 22

SUMMARY: 1. Sustainability and the making of European Private Law: the rise of mandatory sustainability due diligence in the single market and beyond. – 2. How to balance sustainability and competitiveness: a new challenge for European Private Law. – 3. The enforcement gap and the role of civil remedies against sustainability due diligence failures. – 4. Concluding, though interlocutory, remarks.

1. *Sustainability and the making of European Private Law: the rise of mandatory sustainability due diligence in the single market and beyond*

In its multiple dimensions, from the environment to social and human rights protection, sustainability is today among the relevant drivers of the making of European Private Law. Not only consumer protection is affected by important changes with regard to conformity requirements in sales contracts,[1]

[1] See art. 7(1)(d), Directive (EU) 2019/771 of 20 May 2019 *on certain aspects concerning contracts for the sale of goods*, published in *OJEU* L 136/28, 22 May 2019, as replaced by Directive (EU) 2024/1799 of 13 June 2024 *on common rules promoting the repair of goods*, published in *OJEU* L EN Series, 10 July 2024; on the interpretation of pre-existing norm in Directive 1999/44 in case of vehicles embedding defeat devices reducing the effectiveness of emission control systems, see Court of Justice of the European Union (Grand Chamber), 14 July 2022, C 145/20, *DS v Porsche Inter Auto GmbH & Co. KG, Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2022:572.

the use of private law remedies,[2] the definition of unfair practices[3] and, prospectively, a new legal framework for sustainability claims[4]; but also business-to-business relationships and global value chains are being subject to a new regulatory scheme, imposing duties and responsibilities with the purpose of "contribut[ing] to the transition to a sustainable economy and to sustainable development."[5] The recently adopted Corporate Sustainability Due Diligence Directive (hereinafter, CS3D)[6] is meant to overcome some of the failures of the corporate social responsibility as based upon voluntary business commitments towards a mandatory sustainability due diligence paradigm.[7] By imposing due diligence obligations, it requires big companies to identify, prevent, cease or mitigate any adverse environmental effects (actual or potential) and any human rights abuses resulting from their operations directly and through their subsidiaries and business partners along their value chains.[8] Besides EU companies, third country companies are also in scope of the Directive if they generate a certain turnover in the Union market. Though binding on big companies only, due diligence duties have a major impact on the whole value chain, leading chain leaders to seek contractual assurances concerning the chain participants' compliance with sustainability requirements.[9] Not only compliance is triggered, but due diligence also requires collaborative mechanisms, through which chain leaders need to provide SMEs with training, assistance and financing measures to ensure a fair allocation of costs generated by the environmental and social

[2] See Directive (EU) 2019/771, Rec. (48).

[3] Directive (EU) 2024/1799 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 *on common rules promoting the repair of goods*, amending, i.a., Directive (EU) 2019/771, cit.

[4] Proposal for a Directive on substantiation and communication of explicit environmental claims (*Green Claims Directive*), COM/2023/166 final.

[5] Directive (EU) 2024/1760 of 13 June 2024 *on corporate sustainability due diligence*, published in *OJEU* L EN Series, 5 July 2024, Rec. (99).

[6] See fn 5.

[7] See J.G. Ruggie, *Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy*, in *Regulation & Governance*, 2018 12, 317-333. See also S. Rencken, *Private Governance and Public Authority. Regulating Sustainability in a Global Economy*, Cambridge, 2020, 4. For a discussion of this shift in light of the recent EU regulatory interventions, see F. Cafaggi, P. Iamiceli, F. Pistelli, *Compliance and Due Diligence in Global Value Chains: the Emergence of a EU Sustainability Framework in Global Regulation*, in Id. (edited by), *Sustainability, Due Diligence and Value Chain Governance*, Private Regulation series, Cheltenham, forthcoming.

[8] See A. Bonfanti, *Corporate sustainability due diligence directive: a human rights-based assessment*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 4, 2024, 855 ff.

[9] See F. Cafaggi, *Regulatory Contracts, Fundamental Rights and Third Parties' Protection*, in F. Cafaggi, P. Iamiceli, F. Pistelli (edited by), *Sustainability, Due Diligence and Value Chain Governance*, cit.

transitions.[10] Conversely, unfair practices such as unfair order cancellations or unfair payment conditions are targeted (and therefore prohibited) as facilitating factors for environmental and human rights adverse impact along the value chain.[11] Prevention and correction rather than sanctioning are the core. Instead of triggering a liability shift along the chain, with the small businesses being the target of liability claims by eligible stakeholders, the new legislation endorses a 'shared responsibility' approach aimed at more fairly distributing preventing duties along the chain, with the chain leader being vested with coordinating and monitoring functions.[12] In the current legislative text, this approach is reflected in a liability rule that, far from certain national approaches, chooses fault as criterion for liability assignment.[13] However, compensation of damages is not the main protection against sustainability due diligence violations. Priority is given to corrective measures, as possibly imposed both by administrative authorities and by courts.[14]

Like most EU interventions in the field of private law, sustainability driven EU legislation draws from the need to ensure the adequate functioning of the internal market and to reduce or eliminate internal obstructions by means of harmonisation of MSs' law.[15] More than in other contexts, however, the sustainability transition makes business competitiveness rather vulnerable in the context of global markets, especially when third countries' sustainability commitment declines.[16] Whether regulation or deregulation must be used to

[10] See A. Bonfanti, *Corporate sustainability due diligence directive: a human rights-based assessment*, cit.

[11] See M. Scheltema, *The Working Group on European Model Contract Clauses*, in F. Cafaggi, P. Iamiceli, F. Pistelli (edited by), *Sustainability, Due Diligence and Value Chain Governance*, cit.

[12] On the 'shared responsibility' concept see D. Snyder, S. Maslow, S. Dadush, *Balancing Buyer and Supplier Responsibilities: Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains*, in *Business Lawyer (ABA)*, 2021 (Version 2.0), 77.

[13] See V. Ulfbeck, *From Voluntary to Mandatory Control in Global Value Chains. Interplay between Contract and Tort in a New Framework*, in F. Cafaggi, P. Iamiceli, F. Pistelli (edited by), *Sustainability, Due Diligence and Value Chain Governance*, cit.

[14] See art. 25 and art. 29(3)(c), CS3D.

[15] See CS3D, Rec. (99). Art. 4, CS3D, establishes that only certain provisions, among those concerning due diligence obligations, fall under the umbrella of full harmonisation, whereas in other respects MS may either introduce more stringent provisions or more specific in terms of objectives and scope of application. See S. Troiano, *The EU Approach to Corporate Sustainable Due Diligence and its Impact on Member States Legislation: a First Comparative Analysis*, in F. Cafaggi, P. Iamiceli, F. Pistelli (edited by), *Sustainability, Due Diligence and Value Chain Governance*, cit.

[16] See K.J. Hopt, *Corporate Purpose and Stakeholder Value - Historical, Economic and Comparative Law Remarks on the Current Debate, Legislative Options and Enforcement Prob-*

sustain EU business competitiveness is today a very crucial question. When addressed within the multilevel EU legal system, the coordination between the EU and MS levels should be considered together with the advantages of a minimum harmonised regulation at regional level over fragmentation of national approaches. The current status of the CS3D is rather illustrative in this regard, as discussed below.

2. *How to balance sustainability and competitiveness: a new challenge for European Private Law*

EU sustainability policies and related EU private law regulatory instruments have developed in extremely challenging times. When, among other initiatives, the EU trilogue on the CS3D started in early 2023, the WHO had not declared the end of the COVID-19 pandemic, yet; the USA had rejoined the Paris Agreement two years before and was ready to adopt impactful bans against products affected by the use of forced labour;[17] the war in Ukraine had not yet showed its unprecedented consequences on international relations, society and markets. In a few years, through a very animated debate at both political and industry level, the CS3D became a reality.[18] The USA, first, persisted in its environmental and chain transparency policy; then, with the new Presidency, withdrew for the second time from the Paris Agreement. Eventually, the new geopolitical scenario, heavily marked by global conflicts, led the European Union to reconsider a different balance between sustainability and competitiveness. The Competitiveness Compass, launched on the 29th of January 2025, was aimed at reducing drastically the regulatory and administrative burdens, as well as increasing security and decreasing excessive dependencies.[19] Sustainability has been associated with security, prosperity and competitiveness as major imperatives. A better alignment was sought with the needs of investors together with a new design of business obligations to ensure their proportionality with regard to the scale of activities of different companies. Considering the new geopolitical situation, the costs of implementation

lems - (March 15, 2023), European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 690/2023.

[17] J. Gordon, *The US Forced Labor Import Ban as a Tool to Raise Labor Standards in Supply Chain Contexts: Strategic Approaches to Advocacy* (March 4, 2024).

[18] The CS3D was approved on 13 June 2024 after a lengthy and very controversial discussion within the Council, whereas the major support came from the Parliament.

[19] Communication from the Commission to the European Parliament et al., *A Competitiveness Compass for the EU*, Brussels, 29 January 2025, COM(2025) 30 final.

of due diligence obligations were looked at more carefully as an obstacle to competitiveness.

At the end of February 2025, these changes in the EU policy have led to a reform proposal of the CS3D together with the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), the Carbon Adjustment Mechanisms (CBAM) and the InvestEU Regulation.[20] What had been considered a further source of the so called 'Brussels effect' upon global markets and policies,[21] has showed its vulnerabilities *vis à vis* the emerging nationalisms and sustainability shutdown, being then exposed to an unprecedented 'extra-EU effect'.[22]

While preserving the policy objectives of the Green Deal, the proposal has maintained several key components of the original CS3D's infrastructure. Among them: the shift from voluntary to mandatory sustainability due diligence; the imperative to incorporate environmental and social interests into the governance structure of companies and their chain of activities; a risk-based approach to sustainability obligations; a focus on prevention, risk mitigation, correction in regard to human rights and environmental adverse impact, both actual and potential; a specific attention to business size, as a proxy for companies' power to influence decision-making along the chain and for smaller companies' need for support along the way towards a more sustainable operation through a fair allocation of sustainability costs; the relevance of contractual governance mechanisms, as means for implementing sustainability obligations along the chain; the ban against unfair purchasing practices as facilitating factors for environmental and human rights adverse impact; the introduction of an administrative enforcement system, with sanctions and remedies; the priori-

[20] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council *amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and due diligence requirement*s, Brussels, 26 February 2025, COM(2025) 81 final, 2025/0045 (COD).

[21] L. Enriques, M. Gatti, R. Shapira, *How the EU Sustainability Due Diligence Directive Could Reshape Corporate America*, in *Stanford Law Review*, 2024, 78, forthcoming, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 817/2025, Rutgers Law School Research Paper Forthcoming.

[22] See the Explanatory Memorandum that accompanies the Omnibus Proposal, p. 2: "The CSRD and the CS3D are now being implemented in a new and difficult context. Russia's war of aggression against Ukraine has driven up energy prices for EU undertakings. Trade tensions are rising as the geopolitical landscape continues to shift. The different approach undertaken by some other major jurisdictions regarding the regulations of corporate sustainability reporting and due diligence raises questions about the effects of these laws on the competitive positioning of EU companies. The ability of the Union to preserve and protect its values depends amongst other things on the capacity of its economy to adapt and compete in an unstable and sometimes hostile geopolitical context".

ty for corrective remedies in case of materialised adverse impact over measures causing the suspension of existing relationships.

If upheld by the trilogue, the reform proposal would not be without consequences, however.

Transposition deadlines and timelines for application for different size categories would be postponed,[23] surely leaving more time to the Member States and companies for implementing the new framework and adapting their governance structure, but also slowing down transformative processes due to address pressing challenges for the environment and the protection of human rights.

With a view to reducing fragmentation across MS and creating a level playing field in the internal market, the proposal would limit MS' power to impose more severe standards and expand the space for full harmonisation, extending it to a larger set of due diligence requirements.

The depth and, to some extent, the scope of some due diligence obligations would be reduced, with special regard to the in-depth assessment of the business operations following the more general mapping of more likely or severe adverse impact along the chain; indeed, the proposal would reduce the in-depth analysis of the supply chain to the first-tier supplier, unless there is plausible information of such risk beyond the first tier, or the first-tier supplier has been artificially interposed before the 'unsustainable' second-tier supplier. Whereas proactive analysis by the chain leader would be relaxed, being possible to simply rely on 'available' information about indirect suppliers' ability to comply with the company's code of conduct, higher emphasis would be placed on the first-tier supplier. Indeed, the latter would be required to contractually ensure compliance with such code of conduct and to seek equivalent contractual assurances from its partners: obligations that the existing CS3D already provides when it comes to preventive and corrective actions in art. 10 and 11. At the same time, the proposal would reduce the burden on smaller enterprises (with fewer than 500 employees) in providing information for the chain leader's mapping mentioned above.

The Omnibus Proposal would also redefine the notion of stakeholders, excluding not only consumers (probably covered by the reference to affected individuals) but also national and international human rights and environmental institutions, and civil society organisations whose purposes include the protection of the environment. Under the new art. 13, only 'relevant' stakeholders

[23] This change has already been introduced by Directive (EU) 2025/794 of the European Parliament and of the Council of 14 April 2025 *amending Directives (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards the dates from which Member States are to apply certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements*.

should be consulted during the information gathering phase (including the mapping and in-depth assessment mentioned above) and the formation of prevention and corrective plans. Such a duty would not exist anymore in case of a suspension (and termination) of a business relationship due to sustainability adverse impact or in case of development of a remediation plan.[24]

The use of suspension and termination of companies' supply relationships, as remedies against adverse impact occurred along the chain due to suppliers' violations, is of great relevance. Whereas the CS3D in force already considers both suspension and termination of contractual supply relationships as last resort remedies against adverse impact, and whereas it already strikes a critical balance between sustainability adverse impact and the impact stemming from suspending and terminating the contractual relationship, the new proposal would totally cancel the company's duty to terminate the contractual relationship with the infringing supplier, even as a very last resort remedy and where all corrective plans have failed. Suspension would then remain the only due last resort measure together with the prohibition from entering into a new relationship or from extending an existing one with a partner, in connection with which, or in the chain of activities of which, the impact has arisen. Such an approach would certainly bring even higher attention on the role of prevention and corrective plans during the suspension period. Moreover, the reasonable expectation that the enhanced prevention plan would succeed could exclude, in the proposal's approach, company's liability for not terminating the critical relationship. Whether such liability could then arise if no success could be reasonably be expected is a question left for the Member States.

Whether the changes illustrated above should be considered as aimed at downgrading the sustainability priorities or as a form of early deregulation at EU level is an open question. Surely, the competitiveness challenge faced by the EU in the context of the global conflicts, both geo-political and economic, requires a deeper consideration of the impact of regulatory instruments on business ability to compete in the global markets. A stricter application of the principle of proportionality could be envisaged, taking into account not only the impact of EU legislation on MSs' autonomy but also its impact on EU competitiveness in the global scenario[25]. A stricter application of the principle of proportionality would still be consistent with the need to progressively

[24] On the relevance of this consultation for an effective design and implementation of remediation plans, see F. Cafaggi, *Regulatory Contracts, Fundamental Rights and Third Parties' Protection*, cit.

[25] See G.A Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Milano, 2024, 8.

improve business ability to embed environment and human rights protection within their strategy and governance, with a focus on the most critical sustainability risks. The risk-based approach and the focus on 'best effort' obligations are already present in the present Directive and would be somehow reinforced in the so-called Omnibus revision project. Other changes could however raise essential concerns as regards the effectiveness of the whole regulatory framework from an enforcement perspective, as discussed below.

3. *The enforcement gap and the role of civil remedies against sustainability due diligence failures*

If the changes examined above could still be found relatively consistent with the original spirit of the CS3D, in other respects the Omnibus proposal presented at the end of February 2026 would represent a clear step-back. E.g., one of the major changes concerns the duty to adopt transition plans for climate change mitigation under art. 1(c) and art. 22, CS3D. Whereas the Directive in force requires that these plans are not only adopted by in-scope companies but also *put into effect*, to ensure, through best efforts, that the business model and strategy of the company are compatible with the transition to a sustainable economy, and with the limiting of global warming to 1,5 °C in line with the Paris Agreement, the Commission's proposal would provide that the companies shall (merely) adopt those plans and that they shall include implementation actions. The legal duty to implement transitions plans would be lost in the new art. 22 CS3D, as rephrased in the Commission's proposal.[26] The binding nature of the plans would be then put into question, whereas wider space would be given to business judgment and autonomy in steering companies' actions in the implementation phase. Of course, this does not mean that climate transition plans would be an empty shell, particularly due to the persistent supervisory power of the administrative authority under art. 25(1), CS3D. However, even based on the current text, such power concerns the adoption and design of the plans only, and not their implementation. The more general powers of the national supervisory authority to contrast breach of duties imposed by the Directive (through national transposing legislation) under art. 25(5), 26 and 27, CS3D, would only extend to failure to adopt a transition plan, not to a failure to implement it. The plan's implementation would then

[26] The fate of article 22 has later become even more uncertainty within the trilogue due to a proposal by the Parliament to completely cancel this provision from the Directive.

be totally remitted to the company's commitment and, complementarily, to the ordinary enforcement measures provided in relation to non-financial reporting and sustainability-related transparency as aimed at ensuring compliance with the duty to inform and not the one to take action.[27]

In this respect, the new proposal would weaken the advancements envisaged by the current Directive as exactly regards the enforcement gap often reported in the scholarly debate concerning the limits of corporate social responsibility within the voluntarist paradigm.[28] This enforcement downgrade is even more apparent when it comes to companies' liability for due diligence failures.

Indeed, among the most relevant changes that the new proposal would introduce, stands the liability regime. Whereas the administrative enforcement regime would be essentially confirmed, art. 29 on civil liability would be largely set aside. In a nutshell, the civil liability regime would be deferred to national tort law. Indeed, on the one hand, rules on limitation periods, costs of proceedings, injunctive measures, evidence disclosure would remain in place. On the other hand, however, it would be for the MS to establish *whether* and *at which conditions* a company could be held liable for damages caused to a natural or a legal person by a failure to comply with sustainability due diligence obligations. If this liability is established under national legislation, then (and only then) MS should ensure full compensation, which does not as such include punitive damages. Most importantly, the proposal would also cancel the MSs' duty to enable injured parties to authorize relevant NGOs and environmental organisations to act on their behalf.

Clearly, the main issue regards fragmentation of liability regimes across MSs, most of which have not regulated sustainability due diligence business duties and related liability.[29] General tort law regimes, as existing at nation-

[27] On this line of research, having also regard to the direct and horizontal application of international law principles on human rights protection in the ECtHR case law, see F. Pistelli, *Piani di transizione climatica e tutele civilistiche*, Florence, 2025. On corporate civil liability for breach of climate transition plans under the current CS3D and European case law, see See A. Bonfanti, *Corporate sustainability due diligence directive: a human rights-based assessment*, cit.

[28] See F. Cafaggi, *Transnational Private Regulation of Environmental Sustainability through Commercial Contracts. Reassessing Contractual Governance in Global Supply Chain*, in ERCL, 2024, 20, 32; P. Verbruggen, *Private regulatory standards in commercial contracts: questions of compliance*, in R. Brownsword et al. (edited by), *Contract and Regulation. A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Cheltenham, 2017, 284 ff. On the enforcement of States' sustainability commitment and the rule of law: L. Antoniolli, *Climate change litigation and the rule of law in the European Union*, in L. Antoniolli, C. Ruzza (edited by), *The Rule of Law in the EU*, Cham, 2024, 279-303.

[29] Among the few that have recently adopted sustainability due diligence legislation, France

al level, would not only largely differ (e.g. on whether vicarious liability or a direct, fault-based, liability rule would be available[30]) but they would also struggle to define the relevant liability requirements in terms of fault or strict liability, protected interests, causal link. How this fragmentation could better sustain EU competitiveness is hard to see.

4. *Concluding, though interlocutory, remarks*

Although the trilogue's result is hardly predictable in detail, the direction of the Omnibus initiative is clear. Several changes are aimed at reducing some of the due diligence burdens, by factoring the competitiveness element into the risk-based and proportionality approach already taken by the CS3D as it stands now: important changes, but not radical ones. By contrast, the deletion of a EU sustainability due diligence liability would greatly weaken the EU response to the environmental and social transition alert addressed by the recent policy as (still) distinctive in the global scenario.

Not only this choice would create extreme fragmentation with (few) States having more flexible or *ad hoc* tort regimes, apt for this type of actions, and (many) others in fact lacking an adequate set of rules: a fragmentation that could easily impact on the functioning of the internal market, somehow jeopardizing the EU policy objectives in this field.

This choice would also be questionable from the perspective of the effective protection of fundamental rights, possibly leading national courts, in dialogue with the Court of Justice, to fill in the gaps based on the MSs' duty to provide effective, dissuasive and proportionate penalties,[31] to which civil

has introduced a civil liability rule based on the violation of the duty of vigilance, whereas Germany has expressly excluded that a violation of the sustainability obligations could as such give rise to a liability claim under general tort law. For a comparative analysis, see S. Troiano, *The EU Approach to Corporate Sustainable Due Diligence and its Impact on Member States Legislation*, cit.; F. Pistelli, *Obblighi di cura e responsabilità nella legge tedesca sulle catene di fornitura (LkSG)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2024, 4, 1030-1057.

[30] V. Ulfbeck, *From Voluntary to Mandatory Control in Global Value Chains*, cit.

[31] See art. 27, CS3D. On the role of these three principles in the enforcement of EU law and their relevance in judicial dialogue between the CJEU and national courts, see F. Cafaggi, P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *European Review of Private Law*, 3, 2017, 575-618; Id., *The architecture of EU law enforcement. Complementarity of remedies and sanctions in light of effectiveness, proportionality and dissuasiveness*, in *European Review of Private Law*, 2025.

remedies have been often equated.[32] Again, not a promising path on the way to a more sustainable and still competitive market. Yet, a consistent outcome with the way in which European Private Law has been developing in the last decades, more and more resulting from a complex dialogue between national and EU institutions and between legislators and courts, at both national and EU levels.

> "È maturata nel legislatore così come in dottrina e giurisprudenza la consapevolezza di un nuovo ordine giuridico nel quale il diritto eurounitario, con le sue fonti e i suoi formanti, si affianca ai diritti nazionali, costituendo un tutt'uno inscindibile e imprescindibile, anche imponendosi ad esso in caso di difformità"
>
> G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Milano, 2024, IX

[32] See, e.g., in the field of consumer protection, the application of art. 23, Dir. 2008/48/EU, on penalties to contract term invalidity and loss of default interests for banks infringing pre-contractual duties (among the latest: see CJEU, 5.3.20, 5 March 2020, C 679/18, *OPR-Finance*, EU:C:2020:167, par. 30; CJEU, 11 January 2024, C 755/22, *Nárokuj*, ECLI:EU:C:2024:10, par. 48).

GLI ULTIMI SVILUPPI IN TEMA DI COMPATIBILITÀ TRA DIRITTO UNIONALE E CONCESSIONI BALNEARI: IL RUOLO DEGLI INDENNIZZI*

Franco Mastragostino, Piergiorgio Novaro

SOMMARIO: 1. La lunga *querelle* sulle concessioni balneari. – 2. L'attuale dibattito sulle concessioni balneari in Italia. – 3. Le posizioni assunte dalla giurisprudenza europea. – 4. (*Segue*) e l'orientamento del giudice nazionale. – 5. L'ultimo intervento normativo in ordine di tempo e le prospettive future. – 6. (*Segue*) e il nodo dell'indennizzo.

1. *La lunga* querelle *sulle concessioni balneari*

Per oltre quindici anni ormai nel nostro Paese si è assistito ad una *querelle*, avente ad oggetto quelle che sono balzate agli onori della cronaca come concessioni balneari (*rectius*, le concessioni di demanio marittimo, lacuale e fluviale ad uso turistico ricreativo), che ha assunto rilevanza tanto sul piano istituzionale, avendo visto confliggenti prese di posizione da parte delle Istituzioni europee e Istituzioni nazionali, quanto su quello giuridico, con talvolta arditi interventi del legislatore nazionale sovente contrastati da importanti arresti della giurisprudenza europea e amministrativa. Questa *querelle* sembrerebbe oggi essersi chiusa con l'ultimo intervento normativo su cui si concentrerà l'attenzione più oltre, con la (definitiva?) capitolazione di quella corrente che sostiene la possibilità per le concessioni in parola di esulare da confronti concorrenziali di sorta o, ancora, da vincoli temporali.

Centrale per il dibattito sulla disciplina di cui ci occupiamo, è la contraddizione tra il diritto europeo relativo ai servizi nel mercato interno e "l'arcaico ed informale modello" giuridico ancora oggi vigente nel nostro ordinamento, anche a cagione di gattopardeschi tentativi da parte del legislatore nazionale di annunciare radicali ed organici interventi di riforma del settore, cui ancora oggi non è stato dato seguito alcuno[1].

* Il presente elaborato è frutto della riflessione congiunta degli Autori, ma i §§ 1 e 5 sono da attribuirsi al Prof. Mastragostino, mentre i §§ 2, 3, 4 e 6 sono da attribuirsi al Prof. Novaro.

[1] Così si esprime Consiglio di Stato, sez. VII, 16 dicembre 2024, n. 10131. È singolare il costume del legislatore nazionale di accomunare ogni intervento di proroga dall'incipit "nelle

In estrema sintesi, come si dirà più specificamente in seguito, sul piano giuridico il contrasto tra ordinamento europeo e nazionale ruota attorno alla sussunzione della nostrana concessione "balneare" nella nozione di autorizzazione disciplinata dall'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (d'ora in avanti anche Direttiva Bolkestein).

Questa disposizione prevede che ogniqualvolta una pubblica amministrazione si trovi ad emanare un provvedimento amministrativo avente ad oggetto una risorsa naturale scarsa, detto provvedimento debba essere preceduto da un confronto comparativo retto dai principi della pubblicità, trasparenza, concorrenza e non discriminazione, secondo la ricostruzione adoperata, per la prima volta con specifico riferimento alle nostre spiagge, dalla assai nota sentenza *Promoimpresa* resa dalla Corte di giustizia nel 2016[2].

2. *L'attuale dibattito sulle concessioni balneari in Italia*

L'attuale dibattito sia accademico sia tra operatori giuridici sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo trae alimento, principalmente, dal contrasto di vedute circa l'applicazione del principio europeo di concorrenza alla materia in esame. Questo dibattito ha alternato momenti di grande fulgore a momenti di calma apparente, con andamento sinusoidale i cui picchi hanno sempre seguito di poco appresso i numerosi episodi di contrasto istituzionale, cui accennavamo prima.

La vicenda è talmente intricata e conosciuta, oltreché oggetto di così numerosi ed ampi contributi dottrinali, che si stima lecito, sempre per esigenze di sintesi, soffermarsi sui passaggi fondamentali di questa annosa traversia, in modo da mettere maggiormente in risalto i punti salienti su cui si concentrerà il presente contributo: vale a dire, l'ultima novella legislativa in ordine di tempo e l'irrisolto nodo degli indennizzi[3].

more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico ricreative", nell'ordine: art. 1, co. 18, D.L. n. 194/2009; art. 34-*duodecies* D.L. n. 179/2012; *et in cauda venenum* art. 1, co. 682, L. n. 145/2018. Un procedimento di revisione che, senza l'intervento deciso delle Istituzioni europee, sarebbe durato dunque dal 2009 al 2033, salvo ovviamente necessità di supplementi d'istruttoria al sopraggiungere della fatidica data.

[2] Si veda Corte di giustizia UE, 14 luglio 2016, cause riunite C 458/14 *Promoimpresa* e C 67/15 *Mario Melis*.

[3] Tra i tanti contributi che si sono recentemente occupati del tema, sia consentito segnalare G. Marchegiani, *Le vicissitudini delle concessioni balneari e la precarietà della loro situazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, 5; D. Granara, *Le concessioni balneari tra le corti e il legislatore:*

Al fine di definirne gli esatti contorni, tuttavia, diviene imprescindibile separare in primo luogo il piano istituzionale dal piano giuridico.

Sul piano istituzionale, è nota la perdurante contrapposizione tra la Commissione europea ed il Governo nazionale, che è sfociata in ben due procedure di infrazione, l'ultima delle quali in uno stato di quiescenza in relazione a quanto stiamo per dire[4].

La Commissione europea è una strenua sostenitrice dell'applicazione anche alle concessioni in esame della disciplina europea derivata in materia di libera prestazione di servizi, ormai ampiamente consolidata a partire dalla altrettanto nota direttiva Bolkestein del 2006.

Il Governo nazionale, in veste di legislatore, a più riprese ed in tempi diversi, ha osteggiato la linea europea, ostinandosi semmai a riproporre ipotesi di generalizzata proroga *ex lege* delle concessioni in essere, anche in assenza di qualsivoglia confronto concorrenziale all'epoca dell'attribuzione, per ragioni prettamente extra giuridiche che per forza di cose non possono essere oggetto di analisi in questa sede.

Da ultimo, a legislazione invariata, il confronto con le Istituzioni europee si è spostato sul piano eminentemente istituzionale. Abbandonata l'ipotesi di perseverare sulla legittimità delle proroghe legislative, anche a seguito della

dialogo o monologhi?, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 2710; B. Caravita, G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 2021, 20; G. Cerrina Feroni, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, 2020, 4; F. Di Lascio*, Una spiaggia è per sempre? Il conflitto in materia di concessioni balneari*, in *Munus*, 2018, 5; G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 6, G. Bellitti, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 1, 60; M. Magri, *"Direttiva Bolkestein" e legittimo affidamento dell'impresa turistico-balneare: verso un'importante decisione della Corte di Giustizia U.E.*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 2, 359 ss.

[4] La prima procedura di infrazione avviata nei confronti del nostro Paese è la n. 4908/2008, questa ha portato all'abrogazione del c.d. diritto di insistenza ai sensi dell'art. 37 del codice della navigazione. La seconda è la n. 4118/2020, con la quale la Commissione contesta la legittimità della proroga generale delle concessioni in essere al 2033 disposta con la L. n. 145 del 2018. Per esigenze di sintesi non è possibile in questa sede approfondire adeguatamente l'evoluzione normativa che ha condotto all'attuale quadro normativo in materia di concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo. Per tale ragione sia consentito di rimandare all'abbondante letteratura sul tema P. Spirito, *Criteri per la determinazione dei canoni demaniali e concessioni turistico ricreative*, in A. Lucarelli, B. De Maria, M.C. Girardi (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interni*, Napoli, 2021, 13.

perentoria posizione assunta dal Massimo consesso amministrativo nel 2021, su cui si dirà in prosieguo, si è registrato il tentativo da parte del Governo nazionale di verificare la reale sussistenza della condizione della scarsità della risorsa, che pure il giudice europeo aveva demandato al giudice nazionale. Tale tentativo ha condotto, com'è noto, alla costituzione di un tavolo tecnico, composto non da esperti terzi bensì da rappresentanti dei ministeri e delle associazioni balneari[5], i cui risultati sono stati ritenuti dalla Commissione europea non idonei a confutare la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa[6]. In particolare, le risultanze dell'attività di ricognizione del Tavolo tecnico evidenziavano che solo un terzo delle coste era occupato dalle concessioni in parola. La Commissione ha però contestato il metodo utilizzato, dal momento che "tale percentuale del 33% è calcolata rispetto al totale dell'area demaniale, solo 'al netto di aree militari e secretate'. Pertanto, il calcolo di tale percentuale non sembra assumere come base di riferimento le aree demaniali effettivamente ed attualmente 'disponibili' in capo ai comuni per i servizi di concessione balneare"[7].

Le risultanze dell'analisi condotta dal Tavolo tecnico oltre ad essere palesemente contraria all'esperienza empirica e al buon senso, almeno con riferimento alle località a maggiore vocazione turistica, includeva evidentemente nel novero non solo quelle aree che tale vocazione non possiedono per questioni geo-morfologiche, ma anche aree costiere a destinazione industriale, che possono avere anche notevole estensione; si pensi alla Rada di Augusta da tem-

[5] Istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 10-quater del d.l. n. 198/2022 inserito dalla l.n. 14/2023 detto Tavolo tecnico aveva "compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali". Quanto alla composizione, vale la pena evidenziare che non si trattava di una commissione formata da esperti terzi rispetto agli apparati ministeriali, quanto piuttosto da rappresentati da vari ministeri, un (solo) rappresentante delle regioni e un rappresentante per ogni associazione di categoria maggiormente rappresentativa del settore.

[6] Commissione europea, *Parere motivato indirizzato alla Repubblica italiana ai sensi dell'articolo 258 del trattato sul funzionamento dell'UE in merito al quadro normativo che disciplina le autorizzazioni per l'utilizzo di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali per attività turistiche e ricreativ*e, INFR(2020)4118 C(2023)7231 final, 20. Secondo la Commissione, "i risultati dei lavori del Tavolo tecnico non sono idonei a dimostrare che su tutto il territorio italiano non vi è scarsità di risorse naturali oggetto di 'concessioni balneari'. In conclusione, poiché i risultati del Tavolo tecnico non sembrano pertinenti e considerando, al contrario, gli elementi individuati dalla CGUE e dal Consiglio di Stato, è opportuno ribadire la posizione della Commissione illustrata nella lettera di costituzione in mora, nel senso che è evidente che, quanto meno per una parte delle proprietà demaniali marittime, lacuali e fluviali disponibili per le attività ricreative e turistiche in cui sono rilasciate 'concessioni balneari', esiste un elemento di scarsità".

[7] Commissione europea, *Parere motivato*, cit., 18.

pi assai remoti sede di un polo petrolchimico o all'area demaniale di accesso alle acciaierie di Taranto, che assai difficilmente potrebbero convertirsi ad un uso turistico ricreativo e che ipoteticamente sarebbero escluse dalla direttiva Bolkestein in quanto assimilabili ad aree portuali.

3. *Le posizioni assunte dalla giurisprudenza europea*

Sul piano giuridico, tali posizioni confliggenti non si sono in realtà mai registrate, se non forse ad opera di orientamenti assai minoritari della giurisprudenza amministrativa di primo grado, che non hanno mai trovato conferma, tuttavia, negli orientamenti del Consiglio di Stato.

Per meglio comprendere i contorni di quest'ultima affermazione si stima proficuo ripercorrere i principi di diritto espressi dalla Corte di giustizia europea in argomento, anche in questo caso per sommi capi data la grande notorietà che gli arresti cui ci riferiamo hanno assunto.

In particolare, con l'importante sentenza *Promoimpresa*, la Corte di giustizia è intervenuta in argomento, riconducendo le concessioni di cui ci occupiamo nel novero delle autorizzazioni previste dall'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE, vale a dire a quello speciale regime amministrativo, cui la direttiva assoggetta le attività economiche (servizi), il cui espletamento da parte di un soggetto giuridico privato richiede lo sfruttamento di una risorsa naturale scarsa appartenente al pubblico dominio[8].

Nodo centrale dell'arresto in esame è il riconoscimento della natura *self-executing* della Direttiva 2006/123/CE. La sentenza *Promoimpresa* non ammette spazio al dubbio circa la riconduzione delle concessioni in esame alla fattispecie prevista dall'art. 12 appena citato.

Il Giudice europeo rimetteva, tuttavia, al giudice nazionale due fondamentali verifiche: la presenza di un interesse transfrontaliero certo e l'effettività del requisito della scarsità della risorsa. Per questo motivo, l'arresto non ha smesso di alimentare il dibattito circa la sussistenza o meno dei suddetti requisiti nel panorama italiano, così come se questi dovessero essere verificati per la situazione del Paese nel suo complesso o, di volta in volta, in relazione al singolo caso concreto (vale a dire per singola concessione o per singolo territorio comunale).

Successivamente, con l'arresto *Comune di Ginosa* la Corte di giustizia è tornata sul tema delle c.d. concessioni balneari, sempre su rinvio pregiudiziale da

[8] Si veda Corte di giustizia UE, 14 luglio 2016, cause riunite C 458/14 e C 67/15, cit.

parte del giudice nazionale, decretando, senza più spazio al dubbio, l'obbligo per i Comuni di disapplicare la normativa italiana[9].

Effettivamente, la questione circa l'eventuale obbligo di disapplicazione della normativa italiana per contrasto con la normativa europea, pur evidente a seguito della qualificazione della stessa come *self-executing* da parte dell'arresto *Promoimpresa*, era forse uno dei principali fattori di alimentazione del contenzioso. La perdurante inerzia del legislatore nazionale sopra richiamata, *de facto*, ha trasferito alle amministrazioni locali gli oneri dell'incertezza giuridica *medio tempore* determinatasi, esponendo queste ad un elevato rischio di contenzioso sia che optassero per la disapplicazione sia che optassero in senso contrario, in barba alle indicazioni provenienti dal giudice europeo.

Infine, più di recente con l'arresto *Società Italiana Imprese Balneari Srl*, la Corte è stata interrogata sulla compatibilità con il diritto europeo della previsione del Codice della navigazione circa la devoluzione a titolo gratuito e alla scadenza della concessione delle opere non amovibili realizzate dal concessionario, tema sul quale, come anticipato, torneremo nel prosieguo[10].

4. (Segue) *e l'orientamento del giudice nazionale*

A ben guardare, ancora prima del famoso arresto *Promoimpresa*, la giurisprudenza amministrativa e contabile si erano già schierate su posizioni pienamente compatibili con il principio di diritto formulato dalla Corte di giustizia sulla necessità di un confronto comparativo[11].

[9] Secondo il sommo consesso giurisdizionale europeo, "l'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE deve essere interpretato nel senso che l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti". Continua la Corte, "a tal proposito è sufficiente rammentare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a tali disposizioni" (rispettivamente §§ 74 e 77 nella sentenza della Corte di giustizia UE, 20 aprile 2023, causa C 348/22, *AGCM vs Comune di Ginosa*).

[10] Si veda Corte di giustizia UE, 11 luglio 2024, causa C 598/22, *Società Italiana Imprese Balneari Srl*.

[11] Si veda Corte di giustizia UE, 14 luglio 2016, cause riunite C 458/14 e C 67/15, cit. Anche se con riferimento al servizio pubblico di affissione, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato aveva infatti già decretato l'applicazione del principio di concorrenza al di là della materia della contrattualistica pubblica *stricto sensu*, dal momento che "la procedura ad evidenza pubblica

Dunque, per la giurisprudenza nostrana è principio più che assodato che, con riferimento alla generalità dei beni pubblici, sia impensabile l'attribuzione ad un operatore economico privato scelto, *intuitu personae* o per rinnovo automatico da tempi immemori, dello sfruttamento economico in concessione esclusiva senza un adeguato e trasparente confronto competitivo, che in alcuni casi può anche essere attratto alla sfera della contrattualistica pubblica[12].

Sulle stesse posizioni si è poi espressa la Corte Costituzionale che ha costantemente tacciato di illegittimità tutti i tentativi operati dai legislatori regionali di introdurre ipotesi di proroga *ex lege* delle concessioni in analisi[13].

Ne deriva che senza interventi legislativi di proroga *ad hoc*, il dibattito di cui ci occupiamo non avrebbe probabilmente neanche visto la luce e le vetuste norme del codice della navigazione avrebbero subito la *vis abrogans* dei principi pretori. Senonché, il contrasto tra le posizioni espresse dalla giurisprudenza in generale rispetto ai beni pubblici e le proroghe legislative è emerso in tutta la sua evidenza con le Adunanze plenarie gemelle nn. 17 e 18 del 2021[14].

è istituto tipico di garanzia della concorrenza nell'esercizio dell'attività economica privata incidente sull'uso di risorse pubbliche e che, in particolare, la concessione tramite gara dell'uso di beni pubblici per l'esercizio di attività economiche private è istituto previsto nell'ordinamento, essendo perciò fondata la qualificazione della gara come strumento per assicurare il principio costituzionale della libera iniziativa economica" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbrao 2013, n. 5). Su posizioni simili anche la Corte dei Conti, secondo la quale è immanente nel nostro ordinamento "l'interesse generale all'economico utilizzo dei beni pubblici" che non può che fondarsi sul "rispetto della proficuità economica dell'assegnazione", così Corte Conti, Sez. reg. giurisd., Lazio n. 486/2009 che si inserisce nel solco già segnato da due importanti deliberazioni sul punto, cfr. Corte Conti, Sez. contr., n. 135/1996 e Corte Conti, sez. Lombardia, n. 288/1994.

[12] Si pensi ad esempio ai servizi di caffetteria in un nosocomio, dove l'attribuzione in esclusiva del diritto di usare i locali (pubblici) avviene con concessione di servizi ai sensi del D. Lgs. n. 36/2023.

[13] Gli arresti della Corte costituzionale sono primariamente concentrati attorno al 2010, periodo immediatamente successivo all'abrogazione da parte del legislatore nazionale del c.d. diritto di insistenza, originariamente previsto dagli artt. 36 e seg. cod. nav. che produceva gli effetti nella sostanza di una concessione sine die – dal momento che questa poteva essere rinnovata su richiesta dei concessionari in scadenza – e oggetto principale delle contestazioni della Commissione di cui alla procedura di infrazione del 2009 prima richiamata. Tra queste, ricordiamo la sentenza n. 180/2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale *in parte qua* della L.R. Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8; la sentenza n. 340/2010 avverso la L.R. Toscana n. 23 di-cembre 2009, n. 77; la sentenza n. 213/2011 avverso la L.R. Marche 11 febbraio 2010, n. 7, la L.R. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13 e la legge L.R. Abruzzo 18 febbraio 2010, n. 3.

[14] Vale forse la pena segnalare, a controprova delle forti tensioni sottese all'argomento in questione nella società civile che una sola di queste sentenze gemelle, la n. 18/2021 è stata tuttavia oggetto di una pronuncia della Corte di Cassazione, intervenuta sul tema a seguito di un

Le sentenze dell'Adunanza plenaria sanciscono la totale aderenza del Consiglio di Stato alle posizioni espresse dalla Corte di giustizia.

Questa ha fatto esercizio di nomofilachia sancendo il dovere per le competenti pubbliche amministrazioni di disapplicare la normativa italiana allora in vigore, che aveva stabilito una proroga generalizzata fino al 2033 (*sic*!), stabilendo al contempo, in una maniera inusitata, di introdurre per via pretoria un periodo transitorio fino al 31 dicembre 2023 "al fine di tutelare le posizioni degli attuali concessionari dagli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno" dalla propria decisione[15].

Gli argomenti sviluppati dall'Adunanza plenaria, si stimano essenziali per sciogliere i nodi che erano stati rimessi dal giudice europeo al giudice amministrativo: la sussistenza dell'interesse transfrontaliero e la scarsità della risorsa.

Per quanto concerne la rilevanza (o interesse) transfrontaliera delle concessioni in esame, l'Adunanza plenaria fonda le proprie riflessioni su due argomenti: uno di ordine economico, uno di ordine giuridico.

In relazione al primo aspetto, l'Adunanza si rifà al consolidato orientamento del giudice europeo, secondo cui detto interesse deve essere valutato dal giudice nazionale sulla scorta di una pluralità di fattori, che devono contribuire a determinare la valenza nazionale o europea del mercato di riferimento[16]. In

ricorso per eccesso di potere giurisdizionale *ex* art. 111, co. 7, Cost. La Corte di Cassazione, non è entrata nel merito della posizione assunta dall'Adunanza plenaria. Ciò nondimeno, la Suprema Corte ha ritenuto che la sentenza impugnata sia stata "affetta dal vizio di eccesso di potere denunciato sotto il profilo dell'arretramento della giurisdizione rispetto ad una materia devoluta alla cognizione giurisdizionale del giudice amministrativo" per via di una questione di rito, non avendo il Giudice amministrativo consentito alle associazioni dei balneari di partecipare al giudizio. Non ha ritenuto invece il Giudice dei conflitti di giurisdizione che possa essere accolta la richiesta dei ricorrenti di enunciare i principi di diritto nell'interesse della legge sulle questioni trattate "sulle quali spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente" (Cassazione Civile, Sezioni Unite, 23 novembre 2023, n. 32559). Per questo motivo la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata con rinvio al Consiglio di Stato, il quale, peraltro, integrato il contraddittorio ha confermato pienamente quanto già espresso nella sentenza cassata.

[15] In sostanza e in una maniera non del tutto ortodossa, l'Adunanza plenaria "consapevole della portata nomofilattica" ha implicitamente lanciato un *diktat* al legislatore stabilendo che ogni ulteriore tentativo di imporre *ex lege* una proroga nel senso sopra precisato deve ritenersi in contrasto con il principio di concorrenza – dunque con il diritto unionale – e deve essere ritenuto *tamquam non esset* dalle amministrazioni, stabilendo al contempo che "l'obbligo di non applicare la legge anticomunitaria grava in capo all'apparato amministrativo".

[16] Tra i precedenti della Corte di giustizia richiamati dal Consiglio di Stato, particolarmente rilevante diviene così l'arresto *Tecnoedi*, ove si afferma che detti fattori possono essere rinvenuti "nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche

questa prospettiva, perciò, il Consiglio di Stato ritiene che non si possa tenere in considerazione il valore o la rilevanza della singola concessione, di per sé esiguo nell'ottica unionale del mercato unico. A causa delle caratteristiche del settore turistico-balneare, invece, occorre considerare l'intero mercato, giacché "al contrario degli appalti o delle concessioni di sevizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo"[17].

In relazione al secondo aspetto, il Consiglio di Stato confuta il tentativo di frazionare la valutazione in esame con riferimento alle singole porzioni di arenile da dare in concessione, dal momento che "una simile parcellizzazione, oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*"[18].

Quanto alla scarsità della risorsa, il Consiglio di Stato, sostiene che il concetto vada, invero, "interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della 'quantità' del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qua-

specifiche dei prodotti in causa" (Corte di giustizia UE, 6 ottobre 2016, causa C 318/15, Tecnoedi Costruzioni Srl).

[17] Si veda Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, n. 17 e la contestuale sentenza n. 18. Continua il Massimo consesso amministrativo: "Pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale (dove pure è chiara la violazione dei principi di libera iniziativa economica e di ragionevolezza derivanti da una proroga generalizzata e automatica delle concessioni demaniali), ma, soprattutto e ancor prima, per quello che più ci interessa ai fini del presente giudizio, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione". Come si è già rilevato, la sentenza n. 18 è stata oggetto di ricorso per Cassazione, che ha cassato la sentenza per aver pretermesso la posizione di un'associazione di categoria che aveva interesse ad intervenire nel processo. La censura di rito non ha tuttavia scalfito l'impianto argomentativo delle adunanze gemelle, cose evidenziato da A. Travi, *Concessioni balneari e ricorribilità per Cassazione delle pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Nota a sentenza Corte suprema di Cassazione civile sezioni unite 23 novembre 2023, n. 32559*, in *Il Foro it.*, 2024, 194.

[18] *Ibidem*.

litativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato"[19].

La posizione assunta in merito dal Consiglio di Stato pare del tutto condivisibile.

Se letto sistematicamente nel contesto della direttiva sui servizi, il concetto di scarsità della risorsa non può che essere interpretato in senso economico, non già meramente fisico, come pure aveva impropriamente tentato di fare il Tavolo tecnico. Ciò che rende l'area (la risorsa) scarsa è la sua contendibilità imprenditoriale, vale a dire l'esistenza di un numero di operatori economici interessati allo sfruttamento economico in esclusiva dei beni superiore al numero dei beni stessi. Da questo punto di vista, è innegabile che le aree già concesse, su cui si concentra maggiormente la tenzone, siano contendibili.

5. *L'ultimo intervento normativo in ordine di tempo e le prospettive future*

La confusione giuridica intorno alla questione, che si è tentato fin qui di rappresentare nei suoi aspetti più rilevanti, ha trovato un (apparente) superamento con l'art. 1 del c.d. *Decreto anti infrazioni* del 2024[20]. Con lo specifico intento di porre rimedio alla procedura di infrazione n. 2020/4118, la novella è intervenuta a modificare gli artt. 3 e 4 della *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*.

Nella sua versione originaria, la disposizione in questione aveva inizialmente prorogato l'efficacia delle concessioni (allora e tuttora) in corso al 31 dicembre 2024[21].

[19] *Ibidem*.

[20] Si veda D.L. n. 131/2024 convertito con modificazioni dalla L. n. 166/2024. Di tal confusione ne è sintomo anche il penultimo intervento normativo, vale a dire l'art. 3 della L. n. 118/2022, con il quale il legislatore aveva prorogato fino al 31 dicembre 2024 la validità delle concessioni in corso, che non fossero state affidate con procedura comparativa, sempre nelle solite "more del processo di riordino della disciplina previsto dal successivo art. 4", che si sarebbe dovuto concludere entro febbraio 2023 e che è risultato scaduto per decorrenza dei termini previsti dalla legge delega. Per un verso, come si è detto, il quadro normativo vigente al momento dell'entrata in vigore della legge già prevedeva una proroga al 2033, mai formalmente abrogata ma da ritenersi implicitamente per effetto di questa disposizione. Per altro, l'Adunanza plenaria si era già premunita da successivi tentativi di proroga invitando le amministrazioni competenti a considerarli *tamquam non essent*.

[21] Si veda L. n. 118 del 2022. Detto originario spostamento era già invero in risposta al termine di decadenza disposto dalle Adunanze plenarie del 2021, vedi *infra*.

La novella legislativa sposta al 30 settembre 2027 il termine di efficacia delle concessioni in essere, sempreché non siano già state affidate con procedure comparative, al dichiarato fine di "di consentire l'ordinata programmazione delle procedure di affidamento". Con possibilità di arrivare fino al 31 marzo 2028, ma solo "in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva" da motivare in apposito atto. Tra queste ragioni, la stessa disposizione individua "a titolo esemplificativo" la pendenza di un contenzioso o, più genericamente, difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, come stabilito al comma 3.

Per le medesime finalità sottese alla proroga, a norma del comma 2 dell'articolo in commento, l'ente concedente effettua una ricognizione delle concessioni in essere che siano state affidate o rinnovate "mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento".

Questa disposizione potrebbe apparire financo pleonastica. In effetti, sembra ragionevole ipotizzare che nel momento in cui gli enti locali mettano mano a programmare le procedure di affidamento, dato il presumibile elevato numero di concessioni da bandire ed il marasma giuridico e fattuale che caratterizza ancora oggi il settore, sia necessaria una ricognizione della situazione di fatto e di diritto, anche alla luce delle prescrizioni assunte nel piano dell'arenile e negli altri strumenti urbanistici che dovrebbero governare il territorio costiero in vista dei nuovi assetti, che le nuove concessioni potrebbero determinare su impulso delle stesse amministrazioni.

Senonché, il comma in esame prosegue sancendo le concessioni che "continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 30 settembre 2027 se il termine previsto è anteriore a tale data".

Da quanto appena riportato emerge, dunque, una contraddittorietà di fondo nella novella del 2024. La *ratio* dell'ulteriore spostamento in avanti del termine per effettuare le gare, per espressa *voluntas legis* sarebbe di "consentire l'ordinata programmazione delle procedure".

Prima facie, ciò lascerebbe supporre che la data del settembre 2027 sia da considerare come termine massimo, in modo da consentire alle amministrazioni interessate – almeno le più efficienti che abbiano già avviato l'attività di riorganizzazione per tempo – di scaglionare l'emanazione dei bandi relativi a ciascun lotto dell'arenile.

Proviamo a pensare alle località a più forte vocazione turistico – balneare. Senza entrare eccessivamente in dettagli, non è fuori dalla realtà ipotizzare, non solo che l'arenile sia "parcellizzato" in numerose e distinte concessioni, ma anche che un numero assai esiguo, se non nessuna di esse sia stato affidato in conformità ai principi europei.

In questi casi, perciò, "l'ordinata programmazione delle procedure" lascerebbe supporre come imprescindibile che le amministrazioni concedenti prevedano diverse "ondate" (è forse il caso di dire) di bandi, in modo da impiegare in maniera efficiente le proprie risorse di mezzi e di personale in un arco di tempo sufficientemente e ragionevolmente ampio, vale a dire dall'emanazione del decreto attuativo alla scadenza del 2027[22].

Sarebbe, al contrario, irragionevole pensare di far decadere le concessioni e far partire le gare tutte allo stesso momento o in un arco di tempo di appena qualche mese. Questa circostanza, tuttavia, sembra emergere da un più approfondito esame del dettato normativo sotto il profilo sistematico.

L'espressione utilizzata dal comma 1 ("continuano ad avere efficacia") può lasciare, infatti, spazio al dubbio circa la possibilità che le amministrazioni comunali virtuose, che abbiano ad avviare e concludere le procedure comparative prima di quella data, possano far cessare anticipatamente le concessioni *contra iure europeo*, laddove i precedenti interventi parevano fare ricorso ad espressioni più perentorie[23].

La proroga alla medesima data del periodo di efficacia delle concessioni affidate con gara, fuga ogni dubbio sulla volontà del legislatore di mantenere lo stato di fatto (e di diritto) in essere fino al termine della stagione balneare 2027.

Non si rinvengono infatti argomentazioni giuridiche che possano supportare una, seppur breve, proroga generalizzata di quei (assai sparuti) rapporti concessori che sono stati aggiudicati per un periodo di tempo predeterminato, pienamente conosciuto (ed accettato) dai partecipanti alla procedura selettiva.

Peraltro, questa ultima proroga generalizzata, per quanto asseritamente concordata con Bruxelles, si pone proprio in contrasto con le esigenze di programmazione delle amministrazioni competenti.

In primo luogo, anche in ragione di quanto detto prima, sancire la contemporanea caducazione degli effetti di tutte le concessioni in essere al 1° ottobre 2027, potrebbe ostacolare grandemente la capacità dei Comuni di avviare con adeguato anticipo la progettazione e l'avvio delle procedure comparative. Mal si comprende, si ribadisce, come una singola amministrazione possa organizza-

[22] Ci si riferisce al decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 31 marzo 2025, ai sensi dell'art. 4 comma 9 della l.n. 118/2022.

[23] In particolare, all'art. 1, co. 682, della L. n. 145/2018 troviamo l'espressione "hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici" oppure all'art. 34-*duodecies* del D.L. n. 179/2012 "il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato".

tivamente gestire la contemporanea messa a gara di tutti i lotti di arenile programmati per essere rimessi all'uso esclusivo degli operatori economici privati.

Se si scaglionassero le procedure, invece, ma con termine iniziale differito al 1° ottobre 2027, è evidente come due fattori potrebbero incidere sulla buona riuscita del confronto.

Per un verso, si potrebbe riscontrare incertezza e, dunque difficoltà, nel appurare correttamente il valore di subentro del nuovo concessionario. Come si dirà appresso, questo potrebbe essere commisurato al valore residuo degli immobili incamerati dall'ente concedente perché non amovibili. Detto valore, messo a base di gara, dovrebbe poi essere aggiornato al momento effettivo del subentro sulla scorta degli eventuali ammortamenti o anche del deperimento che il bene ha subito tra il giorno x in cui l'ente ha effettuato la valutazione degli asset (precedente all'indizione della gara) e il momento in cui il subentrante prende effettivamente possesso del bene demaniale.

Per altro verso, laddove la procedura comparativa richiedesse ai candidati interessati di presentare un progetto di riqualificazione del bene, anche in vista della sua tutela e valorizzazione, il lasso di tempo tra la presentazione dell'offerta e la data di effettivo avvio dell'efficacia della concessione, renderebbe il potenziale concessionario vulnerabile alla variabilità dei costi e del contesto economico.

Più queste due date sono distanti, più è probabile che le proiezioni fatte dall'operatore economico si allontanino dalla configurazione economica reale dell'intervento. Vero è che questo eventuale scostamento dovrebbe rientrare nell'alea ordinaria dell'imprenditore, ma in un contesto in cui sarà probabilmente difficile da parte delle amministrazioni comunali reperire dati economici affidabili.

Dato "l'arcaico ed informale" sistema che abbiamo sopra rappresentato, non si può escludere che questa circostanza possa divenire motivo di frizione o, peggio ancora, di contenzioso con i futuri concessionari in costanza di rapporto.

Va inoltre sottolineato come, questo ulteriore termine di proroga, che il Governo nazionale ha asserito essere stato preso in accordo con la Commissione, è stato già messo in discussione dalla più recente giurisprudenza amministrativa, la quale ha ritenuto che detto accordo, quand'anche esistente, avrebbe natura meramente politica e, perciò, non sufficiente a contraddire la *vis legalis* dei principi pretori elaborati sul punto dalla giurisprudenza europea[24].

[24] Si veda Tribunale Amministrativo Regionale, Liguria, sez. I, 19 febbraio 2025, n. 183, secondo cui "non vale ai deducenti invocare un accordo tra lo Stato italiano e la Commissione europea, secondo cui le Amministrazioni avrebbero l'obbligo di prorogare le concessioni balneari

Il massimo consesso amministrativo aveva, infatti, individuato al 31 dicembre 2023, il termine scaduto il quale "tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto", per le ragioni di incompatibilità della normativa nazionale con il diritto europeo sopra rilevate. Al contempo, le medesime sentenze dell'Adunanza plenaria avevano lanciato un monito alle amministrazioni pubbliche interessate, imponendo loro la disapplicazione di (eventuali) interventi normativi che avessero visto la luce con l'obiettivo di realizzare una ulteriore proroga dello *status quo*, per le medesime ragioni per le quali gli interventi oggetto di cognizione da parte dell'Adunanza sono stati dichiarati incompatibili con il diritto europeo.

Sulla scorta della posizione assunta dal Consiglio di Stato paiono muoversi le recenti pronunce del g.a. prima richiamate, che a fronte di Comuni che hanno già avviato le gare, ritengono che le concessioni in essere non siano più efficaci.

Sembrerebbe pertanto potersi concludere nel senso della legittimità dell'azione di quelle amministrazioni che procedano all'indizione delle gare in anticipo rispetto ai termini indicati nella novella legislativa del 2024, che, per coerenza con il quadro normativo europeo di riferimento, andrebbero letti come termini massimi per indire la gara, pena una decadenza *ex lege* delle concessioni ancora in essere a quella data.

Se ci sono dubbi circa l'aderenza al diritto europeo – e alla posizione assunta dalla Commissione – della novella del 2024 riguardo alla tempistica, massima appare invece la compatibilità di quest'ultima con il primo per quanto concerne la procedura di affidamento delle concessioni in parola.

Innanzitutto, l'espresso rimando ai principi europei di libertà di stabilimento, di pubblicità, di trasparenza, di massima partecipazione, di non discriminazione e di parità di trattamento, nonché più in generale al diritto dell'Unione europea, ad opera dell'art. 4, co. 1, della L. n. 118/2022 si pone in netto contrasto con la disciplina previgente, vale a dire l'art. 37 cod. nav., fugando al contempo ogni dubbio circa la coerenza con l'attuale quadro normativo europeo e nazionale della procedura contemplata da detto articolo.

Invero, di per sé questa disposizione, rubricata "concorso di più domande di concessione", non comporta particolari frizioni con il diritto europeo, dal

sino al settembre 2027: e ciò sia perché non risulta esistente un documento scritto racchiudente tale patto; sia in quanto, in ogni caso, un simile accordo non potrebbe prevalere sul dictum della Corte di giustizia in ordine all'incompatibilità unionale del rinnovo automatico delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative […] essendo la Curia europea l'organo deputato all'interpretazione autentica del diritto eurounitario, con effetti vincolanti sia nei confronti delle autorità nazionali che delle altre istituzioni dell'Unione".

momento che si limita a stabilire una posizione di preferenza per il progetto che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e che risponda ad un più rilevante interesse pubblico, che deve essere valutata dall'amministrazione concedente nel pieno esercizio della propria discrezionalità.

Il contrasto appare semmai evidente rispetto a quella lettura di tale disposizione in combinato disposto con l'art. 18 del regolamento esecutivo al Codice della Navigazione, il quale contempla una sorta di inversione procedimentale. Esso consente infatti, nel caso di concessioni "di particolare importanza per l'entità o lo scopo", all'Amministrazione di pubblicare per sunto sull'Albo pretorio la domanda di concessione ricevuta da un privato, indicando un termine pari ad almeno venti giorni "dalla data dell'affissione e dell'inserzione della domanda", decorsi i quali, se non pervengono richieste concorrenti, la domanda di concessione si intende accolta nei confronti del soggetto che ha dato avvio al procedimento, altrimenti si procede al confronto tra le domande ai sensi dell'art. 38 cod. nav.

In anni assai recenti, non sono mancati tentativi da parte di amministrazioni comunali di ricorrere a questo *escamotage* per evitare la messa a gara, anche evidentemente in considerazione delle lacune normative riguardo ai criteri sottesi al confronto concorrenziale.

Se teniamo mente alle posizioni assunte dalla giurisprudenza riguardo alle concessioni in parola, su cui ci siamo soffermati *supra*, la reazione del Giudice amministrativo avverso tali procedure non può che apparire scontata. Come sostenuto dal Consiglio di Stato, infatti, "la procedura 'informale' dell'art. 37 cod. nav. (e dell'art. 18 reg. es. cod. nav.) … non solo non assicura quelle adeguate condizioni di pubblicità che devono presiedere all'avvio, allo svolgimento e al completamento della procedura selettiva, … ma nemmeno possiede quegli adeguati requisiti di imparzialità o 'equidistanza', da parte dell'ente concedente, che evitino qualsivoglia atteggiamento di favoritismo, anche indiretto, nei confronti dei concessionari storici nella formulazione della legge di gara, prendendo le mosse proprio dalla domanda del concessionario stesso"[25].

Se di confronto concorrenziale si tratta, va tuttavia esclusa l'applicazione *tout court* del codice dei contratti pubblici, dal momento che lo stesso arresto *Promoimpresa* ha rifiutato l'assimilazione delle concessioni in parola alle concessioni di servizi disciplinate dalla Direttiva 2014/23/UE[26].

[25] Si veda Consiglio di Stato, sez. VII, 16 dicembre 2024, n. 10131.

[26] Si veda Corte di giustizia UE, 14 luglio 2016, cause riunite C 458/14 e C 67/15, cit., §48. L'interpretazione della Corte è corroborata dal considerando 15 della Direttiva 2014/23/UE, secondo la quale gli accordi aventi per oggetto il "diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali

Queste procedure comparative, ispirate ai principi sopra richiamati, saranno perciò né più e né meno che assimilabili alle procedure con cui attualmente le pubbliche amministrazioni provvedono già all'attribuzione di diritti esclusivi ai privati aventi ad oggetto beni pubblici, andando così a sanare una stortura rispetto ai canoni generali, determinata dalla vicenda giuridica sopra illustrata. Con la differenza, tuttavia, che nella generalità dei casi di concessione di bene pubblico, la predeterminazione dei criteri in base ai quali avviene la scelta del concessionario è rimessa alla piena discrezionalità dell'ente concedente in relazione alle specificità dell'interesse pubblico rispetto al caso concreto, mentre nelle concessioni di cui si discute si ha una predeterminazione legislativa di detti criteri, in un'ottica di potenziale uniformazione delle scelte locali.

Si tratta, tuttavia di un elenco aperto di "criteri di aggiudicazione" (così nella lettera della norma), dal momento che per espressa previsione legislativa le p.a. competenti applicano "anche" detti criteri. Ad ogni modo, essi paiono in linea con i principi stabiliti in argomento dall'Adunanza plenaria, che ha ritenuto compatibile con la disciplina europea un confronto che poggi, *inter alia*, sugli standard qualitativi dei servizi, sulla valorizzazione dell'esperienza professionale e sul *know-how*.

Un ulteriore elemento innovativo riguarda, poi, il canone di concessione.

Tradizionalmente questo è stato, infatti, soggetto ad un regime tributario fondato sulla predeterminazione ad opera di regolamenti ministeriali di canoni tabellari e, notoriamente, sproporzionati per difetto rispetto al valore economico delle concessioni, anche se in tempi recenti maggiorati.

Con la selezione concorrenziale, il meccanismo appena descritto diviene ovviamente inadeguato, anche con riferimento alle procedure consuete per la generalità dei beni pubblici in cui è sempre previsto un meccanismo di asta al rialzo rispetto al canone minimo predeterminato dall'amministrazione.

Del resto, la stessa Adunanza plenaria aveva sul punto ritenuto "auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione"[27].

Si sancisce perciò il passaggio da un canone tabellare di natura (para)tributaria, ad un canone-corrispettivo determinato sulla base del reale valore eco-

terreni, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessione di servizi ai sensi di tale direttiva".

[27] In tal senso, continua il Consiglio di Stato, "sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento".

nomico dello sfruttamento del bene e dalle risultanze del confronto concorrenziale, con delle evidenti ricadute positive sui bilanci delle amministrazioni comunali interessate, le quali a norma di legge dovranno destinare una quota del canone "alla realizzazione degli interventi di difesa delle sponde e del relativo capitale naturale e di miglioramento della fruibilità delle aree demaniali libere".

La novella legislativa incide notevolmente, infine, anche sulla durata dei rapporti concessori che per la prima volta dall'emanazione del codice della navigazione, passano dall'avere una durata sostanzialmente indefinita, a colpi di rinnovi automatici prima e proroghe generalizzate poi, ad avere una durata rapportata al tempo necessario per rientrare degli investimenti e comunque non inferiore a cinque anni e non superiore a venti anni[28].

3.3. (Segue) *e il nodo dell'indennizzo*

Da ultimo, una delle questioni aperte, forse la più spinosa, concerne il nodo dell'indennizzo da corrispondere eventualmente al concessionario uscente. In realtà la questione appare duplice: da un lato, riguarda il regime giuridico dei beni realizzati dal privato su suolo pubblico e, dall'altro, le modalità di quantificazione dello stesso.

La delicatezza della questione si può meglio comprendere se si pone mente al quadro normativo in vigenza del quale le concessioni in parola sono state attribuite.

Allo scadere della concessione, il codice della navigazione prevede infatti una distinzione tra opere amovibili ed opere non amovibili. Le prime restano al concessionario che provvede a sue spese a rimuoverle dall'area demaniale, le seconde vengono automaticamente acquisite alla proprietà pubblica per effetto dell'accessione a titolo gratuito, se non diversamente stabilito nell'atto di concessione, ai sensi dell'art. 49 cod. nav.

A tal proposito, è forse il caso di porre mente al fatto che, se in qualche atto di concessione è stata prevista una devoluzione a titolo oneroso, questa è una circostanza quanto mai inusuale. Inoltre, per effetto dei meccanismi di proroga e rinnovo automatico, associati alla trasferibilità a titolo oneroso tra privati della concessione, ipotesi di devoluzione, date le peculiarità del settore di cui ci occupiamo, sono state ad oggi assai rare e dovute principalmente ad inadempimento del concessionario[29].

[28] In questo senso si esprime anche G. Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Diritto e società*, 2021, 392.

[29] Secondo un costante orientamento della Corte di Cassazione "il principio dell'accessione

Prova ne sia che la distinzione tra amovibilità o meno della struttura è stata affrontata solo in tempi remoti da pareri del Consiglio superiore dei lavori pubblici, il quale ha concluso tuttavia per l'irrilevanza della distinzione sotto il profilo tecnico e dunque, in sostanza, per un nulla di fatto[30].

Per converso, investita della questione circa l'accessione al patrimonio demaniale delle strutture che il concessionario non è in grado di asportare, la giurisprudenza europea ha sostenuto la piena compatibile con l'art 49 TFUE del meccanismo dell'accessione a titolo gratuito.

Della questione della compatibilità di questo meccanismo devolutivo con il diritto europeo e la protezione del diritto di proprietà dei concessionari scaduti, è stata infatti investita la Corte di giustizia, la quale ha concluso per la piena legittimità in ragione della facoltà prevista dal codice della navigazione di inserire un'apposita previsione nell'atto concessorio, ritenendo così che l'art. 49 cod. nav. "evidenzia la dimensione contrattuale, e dunque consensuale, di una concessione di occupazione del demanio pubblico"[31].

La questione del riconoscimento o meno di un indennizzo al concessionario uscente è particolarmente spinosa, da un lato, per via dei suoi potenziali riflessi come barriera all'ingresso di altri operatori economici nel mercato[32],

gratuita di cui al ricordato art. 49 R.D. 30 marzo 1942 n. 327 non trova applicazione quando il titolo concessorio è stato oggetto di rinnovo automatico prima della data di naturale scadenza della concessione, tanto da configurare il rinnovo stesso, al di là del 'nomen iuris', come una piena proroga dell'originario rapporto e senza soluzione di continuità" (da ultimo, Cassazione civile, sez. I, 23 dicembre 20204, n. 33981, conforme Cassazione civile, sez. II, 16 marzo 2024, n. 7128).

[30] Circolare del Ministero della Marina Mercantile n. 53 del 1962, su conforme Parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (Ad. del 16 maggio 1962).

[31] Si veda Corte di giustizia UE, 11 luglio 2024, causa C 598/22, cit., § 62, a mente della quale "l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una norma nazionale secondo la quale, alla scadenza di una concessione per l'occupazione del demanio pubblico e salva una diversa pattuizione nell'atto di concessione, il concessionario è tenuto a cedere, immediatamente, gratuitamente e senza indennizzo, le opere non amovibili da esso realizzate nell'area concessa, anche in caso di rinnovo della concessione". A conclusioni parzialmente difformi era giunto invece l'Avvocato generale, secondo cui la compatibilità dell'accessione a titolo gratuito con l'art. 49 TFUE era rispettata "se la durata della concessione è sufficiente per l'ammortamento dell'investimento da parte del concessionario".

[32] Di opinione contraria G. Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., 391, secondo il quale "l'affermazione per cui l'indennizzo determinerebbe un vantaggio per l'incumbent e dunque una barriera all'ingresso di nuovi operatori, non può che essere intesa come meramente rafforzativa della incompetenza regionale, anche perché in realtà non si tratta di un vantaggio ma del riconoscimento di una situazione che potremmo definire 'paraproprietaria' alla luce dell'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU".

dall'altro, per i riflessi sulla tutela di diritti proprietari astrattamente configurabili in capo ai concessionari uscenti[33].

La determinazione del valore di subentro da porre in capo al concessionario entrante presuppone, invero, una accurata stima della dimensione economica della concessione e della parte residua di investimenti non ancora ammortizzati.

Una valutazione basata su dati incompleti o insufficienti rischia: in caso di valutazione imprecisa per eccesso, di rappresentare un indebito arricchimento per l'uscente, che vedrebbe remunerati i suoi investimenti in maniera maggiore di quanto legittimamente possa aspettarsi, e un ingiustificato aggravio per l'equilibrio economico finanziario del nuovo concessionario; viceversa, in caso di valutazione imprecisa per difetto, una lesione dell'aspettativa legittima dell'uscente ed un indebito arricchimento dell'entrante.

Detta valutazione è la regola in altri settori come, ad esempio, nelle concessioni di servizio pubblico e viene usualmente effettuata dagli enti concedenti. Tuttavia, nel caso delle concessioni di cui ci occupiamo l'anomalia è rappresentata proprio dal set di dati a disposizione delle amministrazioni comunali. Nel caso dei servizi pubblici, infatti, la quantificazione del valore di subentro avviene in un contesto in cui l'ente concedente ha piena contezza degli investimenti effettuati dal concessionario e della loro dimensione finanziaria, perché dallo stesso ente autorizzati e disciplinati nel contratto di concessione.

Per converso, nel caso delle concessioni balneari siamo di fronte ad un "arcaico ed informale modello" che non ha mai implicato un ruolo così incisivo delle amministrazioni concedenti rispetto al modello industriale (*business model*) sotteso all'affidamento del bene.

Ne deriva un'alta probabilità che la determinazione dell'indennizzo sia imprecisa, perché fondata su dati approssimativi, con il rischio di alimentare contenzioso anche su questo profilo.

Per togliere le amministrazioni comunali dall'*impasse*, la novella del 2024 demanda ad un apposito decreto ministeriale la predeterminazione di criteri che possano consentire "al concessionario uscente un'equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni", rimettendo poi l'esatta quantificazione dell'indennizzo ad una "perizia acquisita dall'ente concedente prima della pubblicazione del bando di gara, rilasciata in forma asseverata".

La disposizione conferma quanto prima evidenziato circa l'informalità dei rapporti che caratterizzano gli attuali concessionari con le amministrazio-

[33] In questo senso, A. Nato, *Le concessioni balneari, tra mercato interno, armonizzazione e tutela della proprietà: primato, effetto diretto e disapplicazione nella causa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa*, in *Eurojus*, 2023, 22.

ni concedenti sotto il profilo del controllo pubblico degli investimenti. Ciò si ricava dalla del tutto discrezionale scelta operata dal legislatore di prendere a riferimento solo gli ultimi cinque anni per la quantificazione degli investimenti non ancora recuperati. Evidentemente il legislatore ha ritenuto questo un arco temporale tutto sommato ragionevole, in assenza tuttavia di ulteriori fattori negoziali o economici che possano supportare tale posizione.

Andrebbe poi chiarito a partire da quando si contano questi ultimi cinque anni, se a partire dall'entrata in vigore della legge o dalla scadenza della concessione. La questione è di non poco conto, ammesso che questo decreto veda mai la luce: l'esperienza non depone a favore della puntualità dei Ministeri ad adempiere a prescrizione normative di questo tenore.

Se passasse infatti la linea interpretativa che i cinque anni ricorrono a ritroso dalla scadenza della concessione (possibilmente settembre 2027 o marzo 2028) e i criteri stabiliti nel decreto dovessero essere percepiti dagli attuali concessionari come particolarmente generosi, non si può escludere un effetto Averch - Johnson[34], vale a dire una tendenza all'iperinvestimento, confidando in una lauta compensazione per le quote non ancora recuperate.

In un'ipotesi contraria, se detti criteri fossero percepiti come avari, si potrebbe verificare una situazione di sotto investimento.

Quale che siano gli scenari futuri, una cosa è certa: il rischio di un aumento del contenzioso.

[34] Dal nome dei due economisti che lo hanno teorizzato, M. Averch, L. Johnson, *Behaviour of the Firm under Regulatory Constraint*, in *American Economic Review*, 1962, 5, 1052.

REGOLE EUROPEE ANTITRUST E APPLICAZIONE DECENTRATA DA PARTE DELLE AUTORITÀ NAZIONALI DELLA CONCORRENZA

Mattia Melloni

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Regolamento (CE) n. 1/2003 e i testi di *soft law* che lo accompagnano. – 3. Dal Regolamento (CE) n. 1/2003 alla Direttiva (UE) 2019/1. – 4. Aspettando la riforma del Regolamento (CE) n. 1/2003.

1. *Introduzione*

Il sistema antitrust dell'Unione europea ha subito la più importante riforma legislativa più di 20 anni fa, e cioè il 1 maggio 2004, quando il Regolamento (CE) n. 1/2003 entrò in vigore in tutta l'Unione incidendo profondamente sull'applicazione da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza[1] delle regole antitrust riprese nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), e cioè gli artt. 101 e 102 del TFUE[2].

Un primo bilancio della riforma legislativa dieci anni dopo dall'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1/2003 evidenziò i limiti e le debolezze dell'applicazione decentrata degli artt. 101 et 102 del TFUE da parte delle autorità[3], cosicché il Legislatore europeo dovette intervenire adottando la Direttiva (UE) 2019/1, meglio conosciuta sotto l'appellativo di "Direttiva ECN+", dell'11 dicembre 2018.

[1] Dal 2004 "*the NCAs have become the primary enforcers of EU competition rules together with the Commission. As primary enforcers of European competition rules, the NCAs and the Commission must make sure that competition actors in the internal market apply competition rules in a precise and coherent manner*". Si veda M. Melloni, *The European Competition Network and its first 11 years of life: balances and challenges*, in G. Bennacchio, M. Carpagnano (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, atti del V convegno biennale Antitrust Trento, 16-18 aprile 2015.

[2] L'altro aspetto importante che qui non interessa e sul quale il Regolamento (CE) n. 1/2003 (art. 15) ha inciso profondamente riguarda l'applicazione decentrata delle regole europee antitrust da parte dei giudici nazionali degli Stati membri dell'Unione.

[3] Si veda la Comunicazione della Commissione, *Ten years of Antitrust enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*, COM(2014) 543 final, del 9 luglio 2014.

Ciononostante, restano ancora critici alcuni aspetti (soprattutto procedurali) nell'applicazione decentrata degli artt. 101 e 102 del TFUE da parte delle autorità nazionali tali da nuocere ad un'applicazione coerente ed uniforme del diritto europeo antitrust su tutto il territorio dell'Unione.

Nel marzo 2022 la Commissione decise che fosse giunto il momento d'intraprendere un nuovo percorso di riforma dell'intero Regolamento (CE) n. 1/2003 in cui poter trattare, tra le altre cose, le criticità dell'applicazione decentrata delle regole europee antitrust.

Sei sono i temi che la Direttiva (UE) 2019/1 aveva lasciato in sospeso e che non hanno tutti direttamente a che fare con l'applicazione decentrata degli artt. 101 e 102 del TFUE da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza (ANC)[4].

2. *Il Regolamento (CE) n. 1/2003 e i testi di* soft law *che lo accompagnano*

L'abbandono della competenza esclusiva in capo alla Commissione nell'applicazione degli artt. 101 e 102 del TFUE in favore delle ANC poggia su un meccanismo di cooperazione rigoroso fra ANC e Commissione (cooperazione verticale) e fra ANC medesime (cooperazione orizzontale) ripreso nel Regolamento del 2003 il cui scopo è sostanzialmente di garantire un'applicazione uniforme e coerente delle regole antitrust europee sull'intero territorio dell'Unione[5].

La creazione di una rete la c.d. Rete Europea di Concorrenza (réseau européen de concurrence – REC o European Competition Network – ECN) di cui fanno parte la Commissione europea e le ANC garantisce il corretto funzionamento nell'applicazione decentrata delle suddette regole con una constante consultazione e scambio d'informazioni fra pubbliche autorità.

La base giuridica del REC è il capitolo IV del Regolamento (CE) n. 1/2003 (rubricato "Cooperazione") e la Dichiarazione Comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della Rete delle autorità nazionali garanti della concorrenza.

[4] Segnatamente: (i) il sistema di raccolta delle prove della Commissione, (ii) la tutela della riservatezza e l'accesso al fascicolo, (iii) i reclami e la partecipazione di terzi nei procedimenti, (iv) gli strumenti per un intervento tempestivo (misure provvisorie e impegni); (v) rimedi e sanzioni; (vi) convergenza e cooperazione nella Rete europea della concorrenza (ECN).

[5] Si veda il cons. n. 6 e n. 15 del Regolamento (CE) n. 1/2003. La Rete ha anche una seconda e non meno importante missione e cioè quella di garantire un equo riparto delle competenze fra i suoi membri come vedremo più avanti.

A questi due documenti si aggiunge la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità nazionali garanti della concorrenza in cui si dà esecuzione ai princìpi e regole indicati nei due documenti su indicati.

Di questi tre testi l'unico che fissa rigorose regole sulla cooperazione per un'applicazione decentrata delle regole europee antitrust è il solo Regolamento (CE) n. 1/2003.

Diverse disposizioni del citato regolamento trattano della cooperazione orizzontale e verticale fra autorità pubbliche[6].

L'art. 11 è sicuramente il più strutturato ed è quello che meglio garantisce il rispetto del principio dell'uniforme applicazione del diritto europeo antitrust da parte delle autorità pubbliche.[7] In questo senso la Commissione svolge un ruolo di "garante", potendo intervenire laddove constati una violazione prima che un procedimento nazionale messo in atto da un ANC si concluda.

A tal fine il par. 4 dell'art. 11 prevede l'obbligo per le ANC almeno 30 giorni prima dell'adozione della decisione d'informare la Commissione fornendo alla stessa una sintetica presentazione del caso in questione. Di norma le ANC inviano un progetto di decisione, ma non è escluso che inviino, come spesso accade, la stessa comunicazione d'addebiti[8] che può rappresentare una sintetica presentazione del caso.

Per quanto riguarda, invece, la natura del progetto di decisione si tratta di progetti di decisione d'accertamento dell'infrazione e diffida, accettazione d'impegni e revoca dell'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria. Tale procedura d'informazione preventiva non è invece obbligatoria per altri tipi di decisione delle ANC come, ad esempio, quelle che rigettano

[6] Si tratta degli artt. 11, 12, 13, 14, 15 e 16. Gli artt. 14 a 16 del regolamento 1/2003 che concludono il capitolo IV sulla cooperazione trattano essenzialmente della cooperazione (verticale) tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali (art. 15) e dell'obbligo da parte delle ANC e delle giurisdizioni nazionali d'applicare in maniera uniforme le disposizioni europee antitrust senza adottare decisioni che siano in contrasto con precedenti decisioni adottate dalla Commissione (art. 16).

[7] Il principio di stretta cooperazione tra la Commissione e le Autorità garanti della concorrenza fu per la prima volta riconosciuto dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Syfait* del 31 maggio 2005. Come spesso accade la giurisprudenza della Corte viene ripresa dal legislatore europeo in successivi atti dell'Unione, come è successo, ad esempio, per il regolamento 1/2003.

[8] Ovverosia l'atto preliminare che la Commissione e le ANC devono comunicare all'impresa enunciando in modo chiaro tutti gli elementi essenziali sui quali si basa la decisione finale. Si veda *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commissione*, C 395/96 P, ECLI:EU:C2000:132, par. 142.

le denunce o chiudono il caso[9]. La non obbligatorietà dell'informazione alla Commissione per questi tipi di progetto di decisione delle ANC, pone già una prima criticità nel Regolamento (CE) n. 1/2003 per il rispetto del principio dell'uniforme applicazione degli art. 101 e 102 del TFUE che si spera la riforma in atto del suddetto regolamento risolva una volte per tutte[10].

L'altro strumento che il Legislatore europeo ha fornito alla Commissione quale espressione del ruolo istituzionale riconosciutole nel vigilare sull'uniforme e corretta applicazione dei principi fissati dagli art. 101 e 102 del TFUE, consiste nel potere di avocazione, e cioè nel potere di privare della competenza ad applicare le disposizioni citate una o più Autorità[11]. Ciò può essere fatto sia nella fase di "allocazione dei casi" sia durante l'istruzione del procedimento.

Occorre tuttavia precisare che, sebbene la disposizione in esame non li indica esplicitamente, prevedendo soltanto un dovere di previa consultazione con l'Autorità che sta trattando il caso, si possono citare i seguenti casi d'avocazione: a) il caso di un'Autorità che intende adottare una decisione in "palese conflitto" con la consolidata giurisprudenza europea della Corte di giustizia; b) l'ingiustificato prolungamento dei tempi del procedimento da parte di un'Autorità; e c) qualora l'adozione di una decisione della Commissione diventi giocoforza necessaria per orientare la politica europea della concorrenza, in particolare quando il medesimo problema di concorrenza si presenta contemporaneamente in più Stati membri[12].

Il meccanismo di cooperazione fra Autorità (cooperazione orizzontale) oppure fra Autorità e Commissione (cooperazione verticale) prevede uno scambio di informazioni continuo che avviene a diverse fasi dell'inchiesta o procedimento. Abbiamo scambi d'informazioni che avvengono all'inizio di un'inchiesta o procedimento che la Commissione oppure l'ANC svolge e scambi d'informazioni che avvengono in fase più avanzata.

A. Inizio del procedimento

Le disposizioni di riferimento sono i par. 2 e 3 dell'art. 11 del Regolamento (CE) n. 1/2003 che permettono la condivisione fra i membri della Rete delle

[9] Si veda l'art. 11, par. 5, del Regolamento (CE) n. 1/2003.

[10] In effetti, non sono rari i casi in cui le ANC chiudano un procedimento istruttorio oppure constatino la violazione di una delle regole antitrust nazionali per evitare di dover attivare la procedura *ex* art. 11, par. 4, del Regolamento (CE) n. 1/2003.

[11] Si veda l'art. 11, par. 6, del Regolamento (CE) n. 1/2003.

[12] Ciò, ad esempio, non fu fatto nella nota vicenda *Booking.com*. Sul tema si veda V. Melloni, C. Marchand, *La relation entre la Commission et les autorités nationales de concurrence sous l'angle du contentieux*, in V. Giacobbo-Peyronnel, C. Verdure (dir.), *Contentieux du droit de lan concurrence de l'Union Européenne: questions d'actualité et perspectives*, Parigi, 2017.

informazioni su nuove inchieste o procedimenti appena iniziati. A tal fine è stata istituita una piattaforma elettronica protetta e di solo accesso per le ANC e la Commissione che permette di vedere quali procedimenti sono stati avviati vigendo l'obbligo di registrarlo quando l'ANC oppure la Commissione lo aprono[13].

B. Durante il procedimento

La disposizione di riferimento è l'art. 12 del Regolamento (CE) n. 1/2003 che dispone uno scambio d'informazioni durante le diverse fasi d'inchiesta. Le informazioni scambiabili sono quelle normalmente raccolte nell'ambito d'inchieste concernenti l'applicazione degli artt. 101 e 102 del TFUE e riguardanti il medesimo oggetto d'indagine per il quale sono state raccolte dall'Autorità che le trasmette. Fra le tipologie di documenti scambiabili rientrano le dichiarazioni e le informazioni in formato elettronico.

Per quanto riguarda lo scambio d'informazioni il regolamento prevede inoltre un regime particolare di tutela. Per i documenti che coprono i segreti aziendali è espressamente prevista la possibilità di limitare l'accesso al fascicolo da parte dei soggetti interessati[14].

Un'altra forma di tutela è rappresentata dal segreto d'ufficio imposto ai funzionari della Commissione e delle ANC con riferimento alle informazioni acquisite o scambiate.

Esiste poi una terza forma di tutela che attiene all'utilizzo delle informazioni al fine d'infliggere sanzioni, in particolar modo alle persone giuridiche e cioè le imprese, ma non solo. Nella fattispecie, lo scambio di informazioni è subordinato al rispetto di una condizione importante e cioè che nell'ordinamento dell'ANC che trasmette l'informazione siano previste sanzioni di tipo analogo a quelle previste nel caso di violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE.

Vi è poi il caso dello scambio d'informazioni provenienti da un'impresa che beneficia del programma di clemenza.

Al fine di evitare di vanificare l'incentivo previsto dal programma stesso, e cioè una possibile immunità o riduzione di sanzione, ogni informazione fornita da un'impresa ad un'ANC oppure alla Commissione non è in linea di principio trasmissibile ad altri membri della Rete se non dietro previo consenso dell'impresa stessa[15].

[13] È importante segnalare che la cooperazione si attua solo in caso di violazioni degli artt. 101 e 102 del TFUE, nel senso che per le ANC non vige un obbligo di cooperazione per eventuali violazioni delle norme nazionali della concorrenza.

[14] Si veda l'art. 27, par. 2, del Regolamento (CE) n. 1/2003.

[15] Esiste tuttavia un caso dove non è previsto il consenso di quest'ultima, e cioè nel caso in cui l'impresa che ha denunciato l'infrazione ha chiesto la clemenza a due o più Autorità.

Sempre durante le fasi del procedimento istruttorio l'assistenza reciproca fra ANC medesime oppure fra ANC e Commissione può verificarsi per svolgere accertamenti ispettivi, come dispone l'art. 22 del Regolamento (CE) n. 1/20031/2003.

Detto ciò l'ANC alla quale è stata introdotta una richiesta d'assistenza per svolgere accertamenti ispettivi gode di ampia discrezionalità in merito alla decisione di prestarla o meno visto che l'art. 22 del Regolamento (CE) n. 1/2003 non prevede alcun obbligo di cooperazione in materia di accertamenti ispettivi. Ciononostante, la suddetta discrezionalità è sottoposta all'obbligo di leale cooperazione previsto all'art. 4, par. 3, del TUE con il quale l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati. Ne consegue che una richiesta d'assistenza per svolgere accertamenti ispettivi non si rifiuta, a seconda che provenga dalla Commissione oppure da un'altra ANC.

La seconda e non meno importante missione della Rete è quella di garantire un equo riparto di competenze tra i membri medesimi e cioè le ANC e la Commissione.

Il Regolamento (CE) n. 1/2003 non contiene regole che ne fissano il riparto. Al contrario, ci offre solo degli spunti che ritroviamo nell'art. 11 che ci dice appunto che un meccanismo di coordinamento e cooperazione funzionale alla divisione del lavoro deve essere attuato (allocazione dei casi).

Per comprendere allora come effettivamente una divisione del lavoro all'interno della Rete debba attuarsi, e cioè come in sostanza i casi debbano ripartirsi nel caso in cui i comportamenti anticoncorrenziali abbiano effetti *cross-border* e quindi rientrino nelle competenze di più ANC, il principale documento di riferimento è la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità nazionali garanti della concorrenza[16]. In esso, in particolare, ritroviamo diversi scenari di allocazione:

Scenario A): con una sola Autorità che tratta del caso.

Una sola Autorità, e cioè l' Autorità A, che tratta da sola il caso essendo essa l'autorità più adatta ("*better placed*") a trattare il caso per le seguenti ragioni: 1) la presunta infrazione – il presunto cartello oppure il presunto abuso di posizione dominante, produce o ha prodotto degli effetti restrittivi della concorrenza sensibili, attuali o prevedibili, sul territorio dell'Autorità A; 2) L'Autorità A può far cessare immediatamente l'infrazione attraverso l'adozione di un atto amministrativo (la decisione finale); e 3) L'Autorità A è la sola Autorità capace di reperire tutte le prove relative alla presunta infrazione.

[16] Si veda la Comunicazione della Commissione *sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*, pubblicata nella *GUUE* C 101 del 2004.

Scenario B): con più Autorità che trattano del caso.

Più Autorità si occupano del caso perché la presunta infrazione si attua sul territorio di due oppure tre Stati membri. In questo secondo scenario ci si affida essenzialmente a quell'Autorità che si trova nella miglior posizione ("*better placed*") per reperire la maggior parte degli indizi o elementi di prova relativi alla presunta infrazione. Nel caso, ad esempio, di un presunto cartello contrario all'articolo 101 del TFUE con più imprese sul territorio dell'Autorità A, ed una sola impresa nel territorio dell'Autorità B e C, l'Autorità A s'occuperà del caso.

La situazione si complica ulteriormente se non è possibile nominare una sola Autorità perché essa, da sola, non sarebbe in grado di far cessare la presunta infrazione come nel caso di un presunto cartello di ripartizione geografica dei mercati fra le imprese A, B e C operanti in tre diversi Stati membri. In un tal caso diventa difficile trovare l'Autorità che si trova nella miglior posizione ("*better placed*") per occuparsi del caso e quindi il lavoro può venire svolto in contemporanea da più Autorità, ma con però una capo-fila, e cioè un Autorità che coordina l'azione delle altre[17]. In ogni caso per evitare duplicazioni o triplicazioni d'attività istruttorie le ANC possono sospendere un procedimento o respingere una denuncia ricevuta se quest'ultima è esaminata oppure è già stata esaminata da un'altra ANC.

Scenario C): con la sola Commissione che tratta del caso.

La Commissione è la sola istituzione a trattare della presunta infrazione agli articoli 101 e 102 del TFUE se quest'ultima si realizza su più di tre Stati membri dell'Unione. L'esempio può essere quello di un presunto cartello di ripartizione geografica dei mercati fra più imprese che operano nei mercati di più di tre Stati membri.

3. *Dal Regolamento (CE) n. 1/2003 alla Direttiva (UE) 2019/1*

Per un'applicazione decentrata più efficace delle regole europee antitrust occorreva però dotare le ANC, soprattutto negli Stati di più recente adesione all'Unione, di tutti gli strumenti necessari per applicare efficacemente gli artt. 101 e 102 del TFUE[18].

In effetti, una decentralizzazione può essere efficace solo se le ANC hanno gli stessi poteri sanzionatori e competenze di intervento sui mercati su tutto

[17] L'art. 13 del Regolamento (CE) n. 1/2003 conferisce in sostanza tali poteri alle ANC.

[18] Il Regolamento (CE) n. 1/2003 non contiene infatti alcuna disposizione in merito ai mezzi e agli strumenti di cui possono avvalersi le ANC per applicare le regole europee antitrust.

il territorio dell'Unione. Purtroppo il Regolamento (CE) n. 1/2003 era stato lacunare in questo senso non predisponendo un'armonizzazione delle norme sanzionatorie e procedurali nazionali che permettesse a ciascuna Autorità di disporre di tutti gli strumenti idonei per poter perseguire e sanzionare le violazioni delle regole europee antitrust[19].

Si pensi ad esempio a quelle autorità che non possedevano la facoltà di svolgere accertamenti ispettivi presso le imprese oppure che non erano autorizzate a richiedere informazioni alle diverse imprese operanti nel mercato, oppure che non potevano imporre sanzioni con effetti dissuasivi per le imprese.

L'idea di una prima riforma del Regolamento (CE) n. 1/2003 venne cosi in occasione del primo bilancio che la Commissione[20]. Seguirono discussioni intense in seno alla Rete per capire quale proposta legislativa fare al legislatore europeo (regolamento o direttiva) e sul contenuto della proposta d'atto europeo. La scelta cadde su una direttiva e non su un regolamento e ciò al fine di rispettare le tradizioni giuridiche e le specificità istituzionali degli Stati membri[21].

La Direttiva (UE) 2019/1 o "direttiva ECN+" adottata l'11 dicembre 2018 pone fine all'infelice situazione intervenendo, da una parte, sui poteri investigativi delle ANC e dotandole di strumenti minimi d'applicare e far rispettare, come ad esempio, la facoltà di svolgere accertamenti ispettivi a sorpresa nelle sedi delle imprese o associazioni d'imprese, e dall'altra parte, sui poteri sanzionatori delle ANC attribuendole il potere d'infliggere sanzioni pecuniarie proporzionate al tipo d'infrazione commesso da imprese e/o associazioni d'imprese che violano le norme antitrust e dotandole di un adeguato potere dissuasivo

[19] Il Regolamento (CE) n. 1/2003 non contiene alcuna norma che regoli i poteri istruttori e sanzionatori delle ANC, a parte un obbligo generale per gli Stati membri ripreso all'art. 35 di mettere in condizione le ANC di poter applicare gli artt. 101 e 102 del TFUE sul territorio nazionale.

[20] Le ANC, *in primis*, nel periodo compreso fra il 1 maggio 2004 e il 1 gennaio 2014 avevano adottato un numero impressionante di decisioni d'infrazione degli artt. 101 e 102 del TFUE in contrapposizione all'esiguo numero di decisioni d'infrazione adottato dalla Commissione. Si pensi che nel periodo 2005-2016 la Commissione aveva avviato dei procedimenti per presunta infrazione degli artt. 101 e 102 del TFUE in un numero annuale variabile fra i 10 ed i 20 procedimenti, mentre nel medesimo periodo le ANC avevano avviato 1700 provvedimenti d'infrazione e cioè una media di più o meno 140 procedimenti all'anno. Si veda la Comunicazione della Commissione sui dieci anni d'applicazione delle norme antitrust ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future (COM (2014) 453).

[21] Come osservato a giusto titolo dalla dottrina "…la Direttiva ECN + rappresenta, idealmente, la misura legislativa di evoluzione del regolamento 1/2003". Si veda A.M. Romito, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network, dal regolamento (CE) 1/2003 alla direttiva ECN* +, Bari, 2020, 92.

al fine d'assicurare la repressione dei comportamenti illeciti e scoraggiarne la reiterazione[22].

Gli altri due settori d'intervento in cui la direttiva (UE) 2019/1 opera per rendere più efficace l'applicazione decentrata delle regole europee antitrust da parte delle ANC sono, da una parte, l'indipendenza e le risorse che gli Stati devono mettere a disposizione di quest'ultime affinché possano svolgere le proprie funzioni senza pressioni esterne, dirette o indirette che orientino le decisioni finali, e dall'altra parte, l'applicazione dell'istituto dei programmi di clemenza da parte di tutte le ANC visto che in alcuni Stati come ad esempio Malta mancava fino all'entrata in vigore della direttiva (UE) 2019/1[23].

4. *Aspettando la riforma del Regolamento (CE) n. 1/2003*

Il percorso di riforma del Regolamento (CE) n. 1/2003 intrapreso con la Direttiva (UE) 2019/1 non è però stato completato come detto nell'introduzione del presente contributo[24]. Restano ancora alcune criticità nell'applicazione

[22] In seno alla Rete le Autorità e la Commissione avevano constatato criticità nell'applicazione delle sanzioni ad imprese in tre situazioni specifiche, e cioè nell'individuazione dei soggetti responsabili ai fini del pagamento dell'ammenda, sulla natura dell'ammenda (amministrativa oppure penale), ed infine sulle metodologie di calcolo. La Direttiva (UE) 2019/1, in sostanza, risolve le tre criticità prevedendo nel primo caso (facendo proprio una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia) che l'impresa come "unità economica" risponde dell'illecito anche qualora essa sia costituita da più persone fisiche e giuridiche. Nel secondo caso, la direttiva in commento lascia gli Stati membri liberi di scegliere la natura giuridica dell'ammenda (amministrativa o penale) a condizione che i comportamenti anticoncorrenziali contrari agli artt. 101 e 102 del TFUE non siano giudicati secondo parametri penalistici ma alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di concorrenza. Ricordo che nella maggior parte degli Stati membri le ammende inflitte in materia di concorrenza sono di natura amministrativa. In Danimarca, Irlanda ed Estonia hanno invece natura penale. Nel terzo ed ultimo caso la Direttiva (UE) 2019/1 fissa in sostanza due parametri identici da rispettare ed applicare da parte delle ANC per la quantificazione della sanzione comminata per un'infrazione agli artt. 101 e 102 del TFUE e cioè la gravità e la durata dell'infrazione, oltre a fissare una soglia legale massima dell'ammenda da irrogare alle imprese che non può essere inferiore al 10% del fatturato mondiale totale dell'impresa realizzato durante l'esercizio sociale precedente.

[23] La Direttiva (UE) 2019/1 recepisce, in sostanza, i principi fondamentali del programma di clemenza dell'Unione e del *model leniency program dell'ECN* assicurando così un armonizzazione degli aspetti sostanziali e procedurali dell'istituto nei 27 Stati membri dell'Unione.

[24] La riforma coinvolge anche il Regolamento (CE) n. 773/2004 *relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82*, pubblicato nella *GUCE* L 123 del 2004.

decentrata delle regole antitrust europee da parte delle ANC che il legislatore europeo deve a mio modo di vedere risolvere[25].

Nel marzo del 2022 la Commissione intraprese questo percorso di riforma annunciando una "*public consultation*" ed una "*ECN consultation*" fra i soli membri della Rete per capire quali sono queste criticità e proporre al legislatore europeo delle nuove soluzioni. Incontri formali ed informali si ebbero tra Commissione, Autorità e stakeholders durante il 2023 ed il primo semestre del 2024[26].

Il processo di riforma del Regolamento (CE) n. 1/2003 è tuttora *on-going* ma si possono immaginare le criticità non ancora risolte nell'applicazione decentrata. Alcune sicuramente non sono state completamente risolte dalla Direttiva (UE) 2019/1 ed attengono ai poteri investigativi delle Autorità. Mi riferisco, ad esempio, agli accertamenti ispettivi a sorpresa al di fuori delle sedi delle imprese o associazioni d'imprese, oppure alla possibilità di acquisire, nel corso di un'ispezione a sorpresa nelle sedi dell'impresa o dell'associazione d'impresa, la corrispondenza fra avvocato e cliente al fine di utilizzarla nell'ambito del procedimento istruttorio (*legal privilege*)[27]. Altre criticità, come ad esempio, la non obbligatorietà di fornire l'informazione alla Commissione per le decisioni delle ANC che rigettano le denunce o chiudono il caso, non sono mai state trattate dalla Direttiva (UE) 2019/1.

Si spera che in un futuro non troppo lontano il legislatore europeo possa intervenire offrendo soluzioni adeguate a risolvere i problemi illustrati, essenziali per un'applicazione ancora più efficace degli artt. 101 e 102 del TFUE da parte delle 27 autorità nazionali garanti della concorrenza nell'Unione.

[25] Ricordo che il Regolamento (CE) n. 2003/1 si occupa solo in parte del decentramento alle ANC degli artt. 101 e 102 del TFUE, la maggior parte delle sue disposizioni mirano a promuovere l'applicazione di queste regole da parte della Commissione ed in piccolissima parte da parte delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri.

[26] Un periodo di sospensione si era verificato per l'elezione dei nuovi membri della Commissione. In questo periodo di fatto la Commissione tramite le direzioni generali non fa proposte legislative al legislatore (Consiglio e Parlamento).

[27] Sebbene la Corte di giustizia abbia precisato nella nota *sentenza Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Commissione* del 14 settembre 2010 (C 550/07 P) che il *legal privilege* copre la corrispondenza scambiata dall'impresa con un avvocato esterno, alcuni Stati membri sembrano estenderlo alle comunicazioni tra impresa ed i suoi avvocati interni o giuristi d'impresa, anche se quest'ultimi continuano a essere iscritti all'albo professionale.

DIGITALIZZAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI E DIRITTO DELLA PERSONA ALL'INFORMAZIONE E ALLA CONOSCENZA

Nicoletta Parisi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Come è attuato il principio di trasparenza dei dati, delle informazioni e degli atti che riguardano i contratti pubblici. – 3. I vantaggi offerti dalla digitalizzazione del mercato dei contratti pubblici. – 4. Quali sfide e rischi comporta la digitalizzazione del mercato dei contratti pubblici. – 5. L'adeguatezza o meno della risposta del "sistema-Paese". – 6. La questione della competenza della Pubblica Amministrazione e della sua capacità di "digerire" la digitalizzazione del mercato dei contratti pubblici. – 7. Qualche piccola luce … – 8. … e una lunga ombra. – 9. Quale soluzione si potrebbe suggerire al Legislatore.

1. *Premessa*

Il processo di progressiva digitalizzazione dei contratti pubblici sembra entrato in una fase irreversibile[1] grazie agli ultimi interventi normativi dettati con il cosiddetto "Correttivo" al Codice adottato con il Decreto legislativo n. 209/2024.

Da altri sono state indagate molto bene le modalità secondo le quali si sta realizzando la transizione digitale in materia e i benefici che essa apporta al mercato dei contratti pubblici, unitamente ai limiti di cui essa, tuttavia e ancora, soffre nell'ordinamento italiano[2]. Di conseguenza in questa sede si vuole dare per scontata la conoscenza di tutti questi profili per limitarsi a proporre alcune poche riflessioni relative all'assetto dato alla trasparenza amministrativa disegnata in materia e, conseguentemente, valutare come si sia voluto dare adempimento al diritto della società civile all'informazione e alla conoscibilità

[1] La valutazione è di A. Ciribini, C. Micera, *Il Correttivo al codice appalti, la Gestione Informativa Digitale e l'Intelligenza Artificiale*, in *DIAC-Diario*, 27 gennaio 2025.

[2] Fra i tanti e pregevoli contributi per esigenze di spazio ci si limita a richiamare A. Corrado, *La digitalizzazione dei contratti pubblici*, in F. Dall'Acqua. A. Meola, A.S. Purcaro (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Pisa, 2023; B. Mattarella, B. Marchetti, *La digitalizzazione dei contratti pubblici nel nuovo codice*, Torino, 2024.

dell'agire pubblico[3]: ciò in omaggio alla sensibilità che Gian Antonio Benacchio ha riservato ai due temi implicati[4].

2. *Come è attuato il principio di trasparenza dei dati, delle informazioni e degli atti che riguardano i contratti pubblici*

La trasparenza amministrativa è principio che ha fondamento nella Carta costituzionale, in particolare negli articoli 21 e 97[5]. Esso dà pienezza allo *status* di cittadino consapevole perché gli permette di "conoscere per deliberare"[6]. Quest'ultima affermazione è del secondo Presidente della Repubblica italiana Luigi Einaudi che rivolgeva il monito alle istituzioni pubbliche. Qui la si declina nel senso che solo una popolazione – ovvero ciascuna delle persone che la compongono – informata, avvertita e consapevole può esercitare responsabilmente la sovranità che l'articolo 1 della Carta costituzionale le affida con la formula "(…) La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione" stessa.

La trasparenza amministrativa è principio che deve permeare di sé l'agire pubblico: da una parte esso consente il conseguimento di obiettivi di efficienza, di tracciabilità e conoscibilità delle procedure, di contrasto alla corruzione; dall'altra permette al cittadino di conoscere le modalità dell'agire della Pubblica Amministrazione. Il Codice della trasparenza – di cui al Decreto legislativo n. 33/2013 – afferma conseguentemente al proprio articolo 1 la piena accessibilità della persona alle informazioni, ai dati e alla documentazione capaci di dar conto dell'agire di quest'ultima.

[3] Questo contributo è debitore delle riflessioni e delle valutazioni espresse da D.G. Rinoldi, da M. Venturelli e dalla sottoscritta in un *paper* pubblicato a cura dell'Istituto Toniolo, nella sezione *Laboratorio Futuro*ottobre 2024, dal titolo *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione. Il nuovo Codice dei contratti pubblici*.

[4] Si citano, fra i tanti contributi, soltanto *L'information et la désinformation des consommateurs: Rapport italien*, in G. Straetmans (a cura di), *Information Obligations and Disinformation of Consumers*, Cham: Springer, 2019, pp. 205-236; *Prefazione*, in M. Cozzio, G.A. Benacchio, *I patti di integrità negli appalti pubblici: strumenti per la legalità e la cittadinanza attiva*, Trento, 2021, pp. 5-8.

[5] Nella vastissima produzione dottrinale in argomento si segnala soltanto la pregevole opera curata da G. Gardin, M. Magri, *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, Santarcangelo di Romagna, 2019.

[6] A proposito del ruolo del cittadino nell'esercizio di responsabilità civiche si veda N. Parisi, D. Rinoldi, *Per un rafforzamento dell'alleanza tra soggetti pubblici e privati. La società civile alla prova del PNRR italiano fra democrazia partecipativa e sostegno all'economia lecita*, in *LUISS Law Review*, 2023, 2, 298 ss.

Il sistema di *e-procurement* introdotto dal Codice dei contratti pubblici del 2023 e divenuto operativo (ancorché meritevole di molta manutenzione) dal 1° gennaio 2024, riorganizza il preesistente assetto della trasparenza civica, intervenendo sul Codice di settore del 2013.

Anzitutto, ai sensi dell'articolo 3.3 della delibera ANAC n. 264/2023[7], la stazione appaltante è tenuta a creare un collegamento ipertestuale nella sezione del proprio sito web denominata Amministrazione trasparente, in particolare nella sottosezione "Bandi e contratti pubblici": questo collegamento deve essere in grado di rinviare ai dati e alle informazioni relativi all'intero ciclo di vita del contratto pubblico conferiti dalla stessa stazione appaltante all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), più specificamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP)da essa costruita e gestita.

Si intende così garantire alle persone che vogliano conoscere questi dati e queste informazioni un accesso – non diretto, ma tramite la sezione "Amministrazione trasparente" – a quanto detenuto in proposito dalla BDNCP, assicurando la trasparenza civica (cioè a vantaggio della cittadinanza) del processo contrattuale.

Questo versante della trasparenza civica si arricchisce di altri elementi, grazie agli adempimenti previsti dalla normativa generale sulla trasparenza amministrativa e ai conseguenti obblighi di pubblicazione. La stazione appaltante deve infatti riversare – ancora una volta entro la propria sezione "Amministrazione trasparente" – altri dati, informazioni e atti considerati dal Codice del 2033 (art. 37) strumentali ad assicurare la trasparenza amministrativa dell'agire pubblico nel suo complesso. È possibile rinvenire l'elenco di questi ulteriori obblighi nell'Allegato 1 della stessa delibera di ANAC appena sopra richiamata.

3. *I vantaggi offerti dalla digitalizzazione del mercato dei contratti pubblici*

Dal 1° gennaio 2024, dunque, la trasformazione e modernizzazione del sistema dei contratti pubblici ha potenzialmente iniziato a produrre i propri benefici effetti, rinnovando completamente il modo di concepire e gestire i processi amministrativi ad esso connessi.

Questi ultimi infatti, quando digitalizzati, non prevedono più la circolazione di documenti cartacei, ma solo la trasmissione di dati e informazioni fra piattaforme certificate che garantiscono la propria interoperabilità, reciprocamente e con le banche dati pubbliche esistenti. Tutto ciò consente, allo stesso

[7] Disponibile nel portale web www.anticorruzione.it.

tempo, l'arricchimento delle stesse banche dati pubbliche grazie al fatto che esse si alimentano continuamente con i nuovi dati che via via si producono grazie all'avvio dai singoli processi relativi alla stipulazione dei contratti pubblici.

Anche il precedente Codice dei contratti pubblici prevedeva la digitalizzazione di questi ultimi[8]. Tuttavia non si era mai giunti a una reale "messa a terra" del processo a causa tanto del fatto che la digitalizzazione delle procedure era prevista come una delle possibili scelte discrezionali delle stazioni appaltanti, quanto del pesantissimo ritardo nell'approvazione del decreto attuativo della disciplina codicistica in argomento[9]. La scelta conseguentemente accolta diffusamente dagli enti pubblici è stata allora quella di non adempiere al suggerimento del legislatore: infatti digitalizzare il ciclo di vita degli appalti non significa soltanto utilizzare un computer; richiede investimenti in tempo e risorse di persone, anche per la creazione delle competenze necessarie a gestire i processi, che se non richiesti obbligatoriamente determinano disapplicazione della normativa.

Ora siamo in costanza di un vincolo di legge. È possibile dunque incominciare ad apprezzare i vantaggi della digitalizzazione.

Digitalizzare il ciclo di vita degli appalti pubblici significa semplificare le procedure e alleggerire consequenzialmente una delle attività più onerose per le amministrazioni, le quali si trovano spesso a impiegare molto tempo e ingenti risorse di persone nello svolgimento di pratiche quando gestite secondo modalità tradizionali.

Digitalizzare le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici potrebbe assicurare, se i processi sono ben organizzati, un grado maggiore di trasparenza tramite la tracciabilità dell'attività amministrativa.

Quest'ultima consente pure un grado maggiore di partecipazione del cittadino nella conoscibilità dell'agire pubblico; nonché controlli istituzionali più approfonditi e precisi, meglio assicurando il rispetto della legalità e dell'integrità del contratto stesso.

In questo senso, dunque, la digitalizzazione può essere concepita anche come un'efficace misura di prevenzione dell'illegalità, della corruzione, dell'infiltrazione criminale, oltre che di efficientamento dell'azione amministrativa.

Questo complesso di fattori indica come la digitalizzazione dei contratti pubblici rappresenti un obiettivo irrinunciabile per il Paese: un'amministrazione che "compra bene", ovvero in modo efficiente, rapido, trasparente, senza dispersione di risorse dovuta a illecito o incompetenza è un'amministrazione

[8] Ci si riferisce agli articoli artt. 44 e 58 del previgente Codice di settore adottato con Decreto legislativo n. 50/2016.

[9] D.P.C.M. 12 agosto 2021, n. 148.

efficace che "serve" il cittadino, sostiene lo sviluppo di un dinamico sistema imprenditoriale, contribuisce ad attrarre investimenti stranieri.

A questo fine contribuisce anche la previsione codicistica che dà impulso all'uso di soluzioni tecnologiche (quali l'intelligenza artificiale): ciò al fine di migliorare l'efficienza delle stazioni appaltanti pubbliche nell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici[10], anche contribuendo a prevenire condotte corruttive[11]. Ciò comunque nel rispetto di principi quali quello di conoscibilità e comprensibilità (da parte dell'operatore economico che ha il diritto di essere a conoscenza dell'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino); di non esclusività della decisione algoritmica (dovendo essere presente nel processo decisionale un contributo umano a fini di controllo, validazione, smentita della decisione automatizzata); non discriminazione algoritmica (per evitare effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici).

È già intervenuta in materia un'interessante sentenza della giustizia amministrativa[12] che rigetta il ricorso dell'impresa esclusa dall'affidamento: quest'ultima lamentava l'impiego di un sistema basato sull'intelligenza artificiale che l'impresa vincitrice avrebbe utilizzato al fine di redigere report tecnici, interloquire con la stazione appaltante e migliorare i tempi di lavorazione. Si pretendeva che così facendo sarebbero stato violato il principio di parità di trattamento, sarebbe stato alterato il giuoco della concorrenza e compromesso l'affidabilità delle prestazioni contrattuali. Il Tribunale ha viceversa sostenuto che "L'impiego di strumenti di intelligenza artificiale, se non espressamente vietato dagli atti di gara, è pienamente lecito, a condizione che non incida negativamente sulla qualità e sull'affidabilità del servizio reso".

4. *Quali sfide e rischi comporta la digitalizzazione del mercato dei contratti pubblici*

Dalla digitalizzazione dei contratti pubblici discende, dunque, anche un'ipotetica maggior trasparenza di essi.

La transizione digitale pone però (all'Italia in particolare, ma non solo) una serie di sfide che qui elenchiamo in ordine sparso. Dunque:

[10] Art. 30 Codice dei contratti pubblici. Sul tema e sulle sue implicazioni si rinvia al solo G.F. Licata, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche,* 2024, 2, 30 ss.

[11] V.M. Donini, *L'impatto dell'intelligenza artificiale nella lotta alla corruzione: opportunità, sfide e prospettive*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 2025, 1, 149 ss.

[12] Tribunale Amministrativo Regionale, Lazio, Roma, sez. II, 29 gennaio 2025, n. 4546.

- vi è la necessità di ingenti investimenti determinati dall'esigenza di modernizzazione;

- i tempi in cui realizzare questi investimenti sono stretti: poiché la digitalizzazione è azione ricompresa nel PNRR, occorre al proposito ricordare che esso deve essere integralmente attuato dall'Italia entro il 30 giugno 2026[13], potendosi al momento escludere l'ipotesi di proroghe[14];

- in un'operazione di contratto pubblico sono sempre presenti asperità interpretative e applicative: la legislazione di settore è di per sé complessa; a questo dato si aggiunge che la legislazione è nuova e dunque richiede tempo e competenze per conoscerla e imparare ad applicarla;

- il nuovo ambiente di lavoro, tutto integralmente digitalizzato, aggiunge alle difficoltà di tipo normativo quelle poste dalle novità tecnologiche;

- la trasformazione dei procedimenti amministrativi in processi digitali determina ostacoli di tipo psicologico a motivo dell'ingresso in un contesto lavorativo inedito soprattutto di chi non sia "nativo digitale";

- le nuove tecnologie portano con sé l'esigenza di nuove professionalità. Per esempio il BIM richiede che l'ente della Pubblica Amministrazione che funziona da stazione appaltante per opere il cui costo sia superiore a un milione di euro si doti di un BIM *Manager* e di un BIM *Coordinator*. Ancora ad esempio l'ultimo (e già ricordato) *Piano triennale per l'informatica Pubblica*

[13] Il Regolamento (UE) 2021/241 pone il termine generale di conclusione dei Piani nazionali al mese di agosto 2026. Sulla governance del PNRR ci si permette di rinviare a N. Parisi, *NextGenerationEU: oltre il PNRR verso una politica macro-economica europea di stampo federale?*, in D.G. Rinoldi, A. Scialdone (a cura di), *PNRR. Promesse da mantenere e miglia da percorrere*, Napoli, 2023, 13-67; anche N. Parisi, D. Rinoldi, *Per un rafforzamento dell'alleanza tra soggetti pubblici e privati*, cit.

[14] Questo si evince dalla Comunicazione della Commissione dal titolo (ancora soltanto in lingua inglese) *NextGenerationEU - The road to 2026*, COM(2025) 310 final, del 4 giugno 2025, nella quale si fa il punto sullo stato d'avanzamento dei Piani di ripresa e resilienza, riscontrando generali criticità sulle tempistiche della loro attuazione. Per questo motivo la Commissione si propone di affiancare gli Stati membri dell'adottare una o più delle otto soluzioni individuate al fine di accelerare e semplificare il processo (punto 3.2): trasferimento delle risorse finanziarie da misure di impossibile attuazione entro il 31 agosto 2026 a misure già previste e in ottimo corso di attuazione; riduzione della dotazione finanziaria derivante dai prestiti; spostamento dei progetti di investimento verso altri fondi nazionali o europei; istituzione di uno strumento finanziario gestito in modo indipendente dal Governo per incentivare investimenti privati; trasferimento (in percentuali ridotte e a condizioni molto strette) delle risorse finanziarie a InvestEU; conferimento di risorse a istituzioni finanziarie pubbliche (o controllate da enti pubblici) impegnate in obiettivi di interesse generale (cd. NPBIs); spostamento di risorse verso il Programma europeo per l'industria della difesa (EDIP) o verso i programmi europei per le comunicazioni satellitari.

Amministrazione 2024-2026 obbliga gli enti pubblici a dotarsi di Responsabili per la transizione digitale (capaci di presidiare l'integrazione sia verticale che orizzontale delle varie fasi del processo di digitalizzazione con l'assetto preesistente, per esempio il responsabile per la conservazione documentale, il responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza, il responsabile della protezione dei dati, il responsabile per la sicurezza)[15]. Sempre ad esempio se l'ente pubblico usa l'intelligenza artificiale nei processi digitali occorrerà che si doti di un cosiddetto *Innovation Manager* per mettere a regime tutte gli adempimenti (come quelli relativi alla identificazione, valutazione e mitigazione dei rischi dipendenti dal suo impiego, nonché alla formazione interna e al la sorveglianza del mercato) richiesti dal cosiddetto *AI Act*, in vigore dal 2 agosto 2024 anche se applicabile per tappe (a partire 2 febbraio 2025 fino al proprio completamento il 2 agosto 2026)[16].

Conclusivamente sul punto: la digitalizzazione non è solo un percorso complesso e articolato; essa, per inverarsi, ha bisogno anche di ingenti investimenti e di significative competenze.

5. *L'adeguatezza o meno della risposta del "sistema-Paese"*

Come rispondere a tutte queste sfide e ai rischi connessi al passaggio alla digitalizzazione del mercato dei contratti pubblici?

Dalla prospettiva dell'adeguatezza delle risorse finanziarie messe a disposizione del processo, l'adozione del PNRR si presenta come un'occasione preziosa e strategica per dare fiato alla digitalizzazione del Paese e, con esso, della Pubblica Amministrazione nel suo complesso.

Si consideri che per la Missione 1 (Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo) sono messi a disposizione dell'Italia 46,3 miliardi di euro, pari al 20,7% delle risorse totali del Piano stesso; gli ambiti di investimento per promuovere la digitalizzazione della PA (ovvero la più volte citata Componente 1 della Missione 1) assorbono circa 6,14 miliardi di euro, ai quali devono essere aggiunti 600 milioni di euro previsti dal Piano Nazionale Complementare al PNRR[17].

[15] Si veda AGID, *Piano triennale per l'informatica Pubblica Amministrazione. Edizione 2024-2026*, 2023, 78-79.

[16] Si veda Regolamento (UE) 2024/1689, *Regolamento sull'intelligenza artificiale*, pubblicato nella *G.U.U.E.* L del 12 luglio 2024.

[17] Si veda al proposito A. Baldassarre, *PNRR e trasformazione digitale: ecco gli investimenti e le riforme previste per la digitalizzazione della PA*, in *Forumpa.it*, 2022.

Dunque, il fronte finanziario non è fonte di criticità: proprio a motivo delle grandi opportunità che il PNRR offre, fra il 2021 e il 2026, non vi sono problemi di reperimento di risorse, anzi – se si vuole – i problemi risiedono nel come spendere le ingenti risorse che questo Piano mette a disposizione, in modo congruente alle aspettative dell'Unione europea.

Dalla prospettiva delle competenze, si suole dire – non a torto – che le istituzioni camminano sulle gambe delle persone: ovvero, nel caso che qui ci riguarda, le stazioni appaltanti sono in grado di comprare (ovvero di poter partecipare al sistema di e-procurement) solo se certificate, cioè se coloro che fanno parte del pubblico impiego hanno la competenza di costruire e far funzionare un sistema digitale.

La competenza non si inventa con uno schiocco di dita, o una parola d'ordine, all'entrata in vigore di nuove norme. Essa viene costruita nel tempo ed è frutto della congiunzione di diversi fattori: fra essi anzitutto conoscenze tecniche, competenze etiche, menti aperte a cogliere le sfide che provengono da un contesto lavorativo del tutto inedito.

Le questioni centrali sono dunque due: lo strumento sofisticato dell'e-procurement è compatibile con il livello di competenza della nostra P.A.? Poi, e non in subordine, esso così come organizzato è aderente al principio di trasparenza amministrativa quale diritto del cittadino costituzionalmente protetto?

6. *La questione della competenza della Pubblica Amministrazione e della sua capacità di "digerire" la digitalizzazione del mercato dei contratti pubblici*

Si consideri allora, al proposito, la condizione in cui versa in generale la Pubblica Amministrazione italiana, impoverita da riforme (qualcuna dissennata, qualcun'altra buona ma mal realizzata o inattuata) e perturbata da frequenti crisi economico-finanziarie che il Paese ha attraversato (quelle che, per esempio, hanno determinato ripetuti blocchi del *turn-over*). Gli studi sul tema sono tanti e concordanti: la Pubblica Amministrazione italiana è "un sistema (…) fermo e appesantito", essendo bisognoso di "funzionalità, imparzialità, democraticità, effettività e fiducia dei cittadini"[18].

D'altronde, per cercare conforto a questo duro giudizio fuori dal nostro ordinamento, ci si può riferire ai periodici rapporti prodotti dall'Organizzazione (internazionale) per la cooperazione e lo sviluppo economici (OCSE). L'ultimo

[18] F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2018, 1, 81-120, specific. 111.

di essi – contenuto nel documento intitolato *Studi economici dell'OCSE: Italia 2024* – dà risultanze analoghe.

La Pubblica Amministrazione italiana "è percepita come meno efficace rispetto alla PA della maggior parte degli altri Paesi dell'OCSE": nella *survey* di OCSE essa infatti si situa a sette posti dal fondo nella graduatoria dei 38 Stati membri dell'Organizzazione quanto ad efficienza delle *performance*; al penultimo per durata delle procedure; al quart'ultimo per anzianità dei suoi componenti[19]. Ad inizio 2024 ancora l'OCSE auspica "Una strategia globale volta ad affrontare la complessità normativa e le pratiche organizzative carenti": essa "accrescerebbe la capacità della Pubblica Amministrazione di attuare riforme strutturali e progetti di investimento pubblico complessi, tra cui il PNRR"[20].

L'Organizzazione, ancora, valuta che sia "necessario compiere ulteriori progressi in materia di retribuzione legata ai risultati nonché di mobilità professionale dei dipendenti pubblici. La priorità fondamentale dovrebbe essere quella di modernizzare i sistemi di valutazione delle prestazioni con l'obiettivo di far corrispondere meglio le retribuzioni dei dipendenti pubblici e i loro avanzamenti di carriera alla rispettiva performance"[21]. OCSE infine sostiene che sia "prioritario promuovere la mobilità [di essi, fattore] (…) che potrebbe accrescere il capitale umano, agevolare la riassegnazione del personale alle Pubbliche Amministrazioni con un'elevata domanda di manodopera, e ridurre il rischio che i dipendenti pubblici rimangano ancorati in posizioni con un'eccessiva discrezionalità sulle procedure amministrative"[22].

E ancora, per cogliere dati che emergono dalla quotidianità ordinaria: ci sembra sia paradigmatica di quanto appena esposto l'ordinanza della Corte di Cassazione che accetta supinamente i ritardi della PA nell'adempiere ai propri obblighi di corrispondere compensi all'impresa che le fornisce servizi, asserendo che l'impresa ben sa di non poter far conto sulla puntualità della Pubblica Amministrazione[23]. Difficile non concordare con il giudizio di chi reputa che questa ordinanza manifesti "un'inaccettabile rassegnazione"[24] della nostra suprema giurisdizione: inaccettabile a fronte delle pressanti

[19] Si vedano le tabelle 1.18, p. 40 dello studio appena citato nel testo.

[20] OCSE, *Studi economici dell'OCSE: Italia 2024*, Parigi, 2024, 38.

[21] OCSE, *Studi economici dell'OCSE: Italia 2024*, cit., 39.

[22] OCSE, *Studi economici dell'OCSE: Italia 2024*, cit., 39.

[23] Ci si riferisce all'ordinanza della Corte di Cassazione, sez. civile V, 9 maggio 2024, n. 12708.

[24] È il giudizio di L. Oliveri, *L'inaccettabile rassegnazione della Cassazione sui ritardati pagamenti della PA come fatto "prevedibile"*, in *Le autonomie*, 2024.

esigenze di liquidità delle imprese stesse (quindi della loro permanenza sul mercato), oltre che di violazione della Direttiva europea 2011/7/UE, che pretende il rispetto del termine di pagamento (in 30 o al massimo 60 giorni) da parte delle amministrazioni pubbliche nazionali per servizi e beni acquistati dal privato.

Riassumendo: i pubblici dipendenti italiani – ancora nel gennaio 2024, a soli 18 mesi dalla conclusione dell'attuazione del PNRR – sono (e sono stati) reputati troppo inefficienti, troppo lenti, troppo anziani, troppo poco ben valutati in relazione alla propria effettiva *performance*.

Il quadro è preoccupante se messo a confronto con le sfide che la Pubblica Amministrazione italiana deve fronteggiare.

Entro questa prima situazione critica di portata generale si colloca la situazione specifica della digitalizzazione di quel settore pubblico che presidia il mercato dei contratti.

Il sistema di *e-procurement* è stato puntualmente predisposto da ANAC per iniziare ad operare il 1° gennaio 2024. Certamente necessita di un attento e continuo perfezionamento, avendo dimostrato già nelle prime settimane del proprio funzionamento alcune criticità, com'era peraltro prevedibile data la sua novità e complessità, oltre ai tempi stretti di realizzazione: il Codice che lo ha previsto è entrato in vigore soltanto il 1° luglio 2023. È comunque rimarchevole che l'Autorità Nazionale Anticorruzione sia arrivata puntuale alla scadenza prefissata.

E però, "a valle" del lavoro di ANAC che si situa la sfida reale, quella sulla concreta operatività del sistema: è una sfida che resta affidata integralmente alle stazioni appaltanti pubbliche.

7. *Qualche piccola luce…*

Non è possibile già ora, a solo un anno dalla "messa a terra" del sistema di digitalizzazione del mercato dei contratti pubblici, concludere nel senso della sua concretamente raggiunta utilità e funzionalità anche in termini di miglior trasparenza civica: le riforme hanno bisogno di tempo per poterne valutare l'impatto, la capacità di inverarsi e le esigenze di manutenzione nel medio/lungo periodo. Inoltre, come si conviene a qualsiasi apparato complesso, le energie dovrebbero essere poste, più che sulle riforme in quanto tali, sulla gestione e la valorizzazione delle risorse umane, evitando una loro sottovalutazione o addirittura una loro subordinazione[25].

[25] Così A. Travi, *Pubblica amministrazione. Burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano, 2022.

Fin d'ora è però possibile dire che un primo dato positivo del nuovo assetto introdotto con il Codice dei contratti pubblici adottato con Decreto legislativo n. 36/2023 è costituito dall'estensione alla fase dell'esecuzione delle procedure di vigilanza sull'efficiente attuazione dei processi che li presidiano: il Codice ha infatti introdotto obblighi di trasparenza in relazione a questa stessa fase.

Peraltro, fa da contraltare negativo a questo progresso la mancata digitalizzazione della fase di rendicontazione: tanto il Codice del 2023 che la collegata delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 264/2023, nell'affrontare la questione della digitalizzazione in relazione al ciclo di vita di un contratto pubblico, non si riferiscono mai a quest'ultima non trascurabile fase.

8. *…e una lunga ombra*

Il progresso specifico appena sopra segnalato si inserisce in una cornice generale di grande debolezza dalla prospettiva civica qui privilegiata.

A fronte delle esigenze di semplificazione così tanto diffusamente sostenute ci si sarebbe potuti aspettare che il Codice predisponesse un sistema di trasparenza amministrativa dei contratti pubblici più "amichevole" nei confronti dei cittadini, affidandone integralmente la gestione alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, completato dal collegamento ipertestuale con le sezioni "Amministrazione trasparente" delle stazioni appaltanti.

Il Legislatore ha invece optato per una diversa soluzione distinguendo fra, da una parte, dati e informazioni (che la stazione appaltante riversa nella banca dati) e, da un'altra parte, atti che (non vengono digitalizzati ma) devono essere messi a disposizione dalla stessa stazione appaltante nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito.

È vero che in via di principio la sezione implicata consente alla persona che vi accede di conoscere dati e informazioni sul ciclo di vita dei contratti pubblici contenuti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, oltre ai documenti relativi alle procedure in oggetto.

Ma ciò è possibile se la stazione appaltante abbia adempiuto a due diversi obblighi: quello di creare un *link* fra la propria sezione "Amministrazione trasparente" e la BDNCP, secondo quanto dispone il Codice dei contratti pubblici; e quello di adempiere agli obblighi di pubblicazione ulteriori stabiliti dal Codice della trasparenza del 2013. Tuttavia da siffatto sistema per così dire binario discende che per conoscere il contenuto degli atti della stazione appaltante bisogna dunque affidarsi come sempre alla "buona volontà" delle singole stazioni appaltanti, chiamate ad alimentare le proprie sezioni di "Amministrazione trasparente". La prassi dipanatasi dal 2013 a oggi ci restituisce

un panorama molto diversificato quanto a livello di adempimento, reputato non soddisfacente per un cittadino che mostri interesse nei confronti dell'agire pubblico, come dimostrano senza ombra di dubbio le crescenti difficoltà che incontra il monitoraggio civico dei progetti di investimento previsti dal PNRR.

Questo sistema, tra l'altro, non garantisce il pur affermato principio "*once-only*"[26], che è messo a repentaglio nel sistema vigente dal momento che esso obbliga la stazione appaltante a un doppio adempimento.

Inoltro è indubbio che non poter disporre degli atti e dei documenti in formato digitale (e talvolta non poterne disporre *tout court* a motivo del mancato adempimento degli obblighi di pubblicazione) significa escludere la conoscibilità delle motivazioni che determinano un ente pubblico a procedere a un certo investimento, della storia pregressa di quel nuovo investimento.

Insomma, l'attuale regime assicura certamente (tramite la digitalizzazione) la conoscibilità di dati quantitativi, ma lascia inalterata l'insoddisfacente situazione pregressa circa la difficile conoscibilità di quelli qualitativi.

Vero è che esiste (ed è stato anch'essa digitalizzata) la via dell'accesso civico generalizzato: esso permette la conoscibilità di ogni atto detenuto dalla P.A. su richiesta. Ma si tratta di una via che si dimostra impervia per la singola persona che voglia "conoscere per deliberare".

9. *Quale soluzione si potrebbe suggerire al Legislatore*

Allora si potrebbe suggerire che, nell'occasione della necessità di recepire le nuove direttive europee che si preannunciano[27], il Legislatore italiano colga l'opportunità di ripensare al sistema della trasparenza civica nel suo complesso: potrebbe, nella prospettiva dell'esigenza di semplificazione tanto sbandierata, affidarla al portale unico di cui dispone ANAC per far confluire lì tutti i documenti, le informazioni e i dati relativi a tutti i contratti pubblici, creando un meccanismo automatico di collegamento con le sezioni dei siti degli enti pubblici dedicati alla trasparenza e magari anche con la futura tanto annunciata piattaforma unica sulla trasparenza amministrativa.

[26] Art. 19 Codice dei contratti pubblici.

[27] Come noto il 13 dicembre 2024 la Commissione europea ha avviato la fase di consultazione sulle direttive del 2014 in materia di appalti pubblici al duplice fine di: valutarne l'efficacia nel contribuire a un elevato livello di concorrenza nel mercato unico; alla maggiore partecipazione delle PMI; alla semplificazione e flessibilità delle procedure; alla trasparenza e all'integrità della spesa pubblica; all'uso efficiente dei fondi pubblici; allo sviluppo di un'economia europea più verde, sociale e innovativa; 2. valutarne il contributo ad armonizzare le norme e le prassi nazionali e a ridurre la frammentazione giuridica.

La semplicità, invece della frammentazione, è la via maestra per una completa conoscibilità dell'agire pubblico in materia contrattuale.

Si potrà allora dire di aver dato adempimento pieno alla norma del Codice della trasparenza secondo la quale "La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"[28].

Il successo di questa imponente e ambiziosa operazione richiede il supporto di una Pubblica Amministrazione forte, frutto di un investimento di sistema che tenga in conto il rispetto pieno del principio di sussidiarietà e di leale cooperazione fra i diversi livelli di governo, nonché dell'esigenza di adeguatezza alle funzioni da svolgere da parte della dimensione e delle risorse (umane e finanziarie) affidate al singolo ente pubblico[29]. Il PNRR italiano offre questa opportunità tramite la prevista riforma della Pubblica Amministrazione[30].

A fianco della Pubblica Amministrazione occorre del resto l'attento controllo di cittadini consapevoli nell'esercizio della propria responsabilità: l'essere titolari della sovranità comporta appunto responsabilità pesanti, doveri da esercitare con attenzione. Si tratta di un fronte in cui si impone un'azione formativa importante, non meno sul piano etico rispetto a quello tecnico-scientifico.

[28] Si veda l'art. 1, co. 1, D. Lgs. n. 33/2013.

[29] F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Diritto pubblico*, cit.

[30] Si vedano fra i tanti commentatori dell'impegno su questo ambito: F. Amedeo, *Le pubbliche amministrazioni di fronte alle sfide del PNRR,* Padova, 2022; N. Giannelli, *Il cammino delle riforme della pubblica amministrazione nella svolta pragmatica del PNRR*, in *Studi urbinati*, 24 gennaio 2022; F. Galasso, *Il Pnrr propulsore della innovazione manageriale della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. di pub. manag.*, 2022, 1; I. Maroccia, F. Scinetti, G. Turati, *La riforma infinita della PA*, in *Osservatorio dei conti pubblici italiani*, 13 giugno 2024.

IL DIRITTO PRIVATO DI FAMIGLIA E L'INCIDENZA DELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE

Teresa Pasquino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto di famiglia tra ordinamenti statali e Corti europee. – 3. L'incidenza del diritto europeo nell'acquisto dello status filiationis.

1. *Premessa*

Tra i più proficui cultori del processo di armonizzazione dell'ordinamento giuridico verso un diritto privato europeo, spicca senz'altro la personalità culturale, giuridica e accademica dello Studioso che con queste pagine si vuole onorare. Provenendo, infatti, da una formazione civilistica e da una antica e sedimentata cultura per la comparazione, non vi poteva essere dubbio alcuno che l'Onorato avrebbe di sicuro colto nel segno[1].

Il metodo prescelto, per usare le stesse parole con cui l'Onorato lo ha illustrato di recente, è quello derivante non dalla "esposizione delle regole privatistiche ma sarà caratterizzata da una osservazione ed analisi dei meccanismi con i quali le regole, le definizioni, i princìpi si compongono nel panorama del diritto dell'Unione"[2]; intendendo per tale via incentrare l'attenzione non sulla regola prodotta quanto piuttosto sul processo storico, culturale, ermeneutico con cui essa è stata creata.

Ormai fa parte del patrimonio culturale di qualsiasi giurista la consapevolezza del fatto che l'appartenenza all'attuale Unione europea abbia comportato una diversa configurazione del sistema delle fonti del diritto, con la conseguente necessità per il legislatore interno e per l'interprete di guardare all'ordinamento privatistico non più come l'unica sede in cui cercare le norme da creare, interpretare ed applicare ma come un sistema collocato in un più ampio contesto di altre fonti, talune anche sovraordinate a quelle interne, con cui conformarsi o di fronte alle quali modificarsi.

[1] Si veda, da ultimo, G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il Diritto privato*, Padova, 2024.

[2] Testualmente, G.A. Benacchio, *op. cit.*, 4.

Il "federalismo giuridico"[3], che ne è derivato, ha caratterizzato anche il diritto dell'UE, nella sua peculiare forma con i singoli Stati che mantengono una loro autonomia normativa, dottrinale e giurisprudenziale; salvo che in alcuni settori dove si afferma un diritto sovrastatale che si interpreta e si applica secondo criteri federali e unitari. E, tuttavia, non essendo l'UE organizzata su base federale, particolarmente accentuata è la disomogeneità che ne è derivata, essendo i modelli giuridici dei singoli Stati profondamente diversi tra loro. A ciò si aggiunga, altresì, il fenomeno della "circolazione dei modelli", sia sotto forma di mutuazione di un modello giuridico di uno Stato membro, recepito dall'Unione e poi indirizzato di nuovo verso altro Stato, sia sotto forma di recepimento di modelli extra-comunitari ovvero di esportazione di modelli comunitari verso altri sistemi, con tutto ciò che ne è conseguito e di cui si è beneficiato in termini di formazione culturale degli interpreti. Dal che, la fondamentale questione, posta di recente, dall'Onorato: "È un approccio di tipo nuovo, transnazionale, europeo, unionale, che sta influenzando il metodo di ricerca di tanta dottrina italiana e straniera o vi è, invece, alla base un mutamento oggettivo che riguarda altri fattori, come l'ampliamento delle materie di competenza dell'Unione?"[4].

Per meglio comprendere, occorre contestualizzare il discorso partendo dall'esigenza – che è propria del diritto UE – di portare definitivamente a termine il processo di definizione di un vero e proprio mercato unico europeo e così mettere gli operatori economici in condizione di competere tra loro e tra altri operatori extra-europei; il che ha posto la necessità di eliminare ogni tipo di specificità nazionale che potesse trasformarsi in uno svantaggio per sé stessi ed in un vantaggio per quelli extra UE, rendendo questi ultimi maggiormente competitivi.

L'utilità di creare una base comune di riferimento delle regole di diritto privato, mediante l'adeguamento del diritto interno al diritto dell'UE, ha determinato, nel pensiero dell'Onorato, da un lato, l'ampliamento dell'area di incidenza del diritto UE sul diritto interno; dall'altro lato, una trasformazione culturale degli interpreti che ora hanno sempre più una mentalità giuridica trasnazionale.

Occorre, tuttavia, considerare che "europeizzare" il diritto non significa creare un insieme di principi giuridici comuni; questi, dice giustamente l'Onorato, esistono già e derivano dalla tradizione gius-romanistica; e precisa: "Anzi, è proprio l'esistenza di principi e valori comuni che può facilitare la costruzione di un *diritto privato comune europeo*, inteso come un vero e proprio sistema

[3] Così lo ha definito l'Onorato in *op. cit.*, 4.

[4] G.A. Benacchio, *op. cit.*, 7.

unitario: un sistema di regole operative uniche, avente valore cogente, che può trova la propria espressione tanto in un *case-law*, quanto in un testo o *codice* che raccolga regole e soluzioni frutto di una generale e formale condivisione"[5].

Peraltro, le iniziative dottrinali, volte alla unificazione di un diritto privato europeo, in tutto o in parte, non hanno sortito l'effetto sperato, soprattutto a causa di una scarsa interazione tra gli studiosi che partecipavano alla creazione di un codice comune europeo e le stesse istituzioni che si prefiggevano gli obiettivi cui era necessario dare risposte anche sul piano giuridico[6]. Dal canto suo, la dottrina, con maggiore slancio rispetto alla Commissione UE, ha provato a creare un modello di codice unico europeo, quantomeno riferito a quella parte del diritto delle obbligazioni o al diritto dei contratti, ossia relativamente a quell'area del diritto privato che maggiormente si presterebbe ad essere unificata; senza, tuttavia, trascurare di considerare come, inevitabilmente, anche gli altri settori della materia non si sarebbero sottratti ad un processo di armonizzazione, quand'anche non rientranti formalmente nelle materie di competenza UE.

È quanto di fatto accaduto al Diritto di famiglia, uno dei settori maggiormente permeati dalla contaminazione dei modelli per il merito soprattutto della giurisprudenza delle Corti europee; un settore che, per quanto escluso dalla competenza formale dell'azione UE, ha mostrato tutta la sua idoneità a intersecarsi con i sistemi giuridici nazionali attraverso l'ermeneutica dei giudici europei ed a plasmare così anche l'interpretazione dei giudici nazionali.

2. *Il diritto di famiglia tra ordinamenti statali e Corti europee*

Quale raffinato Cultore anche del diritto civile della famiglia, non è, infatti, sfuggito al nostro Onorato come "nel diritto privato l'area del diritto di famiglia è quella in cui la circolazione dei modelli, in base a vistosissimi fenomeni di imitazione, ha dato luogo ad una maggiore uniformità"[7].

[5] Testualmente G.A. Benacchio, *op. cit.*, 9.

[6] Rileva a tal riguardo l'Onorato, *op. cit*., 10 : "Nel 1989, e poi anche nel 1994, il Parlamento europeo aveva approvato un paio di Risoluzioni13 nelle quali si sottolineava l'opportunità di intensificare iniziative volte alla redazione di un *Codice comune europeo* di diritto privato che avrebbe permesso una più efficace armonizzazione del diritto e avrebbe permesso di soddisfare i requisiti giuridici comunitari per arrivare a un mercato unico e senza frontiere".

[7] Così, testualmente in *op. ult. cit*., 11, nota 14. Cfr. anche il Regolamento (UE) 2019/1111 del 25 giugno 2019, noto come Bruxelles II-*ter*, di rifusione del Reg. n. 2201/2003 (Bruxelles II-*bis*), *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia ma-*

E come non convenire su questa fondamentale considerazione alla semplice osservazione di quanto tale parte del diritto privato sia stata, insospettabilmente, cambiata per effetto dell'armonizzazione con il diritto europeo, nonostante la materia sia stata sempre sottratta alla sua area di azione.

L'istituto della "famiglia" è stato fra gli ambiti disciplinari in cui già il disegno costituzionale aveva fortemente inciso con i suoi principi ed i suoi valori – il riferimento, in questo caso, è al *principio di uguaglianza* – laddove alla famiglia c.d. *legittima* si è affiancato un altro modello, quello della c.d. famiglia *di fatto*.

Alla famiglia legittima, ossia a quella fondata sul matrimonio, l'art. 29 Cost. riconosce i diritti propri di una *società naturale*; locuzione, questa, che ha posto all'interprete l'esigenza di porre la dovuta attenzione alla necessità di tutelare e garantire i casi di convivenza al di fuori del matrimonio, posto che tra i soggetti che vivono come coniugi si stabiliscono vincoli di fedeltà, coabitazione, assistenza e reciproca contribuzione agli oneri patrimoniali. Ancora più deciso è stato il riconoscimento delle istanze di tutela nei rapporti con i figli nati fuori dal matrimonio, nei confronti dei quali sorgono veri e propri doveri di istruzione, di educazione e di mantenimento; di modo che alla formazione così composita si sono riconosciute le stesse aspettative di tutela e solidarietà sociale che la legge prevede per la famiglia legittima.

In questo ambito, è stato innegabile il ruolo e l'incidenza della giurisprudenza delle Corti europee, soprattutto in questi ultimi anni, si è volta ad operare un significativo mutamento del concetto di "nucleo familiare", fino a spingersi a comprendere in esso le unioni tra persone dello stesso sesso, in qualche caso ritenute addirittura idonee ad accogliere per affidamento anche la prole [8].

trimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, pubblicato in *GUUE* L 178, 2 luglio 2019.

[8] Cfr. in tema A. Schuster, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012; Id., *L'abbandono del dualismo etero normativo della famiglia*, in Id. (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011, 40 ss. Nega l'assimilazione della unione tra omosessuali al matrimonio, pur sottolineandone la rilevanza come "formazione sociale", Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138. In senso conforme si vedano anche Corte costituzionale, ordinanza 22 luglio 2010, n. 276, in *Fam e dir.*, 2011, 18, con nota di A. Riviezzo, *Sulle unioni omosessuali la Corte ribadisce: "questo" matrimonio non s'ha da fare (se non lo vuole il Parlamento)*; Corte costituzionale, ordinanza 5 gennaio 2011, n. 4, in *Giust. civ.*, 2011, I, 841, con nota di G. Cosco, *Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale*; Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 170; Cassazione Civile, 9 febbraio 2015, n. 2400. In tutte queste pronunce il riferimento alla giurisprudenza delle Corti europee è frequente ed espresso sempre in termini dialettici. Tra queste cfr. anche quella contenente il richiamo all'Italia della

Attività, questa che, com'è noto, ha portato il legislatore italiano ad emanare la Legge 21 maggio 2016, n. 76 che ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso, riconoscendole come ammissibili anche in ragione della copertura costituzionale *ex* art. 2 Cost. in quanto rientranti nel concetto di formazioni sociali da essa espressamente tutelate.

La stessa legge ha anche operato un formale riconoscimento legislativo della convivenza *more uxorio* [9]; non si può fare a meno di rilevare come, anche sotto il profilo del rapporto genitori-figli, il riconoscimento della rilevanza della locuzione "società naturale" di cui all'art. 29 Cost. e di quella di "diritto al rispetto della vita familiare" di cui all'art. 8 CEDU abbiano avuto il loro peso.

Numerose, infatti, sono state nel corso degli anni le decisioni[10] in cui la Consulta, è stata interpellata per dirimere le questioni di una possibile incostituzionalità delle norme che non prestavano adeguata tutela anche al convivente *more uxorio*, soprattutto in considerazione dell'interesse dei figli. In tutte queste occasioni, la Corte costituzionale non ha mai riconosciuto esplicitamente tale equiparazione ma ha sempre ribadito la necessità di garantire ed assicurare alla prole naturale la stessa forma di tutela che è riconosciuta ai figli legittimi. Analoga posizione ha sempre mantenuto la Cassazione, sicché, nel rapporto genitori-figli, sia con riguardo agli aspetti personali che in ordine a quelli di natura assistenziale ed economica, nessuna disparità di trattamento è stata mai tollerata sulla base del diverso *status* di figlio legittimo o naturale; tanto che, l'orientamento giurisprudenziale accennato è ora integralmente recepito in norme di legge (artt. 315 ss. c.c.), introdotte nel Codice civile per effetto della legislazione speciale contenuta nella Legge 10 dicembre 2012, n. 219 e nella Legge 28 dicembre 2013, n. 154.

Corte EDU che, con la sentenza del 17 luglio 2015 (Caso 18766/11, *Olieri e al. Vs. Italia*), aveva condannato il nostro Paese per non aver ancora provveduto a legiferare in materia. Da ultimo, per un'ampia e ragionata trattazione della materia, cfr. A. Nicolussi, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Le parole del diritto*, *Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Milano, 2018, 725 ss. Peraltro, sul tema della possibilità per le coppie omosessuali di essere affidatarie della prole si veda la sentenza della Cassazione Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, ove si è negata la possibilità di trascrivere un atto di nascita di un minore, nato all'estero per effetto di maternità surrogata, vietata nel nostro ordinamento, per contrarietà all'ordine pubblico interno ed internazionale.

[9] Cfr., sul tema v. M. Tamponi, *Del convivere, La società post-familiare*, Milano, 2019.

[10] Sia consentito sul punto rinviare a T. Pasquino, *Le convivenze civili tra norme e prassi giurisprudenziale: non solo una questione di genere*, in S. Scarponi (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova, 2014, 141 ss.

In sede europea, il fondamentale principio del diritto alla libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione ha comportato necessariamente il riconoscimento di dover garantire a livello europeo anche la possibilità che i rapporti personali si realizzino e si svolgano pure al di là dei confini nazionali, provvedendo ad evitare che si pongano problemi di giurisdizione e di efficacia dei relativi provvedimenti sui rapporti familiari.

La questione più rilevante che si è posta all'attenzione degli interpreti ha riguardato l'affermazione di una serie variegata di modelli familiari che ha caratterizzato le società moderne di tutti i Paesi membri laddove al modello affettivo, basato sul vincolo coniugale, si è affiancato un multiforme modello di unioni non ufficializzate né in base al sesso né in base ad alcuna forma di registrazione[11]. Il tema è stato affrontato anche in sede di Parlamento europeo con riguardo alle cc.dd. "nuove famiglie" e, con la Risoluzione del 14 settembre 2021 sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE (2021/2679(RSP)), n. 4), è stato rilevato quanto sia necessario "che l'UE adotti un approccio comune al riconoscimento dei matrimoni e delle unioni tra persone dello stesso sesso; invita in particolare gli Stati membri a introdurre la legislazione pertinente per garantire il pieno rispetto del diritto alla vita privata e familiare senza discriminazioni e la libera circolazione di tutte le famiglie, comprese misure volte a facilitare il riconoscimento del genere legale dei genitori *transgender*"[12].

Proprio per evitare simili intralci e difficoltà, imbattendosi in procedure diverse e più o meno lunghe in materia di separazione e divorzio, nonché di potestà dei genitori sui figli, era già stato emanato il Regolamento n. 1347/2000, poi accorpato dal successivo Regolamento n. 2201/2003[13]. La normativa ha rappresentato una svolta fondamentale nel diritto di famiglia relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e sulla responsabilità genitoriale, con il merito di aver

[11] V. tra i tanti, G. Di Rosa, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria, in Europa e diritto privato*, 2009, 3, 755-771; M. Meli, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 2, 447-478.

[12] In più di un'occasione la Corte di giustizia ha precisato che il concetto di coniuge riferibile alle persone unite da vincolo matrimoniale è neutra sotto il profilo del genere e ha ricondotto a quel modello anche il vincolo tra coniugi *same sex* contratto tra cittadini dell'Unione (cfr. Corte di giustizia UE, 14 dicembre 2021, C 490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, § 61; 5 giugno 2018, C 673/16, *R.A. Coman R.C. Hamilton c. Inspectoratul General pentru Imigrări*, §§ 35, 50).

[13] Commissione europea, *Proposta di regolamento del consiglio concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e la sottrazione internazionale di minori (rifusione)*, COM(2016) 411 final, par. 1.

incluso, con riguardo agli obblighi nei confronti dei figli, anche la figura di un solo componente della coppia persino in caso di famiglia di fatto. La disciplina è stata successivamente completata con il Regolamento 2019/1111[14], in applicazione dal primo agosto 2022, che ha toccato specialmente la parte relativa alla responsabilità genitoriale, con particolare riferimento alla sottrazione internazionale di minori.

Anche nei rapporti inerenti agli obblighi familiari di natura patrimoniale occorre prendere atto dell'esistenza di un regime di regole, direttamente applicabili nei singoli Stati membri in quanto affidate al Regolamento n. 4/2009[15], che disciplina tutti gli aspetti della competenza giurisdizionale, della legge applicabile e del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere. Si tratta, in particolare, delle obbligazioni alimentari a favore del nucleo familiare, con il fine di garantire che la parte che vanta un credito alimentare trovi soddisfacimento alle proprie pretese nel modo più veloce e semplice. All'interno del Regolamento si trova, infatti, la disciplina da seguire per individuare anzitutto il foro competente e, altresì, le norme da seguire per il caso di eventuale esecuzione forzata della sentenza. In questo ambito, la legge applicabile si rinviene – per espresso richiamo dell'art. 15 del Regolamento – nel Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007, realizzandosi così un raccordo con i lavori della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, della quale l'Unione europea è membro.

Degni di nota sono, altresì, a livello di *soft law* , i cc.dd. *Principles on European Family Law (*PEFL), elaborati dalla *Commission for European Family Law* (CEFL)[16], sottesi alla definizione di un diritto di famiglia europeo più uniforme, i quali risultano enucleati sulla base dei principi comuni e dei precetti prevalenti nei Paesi membri e correlati alle situazioni giuridiche di maggior rilievo nell'ambito della specifica materia: la responsabilità genitoriale; il divorzio; il mantenimento tra ex coniugi; il rapporto patrimoniale, nonché i diritti di proprietà, il diritto al mantenimento e la successione *mortis causa* nelle unioni di fatto.

[14] In *GUUE* L 178, 2 luglio 2019.

[15] Regolamento (CE) 4/2009 del 18 dicembre 2008 *Relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari*, pubblicato in *GUUE* L 7, 10 gennaio 2009, 1 ss.

[16] Su cui v. M.D. Panforti, *Verso un diritto europeo per le relazioni familiari. Il contributo della* Commission for European Family Law, in M. Mascia, F. Velo (a cura di), *L'Unione Economica Europea: aspetti economici, sociali e istituzionali*, Bari, 2016, 233 ss.

3. *L'incidenza del diritto europeo nell'acquisto dello status filiationis*

Anche e soprattutto nei rapporti "verticali" tra genitori e figli si è dovuta registrare la più marcata incidenza del diritto europeo su quello nazionale, laddove il criterio giurisprudenziale, adoperato dalle Corti europee, del *best interest of child* è stato dirimente nelle occasioni più rilevanti in materia.

Nel diritto privato italiano, la concreta attuazione della tutela della famiglia come società di fatto e del principio di uguaglianza tra figli venne realizzata, com'è noto, con la riforma del 1975 mediante la sostanziale equiparazione della posizione dei figli naturali e dei figli legittimi; il riconoscimento dei figli adulterini; l'ammissibilità di una illimitata ricerca della paternità naturale, nonché con l'attribuzione dell'azione di disconoscimento di paternità anche alla madre e al figlio.

Sempre sotto la spinta delle numerose decisioni della Corte costituzionale e delle Corti europee, il processo di assoluta equiparazione dello *status* di figlio è stato finalmente portato a compimento dal legislatore italiano che, come si accennava, con la Legge 28 dicembre 2013, n. 154, ha modificato la disciplina vigente introducendo l'unicità dello *status* di figlio, a prescindere che sia nato all'interno o fuori dal matrimonio, il mutamento del concetto di "potestà" genitoriale con quello di "responsabilità", l'ulteriore ampliamento delle forme di tutela del figlio nei diritti familiari ed in quelli ereditari.

In materia, molto resta ancora da fare nel sistema interno rispetto a quanto hanno già fatto o stanno facendo le Corti europee che già da tempo hanno introdotto il c.d. "*diritto alla relazione familiare*", come riconoscimento delle prerogative del "*miglior interesse per il minore*"[17]. Ne è derivata l'esigenza di una valutazione delle situazioni concrete caso per caso; la possibilità dell'affidamento successivo alla separazione al genitore con cui il minore si trovi meglio; la tendenza ad evitare l'allontanamento dalla casa familiare[18]. Si tratta di criteri di valutazione che, mutuati appunto dalla giurisprudenza europea,

[17] Molto interessante quanto si sta pensando di fare con riferimento alla filiazione, laddove il legislatore UE, traendo spunto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ha avviato il procedimento legislativo con la presentazione di una proposta di regolamento su giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento delle decisioni, nonché sulla creazione di un certificato europeo di filiazione che consenta di superare le barriere legislative nazionali tuttora esistenti. V. la Proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022, COM (2022) 695 *final*.

[18] Cfr., in tema di tutela del minore in un caso di mancato riconoscimento della trascrizione dell'atto di nascita da maternità surrogata e conseguente allontanamento del medesimo, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 gennaio 2015, *Paradiso e campanelli c. Italia*, n. 25358/12.

sono stati praticati dalla giurisprudenza italiana per spingersi verso il riconoscimento di tutela di alcune istanze di genitorialità provenienti da coppie unite civilmente.

L'orientamento più recente sulla spinosa questione – che apre questioni giuridiche delicatissime in quanto coinvolge principi di ordine pubblico consolidati – tiene conto della difficoltà derivante dal fatto che, mentre nelle unioni civili formate da donne la questione è meno dirompente potendo una di esse generare ricorrendo alla fecondazione medicalmente assistita, diversamente l'unione civile di due uomini deve necessariamente ricorrere alla maternità surrogata che nel nostro sistema è vietata e perseguita penalmente.

Recentemente, si è sempre riconosciuto fondamento alla istanza di tutela di quei ricorrenti che, recatisi all'estero ove è consentita la pratica della maternità surrogata, chiedevano poi in Italia la trascrizione dell'atto di nascita del nato, trascrizione che è stata sempre puntualmente negata perché ritenuta in violazione del principio dell'ordine pubblico. Gli interessati hanno sempre lamentato la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) in particolare il fatto che, in violazione dell'interesse superiore dei minori, fosse preclusa la possibilità di ottenere il riconoscimento di un rapporto di filiazione legalmente formatosi in uno Stato estero all'esito di una procreazione medicalmente assistita conforme alla legge del luogo ove il bambino è nato.

La giurisprudenza di merito inizialmente ha seguito l'orientamento per cui la mancata trascrizione dell'atto di nascita, limitando il diritto all'identità personale del minore e il suo *status*, privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia, sarebbe ingiustamente penalizzato.

Sul punto sono intervenute anche le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12193 dell'8 maggio 2019, la quale, in considerazione del divieto di maternità surrogata vigente nel nostro ordinamento, ha statuito il seguente principio di diritto: "Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della Legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali

l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della Legge n. 184 del 1983".

Successivamente, investita del problema anche la Corte costituzionale – per il vaglio di costituzionalità delle Legge n. 40/2004 rispetto al principio europeo di cui all'art. 24 CEDU – con sentenza 9 marzo 2021, n. 33, essa ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità ma ha indirizzato un monito al legislatore affinché provveda a colmare la lacuna ispirandosi al principio sancito dal diritto europeo .

In ragione di ciò, nelle more dell'intervento legislativo, la Cassazione ha nuovamente rimesso la questione dinanzi alle Sezioni Unite perché, tenendo conto della pronuncia della Corte costituzionale che, con le sentenze nn. 32 e 33 del 2021[19], ha ribadito l'esigenza di contemperare il divieto del ricorso alle tecniche di surrogazione di maternità con l'interesse dei minori al riconoscimento del loro *affectio familae*, anche attraverso strumenti diversi dalla trascrizione dell'atto di nascita, purché celeri ed effettivi. Peraltro, rilevando che il costante riferimento all'art. 44 della legge in materia di adozione nei casi particolari non sarebbe da solo adeguato a tal fine "in quanto non attribuisce vera e propria genitorialità all'adottante, richiede l'assenso del genitore biologico e non stabilisce vincoli di parentela con la famiglia dell'adottante"[20].

Intervenuta a breve la sentenza delle Sezioni Unite n. 38162 del 30 dicembre 2022[21], la Corte non ha potuto fare altro che proporre una interpre-

[19] Entrambe in *GU* 10 marzo 2021 n. 10. Cfr. V. Calderai, *Surrogazione di maternità all'estero. Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it*., 2022, 301.

[20] Ulteriori ed opportune specificazioni sono arrivate dalla Consulta con la successiva sentenza n. 79 del 28 marzo 2022 (n GU del 30 marzo 2022, n. 13). In questa decisione la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, "per violazione degli artt. 3 e 31 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante". Cfr. a commento della decisione della Consulta R. Senigaglia, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2022, 1333 ss.; in *Foro it*., 2022, I, 2936 ss., con nota di A. Palmieri, *Adozione mite: l'adottato non è più un «estraneo» per i parenti dell'adottante*; in *Nuova giur. civ. com*., 2022, 1013 ss., con nota di M. Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*.

[21] Tra i primi commenti alla sentenza v. A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione degli* status, Torino, 2022; M. Acierno, *Gestazione per altri. Una concreta possibilità di dialogo tra Corti*, in *Quest. giust. online*, 22 febbraio 2022 (*questionegiustizia.it/articolo/gestazione-per-altri-una-concreta-possibilita-di-dialogo-tra-corti*); A. Federico, *La maternità surroga-*

tazione del diritto esistente in materia di delibazione e trascrizione dell'atto di nascita onde verificarne, ancora una volta, la compatibilità con l'ordine pubblico.

A tal riguardo, riconosciuto che "l'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamene a "reclamare diritti" sul bambino che nascerà, non ha cittadinanza nel nostro ordinamento", e non solo in considerazione della tutela della dignità della donna – che non può essere considerata mero corpo incubatrice di gestazione di una vita destinata ad altri– ma anche della dignità del nascituro che finirebbe per essere considerato vera e propria merce di scambio, i giudici di legittimità hanno ritenuto che l'unico istituto che si presta a garantire tutela alla sorte del bambino, venuto al mondo violando un divieto, è quello dell'adozione in casi particolari, essendo esso il solo a consentire di valorizzare il legame tra figlio e genitore d'intenzione, ed a permettere, altresì, al giudice di valutare l'idoneità genitoriale e l'interesse superiore del minore, ricusando ogni forma di automatismo.

Non si sono, peraltro, tenuti celati i profili critici dell'istituto evocato, soprattutto quando si pensi agli elementi che potrebbero rivelarsi ostativi per assicurare l'effettività e la celerità, richieste dalle Corti sovranazionali, e costituiti dall'imprescindibile assenso del genitore biologico e dalla necessaria iniziativa del genitore d'intenzione per attivare il procedimento di adozione. Per superare l'*impasse*, la Suprema Corte ha chiarito, al riguardo, che sarebbe possibile "superare la rilevanza ostativa del dissenso all'adozione, tenendo conto che il contrasto rischi[erebbe] di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il nato è cresciuto". In tal modo, si permetterebbe al genitore biologico di opporvisi solamente quando il genitore d'intenzione "non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore".

L'ulteriore criticità, rappresentata dal rischio di inerzia da parte del genitore d'intenzione di avviare il procedimento per l'adozione, è rimasto un limite nella decisione non avendo le Sezioni Unite ritenuto che esso possa costituire

ta ritorna alle Sezioni Unite, in *Nuova g. civ. comm*. 2022, 1047 ss. V. anche G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. Giust*., 7 giugno 2022 e F. Pistelli, *Lo* status *di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal*, 2023, 1, 217-244, 230 ss.; M. Giandoriggio, *Ancora sulla trascrizione dell'atto di nascita estero: il diniego delle Sezioni Unite alla maternità surrogata*, in *Studium Iuris*, 2023, 4, 363 ss. Per una conferma dell'orientamento della Suprema Corte, v. di recente Cassazione civile 3 gennaio 2024, n. 85, in www.rivistafamilia.it dell' 11 gennaio 2024.

una valida ragione per consentire l'automatica trascrizione presso lo Stato civile; ad avviso della Corte, infatti, non è certo che il meccanismo automatico della trascrizione dell'atto straniero sia sempre espressione del *best interest of the child*.

Quanto alla valutazione del rifiuto della trascrizione dell'atto di nascita per contrarietà al principio dell'ordine pubblico, le Sezioni Unite hanno precisato che "nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano", intesa in senso oggettivo, "con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta". Ed, in ogni caso, quand'anche ammessa la trascrivibilità dell'atto di nascita, la valutazione in concreto dei requisiti di validità della maternità surrogata sarebbe rimessa non già al giudice, ma all'ufficiale di stato civile, sulla base di un procedimento non idoneo a compiere una tale valutazione necessitando, invece, di una disamina approfondita[22].

Nelle more, è tornata a pronunciarsi la Corte costituzionale con sentenza n. 68 del 22 maggio 2025, con la quale ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui non prevede che pure il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero, in osservanza delle norme ivi vigenti, a tecniche di procreazione medicalmente assistita ha lo stato di figlio riconosciuto anche della donna che, del pari, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale".

Nella stessa data, la Consulta è intervenuta confermando l'esclusione della donna single dalle procreazione assistita, dopo aver ammesso, invece, l'idoneità della persona sola all'adozione internazionale, come aveva deciso già con sentenza n. 33 del 21 marzo 2025.Sempre in ambito di più ampia tutela del minore ispirata dai principi europei, può segnalarsi l'altra pronuncia del 27 aprile 2022, n. 131 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità,

[22] A vent'anni di distanza, con lo scopo di fornire indicazioni chiare agli operatori delle strutture autorizzate a praticarle nell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e al fine di sia assicurare il pieno rispetto del dettato legislativo contenuto nella Legge, 19 febbraio 2004, n. 40, in attuazione dell'art. 7 della predetta legge, è stato emanato un decreto del Ministero della Salute contenente le linee guida in materia Decreto del Ministro della Salute del 20 marzo 2024, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*. (24A02320) (GU Serie Generale n. 107 del 9 maggio 2024), dopo le prime, emanate nel 2015. Si tratta di un testo articolato e complesso su cui non è concesso intrattenersi in questa sede; è possibile, tuttavia, rilevare come nelle disposizioni ivi, formulate sia agevole rinvenire *inter alia* non solo un divieto di maternità surrogata ma anche il divieto di sperimentazione sugli embrioni.

in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, dell'art. 262, comma 1, c.c., nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assuma il cognome del padre, anziché quello di entrambi i genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, salvo che essi non decidano, di comune accordo, di attribuire soltanto il cognome di uno dei due; conseguentemente, sono incostituzionali tutte le norme che prevedono l'automatica attribuzione del cognome del padre.

Da insigne civilista, chiudendo la sua brillante carriera accademica con l'insegnamento anche nel corso di Diritto privato 2 – ove ha sempre trattato Diritto di famiglia e delle successioni *mortis causa* – all'Onorato comparatista è sicuramente possibile riconoscere il merito di essere stato tra i pochi a trasmettere agli Studenti della Facoltà trentina una visione giuridica europea persino in questa materia che apparentemente europea non è.

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA TRA INTEGRAZIONE ED EVOLUZIONE: RIFLESSIONI SUL MERCATO UNICO E LA CONCORRENZA

Andrea Piletta Massaro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'Unione europea tra valori comuni e Mercato Unico: il ruolo del diritto privato comparato. – 3. Il ruolo del diritto della concorrenza. – 4. L'allargamento dell'Unione europea e gli Stati balcanici. – 5. Conclusione: L'Unione europea alla ricerca di un'identità nel complesso panorama geopolitico attuale.

1. *Premessa*

La redazione del presente contributo intende riconoscere la profondità accademica della ricerca condotta durante la Sua brillante carriera dal Professor Gian Antonio Benacchio. Tuttavia, avendo avuto la fortuna e il privilegio di essere stato seguito da Lui durante il mio percorso di dottorato di ricerca a Trento e nelle prime fasi della mia carriera accademica, vorrei andare oltre il mero aspetto formale e cercare di condensare in questo lavoro tanto gli insegnamenti del Maestro quanto le riflessioni che di volta in volta sono emerse durante i numerosi momenti di colloquio e confronto accademico. In particolare, il poderoso prodotto della carriera accademica del Maestro si è delineato lungo tre direttrici, accolte peraltro nel presente volume: la concorrenza, il diritto comunitario e il diritto dei Paesi balcanici. La grandezza dell'opera del Maestro è stata proprio, a mio avviso, la complementarietà tra queste tre aree tematiche, che, di primo acchito, possono sembrare disgiunte, ma sono invece totalmente codipendenti. In tal senso, gli insegnamenti del Professor Benacchio hanno avuto un *imprinting* molto importante sull'inizio del mio percorso accademico, in quanto, giunto a Trento come giovane laureato interessato al diritto della concorrenza, durante il periodo dottorale ho potuto sperimentare proprio quella complementarietà di cui si è detto, giungendo ad interessarmi tanto di Mercato Unico in senso più lato e di allargamento dell'Unione europea verso gli Stati dei Balcani, conosciuti sempre grazie al Professore per mezzo della partecipazione all'annuale Convegno di Kopaonik. Pertanto, il presente contributo cercherà di tracciare una *summa* tra i tre filoni di ricerca menzionati.

2. *L'Unione europea tra valori comuni e Mercato Unico: il ruolo del diritto privato comparato*

La prima riflessione, da cui si dipana il resto del contributo, trae spunto proprio dal legame tra "l'Unione Europea e il diritto privato" – per citare uno dei titoli di maggior successo del Maestro[1] – e nel ruolo che esso ha avuto, ha e soprattutto dovrà avere nel definire l'assetto tanto economico quanto valoriale del diritto comunitario.

Certamente, è fuori discussione che l'Unione Europea stia attraversando un periodo di flessione, per non parlare addirittura di "permacrisi"[2]. Infatti, dopo decenni di sviluppo economico, politico e sociale, dell'Unione, proprio a quello che poteva essere visto come il culmine del processo di integrazione, ovvero l'adozione di una "costituzione" europea[3], si sono via via susseguiti svariati momenti di criticità. *In primis*, la stessa mancata adozione del Trattato di Bruxelles, per poi seguire con la crisi economica (con tutti i suoi risvolti sociali e politici, prima tra tutte la gestione della crisi greca)[4], la crisi migratoria, l'uscita del Regno Unito dall'Unione, la guerra in Ucraina, il sempre più preminente ruolo della Cina nello scacchiere internazionale e, più di recente, il mutato approccio degli Stati Uniti verso l'Unione e la NATO[5]. Tutte queste "crisi particolari" hanno determinato la "permacrisi" generale di cui si è detto. Ciò che è risultato evidente, al netto degli eventi menzionati, è la sempre maggiore interdipendenza tra diritto pubblico e diritto privato nel contesto dell'Unione Europea[6], dove il secondo è espressione dei rapporti caratterizzanti il primo, mentre quest'ultimo resta comunque influenzato dalle esigenze di carattere privatistico, emergenti soprattutto nel contesto economico e imprenditoriale. Merito del Maestro è, come si è detto, quello di essere stato tra i precursori di

[1] G.A. Benacchio, *L'Unione Europea e il diritto privato*, Cedam, 2024. Si veda anche G.A. Benacchio, B. Pasa, *A Common Law for Europe*, Budapest, 2005.

[2] L.F. Pace, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2025, 7.

[3] Si veda Parlamento Europeo, Progetto di trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (non ratificato), disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/it/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/draft-treaty-establishing-a-constitution-for-europe. Si vedano anche P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials UK Version*, Oxford, 2024, 16-18; S. Gambino (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006.

[4] Sul punto si veda, criticamente, C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, 163-168. Più in generale, L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011.

[5] P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials UK Version*, cit., 1-25.

[6] G.A. Benacchio, M. Graziadei (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015*, Napoli, 2016.

questa impostazione, che risulta essenziale nell'analisi della situazione corrente dell'Unione, soprattutto al fine di comprenderne le problematiche per addivenire a soluzioni concrete ed efficaci.

L'Unione Europea nacque con un intento spiccatamente di carattere pubblicistico ed economico, plasticamente rappresentato dalla creazione del Mercato Unico[7]. Tuttavia, è stato fin da subito chiaro come il diritto comunitario, seppur di derivazione formalmente pubblicistica, risultasse protagonista anche nella regolamentazione dei rapporti privatistici. Ciò è dovuto alla peculiare natura giuridica – una sorta di *tertium genus* – dell'Unione medesima e del proprio diritto[8]. Tramite il peculiare meccanismo rappresentato dal rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia non ha infatti esitato, sin dai primi anni, a sottolineare siffatta natura del diritto comunitario, nonché il fatto che esso "indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi"[9].

Sulla base appena delineata si innesta poi il costrutto di quello che oggi viene definito come Mercato Unico, ove sono protagonisti tanto gli Stati, quanto i cittadini, sempre riflettendo la peculiare natura giuridica dell'Unione. A ciò consegue, per i primi, sicuramente la possibilità di essere parte di uno spazio commerciale ed economico comune (con intento collaborativo, come nelle premesse dell'allora Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, CECA), ma anche il trasferimento di alcune competenze molto importanti in capo all'Unione, soprattutto in materia economica e commerciale, così come l'astensione da spinte protezionistiche o volte a creare nuovi monopoli statali, dovendo invece tendere l'azione degli Stati ad una sempre maggiore liberalizzazione dei settori economici. I beneficiari di queste prescrizioni, a cascata, dovrebbero essere le imprese e i cittadini operanti nel Mercato Unico[10], e proprio in questo si può riscontrare un punto di sublimazione della detta distinzione tra diritto pubblico e diritto privato per mezzo del diritto comunitario. In altre parole, è in questo punto che il diritto comunitario fornisce prescrizioni di carattere pubblicistico volte a plasmare la legislazione nel settore privatistico. Proprio in questo modo le quattro libertà fondamentali, unitamente a prescrizioni ulteriori, come le disposizioni dettate in materia di concorrenza, (sebbene contenute in Trattati di rango pressoché fondativo e costituzionale), impattano direttamente sulle tran-

[7] C. Barnard, S. Peers, *European Union Law*, Oxford, 2023, 2-3.

[8] *Ibidem*, 199-210. Si veda anche L.F. Pace, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, cit., 2-5.

[9] Corte di giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, 26-62, *Van Gend & Loos*, p. 23; sentenza 15 luglio 1964, 6-64, *Costa c. Enel*, pp. 1147-1149.

[10] P. Craig, G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials UK Version*, cit., 225.

sazioni di diritto privato. Il tutto necessita inoltre di essere informato dai valori caratterizzanti il diritto privato dell'Unione Europea. Infatti, sebbene il Mercato Unico sia senza dubbio di impostazione liberista e di mercato, esso non assurge ad un modello di *laissez-faire, laissez-passer*, soprattutto con riferimento alle norme poste a tutela della concorrenza e all'ampio spettro normativo che via via l'Unione ha emanato in svariate materie, soprattutto con l'avvento dell'economia digitale. Il forte approccio regolatorio dell'Unione – che, citando un'autorevole pubblicazione, ha addirittura dato adito a quello che è stato definito come *Brussels effect*[11] – non è stato esente da critiche[12]. Le menzionate critiche all'eccesso di regolazione che ha caratterizzato l'Unione nel periodo recente lamentano infatti la creazione di troppi ostacoli di natura, appunto, regolatoria, che penalizzano la competitività delle imprese europee rispetto alle controparti statunitensi o cinesi, in particolare nei settori caratterizzati da un maggior grado di innovatività. Inoltre, l'applicabilità di tali regolamentazioni anche ad imprese non stabilite nell'Unione, ma che prestano i propri servizi nella medesima, ha portato, da ultimo, la nuova amministrazione americana a criticare aspramente i vincoli scaturenti per le imprese statunitensi ai sensi della normativa unionale[13]. Purtuttavia, la retorica che vede nell'efficienza e nell'innovazione il fine ultimo da valorizzare nel momento in cui viene preso in considerazione un approccio regolamentare, non deve ingannare, soprattutto alla luce dei valori che caratterizzano l'intero impianto dell'Unione, anche – e forse soprattutto – negli aspetti concernenti il Mercato Unico. Proprio nella sublimazione tra tutela dell'interesse generale e particolare, nel limite posto dal diritto dell'Unione (e anche dalle Costituzioni nazionali) alla sempre maggiore influenza dei grandi attori economici si caratterizza il valore aggiunto del

[11] A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.

[12] *EU leaders to urge combating 'overregulation' to boost bloc's competitiveness*, Euractiv, 17 aprile 2024; *Industry chiefs warn of over regulation, demand change of tack*, Euronews, 20 febbraio 2024; *Vance Warns Europe Against Over-Regulation of Emerging AI*, Bloomberg, 11 febbraio 2025; *Ericsson chief says overregulation 'driving Europe to irrelevance'*, Financial Times, 29 aprile 2024. Sul tema della regolazione e dell'innovazione si vedano A. Renda, J. Pelkmans, *EU regulation: hindering or stimulating innovation?*, in P. Braunerhjelm, M. Andersson, K. Blind, J. E. Eklund (a cura di), *Handbook of Innovation and Regulation*, Cheltenham, 2023; A. Bradford, *The False Choice Between Digital Regulation and Innovation*, in *Northwestern University Law Review*, 119, 2024, 377.

[13] White House, Executive Order, *Defending American Companies and Innovators From Overseas Extortion and Unfair Fines and Penalties*, 25 febbraio 2025. *European digital regulation comes under attack from Trump, Musk and Zuckerberg*, Le Monde, 13 gennaio 2025; *Zuckerberg urges Trump to stop the EU from fining US tech companies*, Politico, 11 gennaio 2025.

medesimo diritto dell'Unione, che, nel tempo, è riuscito a delineare un sistema di economia di mercato dove all'attenzione rivolta verso la produzione fa da contraltare la tutela della persona. Tuttavia, il descritto contesto attuale ha messo in crisi questo paradigma, addivenendo a un vero e proprio momento di *stress test* per il sistema economico e valoriale dell'Unione. I successivi paragrafi si propongono di analizzare gli aspetti sopra delineati secondo due chiavi di lettura, fondamentali per il superamento, da parte dell'Unione Europea, del momento di cui si è detto. Il riferimento è al mantenimento di un'economia incentrata sui valori fondanti l'Unione e il sostrato costituzionale degli Stati Membri contro le tendenze verso un compito che, *ratione materiae* spetta *in primis* al diritto della concorrenza. In secondo luogo, ma in maniera non disgiunta, si passerà all'analisi delle possibilità di allargamento dell'Unione e, di conseguenza, del Mercato Unico, agli Stati appartenenti all'area balcanica, argomento che forse rappresenta una delle più grandi passioni accademiche e comparatistiche del Maestro.

3. *Il ruolo del diritto della concorrenza*

Il dibattito che negli Stati Uniti ha preceduto (e anche seguito) l'emanazione dello *Sherman Act* nel 1890 ha esattamente colto il ruolo del diritto della concorrenza nelle società moderne. In quel contesto, durante le discussioni al Senato americano, il Senatore Sherman pronunciò la celebre frase *if we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessaries of life*[14]. Tale affermazione racchiude l'essenza del diritto della concorrenza[15], che è forse andata perduta per gran parte degli ultimi decenni, ma che è in fase di riscoperta proprio come reazione al ruolo sempre più preponderante che le grandi società attive nei mercati digitali stanno ricoprendo anche da un punto di vista sociale. La medesima essenza del diritto della concorrenza fu colta, al di qua dell'Atlantico, dagli studiosi Ordoliberali della cosiddetta Scuola di Friburgo[16]. Anch'essi sostenevano infatti la necessità di un forte *corpus* normativo volto a regolare

[14] Senate, 21 marzo 1890, p. 2457.

[15] Sul dibattito circa l'approvazione dello Sherman Act, si veda H.B. Thorelli, *The federal antitrust policy: Origination of an American tradition*, Crows Nest, 1954, 54-232.

[16] D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, 1998, 232-265; D.J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994, 42, 1, 25-84.

il potere economico, al fine che esso non venisse traslato in potere politico[17]. Peraltro, un ulteriore parallelismo tra la primigenia concezione statunitense del diritto *antitrust* e l'impostazione degli studiosi Ordoliberali si può riscontrare dal punto di vista terminologico. Se infatti gli Studiosi della Scuola di Friburgo proponevano una "costituzione economica"[18] da applicare al mercato al fine di preservare i valori fondamentali delle società di riferimento, la Corte Suprema degli Stati Uniti arrivò a definire il diritto *antitrust* come la *Magna Carta of free enterprise, which is as important to the preservation of economic freedom and our free enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms*[19]. La forza terminologica espressa tanto dal concetto di "costituzione economica", quanto dal parallelismo svolto dalla Corte Suprema non possono passare inosservati, ma soprattutto non possono deporre a favore di un'interpretazione e applicazione puramente tecnicistica e asettica del diritto della concorrenza. Troppo spesso, infatti, con l'avvento delle teorie neoliberali promosse dalla Scuola di Chicago[20], il diritto *antitrust* è divenuto quasi il lasciapassare per operazioni di mercato che non erano affatto in linea con l'impostazione originaria del diritto *antitrust* [21]. In più, siffatto approccio non considerava lo stretto legame intercorrente tra il diritto della concorrenza e i valori costituzionali che sostengono le società moderne occidentali, e su cui è stata condotta di recente una puntuale e interessante analisi da parte di Bernatt[22]. Infatti, la recente espansione delle piattaforme digitali – peraltro nate

[17] F. Böhm, *Die Forschungs und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreissiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts*, in E. Mestmäcker (a cura di), *Franz Böhm – Reden und Schriften*, Heidelberg, 1960, 162. Si veda anche D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., 235.

[18] D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., 245.

[19] U.S. Supreme Court, *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972), punto 610.

[20] In particolare, R. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978.

[21] M. Steinbaum, M.E. Stucke, *The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019, 86, 595; B. Orbach, *Was the Crisis in Antitrust a Trojan Horse?*, in *Antitrust Law Journal*, 2014, 79, 3, 892.

[22] M. Bernatt, *Competition law through the lenses of national constitutions: connecting competitive markets with socio-economic and environmental values*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, 00, 1. Si veda anche K. Cseres, M. Bernatt, *The Forgotten Constitutional Identity of EU Competition Law*, Kluwer Competition Law Blog, 7 gennaio 2025. Va menzionata anche l'opera di M.S. Gal, *The Social Contract at the Basis of Competition Law. Should We Recalibrate Competition Law to Limit Inequality?*, in D. Gerard, I. Lianos (a cura di), *Reconciling Efficiency and Equity. A Global Challenge for Competition Policy*, Cambridge, 2019, 88-108, che ha collegato il diritto della concorrenza al contratto sociale. Infine, merita un cenno anche il riferimento al diritto della concorrenza come *social regulation* effettuato da I. Lianos, *Competition Law as a Form of Social Regulation*, in *The Antitrust Bulletin*, 65(I), 2020, 3 ss.; si veda anche

con la "promessa" di pluralizzare la rete e il dibattito – ha portato alla concentrazione di moltissimo potere di mercato in un numero molto ristretto di soggetti, che hanno un impatto quasi "regolatorio" sui mercati nei quali sono presenti. Non a caso, Autori come Ezrachi e Stucke hanno parlato di *gamemakers*, ovvero coloro che "fanno il gioco"[23]. Se, infatti, tornando alle origini del diritto *antitrust*, la preoccupazione riguardava la concentrazione di un eccessivo potere di mercato nelle mani di alcune grandi *corporations*, come Standard Oil o American Tobacco[24], con il rischio di cattura delle istituzioni democratiche e di mercato (è celebre l'illustrazione dell'epoca che ritrae la Standard Oil come una piovra[25]), questa situazione si sta riproponendo nel contesto presente, e, visti gli effetti di rete caratterizzanti i mercati digitali, forse in modo anche più preoccupante[26]. Ciò ha certamente un impatto sulle dinamiche competitive presenti sui mercati interessati, come svariati casi decisi dalla Commissione europea[27] o dalle Autorità della concorrenza nazionali[28] hanno ravvisato. Non va tuttavia dimenticato – appunto, secondo l'insegnamento del diritto *antitrust*

D.I. Waked, *Antitrust as Public Interest Law: Redistribution, Equity, and Social Justice*, in *The Antitrust Bulletin*, 65(I), 2020, 87 ss.

[23] M.E. Stucke, A. Ezrachi, *Competition Overdose. How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, New York, 2020, 192-224.

[24] G. Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, 13.

[25] Disponibile all'indirizzo https://energyhistory.yale.edu.

[26] T. Wu, *The Curse of Bigness*, London, 2020, 115.

[27] Commissione europea, decisione 27 giugno 2017, caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*. Il relativo comunicato stampa è disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784 e una sintesi della decisione è stata pubblicato in *GUUE* C 9/11, 12 gennaio 2018. Si vedano, *inter alia*, i commenti sul caso di B. Mäihäniemi, *Competition Law and Big Data*, Cheltenham, 2020, 110-272; K. Bania, *The European Commission's decision in Google Search*, in B. Lundqvist e M.S. Gal (a cura di), *Competition Law for the Digital Economy*, Cheltenham, 2019, 264-301. Commissione europea, decisione 18 luglio 2018, caso AT.40099, *Google Android*. Il relativo comunicato stampa è disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581 e una sintesi della decisione è stata pubblicato in *GUUE* C 409/19, 28 novembre 2019.

[28] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, decisione 27 aprile 2021, caso A529, *Enel X - Android Auto*. Il relativo comunicato stampa è disponibile all'indirizzo https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/5/A529. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, decisione 9 dicembre 2021, caso A528, *Amazon FBA*. Il relativo comunicato stampa è disponibile all'indirizzo https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528. Bundeskartellamt, decisione 6 febbraio 2019, *Facebook*. Per un commento su quest'ultimo caso, si veda M. Botta K. Wiedemann, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in The Digital Economy: The Regulatory Dilemma in The Facebook Odissey*, in *The Antitrust Bulletin*, 64(3), 2019, 428 ss.

primigenio – il legame intercorrente tra mercato e strutture democratiche in una società liberale[29]. In tal senso, basti pensare alla quantità di informazioni – anche essenziali per lo svolgimento del dibattito pubblico – che vengono veicolate dalle grandi piattaforme digitali[30]. A ciò va aggiunto, tra gli altri, il dato secondo cui una grandissima parte della popolazione europea e americana è ormai usa a ricevere le notizie proprio tramite i social networks[31], i quali, però, sono dotati di algoritmi che filtrano o comunque classificano le news mostrate tanto in modo da mantenere più alta la permanenza dell'utente sulla piattaforma, quanto addirittura creando quelle che vengono definite *echo chambers*[32]. Un esempio lampante proviene dai cosiddetti *Facebook files* pubblicati nel

[29] A. Ezrachi, V.H.S.E. Robertson, *Can competition law save democracy? Reflections on democracy's tech-driven decline and how to stop it*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, 00, 1; V.H.S.E. Robertson, *Antitrust, Big Tech, and Democracy: A Research Agenda*, in *The Antitrust Bulletin*, 2022, 67(2), 259; A. Gerbrandy, *Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019, 57, 1, 127; E. Deutscher, *Competition Law and Democracy*, Cambridge, 2024.

[30] Si vedano, *inter alia*, T. Wu, *The Attention Merchants*, London, 2017; T. Wu, *The Master Switch*, London, 2012; S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, London, 2019; M.E. Stucke, *Breaking Away: How to Regain Control Over Our Data, Privacy, and Autonomy*, Oxford, 2023.

[31] Statista, *Share of adults who use social media as a source of news in selected countries worldwide as of February 2024*, disponibile all'indirizzo https://www.statista.com/statistics/718019/social-media-news-source/; *Young Europeans face rising threat from misinformation as social media becomes main news source*, Euronews, 19 febbraio 2025; World Economic Forum, *Most people get their news online - but many are switching off altogether. Here's why*, 9 settembre 2022; Parlamento Europeo, *TV still main source for news but social media is gaining ground*, 17 novembre 2023; L. Wang, N. Forman-Katz, *Many Americans find value in getting news on social media, but concerns about inaccuracy have risen*, 7 febbraio 2024.

[32] Dichiarazione di Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi per un'audizione dinanzi alla U.S. House Judiciary Subcommitee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, 18 ottobre 2019, 19; M. Mosleh, C. Martel, D.G. Rand, *Psychological underpinnings of partisan bias in tie formation on social media*, in *Journal of Experimental Psychology: General*, 154(2), 2025, 378-390; F. Crinnion, N. Yannopoulou, S. Bhattacharya, *Fake news inside ideological social media echo chambers*, in V. Benson (a cura di), *Handbook of Social Media in Education Consumer Behavior and Politics*, New York, 2024, 139-187; P. Barberá, *Social Media, Echo Chambers, and Political Polarization*, in N. Persily e J.A. Tucker (a cura di), *Social Media and Democracy*, Cambridge, 2020, 34-55; J. Stein, M. Keuschnigg, A. van de Rijt, *Network segregation and the propagation of misinformation*, in *Scientific Reports*, 13, 2023, 917; M. Cinelli, G. de Francisci Morales, A. Galeazzi, W. Quattrociocchi, M. Starnini, *The echo chamber effect on social media*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2021, 118, 9; *Social Media Remains A Political Echo Chamber For The Likeminded*, Forbes, 31 gennaio 2025.

2021 dal Wall Street Journal[33], da cui si evince chiaramente la propensione per la massimizzazione del profitto anche a discapito della tutela dei diritti fondamentali. Tale commistione risulta ancora più evidente nel contesto statunitense attuale, dove il Washington Post ha modificato la propria linea editoriale in ossequio a quanto richiesto dal proprietario Jeff Bezos[34], al quale appartiene niente meno che Amazon. Allo stesso modo è sotto gli occhi di tutti il legame tra la presente amministrazione americana e il proprietario, tra gli altri, di X, nonché le affermazioni del fondatore di Meta in favore di un'azione della corrente presidenza americana contro la regolazione dei *tech giants* da parte dell'Unione Europea[35]. Tutto ciò mette chiaramente in luce il summenzionato legame bifasico tra potere economico e potere politico e può essere riassunto dal monito relativo alla formazione di nuove "oligarchie" lanciato durante il suo ultimo discorso alla Casa Bianca dall'ex Presidente Joe Biden[36], noto per l'approccio favorevole, dopo decenni di scarso *enforcement*[37], ad un'applicazione rigorosa delle regole *antitrust*[38]. Questo si lega al tema centrale del presente contributo e al futuro dell'Unione Europea, soprattutto sotto due profili: il primo è quello del mantenimento, nel Mercato Unico, di un adeguato livello di concorrenza, proprio al fine di evitare la traslazione del potere economico in potere politico. Questo obiettivo è stato in parte raggiunto – per lo meno a livello teorico e di diritto positivo – attraverso l'adozione di atti legislativi

[33] *The Facebook files*, Wall Street Journal, disponibile all'indirizzo https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039.

[34] *Bezos Orders Washington Post Opinion Section to Embrace 'Personal Liberties and Free Markets'*, The New York Times, 26 febbraio 2025; *Jeff Bezos announces 'significant shift' coming to the Washington Post. A key editor is leaving because of it*, CNN, 26 febbraio 2025.

[35] *European digital regulation comes under attack from Trump, Musk and Zuckerberg*, *Le Monde*, 13 gennaio 2025, disponibile all'indirizzo https://www.lemonde.fr/en/economy/article/2025/01/13/european-digital-regulation-comes-under-attack-from-trump-musk-and-zuckerberg_6737001_19.html; *Zuckerberg urges Trump to stop the EU from fining US tech companies*, in *Politico*, 11 gennaio 2025, disponibile all'indirizzo https://www.politico.eu/article/zuckerberg-urges-trump-to-stop-eu-from-screwing-with-fining-us-tech-companies/.

[36] *Biden warns of dangers of oligarchy taking shape in US*, BBC, 16 gennaio 2025; *Biden warns of ultra-wealthy 'oligarchy' threatening US democracy in farewell address to the nation*, Euronews, 16 gennaio 2025; *Joe Biden says 'oligarchy' emerging in US in final White House address*, Financial Times, 16 gennaio 2025.

[37] T. Wu, *The Curse of Bigness*, cit., 80, 87.

[38] Presidente Joe Biden, Executive Order 14036, *Promoting Competition in the American Economy*, 9 luglio 2021. Su queste tematiche si veda M. Schaake, *The Tech Coup: How to Save democracy From Silicon Valley*, Princeton, 2024.

quali il Digital Markets Act (DMA)[39] e le affini previsioni nazionali[40]. Tuttavia, permangono dubbi circa l'effettività di tali strumenti nei confronti delle grandi società attive nei mercati digitali, nonché per il già menzionato quadro geopolitico e il criticismo espresso dall'altra sponda dell'Atlantico verso le decisioni prese in Europa nel contesto del diritto della concorrenza.

L'altro profilo di criticità, che non va assolutamente disgiunto da quanto finora analizzato, riguarda l'innovazione delle imprese europee, la possibilità del Mercato Unico di giocare un ruolo di primo piano nel contesto economico internazionale, pur restando aderente ai valori che informano la struttura stessa dell'Unione e che sono stati oggetto di analisi *supra*. Tutto ciò si può riassumere nei titoli dei due report che hanno avuto ad oggetto questi temi e sono stati redatti, rispettivamente da Mario Draghi ed Enrico Letta, ovvero sulla competitività dell'Unione[41] e sul Mercato Unico – che deve essere *molto più di un mercato*[42]. In particolare, ciò che emerge chiaramente, soprattutto dal Rapporto Draghi, è la necessità di permettere alle imprese innovative di essere create e successivamente svilupparsi nell'Unione[43], così peraltro riducendo la dipendenza digitale della medesima[44]. Per fare ciò è assolutamente necessario promuovere la concorrenza nel mercato, soprattutto in quello digitale, evitando abusi di posizione dominante, di dipendenza economica e le cosiddette acquisizioni predatrici da parte dei *tech giants*. Indubbiamente, un mercato caratterizzato da una maggiore diffusione del potere economico non può che essere più "aperto", con le

[39] Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 *relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828* (regolamento sui mercati digitali), pubblicato in *GUUE* L 265, 12 ottobre 2022, p. 1-66. Si veda A. Piletta Massaro, *The Rising Market Power Issue and the Need to Regulate Competition: A Comparative Perspective Between the European Union, Germany, and Italy*, in *Concorrenza e Mercato*, 29, 2022, 2023, 13.

[40] Si veda, per quanto concerne l'Italia, la Legge 5 agosto 2022, n. 118, pubblicata in GU 12 agosto 2022, n. 188; con riferimento alla Germania, la Sezione 19a del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

[41] M. Draghi, *The Future of European Competitiveness (Part A) - A competitiveness strategy for Europe*; M. Draghi, *The Future of European Competitiveness (Part B) - In-depth analysis and recommendations*. Si veda anche A. Piletta Massaro, *Towards a Renewed Approach to the EU Single Market and its Competitiveness: Last Call for the European Integration*, in *Review of the Kopaonik School of Natural Law*, 2024, 2, 59.

[42] E. Letta, *Much more than a market*, 2024; si veda anche E. Letta, *Molto più di un mercato*, Bologna, 2024.

[43] M. Draghi, *The Future of European Competitiveness (Part A)*, cit., 24.

[44] C. Caffarra, *Europe Must Break Free from Its Digital Dependence*, Project Syndicate, 12 marzo 2025.

relative implicazioni positive sul processo democratico (alla luce di quanto analizzato in precedenza). Tuttavia, la concorrenza nel Mercato Unico va coniugata con la competitività dello stesso[45], soprattutto in quei settori (anche innovativi) dove la *size* delle imprese gioca un fattore determinante. Proprio per queste motivazioni il diritto della concorrenza, nella fase storica attuale, non può assolutamente essere disgiunto da considerazioni di politica industriale o riguardanti il processo democratico, purtuttavia senza giungere ad uno snaturamento dei propri principi[46]. A tale scopo, va ad esempio collegato l'annunciato processo di revisione degli orientamenti in materia di concentrazioni orizzontali e non orizzontali[47]. Tuttavia, ciò che preme sottolineare in questa sede, è appunto la necessità di disegnare e applicare le norme in materia di concorrenza non soltanto sulla scorta di considerazioni fondate sull'efficienza economica, bensì su un approccio *multi-valoriale*[48] ancorato ai valori fondamentali tutelati dai Trattati e posti alla base del Mercato Unico.

4. *L'allargamento dell'Unione Europea e gli Stati balcanici*

La competitività del Mercato Unico è strettamente collegata ad un'altra tematica che lo riguarda, ovvero l'allargamento dell'Unione verso gli Stati della penisola balcanica, composti in maggior parte dai territori che costituivano la ex Jugoslavia. Questo territorio può considerarsi di grande interesse per gli studi del diritto comparato, promossi per lo più dal lavoro del Professor Benacchio[49]. In particolare, il variegato panorama etnico e religioso, nonché le influenze – anche stratificate – di svariati modelli dal punto di vista giuridico, nonché il dialogo intercorrente tra le varie Corti,

[45] C. Caffarra, *Draghi's real message on European competition enforcement: "Not delivering on innovation and growth"*, VoxEU CEPR, 18 settembre 2024.

[46] J. Tirole, *Competition and industrial policy in the 21st century*, in *Oxford Open Economics*, 2024, 3, i983; C. Caffarra, N. Lane, *Not a 'side dish': New industrial policy and competition*, VoxEU CEPR, 5 aprile 2024.

[47] Vicepresidente esecutiva della Commission europea Teresa Ribera, discorso al CEPS Ideas Lab 2025, Bruxelles, 4 marzo 2025, disponibile all'indirizzo https://m.youtube.com/watch?v=6k7LaEqABEg.

[48] A. Piletta Massaro, *Il diritto della concorrenza tra obiettivi di policy e proposte di riforma: verso un approccio multi-valoriale*, in *La Cittadinanza Europea Online*, 2021, 0, 65.

[49] G.A. Benacchio, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud*, Padova, 1995; G.A. Benacchio, *Jugoslavia: evoluzione e crollo di un modello*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, I, 361.

con il relativo scambio dei modelli applicati, rende questo panorama di particolare complessità[50]. Proprio lo studio di questa eterogeneità risulta però di fondamentale interesse nel processo integrativo di quest'area nell'Unione Europea, il quale risulta ormai pienamente avviato[51]. Tale allargamento è però tanto essenziale quanto portatore di profili di criticità. In particolare, la posizione geografica degli Stati componenti quest'area è senza dubbio fondamentale per il completamento a sud-est del Mercato Unico. Quest'ultimo risulta infatti necessario al fine di aggiungere massa critica al blocco europeo in uno scenario geopolitico che si dimostra sempre più caratterizzato dalla coesistenza di più aree regionali di influenza economica. Infine, proprio in questo contesto, la posizione geografica dell'area risulta quantomai strategica nella definizione del "blocco" europeo rispetto a quello russo, con cui l'area balcanica non è esente da rapporti per motivi di carattere storico e religioso. D'altro canto, il Mercato Unico – già caratterizzato da una "crisi di competitività" rispetto ai principali *competitors* nello scacchiere internazionale – può trovare nel prospettato allargamento sì una maggiore massa critica, ma anche profili problematici dati da un processo decisionale sempre più soggetto alla possibilità di veti, nonché all'integrazione di aree caratterizzate da sistemi economici che scontano le strutture proprie del passato[52]. In particolare, ed è qui che vengono sublimati i due capisaldi del presente contributo, il mercato degli Stati componenti l'area è ancora caratterizzato da debolezze dal punto di vista della concorrenza, che rappresenta peraltro un volano di particolare importanza tanto per il raggiungimento di un maggiore livello di sviluppo e *performance* economici, nonché al fine di attrarre investimenti stranieri, *in primis* dagli altri Stati membri dell'Unione. In altri contributi, per il mezzo di dati econometrici, si è dimostrato come l'ingresso nell'UE e l'adozione degli standards normativi e in materia di regolazione del mercato che esso comporta abbia fornito non pochi vantaggi alla crescita economica degli Stati dell'area che fanno già parte del Mercato Unico, quali *in primis* la Slovenia[53], ma

[50] G.A. Benacchio, *National Courts and Comparative Law - The States of Former Yugoslavia (Slovenia, Croatia, Serbia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia and Montenegro)*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden, 2020, 759.

[51] Si veda il portale web della Commissione europea nella sezione "Enlargement", alla voce "EU and Western Balkans".

[52] In materia di proprietà e impresa si veda G.A. Benacchio, *La proprietà nell'impresa autogestita iugoslava*, Milano, 1988. In generale, si veda anche G. Ajani, *Il modello post-socialista*, Torino, 2008; G. Ajani, *Legal Change and Economic Performance*, in *Global Jurist*, 2001, 1, 1.

[53] A. Piletta Massaro, *Market integration and competition as a way to strengthen the rule of law and democracy in the enlarged European Union*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 8, 2024, 333.

anche la Croazia[54] o la Bulgaria[55]. In particolare, i risultati estremamente positivi dell'economia slovena dimostrano peraltro un rapporto biunivoco tra la crescita economica e il miglioramento degli *standards* sociali, in quanto la Slovenia vanta uno degli indici migliori dell'Unione in termini di diseguaglianze sociali[56], a dimostrazione di come vi possa essere – in generale, nell'area analizzata – una crescita economica di tipo *sostenibile*[57]. In un altro studio si è inoltre dimostrato come anche Stati non ancora parte dell'Unione, ma che hanno abbracciato con convinzione l'adeguamento del proprio sistema giuridico all'*acquis communautaire*, come l'Albania, abbiano riscontrato un netto e repentino miglioramento degli indicatori economici e di competitività[58]. Purtuttavia – e in questo lo studio del diritto comparato è indubbiamente la principale chiave di lettura – ciò si scontra con aspetti di arretratezza legati alle strutture socialiste, formalmente smantellate, ma tuttora presenti sotto forma di crittotipi nella società. In particolare, è stato dimostrato come l'economia non sia ancora del tutto liberalizzata e concorrenziale, sebbene gli Stati candidati dispongano di un *corpus* normativo in materia di diritto *antitrust* formalmente in linea con gli standard unionali[59]. In particolare, si riscontra, in generale, una tradizione radicata nel fare perno sulle relazioni informali (come il sistema di connessione che può essere riassunto nella parola serbocroata *veza*), rispetto ad affidarsi a processi formali e istituzionalizzati. Ciò porta a prestazioni inferiori dal punto di vista economico (vere e proprie *market failures*), che, di conseguenza, a causa del nesso inseparabile che lega mercato e società nelle economie moderne, produce condizioni sociali e di sviluppo sub-ottimali[60].

Infine, come evidenziato chiaramente dal Rapporto Letta[61], ma dimostrato anche dai dati statistici[62] e confermato durante convegni nell'area, una grande

[54] *Ibidem*.

[55] Si veda R. Vassileva, *Bulgarian Private Law at Crossroads*, Bruxelles, 2022.

[56] Eurostat, *Gini coefficient of equivalised disposable income by age*.

[57] E. Letta, *Molto più di un mercato*, cit., 169.

[58] A. Piletta Massaro, *The EU Integration of Western Balkans: A Test Bench and an Opportunity for the Single Market*, ICES '24, 9th International Conference on European Studies, Proceedings Book, 2024, 233.

[59] J. Pecotić Kaufman, R. Šimić Banović, *The Role of (Informal) Governance and Culture in a National Competition System: A Case of a Post-Socialist Economy*, in *World Competition*, 44, 1, 2021, 81 ss.

[60] *Ibidem*, 81-82.

[61] E. Letta, *Much more than a market*, cit., 92. Si veda anche Commissione europea (Autori A. Rodríguez-Pose, L. Dijkstra, H. Poelman), *The geography of EU discontent and the regional development trap*, 2023.

[62] Eurostat, *Real GDP per capita*.

problematica di cui è necessario tenere conto nel processo di allargamento dell'Unione è quella della mancanza di coesione tra gli Stati più sviluppati e quelli di recente ingresso, ma soprattutto quelli candidati. L'aspetto qui analizzato determina una doppia problematica per il Mercato Unico, ovvero il *dumping* sociale[63] a discapito dei lavoratori degli Stati più sviluppati, che corrisponde però a condizioni non adeguate negli Stati meno sviluppati, a cui va aggiunto il fenomeno migratorio da questi ultimi verso i primi, al fine di poter beneficiare di più alti livelli in termini salariali e di condizioni di lavoro, ma anche con riferimento all'istruzione e ai servizi di carattere sociale. Quest'ultimo fenomeno porta ad un continuo ed inesorabile impoverimento dei Paesi meno sviluppati dell'Unione (o candidati all'ingresso), in quanto i migliori talenti sono costretti all'emigrazione, in un circolo vizioso che non permette a queste economie di migliorare la propria situazione[64]. Come il Rapporto Letta ha evidenziato, l'Unione, verso questi territori, dovrebbe garantire certamente la libertà fondamentale rappresentata dalla libera circolazione dei lavoratori, ma anche rendere possibile il "diritto di restare" nei propri Stati di origine per coloro che lo volessero, avendo a disposizione opportunità lavorative, sociali ed economiche all'altezza anche in quei contesti[65]. Infatti, non può esserci allargamento e integrazione se non vi è un adeguato livello di coesione tra le varie aree dell'Unione e il Mercato Unico non può essere veramente competitivo in tutte le proprie componenti se non vi è un vero *level playing field* di carattere economico e sociale a tutte le latitudini e longitudini del medesimo.

5. *Conclusione: l'Unione europea alla ricerca di un'identità nel complesso panorama geopolitico attuale*

Nel corso del presente contributo, volto a ripercorrere e rielaborare nel contesto presente – seppur in maniera estremamente sintetica, per motivazioni di carattere editoriale – le linee essenziali dell'opera del Professor Benacchio, dimostrandone l'attualità, sono state affrontate alcune delle maggiori problematiche riguardanti lo stato dell'UE e del Mercato Unico. Tuttavia, in conclusione di questa disamina, risulta essenziale fornire possibili soluzioni, al fine di

[63] European Parliamentary Research Service, *Understanding social dumping in the European Union*, marzo 2017.

[64] Commissione europea, *Regional Trends for Growth and Convergence in the European Union*, 1 giugno 2023, SWD(2023) 173 final.

[65] E. Letta, *Much more than a market*, cit., 91; E. Letta, *Molto più di un mercato*, cit., 169.

poter contribuire ad invertire la rotta della "permacrisi" dell'Unione di cui si è detto nell'introduzione.

Come spunto di partenza non possono non riecheggiare le parole affermate in modo perentorio da Mario Draghi al Parlamento Europeo: "*Restoring our competitiveness is not something we can achieve alone, or by beating each other. It requires us to act as a European Union in a way we never have before*"[66], a cui è seguito l'ormai celebre "*You say no to the public debt, you say no to the Single Market, you say no to create the capital market union, you can't say no to everything. Otherwise, you have also to admit, to be consistent, that you are not able to deliver on the fundamental values for which this European Union is being created. So, when you ask me, what is better, what is best to do now? I'd say I have no idea but do something*"[67].

Le sfide che attendono l'Unione e con essa il Mercato Unico sono innumerevoli e non possono far altro che passare per una maggiore integrazione, al di là di egoismi anacronistici[68]. Ciò che contraddistingue l'impianto unionale è proprio il sostrato valoriale a cui fa riferimento anche Mario Draghi nel suo intervento al Parlamento Europeo: se vogliamo difendere i valori posti alla base dell'Unione, nei Trattati, non si può prescindere dall'affrontare in modo coordinato le varie sfide. Esse sono senza dubbio rappresentate dalla difesa comune (forse l'esempio più plastico delle potenzialità mancate dell'UE, dai tempi della CED), dall'innovazione e dal mantenimento di un Mercato Unico che sia allo stesso tempo innovativo, competitivo e sostenibile, sia dal punto di vista ambientale che sociale. Come sopra affermato non si può "dire no" al debito comune, perché senza condivisione dei rischi, senza pianificazione, non può esserci il raggiungimento di obiettivi comuni. Soprattutto, propositi come il riarmo finanziato attraverso i fondi di coesione (sebbene su base volontaria degli Stati membri)[69] non sono per nulla in linea con lo spirito dei Trattati, oltre ad essere oggettivamente controproducenti in un'ottica di competitività del medesimo Mercato Unico, in particolare con riferimento a quelle aree già in difficoltà, a cui i fondi di coesione dovrebbero essere destinati. Inoltre, al fine di addivenire ad una più rapida ed efficace azione dell'Unione – essenziale in un contesto in rapido cambiamento – una riforma dei Trattati (anche con riferi-

[66] European Parliamentary Week 2025, keynote speech di Mario Draghi, 18 febbraio 2025.

[67] M. Clarich, *Do something: ecco perché Draghi chiede all'Europa uno sforzo comune come durante la crisi dell'euro*, Milano Finanza, 19 febbraio 2025.

[68] L. Einaudi, Discorso pronunciato martedì 29 luglio 1947 davanti all'Assemblea Costituente, disponibile, a cura della Fondazione Luigi Einaudi.

[69] *Von der Leyen, 'fondi coesione per riarmo è scelta volontaria'*, ANSA, 11 marzo 2025; *Von der Leyen's 'Rearm Europe' plan and the holes in it*, Euractiv, 5 marzo 2025.

mento alle procedure decisionali) appare quantomai necessaria[70]. In alternativa ad un obiettivo così ambizioso, un maggiore uso dei regolamenti come fonte normativa può rappresentare una soluzione altrettanto praticabile[71], in quanto condurrebbe ad un minore margine di manovra dei legislatori nazionali in sede di recepimento di alcune disposizioni di carattere essenziale.

L'Unione rappresenta al momento l'unico spazio economico e sociale nel quale vi sono una tutela e una regolamentazione compiute in materia di rischi dall'intelligenza artificiale (IA)[72], di protezione dei dati personali[73], di abusi di posizione dominante delle piattaforme digitali e contenuto pubblicato dalle medesime[74]. Come detto, si è anche parlato di eccessiva regolamentazione da parte dell'Unione, e certamente vi è un fondo di ragionevolezza, ma ciò non significa automaticamente che la regolamentazione debba essere sacrificata sull'altare dell'innovazione a tutti i costi, perché l'innovazione e la competitività, se non regolamentate, possono essere tossiche[75], e certamente non è questo il modello di società e mercato immaginato dai Padri Fondatori dell'Unione e costruito attraverso i Trattati. Proprio per questo, l'Unione deve ritrovare la propria spinta propulsiva, per "contare" ancora nello scenario internazionale e far valere il modello europeo di Mercato e di società, fondato su diritti e valori, in altre parole fondato sull'assetto costituzionale che contraddistingue i nostri

[70] M. Draghi, *The Future of European Competitiveness (Part A)*, cit., 63.

[71] E. Letta, *Molto più di un mercato*, cit., 155.

[72] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828* (regolamento sull'intelligenza artificiale, AI Act), pubblicato in *GUUE* L 1689, 12 luglio 2024. In tema di responsabilità civile, si veda la nuova Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024, *sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che abroga la direttiva 85/374/CEE del Consiglio*, pubblicata in *GUUE* L 2853, 18 novembre 2024.

[73] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE* (regolamento generale sulla protezione dei dati, RGPD), pubblicato in *GUUE* L 119, 4 maggio 2016, 1-88.

[74] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, *relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE* (regolamento sui servizi digitali, DSA), pubblicato in *GUUE* L 277, 27 ottobre 2022, 1-102.

[75] A. Ezrachi, M.E. Stucke, *How Big-tech Barons Smash Innovation and How to Strike Back*, New York, 2022; M.E. Stucke, A. Ezrachi, *Innovation Misunderstood*, in *American University Law Review*, 73, 2024, 1941; A. Ezrachi, M. E. Stucke, *Digitalisation and its impact on innovation*, Report per la Commissione europea, 24 agosto 2020. Si veda anche A. Alemanno, *The Dark Side of EU Deregulation*, Project Syndicate, 11 febbraio 2025.

sistemi giuridici e che, sin dalla Rivoluzione Francese, ha posto la persona al centro[76]. Pertanto, è proprio dai valori fondanti l'Unione che è necessario ripartire per sottolineare nuovamente – in un'epoca in cui questo concetto sembra essere entrato in crisi – la centralità del diritto come tutela da ogni forma di eccesso di potere. Lo studio che il Professor Benacchio ha svolto circa il diritto privato dell'Unione Europea ha segnato senza dubbio un contributo fondamentale in questa direzione.

In conclusione, è doveroso sottolineare l'importanza e l'attualità delle tematiche ivi trattate e oggetto degli studî del Professor Benacchio attraverso un illuminante passaggio del discorso di Luigi Einaudi all'Assemblea Costituente il 29 luglio 1947, di cui viene riportato un estratto *infra*, che non può essere – a mio avviso – migliore conclusione del presente contributo[77]:

Se noi non sapremmo farci portatori di un ideale umano e moderno nell'Europa smarrita ed incerta sulla via da percorrere, noi siamo perduti e con noi è perduta l'Europa.

[…] In un'Europa in cui ogni dove si osservano rabbiosi ritorni a pestiferi miti nazionalistici, in cui improvvisamente si scoprono passionali correnti patriottiche in chi sino a ieri professava idee internazionalistiche, in quest'Europa nella quale ad ogni pie sospinto si veggono con raccapriccio riformare tendenze bellicistiche, urge compiere un'opera di unificazione. Opera, dico, e non predicazione.

Vano è predicare pace e concordia, quando alle porte urge Annibale, quando negli animi di troppi Europei tornano a fiammeggiare le passioni nazionalistiche. Non basta predicare gli Stati Uniti di Europa ed indire congressi di parlamentari. Quel che importa a che i parlamenti di questi minuscoli stati i quali compongono la divisa Europa, rinuncino ad una parte della loro sovranità a pro' di un parlamento nel quale siano rappresentati, in una camera elettiva, direttamente i popoli europei nella loro unità, senza distinzione fra stato e stato ed in proporzione al numero degli abitanti e nella camera degli stati siano rappresentati, a parità di numero, i singoli stati.

Questo e l'unico ideale per cui valga la pena di lavorare; l'unico ideale capace a salvare la vera indipendenza dei popoli, la quale non consiste nelle armi, barriere doganali, nella limitazione dei sistemi ferroviari; fluviali, portuali, elettrici e simili al territorio nazionale, bensì nella scuola, nelle arti, nei costumi; nelle istituzioni culturali, in tutto ciò che dà vita allo spirito e fa si che ogni popolo sappia contribuire qualcosa alla vita spirituale degli altri popoli. Ma alla conquista di

[76] Si veda, soprattutto, J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Bari, 2019.

[77] L. Einaudi, *Discorso pronunciato martedì 29 luglio 1947 davanti all'Assemblea Costituente*, cit.

una ricca varietà di vite nazionali liberamente operanti nel quadro della unificata vita europea, noi non arriveremo mai se qualcuno dei popoli europei non se ne faccia banditore.

IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA SPERIMENTALE

Cristina Poncibò

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un diritto della concorrenza sperimentale. – 3. Prime applicazioni. – 3.1. Tecnologie finanziarie. – 3.2. Intelligenza artificiale. – 3.3. Concorrenza e sostenibilità. – 3.4. Cenni conclusivi.

1. *Introduzione*

La Commissione europea ha adottato una chiara strategia per promuovere la concorrenza nei mercati dei servizi digitali attraverso una forma di regolamentazione asimmetrica e settoriale[1]. In particolare, l'istituzione europea ha adottato il Regolamento per mercati equi e contendibili nel settore digitale o Digital Market Act (DMA)[2]. Con l'adozione di tale nuova normativa, l'Ue ha chiaramente espresso una certa diffidenza verso l'approccio *del laissez-faire* in generale e, in particolare, la necessità di intervenire onde promuovere la politica pro-concorrenziale nei mercati digitali[3]. Tuttavia, la scelta di intervenire con una regolamentazione *ex ante* presenta anche alcuni limiti evidenti rispetto alla rapidità dell'innovazione tecnologica, nonché i rischi di creare un quadro normativo frammentario e tale da aumentare la complessità e i costi di attuazione per le imprese[4].

La decisione di ricorrere ad una forma di regolamentazione così articolata e di difficile applicazione negli Stati membri dell'Ue riflette la sfiducia delle istituzioni europee nei confronti dell'efficacia del diritto della concorrenza nei

[1] O. Borgogno, G. Colangelo, *Data, Innovation and Competition in Finance: The Case of the Access to Account Rule*, in *European Business Law Review*, 31, 2020, 573-610.

[2] Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, *relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e recante modifica delle direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828* (regolamento sui mercati digitali o legge sui servizi digitali), pubblicato in *GUUE* L 265, 12 ottobre 2022, 1-66.

[3] R.E. Matland, *Synthesizing the Implementation Literature: The Ambiguity-Conflict Model of Policy Implementation*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 5(2), 1995, 145-174.

[4] W.A. Kaal, *Dynamic Regulation for Innovation*, in M. Fenwick et al. (a cura di), *Perspectives in Law, Business & Innovation*, New York, 2016.

confronti degli operatori delle piattaforme digitali e, in particolare, delle grandi piattaforme digitali. Ora, la suddetta sfiducia è piuttosto preoccupante se solo si consideri il tumultuoso sviluppo di nuove tecnologie che vanno dalla *blockchain* all'intelligenza artificiale; in altre parole, le autorità della concorrenza saranno presto chiamate a confrontarsi con dei nuovi mercati rilevanti di servizi e di prodotti.

Ad avviso di chi scrive, l'errore fondamentale rispetto alla *governance* dell'economia digitale può essere individuato nella lentezza delle autorità della concorrenza nel comprendere e, quindi, regolare adeguatamente gli oligopoli digitali[5]. Invero, le autorità pubbliche non disponevano in quel momento degli strumenti e delle metodologie per garantire un approccio dinamico e, quindi, una risposta tempestiva anche attraverso l'applicazione della politica europea della concorrenza. Una riflessione di questo tipo è particolarmente importante non tanto per il passato, quanto per il prossimo futuro dove, come detto, le autorità pubbliche si troveranno presto a confrontarsi con nuovi mercati legati alle tecnologie.

In altre parole, il diritto della concorrenza si confronta con alcune profonde trasformazioni indotte dalla rapida evoluzione dei mercati digitali, i quali si caratterizzano per un'elevata velocità dell'innovazione, la presenza di forti economie di scala e di rete, e fenomeni di disintermediazione. Questi tratti distintivi mettono in discussione l'efficacia degli strumenti tradizionali del diritto della concorrenza, spesso concepiti per mercati statici e lineari, rivelandone i limiti nel governare le nuove dinamiche concorrenziali proprie dell'economia digitale. In tale contesto, si va delineando un approccio più flessibile e adattivo, che è possibile definire come un diritto della concorrenza di natura sperimentale, volto a integrare le categorie classiche con strumenti e metodologie capaci di tenere conto, a priori, della complessità e della capacità di costante mutamento dei mercati digitali. Questo approccio mira a favorire un'interazione più dinamica tra regolatori, imprese e altri attori coinvolti, promuovendo l'apprendimento istituzionale continuo e l'adeguamento delle politiche concorrenziali alle trasformazioni in atto.

In considerazione di quanto sopra, il presente contributo prende in considerazione un modello di regolamentazione diverso da quello tradizionale, che comprende anche la DMA. Ci interessa considerare, in particolare, alcune nuove strategie di regolamentazione pro-concorrenziale che sono caratterizzate da una natura sperimentale (per tale ragione si parla di diritto della concorrenza sperimentale). Precisamente, il capitolo si sofferma sulla più conosciuta tipologia di intervento, ovvero sulle *regulatory sandboxes*, che consentono di testare

[5] A Bradford, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford, 2023.

nuovi modelli regolatori e tecnologie in un ambiente controllato e supervisionato, ma con un margine di flessibilità rispetto alle normative tradizionali[6].

2. *Un diritto della concorrenza sperimentale*

Le *regulatory sandboxes* sono state inizialmente accolte con favore dalle autorità di regolazione dei mercati finanziari, poiché offrono l'opportunità di applicare il principio di proporzionalità del diritto europeo, permettendo una maggiore flessibilità e promuovendo l'innovazione tecnologica, ma anche sociale[7].

A tale riguardo, è anche possibile rilevare una sorta di competizione tra sistemi, nel senso che le autorità nazionali sembrano interessate a competere nella ricerca dei metodi di sperimentazione più promettenti ed efficaci rispetto a diversi obiettivi (concorrenza, innovazione e non solo). Non deve sorprendere, quindi, che i mercati dell'innovazione nei servizi digitali, come ad esempio quelli dei servizi finanziari[8], siano al centro della sperimentazione di questi nuovi strumenti. In questo contesto, è di fondamentale importanza distinguere ciò che è veramente innovativo nella pratica della regolamentazione dei mercati digitali dai meri annunci che spesso mirano a promuovere una normativa nazionale come la più favorevole per le aziende che desiderano stabilire la propria sede legale e offrire servizi digitali di nuova concezione[9].

Ci preme qui sottolineare come la sperimentazione riguardi anche la regolamentazione pro-concorrenziale dei nuovi mercati[10]. In particolare, si tratta di una forma di politica della concorrenza che, operando quando nasce un nuovo

[6] EMA, Regulatory Sandbox, 2020, https://www.ema.gov.sg/Sandbox.aspx.

[7] S. Ranchordas, *Experimental law-making in the EU: Regulatory Sandboxes*, University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 12/2021, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3963810.

Sotto il profilo della ricerca empirica si veda: R. N. Markellos et al., *Worldwide Adoption of Regulatory Sandboxes: Drivers, Constraints and Policies*, 2025, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5097105.

[8] L. Bromberg, A. Godwin, I. Ramsay, *Fintech Sandboxes: Achieving a Balance between Regulation and Innovation*, in *Journal of Banking and Finance Law and Practice*, 28, 2017, 314-336.

[9] J. Kálmán, *Ex Ante Regulation? The Legal Nature of the Regulatory Sandboxes or How to Regulate before Regulation Even Exists*, 2018, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3255850.

[10] C. Poncibò, L. Zoboli, *The Methodology of Regulatory Sandboxes in the EU: A Preliminary Assessment from a Competition Law Perspective*, Stanford-Vienna European Union Law Working Paper No. 61/2022.

mercato, vorrebbe contribuire a stabilire le regole del gioco, e, soprattutto, a prevenire l'emersione ed il consolidamento di operatori in una posizione dominante ("oligopoli di dati") nei mercati digitali e la conseguente creazione di barriere all'ingresso. Effettivamente, le autorità pubbliche sembrano ritenere che le scatole di sabbia possano generalmente promuovere sia l'innovazione che la concorrenza nei mercati digitali in rapida evoluzione. A titolo esemplificativo, la Financial Conduct Authority ("FCA") ha istituito una regulatory sandbox già nel 2015 anche al fine di "promuovere una concorrenza effettiva nei mercati dei servizi finanziari digitali"[11]. Nello specifico, tale esperimento avrebbe dovuto consentire alla FCA di collaborare con gli innovatori, garantendo il benessere dei consumatori ed insieme promuovendo la concorrenza nei servizi finanziari per le piccole e medie imprese.

Più in generale, lo studio del CGAP (Consultative Group to Assist the Poor) e della Banca Mondiale sulle regulatory sandbox, identifica la politica della concorrenza come uno degli obiettivi delle scatole di sabbia[12].

Fonte: Studio CGAP-Banca Mondiale (2019).

Nonostante la fiducia espressa dalle autorità pubbliche nella capacità di questi strumenti sperimentali di contribuire alla regolamentazione dei mercati dei servizi digitali, va sottolineato che la ricerca empirica è ancora in fase iniziale e che ci vorrà del tempo ulteriore per ottenere dei risultati e, quindi, per fare una valutazione accurata del reale potenziale di questi strumenti normativi innovativi[13].

[11] FCA, *Regulatory Sandbox*, 2024.

[12] CGAP-Banca Mondiale, *Regulatory Sandbox Global Survey*, 2019.

[13] D. Arner, J. Barberis, R.P. Buckley, *Fintech, Regtech and the Reconceptualisation of Financial Regulation*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 37, 2017, 373-385.

3. *Prime applicazioni*

In tale prospettiva, il diritto della concorrenza sperimentale è particolarmente rilevante in alcuni mercati legati alle nuove tecnologie digitali e di frontiera, come si evince da alcuni casi di studio. Come accennato, ogni giurisdizione segue un diverso percorso nel delineare questi spazi di sperimentazione, al punto che la stessa espressione scatola di sabbia dovrebbe essere correttamente intesa come una definizione generale che può implicare meccanismi e strumenti differenti[14].

In alcuni casi, il quadro normativo applicabile ai partecipanti rimane del tutto invariato, poiché le autorità pubbliche non prevedono alcun allentamento delle norme di conformità durante il periodo di sperimentazione. Ciò avviene, frequentemente, in materia di protezione dei dati personali, dove le garanzie previste dalla normativa restano pienamente applicabili anche all'interno della scatola di sabbia. Tale metodologia contribuisce a mitigare il timore che i partecipanti possano ricevere un trattamento di favore rispetto agli operatori esclusi, evitando così potenziali distorsioni[15].

D'altro canto, un secondo modello ricorrente prevede che le *regulatory sandboxes* operino in un contesto in cui l'autorità pubblica ha la possibilità di attenuare o modulare l'applicazione di alcune regole. In questo caso, il periodo di sperimentazione può comportare un temporaneo alleggerimento degli obblighi normativi normalmente previsti, al fine di favorire l'innovazione e testare nuove soluzioni in un ambiente controllato. Ancora una volta, l'esempio di questo approccio è la *regulatory sandbox* della FCA[16], che prevede, almeno teoricamente, la possibilità di derogare ad alcune delle regole esistenti nel corso della sperimentazione.

Al contrario, un esempio di effettivo allentamento delle regole si riscontra nella *sandbox* introdotta nei Paesi Bassi per sperimentare delle soluzioni innovative nel settore energetico. In questo contesto, l'autorità pubblica olandese

[14] Le giurisdizioni in cui è consentito un allentamento normativo personalizzato includono lo Stato dell'Arizona (USA), il Brunei, il Canada, Hong Kong, l'Indonesia, la Malesia e Singapore, cfr. D.M. Ahern, *Regulators Nurturing FinTech Innovation: Global Evolution of the Regulatory Sandbox as Opportunity Based Regulation*, European Banking Institute Working Paper Series No. 60/2020.

[15] Si veda, ad esempio, Datatilsynet (Autorità norvegese per la protezione dei dati), Sandbox for responsible artificial intelligence (2021); CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés), Bac à sable données personnelles (2021).

[16] Financial Conduct Authority, *Regulatory Sandbox*, 2022.

ha consentito alle cooperative e alle associazioni energetiche ammesse di derogare, almeno in parte, alla normativa nazionale in materia di energia[17].

3.1. *Tecnologie finanziarie*

Un ruolo pionieristico è stato svolto dalla *Financial Conduct Authority* (FCA), che già nel 2016 ha introdotto una forma di sperimentazione regolamentare. L'ascesa rapida del settore delle tecnologie finanziarie e la conseguente esigenza di una regolamentazione adeguata nel Regno Unito hanno favorito lo sviluppo di un nuovo approccio metodologico, finalizzato a garantire la concorrenza e la tutela del benessere dei consumatori, a mitigare i rischi di mercato, e al contempo a promuovere l'innovazione nel settore finanziario.

Orbene, uno degli obiettivi fondamentali della regolazione dei mercati finanziari dovrebbe essere la promozione di una concorrenza leale ed efficace, garantendo che tutte le imprese operino secondo regole comuni e sopportino oneri regolatori equivalenti. In questa prospettiva, la regolazione non deve ostacolare l'innovazione, ma piuttosto incanalarla in un contesto competitivo in cui le imprese siano incentivate a differenziarsi attraverso la qualità, l'efficienza o i servizi offerti, e non semplicemente approfittando di lacune normative.

Tale metodologia riflette una visione sperimentale del diritto della concorrenza, in cui la regolazione diventa uno strumento dinamico, capace di adattarsi a contesti in evoluzione e di incoraggiare l'innovazione senza compromettere la parità delle condizioni concorrenziali[18].

Sebbene il successo di tale esperimento di regolazione pro-concorrenziale sia strettamente legato ai settori finanziario (in particolare: fintech) e bancario, questo modello sta trovando, anche negli anni più recenti, applicazione in una gamma molto ampia di mercati, tra cui i trasporti (ad esempio, droni, veicoli autonomi), l'energia, la salute e, da ultimo, l'intelligenza artificiale[19].

Ed ancora, si può ricordare come le istituzioni dell'Ue abbiano anche ritenuto di avviare una *regulatory sandbox* dedicata a casi d'uso innovativi basati su tecnologie a registro distribuito (i.e. distributed ledger technologies, DLT),

[17] E.C. van der Waal, A.M. Das, T. van der Schoor, *Participatory Experimentation with Energy Law: Digging into a Regulatory Sandbox for Local Energy Initiatives in the Netherlands*, in *Energies*, 13(2), 2020, 458, https://doi.org/10.3390/en13020458.

[18] L. Bromberg, A. Godwin, I. Ramsay, *Fintech Sandboxes: Achieving a Balance between Regulation and Innovation*, cit., 314-336.

[19] Conclusioni del Consiglio dell'Unione sulle sandbox normative e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, a prova di futuro e resiliente, in grado di affrontare le sfide dirompenti dell'era digitale, pubblicate nella *GUUE* C 447 del 23 dicembre 2020.

con l'obiettivo di affrontare alcuni degli aspetti più complessi poste dalla trasformazione digitale. Tra le tematiche al centro di questa iniziativa vi sono, per esempio, la portabilità dei dati, lo scambio sicuro di informazioni tra imprese, l'identità digitale e l'applicazione degli *smart contracts*, in un contesto che mira a favorire l'innovazione senza compromettere i principi fondamentali del mercato interno e della concorrenza.

3.2. *Intelligenza artificiale*

La Commissione europea ha fatto riferimento al possibile ruolo della *regulatory sandbox* anche nel campo della disciplina dei mercati legati allo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale.[20] In tale ambito, si tratterebbe di introdurre degli spazi di sperimentazione che avrebbero lo scopo di creare un ambiente, posto sotto il monitoraggio delle autorità pubbliche, per sperimentate una regolazione pro-competitiva "adatta" ai sistemi di IA per un periodo di tempo limitato, sulla base di un programma concordato con le autorità competenti.

Innanzitutto, queste sandbox potrebbero offrire alle nuove imprese e start-up un'opportunità fondamentale di entrare nel mercato senza timore degli oligopoli di dati. Poiché le normative e i requisiti possono essere adattati o flessibilizzati in determinate condizioni, le piccole e medie imprese (PMI) hanno la possibilità di sperimentare e testare le proprie soluzioni IA in un ambiente più accessibile e meno oneroso dal punto di vista normativo. In questo modo, si favorisce la competizione tra nuovi operatori e i più grandi, evitando che le grandi imprese abbiano il monopolio tecnologico.

Inoltre, le sandbox regolamentari potrebbero anche favorire la trasparenza e la collaborazione tra le imprese, consentendo alle autorità di vigilanza di raccogliere dati utili su come le diverse soluzioni tecnologiche impattano sul mercato e sui consumatori. Questo monitoraggio continuo aiuta a prevenire comportamenti anticoncorrenziali, come pratiche collusive o strategie di esclusione dei concorrenti. Inoltre, i dati raccolti durante la sperimentazione possono essere utilizzati per migliorare le politiche di regolamentazione della concorrenza, identificando eventuali barriere all'ingresso o distorsioni che potrebbero compromettere il libero gioco del mercato.

Infine, un altro vantaggio delle sandbox per l'IA nel contesto della concorrenza è che possono aiutare a mitigare i rischi legati agli effetti monopolistici. Le sandbox possono impedire alle aziende più grandi di abusare della loro

[20] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale*, pubblicato in *GUUE* L, del 12 luglio 2024.

posizione dominante, offrendo a tutti i partecipanti un terreno di gioco equilibrato e regolato. Le autorità di regolamentazione possono anche utilizzare queste sperimentazioni per esaminare se le pratiche di mercato, come i modelli di pricing, la raccolta dei dati o l'accesso ai mercati, stanno ostacolando la competizione in modo sleale[21].

Tuttavia, uno dei principali rischi delle sandbox è la possibilità che le aziende partecipanti possano aggirare alcune normative fondamentali. Se non regolamentate adeguatamente, le sandbox potrebbero diventare un'opportunità per le imprese di testare soluzioni non conformi alle leggi europee, in particolare quelle riguardanti la privacy e la sicurezza[22]. Sebbene, poi, le sandbox siano progettate per favorire l'ingresso di nuove imprese, c'è il rischio che grandi aziende tecnologiche abbiano accesso a risorse superiori che consentono loro di trarre maggiore vantaggio dai test condotti.

Infine, nonostante le misure di protezione, le tecnologie che emergono dalle sandbox potrebbero non essere completamente mature o affidabili. Se le soluzioni non sono testate sufficientemente o non vengono implementate correttamente, c'è il rischio che i consumatori possano essere esposti a tecnologie malfunzionanti o che non rispettano i loro diritti[23].

3.3. *Concorrenza e sostenibilità*

La sperimentazione proposta dall'autorità greca per la concorrenza costituisce un ulteriore interessante esempio del rapporto tra regolamentazione sperimentale e diritto della concorrenza.

In particolare, la Commissione ("HCC") ha istituito uno spazio di sperimentazione al fine di promuovere gli obiettivi di sostenibilità e concorrenza nel mercato greco[24].

[21] Regolamento (UE) 2016/679 (Regolamento generale sulla protezione dei dati), pubblicato in GUUE L 119, 04 maggio 2016.

[22] Le sandbox regolamentari nel campo dell'intelligenza artificiale sono menzionate dal Consiglio dell'Ue: Council of EU, *Conclusions on Regulatory sandboxes and experimentation clauses as tools for an innovation-friendly, future-proof and resilient regulatory framework that masters disruptive challenges in the digital age* (2020); Commission, *EU Coordinated Plan on AI* (2018 and its 2021 review); EU Parliament, *Resolution* del 12 febbraio 2019; G20, Ministerial Statement on Trade and Digital Economy (2019).

[23] H. Ruschemeier, *Thinking Outside the Box? Regulatory Sandboxes as a Tool for AI Regulation*, 2024, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4787008.

[24] Hellenic Competition Commission, *Competition Law and Sustainability* (2021). Hellenic Competition Commission, *Public consultation: Proposal for the creation of a sandbox for sustainability and competition in the Greek market* (2021).

In particolare, la *sandbox* per la sostenibilità proposta dall'HCC trova applicazione in diversi settori economici, come l'energia, il riciclaggio e la gestione dei rifiuti, la produzione industriale di beni di consumo, la produzione e distribuzione alimentare, i prodotti farmaceutici, solo per citarne alcuni. Questa *sandbox* offrirebbe alle aziende l'opportunità di testare dei nuovi servizi e delle soluzioni orientate allo sviluppo sostenibile, senza compromettere in modo significativo la concorrenza nel mercato rilevante.

In questo modo, l'autorità ellenica vorrebbe sostenere le piccole e medie imprese che potrebbero essere in ritardo nell'innovazione e nell'adozione di nuove tecnologie sostenibili, offrendo a questi soggetti privati l'opportunità di testare soluzioni innovative in un ambiente controllato e con la collaborazione dell'autorità stessa. In un modello di questo tipo, le aziende possono presentare le loro proposte all'HCC e queste proposte possono anche fare riferimento alla possibilità di consentire degli accordi tra concorrenti (accordi orizzontali) o all'interno delle catene di fornitura (accordi verticali) al fine di promuovere gli obiettivi pubblici sopra menzionati. Inutile dire che tale approccio potrebbe astrattamente portare a una sorta di deroga all'applicazione del diritto della concorrenza nel caso concreto per favorire o bilanciare altri obiettivi.

Per completezza, va detto che tali deroghe potrebbero riguardare anche dei comportamenti unilaterali da parte delle imprese che potrebbero costituire un abuso di posizione dominante. Quest'ultimo caso costituirebbe, infatti, un'ipotesi particolare secondo gli orientamenti della stessa autorità greca. Va inoltre sottolineato che la suddetta sandbox dell'HCC è specificamente rivolta alle fattispecie più complesse, in cui potrebbe essere necessario valutare una restrizione della concorrenza al fine di raggiungere un determinato obiettivo legato, in primo luogo, alla priorità del tema dello sviluppo sostenibile[25].

Una volta che le imprese avranno presentato le loro proposte, l'HCC ne esamina il contenuto, prendendo in considerazione la normativa europea e nazionale vigente in materia di concorrenza, nonché la giurisprudenza relativa alla valutazione e all'inclusione degli interessi pubblici nell'applicazione dell'art. 101, paragrafi 1 e 3, del TFUE e della corrispondente disciplina nazionale. Riteniamo importante sottolineare che in questo contesto l'HCC dovrebbe, ad esempio, prendere in considerazione diversi criteri ed indicatori relativi ai processi orientati a obiettivi di sviluppo sostenibile[26].

Dopo aver valutato la proposta, l'autorità potrebbe anche ritenere di non applicare il diritto della concorrenza europeo e nazionale alla fattispecie que-

[25] J. Malinauskaite, *Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 13, Issue 5, July 2022, 336-348.

[26] *Ibidem*, 338.

stione, oppure respingere la richiesta, considerando applicabile il quadro normativo esistente. Inoltre, l'autorità greca dovrebbe fornire alle imprese delle linee guida per chiarire i tempi della sperimentazione ed i limiti di tale esenzione, e potrebbe anche stabilire alcune condizioni che le imprese che partecipano alla sandbox devono rispettare. La stessa autorità si propone, infine, di monitorare costantemente l'attuazione della sperimentazione e di organizzare incontri periodici sull'andamento della sperimentazione. Al termine di tale momento, le imprese partecipanti dovrebbero uscire dalla sandbox con una sorta di "licenza di sostenibilità" che finirebbe per rappresentare, in ogni caso, una novità di notevole rilevanza nel panorama normativo dell'Ue.

Orbene, dopo aver inquadrato l'iniziativa greca, sorge la domanda se l'HCC stia tornando alla precedente prassi di notifica alle autorità garanti della concorrenza degli accordi tra imprese, prassi che è stata sostituita da un'autovalutazione effettuata dalle stesse imprese. Più concretamente, ci si interroga se l'HCC disponga delle risorse finanziarie e professionali necessarie per gestire questo processo, considerando che tale ambito rappresenta senza dubbio una novità per le autorità nazionali garanti della concorrenza.

3.4. *Cenni conclusivi*

Il contributo esamina il rapporto tra il diritto della concorrenza e la regolamentazione sperimentale, considerando, in particolare, il recente caso delle *sandboxes* regolamentari. Ne emerge un quadro molto frammentato del fenomeno delle *sandboxes*, in cui ogni esperimento si distingue per obiettivi e metodi. Tuttavia, l'analisi condotta consente di formulare alcune considerazioni sul legame tra la sperimentazione regolamentare e il diritto della concorrenza.

Ed è interessante osservare come la sperimentazione rappresenti un'area di convergenza tra la politica della concorrenza e la regolamentazione dei nuovi mercati legati alle innovazioni tecnologiche. Ciò implica anche il superamento della tradizionale distinzione tra meccanismi che operano ex ante e strumenti che, al contrario, intervengono solo a posteriori[27]. In questo senso, è vero che la regolamentazione determina il campo di azione del diritto della concorrenza e, viceversa, quest'ultimo influenza il campo di evoluzione della regolamentazione.

È evidente, quindi, che le *sandbox* normative hanno il potenziale di superare la visione tradizionale del lavoro tra regolamentazione e concorrenza. In questo modo, le sandbox potrebbero contribuire a trasformare la nostra

[27] D.A. Zetzsche et al, *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 31, 2017, 23.

prospettiva, passando da una mera e irrisolta questione di competenza a una nuova forma di politica della concorrenza, che si applica nel momento in cui le autorità pubbliche stabiliscono, per esempio, "le regole del gioco" nei mercati dei nuovi servizi digitali, sia per le imprese che per i consumatori finali.

Inoltre, pur apprezzando il tentativo di sviluppare nuove metodologie, anche basate su esperimenti, dobbiamo concludere che, almeno nell'Ue, lo spostamento verso una prospettiva *ex ante* favorirà ancora una volta – come nel caso della regolamentazione tradizionale, come la recente DMA – il ruolo dello Stato regolatore. In altre parole, sembra interessante sottolineare come la digitalizzazione dei mercati dei servizi stia nuovamente alimentando l'espansione dei campi in cui il potere pubblico è inevitabilmente chiamato a esercitarsi. Tuttavia, questo modello appare inevitabilmente superato e poco convincente rispetto ai grandi cambiamenti in atto sul fronte tecnologico e sociale, con il rischio che la disciplina del DMA non riesca a raggiungere i risultati attesi dalle istituzioni europee nella sua applicazione pratica.

In altre parole, si assiste a un'espansione dell'area di regolamentazione pubblica nei mercati nascenti e innovativi. Allo stesso tempo, le autorità di concorrenza europee e nazionali possono ampliare il loro campo d'azione attraverso l'introduzione di nuovi meccanismi sperimentali per includere, come nel caso dell'autorità di concorrenza greca, degli obiettivi di ampia portata, quali la promozione della concorrenza, ma anche – ed insieme – della sostenibilità.

L'analisi ci permette anche di vedere come l'obiettivo di creare mercati digitali competitivi attraverso *sandbox regolatorie* si basi su una sorta di rivisitazione della dottrina della *governance sperimentalista*[28]. Ebbene, gli esperimenti sono configurati diversamente: la struttura stessa della sandbox può influenzare il suo corretto funzionamento. In breve, è necessario chiarire che la sperimentazione non è un'attività meramente tecnica, poiché essa implica una rinnovata fiducia nel ruolo dello Stato regolatore.

Il contributo conferma, almeno in una prima lettura, che una scatola di sabbia può produrre tanto benefici quanto rischi per quanto riguarda la politica della concorrenza. Da un lato, essa contribuisce a migliorare la collaborazione tra gli attori e la capacità di apprendimento delle autorità pubbliche rispetto ai nuovi servizi e tecnologie emergenti. In altre parole, il fatto che tali sperimentazioni comportino dei regimi normativi con rischi legali ridotti può

[28] C. F. Sabel, J. Zeitlin, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union*, in Sabel e Zeitlin (eds), *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture*, Oxford, 2010; Y. Svetiev, *Experimentalist Competition Law and the Regulation of Markets*, Oxford, 2020.

agevolare l'evoluzione di questi regimi, contribuendo così al mantenimento di condizioni di mercato competitive. Inoltre, se adeguatamente progettate dalle autorità di vigilanza e della concorrenza, le sandbox regolamentari potrebbero anche contribuire a creare delle condizioni di parità per i nuovi operatori dei mercati digitali.

D'altro canto, tuttavia, lo sperimentalismo normativo potrebbe anche accentuare alcuni rischi per i consumatori e per la concorrenza, poiché l'introduzione di *sandbox* regolamentari potrebbe creare delle dinamiche non completamente prevedibili. Innanzitutto, i consumatori potrebbero essere esposti a servizi e prodotti che non sono ancora pienamente testati o che operano in un contesto normativo parzialmente allentato, aumentando i rischi di danni economici o sociali. La protezione dei diritti dei consumatori potrebbe risultare indebolita, soprattutto se la sperimentazione non è adeguatamente monitorata, con il rischio di introduzione di pratiche non conformi agli standard di sicurezza e qualità.

Per quanto riguarda la concorrenza, le *sandbox* potrebbero favorire in maniera disomogenea alcuni operatori, creando potenziali distorsioni nel mercato. Se alcuni partecipanti riescono a beneficiare di un regime normativo più flessibile o ridotto, potrebbero ottenere vantaggi competitivi significativi rispetto a chi non è ammesso a tali sperimentazioni. In tal modo, le barriere all'ingresso potrebbero essere accentuate, con nuove imprese che potrebbero trovare più difficile entrare nel mercato se non hanno accesso a questi strumenti sperimentali.

Inoltre, se la sperimentazione non è correttamente progettata, le condizioni di mercato potrebbero essere alterate in modo permanente, portando alla creazione di situazioni di monopolio o oligopolio che potrebbero essere difficili da correggere una volta che le normative più rigorose vengono ripristinate. Pertanto, è essenziale che le autorità garanti della concorrenza e i regolatori prestino particolare attenzione alle implicazioni di lungo periodo, monitorando costantemente l'evoluzione del mercato e intervenendo per correggere eventuali disfunzioni.

Alla luce di quanto sopra, è possibile concludere che le sandbox regolamentari ben potrebbero essere considerate come uno strumento complementare alla regolamentazione introdotta dal DMA. Le tecnologie emergenti, come l'intelligenza artificiale, introducono una serie di complessità che sfidano i tradizionali paradigmi della politica della concorrenza. Queste tecnologie, infatti, sono caratterizzate da dinamiche rapide e imprevedibili, da elevati investimenti in ricerca e sviluppo, e dalla possibilità di disegnare modelli di business completamente nuovi, spesso basati su algoritmi e interazioni automatiche tra sistemi. In questo contesto, la politica della concorrenza tradizionale, fondata su

regole stabili e statiche, potrebbe non essere sufficiente per affrontare adeguatamente le sfide poste da queste innovazioni.

L'idea di una politica della concorrenza sperimentale si inserisce in questo quadro, proponendo un approccio più flessibile e dinamico, che permetta alle autorità di regolamentazione e concorrenza di adattarsi rapidamente ai cambiamenti del mercato. In altre parole, l'adozione di una siffatta politica della concorrenza implica un'esplorazione più aperta delle implicazioni competitive delle tecnologie emergenti, in modo da comprendere meglio come queste interagiscano con il mercato e quali effetti esse possano avere sui consumatori e sui concorrenti.

Tuttavia, è fondamentale che questa sperimentazione sia accompagnata da un monitoraggio costante, per evitare che gli esperimenti portino a effetti collaterali indesiderati, come la concentrazione di potere nel mercato o la creazione di barriere all'ingresso per nuovi attori. In sintesi, una politica della concorrenza sperimentale potrebbe rispondere alla necessità di affrontare in modo flessibile le sfide poste dalle tecnologie emergenti, ma deve essere progettata con attenzione per garantire che non si compromettano i principi di concorrenza leale e protezione dei consumatori.

UNIONE EUROPEA E NEUTRALITÀ: SOVRANITÀ ECONOMICA, MERCATO E PROPRIETÀ PUBBLICA

Andrea Pradi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Origini storiche e interpretazione dell'art. 345 TFUE. – 3. La giurisprudenza europea e la neutralizzazione sostanziale dell'art. 345 TFUE. – 4. La regola è il mercato: l'inversione sistemica della neutralità. – 5. Il caso italiano: servizi pubblici locali tra autonomia e vincoli europei. – 6. Alcune conclusioni.

1. *Introduzione*

Nel cuore del diritto europeo si agita una tensione mai del tutto risolta: quella tra l'unità dell'integrazione e la pluralità delle sovranità. Una tensione che, come ha ricordato Gian Antonio Benacchio, non si esaurisce nel confronto tra norme, ma si dispiega come processo culturale, giurisprudenziale e istituzionale: un "nuovo jus commune" che prende forma attraverso la circolazione di modelli, la pressione armonizzatrice del mercato interno e la costruzione progressiva di una razionalità giuridica sovranazionale[1]. In questo quadro, la concorrenza non è semplicemente una regola tecnica: è il dispositivo attraverso cui l'Unione europea ha ridefinito i confini della regolazione economica, trasformando i concetti fondamentali del diritto in strumenti funzionali alla costruzione del mercato unico.

È all'interno di questa trasformazione che va collocato l'articolo 345 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Presentato come clausola di neutralità, esso afferma formalmente il rispetto, da parte dell'Unione, della libertà degli Stati membri di determinare il regime giuridico dei propri beni. Come spesso accade nel diritto europeo, la neutralità non è mai del tutto neutra. La giurisprudenza della Corte di giustizia – nel solco di un'evoluzione "funzionalista e sistemica" – ha progressivamente svuotato la norma della sua portata prescrittiva, ricollocandola nel più ampio dispositivo di compatibilità concorrenziale[2].

[1] G.A. Benacchio, *L'unione europea e il diritto privato, Fenomenologia di un'evoluzione*, Padova 2024.

[2] D. Caruso, *Private Law and Public Stakes in European Integration: The Case of Property*, in *Eur. L. J.*, 2004, 10, 751-765.

Attraverso una interpretazione restrittiva, che vuole decisiva non più la natura pubblica o privata del soggetto ma la rilevanza economica dell'attività svolta, la proprietà pubblica viene attratta nell'orbita del diritto del mercato, soggetta a valutazioni di efficienza, contendibilità e proporzionalità.

Questa dinamica ha operato una trasformazione profonda della proprietà pubblica, riducendone la funzione da presidio politico dell'interesse collettivo a variabile tecnica da razionalizzare all'interno dell'ordine concorrenziale.

Tuttavia, se la concorrenza diventa l'orizzonte naturale della regolazione, l'interesse generale sopravvive solo come eccezione da giustificare e la proprietà pubblica perde la sua forza di categoria ordinante per divenire mero meccanismo organizzativo subordinato alla logica del mercato[3].

Contro questa deriva, occorre riaffermare che non tutto ciò che può essere armonizzato deve necessariamente esserlo, e che il diritto, per non ridursi a mera tecnica economica, deve preservare la capacità di progettare forme di gestione collettiva fondate sulla destinazione dei beni a finalità comuni e sulla sottrazione di alcune risorse fondamentali alla pura logica dello scambio. In questo senso, il lavoro si inscrive idealmente nell'eredità scientifica e culturale di Gian Antonio Benacchio per un diritto europeo che non eluda le tensioni, ma le assuma come materia viva della propria evoluzione.

2. *Origini storiche e interpretazione dell'art. 345 TFUE*

Lo studio delle dinamiche che governano la relazione tra Stato e mercato nello spazio giuridico europeo non può che prendere le mosse dall'art. 345 TFUE, che sancisce il principio di neutralità dell'Unione rispetto agli assetti proprietari degli Stati membri: "I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri". Si tratta di una delle rare disposizioni che affermano un limite strutturale all'azione armonizzatrice europea.

Per quanto essenziale nella formulazione, la norma assume un ruolo simbolico e sistemico cruciale: essa individua il perimetro oltre il quale il potere di integrazione europea dovrebbe arrestarsi, preservando la sovranità degli Stati nella definizione delle fondamenta giuridiche della proprietà e delle scelte economiche[4]. Tuttavia, come si vedrà, il significato originario dell'articolo è stato

[3] Per un inquadramento della proprietà pubblica nel sistema civilistico cfr. A. Gambaro, *La proprietà, "Beni, proprietà e possesso"*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano, 2017, 86 ss.

[4] Cfr. A.V. Rocchi, *Article 345 TFEU and the Right to Property: a Possi Free Movement? The Analysis of the Jurisprudence European Union*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, 2.

progressivamente eroso, riducendone la portata a una neutralità puramente formale, incapace di proteggere effettivamente gli spazi di autonomia politica degli ordinamenti nazionali.

L'introduzione del principio di neutralità in materia di regimi proprietari, oggi codificato all'art. 345 TFUE trova radici in un equilibrio fondativo, nato in un'Europa ancora segnata dalla guerra. Quando nel 1950 la Dichiarazione Schuman affermava che la nuova Alta Autorità "non pregiudica in alcun modo il regime di proprietà delle imprese", non si trattava di una formula tecnica, ma di un delicato gesto politico[5]. In quel contesto postbellico, si trattava di un equilibrio diplomatico delicato tra le istanze francesi di controllo sulla produzione industriale tedesca e la necessità di restituire alla Germania una dignità sovrana, anche attraverso il riconoscimento del controllo statale sulla Ruhr. Il nuovo progetto europeo – scolpito nel successivo art. 83 del Trattato CECA – doveva evitare di toccare direttamente la proprietà delle imprese, assicurando che l'integrazione economica non si traducesse in imposizioni sui modelli nazionali[6].

Quando il principio fu trasposto nel Trattato di Roma (art. 222 TEEC), la sua funzione si ampliò: neutralizzare le divergenze tra modelli economici diversi – economie di mercato, economie miste, settori pubblici forti – senza subordinare l'integrazione alla previa unificazione dei regimi di proprietà. La clausola, apparentemente marginale, assumeva così un valore sistemico: garantire che l'armonizzazione del mercato non intaccasse direttamente le scelte politiche nazionali sulla struttura della proprietà. Quando la clausola venne trasposta nel nuovo impianto del Trattato di Roma, nel 1957, il suo linguaggio subì una lieve ma significativa trasformazione. Scomparve il riferimento esplicito alle imprese, presente nel testo originario del Trattato CECA, e si preferì una formulazione più generica, rivolta al "regime di proprietà" *tout court*. In questa maniera ne venne ampliata la funzione facendole assumere così portata più ampia per garantire che l'armonizzazione del mercato non intaccasse direttamente le scelte politiche nazionali sulla struttura della proprietà[7].

L'evoluzione del principio di neutralità, da "proprietà delle imprese" nella CECA a "regimi di proprietà" nei Trattati europei successivi, riflette il pas-

[5] Cfr. A. Gardella, *Commento sub art. 345*, in A. Tizzano, (a cura di), *Commentario Trattato dell'UE*, II ed., Milano, 2014, 2059.

[6] Cfr. P. Reuter, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, Parigi, 1953, 146.

[7] Cfr F. Losada Fraga et al., *Property and European Integration: Dimensions of Article 345 TFEU*, in *Helsinki Legal Studies Research Paper No. 17*, 2012, disponibile al link http://ssrn.com/abstract=2012983.

saggio da una integrazione settoriale a una integrazione economica generale. Era necessario ampliare la formula: l'obiettivo non era più solo proteggere la titolarità delle imprese in ambiti produttivi strategici, ma salvaguardare ogni forma di proprietà – beni naturali, patrimoni pubblici, demani – nell'ordinamento di ciascun Stato membro. La nuova formulazione ("regime di proprietà") consente così una maggiore flessibilità: lasciando del tutto impregiudicata la disciplina interna degli Stati in relazione alla disciplina dei beni e dei servizi pubblici, demaniali e patrimoniali, e tutelando le diverse scelte nazionali in materia.

L'unità semantica di questa formula, sopravvissuta con pressoché identica struttura lessicale, fino all'attuale art. 345 TFUE[8], conferma che in essa si custodiva non una clausola stilistica, ma un vincolo fondativo in cui la proprietà – o meglio "i regimi proprietari", per usare la terminologia del legislatore comunitario – entra nella sistematica dei Trattati come categoria del pensiero politico[9], più che come scelta tecnicamente definita, richiamando la libertà (o autonomia) nella scelta del modello di organizzazione economica spettante agli Stati membri.

Sullo sfondo della ricostruzione postbellica, la neutralità rispetto ai regimi proprietari fu il mezzo attraverso cui gli Stati membri tentarono di tutelare i propri percorsi economici nazionali, segnati da ampie campagne di nazionalizzazione in settori strategici, funzionali alla ricostruzione economica ed essenziali per la coesione sociale[10]. In un'Europa ferita nelle infrastrutture come nel tessuto democratico, mantenere il controllo pubblico sulla produzione e sui servizi fondamentali non era una scelta ideologica, ma una necessità politica condivisa. Non stupisce, dunque, che la proprietà privata non comparisse nemmeno nella Carta europea dei diritti dell'uomo: l'idea di affidare a un potere sovranazionale la supervisione delle politiche economiche interne era avvertita come una minaccia più che una garanzia[11].

[8] L'art. 222 del Trattato CEE di Roma del 1957 Divenuto poi articolo 295 TCE ed ora art. 345 TFUE, senza peraltro subire mai nessuna mutazione lessicale.

[9] Cfr. A. Gambaro, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger, Milano, 2012, 298 ss. dove l'autore distingue tra la natura giuridica del bene e la sua costruzione ideologica in chiave funzionale e storicamente situata, ponendo in evidenza il carattere politico della categoria di "bene pubblico" anche all'interno degli ordinamenti civili.

[10] W. Sauter, *The Economic Constitution of the EU* in *Columbia Journal of European Law*, 1998, 4, 27-68.

[11] Cfr. S. Praduroux, *La proprietà privata nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *ISAIDAT Law Review*, 2010, 113 ss.

Tuttavia, nonostante questa apertura concettuale, l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale prevalente ha finito per restringere il campo operativo del principio, attestandolo principalmente sulla neutralità rispetto alla proprietà delle imprese nell'ambito delle attività economiche così da trasformare la clausola da strumento di autonomia politica a semplice criterio tecnico soggetto a controllo giurisdizionale[12].

Questa deriva ha comportato l'erosione graduale degli spazi assegnati alla "proprietà pubblica", facendo così venir meno quella funzione ordinante che, nella cultura giuridica italiana e non solo, rappresentava il punto di saldatura tra democrazia, solidarietà e direzione politica dell'economia. E anche la sistematica dei Trattati riflette questo slittamento: sebbene l'articolo mantenga intatta la sua formulazione testuale, il suo spostamento nella Parte Settima del TFUE – tra le disposizioni finali – contribuisce a collocarlo sempre più ai margini. Una norma inchiodata alla sua continuità formale, ma sempre più privata di incisività sostanziale.

3. *La giurisprudenza europea e la neutralizzazione sostanziale dell'art. 345 TFUE*

La riduzione semantica del concetto di "regime di proprietà" al solo profilo della titolarità dell'impresa ha costituito la leva principale attraverso cui la Corte di giustizia e la commissione hanno realizzato la progressiva riconduzione funzionale delle scelte economiche statali al paradigma concorrenziale del mercato unico.

Da clausola posta a presidio della libertà degli Stati membri nella configurazione dei propri assetti proprietari, il principio è divenuto progressivamente uno strumento funzionale alla razionalità economica del mercato interno. Laddove inizialmente intendeva proteggere in modo ampio ogni forma di regime proprietario – pubblico o privato, patrimoniale o demaniale –, la neutralità è stata piegata a logica di compatibilità: non più tutela dell'autonomia politica nella scelta dei modelli economici, ma verifica della loro aderenza alle libertà fondamentali e alle regole della concorrenza[13].

Questa linea interpretativa trova espressione fin negli esordi dell'integrazione. Già nel 1964 infatti con la sentenza *Costa/Enel* faceva ingresso l'idea che

[12] Cfr. B. Akkermans, E. Ramaekers, *Article 345 TFUE (ex Article 295 EC). Its Meaning and Interpretation*, in *Eu. L. J.*, 2010, 16, 292.

[13] Cfr A. Verhoeven, *Privatisation and EC Law: Is the European Commission "Neutral" with respect to Public versus Private Ownership of Companies?* in *ICLQ*, 1996, 861.

l'assenso da parte comunitaria alla costituzione di monopoli nazionali che gestivano servizi di interesse generale, non esimeva questi ultimi dall'osservanza dei principi fondamentali del Trattato a presidio della costruzione e del buon funzionamento del mercato comunitario[14].

Orientamento che viene più tardi riaffermato in modo esemplare nella giurisprudenza sulle cosiddette "*golden shares*" dove la Corte ribadisce che l'art. 345 TFUE non può essere invocato per sottrarre le scelte statali alla verifica di compatibilità con le libertà fondamentali del Trattato – la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), la libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE), la libera circolazione dei capitali (art. 63 TFUE) – e con le norme sulla concorrenza (artt. 101-109 TFUE)[15]. La scelta di mantenere una proprietà pubblica, o di riservare allo Stato strumenti speciali di controllo, non è vietata in quanto tale, ma è ammissibile solo se non distorce la concorrenza e non incide negativamente sul mercato interno[16].

Un passaggio cruciale nell'evoluzione della giurisprudenza europea si consuma nel momento in cui l'assoggettamento delle imprese pubbliche alle regole del mercato smette di essere legato al fatto che l'attività svolta apparteneva, in origine, a un contesto concorrenziale. In origine, infatti, la logica era lineare: si applicavano le norme della concorrenza ad attività che, pur nazionalizzate, provenivano da un contesto aperto all'iniziativa privata. L'intervento dello Stato alterava la titolarità, non la natura concorrenziale dell'attività. In questo quadro, l'estensione delle regole del Trattato alle imprese pubbliche non appariva forzata, ma coerente con l'assetto originario.

Col tempo, però, la giurisprudenza ha progressivamente esteso tale approccio a settori che non erano mai stati, per natura e finalità, parte del mercato[17]. Servizi come la gestione dell'acqua, il trasporto pubblico locale o lo smaltimento dei rifiuti – storicamente affidati alla sfera pubblica e regolati dal diritto amministrativo – sono stati reinterpretati come attività economicamente rilevanti. La loro sottoposizione al diritto della concorrenza non è stata più una

[14] Vd. Corte di giustizia CEE, 15 luglio 1964, C 6/64, *Costa/Enel*, in particolare p. 1139.

[15] Cfr. A.V. Rocchi, *Article 345 TFEU and the Right to Property: a Possi Free Movement? The Analysis of the Jurisprudence European Union*, cit.

[16] Cfr. Corte di giustizia UE, 23 ottobre 2007, C 112/05, *Commissione c. Germania*, punto 21, in cui viene esplicitato che "il mantenimento da parte di uno Stato membro di un regime di proprietà pubblica, oppure la sua instaurazione, non possono giustificare misure che risultino contrarie alle libertà fondamentali garantite dal Trattato, e in particolare alla libera circolazione dei capitali."

[17] Cfr. A. Travi*, Servizi pubblici e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in G. Falcon (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005.

conseguenza, ma una scelta di principio, capace di mutarne la qualificazione giuridica e la funzione costituzionale[18].

In questo processo la proprietà pubblica è stata progressivamente riscritta secondo i codici del mercato: non negandone l'esistenza, ma condizionandone l'ammissibilità potendo essa esistere ma solo entro i confini della cosiddetta neutralità competitiva.

La tutela dell'art. 345 TFUE non scompare dal piano formale, ma si svuota sul piano sostanziale, perché ogni deviazione dall'ordine concorrenziale deve essere giustificata, proporzionata e pienamente compatibile con il disegno integrativo dell'Unione. Il principio di neutralità perde così la sua vocazione originaria di garanzia, trasformandosi in una clausola di tolleranza vigilata, che assume il mercato come regola e il pubblico come eccezione condizionata[19].

4. *La regola è il mercato: l'inversione sistemica della neutralità*

Normalizzando le forme pubbliche di appartenenza secondo criteri di contendibilità ed efficienza la Corte di giustizia opera un'inversione sistemica della neutralità che da principio di non ingerenza, diventa strumento di armonizzazione della proprietà pubblica verso il paradigma di mercato[20].

Un cambio di prospettiva che però entra in tensione profonda con la tradizione giuridica dei modelli costituzionali di molti Stati membri[21], che assegnano alla proprietà pubblica una funzione ordinante e non derivata di tutt'altra matrice. È infatti la sottrazione al mercato – e non l'adattamento alla concorrenza – che storicamente ha fondato la distinzione tra proprietà pubblica e proprietà privata, ponendo la prima al fuori del circuito dello scambio e dentro quello della cittadinanza sostanziale[22]. Una dimensione in cui la proprietà pubblica è concepita come regime giuridico proprio ispirato a logiche di indisponibilità, vincolo di destinazione e primato dell'interesse generale[23].

[18] A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Federalismi.it*, 2012, 5, 1-13.

[19] Cfr. W. Devroe, *Privatizations and Community law: neutrality versus policy*, in *Common Market Law Review*, 1997, 267-306.

[20] A. Verhoeven, *Privatisation and EC Law: Is the European Commission "Neutral" with respect to Public versus Private Ownership of Companies?*, cit.

[21] Cfr. A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano 2006.

[22] U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007.

[23] A. Gambaro, *I beni*, cit., 306 ss.

Per ricondurre la proprietà pubblica entro la logica concorrenziale, la Corte di giustizia, a partire dagli anni Novanta, ha operato una netta separazione tra titolarità del servizio e natura dell'attività, in maniera tale da poter qualificare come economica ogni attività potenzialmente contendibile da parte di operatori privati, a prescindere dalla gestione pubblica o dalla sua finalità sociale. Il fulcro concettuale emerge in modo particolarmente chiaro nella sentenza *Höfner e Elser*[24], in cui viene qualificata come impresa l'Ufficio federale del lavoro tedesco – un ente pubblico dotato di prerogative istituzionali cui la legge riservava in via esclusiva la funzione di collocamento dei lavoratori – in quanto la funzione da esso svolta, pur formalmente pubblica, risultava potenzialmente contendibile da parte di operatori privati[25].

Nel ragionamento della Corte la natura economica o meno di un'attività non dipende né dalla forma giuridica del soggetto che la esercita né dallo scopo perseguito, bensì dalla possibilità che l'attività sia suscettibile di essere esercitata in un mercato aperto. È sulla potenziale contendibilità dell'attività stessa che la Corte riconduce nell'orbita del mercato attività che, per struttura o finalità, erano da sempre collocate sotto la sfera pubblica, come il collocamento del lavoro, il trasporto locale o la gestione ambientale[26].

La concorrenza, da condizione da accertare, diventa una premessa implicita, un orizzonte normativo entro cui ogni attività è automaticamente ricondotta, anche in assenza di una reale dinamica competitiva.

Il risultato è un diritto che, pur proclamando neutralità, opera attraverso una grammatica funzionale selettiva, dove il criterio guida non più la scelta politica del legislatore nazionale ma contendibilità dell'attività, dissolvendo in questa maniera quella neutralità formale nella necessità permanente di conformazione.

[24] Corte di giustizia CEE, 23 aprile 1991, C 41/90*, Höfner e Elser*, punto 21 in cui la Corte afferma che è "impresa" qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, indipendentemente dalla sua forma giuridica e dal modo di finanziamento.

[25] Corte di giustizia CEE, 23 aprile 1991, C 41/90*, Höfner e Elser*, punto 23 "Il collocamento del lavoro costituisce un'attività economica in quanto può essere fornita da operatori privati ed è oggetto di domanda e offerta nel mercato del lavoro".

[26] Cfr. da ultimo Corte di giustizia UE, 19 ottobre 2023, C 186/22, *Sad Trasporto Locale SpAc. Provincia Autonoma Bolzano*, in cui la Corte ha stabilito che i servizi di trasporto pubblico locale, anche se gestiti da enti pubblici, rientrano nell'ambito del mercato se l'attività è potenzialmente contendibile da parte di operatori privati. Corte di giustizia UE, 20 aprile 2023, C 348/22, *AGCM c. Comune di Ginosa*, in cui la Corte ha esaminato la proroga delle concessioni demaniali marittime affermando che tali concessioni, anche se riguardano beni pubblici, devono essere assegnate attraverso procedure trasparenti e competitive, in quanto l'attività è potenzialmente contendibile.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale europea ha definito un contesto in cui il mantenimento di regimi pubblici nei settori di interesse generale è divenuto sempre più oneroso. Il costo politico, normativo e finanziario di mantenere in vita forme di intervento pubblico svincolate dalla logica del mercato è cresciuto progressivamente, rendendo la scelta pubblica strutturalmente disincentivata[27].

Ciò è particolarmente evidente nella disciplina degli aiuti di Stato: a partire dalla sentenza *Altmark*, l'intervento pubblico è legittimo solo se misura costi e compensazioni secondo i criteri di un'impresa efficiente operante in condizioni di concorrenza, svuotando così di senso ogni differenza strutturale tra pubblico e privato[28]. Una sorta di "privatizzazione implicita, dove la funzione pubblica viene costretta a conformarsi agli standard dell'impresa privata per potersi giustificare.

Si delinea così un'architettura costituzionale in cui la forma pubblica non è più protetta in quanto espressione di autonomia sovrana, ma traslata sul piano tecnico della deroga, da giustificare caso per caso. La sola titolarità pubblica non è più sufficiente a giustificare l'eccezione: è il comportamento economico dell'impresa, e non la missione o funzione istituzionale del soggetto pubblico a determinare l'applicazione delle regole del mercato[29].

Questa evoluzione trova espressione concreta nei percorsi di adattamento (e talvolta di resistenza) degli ordinamenti nazionali. In particolare, il caso italiano rappresenta un laboratorio emblematico per osservare come l'ambiguità strutturale della neutralità europea si sia riflessa in una oscillazione normativa persistente tra liberalizzazione e tutela del servizio pubblico, tra logica concorrenziale e prerogative pubblicistiche.

5. *Il caso italiano: servizi pubblici locali tra autonomia e vincoli europei*

La torsione sistemica del principio di neutralità operata dal diritto europeo ha trovato riscontro nella disciplina italiana dei servizi pubblici, dove la tradizionale distinzione tra attività economiche e servizi pubblici, fondamento

[27] G. Majone*, Dilemmas of European integration: the ambiguities and pitfalls of integration by stealth*, Oxford-New York, 2005.

[28] Corte di giustizia CE, 24 luglio 2003, C 280/00, *Altmark Trans*, punti 87-95.

[29] In *Corbeau* (Corte di giustizia CE, 19 maggio 1993, C 320/91) la Corte riconosce che restrizioni alla concorrenza sono ammissibili solo nella misura in cui siano strettamente necessarie al servizio affidato, postulando che l'applicazione delle regole del mercato sia la regola generale anche per i SIEG.

di una visione solidaristica dello Stato sociale, è stata progressivamente erosa. L'ordinamento nazionale, che sin dalla Costituzione riconosceva la possibilità di riservare allo Stato la gestione di servizi pubblici essenziali (art. 43 Cost.), ha dovuto confrontarsi con un modello europeo che non guarda alla finalità sociale dell'attività, ma alla sua astratta suscettibilità di operare nel mercato.

In questo slittamento, l'idea stessa di servizio pubblico si è riorganizzata attorno alla nozione di Servizio di Interesse Economico Generale (SIEG)[30], divenuta il paradigma attraverso cui l'Unione riconosce oggi l'intervento pubblico nell'economia. Nel diritto italiano, questo processo ha generato una tensione strutturale tra la tutela dell'interesse generale e la disciplina concorrenziale, una tensione che si è tradotta in un assetto normativo ambiguo e politicamente delicato. Il servizio pubblico, da espressione diretta della solidarietà costituzionale, è stato progressivamente ricondotto nel perimetro del mercato, facendo della concorrenza non solo un parametro economico, ma il criterio armonizzatore delle politiche di gestione dei servizi e del regime proprietario che le sostiene.

Questa trasformazione non si è compiuta in modo improvviso, ma è stata il risultato di una lenta sedimentazione normativa e giurisprudenziale, che ha inciso in profondità sulla grammatica concettuale del diritto pubblico, svuotando la categoria della proprietà pubblica del suo significato originario e ricollocandola entro il nuovo lessico funzionale della compatibilità concorrenziale.

Questo processo di trasformazione ha trovato nel legislatore il suo canale privilegiato di sedimentazione normativa. Pur tra esitazioni e riprese, il diritto positivo ha finito per recepire in modo strutturale la logica concorrenziale di matrice europea, a partire dalla legge n. 142 del 1990, che per la prima volta introduce una distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi non economici. Da allora, la funzione pubblica non è più declinata come spazio autonomo e impenetrabile, ma come ambito regolato secondo la sua collocazione funzionale nell'economia di mercato[31].

Nel tempo, questa distinzione si è fatta più netta e più vincolante: il Testo unico degli enti locali del 2000 ha sistematizzato l'impostazione, istituendo una classificazione binaria dei servizi pubblici locali e collegando il modello gestionale alla presunta rilevanza economica del servizio[32], mentre il De-

[30] La corte costituzionale nella sentenza ha equiparato i servizi pubblici locali (di interesse economico) – disciplinati dal diritto nazionale – ai servizi di interesse economico generale (SIEG) – di derivazione eurounitaria affermando che "Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato".

[31] Cfr. Legge 8 giugno 1990, n. 142, in particolare al Capo VII.

[32] Cfr. art. 113 del TUEL (Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267) che formalizzò la

creto legge n. 112 del 2008 all'art. 23 bis ha segnato una svolta più esplicita, imponendo l'affidamento mediante gara come regola generale e relegando la gestione pubblica diretta a una deroga, giustificabile solo in presenza di stringenti condizioni[33].

Anche i tentativi di resistenza istituzionale, come il referendum abrogativo del 2011 che ha formalmente cancellato l'art. 23 bis, non hanno rallentato l'inerzia normativa: la medesima impostazione è riemersa nel Decreto legge n. 138 dello stesso anno e ha continuato a riaffermarsi, in modo più strutturato, con la riforma organica del 2022[34]. Con il Decreto legislativo n. 201, il legislatore raccoglie e riordina un percorso già ampiamente delineato: non solo istituzionalizza la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale connotazione, ma cristallizza l'idea che ogni forma di gestione pubblica debba essere non solo eccezionale, ma motivata con precisione.

Questa linea di pensiero era già consolidata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale con la sentenza n. 325/2010, che riconoscendo la concorrenza come materia di competenza esclusiva statale (ex art. 117, comma 2, lett. e, Cost.), in quanto proiezione interna dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, ha ricondotto la disciplina dei servizi pubblici locali, connessa all'autonomia degli enti territoriali, entro un perimetro in cui la discrezionalità politica/amministrativa è riformulata come margine decisionale subordinato alla verifica di conformità alle forme di mercato[35].

A dare forma operativa al principio secondo cui la concorrenza è il metro della legittimità dell'intervento pubblico è stata però principalmente la giurisprudenza del Consiglio di Stato che partire dalla sentenza n. 5072 del 2006 ha progressivamente sgretolato l'idea che la titolarità pubblica o la finalità collettiva bastassero a definire un'attività come "non economica" spostando l'asse valutativo sulla possibilità astratta di organizzazione del servizio secondo logiche di mercato[36]. Negli anni, questa prospettiva si è andata affinando: dalla

dicotomia tra servizi pubblici locali di rilevanza economica, da gestirsi in regime concorrenziale, e servizi non economici, riservati alla sfera pubblicistica.

[33] L'articolo 23 bis del Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 introduce l'obbligo generalizzato di gara per i servizi economici e la deroga viene ammessa solo a fronte di "peculiari caratteristiche economiche e sociali del territorio", invertendo l'onere della prova.

[34] Decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 sul Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

[35] A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost*., 2010, 4645 ss.

[36] Consiglio di Stato, Sez. V, 20 settembre 2006, n. 5072, in *Riv. giur. edil.*, 2006, I, 1234, in cui viene affermato che la distinzione tra servizi economici e non deve basarsi su caratteristiche funzionali, economiche e organizzative del servizio concreto.

capacità del servizio di reggersi su corrispettivi[37], all'assimilazione delle attività pubbliche a quelle private nei settori contendibili[38], fino al principio, ormai consolidato, per cui basta la sola possibilità teorica di apertura alla concorrenza per attivare il vincolo competitivo e imporre una verifica rigorosa della scelta pubblica[39]. Un percorso che trova piena compiutezza nella sentenza del 2022, dove si afferma in modo esplicito che la natura economica di un'attività non dipende da un'esperienza effettiva di mercato, ma dalla sua idoneità astratta a esservi collocata[40].

Così la "proprietà pubblica" si presenta nel contesto italiano non più come opzione sovrana, ma come eccezione giuridicamente motivata, subordinata alla dimostrazione dell'incapacità strutturale del mercato di soddisfare, in modo autonomo, i bisogni collettivi.

6. *Alcune conclusioni*

Nel processo di costruzione dell'Unione europea, il superamento delle frontiere economiche ha imposto, come ha osservato Gian Antonio Benacchio, la necessità di ridurre i costi dell'eterogeneità giuridica e di creare un insieme comune di regole capace di realizzare effettivamente le quattro libertà fondamentali[41]. Non una rottura violenta, ma una lenta e silenziosa armonizzazione, che ha finito per normalizzare le scelte pubbliche all'interno della logica funzionale del mercato.

L'esperienza italiana sulla disciplina dei Servizi di interesse generale offre un esempio emblematico di questa traiettoria. Un ordinamento tradizionalmente ispirato a una forte concezione della funzione pubblica ha finito per

[37] Consiglio di Stato, Sez. V, 3 novembre 2010, n. 8232, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 567, in cui si legge che la capacità di coprire i costi mediante corrispettivi di mercato costituisce criterio decisivo di economicità.

[38] Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 789, che stabilisce il principio di simmetria valutativa tra pubblico e privato.

[39] Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 aprile 2020, n. 2621, in *Riv. trim. appalti*, 2020, 345; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 luglio 2021, n. 578, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 456, in cui si ribadisce che l'apertura potenziale al mercato come è presupposto sufficiente per applicare le regole sulla cocorrenza.

[40] Consiglio di Stato, Sez. V, 14 marzo 2022, n. 1784, in *Riv. giur. edil.*, 2022, I, 901, in cui il Consiglio di Sato ha ribadito che la remunerativitá potenziale in un contesto concorrenziale è il criterio dirimente per la qualificazione del servizio: il pubblico è tale solo fino a prova contraria, e la prova si misura in termini di concorrenzialità.

[41] G.A. Benacchio, *L'unione europea e il diritto privato*, cit. 4.

subordinare le proprie scelte al paradigma della concorrenza, trattando la proprietà pubblica non più come presidio autonomo di garanzia sociale, ma come forma organizzativa subordinata e condizionata, sopravvivente solo nella misura in cui riesca a rivestire il linguaggio e le forme dell'impresa privata. In questo scenario, la proprietà pubblica è stata progressivamente trasformata da strumento autonomo di promozione collettiva ad eccezione ammessa solo quando l'iniziativa privata risulta strutturalmente inadeguata, retrocedendo così l'intervento dello Stato a correttore residuale in un ordine dominato dalla concorrenza.

Eppure, proprio questa deriva mostra con chiarezza l'ambiguità profonda di un processo che pretende di presentarsi come tecnico, ma che è essenzialmente politico. L'armonizzazione attraverso la concorrenza non può essere assunta in modo acritico: essa implica una ridefinizione radicale delle categorie fondamentali del diritto pubblico, in cui la proprietà pubblica non è più intesa come strumento di promozione dell'interesse generale, ma viene sottoposta a verifica costante sulla base di criteri funzionali ed economici. Si smarrisce così il significato originario della gestione collettiva dei beni, concepita non come semplice titolarità formale, ma come destinazione necessaria a finalità di utilità collettiva e di coesione sociale e si dimentica che la proprietà pubblica rappresenta storicamente uno spazio di autonomia contro la piena mercatizzazione delle risorse fondamentali.

In questa prospettiva, la sfida che si impone oggi è quella di costruire nuove forme di gestione pubblica, fondate sulla destinazione dei beni a finalità collettive e sulla sottrazione di alcune risorse essenziali alla pura logica del mercato[42].

Così, in un'Europa che rischia di confondere l'uniformità normativa con la coesione politica, il rilancio della proprietà pubblica come presidio di libertà, uguaglianza e autonomia collettiva si impone non come nostalgico ritorno al passato, ma come sfida necessaria per ridare senso alla sovranità democratica nell'età del mercato globale.

[42] Cfr. U. Mattei, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, 3. Ed. Torino, 2025, 166 ss.

FATTORI ESG E IMPRESA BANCARIA DI PROSSIMITÀ: CRITICITÀ E PROSPETTIVE DI UN MODELLO A TAGLIA UNICA

Filippo Sartori

SOMMARIO: 1. Nuovi obblighi ESG e principio di proporzionalità: qualche interrogativo di fondo. – 2. La categoria dell'ente piccolo e non complesso: spunti critici. – 2.1. (*Segue*) La categoria dell'ente piccolo e non complesso: il caso delle banche di credito cooperativo. – 2.2. (*Segue*) L'applicazione della disciplina prudenziale e ESG: cenni. – 3. Costi di conformità e banche di prossimità. – 4. I tentativi di recupero della proporzionalità a favore delle banche di credito cooperativo. – 5. Le banche di prossimità quale benchmark per una applicazione proporzionale della normativa ESG. – 6. Banche di prossimità e impatto sui fattori ESG. – 7. Cenni di diritto comparato. Il caso statunitense. – 8. Brevi conclusioni.

1. *Nuovi obblighi ESG e principio di proporzionalità: qualche interrogativo di fondo*

Il comparto bancario annovera distinte serie normative che mostrano una chiara scelta di indirizzare i capitali verso un'economia *green* e sostenibile.

L'idea di favorire la creazione di un modello di sviluppo economico che consideri e includa i fattori di carattere ambientale, sociale e le buone prassi di governo aziendale ha preso forma a livello europeo[1] con il *Piano d'Azione per finanziare la crescita sostenibile*, presentato dalla Commissione europea nel marzo 2018[2]. Al riguardo la Comunicazione, che assume le forme di un vero e proprio manifesto programmatico, affronta a tutto tondo il ruolo che il sistema

[1] Per un inquadramento generale del diritto europeo, delle relative fonti di diritto, e della complessa relazione con il diritto nazionale, si veda la ricca bibliografia di G.A. Benacchio, in particolare: G.A. Benacchio, *L'Unione Europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Milano, 2024; G.A. Benacchio, S. Winkler, *The Europeanisation of Law: imposition or Natural Development of legal Models*, in S. Rodin, G.G. Sander, N. Bodiroga-Vukobrat (a cura di), *Legal Culture in Transitions - Supranational and International Law in National Courts*, Berlino, 2013, 61; più risalente, anche G.A. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2001; anche, G.A. Benacchio, *Interpretacija prava između ravnoteže i razumnosti u sudskoj praksi suda Evropske Unije*, in *Revija Kopaonicke Skole Prirodnog Prava*, 2019, 1, 275 ss.

[2] Cfr. Commissione europea, *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, COM(2018)

finanziario viene ad assumere nel *melieu*. Il che, per la verità, non viene per nulla a diminuire l'importanza riconosciuta al sistema bancario, alla luce della sua posizione primaria quale fonte di finanziamento esterno all'economia reale.

In questa prospettiva, le linee programmatiche anticipano le riforme prossime e sottolineano il rilievo dell'integrazione della sostenibilità nella gestione del rischio[3], l'importanza di orientare i flussi di capitale verso investimenti sostenibili tramite *green bonds* o altre forme di finanziamenti "verdi", nonché di garantire una completa *disclosure*[4] così da promuovere una maggiore fiducia e *accountability* nei confronti della clientela e del mercato.

Muovendosi in questa latitudine ampia, il legislatore europeo ha recentemente emanato la Direttiva (UE) 2024/1619 (CRDVI) che modifica la Direttiva 2013/36/UE proprio in relazione ai rischi ambientali, sociali e di *governance*. L'idea di fondo è che i rischi connessi alla transizione (di sostenibilità) possono avere implicazioni per la stabilità sia dei singoli enti creditizi sia del sistema bancario nel suo complesso. Sicché le imprese bancarie sono chiamate ad includere nella propria attività di pianificazione, condotta nell'ambito del II pilastro di Basilea, i rischi finanziari derivanti dai fattori ESG. Rischi che devono essere individuati, misurati e gestiti sistematicamente così da mantenere un'adeguata resilienza agli impatti negativi ad essi connessi[5].

97 final, 8 marzo 2018. Con certa enfasi, l'Unione europea è eletta ad "assumere il ruolo di guida mondiale" nella transizione verso uno sviluppo sostenibile (cfr. par. 6).

[3] Da questo grande angolo, un primo aspetto particolarmente rilevante è rappresentato dal riconoscimento dei fattori ESG quali componenti di rischio di natura essenzialmente finanziaria, in grado cioè di avere un impatto negativo nello svolgersi dell'attività bancaria.

[4] Assunta la rilevanza delle questioni ESG nella determinazione delle scelte di investimento, ne derivano obblighi di trasparenza a carico degli intermediari, aventi ad oggetto sia la direzione e il modello di *business* dell'impresa bancaria nel suo complesso, sia il prodotto – contratto, quale esito della relativa attività; si ripropone, in questa prospettiva, anche il tema, ormai tradizionale, del ruolo della trasparenza quale strumento di tutela del consumatore e dello svolgersi concorrenziale del mercato; tanto che il *greenwashing*, ossia la pratica di attribuire caratteristiche di sostenibilità a un prodotto o alla propria attività non corrispondenti alla realtà, è ad oggi inquadrata ne nostro ordinamento quale pratica commerciale scorretta. Per un inquadramento generale delle pratiche commerciali scorrette e la tutela del corretto svolgersi del mercato si rimanda a G. A. Benacchio, *Tutela delle scelte economiche consumeristiche e punti deboli del modello europeo e nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 1017 ss.

[5] In questo senso, il par. 21 modifica l'art. 76 della Direttiva 2013/36/UE: "Gli Stati membri assicurano che l'organo di gestione approvi e almeno ogni due anni riesamini le strategie e le politiche riguardanti l'assunzione, la gestione, il monitoraggio e l'attenuazione dei rischi ai quali l'ente è o potrebbe essere esposto, compresi quelli derivanti dal contesto macroeconomico nel quale esso opera, in relazione alla fase del ciclo economico, e quelli derivanti dagli impatti attuali e a breve, medio e lungo termine dei fattori ambientali, sociali e di governance". L'8 gennaio

Nelle tracce dello stesso disegno riformatore si colloca il Regolamento (UE) 2024/163 (CRRIII) che modifica il Regolamento n. 575/2013 e che, per quanto di nostro specifico interesse, interviene sul III pilastro prevedendo modelli uniformi per la divulgazione dei rischi ESG ed estendendo gli obblighi di rendicontazione a tutte le imprese bancarie, comprese quelle di piccole dimensioni.

Non meno importante è la Direttiva (UE) 2022/2464 in tema di rendicontazione societaria di sostenibilità aziendale (*Corporate Sustainability Reporting Directive* - CSRD). Se da una parte il provvedimento normativo non interviene direttamente sui tre pilastri, dall'altra rafforza il quadro regolamentare rispetto alla precedente *Non-Financial Reporting Directive* (NFRD), introducendo obblighi più stringenti e standardizzati di *disclosure* dei rischi finanziari e non finanziari a cui sono esposte le imprese, incluse quelle bancarie, per effetto del deterioramento dei fattori ESG[6]. Da qui la necessità per le banche sia di redigere *report* ESG dettagliati sulle proprie attività sia di operare, in qualità di finanziatori della transizione sostenibile, come *gatekepers* delle imprese sovvenute[7].

Posta la situazione descritta, è cosa facilmente comprensibile come un quadro normativo di tale complessità richieda un'attenta declinazione in sede

2025 l'Autorità Bancaria Europea ha pubblicato le *Linee guida sulla gestione dei rischi ESG* (EBA/GL/2025/01) specificando i requisiti relativi ai processi interni e ai dispositivi di gestione del rischio, nonché il contenuto dei piani da adottare.

[6] Il parallelismo trova giustificazione nelle sovrapposizioni tra i contenuti della *Corporate Sustainability Reporting* e le informazioni richieste dal III pilastro di Basilea. Inoltre, la CSRD assume rilievo per la necessaria coerenza tra la pianificazione dei rischi ESG prevista dall'articolo 76 della Direttiva 2013/36/UE (modificato dalla CRD VI) e i dati divulgati attraverso i report di sostenibilità (paragrafo 2). Su questo profilo cfr. R. Lener, P. Lucantoni, *Sostenibilità ESG e attività bancaria,* in *Banca borsa, tit. cred.*, 2023, I, in particolare 20; V. Bevivino, *L'attività ESG delle banche e la prospettiva di riforma della regolazione prudenziale delle informazioni*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 507. L'importanza della CSRD nella gestione, più in generale, del rischio delle imprese è sottolineata anche da S. Bruno, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, 974 ss.; M. Maugeri, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.* 2019, 992 ss.; M. Siri, S. Zhu, *L'integrazione della sostenibilità nel sistema europeo di protezione degli investitori*, in *Banca imp. soc.*, 2020, 3 ss.; M. Rescigno, *Note sulle regole dell'impresa sostenibile. Dall'informazione non finanziaria all'informazione sulla sostenibilità*, in *Analisi giur. Econ.*, 2022, 180 ss.; M. Cossu, *Sostenibilità e mercati: la sostenibilità ambientale dell'impresa dai mercati reali ai mercati finanziari*, in *Banca Borsa, tit. cred.*, 2023, IV, 558 ss.

[7] Nel dettaglio, nel Considerando n. 27 della CSRD si evidenzia come "Gli enti creditizi e le imprese di assicurazione svolgono un ruolo fondamentale nella transizione verso un sistema economico e finanziario pienamente sostenibile e inclusivo in linea con il Green Deal. Essi possono esercitare una notevole influenza positiva o negativa attraverso le rispettive attività di prestito, investimento e sottoscrizione assicurativa".

applicativa, al fine di garantire che gli obiettivi di sostenibilità siano perseguiti senza compromettere la competitività e la stabilità delle imprese bancarie, specie quelle di dimensioni ridotte.

È in questo contesto che viene ad assumere rilevanza il principio di proporzionalità, il quale si pone come uno dei criteri fondamentali per assicurare che la disciplina di settore sia adeguata agli obiettivi perseguiti, evitando sia un'applicazione uniforme che potrebbe risultare eccessivamente onerosa per alcuni soggetti, sia una frammentazione che rischierebbe di compromettere l'uniformità del sistema regolamentare.

Il principio di proporzionalità, infatti, opera su due livelli: da un lato, come strumento per calibrare l'intensità degli obblighi normativi in funzione della capacità operativa e della complessità degli enti regolati; dall'altro, come criterio che garantisce che le misure adottate siano strettamente necessarie e non eccedano quanto richiesto per il raggiungimento degli scopi prefissati dal legislatore[8].

Applicato al settore bancario, ciò significa non solo tenere conto delle dimensioni e della complessità delle singole imprese, ma anche (e soprattutto) delle caratteristiche intrinseche dei rischi specifici che ciascun ente si trova a fronteggiare[9].

In tale quadro, il principio di proporzionalità diviene una lente attraverso cui interpretare e declinare le regole in modo che risultino al contempo efficaci e sostenibili per l'intero sistema alla luce della complessità delle diverse istituzioni finanziarie.

Un'analisi attenta delle discipline normative testé richiamate suggerisce una prima considerazione: il legislatore dimostra una crescente sensibilità verso il principio di proporzionalità, riconoscendo che l'applicazione uni-

[8] Con il Trattato di Maastricht del 1992 il principio di proporzionalità venne inserito esplicitamente all'art. 3 B (poi art. 5 TCE), e si riferiva all'attività delle istituzioni comunitarie. Il Trattato di Amsterdam del 1997 dedica ai principi di sussidiarietà e proporzionalità un protocollo; la disposizione è un calco dell'art. 3 B, ma espressamente estende l'obbligo di rispettare il principio a «ciascuna istituzione». Il protocollo (ora Protocollo n. 2) è stato poi ripreso dal Trattato di Lisbona del 2007.

[9] Cfr. D.C. Nitescu, *Diversity and proportionality, challenges or opportunities for the European banking sector?*, in 25 *Theoretical and Applied Econ*, 2018, 143 ss.; R. Masera, *Per una vera proporzionalità nella regolazione bancaria dell'Unione Europea. Le sfide del Coronavirus e di Basilea IV*, Roma, 2021, 17; B. Joosen, M. Lehmann, *Proportionality in the Single Rule Book*, in M. Chiti, V. Santoro (a cura di), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Londra, 2019, 68; G. Ferrarini, *Compensation in Financial Institutions. Systemic Risk, Regulation, and Proportionality*, in D. Busch, G. Ferrarini, G. van Solinge (a cura di), *Governance of Financial Institutions*, 2019, 280 ss.

forme delle regole a soggetti eterogenei rischierebbe di generare squilibri significativi.

Questo approccio emerge sin dal primo considerando della CRDVI, là dove si afferma che "le autorità competenti dovrebbero mirare a garantire che il quadro di vigilanza sia applicato agli enti [...] in modo proporzionato"[10]. Tale principio trova poi attuazione concreta in numerosi frammenti normativi, tra cui si segnala, a titolo esemplificativo, l'articolo 76, paragrafo 1, della Direttiva UE 2013/36/UE, così come modificato dalla CRDVI, che stabilisce che l'organo di gestione, nell'elaborazione delle politiche e strategie in materia di rischi, inclusi quelli ESG, consente agli Stati membri di prevedere una differenziazione per gli enti piccoli e non complessi, modulando la frequenza della pianificazione strategica richiesta. In aggiunta, il successivo paragrafo 2 introduce ulteriori margini di flessibilità, prevedendo che, nella definizione dei piani che includono obiettivi e processi di gestione e monitoraggio dei rischi ESG e nella correlazione di tali piani con la reportistica di sostenibilità, gli Stati membri possono adottare un approccio semplificato per gli enti piccoli e non complessi. In particolare, viene loro concessa la possibilità di indicare specifici ambiti in cui applicare deroghe o procedure meno onerose, così da garantire che gli adempimenti normativi restino proporzionati alle capacità operative delle banche.

La CRRIII, inoltre, interviene con disposizioni finalizzate ad assicurare che le misure di vigilanza sui rischi ESG siano applicate in modo equilibrato. Essa, da una parte, impone agli enti creditizi di segnalare alle autorità competenti le esposizioni verso soggetti operanti nel settore dei combustibili fossili, oltre ai rischi fisici e di transizione, nonché parallelamente, richiede la pubblicazione di informazioni al mercato, a cui tutti gli enti creditizi sono obbligati ai sensi del nuovo paragrafo 449 *bis*, in relazione ai rischi ESG; dall'altra, tuttavia, il regolamento affida all'Autorità Bancaria Europea il compito di sviluppare modelli standardizzati che tengano conto del principio di proporzionalità, con particolare riferimento alle dimensioni e alla complessità dell'ente, nonché alla relativa esposizione ai rischi ambientali, sociali e di *governance*.

Anche la direttiva CSRD contribuisce al quadro normativo introducendo specifiche agevolazioni per gli enti piccoli e non complessi. In particolare, essa ne prevede una sostanziale assimilazione alle PMI per quanto riguarda i contenuti della rendicontazione di sostenibilità, i principi guida da adottare e i tempi di attuazione delle nuove disposizioni. Tali misure rafforzano ulteriormente l'intento del legislatore europeo di facilitare l'adempimento degli obblighi normativi da parte di tali enti, riconoscendone le limitate risorse e peculiarità operative.

[10] Qualche perplessità, invero, suscita l'utilizzo del condizionale.

La *policy* orientata a valorizzare il principio di proporzionalità attraverso uno sconto disciplinare agli enti piccoli e non complessi trova corpo a partire dalla CRD V e dalla CRR II[11]. Viepiù, una spinta ulteriore proviene dalla normativa di secondo livello dell'EBA e delle Autorità nazionali[12].

Gli esempi sopra richiamati testimoniano, insomma, come il principio di proporzionalità continui a costituire una pietra angolare del quadro regolamentare europeo. Tuttavia, il suo concreto dispiegarsi attraverso la centralità attribuita alla rigida categoria degli enti piccoli e non complessi solleva inevitabilmente molteplici interrogativi: questa impostazione costituisce davvero il punto di equilibrio tra rigore normativo e sostenibilità operativa? Il paradigma dato si rivela adatto a cogliere la crescente complessità del contesto attuale? È sufficiente questa categoria a garantire l'equità nell'applicazione delle norme ESG, considerando le molteplici variabili di rischio e la rapida evoluzione degli scenari economici e ambientali? Gli strumenti normativi attuali sono effettivamente in grado di bilanciare l'obiettivo di sostenibilità con la necessità di garantire una concorrenza leale e una piena integrazione del sistema bancario europeo?

2. *La categoria dell'ente piccolo e non complesso: spunti critici*

Prima di cercare di rispondere agli interrogativi posti, è opportuno fermarsi sul dato definitorio, così come formulato nel Regolamento (UE) n. 575/2013 (CRR), modificato dal Regolamento (UE) 2019/876 (CRR II). In particolare, l'articolo 4, paragrafo 1, punto 145, del CRR II definisce gli enti piccoli e non complessi in base a una serie di criteri – da rispettare congiuntamente – riferiti alla loro dimensione, complessità, interconnessione e al loro profilo di rischio.

Il criterio quantitativo, che assume nella prassi valore determinante, fissa una soglia riferita al valore totale delle attività dell'intermediario su base

[11] Cfr. M. Arrigoni, E. Restelli, *Stabilità e proporzionalità nella disciplina delle banche. Il caso del credito cooperativo italiano,* in *Banca Borsa tit. cred.,* 2023, I, 225 ss.; nonché M. Sepe, *Dimensione bancaria e nuovi rischi del settore*, in *Riv. trim. dir. econ.,* 79 ss.; A. Antonucci, *Despecializzazione e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. econ*., 2014, 248 ss.; B. Joosen et al., *Stability, Flexibility and Proportionality: Towards a Two-Tired European Banking Law?*, in *EBI Working Paper Series*, 2018, 7.

[12] Cfr. EBA, *Guidelines on the management of environmental, social and governance (ESG) risks* (EBA/GL/2025/01) (nt. 4); T. Loizzo, F. Schimperna, *ESG disclosure: regulatory framework and challenges for Italian banks*, in *Questioni di economia e finanza*, 2022; Banca D'Italia, *Nota informativa su Rischi climatici e ambientali - Indagine tematica su un campione di banche meno significative*, 24 novembre 2022.

individuale o, ove applicabile, su base consolidata, che non deve superare i 5 miliardi di euro nel quadriennio immediatamente precedente il periodo di riferimento corrente annuale affinché possa essere qualificato come piccolo e non complesso[13].

Il preminente rilievo che il criterio quantitativo è venuto ad assumere nell'applicazione geometrica del principio di proporzionalità lascia alquanto perplessi. In questa prospettiva, i limiti dell'impostazione sono stati ampiamenti sottolineati in letteratura[14].

La prima vibrante critica muove dalla constatazione che la sovrapposizione tra principio di proporzionalità ed ente piccolo e non complesso si caratterizza per una eccessiva rigidità applicativa, e, come tale, inidonea a cogliere le complessità e le sfumature delle imprese bancarie europee.

In altri termini, la dicotomia "*large and complex institutions*" *vs* "*small and non-complex institutions*", tributaria di un approccio binario, pur avendo una funzione semplificatrice, si rivela inadeguata per cogliere e valorizzare le diversità che contraddistinguono l'esercizio dell'attività bancaria nei diversi contesti giuridico-economici nazionali. Con la conseguenza di ingessare il sistema, ostacolando la possibilità di graduare la disciplina in funzione delle esigenze operative specifiche degli enti creditizi[15].

Molte banche non avendo i requisiti per essere classificate come "*small and non-complex institutions*", e, a volte, rientrando perfino nelle "*large institutions*", presentano peculiarità tali da giustificare una graduazione degli oneri a cui sono sottoposte in termini di proporzionalità. Si pensi, ad esempio, alle banche regionali, che operano prevalentemente a livello locale o nazionale, offrendo una gamma di servizi diversificata, ma con un livello di complessità decisamente inferiore rispetto alle grandi istituzioni.

Analogamente, anche le banche specializzate in determinati settori, come il finanziamento immobiliare, il credito alle PMI o il supporto alle operazioni di

[13] La soglia può essere abbassata – e non anche alzata – a livello nazionale. Con decisione del 31 marzo 2022, la Banca d'Italia ha confermato la soglia dei 5 miliardi e ha così identificato gli intermediari piccoli e non complessi in base ai criteri previsti dal Regolamento.

[14] Sul punto si rinvia a R. Masera, *US Basel III Final Rule on Bank's Capital Requirements: a Different-Size-Fits-All Approach*, in R. Guida, R. Masera (a cura di), *Does one size fit all? Basel rules and SME financing*, Bologna - Roma, 2014, 55; B. Joosen, M. Lehmann, *Proportionality in the Single Rule Book*, cit., 68; A.P. Castro Carvalho, S. Hohl, R. Raskopf, S. Ruhnau, *Proportionality in banking regulation: a cross-contry comparison*, 2017, in www.bis.org.

[15] Cfr. P.O. Mulbert, A. Wilhem, *CRD IV Framework for Banks' Corporale Governance*, in D. Busch, G. Ferrarini (a cura di), *European Banking Union,* Oxford, 2020, 275 ss.; M. Onado, *Proporzionalità va cercando che è si cara... Dalla riforma italiana delle banche popolari alla questione delle banche locali, oggi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, 133.

export, presentano un profilo di rischio e strutture operative che non giustificano, almeno non necessariamente, l'applicazione integrale delle normative concepite per le *large institutions*. A ciò si aggiungono quelle imprese che adottano modelli di *business* particolari, indipendentemente dalla loro dimensione. È il caso delle banche digitali, caratterizzate da un'offerta tecnologica innovativa e processi operativi spesso semplificati, con un profilo di rischio operativo tendenzialmente più contenuto.

Nei casi monzionati, l'attuale distinzione tra grandi istituzioni ed enti piccoli e non complessi risulta troppo rigida e incapace di cogliere la diversità e le peculiarità operative delle banche coinvolte, finendo così per aumentare gli oneri normativi in modo non proporzionato e limitarne conseguentemente lo sviluppo.

L'assenza di flessibilità nell'approccio regolatorio sconta un ulteriore limite in sede applicativa.

La scelta di attribuire agli stessi enti la responsabilità di auto-collocarsi in una delle due categorie previste ha comportato l'emergere di elementi di incertezza e ambiguità[16]. Da questo angolo visuale, il rischio percepito di sanzioni o contestazioni per una classificazione errata, ha favorito un approccio cautelativo con la conseguente auto-imposizione di requisiti più stringenti rispetto a quelli formalmente necessari per le proprie dimensioni e caratteristiche operative.

Chi scrive è consapevole che le critiche sollevate si infrangono con l'idea che un unico *set* di regole applicabile a tutte le imprese bancarie offre benefici come l'uniformità normativa, la parità di trattamento e la stabilità del sistema. Ché la *policy* "*one size fits all*" riduce i costi transattivi connessi all'attività di vigilanza, il rischio di distorsioni competitive e assicura che anche le entità più piccole rispettino standard elevati di gestione del rischio.

Una riflessione un poco più attenta mette però in dubbio simile assunto. Se infatti questa rigidità, declamata in nome della "sana e prudente gestione", non viene bilanciata adeguatamente può creare oneri sproporzionati per enti di dimensioni ridotte e con profili di rischio contenuti, costringendoli a rispettare una disciplina eccessivamente onerosa rispetto alla loro reale esposizione al rischio. Parimenti, lo stesso approccio geometrico potrebbe consentire a una

[16] Cfr. Banca D'Italia, circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, versione aggiornata alle successive modifiche, parte I, Titolo IV, cap. I e III. In letteratura, *ex multis*, P. De Biasi, One size fits all *vs principio di proporzionalità in ambito bancario e mobiliare*, in *Rivista della Regolazione dei mercati,* 2018, 206 ss.; R. Minetti, P. Murro, V. Peruzzi, *Not All Banks are Equal: Cooperative Banking and Income Inequality*, in *Economic Inquiry*, 2021, 420, i quali ritengono inoltre l'approccio *one-size-fits-all* come inadeguato (ivi, 440).

banca di dimensioni altrettanto ridotte, ma caratterizzata da comportamenti o operatività ad alto rischio, di beneficiare di un trattamento normativo semplificato, senza che ciò sia giustificato dal suo effettivo livello di complessità o dalla sua propensione al rischio. Tale squilibrio compromette gli obiettivi di stabilità e proporzionalità che la normativa stessa intende perseguire.

2.1. (Segue) *La categoria dell'ente piccolo e non complesso: il caso delle banche di credito cooperativo*

Il tema affrontato nel paragrafo precedente ha trovato terreno fertile nel contesto del credito cooperativo italiano.

Il processo di consolidamento in gruppi, sperimentato nel nostro ordinamento, ha avuto l'effetto di collocare tutte le 218 banche di credito cooperativo (numero risultante al momento in cui si scrive) nell'alveo delle *large institutions*, a causa dell'applicazione su base consolidata della disciplina prudenziale. Di conseguenza, l'introduzione della categoria degli enti piccoli e non complessi non ha prodotto alcun effetto concreto sul regime applicabile a tali banche, considerando il consolidamento imposto dalla riforma del 2016. Tale riforma, motivata dalla necessità di rafforzare il credito cooperativo dal punto di vista patrimoniale e gestionale, ha reso obbligatoria l'adesione delle singole banche al Gruppo di Credito Cooperativo[17].

Le banche aderenti, dunque, sono state sottoposte alla vigilanza diretta della Banca Centrale Europea e assoggettate alla regolamentazione declinata sui requisiti tipici delle *large institutions*, indipendentemente dalle caratteristiche di operatività locale e dalla semplicità dei modelli di *business* che ne contraddistinguono l'agire.

Il che di per sé stupisce, se solo si ha modo di sfogliare la *list of supervised entities* pubblicata sul sito della BCE. Accanto infatti a Intesa San Paolo, Mediobanca, Crédite Agricole, Deutsche Bank, Bank of America Europe, ecc. compaiono la Cassa Rurale di Ledro, il Credito Cooperativo Cassa Rurale ed Artigiana di Paliano, Credito Cooperativo Cassa Rurale ed Artigiana di Erchie, ecc. Banche queste ultime che, con poco più o poco meno di 5 filiali, nonché utili netti paragonabili al fatturato di uno studio legale medio e attivi di dimensioni modestissime, operano con una complessità gestionale elementare, sono radicate in contesti locali e caratterizzate da una missione di prossimità alla comunità.

Questa evidente sproporzione tra la regolamentazione concepita per grandi istituzioni finanziarie globali e la realtà operativa delle banche di credito

[17] Per tutti, si veda F. Capriglione, A. Sacco Ginevri, sub *art 37 bis*, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, 394.

cooperativo italiane mette in luce un cortocircuito normativo che merita una attenta riflessione. Riflessione che viene a rinfocolarsi proprio con riferimento al nuovo quadro normativo ESG. Sebbene queste banche, con la loro missione di prossimità, rappresentano di fatto un modello di sostenibilità sociale e *governance* semplificata, la loro inclusione sotto la rigida disciplina destinata alle grandi istituzioni finanziarie globali finisce per ignorare tali peculiarità, imponendo standards che non solo sono sproporzionati, ma rischiano di appesantire e limitare il contributo che possono offrire in termini di sostegno alle comunità locali e sviluppo responsabile.

2.2. (Segue) *L'applicazione della disciplina prudenziale e ESG: cenni*

Se scendiamo un po' nel concreto, l'effetto che ne deriva è esiziale nella misura in cui tali enti si trovano gravati da obblighi regolamentari sproporzionati rispetto alla loro dimensione e complessità.

Sul piano della disciplina generale del Terzo Pilastro, secondo quanto stabilito dagli articoli 6 e 13 del Regolamento UE n. 575/2013, la capogruppo del Gruppo di Credito Cooperativo è obbligata a redigere la reportistica su base consolidata. Impostazione che esclude automaticamente le banche aderenti dall'applicazione del regime agevolato riservato agli enti di piccole dimensioni e non complessi. Di conseguenza, le affiliate si trovano soggette a obblighi di reportistica significativamente più frequenti e articolati, ulteriormente ampliati dalle modifiche introdotte con il CRR III, con un impatto informativo che grava direttamente sulle singole banche del gruppo[18]. Per quanto riguarda, poi, il processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP), la classificazione del Gruppo di Credito Cooperativo come *large institution* comporta l'impossibilità di beneficiare delle semplificazioni normative[19], con un inasprimento del regime di vigilanza e controlli complessivamente più rigorosi e frequenti[20].

Nella medesima logica, si inseriscono le normative emergenti in materia ESG. In particolare, per quanto riguarda la *disclosure* legata al Terzo Pilastro, la capogruppo dei gruppi bancari di credito cooperativo è già stata sottoposta agli obblighi di trasparenza in quanto qualificata come ente di grande dimen-

[18] Si veda in proposito la modifica apportata all'art 433 *ter*, in materia di informazioni dovute dagli enti piccoli e non complessi.

[19] M. Arrigoni, E. Restelli, *Stabilità e proporzionalità nella disciplina delle banche. Il caso del credito cooperativo italiano*, cit., 227 ss.

[20] Cfr. ABE, *Orientamenti sulle procedure e sulle metodologie comuni per il processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP) sulle prove di stress di vigilanza*, 18 marzo 2022, ABE/GL/2022/03.

sione ai sensi della precedente versione dell'art. 449-bis del Regolamento UE n. 575/2013 (così come modificato con CRR II), applicabile ai soggetti con titoli quotati sui mercati regolamentati. Di conseguenza, le banche affiliate sono tenute a fornire informazioni dettagliate sui rischi legati ai fattori *ESG*, incluse esposizioni derivanti dalle proprie attività e da quelle delle controparti (*Green Asset Ratio*).

Seguendo questa impostazione, la Direttiva 2014/95/UE, in materia di Dichiarazione Non Finanziaria (che, a partire dall'esercizio 2024, viene sostituita dalla più recente CSRD), già imponeva alla capogruppo l'obbligo di redigere una dichiarazione relativa alle politiche ambientali, sociali e di *governance* adottate dal gruppo, nonché ai rischi connessi all'attività esercitata. Tale obbligo è stato ulteriormente rafforzato dalla Comunicazione della Commissione del 2019 – COM(2019) 209 final –, che ha sottolineato l'importanza di includere anche i rischi di danno potenziale che i fattori ESG possono generare sull'impresa bancaria stessa, evidenziando così un approccio integrato alla valutazione dei rischi non finanziari (*double materiality*).

La Direttiva CSRD, come anticipato, amplia significativamente il proprio ambito di applicazione, introducendo un quadro normativo più inclusivo e dettagliato. Oltre a ridurre i requisiti dimensionali[21], estende il suo raggio d'azione anche agli enti creditizi costituiti in qualsiasi forma societaria, includendo, tra i soggetti obbligati, le banche popolari che soddisfano i criteri per essere considerate enti di grandi dimensioni ai sensi della direttiva stessa, nonché le capogruppo dei gruppi bancari cooperativi, classificate come madri di grandi gruppi[22].

[21] La CSRD si basa sulla definizione di grande impresa già prevista dalla Direttiva 2013/34/UE, aggiornata per includere enti che rispettano almeno due dei seguenti requisiti: (i) stato patrimoniale superiore a 25 milioni di euro; (ii) ricavi netti superiori a 50 milioni di euro; (iii) media degli occupati nell'esercizio maggiore di 250 unità. Gli stessi criteri si applicano ai grandi gruppi, considerando che in questo caso i calcoli devono essere effettuati su base consolidata. Ne consegue che talune banche che risultano enti piccoli e non complessi secondo la normativa prudenziale del Regolamento (UE) n. 575/2013 vengono qualificate come grandi imprese o madri di grandi gruppi ai sensi della CSRD.

[22] Il decreto legislativo di recepimento del 6 settembre 2024, n. 125 definisce le "imprese madri" di gruppo, tenute alla rendicontazione di sostenibilità su base consolidata, sulla base della nozione introdotta dal D. Lgs. 9 aprile 1991, n. 127. Sicché il perimetro di consolidamento si àncora alle forme di controllo previste dall'art. 2359 c.c. Con la precisazione che, ai fini della redazione del bilancio consolidato, sono considerate controllate anche "le imprese su cui un'altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole". Si tratta, per l'appunto, del caso del gruppo bancario cooperativo in cui il rapporto di influenza della capogruppo è esercitato sulla base del contratto di coesione. Cfr. F. Salerno, *La nozione di controllo ai fini del*

Come accennato nel primo paragrafo, la CSRD riserva agli enti piccoli e non complessi le stesse agevolazioni previste per le piccole e medie imprese (artt. 3 e 16, D. Lgs. 125/2024). Nondimeno, tali agevolazioni non si applicano ai gruppi bancari cooperativi. Questi ultimi, infatti, sono tenuti a redigere la rendicontazione di sostenibilità su base consolidata, non potendo quindi essere classificati come enti piccoli e non complessi.

3. *Costi di conformità e banche di prossimità*

Come si è visto, la distinzione tra "*large and complex institutions*" e "*small and non complex institutions*", introdotta con l'obiettivo di superare le limitazioni insite nel tradizionale approccio a taglia unica, finisce per tradursi in un'applicazione del principio di proporzionalità più formale che sostanziale, lasciando irrisolta l'esigenza di un'effettiva graduazione normativa.

Del resto, nella prospettiva domestica, proprio la mancanza di sconti normativi alle banche di credito cooperativo dimostra che la categoria dell'ente piccolo e non complesso non è di per sé idonea ad adeguare la regolamentazione alle effettive dimensioni e al concreto profilo di rischio degli intermediari[23].

Come è intuitivo, questo approccio genera una serie di implicazioni non trascurabili sul piano dell'operatività bancaria. Criticità che emergono con particolare forza nelle banche di prossimità, caratterizzate da strutture organizzative ridotte e risorse limitate.

Questi istituti, pur non generando rischi ESG rilevanti (ma su questo profilo cfr. *infra*), sono comunque obbligati a destinare ingenti risorse umane, dallo *standing* qualificato, per garantire l'adeguamento e l'aggiornamento rispetto alle complesse normative richiamate. Il che non solo comporta un significativo impegno economico, ma genera una pressione organizzativa che si accompagna a ingenti costi-opportunità legati all'obbligo di destinare alla funzione di conformità risorse proprie in misura sproporzionata rispetto alle attività e ai

bilancio consolidato, in *Rivista Corporate Governance*, 2023, 544. Il tema del controllo contrattuale, seppure rapportato alla diversa figura dell'art 2359, comma n. 3 c.c. è affrontato anche da R. Formisani, *Il contratto di coesione: possibili inquadramenti sistematici*, in M.C. Cardarelli (a cura di), *Nuove opportunità e sfide delle banche di credito cooperativo: la riforma del 2016*, Torino, 2017, 185; cfr. anche F. Capriglione, A. Sacco Ginevri, *op. cit.*, 399 ss.

[23] Chiarissimo sul punto, G. L. Greco, *Per una lettura alternativa della proporzionalità nella regolazione bancaria europea*, in *Banche, Europa e sviluppo economico*, Milano, 2023, p. 131: "La disciplina differenziata recentemente introdotta per taluni enti minori non appare però sufficiente, perché ridotta ad ambiti contabili e segnalatori e dunque troppo limitata rispetto all'ampio perimetro degli obblighi regolamentari".

rischi assunti. Con l'effetto di limitare la capacità di investire in attività più redditizie o strategiche, riducendo al contempo la flessibilità operativa[24].

Un ulteriore aspetto non trascurabile riguarda la necessità di avvalersi di consulenti esterni, che assumono un ruolo fondamentale sia nella fase iniziale, sia in quella successiva, fornendo chiarimenti interpretativi sui molteplici aspetti normativi di rilievo e supportando gli intermediari nella gestione operativa.

Da questa prospettiva, i c.d. "costi di conformità", intrinsecamente rigidi nella loro natura prevalentemente fissa, risultano eccessivamente gravosi per tali enti, la cui struttura non consente di sfruttare appieno le economie di scala[25]. Con la conseguenza che la pressione economica riduce la redditività della banca e, in alcuni casi, ne mette a rischio la stessa sostenibilità.

Al contrario, per le banche realmente *significant* tali oneri crescono in misura contenuta rispetto alla crescita complessiva, ché la loro dimensione e diversificazione operativa consente di attenuarne l'impatto con maggiore efficacia.

Questa disparità mette in discussione le scelte di vertice del legislatore. La normativa, benché ispirata da obiettivi condivisibili di stabilità e trasparenza, rischia di favorire indirettamente la concentrazione del mercato, penalizzando gli operatori minori. In effetti, da più parti è stato sottolineato come un simile approccio appaia lesivo della concorrenza, giacché non riesce a garantire una competizione equa tra soggetti che partono da condizioni oggettivamente diverse[26].

Quanto detto, peraltro, assume particolare rilievo nel contesto normativo attuale caratterizzato dal susseguirsi incessante di modifiche legislative, che determinano una regolamentazione ipertrofica dei mercati, spesso difficile da decifrare per gli enti creditizi chiamati ad adattarvisi[27]. Fenomeno che si manifesta con particolare intensità proprio nell'ambito della normativa ESG caratterizzata da un'espansione progressiva dell'ambito di applicazione e dal conseguente intensificarsi degli obblighi ad essa connessi.

[24] R. Masera*, Regole e supervisione delle banche: approccio unitario vs modello per livelli e implicazioni per la morfologia del sistema delle banche*, *EU e US*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, 2015, 4, 51.

[25] Come notato da M. Arrigoni, E. R. Restelli, *Credito cooperativo e proporzionalità nel diritto bancario europeo*, Milano, 2024, 136, la funzione essenziale del principio di proporzionalità consiste nel "mitigare l'incidenza dei costi fissi della regolamentazione, a beneficio di quegli intermediari di minori dimensioni che non dispongono di sufficienti economie dii scala".

[26] Sul punto v. R. Masera, *Per una vera proporzionalità nella regolazione bancaria dell'Unione Europea. Le sfide del Coronavirus e di Basilea IV*, Roma, 2021, 17 che sottolinea l'effetto di una "distorsione concorrenziale".

[27] Cfr. EBA, *Study of the cost of the compliance with supervisory reporting requirements,* Report 15/2021, 21 ss.

4. *I tentativi di recupero della proporzionalità a favore delle banche di credito cooperativo*

Le conclusioni rassegnate nel paragrafo precedente evidenziano i limiti della rigidità della distinzione delineata dalla normativa europea, la quale si rivela inadeguata nel cogliere le complessità e le peculiarità che caratterizzano le banche di credito cooperativo.

A conferma della rilevanza delle problematiche emerse, si osserva come la stessa Banca d'Italia ha intrapreso talune iniziative volte a introdurre rimedi correttivi nel segno di un recupero della proporzionalità. Il riferimento principale corre alla circolare n. 285/2013, che, in materia di governo societario, remunerazioni, e perfino ICAAP e ILAAP ha sottratto le BCC all'applicazione della disciplina in materia di enti di grandi dimensioni, nonostante l'appartenenza al gruppo *significant*; in tale sede ha quindi introdotto una valutazione individuale della dimensione e complessità operativa delle singole BCC, consentendo, ove possibile, anche l'applicazione della disciplina prevista per la categoria degli enti piccoli e non complessi[28].

Tuttavia, i tentativi della Vigilanza, pur apprezzabili, di alleggerimento degli oneri normativi non hanno risolto alla radice il problema. Tant'è che le vibranti istanze dell'industria sono state portate sul tavolo della politica. In particolare, sulla falsariga del modello del Sistema di Tutela Istituzionale adottato dalle Raiffeisenkassen in Alto Adige-SüdTirol, è stato proposto un disegno di legge di modifica della recente riforma del Credito Cooperativo con l'obiettivo di predisporre un sistema aggregativo differente dal gruppo, sempre finalizzato a valorizzare l'autonomia dei singoli istituti (d.d.l. Turco n. 136 della XIX legislatura). L'esame del disegno di legge è iniziato recentemente, nonostante fosse stato assegnato alle Commissioni parlamentari ancora nel gennaio 2023.

Va pure aggiunto che, a livello europeo, c'è stata una presa d'atto delle peculiarità del tessuto bancario di cui si discorre. In particolare la CRDVI ha modificato l'art. 97, paragrafo 4, comma 2 della Dir. 2013/36 richiedendo alle autorità competenti, ai fini della valutazione e revisione dell'ente, l'applicazione del principio di proporzionalità, tenendo in considerazione i rapporti di afferenza nel gruppo degli enti di credito che si qualifichino, per l'appunto, come enti del credito cooperativo. Si può apprezzare come il passo avanti compiuto rivesta senz'altro importanza, quantomeno nella sua dimensione di principio. Tuttavia, appare prematuro formulare conclusioni

[28] Cfr. Banca d'Italia, circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, versione aggiornata alle successive modifiche, parte I, Titolo IV, cap. I e III.

definitive circa l'effettiva portata applicativa della nuova posizione assunta, dovendo questa essere necessariamente verificata nella concretezza dei meccanismi attuativi.

5. *Le banche di prossimità quale* benchmark *per una applicazione proporzionale della normativa ESG*

Nel contesto delineato, pare a chi scrive che la via da seguire per dare concreta attuazione al principio di proporzionalità, consista nell'ancorare l'intensità applicativa delle prescrizioni normative all'effettivo profilo di rischio e al modello di *business* che contraddistinguono l'operatività della banca. In altri termini, l'applicazione della disciplina ESG deve variare in ragione delle caratteristiche intrinseche dell'impresa vigilata, tenendo conto di variabili quali la dimensione, la complessità organizzativa, la tipologia dei prodotti offerti e i mercati di riferimento.

Tale approccio consente di bilanciare le esigenze di controllo e vigilanza con le caratteristiche strutturali e funzionali degli enti creditizi.

Da questa prospettiva, le banche c.d. di prossimità si rivelano il paradigma ideale per verificare la validità di tale impostazione: la loro peculiare natura, intimamente connessa con le dinamiche economiche e sociali dei territori di riferimento, non solo ne evidenzia il basso profilo di rischio ESG, ma offre altresì un banco di prova per ponderare, nel concreto, il principio di cui si discorre.

Nell'esperienza italiana, come si è avuto modo di ricordare, sono le banche di credito cooperativo che, almeno in linea generale, favoriscono un'intermediazione più vicina al territorio e per l'effetto si candidano a ganglio di sviluppo della comunità: da un lato nel senso di sostegno alle PMI e alle microimprese del territorio, dall'altro, nel senso di supporto alle fasce più svantaggiate della società in cui operano.

Il tema viene, in verità, a complessificarsi a séguito dei fenomeni di consolidamento in gruppo stimolati dalla necessità di garantire stabilità prudenziale mediante rafforzamento patrimoniale. L'emergere di una società capogruppo, costituita in forma di società per azioni, che svolge un ruolo di cinghia di trasmissione con le singole BCC[29] rappresenta una spinta verso la disgregazione del modello nativo. Tant'è che dottrina ha pure sottolineato che "[i]l valore

[29] R. Santagata, *"Coesione" ed autonomia nel Gruppo Bancario Cooperativo*, in M.C. Cardarelli (a cura di), *Nuove opportunità e sfide per le banche di credito cooperativo: la riforma del 2016*, Torino, 2017, 95-96.

aggiunto del localismo (…) ha dovuto cedere il passo alla primaria esigenza di garantire la sana e prudente gestione della banca"[30].

Questa osservazione non deve, tuttavia, condurre a una conclusione perentoria circa la perdita dell'identità territoriale delle banche di credito cooperativo. Nonostante la riforma e il processo di consolidamento che ne è derivato, le stesse continuano a preservare una natura intrinsecamente legata al territorio.

Del resto, questo profilo viene a rilevare sul piano normativo e statutario come vincolo all'operatività. Il riferimento corre all'art. 35 T.U.B. e allo Statuto tipo che, come noto, ne limita l'agire al comune ove la banca ha la sede o le proprie succursali, ovvero a quelli di provenienza di un certo numero di soci[31].

Il loro radicamento nella comunità di riferimento, che ne costituisce non solo il bacino di utenza, ma anche il fondamento del capitale sociale, permane quindi quale tratto distintivo. Anche nel nuovo assetto, il principio di mutualità – sebbene mediato da strutture sovraordinate – resta centrale, e le singole banche affiliate continuano a svolgere il ruolo di interlocutori privilegiati per famiglie, piccole e medie imprese e realtà locali. Questo radicamento si manifesta non solo nell'offerta di credito, ma anche attraverso iniziative sociali e culturali che rinsaldano il legame con il territorio.

Da questo angolo visuale, l'art. 37, comma 3, T.U.B. consente la destinazione di una quota di utili (seppure, in via residuale) ad attività di beneficenza finalizzate al conseguimento di un impatto sociale positivo[32].

Gli strumenti di conoscenza informale, l'ascolto dei bisogni locali e l'attenzione verso il microcredito rappresentano, insomma, un patrimonio operativo che la riforma non ha intaccato. È proprio in questa dimensione relazionale che le banche di credito cooperativo trovano la propria cifra distintiva rispetto agli istituti bancari più strutturati.

È dunque corretto sostenere che, pur inserite in un contesto regolamentare più complesso e in una struttura di gruppo apparentemente più distante dai territori, le banche di credito cooperativo non abbiano abdicato alla loro vocazione originaria. Al contrario, esse sembrano aver trovato un equilibrio che, se ben gestito, potrebbe tradursi in una valorizzazione del localismo come ele-

[30] Testualmente A. Urbani, *Le nuove forme della territorialità nella disciplina secondaria delle banche di credito cooperativo*, in *Riv. trim dir. econ*., 2019, 1, 124.

[31] Cfr A. Urbani, *op. cit.*, 122; M. Pellegrini, sub *art 35*, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario al testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2018, Milano, 374. Anche E. Cusa, *Beneficenza e mutualità nelle banche cooperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, 314, nota che "facilitano un più stretto legame tra il luogo della raccolta del risparmio e il luogo del suo investimento riducendo così (…) la possibili impoverimenti dei territori".

[32] Cfr. E. Cusa, *op. cit.*, 327.

mento competitivo, capace di dialogare con le esigenze di stabilità prudenziale senza rinunciare alla propria missione originaria.

In definitiva, il localismo delle banche di credito cooperativo non è stato soppiantato, ma ridefinito: non più come una dimensione esclusiva e autosufficiente, bensì come una peculiarità che trova spazio e ragione d'essere all'interno di un contesto più ampio e strutturato. Un localismo che, anziché svanire, si trasforma in prossimità intelligente, capace di coniugare efficienza gestionale e attenzione ai bisogni delle comunità.

A dimostrazione di quanto detto, il legame profondo con il territorio, unito alla conoscenza delle sue dinamiche imprenditoriali e sociali, si è rivelato determinante per i risultati conseguiti dalle banche di credito cooperativo anche in contesti di crisi. Durante il periodo pandemico, ad esempio, gli enti creditizi cooperativi hanno mostrato una resilienza superiore rispetto al resto del sistema bancario[33]. Secondo un rapporto della Banca d'Italia[34], nel 2021 il credito cooperativo ha registrato le migliori *performance* del settore in termini di raccolta e gestione delle sofferenze: risultato particolarmente significativo se si considera che è stato ottenuto nonostante i rilevanti costi sostenuti per l'adeguamento al nuovo modello organizzativo introdotto con la riforma[35].

Questi dati confermano, insomma, che l'essenza mutualistica e la vicinanza alle comunità locali non solo permangono, ma costituiscono una leva competitiva fondamentale per affrontare le sfide in contesti economici complessi e imprevedibili.

Va poi aggiunto che, a differenza delle banche di maggiori dimensioni, le quali offrono un'ampia gamma di servizi ma si affidano spesso a modelli standardizzati e impersonali per l'erogazione del credito, le banche locali adottano con successo un approccio di "*relationship banking*" [36].

[33] Come osserva E. Macrì, *Bcc e mutualità alla luce dell'introduzione del gruppo bancario cooperativo*, in *Riv. dir comm*., 2019, 869: "l'anticiclicità delle banche di credito cooperativo è strettamente legata alla loro struttura societaria. Il fatto di essere banche cooperative a mutualità prevalente determina una inevitabile maggiore conoscenza da parte dell'istitutivo bancaria del socio/cliente e quindi una più penetrante dimestichezza con il mercato locale. Ciò importa rapporti "sartoriali" con la clientela, cosa che le banche di maggiori dimensioni non riescono a garantire con la medesima efficienza".

[34] Cfr. Banca d'Italia, *Relazione annuale 2021*, 2022, 161.

[35] Sul punto, I. Sabbatelli, *Per un rinnovo della specificità operativa bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ*., 2022, 1, 201.

[36] Cfr. E. Macrì, *op. cit.*, 869; nonché G. Fiengo, *Mutualità e patrimonializzazione delle banche di credito cooperativo (riflessioni a margine del d.l. 14 febbraio 5 2016, n. 18, con. in L. 8 aprile 2016, n. 49)*, in *Riv. Dir. Comm*., 2017, 1, 409.

Questo modello consente di instaurare un rapporto diretto e personalizzato con il cliente, basato su una valutazione attenta e "su misura" delle sue necessità. L'erogazione del credito non si limita all'applicazione di parametri oggettivi e documentabili, ma considera anche le cosiddette "*soft informations*": informazioni qualitative, spesso non strutturate, che includono la conoscenza diretta dell'impresa, il contesto economico in cui essa opera e la reputazione personale dell'imprenditore[37].

Tali dati, raccolti nel corso di interazioni costanti con la clientela e la comunità, arrivano direttamente e senza filtri agli organi decisionali della banca. Questo approccio si rivela particolarmente efficace in un sistema economico come quello italiano, caratterizzato dalla presenza prevalente di piccole e medie imprese e da una limitata dipendenza dal mercato finanziario.

Le banche locali, quindi, giocano un ruolo cruciale nel ridurre le asimmetrie informative che spesso ostacolano il rapporto tra investitori e imprese. Attraverso il "*relationship banking*", esse non solo favoriscono l'accesso al credito per le realtà produttive locali, ma contribuiscono anche a preservare il tessuto imprenditoriale del territorio, promuovendo una crescita sostenibile e inclusiva[38].

[37] Il punto è messo in luce da D. Crivellari, *L'insegnamento di Raffaele Mattioli e l'eclissi delle banche di prossimità. Un'ipotesi di compromesso*, in *Banca Impresa Società*, 2022, 53 il quale osserva "Nelle grandi banche in cui ormai le deleghe sul rischio sono molto accentrate, le decisioni sono assunte in base all'esame delle *hard informations* tratte da documentazione ufficiale (bilanci, visure, eccetera) a volte non così attendibile, specie per le PMI. Le *soft informations*, anche se possedute dal *front office*, fisicamente più vicino al cliente, sono considerate meno determinanti, ammesso che riescano a risalire lungo la scala gerarchica della struttura decisionale".

[38] Le considerazioni in testo possono, almeno in parte, ripetersi con riferimento alle banche popolari di minori dimensioni. È vero che le c.d. "figlie spurie" del credito cooperativo presentano talune peculiarità distintive tali da configurarle come modello ibrido. Nondimeno le banche popolari con un attivo inferiore a 8 miliardi di euro – e come tali escluse dall'obbligo di trasformazione in società per azioni – hanno visto preservata la funzione mutualistica, pur con alcuni adattamenti (cfr. con visioni diverse, R. Costi, *Verso un'evoluzione capitalistica delle banche popolari?*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2015, I, 575 ss.; F. Salerno, *La mutualità delle (restanti) banche popolari dopo il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, 731, ss.; A. Mirone, *Statuto delle banche popolari e riforma del credito cooperativo*, in *Giur. Comm.*, 2019, I, specialmente 233-234). Pur non imponendo un vincolo formale, la riforma delle banche popolari lascia spazio a un'ampia interpretazione nell'ambito dell'operatività territoriale. Tuttavia, parte della dottrina ha evidenziato un ritorno al criterio localista, legato alla vocazione originaria di queste istituzioni. Questo approccio si collega, in particolare, alla visione di chi considera la mutualità delle banche popolari essenzialmente come mutualità esterna*,* ossia orientata a servire e sostenere l'economia locale. In tale ottica, la funzione mutualistica non si esaurisce all'interno del rapporto tra i soci, ma si espande verso il territorio e le comunità di riferimento, attraverso

6. *Banche di prossimità e impatto sui fattori ESG*

La banca di prossimità, con il suo radicamento territoriale e la stretta connessione con le comunità locali, può essere considerata un veicolo di diffusione dei rischi ESG o, al contrario, un presidio per la loro mitigazione attraverso un approccio responsabile e sostenibile?

La risposta al quesito riveste un'importanza cruciale, poiché consente di delineare le coordinate metodologiche necessarie per analizzare il ruolo delle banche di prossimità nella gestione dei rischi ESG. Tale analisi non si limita ad identificare le modalità con cui queste istituzioni interagiscono con i rischi ambientali, sociali e di *governance*, ma aiuta anche a definire il corretto ambito

l'erogazione di credito e altri servizi finanziari volti a favorire lo sviluppo economico locale. Questo modello continua a rappresentare un tratto distintivo delle banche popolari, soprattutto di minori dimensioni, che mantengono una relazione stretta con le esigenze del tessuto produttivo e sociale della propria area di operatività. L'adozione di una prospettiva localista non è priva di implicazioni. Da un lato, permette di consolidare il ruolo delle banche popolari come strumento di promozione e inclusione economica nelle aree meno servite da istituzioni di maggiori dimensioni; dall'altro, richiede di bilanciare tale funzione con la necessità di operare in modo sostenibile in un contesto normativo sempre più stringente e competitivo (cfr., in particolare, F. Capriglione, sub *art 28*, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario al testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 306 e 307, là dove sottolinea che, pur nella consapevolezza di un *favor* della riforma verso un allargamento del territorio di operatività delle banche popolari, "il collegamento della formula cooperativa al dato strutturale si risolve in via prioritaria, avendo riguardo all'interazione dell'ente con determinate comunità di riferimento"). Se si sostiene che anche nelle banche popolari la mutualità venga recuperata primariamente nell'interesse dei soci, il localismo assume un duplice ruolo. Da un lato, si configura come un fattore aggregativo, capace di rafforzare il senso di appartenenza e di omogeneità all'interno della base sociale; dall'altro, rappresenta un elemento funzionale al corretto esercizio del voto capitario. Questo principio democratico, tipico delle banche popolari, trova nel radicamento territoriale un terreno fertile per garantire una gestione coerente con le specificità e i bisogni della comunità di riferimento (cfr. F. Salerno, *La mutualità delle (restanti) banche popolari dopo il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, 731 ss.; A. Mirone, *Statuto delle banche popolari e riforma del credito cooperativo*, in *Giur. Comm.*, 2019, I, specialmente 233, 234). Inoltre, il localismo si qualifica come una vocazione con tratti spiccatamente identitari, che distingue il modello delle banche popolari rispetto ad altri tipi di istituzioni finanziarie. Esso non si limita a caratterizzare la *governance* interna, ma si riflette anche nella loro operatività, orientata a valorizzare le peculiarità economiche e sociali del territorio. In questo senso, il localismo non è solo un'espressione del radicamento geografico, ma diventa un elemento strutturale che lega strettamente l'identità dell'ente alla funzione mutualistica. Questa interpretazione del localismo, quindi, non solo contribuisce a rafforzare la coesione tra i soci, ma favorisce anche una maggiore responsabilizzazione degli stessi, creando le condizioni per un modello di gestione partecipativa che si integra armonicamente con la missione mutualistica delle banche popolari.

applicativo del principio di proporzionalità nel segno del necessario equilibrio tra l'intensità delle misure normative e di vigilanza, nonché la dimensione, il modello di *business* e il grado di esposizione concreto ai rischi ESG.

Pare a chi scrive che, per rimanere a livello di vertice, l'attenzione allo sviluppo della comunità non prescinda, ma presupponga il rispetto delle componenti ESG[39].

Seguendo questa linea, un primo riscontro immediato viene fornito dal versante sociale dei fattori ESG. Il fattore *S*, infatti, rappresenta un pilastro naturale e ontologico nell'attività delle banche di prossimità, in quanto il legame con il territorio e con le comunità locali non costituisce solo un tratto distintivo, ma la loro stessa ragion d'essere, definendone l'identità e la missione operativa. Da questa prospettiva, la convergenza tra l'agire delle banche di prossimità e il fattore sociale trova la propria cifra nella capacità di generare impatti positivi sulla comunità.

Il vasto orizzonte fornisce esempi concreti di come queste istituzioni riescano a declinare il fattore *S*, valorizzandone le potenzialità attraverso azioni mirate e radicate nel territorio.

Decisiva è la spinta verso un accesso inclusivo al credito. Una delle più significative manifestazioni del fattore *S* è proprio il sostegno a famiglie, piccole imprese e iniziative locali. La banca di prossimità agisce proprio come facilitatore dello sviluppo economico e sociale, promuovendo l'inclusione finanziaria e riducendo le disuguaglianze.

Non meno rilevante è il ruolo svolto con riferimento sia allo sviluppo del capitale umano, sia alla promozione della coesione sociale. Attraverso l'erogazione di finanziamenti mirati, la banca favorisce iniziative educative, culturali e di formazione professionale, contribuendo così alla crescita delle competenze e al miglioramento della qualità della vita nelle comunità locali. La banca di prossimità, poi, radicata nel tessuto sociale, svolge un ruolo fondamentale nel rafforzare i legami comunitari. Finanziando progetti con impatti positivi sul territorio (ad esempio, infrastrutture, servizi pubblici, attività culturali), favorisce la coesione e lo sviluppo armonico della società. Le risposte alle esigenze locali dipendono anche dalla conoscenza approfondita del territorio: la banca di prossimità è in grado di rispondere in maniera tempestiva e mirata ai bisogni emergenti, come nel caso di calamità naturali o crisi economiche, mostrando così una flessibilità operativa che la rende un partner strategico per affrontare sfide locali con soluzioni su misura.

[39] È solo il caso di precisare che la dimensione della banca non va intesa unicamente in termini geografici, ossia come mercato in cui l'ente opera, ma anche come vocazione a promuovere lo sviluppo e il benessere della comunità e del tessuto economico di riferimento.

Ciò detto sul fattore *S*, che rappresenta l'essenza stessa della missione della banca di prossimità, tanto va pure predicato con riferimento all'aspetto ambientale e di *governance*, da intendersi propriamente come *governance* dell'intera comunità in cui la banca opera[40].

Seppur possa apparire scontato a livello di declamazione generale, il vero nodo della questione risiede nella consapevolezza che lo sviluppo di una comunità non può prescindere dal rispetto dell'ambiente in cui essa vive. L'ambiente, infatti, non è un elemento accessorio, ma una componente fondamentale che influenza profondamente il benessere sociale ed economico della comunità stessa.

La relazione tra comunità e ambiente è intrinseca e dinamica: uno sviluppo sostenibile deve garantire che il miglioramento delle condizioni sociali e la crescita economica non compromettano la qualità dell'ambiente, il quale, a sua volta, costituisce il substrato essenziale per la salute, la coesione sociale e la prosperità futura.

Nella concretezza del riscontro, emerge una naturale inclinazione degli enti creditizi, radicati in specifici ambiti territoriali, a favorire impieghi verdi.

Questo orientamento trova fondamento nella crescente integrazione dei criteri ESG, in particolare di quelli ambientali, nel processo di valutazione del merito creditizio. La direzione verso cui si muove la regolazione punta chiaramente a includere un'analisi del fattore *E* del beneficiario del finanziamento come parte integrante dell'*assessment* del rischio creditizio[41]. Da ciò discende che i rischi associati a eventi climatici o disastri naturali, unitamente ai rischi di inadempienza a essi connessi, agiscono come forti leve per le banche di prossimità. Queste, proprio in virtù della loro maggiore esposizione e concentrazione in aree territoriali specifiche, sono particolarmente incentivate a erogare finanziamenti orientati alla sostenibilità. Tale comportamento è coerente con la natura finanziaria dei rischi ESG: sul fatto che possono, cioè, incidere direttamente sulla banca o indirettamente sulle sue controparti, compromettendo la solvibilità dei soggetti finanziati e, di riflesso, la stabilità dell'intermediario.

Nel contesto dato, le banche di prossimità, proprio in ragione del loro legame stretto con il territorio, sono, insomma, maggiormente predisposte a stimare e a considerare l'impatto dell'attività del soggetto finanziato sull'ambiente. Tale sensibilità deriva non solo dalla loro responsabilità verso la comunità loca-

[40] Cfr. R. Lener, P. Lucantoni, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2023, I, 20 e ss.

[41] In tale senso si veda ABE; *Relazione finale sugli orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*, 29 maggio 2020; anche ABE, *Relazione finale sulle line guida in materia di gestione dei rischi ambientali, sociali e di governance (ESG)*, 8 gennaio 2025.

le, ma anche dalla consapevolezza che un ambiente compromesso rappresenta un rischio concreto per la continuità economica delle imprese locali, per la sicurezza dei finanziamenti concessi e, più in generale, per la sostenibilità del sistema creditizio territoriale.

In estrema sintesi, la banca di prossimità, nell'esercizio dell'attività creditizia, tende a generare minori rischi ESG rispetto alle grandi banche, grazie a una gestione del rischio più attenta alle specificità territoriali e alla concentrazione locale dei suoi interventi. Questo aspetto si collega ai diversi profili di rischio, quali, a titolo esemplificativo, quello di controparte, il rischio sistemico su altri sovvenuti e il rischio di deterioramento degli asset in garanzia.

Quanto alla prima dimensione, le imprese che esercitano attività potenzialmente inquinanti sono naturalmente esposte a responsabilità per danno ambientale e a possibili sanzioni legate al mancato rispetto delle normative ambientali[42]. Queste implicazioni, di per sé, generano un impatto negativo sulla valutazione del merito creditizio, rendendo meno probabile che la banca eroghi finanziamenti a tali soggetti. Tale attenzione è particolarmente rilevante per una banca di prossimità, che opera in un contesto in cui gli effetti delle attività inquinanti si manifestano con maggiore evidenza a livello locale e possono compromettere la qualità complessiva dell'ambiente in cui essa stessa è radicata.

Gli effetti territoriali dell'inquinamento non si limitano al soggetto inquinante, ma possono propagarsi ad altre imprese e individui presenti nell'area. Ad esempio, un terreno inquinato da un'impresa potrebbe compromettere il valore patrimoniale del proprietario del terreno o causare danni ad altre attività economiche nell'area circostante. Sebbene il principio "chi inquina paga" attribuisca i costi del danno ambientale al responsabile diretto, è innegabile che i danneggiati debbano affrontare costi significativi, sia in termini economici (come la diminuzione del valore del capitale), sia in termini di tempi di attesa processuali e amministrativi per ottenerne la riparazione. Questo fenomeno incide, giocoforza, sulla solvibilità degli altri sovvenuti, aumentando indirettamente il rischio per la banca.

Infine, il finanziamento di opere o attività che impattano negativamente sull'ambiente circostante può anche compromettere i beni sui quali la banca ha garanzie patrimoniali dirette. Ad esempio, un immobile o un terreno utilizzato come garanzia può perdere valore a causa dell'inquinamento prodotto da attività finanziate. Sebbene le garanzie reali offrano una mitigazione del rischio e influenzino positivamente la valutazione degli attivi della banca, la loro effi-

[42] In proposito cfr. la fondamentale sentenza della Cassazione civile, sez. Unite, 1° febbraio 2023, n. 3077, in *Foro it.*, 2023, 5, I, 1570 ss.

cacia dipende dalla qualità della garanzia stessa e dalla capacità della banca di liquidarla rapidamente e con costi contenuti. Un ambiente degradato rende indubbiamente la liquidazione più complessa e costosa.

Da queste brevi riflessioni emerge che il rifiuto di un finanziamento a imprese che potenzialmente causano danni ambientali non è solo una scelta etica, ma rappresenta una vera e propria strategia prudenziale per evitare una concentrazione eccessiva di rischi. La banca di prossimità, proprio per la sua connessione diretta con il territorio, è naturalmente orientata a stimare con maggiore accuratezza l'impatto ambientale delle attività finanziate. Ciò le consente di adottare politiche creditizie più sostenibili e di mitigare i rischi ESG, mantenendo al contempo un ruolo fondamentale nella promozione di uno sviluppo equilibrato e responsabile delle comunità locali.

Riportando il tema nel contesto più generale della riflessione, possiamo affermare che, ai fini della declinazione della disciplina in materia ESG nel segno della proporzionalità, si debba porre maggiore attenzione alla dimensione territoriale della banca, piuttosto che limitarsi, o comunque affidarsi in modo prevalente, a criteri quantitativi legati alla dimensione o complessità dell'ente.

Tale approccio consente di riconoscere e valorizzare le peculiarità operative delle banche di prossimità, il cui impatto è intimamente connesso al contesto socio-economico locale. Al contrario, l'adozione di criteri puramente quantitativi rischia di penalizzare istituzioni come le banche di credito cooperativo, la cui rilevanza territoriale è spesso più significativa della loro dimensione strutturale di gruppo (ma cfr. *supra*).

La dimensione territoriale, insomma, rappresenta un criterio fondamentale per declinare in modo concreto ed efficace il principio di proporzionalità nel prisma della disciplina ESG. Essa riflette l'effettiva interazione tra la banca e il territorio di riferimento, consentendo di calibrare gli obblighi normativi in base all'impatto reale delle attività dell'ente sulle dinamiche ambientali e sociali. Tale approccio scongiura l'applicazione uniforme della normativa e favorisce l'armonizzazione delle regole con le specificità operative e gli obiettivi delle singole istituzioni. Il che non solo risponde a un criterio di equità, ma rappresenta anche una scelta strategica per garantire la sostenibilità del sistema bancario nel suo complesso, in linea con le esigenze di sviluppo locale e con i principi fondamentali di proporzionalità e differenziazione.

7. *Cenni di diritto comparato. Il caso statunitense*

In tale contesto, per acquisire una comprensione più ampia del fenomeno e delle possibili soluzioni, è utile volgere lo sguardo agli Stati Uniti, dove il sistema bancario è caratterizzato dalla presenza rilevante delle c.d. *community banks*.

Queste istituzioni, fortemente radicate nei territori di riferimento, si basano su una conoscenza approfondita delle comunità locali e su un rapporto privilegiato con il tessuto delle piccole e medie imprese. L'importanza del modello di banca di relazione è riconosciuta unanimemente dal Congresso, dal Governo e dalle Autorità di vigilanza e controllo, quali la *Federal Reserve* (FED) e la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC)[43].

Nonostante i processi di consolidamento che hanno investito anche le banche di prossimità statunitensi[44], le *community banks* continuano a svolgere un ruolo cruciale nello sviluppo economico e sociale delle comunità locali. Grazie alla loro capacità di elaborare informazioni qualitative – le cosiddette "*soft information*", sopra richiamate – e alla flessibilità nei rapporti con i clienti, queste banche si distinguono nella concessione di finanziamenti di relazione, favorendo così lo sviluppo di economie locali resilienti.

Le specificità operative di queste banche trovano oggi riconoscimento in un quadro regolamentare improntato a un approccio su misura (*tailored approach*). Dopo la promulgazione del *Dodd-Frank Act (*DFA*)* nel 2010, volto a rafforzare la stabilità finanziaria e prevenire i rischi sistemici emersi con la

[43] In questi termini l'attuale presidente della FED J. Powell, *Community Banking: Connecting Research and Policy Remarks, Federal Reserve Conference*, St. Louis, October 3, 2013, reperibile al link https://www.federalreserve.gov. In uno dei suoi primi *speech* tenuti in veste di presidente della FED, J. Powell ha ribadito l'impegno della *Federal Reserve* a ridurre l'onere normativo per le *Community Banks*, assicurando che la regolamentazione non sia più gravosa del necessario, senza compromettere la sicurezza e la solidità del sistema: "*The Fed will continue to focus on reducing the regulatory burden for community banks, and without losing any safety and soundness, try to make sure that our regulation is no more burdensome than it needs to be*".

[44] Il processo di consolidamento bancario negli Stati Uniti ha ridotto significativamente il numero delle *community banks* di minori dimensioni (con *total assets* inferiori a 100 milioni di dollari). Per contro, il consolidamento delle banche non ha comportato una diminuzione del volume complessivo degli attivi né del numero o del ruolo delle banche di comunità di medie dimensioni, le quale, sebbene generalmente più piccole rispetto alle LSI europee, hanno registrato una crescita sia in termini di quantità che di attivi complessivi (FDIC, *Community Banking Study*, 2020, reperibile nel portale https://www.fdic.gov, p. VIII; cfr. anche R. Masera, *Community banks e banche del territorio: si può colmare lo iato sui due lati dell'Atlantico?*, Roma, 2019, 34).

crisi del 2007-2008[45], il sistema bancario statunitense è stato sottoposto a un regime normativo particolarmente stringente. Sebbene il DFA perseguisse dichiaratamente il principio di proporzionalità, in pratica ha introdotto rigorosi *stress test* e severi requisiti patrimoniali che hanno favorito la chiusura di molte banche di minori dimensioni, meno redditizie o con scarsa efficienza operativa.

Un cambio di direzione si è registrato con l'*Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act* (S. 2155, P.L. 115-174), approvato dal Congresso il 24 maggio 2018 ed entrato in vigore nel gennaio 2020. Questa riforma ha introdotto un approccio regolamentare maggiormente flessibile, graduando gli interventi normativi e di vigilanza in base al grado di rischio e al modello di *business* di ciascuna banca. In particolare, il nuovo sistema ha alleggerito i requisiti di liquidità e ridotto i costi di *compliance* per le *community banks*, evitando oneri sproporzionati rispetto al limitato impatto che queste istituzioni hanno sui rischi sistemici[46].

Nel solco dell'impostazione tracciata dalla riforma del 2018, si colloca il programma di supervisione introdotto nel giugno 2019 dalla *Federal Reserve*, noto come *Bank Exams Tailored To Risk* (BETR). Questo programma è stato concepito per introdurre una sorveglianza "su misura" (*tailor-made*), adattata ai profili di rischio specifici di ciascun ente bancario, in linea con il

[45] Nel suo telaio essenziale, il Dodd-Frank Act (DFA) ha fissato requisiti prudenziali variabili in base alla dimensione o all'importanza sistemica delle organizzazioni bancarie. Al riguardo, ha creato soglie per diverse normative prudenziali in base alle dimensioni degli attivi, fissando i limiti a $1 miliardo, $10 miliardi e $50 miliardi di attivi. Tuttavia, nell'ottica di una maggiore stabilità sistemica, ha rafforzato le procedure di *stress test* e, con specifico riferimento alle *Community Banks*, ha introdotto significativi rafforzamenti patrimoniali, con ciò favorendo la chiusura delle banche più piccole, meno redditizie ed efficienti.

[46] Tra le novità più rilevanti introdotte dalla riforma del 2018 si segnala un alleggerimento del carico normativo gravante sulle *Community Banks* (si parla al riguardo di "*regulatory relief*"), le quali sono state almeno in parte esentate, fra l'altro, dai "cuscinetti aggiuntivi" di capitale e dai vincoli di liquidità e dalle metodologie più complesse di *risk management*. Inoltre, è stato alleggerito il contenuto e ridotta la frequenza degli obblighi reportistica (*call report*). La riforma ha altresì innalzato la soglia per la "*enhanced regulation*" da 50 a 250 miliardi di dollari, con il risultato che tutte le banche con un attivo consolidato inferiore a 250 miliardi di dollari e una raccolta all'ingrosso di fondi a breve termine inferiore a 50 miliardi di dollari sono state esentate dall'applicazione integrale della disciplina in materia di requisiti di liquidità e di capitale aggiuntivi. Sul punto, cfr. D. W. Perkins, *Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act* (P.L. 115-174) *and Selected Policy Issues*, aggiornato al 6/6/2018, in *Congressional Research Service* e 84 *Federal Register* 59230, *Changes to Applicability Thresholds for Regulatory Capital and Liquidity Requirements*, par. IV e VI.

principio secondo cui "*a one-size-fits-all approach to supervision is often not appropriate*"[47].

In estrema sintesi, il programma BETR si pone l'obiettivo di ridurre al minimo gli oneri regolamentari gravanti sulle banche[48], focalizzandosi sui rischi più rilevanti affrontati da ciascuna istituzione, come il rischio di credito, di liquidità e di redditività[49]. Questo approccio innovativo si basa su un'analisi rigorosa e dettagliata dei dati, finalizzata a misurare il grado di rischiosità di ogni banca. Attraverso questa analisi, il programma BETR consente di allineare le risorse di supervisione in modo proporzionale al livello di rischio identificato[50].

Un elemento centrale del programma è la classificazione delle dimensioni di rischio in tre categorie: alto (*high*), moderato (*moderate*) o basso (*low*). Tale classificazione permette alle autorità di vigilanza di semplificare le attività di supervisione per le banche a basso rischio, attraverso programmi di esame semplificati (*streamlined examination work programs*). Al contrario, alle banche con profili di rischio elevato viene dedicata una maggiore attenzione e supervisione intensiva (*enhanced supervisory attention*).

L'introduzione di un "*tailored approach to risk*" offre diversi benefici per l'intero sistema bancario. Da un lato, alleggerisce le banche meno rischiose dal peso eccessivo degli oneri regolamentari e dei costi di conformità, favorendo un utilizzo più efficiente delle risorse. Dall'altro, consente alle autorità di concentrarsi con maggiore efficacia sui soggetti che presentano livelli di rischio significativi, garantendo così una vigilanza più mirata e reattiva. Inoltre,

[47] Cfr. J.L. Yellen, *Tailored supervision of the community banks*, speech at the independent community bankers of America Washington Policy Summit, Washington D.C., primo maggio 2014, il quale osserva: "*The first step is taking a disciplined approach to judging which supervisory policies should apply to community banking organizations. This involves not only weighing the costs and benefits of proposed rules and their implementation, but in some cases also asking whether it makes sense for a specific policy to apply to community banks*".

[48] Tale obiettivo emerge sin dalle prime righe della *Supervision and Regulation Letters* 19-9 con cui la FED ha presentato il BETR program, là dove si evidenzia che un siffatto approccio alla supervisione "*is then tailored to reflect the levels of risk present and minimize regulatory burden for the bank*".

[49] Attualmente, il BETR *program* si occupa delle seguenti aree di rischio: capitale, credito, redditività, liquidità, tasso di interesse e titoli d'investimento. Tuttavia, considerato che nei mercati moderni il rischio viene assumendo dimensioni inusuali, eccentriche rispetto ai tradizionali rischi finanziari, il programma BETR è in costante aggiornamento per adeguare le metriche di misurazioni alle nuove tipologie di rischio.

[50] Ciò è reso possibile grazie a un insieme di metriche di sorveglianza che utilizzano diversi indicatori, incluso il *Call Report* (rapporto trimestrale sulla condizione e sul reddito), per classificare ciascuna dimensione di rischio.

contribuisce a identificare tempestivamente segnali di potenziali incrementi del rischio, rafforzando la capacità del sistema di prevenire e gestire situazioni critiche.

In definitiva, il programma BETR rappresenta un passo avanti significativo nell'evoluzione della supervisione bancaria, combinando principi di proporzionalità e flessibilità con una gestione dei rischi più accurata e personalizzata. Questo modello, adattabile alle specificità operative delle singole banche, risponde in maniera efficace alle esigenze di un sistema bancario sempre più diversificato e complesso.

La medesima impostazione è stata recentemente utilizzata anche sul piano definitorio.

A fronte di un dato positivo incentrato su un criterio di natura quantitativa, come le dimensioni degli attivi[51], si è diffusa la consapevolezza che una soglia numerica, di per sé, risulta riduttiva: tale impostazione non considera, infatti, la complessità delle banche di comunità, le cui caratteristiche non sono esclusivamente legate a dati puramente dimensionali. In questa prospettiva, si è delineata una definizione di *community bank* di natura funzionale, che tiene conto di una combinazione di fattori. Oltre alla dimensione degli attivi, la definizione integra elementi quali il piano aziendale della banca, l'area geografica di operatività e il numero di filiali. Un approccio multidimensionale che permette di soppesare più accuratamente il ruolo e l'impatto di queste istituzioni sul territorio.

Tale impostazione affonda le proprie radici in uno studio condotto dalla *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) nel 2012[52], che ha evidenziato i limiti intrinseci di un sistema definitorio basato esclusivamente su criteri quantitativi. In primo luogo, la FDIC ha sottolineato che qualsiasi parametro basato su un valore monetario è per sua natura variabile e deve essere periodicamente adeguato per tenere conto di fattori quali l'inflazione, la crescita economica e le trasformazioni del settore bancario. Questo rende poco affidabile una definizione stabile nel tempo. In secondo luogo, è stata rilevata l'assenza di una correlazione diretta tra la dimensione di una banca e i connotati tipici delle banche di comunità. Tali caratteristiche – come la vicinanza alle esigenze delle comunità locali, il radicamento territoriale e il *focus* su finanziamenti di relazione – si legano prevalentemente al modello operativo e agli obiettivi aziendali.

[51] L'approccio quantitativo è declinato secondo due metriche, che distinguono a seconda che il totale attivo delle *Community Banks* sia inferiore a 1 miliardo o a 10 miliardi.

[52] FDIC, *Community Banking Study*, 2012. La definizione di *community banks* ivi proposta è stata confermata anche nell'aggiornamento più recente dello studio di dicembre 2020 (FDIC, *Community Banking Study*, 2020, cit.).

Da questo prisma, emerge come alcuni enti di minori dimensioni possano sviluppare specializzazioni operative che si discostano in modo significativo dalle tradizionali funzioni di raccolta del risparmio e concessione del credito a livello locale. Al contrario, vi sono istituti di dimensioni maggiori che, nonostante la loro scala operativa più ampia, continuano a svolgere queste attività fondamentali. Questa constatazione evidenzia la necessità di superare le generalizzazioni basate esclusivamente sulla dimensione degli enti. La *Federal Deposit Insurance Corporation* sottolinea, a tal proposito, l'importanza di analizzare in modo dettagliato la struttura operativa e organizzativa di ciascuna istituzione bancaria: solo attraverso una valutazione concreta delle modalità operative, della gamma dei servizi offerti e dell'estensione geografica della loro attività è possibile coglierne la vera natura e il ruolo all'interno del sistema finanziario e sociale[53].

A ben vedere, si è di fronte ad un'evoluzione concettuale che riflette un cambiamento significativo nella percezione e nella classificazione delle banche di comunità, enfatizzando il ruolo centrale della loro funzione rispetto al territorio, piuttosto che la loro grandezza. Una definizione di tipo funzionale consente di intercettare con maggiore precisione l'essenza di queste banche e il loro contributo al sistema economico e sociale, allineandosi meglio con i principi di proporzionalità e adeguatezza normativa.

[53] A tal fine, l'approccio definitorio di natura funzionale si avvale di diversi indici rivelatori della prossimità territoriale. Un primo indice concerne la natura dell'attività svolta. In tal senso, vengono escluse dal perimetro delle *community banks* quegli istituti bancari che si dedicano prevalentemente a fornire servizi diversi dall'intermediazione bancaria tradizionale.

Un secondo indice riguarda l'estensione dell'area geografica di operatività della banca di comunità. A questo proposito, vengono impiegati criteri che guardano al numero di filiali presenti, ai depositi presenti in ciascuna filiale e all'estensione territoriale delle *community banks* (che possono espandersi fino a tre diversi stati e fino a due grandi aree metropolitane). Aderendo a un approccio definitorio di natura funzionale, lo studio della FDIC ha individuato 6.524 *Community banks* attive sul territorio statunitense. Di queste, 330 istituti, superando il limite di 1 miliardo di dollari di *total assets*, sarebbero classificati come "*non-community banks*" qualora si adottasse una definizione rigidamente basata sulle dimensioni degli attivi. La qualificazione di queste *institutions* più grandi come banche di comunità dimostra che l'impiego di soli parametri quantitativi per classificare le *community banks* comporterebbe il rischio di escludere istituti che, pur presentando caratteristiche dimensionali differenti, condividono con le altre banche di comunità le medesime specificità operative e territoriali. Nelle tracce di questa nuova impostazione, si può allora concludere, richiamando le parole di Rainer Masera, che "le banche di prossimità possono essere sia banche di comunità definite in senso stretto, sia grandi banche che abbiano conservato nei processi di aggregazione il DNA del radicamento territoriale, con memoria costantemente aggiornata del patrimonio informativo sul territorio di riferimento". Così R. Masera, *Community banks e banche del territorio: si può colmare lo iato sui due lati dell'Atlantico?*, cit., 55.

8. *Brevi conclusioni*

In conclusione, il modello normativo statunitense, con il suo approccio calibrato e flessibile, rappresenta un interessante *driver* di cambiamento per il contesto europeo, specialmente nel quadro dell'applicazione della normativa ESG. L'esperienza delle *community banks* americane, che coniuga il principio di proporzionalità con una valorizzazione delle specificità territoriali e operative, offre spunti concreti per una riforma più inclusiva ed efficace del sistema regolamentare europeo.

Le banche di prossimità, con il loro radicamento nei territori e il legame diretto con le comunità locali, costituiscono attori strategici nella transizione verso un'economia sostenibile. La loro capacità di intercettare le esigenze del territorio e di operare come catalizzatori di sviluppo locale le rende strumenti imprescindibili per il raggiungimento degli obiettivi ESG.

Tuttavia, per realizzare appieno questo potenziale, è necessario che il quadro normativo europeo superi una visione uniformante, spesso basata su criteri puramente quantitativi, e adotti un approccio maggiormente funzionale e differenziato, capace di riconoscere e valorizzare le peculiarità operative delle singole banche.

L'applicazione flessibile della normativa ESG, sul modello di quanto avviene con il "*tailored approach*", dovrebbe costituire il fulcro di questa riforma. Ciò implica una regolamentazione che non gravi le banche di prossimità di oneri sproporzionati rispetto alla loro effettiva operatività e ai rischi sistemici posti, bensì che ne esalti il ruolo come promotrici di sostenibilità economica, sociale e ambientale. Tale impostazione consentirebbe non solo di proteggere il tessuto delle banche locali, ma anche di sfruttarne appieno le potenzialità come strumenti di cambiamento.

In questa prospettiva, la normativa ESG non è solo un insieme di obblighi, ma un'opportunità per ridisegnare il sistema bancario europeo secondo principi di sostenibilità e mutualità, recuperando una dimensione valoriale che il credito cooperativo può efficacemente incarnare. Solo attraverso una regolamentazione sensibile alle specificità locali sarà possibile armonizzare gli obiettivi di stabilità finanziaria con le nuove istanze di tutela ambientale e sociale, rafforzando il ruolo delle banche di prossimità nella costruzione di un sistema economico più equo e resiliente.

L'AUTONOMIA CONTRATTUALE NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

Guido Smorto

SOMMARIO: 1 Introduzione. – 2. L'europeizzazione della nozione di autonomia contrattuale. – 3. La contrattualizzazione degli obblighi informativi e la tutela della concorrenza. – 4. Autonomia contrattuale e rivoluzione digitale. – 5. Oltre il diritto all'informazione. – 6. La concorrenza in rete. – 7. Oltre il diritto dei consumatori. – 8. Una lettura comportamentale. – 9. La costituzionalizzazione dell'autonomia contrattuale. – 10. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nella prefazione a *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione* (2024), Gian Antonio Benacchio spiega al lettore la scelta di cambiare titolo al suo fortunato volume *Diritto privato dell'Unione europea* dopo ben sette edizioni pubblicate lungo un quarto di secolo (quella con il nuovo titolo è, appunto, l'ottava)[1]. Sottolinea l'A. quanto profondi siano i cambiamenti intervenuti in questi anni nel diritto privato europeo, frutto di un processo evolutivo che, sottolinea Benacchio, non ha precedenti nella storia per rapidità, ampiezza e profondità di revisione. "È maturata nel legislatore così come in dottrina e in giurisprudenza la consapevolezza di un nuovo ordine giuridico nel quale il diritto eurounitario, con le sue fonti e i suoi formanti, si affianca ai diritti nazionali costituendo un tutt'uno inscindibile e imprescindibile, anche imponendosi ad essi in caso di difformità"[2]. Il processo di europeizzazione del diritto privato si è spinto così avanti – conclude l'A. – che non è più possibile tracciare una netta linea di confine tra norme di ispirazione europea e norme di ispirazione nazionale.

Date queste premesse, prosegue il ragionamento, la scelta obbligata per l'interprete diviene quella di non soffermarsi tanto sulle singole disposizioni o su specifici interventi normativi. Occorre piuttosto offrire una lettura del

[1] G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Padova, 2024, XI ss.

[2] G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, cit., XI.

diritto privato che metta in maggiore evidenza gli effetti sul diritto privato nazionale e che dedichi uguale attenzione all'analisi delle regole e all'unificazione dei concetti e delle nozioni[3].

È accogliendo questo invito a indagare quello che l'A. definisce un processo al tempo stesso storico, culturale, giurisprudenziale, dottrinale, interpretativo, politico, economico, iniziato negli anni Sessanta del secolo scorso e ancora in pieno svolgimento, che provano a collocarsi le riflessioni che seguono su un tema centrale del diritto privato europeo e nazionale, quello dell'autonomia contrattuale, provando a comprendere in che modo tale concetto si sia trasformato per effetto di questo processo evolutivo.

2. *L'europeizzazione della nozione di autonomia contrattuale*

Seguendo la strada indicata da Gian Antonio Benacchio nei suoi lavori, rintracciare l'esistenza di una nozione di autonomia contrattuale nel diritto privato europeo non implica semplicemente il riconoscimento di una traiettoria di estensione di un principio già riconosciuto negli ordinamenti nazionali anche all'ambito eurounitario. Più radicalmente, una simile operazione impone all'interprete di verificare la portata della trasformazione di tale nozione frutto del dialogo tra diritto eurounitario e diritti nazionali.

Del resto, già qualche decennio fa la dottrina più attenta osservava come nella tradizione di *civil law* l'elaborazione teorica sull'autonomia contrattuale si fosse sempre svolta secondo due strade alternative: una prima di stampo tradizionale, caratterizzata da una riflessione tutta interna al sistema sulla portata di categorie e concetti attraverso i quali ricostruire il rapporto dialettico tra interesse individuale e interesse collettivo. A questa se ne affiancava una seconda, alternativa alla prima, contrassegnata dal tentativo di verificare all'interno del contratto il rapporto tra libertà e giustizia "nel senso di esigere dal contratto, in una situazione di libertà compressa e/o conculcata, la garanzia di un'equa distribuzione dei beni o dei servizi scambiati"[4].

Oggi che il dilemma si ripropone in chiave europea, la prima alternativa, già in crisi nelle riflessioni di diritto interno, non sembra percorribile. Una ricostruzione delle ragioni sistemiche di un diritto europeo non può certo esau-

[3] L'opera di erosione, ad opera di un diritto privato europeo, delle "solide categorie concettuali" patrimonio dei diritti nazionali, descritta da G.A. Benacchio nei suoi scritti, era stata messa magistralmente in luce da A. Gambaro, *«Jura et leges» nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 4, 993-1018.

[4] A. di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1995, 3, 6.

rirsi in una dimensione puramente tecnica né può avvenire attraverso categorie frutto di singole tradizioni giuridiche. Pertanto, la seconda rimane la via obbligata da percorrere[5].

L'autonomia contrattuale non è espressamente menzionata nel Trattato CE, nella Carta dei diritti fondamentali e neppure nel diritto primario dell'UE. Né ve n'è traccia nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo o in altri documenti ufficiali del Consiglio d'Europa[6]. Allo stesso tempo, aspetti specifici della libertà di scelta sono presi in considerazione in diversi punti della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In particolare, gli articoli 15 (Libertà di scelta professionale e diritto di lavorare), 16 (Libertà d'impresa) e 17 (Diritto di proprietà) della Carta sono spesso considerati una conferma indiretta della rilevanza della libertà contrattuale come principio generale del diritto dell'UE; e, nonostante non sia espressamente riconosciuta nel diritto primario dell'UE, l'autonomia contrattuale costituisce un principio cardine del diritto dell'UE che si ritrova molto spesso nel diritto derivato[7].

Con specifico riferimento al formante giurisprudenziale, fin dagli anni Settanta la Corte di giustizia dell'UE ha riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale[8] e la libertà contrattuale come parte fondamentale del diritto comunitario[9]. Nel tempo la Corte ha affermato l'esistenza di un principio generale di libertà di scelta per quanto riguarda le pratiche anticoncorrenziali[10], la scelta della controparte o l'esercizio di mestieri o professioni[11], facendo altresì riferimento ai limiti posti all'autonomia contrattuale

[5] Su questi temi vedi anche M. Bussani, *Libertà contrattuale e diritto europeo*, Torino, 2005. Mi sia consentito poi di rinviare a G. Smorto, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 2, 325-410.

[6] Costituisce parziale eccezione l'articolo 23 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, che menziona la libertà di scelta nel contesto dei diritti del lavoro (Ogni individuo ha diritto al lavoro, alla libera scelta dell'impiego, a condizioni di lavoro giuste e favorevoli e alla protezione contro la disoccupazione).

[7] Indiretta conferma è comunemente considerato l'articolo 81(2) CE (ora articolo 101 TFUE), che stabilisce che gli accordi che limitano la concorrenza sono nulli.

[8] Corte di giustizia UE, 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*, par. 14; Corte di giustizia UE, 27 settembre 1979, C-230/78, *Eridania S.p.A e altri*, par. 20 e 31.

[9] Corte di giustizia UE, 16 gennaio 1979, C-151/78, *Sukkerfabriken Nykøbing*, par. 19; Corte di giustizia UE, 5 ottobre 1999, C-240/97, *Spagna c. Commissione delle Comunità Europee*, par. 99.

[10] Cfr., es., Corte di giustizia UE, 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco*, par. 45; Tribunale di primo grado UE, 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec*, par. 45; Tribunale di primo grado UE, 22 ottobre 1997, cause riunite T-213/95 e T-18/96, *SCK*, par. 238.

[11] Cfr. Corte di giustizia UE, 10 luglio 1991, cause riunite C-90/90 e C-91/90, *Jean Neu*, par.

dalle leggi nazionali applicabili[12]. Quanto ai diritti nazionali, l'autonomia contrattuale costituisce un principio comune a tutti gli Stati membri[13].

3. *La contrattualizzazione degli obblighi informativi e la tutela della concorrenza*

La progressiva elaborazione di una nozione europea di libertà contrattuale si caratterizza innanzitutto per una considerevole dilatazione degli elementi e delle circostanze da valutare per poter considerare autenticamente libera la scelta compiuta dalle parti.

Nell'alveo di questa tendenza si possono identificare due orientamenti principali: l'espansione e la contrattualizzazione degli obblighi informativi a carico delle parti contraenti e la tutela della concorrenza come condizione per l'esercizio della libertà di scelta.

Con riferimento al primo, l'obbligo di divulgare tutte le informazioni rilevanti per lo scambio acquista nel diritto privato europeo una centralità sconosciuta a molti diritti degli Stati Membri. Tale obbligo è particolarmente significativo nel diritto dei consumatori, dove il professionista ha un dovere generale di dare alla controparte le informazioni pertinenti in modo chiaro e comprensibile[14]. Secondo il diritto dell'UE, infatti, l'omissione ingannevole delle informazioni rilevanti necessarie per prendere una decisione informata costituisce una pratica commerciale sleale; e tale omissione è considerata ingannevole se è suscettibile di indurre il consumatore medio a prendere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso[15].

13; Corte di giustizia UE, 13 dicembre 1979, C-44/79, *Hauer*, par. 31-33; Corte di giustizia UE, 11 luglio 1989, C-265/87, *Schräder*, par. 15.

[12] Corte di giustizia UE, 7 settembre 2006, C-125/05, *Vulkan Silkeborg*; Corte di giustizia UE, 18 gennaio 2007, C-421/05, *City Motors Group*.

[13] È questo il caso della Grundgesetz tedesca. Sul punto, cf. art. 2.1 della Costituzione tedesca. Per l'interpretazione di questa disposizione si rinvia a Bundesverfassungsgericht 12 Nov. 1958, BVerfGE 8, 274.

[14] Cf. considerando 27, Direttiva (UE) 2019/2161 del 27 novembre 2019 *che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori*, pubblicata in *GUUE* L 328, 18 dicembre 2019.

[15] Art. 7, Direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005, *relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (direttiva sulle pratiche commerciali sleali)*, pubblicata in *GUUE* L 149/22, 11 luglio 2005. Sul punto v. anche l'art. 8

Questa attenzione all'informazione come condizione necessaria per l'esercizio di un'autentica libertà di scelta si traduce in una vera e propria contrattualizzazione degli obblighi informativi a carico delle parti, con l'effetto di imporre un preciso vincolo contenutistico al contratto, il quale deve riprodurre puntualmente le condizioni dello scambio comunicate al consumatore[16] attraverso specifiche modalità imposte per legge[17]: ad esempio, le caratteristiche dei beni e servizi oggetto del contratto, gli elementi identificativi del professionista e il contenuto economico e giuridico del contratto.

Con riferimento al secondo orientamento, l'esercizio della libertà di scelta in ambito contrattuale presuppone altresì l'assenza di condizioni di mercato che la pregiudichino. È per questo che un mercato concorrenziale è considerato il secondo fondamentale pilastro nell'elaborazione di una nozione europea di autonomia contrattuale, la cui conferma più significativa, seppur indiretta, risiede nel modello di mercato che è alla base del progetto europeo e nella tutela della libera concorrenza a presidio di un simile modello[18]. Anzi, come osservato dallo stesso Benacchio, ciò che emerge dall'europeizzazione del diritto dei contratti è che il contrasto tra libertà di iniziativa economica e limitazioni alla libertà di concorrenza è puramente apparente; e che la presenza di regole deputate al mantenimento del corretto gioco della concorrenza costituisce un elemento essenziale dell'economia sociale di mercato fortemente competitiva proclamata all'art. 3, § 3, TUE[19].

della medesima Direttiva (È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso).

[16] Si vedano le considerazioni di G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, cit., spec. 203 ss.

[17] Ad esempio, imponendo che le informazioni siano fornite al consumatore su supporto cartaceo o su altro mezzo "durevole" e in ogni caso "in modo appropriato al mezzo di comunicazione utilizzato". Cf. art. 2, Direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011, *sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*, pubblicata in *GUUE* L 304/64, 22 novembre 2011.

[18] Cf., ad esempio, J. Basedow, *Freedom of contract in the European Union*, in *European Review of Private Law*, 2008, 6, 901-923; M.E. Storme, *Freedom of Contract. Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law*, in *Juridica International*, 2006, IX, 34-44.

[19] G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, cit., 302.

4. *Autonomia contrattuale e rivoluzione digitale*

In tempi recenti la nozione di autonomia contrattuale nel diritto privato europeo ha conosciuto nuovo slancio e un'ulteriore ridefinizione per effetto della rivoluzione digitale.

In primo luogo, molti provvedimenti legislativi intervenuti in questo ambito hanno ribadito la centralità del consenso e delle libertà di scelta. Esemplificativo di questa tendenza è il Regolamento europeo 2016/679 sul trattamento dei dati personali (GDPR), il quale identifica nel consenso dell'interessato una delle basi legittime per il trattamento dei dati personali[20], chiarendo che per consenso debba intendersi qualsiasi "indicazione libera, specifica, informata e inequivocabile della volontà dell'interessato con la quale egli […] manifesta il proprio consenso al trattamento"[21]; e prevedendo altresì che l'interessato abbia il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento, precisando che la revoca debba essere altrettanto semplice quanto la prestazione del consenso[22].

Allo stesso modo, la libertà di scelta è al centro di molte norme del *Digital Services Act* (DSA)[23] e del *Digital Markets Act* (DMA)[24], i quali, seguendo l'approccio adottato nel diritto dei consumatori, che considera sleali le pratiche commerciali che "distorcono materialmente o possono distorcere materialmente il comportamento" dei consumatori[25] vietano quelle pratiche che com-

[20] Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali* (c.d. regolamento generale sulla protezione dei dati - *General Data Protection Regulation*), pubblicato in *GUUE* L 119, 4 maggio 2016, art. 6. Sulle condizioni per il consenso, si veda art. 7. In alcuni casi il consenso è l'unica base possibile per il trattamento dei dati. Si veda, ad esempio, European Data Protection Board, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679,* 2020 (*Organisations are likely to need consent under the ePrivacy instrument for most online marketing messages or marketing calls, and online tracking methods including by the use of cookies or apps or other software*).

[21] Art. 4, par. 1, n. 11, Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR).

[22] Art. 7 (3) Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). ("L'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. Prima di prestare il proprio consenso, l'interessato è informato di ciò. Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato").

[23] Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 *relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE* (c.d. regolamento sui servizi digitali - *Digital Service Act*), pubblicato in *GUUE* L 277, 27 ottobre 2022.

[24] Regolamento (UE) 2022/1925 del 14 settembre 2022 *relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828* (c.d. regolamento sui mercati digitali - *Digital Markets Act*), pubblicato in *GUUE* L 265, 12 ottobre 2022.

[25] Art. 5, Direttiva dell'11 maggio 2005 *relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, cit.

promettono, di proposito o di fatto, la capacità dei destinatari del servizio di compiere scelte o decisioni autonome e informate[26], imponendo di presentare all'utente soluzioni praticabili per fornire, modificare o revocare il consenso in modo esplicito, chiaro e diretto[27]; e precisando inoltre che non dare il consenso non dovrebbe essere più difficile che darlo e che ritirarlo dovrebbe essere facile come darlo (ad esempio, se l'utente finale ha rifiutato o ritirato il consenso, non è possibile ripetere la richiesta di consenso per lo stesso scopo più di una volta nell'arco di un anno)[28].

5. *Oltre il diritto all'informazione*

Quanto al diritto all'informazione, una prima e più evidente peculiarità è la fissazione di obblighi ulteriori, specifici per i contratti stipulati sui mercati online, in ragione delle caratteristiche degli scambi che si svolgono in rete. Si pensi, ad esempio, alla relazione trilaterale tra utente finale, intermediario digitale e utente commerciale; o alla sempre crescente rilevanza dei risultati delle ricerche e di recensioni e feedback. Da queste particolarità discendono obblighi informativi legati, ad esempio, ai principali parametri che determinano i sistemi di raccomandazione delle offerte presentate al consumatore come risultato della loro ricerca e alla loro importanza relativa[29]; alla necessità di indicare se l'utente commerciale sia o meno un professionista; o ancora al riparto degli obblighi contrattuali tra utente commerciale e fornitore del mercato online[30].

La trasformazione della nozione di autonomia contrattuale frutto della rivoluzione digitale non si esaurisce però semplicemente nell'ampliamento del contenuto degli obblighi informativi. In modo ben più significativo, tale trasformazione spinge a una riconsiderazione complessiva dell'intero processo della scelta. Così si prende atto che, in un mercato nel quale l'interazione degli utenti con le piattaforme digitali è continua e prolungata nel tempo, non sem-

[26] Regolamento (UE) 2022/2065 (DSA), considerando 67.

[27] Regolamento (UE) 2022/1925 (DMA) considerando 37. Il DMA definisce il consenso rinviando al Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). Cf. art. 2.1, n. 32 (consenso quale definito all'art. 4, pt. 11), del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR).

[28] Regolamento (UE) 2022/1925 (DMA), art. 5.2.

[29] Così, i fornitori che utilizzano sistemi di raccomandazione devono indicare nei loro termini e condizioni, in un linguaggio semplice e comprensibile, i principali parametri utilizzati in questi sistemi di raccomandazione e modificare o influenzare tali parametri. Cf. art. 27, Regolamento (UE) 2022/2065 (DSA).

[30] Art. 6 bis, Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 *sui diritti dei consumatori*, cit.

pre è possibile isolare un singolo momento della transazione e stabilire una momentanea interferenza diretta con il processo decisionale, e che pertanto strumenti di tutela focalizzati sul momento di esercizio della scelta possono risultare inadeguati[31].

Strettamente legato a questo aspetto, un ulteriore elemento di novità frutto della rivoluzione digitale deriva dalla consapevolezza che le scelte compiute nella progettazione e nella creazione dell'ambiente online sono cruciali nel processo decisionale degli utenti[32]. Da qui discende l'esigenza di andare oltre il semplice diritto all'informazione per ampliare il novero delle circostanze rilevanti che consentano di verificare la pienezza e la consapevolezza della scelta compiuta, a partire dall'architettura degli spazi virtuali. Si pensi, a tal proposito, all'attenzione dedicata nella legislazione recente ai cosiddetti *dark pattern*, ossia alle scelte progettuali che comportano il pericolo di sfruttamento e che possono distorcere o pregiudicare, di proposito o di fatto, la capacità dei destinatari di servizi digitali di compiere scelte o decisioni autonome e consapevoli, indirizzandoli verso azioni che vanno a vantaggio del fornitore di piattaforme online[33].

Questa attenzione alla progettazione e all'architettura degli ambienti digitali è evidente nel *DMA* che, nel vietare condotte che comprometterebbero l'efficacia di divieti e obblighi di legge, amplia significativamente l'estensione del termine "comportamento" fino ad includervi la progettazione, la presentazione delle scelte all'utente finale in modo non neutrale e l'utilizzo della struttura, della funzione o del modo di operare di un'interfaccia utente o di una sua parte per sovvertire o compromettere l'autonomia, il processo decisionale o la scelta dell'utente, imponendo di presentare in modo proattivo una soluzione di facile utilizzo per fornire, modificare o revocare il consenso in modo esplicito, chiaro e diretto quando richiede il consenso dell'utente finale[34]. In modo analogo, il *DSA* obbliga i fornitori di piattaforme online a non progettare, organizzare o gestire le loro interfacce online in modo da ingannare o manipolare i destinatari del servizio o da distorcere o compromettere materialmente la loro capacità di prendere decisioni libere e informate[35]. Così pure, il *Data Act*

[31] BEUC, *EU Consumer Protection. Protecting Fairness and Consumer Choice in a Digital Economy*, Bruxelles, 2022, cit., 4.

[32] In letteratura si rinvia a A. Strowel, L. Somaini, *The transparency of online platforms pursued by EU laws still needs Legal Design tools for empowering the users. A program for future research*, in R. Ducato, A. Strowel (a cura di.), *Legal Design Perspectives. Theoretical and Practical Insights from the Field*, Trento, 2021, 159-180.

[33] Regolamento (UE) 2022/2065 (DSA), considerando 67.

[34] Regolamento (UE) 2022/1925 (DMA) considerando 70.

[35] Regolamento (UE) 2022/2065 (DSA), art. 25. Ad esempio, non possono dare maggiore

(2024) vieta ai titolari dei dati di presentare le opzioni di scelta in modo non neutrale, di costringere, ingannare o manipolare l'utente, di sovvertire o compromettere la sua autonomia utilizzando un'interfaccia digitale, e di orientare il processo decisionale degli utenti rendendo l'esercizio delle scelte "indebitamente difficile"[36].

6. *La concorrenza in rete*

Anche il rapporto tra concorrenza e libertà di scelta è stato oggetto di una profonda trasformazione per effetto della rivoluzione digitale, in particolare per i rischi di concentrazione che derivano dalla presenza di grandi piattaforme che fanno da accesso per i consumatori ai c.d. servizi di base.

È per questa ragione che il DMA ha stabilito specifiche disposizioni volte a facilitare l'ingresso sul mercato di fornitori di servizi alternativi a quelli offerti dagli operatori più grandi, i c.d. *gatekeeper*. E lo ha fatto riducendo le barriere all'ingresso e vietando quelle pratiche che impediscono agli utenti commerciali di rinunciare al servizio offerto da *gatekeeper* per interagire con gli utenti finali in altro modo. Allo stesso tempo, ha inteso favorire la concorrenza tra gli utenti commerciali all'interno di una stessa piattaforma riducendo i rischi di integrazione verticale e proibendo le relative pratiche di esclusione e sleali nei confronti dei propri utenti commerciali[37].

Si inscrivono in questa logica di promozione della concorrenza, funzionale all'esercizio della libertà di scelta del contraente, anche quelle disposizioni che impediscono ai *gatekeeper* di far leva sulla loro posizione privilegiata nei confronti degli utenti commerciali, obbligandoli a garantire la parità di trattamento degli stessi[38]. Sulla stessa linea, l'imposizione a carico dei *gatekeeper* di assicurare un adeguato livello di trasparenza delle pratiche di profilazione ha lo scopo di facilitare la contendibilità dei servizi della piattaforma principale[39].

risalto a determinate scelte quando chiedono al destinatario del servizio di prendere una decisione; richiedere ripetutamente di fare una scelta quando questa è già stata fatta; o rendere la procedura di cessazione di un servizio più complessa rispetto alla sottoscrizione dello stesso.

[36] Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023, *riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828* (c.d. regolamento sui dati - *Data Act*), pubblicato in *GUUE* L 2023/2854, 22 dicembre 2023, art. 4; considerando 38.

[37] Regolamento (UE) 2022/1925 (DMA) art. 3(8)(f), individua l'integrazione verticale come uno degli elementi da considerare nell'effettuare le indagini di mercato sul potenziale *gatekeeper*.

[38] Cf. art. 6.6; art. 6.12.

[39] Considerando 72, Regolamento (UE) 2022/1925 (DMA).

7. *Oltre il diritto dei consumatori*

Un'ulteriore conseguenza dell'impatto della rivoluzione digitale sull'autonomia contrattuale è la progressiva estensione delle tutele previste per la parte debole al di fuori del loro terreno d'elezione, che storicamente è il diritto dei consumatori.

Con l'ascesa dell'economia di piattaforma, infatti, la presa d'atto della disparità di potere contrattuale tra intermediari digitali e utenti commerciali ha portato al riconoscimento di tutele speciali a favore di questi ultimi. Anche in questo caso, al centro dell'impianto normativo ritroviamo precisi obblighi informativi. Secondo il Regolamento (UE) 2019/1150 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, i fornitori di servizi di intermediazione online devono garantire che le condizioni di contratto siano redatte in un linguaggio semplice e comprensibile, facilmente accessibili agli utenti commerciali e indichino i motivi delle decisioni più importanti che possono riguardarli (ad esempio, la cancellazione di annunci o la sospensione o chiusura di un account). Inoltre, per dare agli utenti commerciali una reale opportunità di conoscere le condizioni contrattuali, gli intermediari digitali hanno l'obbligo di comunicare qualsiasi proposta di modifica osservando un periodo di ragionevole preavviso[40].

Inoltre, poiché una parte fondamentale dell'attività della piattaforma online investe il modo in cui le informazioni vengono classificate e presentate[41], una speciale attenzione è dedicata al modo in cui sono proposti beni e servizi, alla profilazione degli utenti, alla personalizzazione algoritmica e alla progettazione degli ambienti di scelta[42], nel presupposto che tutti questi strumenti hanno un impatto essenziale sulle scelte dei consumatori e, di conseguenza, sul successo commerciale degli utenti commerciali che ai consumatori offrono tali beni e servizi[43].

I fornitori di servizi di intermediazione e di motori di ricerca online devono inoltre indicare i principali parametri che determinano il ranking e le ragioni dell'importanza relativa di tali parametri[44] e includere nelle condizioni di con-

[40] Cf. art. 3, Regolamento (UE) 2019/1150 del 20 giugno 2019, *che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online*, pubblicato in *GUUE L 186*, 11 luglio 2019.

[41] Considerando 70, Regolamento (UE) 2022/2065 (DSA).

[42] Si veda C. Busch, A. De Franceschi (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law. A Handbook*, München-Oxford-Baden, 2021.

[43] Considerando 24, Regolamento (UE) 2019/1150.

[44] Art. 5, Regolamento (UE) 2019/1150.

tratto una descrizione di qualsiasi trattamento differenziato che riservano o potrebbero riservare ai consumatori[45].

8. *Una lettura comportamentale*

La riflessione imposta dalla rivoluzione digitale sugli elementi che rendono una scelta consapevole, e su come progettare un ambiente in cui gli utenti possano prendere una decisione che sia davvero tale, sta determinando altresì una sostanziale ridefinizione in chiave comportamentale delle condizioni della scelta.

Questa sensibilità verso le circostanze che rendono una scelta consapevole e informata nasce dalla presa d'atto che nella sfera digitale gli utenti sono maggiormente prevedibili nella loro risposta agli stimoli cui sono esposti, rispetto all'ambiente offline. Grazie all'enorme quantità di informazioni che le piattaforme digitali raccolgono dai propri utenti, infatti, queste possono in molti casi ottenere le risposte desiderate. L'accresciuta capacità di spingere le persone nella direzione voluta rischia di mettere in crisi l'idea stessa del carattere esogeno delle preferenze individuali, considerate preesistenti alle relazioni di mercato e la cui soddisfazione dovrebbe orientare i mercati e produrre benessere[46]. È per questo che l'accumulazione di grandi quantità di dati da parte delle piattaforme digitali è spesso legata al rischio di "*sludging*", ossia dell'imposizione di ostacoli e difficoltà che finiscono per impedire il raggiungimento dei propri obiettivi[47].

Sempre in chiave comportamentale, si rileva che, se per un verso la rivoluzione digitale ha portato maggiore libertà di scelta nei servizi online (siti web, prodotti, marchi, ecc.), accesso e disponibilità di informazioni, insieme con l'opportunità di confrontare le alternative e prendere decisioni informate, tal-

[45] Art. 7, Regolamento (UE) 2019/1150.

[46] Cf., ad esempio, Y. Benkler, *Degrees of Freedom, Dimensions of Power*, in *Daedalus*, 2016, 145(1), 18-32, spec. 19 e 23 ("*Big data may ultimately allow a small number of companies – those large enough to control, access, and analyze sufficient data - to predict, shape, and "nudge" the behaviours of hundreds of millions of people (…) platform companies can nudge users to form beliefs and preferences, follow behaviors, and increase the probability of outcomes with ever-finer precision*").

[47] Per un'introduzione al concetto si rinvia a C. R. Sunstein, *Sludge: What stops us from getting things done and what to do about it*, Boston, 2021. Sulla differenza tra "*nudging*" e "*sludging*", si rinvia a R.H. Thaler, *Nudge, not Sludge*, in *Science*, 2018, 361(6401), 431. In base a questa distinzione il "nudge" è a fin di bene, mentre lo "sludge" non fa altro che confondere così da rendere più difficili i processi decisionali consapevoli e le attività benefiche.

volta questa abbondanza può comportare un sovraccarico e, di riflesso, una moltiplicazione delle scelte da elaborare. Questa accresciuta quantità di scelte da prendere, e di informazioni sulla base delle quali compiere simili scelte, porta con sé il rischio di un'inerzia decisionale, ossia di non scegliere affatto, ovvero di compiere scelte che non si adattano davvero alle proprie esigenze e preferenze[48]: un pericolo, frutto delle difficoltà cognitive che impediscono di decidere per un eccesso di scelte e opzioni, noto come il "paradosso della libertà di Internet"[49].

9. *La costituzionalizzazione dell'autonomia contrattuale*

La libertà di scelta è menzionata espressamente anche nella Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il Decennio digitale del 2022, il cui articolo 10 proclama che: "Ogni persona dovrebbe essere in grado di scegliere effettivamente e liberamente quali servizi online utilizzare, sulla base di informazioni obiettive, trasparenti, facilmente accessibili e affidabili"[50].

Tale consacrazione della libertà di scelta nella Dichiarazione del 2022 ha rilanciato il dibattito, nato negli ordinamenti nazionali, sulla rilevanza costituzionale dell'autonomia contrattuale. D'altra parte, l'obiettivo dichiarato della Dichiarazione è quello di fornire una protezione dei diritti fondamentali

[48] M. Merz, Q. Chen, *Consumers' Internet and Internet Consumers: Exploring Internet-based Electronic Decision Aids*, in *Advances in Consumer Research*, 2006, 33(1), 301-302.

[49] Cf. B. Schwarts, *The Paradox of Choice. Why More is Less*, New York, 2004.

[50] Tale disposizione è inclusa nel Capitolo III ("Libertà di scelta"), che si compone di due parti. La prima ("Interazioni con gli algoritmi e i sistemi di intelligenza artificiale") è dedicata agli algoritmi e all'intelligenza artificiale per garantire che l'intelligenza artificiale e le tecnologie digitali siano sviluppate in linea con i valori dell'UE per proteggere i diritti fondamentali e la sicurezza delle persone. La seconda ("Un ambiente digitale equo") riguarda i servizi online e le piattaforme digitali, in particolare i grandi operatori e i *gatekeeper*. Questa seconda parte del capitolo è composta da due articoli: il già citato art. 10 sulla libertà di scelta dei servizi online e art. 11 sulla concorrenza e l'innovazione nell'ambiente digitale. Cfr. art. 11 ("*Everyone should have the possibility to compete fairly and innovate in the digital environment. This should also benefit businesses, including SMEs*"). Insieme, le disposizioni della Dichiarazione esprimono un principio generale di libertà di scelta nell'ambiente digitale e comportano un impegno esplicito da parte delle istituzioni europee volto a garantire "un ambiente digitale sicuro e protetto, basato su una concorrenza leale, in cui siano tutelati i diritti fondamentali, i diritti degli utenti e la protezione dei consumatori nel mercato unico digitale e siano ben definite le responsabilità delle piattaforme, in particolare dei grandi operatori e dei gatekeeper"; e a promuovere "l'interoperabilità, la trasparenza, le tecnologie e gli standard aperti come modo per rafforzare ulteriormente la fiducia nella tecnologia e la capacità dei consumatori di compiere scelte autonome e informate".

nell'ambiente digitale e molti osservatori hanno visto la Dichiarazione come un primo passo nel processo verso un "costituzionalismo digitale", che spinge a rivedere il ruolo delle tradizioni costituzionali comuni nell'era digitale e il modo in cui i valori costituzionali europei sono allineati con le identità costituzionali degli Stati membri[51].

In questo contesto, il significato dell'articolo 10 potrebbe essere duplice. Secondo una prima lettura, la norma andrebbe intesa come la semplice riaffermazione della libera scelta nella nuova sfera digitale. Poiché obiettivo della Dichiarazione è che i diritti e le libertà siano rispettati online allo stesso modo di come lo sono offline, l'articolo 10 sarebbe una norma interpretativa che specifica le condizioni di esercizio della libertà di scelta nell'ambiente digitale[52]. Del resto, la Dichiarazione risponde alle richieste del Parlamento europeo di garantire la piena conformità dell'approccio dell'UE alla trasformazione digitale con i diritti individuali e di proteggere i diritti degli utenti nell'ambiente digitale[53], come chiarito anche dalla Commissione nella sua Comunicazione[54]. La libertà di scelta è considerata necessaria per consentire a tutti di cogliere le opportunità offerte dalla trasformazione digitale, secondo quanto proclamato dalla Dichiarazione di Berlino 2020 sulla società digitale e sul governo digitale basato sul valore, rafforzando anche la dimensione umana dell'ecosistema digitale all'interno del Mercato unico digitale[55].

Secondo una lettura più radicale, invece, l'articolo 10 costituirebbe un passo avanti significativo nel riconoscimento della libera scelta come principio costituzionale del diritto dell'UE. Letta in questo modo, la norma non si limiterebbe a riaffermare anche per la sfera digitale un principio presente tanto nel diritto derivato dell'UE quanto negli Stati membri, ma conferirebbe uno status quasi costituzionale alla libertà di scelta, rendendola un principio fondamentale del diritto dell'UE.

[51] Cf. G. De Gregorio, *The Declaration on European Digital Rights and Principles: A First Analysis from Digital Constitutionalism*, in *The Digital Constitutionalist*, 2022.

[52] Cf. C. Cocito, P. De Hert, *The transformative nature of the EU Declaration on Digital Rights and Principles: Replacing the old paradigm (normative equivalency of rights)*, in *Computer Law & Security Review*, 2023, 50, 105846, che adotta la distinzione tra norme *codifying* e *transformative* formulata da L. Lessig, *Reading the Constitution in the Cyberspace*, in *Emory Law Review*, 1996, 45, 869-910.

[53] Rif. 2020/2018(INL); 2020/2019(INL); 2020/2022(INI); 2020/2012(INL); 2020/2014(INL); 2020/2015(INI); 2020/2017(INI); 2020/2216(INI); 2019/2181(INL).

[54] Commissione europea, *Comunicazione relativa alla definizione di una dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali*, COM(2022) 27 final, 26 gennaio 2022.

[55] Cf. *Berlin Declaration on Digital Society and Value-Based Digital Government* (Dec. 2020); *Lisbon Declaration on Digital Democracy with a Purpose* (2021).

10. *Conclusioni*

Come ci ha insegnato Gian Antonio Benacchio nei suoi lavori sul diritto privato europeo, l'europeizzazione del diritto dei contratti, iniziata negli anni Ottanta del secolo scorso, ha portato all'introduzione di strumenti giuridici nuovi a tutela del contraente più debole e di nuove distinzioni, come quella tra contratti commerciali e contratti dei consumatori, finendo così per modificare il significato dell'espressione autonomia contrattuale all'interno di quello che può definirsi un nuovo diritto europeo dei contratti[56].

Dopo i grandi dibattiti che hanno contrassegnato gli ultimi decenni del ventesimo secolo, una volta ridimensionato l'ideale di unificazione del diritto privato entro il quale ci si era spinti fino a immaginare un codice civile per l'Europa[57], la sfida si è spostata sulla creazione di un substrato giuridico comune che trascenda l'obiettivo di armonizzazione delle legislazioni in nome di un ideale più radicale di una progressiva omogeneizzazione di regole, modelli, soluzioni e, più lentamente, anche di avvicinamento delle diverse mentalità e culture giuridica.

Il significato della nozione di autonomia contrattuale costituisce uno degli architravi di questo processo, la cui cifra ultima sembra essere quello di predisporre un apparato di tutele tale da evitare che l'affermazione della libertà di scelta non si traduca in un ossequio formale ad un principio dietro il quale si nasconde la possibilità di commettere abusi ai danni del soggetto più debole.

Questa visione dell'autonomia contrattuale ha trovato la sua traduzione più compiuta nella disciplina dei mercati digitali, dove sta prendendo forma un quadro normativo che prova a tener conto di "quelle differenze strutturali nel potere di influenzare il processo di decisione autonoma, come risultato del controllo sui dati e/o dell'architettura dell'ambiente di scelta digitale"[58], così da prevenire ogni interferenza nel processo decisionale dell'utente[59]. Una

[56] G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, cit., 195.

[57] Cf. Risoluzione del 1989 *volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri e all'elaborazione di un codice europeo del diritto privato* (in *GUCE*, 1989, C 158/400); Risoluzione del 1994 sulla *armonizzazione di taluni settori del diritto privato negli Stati membri* (in *GUCE*, 1994, C 205/518). Si veda anche il *Documento di lavoro del Parlamento* Europeo del 2000 *sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri*, rel. Klaus-Heiner Lehne, PE 294/922.

[58] BEUC, *EU Consumer Protection. Protecting Fairness and Consumer Choice in a Digital Economy*, cit., p. 8.

[59] H.W. Micklitz, N. Helberger, B. Kas, M. Namysłowska, L. Naudts, P. Rott, M. Sax, M. Veale, *Towards Digital Fairness*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2024, 13, 24-30.

simile trasformazione mostra il definitivo superamento di una concezione che poneva limiti alla libertà negoziale solamente ove si realizzassero l'abuso o lo sfruttamento della debolezza della controparte – come nei tipici casi di vizi del consenso o di sfruttamento dello stato di pericolo o di bisogno – rendendo invece sufficiente, indipendentemente dall'accertamento dell'abuso, la presenza di uno squilibrio significativo tra le parti, secondo una tendenza anche questa acutamente anticipata da Gian Antonio Benacchio nei suoi lavori[60].

[60] Cf. G.A. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 1995, 3 ed., spec. 322 ss.

APPLICATION OF COMPETITION RULES BEFORE ARBITRAL TRIBUNALS*

Jelena Vukadinović Marković

SUMMARY: 1. General considerations of arbitration. – 2. Application of competition law before arbitral tribunals. – 2.1. Arbitrability of cartel disputes. – 3. The role of courts. – 4. Conclusion.

1. *General considerations of arbitration*

The term "arbitration" (German: *Schiedsgerichtsberkeit*, French: *l'arbitrage*, Italian: *l'arbitrato*, Serbian: арбитража) stands for an agreed method of dispute resolution. By entering into an arbitration agreement, the parties to a dispute agree that the dispute that has arisen or will arise between them shall be resolved by the selected arbitrators.[1] Other than being grounds for future arbitral proceedings,[2] the arbitration agreement (clause) also serves as: evidence that the parties have agreed to submit a dispute to arbitration and evidence that jurisdiction of the arbitral tribunal has been established over the dispute specified in the agreement, and also serves as the source of authority of arbitrators.[3] The importance of a valid arbitration agreement is best illustrated by the assertion that arbitration is only as good as the arbitration agreement.[4]

* This work is a result of research within the project "Adapting the Legal Framework to Social and Technological Changes with a Special Focus on Artificial Intelligence," carried out in 2025 by the Institute of Comparative Law with financial support from the Ministry of Science, Technological Development and Innovation (contract number 451-03-136/2025-03/200049).

[1] E. Gaillard, J. Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 1999, 193, marg. No. 385.

[2] T. Várady, J.J. Barceló, A. T. von Mehren, *International Commercial Arbitration - A transnational Perspective*, 3rd edition, St. Paul MN, 2006, 85.

[3] J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2003, 100, para. 6-2; J. Vukadinović Marković, V. Popović, *(Ne)ugovornice arbitražnog sporazuma kao stranke arbitražnog postupka: teorija grupe kompanija*, in *Strani pravni život*, 2022, 2, 188..

[4] J. Vukadinović Marković, *Postupak rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, Institute of Comparative Law, Belgrade, 2022, 51.

Submitting a dispute to arbitration also means prohibiting the parties from initiating court proceedings on the same dispute. In this sense, as compared to other agreements, its effects in terms of prorogation (positive) and derogation (negative) are seen as its basic characteristics and *differentia specifica*. In terms of prorogation, its effect consists in establishing the jurisdiction of arbitration, and in terms of derogation, it prohibits the courts from deciding on the disputes in question.[5] For an arbitration agreement to have the effect of prorogation, it needs to be validly concluded and to refer to a dispute which is arbitrable (German: *Schiedfähigkeit*, or *Arbitrabilität*, French: *Arbitrabilité,* Italian: *Arbitrabilità*, Serbian: арбитрабилан).

Arbitrability may be defined as capability of a dispute to be settled by arbitration[6]. Whether or not a dispute is eligible to be settled by arbitration is a consequence, on the one hand, of the nature of the dispute arising from the contentious relationship and, on the other, recognition by the state legal order. The state conveys its position towards arbitration as a private method of dispute resolution by recognizing or refusing to recognise the arbitrability of disputes, reserving settlement of certain disputes to its courts, and allowing parties to freely decide on others.[7] The disputes in criminal law or family law are traditionally considered to be non-arbitrable, while the disputes arising from commercial contracts are deemed to be capable of arbitration. Between these two poles of arbitrability, there is a whole range of disputes belonging to the so-called grey area of arbitrability[8] including the disputes in competition law.

[5] J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Belgrade, 2002, 41.

[6] For details see J. Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u postupku rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, PhD Thesis, Faculty of Law, Belgrade University, 2016. For further details on arbitrability under Serbian arbitration law see J. Vukadinović Marković, *Challanges and Perspectives of Arbitration in South East and Central Europe-Serbia*, in *Strani pravni život*, 4, 2024, 563-568.

[7] J. Vukadinović Marković, *Impact of EU Insolvency Regulation on Process of Resolving Disputes before International Commercial Arbitration*, in *EU and comparative law issues and challenges series* (ECLIC), 1, 2017, 130.

[8] J. Vukadinović Marković, *Is there a place for arbitration in disputes arising from administrative contracts*, in *Law on General Administrative Procedure: Contemporary Tendencies and Challenges: Thematic Collection*, Eurosfera & Partners, Institute of Comparative Law, Faculty of Management and Law, Belgrade, Ljubljana, 2024, 165-179.

2. *Application of competition law before arbitral tribunals*

Competition rules ensure that competition of market participants in a certain market takes the form of what may be described as operating or desirable competition.[9] Competition may be distorted by entering into restrictive or cartel agreements, abuse of a dominant position and illegal concentrations.

The regulations aiming at protection of competition are expected to primarily protect general (public) interests, and only then individual interests as well. Therefore, in the application of the competition rules, two aspects of protection are distinguished: protection of public interests and private interests, ensured through public and private enforcement of the competition law.[10] In public enforcement proceedings, the European Commission at the European level, and the national regulatory bodies at the national level, seek to protect public interests, without deciding on damages and other civil-law consequences of breaching competition rules. It is left to the national courts in the member states to decide on these matters. Given that the issue of damages can only be raised if there has been a violation of public interest, as defined in the general objectives of the competition policy, this raises the question of whether the existence of such violation may be decided by arbitration as a private authority, or it is only the consequences of the violation, whose existence has been established by another public authority/body, that may be decided by arbitration.

In this regard, the arbitration and the competition law make "quite an odd couple."[11] This is not merely a question of interest for legal theory, but also a practical issue. In other words, in the division between public and private enforcement, the issue of arbitrability arises primarily in private enforcement. In such disputes, arbitrators are expected to decide on claims for damages of the parties to the dispute, usually for the harm suffered due to the existence of a prohibited restrictive agreement under Article 101 of the TFEU, or due to the behaviour of market participants qualified as abuse of a dominant posi-

[9] For more details see A. Piletta Massaro, *Market Integration and Competition as a Way to strengthen the rule of Law and Democracy in the Enlarged European Union*, in *Market Integration and Competition EU at the Crossroads - Ways to Preserve Democracy and Rule of Law*, Osijek, 2024, 335-226; R. Vukadinović, J. Vukadinović Markovic, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, 2020, 303-305.

[10] G. A. Benacchio, *Private antitrust enforcement-nastanak i razvoj u pravu Evropske unije*, in *Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović*, Academy of Sciences and Arts of the Republic of Srpska, Association for EU Law, 2020, 36

[11] A.P. Komnios, *Arbitration and EU Competition Law*, available at: http://ssrn.com/abstract=1520105, 2.

tion under Article 102 of the TFEU. Given that such proceedings are initiated after a breach of cartel rules has occurred, or due to a suspicion that a breach of cartel rules may occur, such disputes are designated as subsequent or *ex post* disputes. These proceedings address the consequences of the breaches of competition rules in terms of private law. In legal theory, this is called *private enforcement* of the competition law.[12] The complexity of these disputes lies in the fact that the specific claims for damages of the parties may be considered and decided only once the existence of a prohibited cartel agreement or a breach of competition rules has been established, a matter which had been exclusively decided by the European Commission until "modernization" of the competition law.[13] Up until the entry into force of Regulation 1/2003, a similar position prevailed among the courts of member states regarding their relationship with national regulatory bodies. With the entry into force of this Regulation, state courts were given the jurisdiction to decide on the civil-law consequences of the breaches of competition rules.[14] It is a matter of contention whether or not the consequences of breaches of competition rules in terms of civil law may also be decided by arbitrations, given that they are at the same time "contradictory and incompatible", but also "complementary and compatible"?[15] They are contradictory and incompatible, being a creation of private autonomy, while competition law is a creation of the state and forms part of its public policy. Practice, on the other hand, has shown that complete protection of competition is ensured neither by public nor private enforcement individually, but through their joint and compatible enforcement.

Directive 2014/104/EU (also known as "Damages Directive")[16] allowed for compatibility of arbitral awards on infringements of competition law. Recital 5 of the preamble of the Directive explicitly provides that actions for

[12] R. Vukadinović, V. Vukadinović, *Privatne tužbe za naknadu štete zbog povrede kartelnih propisa u EU u Srbiji*, in *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva Legal Days, 2013, 188 ff.; D. Marković Bajalović, *Arbitrabilnost sporova iz prava konkurencije ratione materiae*, in *Pravni život*, 11, 2019, 366.

[13] I. Rakić, *Uloga arbitraže u postupcima kontrole koncentracija-praksa Evropske komisije*, in *Pravo i privreda*, 6, 2017, 308.

[14] K. Boskowitz, *Chapter 3: Optimal Sanctions and their Limitations*, in I. Lianos, I. Kokkoris (eds), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, Alphen aan den Rijn, 2009, 105-106.

[15] A.P. Komninos, *Arbitration and EU Competition Law*, cit., 2.

[16] Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, published in the OJ L 349, 5 December 2014.

damages are only one element of private enforcement of infringements of competition law. Protection may also be ensured through alternative dispute resolution mechanisms, such as consensual dispute resolution. Recital 48 of the Directive further clarified the role of consensual dispute resolution, underlying its effectiveness and efficiency in ensuring legal protection envisaged by the Directive.[17] The Directive, however, addresses the private enforcement only when infringements of competition law have been established, but it does not specify whether arbitration can decide in these proceedings when there is no prior ruling of the competent authority on the infringement of competition. In other words, the Directive "allows" for arbitrability of disputes with *ex post* claims for damages. In this way, the full effectiveness of competition rules is achieved not only before courts but also before arbitrations.

The Court of Justice of the European Union was particularly motivated to give full effect to the competition rules in order to allow individuals the right to claim damages for the infringements of the antitrust rules of the European Union, in particular Articles 101 and 102 of the TFEU. Thus, in the case of *Courage vs Crehan*[18], the Court held that individuals are entitled to claim damages due to a breach of antitrust rules, acknowledging that this right is constituent part of the working of the Union competition rules. The compensation for damages does not refer only to the harm caused to individuals, but also serves a wider public interest as it also has a preventive effect on the general public. The Court of Justice clearly pointed out that the private enforcement of competition rules through claims for damages contributes to maintaining effective competition in the European Union by deterring anti-competitive conduct. The Court of Justice reaffirmed this position in the case of *Skanska*[19] emphasizing that denying individuals the right to seek compensation for damages resulting from an infringement of competition rules would undermine the

[17] "Achieving a 'once-and-for-all' settlement for defendants is desirable in order to reduce uncertainty for infringers and injured parties. Therefore, infringers and injured parties should be encouraged to agree on compensating for the harm caused by a competition law infringement through consensual dispute resolution mechanisms, such as out-of-court settlements (including those where a judge can declare a settlement binding), arbitration, mediation or conciliation. Such consensual dispute resolution should cover as many injured parties and infringers as legally possible. The provisions in this Directive on consensual dispute resolution are therefore meant to facilitate the use of such mechanisms and increase their effectiveness."

[18] Court of Justice, 20 September 2001, C 453/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others*.

[19] Court of Justice, 14 March 2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and Others*.

preventive function of EU antitrust rules and, consequently, their effective enforcement.[20] The dilemma, however, concerns whether the arbitrators, based on the powers conferred to them by the arbitration agreement and within the scope of the claim, are competent to rule on the existence of an infringement regardless of the fact that this matter falls within the domain of public protection, or this issue must be raised as a preliminary question before another public authority or body: the European Commission or a national regulatory body. It is therefore necessary to distinguish between the arbitrability of disputes concerning civil-law consequences of infringements of competition law where the infringement was established by a competent body, and the arbitrability of disputes where no ruling on infringements of competition law had previously been made.

2.1. *Arbitrability of cartel disputes*

The issue of the arbitrability of cartel disputes arises on account of the suspicion that the arbitration, as a private institution, is unable to properly protect public interests. In view of the public-law consequences of infringements of cartel rules, it has long been argued that arbitrators are ill suited for deciding on such disputes, as they can be selected by powerful companies that actually seek to distort competition. Therefore, the task of monitoring and applying all forms of competition law, including the rules governing cartels, was entrusted exclusively to the European Commission.[21] Little by little, state courts in certain national laws were allowed to decide on the consequences of cartel agreements in terms of civil law, by deciding on the right to damages as a consequence of the nullity of the cartel agreement. A question may be raised whether the arbitrators may also decide on this matter within the same limits.

Arbitrators were initially reluctant to decide on infringements and claims for damages arising from restrictive agreements or abuse of a dominant position, out of fear that their awards would not be enforced through invoking a violation of public interest, where the existence of a cartel agreement was established. The arbitrations therefore affirmed their jurisdiction only in cases where a violation of competition rules had already been established by a final

[20] J. Nowag, L. Tarkkila, *How Much Effectiveness for the EU Damages Directive? Contractual Clauses and Antitrust Damages Actions*, in *Common Market Law Review* 57, No. 2, 2020, 447.

[21] Under Regulation No 17 from 1962, the Commission enjoyed the sole power to decide on infringements of the (ex) Articles 85 and 86 of the Treaty establishing the European Economic Community.

decision of a competent state body.[22] The existence of an infringement in the EU, as well as termination of an infringement and exceptions, were decided by the European Commission, and in the member states, by the national regulatory bodies in the first instance, and competent national courts, in the second instance.

The change in understanding came gradually following the modernization process and the entry into force of Regulation 1/2003. The change in the attitude towards recognition of arbitrability is also reflected in a large number of awards[23] raising a number of issues. One of these issues was related to the obligation of arbitrators to apply Articles 101 and 102 of the TFEU not only when their application was agreed upon by the parties, but also "*ex officio*" - as mandatory provisions that form part of the concept of the public policy of the Community.[24]

As regards the national courts, the Court of Justice deemed Articles 101 and 102 of the TFEU to be the rules of public policy and obliged national courts to apply them by virtue of office or *ex officio*, regardless of whether or not their application was agreed upon by the parties.[25] Concerning the application of Community rules by arbitral tribunals, the Court of Justice had long exercised restraint in expressing its view on this issue. However, national courts of certain countries, primarily Germany and France, expressed their position towards the admissibility of arbitration institutions to decide in competition disputes through case law. Thus, during the sixties of the last century, in the decisions made in *Schweissbolzen*,[26] *Schotter*[27] and *Mikrophos*[28] cases, German courts held that where a valid arbitration agreement existed,

[22] J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., 485.

[23] See M. Blessing, *Arbitrating Antitrust and Merger Control*, in *Swiss Commercial Law Series*, Vol. 14, Zürich, 2003, 161 ff.; J. Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u postupku rešavanja sporova pred međunarodnim trgovinskim arbitražama*, cit., 228.

[24] L.A. Velasco san Pedro *et al.*, *Private Enforcement of Competition Law*, Valladolid, 2011, 387; S.V. Walle, *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan: A Comparative Perspective*, Antwerpen, 2013, 214.

[25] See judgements of the Court of Justice: 14 December 1995, C-430 and C-431/1993, *Jeroen van Schijndel and Others v. Stichting Pensionenfonds voor Fysiotherapeuten*; 13 July 2006, C-295/04 to C-298/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*; 4 June 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

[26] BGH, 25 Oct 1966, *Schweiffbolzen*, KZR 7/65.

[27] Judgment *Schotter* of 6 December 1962 (GRUR aaO S. 333/34 at 2.).

[28] Judgment *Mikrophos* of 5 December 1963 (GRUR 1964, GRUR 1964, 405, GRUR 1964, 409 at 4.).

arbitrators may resolve disputes in which the issue of infringement of competition law was raised as the main or preliminary question.[29]

The arbitrability of competition disputes was also considered by French courts.[30] In the *Labinal v. Mors and Westland*[31] case, French Court of Appeal argued that due to the binding legal nature of competition rules, arbitrators are not allowed to decide on the existence of an infringement of competition law, or to issue bans or impose sanctions for certain conduct, but are allowed to decide on the civil consequences of the conduct that is considered contrary to the rules of public policy. Italian courts also confirmed arbitrability of cartel disputes.[32]

On the other hand, at the EU level, in the judgement in the *Eco Swiss* case[33], the Court of Justice affirmed the opinion of national courts as given in national decisions rendered until that moment, that Article 81 EEC (currently 101 TFEU) is a matter of the public policy that arbitrators must take into account, and that an infringement of competition rules may serve as grounds for annulment of an arbitral award in terms of Art V (2) (b) of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards.[34]

A mandatory application of Articles 101 and 102 is also supported by the principle of direct effect[35], as well as practical understanding of arbitrators that the awards rendered may be subject to review by national courts, which

[29] For more details see D. Geradin, E. Villano, *Arbitrability of EU Competition Law-Based Claims: Where Do We Stand after the CDC Hydrogen Peroxide Case*, in *World Competition*, 40, 1, 2017, 73.

[30] See cases *Almira Films v. Pierre*, Cour d'appel de Paris, 16 February 1989; *Ganz v. Soci&t Nationale des Chemins de Fers Tunisiens*, Cour d'appel de Paris, 29 March 1991; *Aplix v. Velcro*, Cour d'appel de Paris, 14 October 1993, *Aplix v. Velcro*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1994, 164.

[31] Cour d'appel de Paris (1er Ch.), 19 May 1993.

[32] Corte d'Appello di Milano, 13 September 2002, *Istituto Biochimico Italiano Giovanni Lorenzetti S.p.A. v. Madaus A.G.*, n. 2090. See also Corte d'Appello di Milano, 5 July 2006, *Tensacciai S.p.A. v. Freyssinet Terra Armata S.r.1.*, 3 (2007) ASA Bulletin, 618.

[33] Court of Justice, 1 June 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v Benetton Iinternational NV*. However, Advocate General, Mr. A. Saggio held in this case that (ex) Article 85 may not be regarded as a matter of public policy and that the arbitrators are bound to operate only within the ambit of the law as defined by the parties. See AG Opinion, Clauses 21 and 22.

[34] For more details see R. von Mehren, *The Eco-Swiss Case and International Arbitration*, in *Arbitration International*, 19, 4, 2003, 465-470.

[35] L.A. Velasco san Pedro *et al.*, *Private Enforcement of Competition Law*, cit., 388. There is, however, no complete agreement on this matter in legal theory, *Ibidem*, 390, see also comment No. 25.

consider the provisions of Articles 101 and 102 to be part of public policy.[36] Although the Court of Justice in the of Eco Swiss case failed to explicitly voice its position on the arbitrability of cartel disputes, from the statement of reasons of the judgment it may be inferred that there are no obstacles for arbitration institutions to decide in competition disputes. Such position was long accepted following this judgement, but the opinion of Advocate General of the Court of Justice of the EU, Jääskinen, delivered in the case *of Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Evonik Degussa GmbH and Others*[37] (also known as the *CDC case*) brought this into question. Advocate General reasoned that Article 101 TFEU does not in itself present an obstacle to concluding and implementing arbitral proceedings, in the context of action for damages as a result of infringement of the said Article.[38] However, the Advocate General[39] argued that the effectiveness of Article 101 TFEU may be compromised if it were allowed to implement jurisdiction and/or arbitration clauses "whose content had been agreed when the party against whom that clause is relied on was unaware of the cartel agreement in question and of its unlawful nature." Contrary to the opinion of the Advocate General, the Court of Justice of the European Union (CJEU) did not deal with the issue of the interaction between arbitration and competition law. However, with regard to jurisdiction clauses (clauses on choice of jurisdiction of national courts), the CJEU ruled that, although the court seized of a matter is, in principle, bound by such a clause, it must carefully determine whether the parties have "indeed departed" from the usual rules of jurisdiction provided by the Brussels I Regulation.

This position of the Court points to a narrow interpretation of the clauses on choice of jurisdictions, especially in the context of claims for damages due to infringements of competition law. On the other hand, the Court in the aforementioned case did not rule on arbitration clauses, leaving the issue of arbitrability to be interpreted on a case-by-case basis. By interpreting the differences recognised by the Court in the *CDC Hydrogen Peroxide* case between the agreements concluded before and after infringements of competition law were established, it can be inferred that EU law does not impose any restrictions

[36] D. Geradin, *Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration: A Competition Law Practitioner's Viewpoint*, TILEC Discussion Paper No. 2016-029, 1-31.

[37] Court of Justice, 21 May 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV et al*.

[38] Clause 125 of the AG Opinion.

[39] For more details see D. Geradin, E. Villano, *Arbitrability of EU Competition Law-Based Claims: Where Do We Stand after the CDC Hydrogen Peroxide Case*, in *World Competition*, 40, 1, 2017, 69.

on arbitration agreements concluded after the infringement was established, and such agreements are viewed favourably from the perspective EU law. This approach is also justified from the viewpoint of contractual autonomy. Once infringement has been established, parties are aware of the facts and are free to decide how to resolve their dispute.[40]

In this context, it seems to us that a distinction should be drawn between the disputes initiated after the existence of an infringement of the competition rules has been established by the competent authorities and those disputes where an infringement of competition is raised as a preliminary question before arbitrations. If raised as a preliminary question, this presents the dilemma of whether or not arbitrations can rely on the assistance of the CJEU.

There are views in legal theory that a linguistic interpretation of Regulation 1/2003[41] and Article 267 of the TFEU leads to the conclusion that arbitrations are not covered by the term "tribunal" and are not entitled to request the Court of Justice to rule on the preliminary question.[42] In other words, arbitrations are in a more favourable position because they are formally not obliged to refer the disputed question to the Court of Justice for a preliminary ruling,[43] nor are they obliged to stay or suspend deciding on the claim in dispute until the Commission has established the existence of the infringement.[44] In this way, it is left to arbitral tribunals to make a free interpretation of the competition rules, which may result in uneven and non-harmonised implementation of competition rules. Only national courts can exercise judicial review of arbitral

[40] As highlighted in the preamble of the Directive Recitals 48 et seq. and Arts. 18 and 19.; J. Nowag and L. Tarkkila, *How much effectiveness for the EU Damages Directive? Contractual Clauses and Antitrust Damages Actions*, in *Common Market Law Review* 57, 2020, 445-446.

[41] For more details on Regulation 1/2003 see W. Wils, *Regulation 1/2003: An Assessment After Twenty Years*, in *World Competition*, 46, 1, March 2023, 3-36; J. Vukadinović Marković, *Položaj arbitražnih tribunala u pravnom sistemu Evropske unije*, in *Strani pravni zivot,* 62 (2), 2018, 49-63.

[42] *Ibidem*, 51.

[43] A.P. Komninos, *Assistance by the European Commission and Member States Authorities in Arbitrations*, in G. Blanke, P. Landolt (eds), *EU and US antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners*, Alphen aan den Rijn, 2011, 737.

[44] L. Idot, *The role of arbitration in Competition Disputes*, in I. Lianos, I. Kokkoris (eds), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges,* cit., 88, suggests that the arbitral tribunal may stay deciding, but the decision on the stay must be made in accordance with the arbitration law, taking into account the deadline for issuing the final award, and furthermore, the arbitrators must subsequently obtain approval to extend the deadline for issuing the award. Obviously, providing that they wish to wait for the ruling of the Commission.

awards, in the course of recognition and enforcement of arbitral awards.[45] In arbitration practice and case law, this kind of scrutiny is referred to as "second look" procedure (doctrine)".[46]

The purpose of judicial review of arbitral awards is to ensure the uniform and valid implementation of competition rules as part of the public policy of the European Union. In other words, for the arbitral tribunals to ensure that the arbitral award may be enforced smoothly, in the course of making the award, they need to make an additional effort when ruling on the subject of the dispute so as to make sure that the national courts may have no grounds to annul or refuse to recognize the award.[47] Thus in the judgement in *Achmea case*[48], the Court of Justice of the European Union took a critical stance towards arbitration, stating that the provisions on arbitration in bilateral investment treaties (BIT) between EU member states are incompatible with EU law, as they threaten the autonomy of the EU legal policy and the principle of mutual trust among member states. The court drew a careful distinction between BIT arbitration and commercial arbitration. The Court did so in the conviction that the BIT treaties were concluded by member states that have pledged loyalty to the EU legal order and by subjecting themselves to judicial authorities outside the EU legal system, such member states would breach this obligation and disregard the autonomy of EU law.

The Court of Justice of the EU, however, provided requirements for accepting commercial arbitration, having in mind certain type of review of arbitral awards by national courts that would protect the autonomy of EU law. The Court held that… "the requirements of efficient arbitration proceedings justify the review of arbitral awards by the courts of the Member States being limited in scope, provided that the fundamental provisions of EU law can be examined in the course of that review and, if necessary, be the subject of a reference to the Court for a preliminary ruling".[49]

[45] See S.V. Walle, *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan: A Comparative Perspective*, cit., 212.

[46] In US case law, this theory evolved in the *Mitsubishi* case, while in the EU, it was considered in *Nordsee* and *Eco Swiss* cases.

[47] A. Beqari, *The European Court of Justice Ruling in Intel: A Side Effect on the Relationship between EU Competition Law and International Commercial Arbitration?*, in *Yearbook on International Arbitration and ADR* 6 (2019), 66.

[48] Court of Justice, 6 March 2018, C-284/16 *Slowakische Republik v Achmea BV*.

[49] Clause 54 of the Judgement and the judgements cited there in Court of Justice, *Eco Swiss*, paragraphs 35-36 and 40 and Court of Justice, 26 October 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, paragraphs 34-39.

In *Genentech* case[50], Advocate General Wathelet argued that national courts are entitled to review the compliance of arbitral awards with EU competition law, regardless of whether the infringement of that law was raised before the arbitral tribunal, and that such review should not be limited to manifest or flagrant infringements.[51]

3. *The role of courts*

It may be inferred from the foregoing that the courts in the EU have recognised the arbitrability of disputes arising from infringements of competition law relating to civil-law consequences of such infringements. However, the recognition process has been slow, especially in EU law, due to the special nature and role assigned to competition law in the Founding Treaties, as well as due to the tradition and inherited legal culture in certain member states. Regardless of the fact that arbitrability is accepted in almost all national laws today, this still does not mean that national courts are completely deprived of participation in resolving such cases. They continue to decide on the consequences of breaches of competition law within private enforcement of competition law, in parallel or in competition with arbitrations, and have additionally acquired a new "supervisory" role, which consists in reviewing the implementation of competition law before arbitrations. This reviewing function of the courts, as mentioned above, is called the "second look" doctrine. The second look doctrine is nothing more than a review of the arbitral award in the recognition and enforcement stage, where state courts reserve the right, without entering into the merits of the case, to examine whether the principles of competition law had been observed when making the award.

The issue of review of an arbitral award by a national court was considered in a recent judgement by the Paris Court of Appeal. In early 2024, in *CAI v. GBO*[52] case, the Court dismissed an action for setting aside of arbitral award.[53]

[50] Court of Justice, 7 July 2016, C-567/14, *Genentech Inc v. Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*.

[51] Clauses 58 and 64 of the AG Opinion.

[52] Paris Court of Appeal, Department 5, Chamber 16, 22/16431, 23 January 2024, *CAI v. GBO*, in *Jus Mundi*.

[53] The case concerned an exclusive distribution agreement for footwear concluded by two companies, the French CAI and the German GBO. CAI manufactured shoes in Asia. In 2017, CAI issued a license to GBO to use CAI's trademarks, such as Disney, for the distribution CAI's branded shoes in Germany, Austria, and Switzerland. Shortly afterwards, GBO became dissatisfied and decided to suspend its payments to CAI. In spite of negotiations, GBO notified CAI

The grounds for setting aside of an award are similar to the grounds for refusing to recognise an award and were sought in a violation of competition law as a matter of EU public policy. In the recognition and enforcement of arbitral awards, national courts apply the rules of the UN Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards which provides for a limited number of grounds for a refusal of the recognition.

Specifically, under Article V(2)(b) of the Convention, national courts may refuse recognition of an award if such recognition should be contrary to the public policy of the country where such recognition is sought. Given the absence of a uniform definition of the notion of public policy on the international plane, national courts will rely on the basic rules and principles of (international) public policy in the recognition process. Thus, in the arbitration practice in France, it has long been deemed that the challenged award needs to cumulatively amount to a flagrant, effective and concrete infringement of international public policy to be annulled.[54] It would seem to us that judicial review was heightened in 2022 by the judgement in *Belokon v. Kirgizije*,[55] in which the Court held that a "substantial" (caractérisée) violation of public policy would justify the annulment of the arbitral award. This new standard seems to be broader than the previously accepted "flagrant" violation of the public policy. However, in the *GBO v. CAI* case brought before the Paris Court of Appeal, the question was raised whether the distribution agreement contained any hardcore restrictions that may fall within the ambit of Vertical Block Exemption Regulation 330/2010 (now 2022/720) ("VBER").[56] The court "concisely" analysed the agreement from the viewpoint of the VBER[57] and found that the

that the agreement was terminated, alleging several breaches of contract. CAI initiated arbitration proceedings to recover the amounts allegedly owed to it by GBO.

In 2022, the arbitral tribunal ruled that the termination of agreement by GBO was unjustified and ordered compensation to CAI. Shortly afterwards, GBO lodged an action for annulment against this award before the French courts.

[54] Paris Court of Appeal, Department 1, Chamber 1, 15/21703, 16 January 2018, *MK Group v. Sarl Onix and Société Financial Initiative*, in *Jus Mundi*.

[55] *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*, PCA Case No. AA518, Award, 224 October 2014.

[56] This regulation grants a safe harbour for vertical agreements under certain conditions (among others, a 30% market share threshold and the absence of "hardcore" listed restrictions). For more details see E. Bruc, I. Gafni (Wilmerhale), *Violation of Competition Law as Grounds for Setting Aside Arbitral Awards: Lesson from the Paris Court of Appeal in GBO v.CAI*, Kluwer Arbitration Blog, 12 June 2014, arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/06/12/violations-of-competition-law-as-grounds-for-setting-aside-arbitral-awards-lessons-from-the-paris-court-of-appeal-in-gbo-v-cai/.

[57] The Court found, among other things, that the purpose of the agreement was simply to grant GBO an exclusive right to acquire, use, and distribute the products in a particular coun-

arbitral award did not violate international public policy, thereby dismission the action for annulment. The ruling in the *GBO v. CAI* case shows that claims for infringements of competition law as a matter of public policy must be sufficiently substantiated and clearly specify the infringement. Such requirement is in line with a pro-arbitration stance and the idea that only flagrant infringements can justify the annulment and/or refusal to recognise an arbitral award.

4. *Conclusion*

The issue of arbitrability of competition disputes to be settled by arbitration arises due to a different nature of the arbitration as compared to the courts and, to a certain extent, due to the contradictory goals that should be achieved through such protection. Commercial arbitration, as an agreed mechanism of dispute resolution, serves first and foremost to resolve private individual disputes and to ensure protection of the subjective rights of the parties. The implementation of competition law before courts and national regulatory authorities (NRA) is principally expected to ensure the protection of public or state interests to the extent that the competition law forms part of state (public) policy, *i.e.* public policy of the EU and member states.

In view of the independence of arbitrations from court mechanism of dispute resolution and the impartiality of arbitrators, in the initial period following the entry into force of the Treaty of Rome establishing the EEC, it was feared that the recognition of arbitrability of these disputes would undermine the achievement of public goals of the EU and its member states. The climate of mistrust changed with the adoption of Regulation 1/2003 and the recognition of the direct effect of the third paragraph of Article 101 of the EU Treaty, which paved the way for settlement of disputes by the courts. Although Directive 2014/104 did not provide for the issue of dispute resolution by arbitration, EU "legislator" made reference to the application of "alternative avenues of redress" in the preamble, which practically opened the door to arbitration. Thus, bearing in mind the complementary role of public and private enforcement of competition law, the issue of arbitrability boiled down to a debate on whether the arbitrators are allowed, based on the powers vested to them by the arbi-

try; GBO was free to set the final selling price without a maximum or recommended price from CAI. There was no resale price maintenance ("RPM"), which is strictly illegal in the EU (unlike the US where RPM can be justified since the *Leegin* case). The agreement did not impose any restrictions on the customers to whom GBO could sell CAI products in Germany, Austria, and Switzerland.

tration agreement and within the scope of the claim, to consider the existence of an infringement, regardless of the fact that this issue falls within the ambit of public policy, or they may refer that question as a preliminary question to another public authority or body.

In this context, the paper analysed the case law where a distinction has been drawn between the arbitrability of disputes concerning civil-law consequences arising from infringements of competition law when such infringements had been established by a competent authority, and the arbitrability of disputes where the infringements of competition law were not ruled upon. With regards to the judicial review of arbitral awards, the author advocates exercise of the review in the process of recognition and enforcement of awards by means of an assessment of compliance with EU public policy, where the concept of public policy should be interpreted narrowly.

RIFLESSIONI SUL PROCESSO DI EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA*

Sandra Winkler

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Il processo di europeizzazione del diritto di famiglia. – 3. La famiglia tra diritto dell'UE e diritto interno. – 4. Il ruolo della comparazione nel diritto della famiglia. – 5. Il ruolo della giurisprudenza nel processo di europeizzazione del diritto di famiglia. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Note introduttive*

Se da un lato il diritto di famiglia è regolato in maniera molto diversa da uno Stato membro all'altro dell'Unione europea, dall'altro i tentativi di rinvenire soluzioni giuridiche comuni, o perlomeno condivisibili, sono ormai evidenti da diversi anni. Il diritto eurounitario mostra di tenere in crescente considerazione la tutela giuridica dei rapporti familiari, specie di quelli transnazionali, regolandone (o tentando di regolarne) un numero sempre maggiore di aspetti[1]. Altrettanto interesse suscitano i diversi e numerosi profili del diritto sostanziale della famiglia che sul piano europeo non trovano disciplina. Di qui l'intento di offrire alcune riflessioni sulla via che il diritto di famiglia sta percorrendo, cercando di riconoscere le tendenze che emergono dal processo di europeizzazione in atto, che sta prendendo sempre più corpo attraverso il diritto dell'UE, ma anche attraverso l'importante influenza esercitata dalla giu-

* Le riflessioni che seguono in questo breve testo vogliono rendere omaggio al professore Gian Antonio Benacchio, ringraziandolo dei preziosi insegnamenti che negli anni ha voluto darmi nel suo stile sempre contraddistinto da grande gentilezza e raffinatezza nei modi di confrontarsi, ma al contempo da fermezza, rigore e serietà nei contenuti delle ricerche condotte. S'è qui scelto il tema dell'europeizzazione del diritto della famiglia visto che proprio il Professore diversi anni fa mi incoraggiò ad approfondire i miei studi in tale direzione. Riconoscente del rapporto che negli anni s'è costruito, gli dedico le pagine che seguono con profonda stima e affetto.

[1] M. Csöndes, *A Fragmented Private International Family Law: Interactions and Intersections of International, European and National Norms*, in K. Duden, D. Wiedemann (a cura di) *Changing Families, Changing Family law in Europe*, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2024, 265 ss.; P. Bruno, *Le controversie familiari nell'Unione Europea. Regole, fattispecie, risposte*, Milano 2018.

risprudenza europea. *Ergo*, percorrendo la via del confronto tra le tendenze europee indirizzate principalmente verso comuni soluzioni nelle regole del diritto internazionale privato della famiglia e dei diritti nazionali che continuano ad avere esclusiva competenza con riguardo alla regolamentazione del diritto sostanziale, si tenterà di individuare l'interazione di questi due piani nel ripensamento delle regole che governano la tutela della famiglia e delle conseguenze giuridiche che ne derivano.

2. *Il processo di europeizzazione del diritto di famiglia*

Di diritto europeo della famiglia si può parlare "in senso ampio" oppure "in senso stretto"; sempre che di diritto europeo della famiglia si possa parlare[2].

Il diritto europeo della famiglia in senso ampio consiste in un *corpus* di norme che derivano dall'attività di tre distinte organizzazioni: il Consiglio d'Europa, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e l'Unione europea. Invece, quando si parla di diritto europeo della famiglia "in senso stretto" ci si riferisce alle nuove regole legislative e giurisprudenziali che, solo recentemente, l'Unione europea ha iniziato a produrre.

Sono lontani i tempi in cui l'attenzione del diritto dell'UE era orientata esclusivamente verso le branche del diritto strettamente collegate allo sviluppo del mercato unico[3]. Da alcuni decenni ormai il processo di europeizzazione del diritto privato abbraccia anche il diritto di famiglia e quello delle successioni[4]. Un numero importante di persone, tanto che si tratti di cittadini europei o di paesi terzi, circola all'interno dell'Unione[5]. Ciò porta al centro dell'attenzione le famiglie *cross-border*; composte cioè da soggetti provenienti da stati membri diversi o da stati terzi o di famiglie che si spostano da un paese all'altro dell'Unione europea. Ne consegue l'esigenza avvertita da chi circola da uno

[2] Si interroga a tale proposito in un contributo molto interessante J. Scherpe, *Epilogue to the Family in EU Law: Is There a European Family Law?*, in M. Öberg; A. Tryfonidou (a cura di), *The Family in EU Law*, Cambridge, 2024.

[3] Per comprendere la complessità dell'armonizzazione delle regole anche in altri ambiti sulla via dell'europeizzazione si legga G.A. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Padova, 2024, 25 ss.

[4] Tra i molti contributi si rinvia a M. J. Cazorla González, M. Giobbi, J. Kramberger Škerl, L. Ruggeri, S. Winkler (a cura di), *Property Relations of Cross-Border Couples in the European Union*, Napoli, 2020 disponibile su: https://www.euro-family.eu/documenti/news/esi_en_psefsbook.pdf.

[5] Si legga M. Öberg, *One Big Happy „European Family"? An External Perspective*, M. Öberg; A. Tryfonidou (a cura di), *The Family in EU Law*, cit., 76 ss.

stato all'altro di vedere riconosciuto il proprio *status* personale e familiare, così come di tutti i diritti personali e patrimoniali che ne derivano anche al di fuori del paese d'origine[6].

Diversi sono gli angoli di visuale che vanno considerati. In primo luogo, sotto il profilo legislativo, occorre tenere conto sia dell'evoluzione dei singoli diritti di famiglia all'interno dell'UE, come anche dell'evoluzione del diritto dell'UE in sé[7]. Un altro angolo di visuale è quello offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, la quale sempre di più offre importanti stimoli per questo processo. Andrebbe certamente analizzata anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Tuttavia, per esigenze di spazio non appare possibile trattare anche questo aspetto, benché ci si renda conto che ciò rappresenti una lacuna. Ancora, va studiato il ruolo della dottrina che negli ultimi decenni presta grande attenzione a questi temi[8].

È dunque evidente che la dimensione transnazionale della famiglia rappresenta una realtà che oramai difficilmente si può ignorare. Tuttavia, a parere di chi scrive, non è del tutto corretto arginare queste riflessioni alle sole famiglie transnazionali; esse, infatti, direttamente o indirettamente dovrebbero coinvolgere tutte le famiglie, portando a riflettere sul pluralismo familiare; su come s'intenda la famiglia, anzi le famiglie, da un punto di giuridico e su chi siano

[6] L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007; E. Ioriatti, *È auspicabile l'armonizzazione del diritto di famiglia?*, in G. Pascuzzi (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006, 169 ss.

[7] Si v. S. Patti, M.G. Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008. Gli autori si soffermano sulle esperienze di riforma in Francia e Germania.

[8] *Ex plurimis*: M. Öberg; A. Tryfonidou (a cura di), *The Family in EU Law*, cit.; I. Queirolo, L. Schiano di Pepe, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, IV ed., Torino, 2019; S. Winkler, *Il diritto di famiglia*, in G.A. Benacchio, F. Casucci (a cura di), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, 293 ss.; V. Scalisi, *Quale famiglia per l'Europa?*, in Id., *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, 45 ss.; E. Bergamini, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; A. Pera, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Torino, 2012; K. Boele-Woelki, *What comparative family law should entail*, in Id. (a cura di), *Debates on Family Law around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerp - Oxford, 2009, 3 ss.; W. Pintens, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in S. Patti, M.G. Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, cit., 89 ss.; S. Patti, *Note sulla formazione del diritto europeo della famiglia*, in M.C. Andrini (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, 159 ss.; M.T. Meulders-Klein, *Towards a uniform European family law? A political approach. General conclusions*, in M. Antokolskaia (a cura di), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Antwerp - Oxford, 2007, 271 ss.; M. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective, A Tale of two Millennia*, Antwerp - Oxford, 2006.

i familiari coinvolti nelle dinamiche della vita familiare. Vita familiare intesa come valore fondamentale della persona e tutelata non solo nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nella CEDU, ma anche nelle costituzioni dei singoli ordinamenti giuridici nazionali.

In buona sostanza, a tale proposito nel processo di europeizzazione del diritto di famiglia v'è una domanda di fondo cui bisogna rispondere in un futuro anche abbastanza prossimo e cioè se ci sia bisogno di rinvenire regole comuni che rispondano ai bisogni delle sole famiglie *cross-border* oppure di tutte le famiglie. Diverse vie potrebbero venire intraprese in futuro in base alla risposta che si dà a questa domanda. Sarebbe senz'altro più semplice ed immediato rispondere pensando alle sole famiglie transnazionali. In tale caso la priorità sarebbe l'armonizzazione delle regole di conflitto e, successivamente, l'eventuale creazione di un modello di carattere "opzionale"[9]. Il permanere, nei singoli ordinamenti giuridici, di discipline sostanziali diverse richiederebbe infatti, a parere di Boele-Woelki, la creazione di un diritto sostanziale "opzionale" che ovvierebbe al problema del complicato rinvio ad un unico diritto sostanziale[10]. Appare la via più realistica. Eppure, ha ben poco a che fare con il concetto di europeizzazione in sé che non dovrebbe essere volto a creare un nuovo modello giuridico a carattere opzionale[11]. All'opposto, dovrebbe essere diretto ad individuare possibili regole condivise, tentando di includere nell'*acquis* anche regole di fondo del diritto di famiglia. Per quanto rappresenti la via più impegnativa, è quella che bisogna percorrere ed è quella che si sta intraprendendo nell'incessante ripensamento delle norme del diritto di famiglia[12]. Il continuo richiamo ai diritti ed alle libertà fondamentali sanciti anche in materia di famiglia, *in primis* dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha sicuramente ricoperto – e continua

[9] Un modello opzionale da scegliere dunque in alternativa alle consuete regole di diritto; modello che appunto garantirebbe eguale trattamento giuridico a prescindere dagli spostamenti della *cross borders family* all'interno dell'Unione. Si v. M.G. Cubeddu, *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in S. Patti, M.G. Cubeddu (a cura di) *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, cit., 18.

[10] K. Boele-Woelki, *Why and How to Accomodate an Optional European Family Law*, in N. Witzleb et al. (a cura di), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2014, 36.

[11] Per un esempio concreto si pensi al regime patrimoniale franco-tedesco di comunione degli incrementi opzionale. Si legga M.G. Cubeddu, D. Wiedemann (a cura di), *The Optional Matrimonial Property Regime - The Franco-German Community of Accrued Gains*, Cambridge - Antwerp - Portland, 2014.

[12] Si invita a leggere A. Wysocka-Bar, *A Look into the Future: The Harmonization of Substantive Family Law in Europe*, in K. Duden, D. Wiedemann (a cura di) *Changing Families, Changing Family law in Europe*, cit., 317 ss.

a ricoprire – un ruolo centrale nel tentativo di costruire un minimo comune denominatore in materia di famiglia. Se si pensa alla vastissima applicabilità dell'art. 8 della CEDU che sancisce il diritto alla protezione della vita privata e familiare, si comprende come la sensibilità verso le questioni di diritto di famiglia si sia evoluta attraverso il prisma dei diritti fondamentali dell'uomo. Del resto, nel presente in tale prospettiva si muove anche l'UE: basti pensare alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed al richiamo che sempre più spesso ad essa viene fatto in giurisprudenza ed in dottrina.

Comunque, l'approccio dell'universalismo dei diritti umani non è l'unico usato in questo tentativo di costruzione di un diritto europeo della famiglia. Ugualmente rilevante è il lavoro di avvicinamento svolto mediante precisi strumenti del diritto internazionale privato "protesi alla soluzione di casi pratici sempre più frequenti"[13]. Molte convenzioni internazionali trattano, infatti, singoli aspetti di diritto internazionale privato della famiglia e spesso tali soluzioni sono riprese anche dal legislatore comunitario in particolare nel diritto derivato dell'UE.

Accanto all'approccio dell'universalismo dei diritti umani ed a quello del particolarismo giuridico, preferito dagli internazionalprivatisti, si profila dunque nell'operato dell'UE un terzo approccio in linea con il modo di procedere prudente delle istituzioni eurounitarie. Tale approccio è rappresentato da una regolamentazione indiretta e frammentaria di determinati aspetti giuridici dei rapporti personali e familiari attraverso l'attuazione delle politiche dell'UE riferite alla tutela di posizioni soggettive individuali.

3. *La famiglia tra diritto dell'UE e diritto interno*

Nell'intrecciare il piano europeo con quelli nazionali, anzitutto occorre partire dal primo osservando come ivi non si tenti di definire la famiglia; per converso, necessariamente si rimanda alle regole giusfamiliari di ciascuno Stato membro. Ne consegue evidentemente un quadro normativo, oltre che frammentario, altresì variegato che si contraddistingue per la tutela (di diversa intensità) di numerose formazioni familiari come il matrimonio, le unioni civili (o registrate) oppure ancora le unioni di fatto, che possono essere composte da coppie formate da persone di sesso opposto, come anche dello stesso sesso. Le varie combinazioni che si rinvengono da uno sguardo d'insieme di natura

[13] F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, I, 777 ss.; O. Kahn Freund, *On uses and misuses of comparative law*, in *The Modern Law Review*, 1974, 37(1), 1 ss.

comparata, portano a concludere che sarebbe difficile immaginare delle qualificazioni comuni di tali formazioni familiari[14]. Senza, nemmeno, addentrarsi nella trattazione della regolamentazione del rapporto tra genitori e figli che sappiamo essere molto complesso ed eterogeno; né tanto meno nell'analisi dei diritti dei bambini per quanto meriterebbero molta più attenzione[15]. Il quadro che ne emerge, se si vanno a comparare i diversi ordinamenti, è davvero caotico ed incerto. La molteplicità di famiglie che i cittadini europei possono "formare" comporta il reale rischio che non sempre lo status di familiare venga riconosciuto nel passaggio delle persone da uno Stato membro all'altro[16].

Frequentemente si glissa su questo punto parlando di "pluralismo familiare", senza però specificare che in realtà vi sono molteplici pluralismi familiari che derivano da svariate combinazioni di tutela delle unioni sopra menzionate. D'altro lato, il significativo (e crescente) numero di persone che si muove all'interno dell'UE tanto che si tratti di cittadini europei, che di cittadini di stati terzi afferma l'esigenza di proteggere tutte le formazioni familiari, per quanto diverse esse siano nelle loro specificità. Ne consegue l'emanazione di un numero crescente di regolamenti volti a determinare certi aspetti giuridici della vita familiare di tali soggetti, come anche una crescente sensibilità dei giudici lussemburghesi.

Di qui anche, quale conseguenza di tale prima esigenza, il bisogno di ricercare soluzioni condivise al fine di non creare un doppio binario di disciplina dei rapporti familiari dove in uno stesso ordinamento le famiglie transnazionali si tratterebbero in un modo, mentre quelle senza tale elemento in un'altra maniera. Pertanto, a parere di chi scrive, spesso le regole derivanti dai regolamenti, per quanto non si riferiscano al diritto sostanziale della famiglia, comunque inducono ad una riflessione anche riguardo al possibile ripensamento del diritto interno che difficilmente può rimanere indifferente alla spinta riformatrice che deriva dalle tendenze europee. I flussi migratori,

[14] Per un'attenta ricostruzione tassonomica si rinvia a R. Garetto (a cura di), *Report on Collecting Data Methodological and Taxonomical Analysis*, 2019 disponibile su: https://www.euro-family.eu/documenti/news/psefs_report_data_2019.pdf.

Per un report recente e dettagliato e con riguardo ad ogni singolo ordinamento giuridico dell'UE si rimanda a L. Ruggeri; I. Kunda; S. Winkler (a cura di), *Family Property and Succession in EU Member States National Reports on the Collected Data*, Rijeka, 2019 disponibile su: https://www.euro-family.eu/documenti/news/psefs_e_book_compressed.pdf.

[15] Anche se le cose stanno cambiando: tra i molti si rinvia a E. Bergamini; C. Ragni (a cura di), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge - Antwerp - Chicago, 2019.

[16] Si invita a leggere M. Bogdan, *The Status of Family Member as a Pre-condition of the Free Movement in the EU*, in M. Öberg; A. Tryfonidou (a cura di) *The Family in EU Law*, cit., 118 ss.

la coesistenza di culture e tradizioni diverse, ma anche i rapporti economici conducono a ripensare i rapporti familiari; tanto che in dottrina si dibatte se si debba parlare di un "nuovo principio famiglia" oppure se "non sia più corretto parlare di principi generali in tema di famiglia, tratti dai (o collegati ai) diritti fondamentali che riguardano la famiglia e i suoi membri"[17]. Si pensi in tale senso nuovamente ai diritti fondamentali in materia di famiglia sanciti rispettivamente dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in materia di famiglia. L'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sancisce che "ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni." Mentre, il primo comma dell'art. 8 della CEDU dispone che "ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza." Per quanto emanate a quasi cinquant'anni di distanza l'una dall'altra, le due norme sono assolutamente sovrapponibili. Che la vita privata e familiare vadano tutelate alla stregua dei più elevati valori dell'uomo è dato incontrovertibile; tuttavia, le fonti richiamate non offrono una definizione di famiglia. Inoltre, si pensi all'art. 9 della Carta di Nizza quale *pendant* dell'art. 12 della CEDU. In questo caso la visione pluralistica della famiglia di oggi ha portato a delle diversità tra le due norme: l'art. 9 dispone che "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". L'art. 12 della CEDU, invece, sancisce che "a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto". Se da un lato le due norme hanno in comune l'espresso rinvio alle legislazioni nazionali quanto alla specifica disciplina giuridica, limitandosi a sancire il carattere fondamentale del diritto; dall'altro, l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, a differenza dell'art. 12 CEDU, distingue espressamente il diritto di sposarsi ed il diritto di costruire una famiglia. Risulta quindi evidente che nello spirito pluralistico della disciplina giuridica sovranazionale della famiglia si tratti di due distinti diritti[18]. La modernità dell'art. 9 della Carta, rispetto all'art. 12 della CEDU è rinvenibile anche nella sua formulazione *gender free*, quale chiaro segnale di attenzione alla pluralità delle formazioni familiari.

[17] Sul dibattito, tra i molti, si rinvia diffusamente a S. Patti, *Il „principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in V. Scalisi (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 465.

[18] A. Korać Graovac, *Povelja o temeljnim pravima Europske unije i obiteljsko pravo*, in A. Korać Graovac; I. Majstorović (a cura di), *Europsko obiteljsko pravo*, Zagreb, 2013, 25-51.

Se si osservano poi anche le specificità di formazioni familiari importate nel contesto europeo dai cittadini di paesi terzi (ad esempio si pensi alla poligamia), la complessità della materia emerge in tutta la sua evidenza[19].

4. *Il ruolo della comparazione nel diritto della famiglia*

Per valutare i *pro* e i *contra* dell'europeizzazione del diritto di famiglia, occorre certo conoscere i singoli ordinamenti europei in materia di famiglia e comprendere quanto e fino a che punto siano diversi[20]. Già decenni fa Jayme sottolineava la centralità della comparazione: il giurista tedesco, infatti, rimarcava l'importanza della conoscenza del diritto di famiglia straniero, intuendo altresì che le corti europee avrebbero avuto un ruolo centrale nel processo di europeizzazione della famiglia[21].

Visto il procedere dell'europeizzazione del diritto di famiglia, oggigiorno ci si aspetterebbe di rinvenire sul piano sovranazionale un quadro normativo della materia perlomeno abbozzato. Si tratta, tuttavia, di un'aspettativa ancora ambiziosa. La frammentarietà della disciplina è tale da indurre ad interrogarsi se l'applicazione delle regole comuni, perlopiù di carattere internazionalprivatistico, non finisca per essere ineluttabilmente influenzata dalla lettura che alla luce delle specifiche regole sostanziali del diritto di famiglia gli interpreti di ciascun ordinamento giuridico ne diano; laddove, per converso, l'interpretazione e l'applicazione delle regole eurounitarie dovrebbe per definizione essere univoca[22]. Benché al legislatore europeo non competa regolare profili di diritto sostanziale, l'applicazione dei diversi regolamenti europei introdotti nell'ambito del diritto della famiglia difficilmente può prescindere da tale piano, specie nei regolamenti più recenti i quali sempre di più si contraddistinguono per l'ampiezza dell'autonomia lasciata alle parti[23]. Vero è che nei considerando che

[19] Si v. R. Garetto, *The Impact of Multicultural Issues on the Notion of "Family Member"*, in *Zbornik znanstvenih razprav*, 2019, LXXIX. letnik, 7 ss.

[20] Si v. I. Majstorović, *Harmonizacija i unifikacija obiteljskoga prava*, Zagreb, 2009, 232 ss.

[21] E. Jayme, *Die Entwicklung des europäischen Familienrechts. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in *FamRZ*, 1981, 221 ss.

[22] G.A. Benacchio, *Interpretacija prava između ravnoteže i razumnosti u sudskoj praksi Suda Europske unije*, in *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, 2019, 1, Beograd, 275-291.

[23] M. Brosch, *Party Autonomy in International Family Law: Choice of Law and Choice of Court as a Solution to the Challenges of Cross-Border Families*, in K. Duden; D. Wiedemann (a cura di), *Changing Families, Changing Family law in Europe*, cit., 299 ss. Nella legislazione eurounitaria si fa riferimento in particolare ai recenti Regolamenti (UE) n. 2016/1103, del 24 giugno 2016, in *GU* L 183, 8 luglio 2016, 1, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della

precedono il testo dei regolamenti sovente si rinviene un rinvio alle legislazioni nazionali quanto alle definizioni dei singoli istituti del diritto di famiglia; tuttavia, di tanto in tanto si rinvengono anche alcune definizioni che vogliono essere d'ausilio ad un'interpretazione autonoma di certe nozioni al fine di applicare i regolamenti nel rispetto del diritto dell'UE[24]. Ancora, si diceva come s'imponga la necessità del ripensamento di tale piano sostanziale alla luce dell'autorevole giurisprudenza europea, la quale stimola un avvicinamento delle soluzioni giuridiche nazionali. Visti gli attuali *trends*, infatti, appare difficile immaginare che nel futuro possa permanere una distinzione così netta tra il piano delle regole di collisione, già apprezzabilmente armonizzate e di quelle sostanziali, per quanto legate al substrato giuridico interno. Inevitabilmente dall'incontro dei due piani deriva un'ibridazione reciproca[25]. Chi studia ed osserva il continuo evolversi del diritto (sostanziale) della famiglia si rende conto che tale diritto non può rimanere ancorato al solo piano interno. O meglio, si rende conto che le dinamiche giusfamiliari sono fortemente influenzate da una "convergenza naturale" determinata dal fatto che tutti i paesi, anche se non sempre in contemporanea, vengono raggiunti dalle stesse grandi riforme del diritto di famiglia[26].

legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e n. 2016/1104, del 24 giugno 2016, in *GU* L 183, 8 luglio 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

[24] Così si veda l'art. 3 del Regolamento (UE) n. 2016/1104, del 24 giugno 2016, in *GU* L 183, 8 luglio 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Precisamente, tale articolo definisce l'unione registrata come "il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione". Benché nel suo considerando n. 17 preveda "(…) la nozione di «unione registrata» dovrebbe essere definita ai fini esclusivi del presente regolamento; il suo contenuto specifico dovrebbe continuare ad essere definito dal diritto interno degli Stati membri. Nulla nel presente regolamento dovrebbe imporre a uno Stato membro la cui legge non prevede l'istituto dell'unione registrata di prevederlo nel diritto nazionale." Su questi temi in letteratura si rinvia a L. Ruggeri, A. Limante, N. Pogorelčnik Vogrinc (a cura di), *The EU Regulations on Matrimonial Property and Property of Registered Partneships*, Cambridge, 2022.

[25] K. Boele-Woelki, *Obiteljsko pravo u Europi: Prošlost, sadašnjost i budućnost*, in I. Kunda (a cura di), *Obitelj i djeca: europska očekivanja i nacionalna stvarnost/Family and children: European expectations and national reality*, Rijeka, 2014, 17 ss.

[26] Sulla circolazione dei modelli giuridici si veda G. A. Benacchio, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli slavi del sud: sloveni, croati, serbi*, Padova, 1995.

Il fatto che oggi si parli di pluralismo familiare ne è una chiara conferma. Ecco che diventa importante riconoscere la centralità del ruolo della comparazione nell'intento di studiare l'ibridazione dei diversi piani cui s'accennava poc'anzi. Già si diceva che non è rara in dottrina la tentazione di tenere i due piani distinti sostenendo o l'inutilità o addirittura la nocività di tale ibridazione, argomentando che le regole giuridiche che disciplinano i rapporti familiari sono profondamente legate al territorio e radicate nelle tradizioni di ogni popolo. Vero è che il diritto di famiglia, che come il diritto successorio racchiude un insieme di valori storici e culturali tipici della tradizione popolare di ciascuna nazione, difficilmente può mutare senza una corrispondente evoluzione della cultura e della mentalità di quel popolo. In questo senso si può affermare che il diritto di famiglia ha sempre rappresentato, in una certa misura, un'espressione di sovranità dei singoli ordinamenti giuridici nazionali. Del resto, in un passato – anche recente – le fonti comunitarie non menzionavano mai il diritto di famiglia[27]. Anzi, sovente si sottolineava la sua estraneità all'*acquis*.

Si è però dell'idea che tale sia un convincimento in certa misura superato (o perlomeno superabile) con l'ausilio della comparazione.

Infatti, usando la comparazione non tanto come metodo di mero paragone di due o più diritti, ma di individuazione di soluzioni giuridiche convergenti, per quanto anche differenti tra loro, si può concludere come sia possibile raggiungere un obiettivo comune. Vale certamente la pena di interrogarsi se vi sia una condivisione di fondo di valori giuridici che derivano da una comune appartenenza alla stessa cultura giuridica. Per quanto in certa misura il particolarismo giuridico permanga, si rende necessario sia un approfondito studio comparato dei diritti di famiglia degli altri Stati membri, ma anche una riflessione sull'intersecazione del piano nazionale ed internazionale nell'evoluzione del diritto di famiglia. In buona sostanza, oggigiorno il diritto di famiglia va studiato alla luce di tutte queste diverse fonti internazionali, europee e nazionali. Non solo: vanno prese in grande considerazione tanto le fonti di *hard law*, quanto quelle di *soft law*, già dimostratesi assai potenti nel riformare il diritto di famiglia in numerosi ordinamenti[28]. Prova ne sia il *modus operandi* tanto della *Commission on European Family Law* (ma anche di numerosi altri gruppi di ricerca), come pure la copiosa produzione scientifica degli ultimi anni[29]. Moltissime pubblicazioni sono strutturate secondo il modello del

[27] Sul punto, S. Winkler, *Il diritto di famiglia*, cit., 303.

[28] A. Wysocka-Bar, *A Look into the Future: The Harmonization of Substantive Family Law in Europe*, cit., 320. M. Antokolskaia, *Family Values and the Harmonisation of Family Law*, in M. Maclean (a cura di), *Family Law and Family Values*, Oxford - Portland, 2005, 295 ss.

[29] Si consulti: https://ceflonline.net/.

national report per ciascun diritto nazionale con riferimento a taluni aspetti o ad una panoramica generale del diritto di famiglia[30]. Da tale analisi emerge che la comparazione nell'ambito specifico del diritto di famiglia dimostri come molte delle *nuove* soluzioni prospettate negli ultimi anni dall'Unione europea, e che a prima vista appaiono rivoluzionare o quanto meno espressione di "nuovi valori europei", in realtà siano presenti in alcuni ordinamenti giuridici da ben prima che questi divenissero stati membri dell'Unione. Tra i vari esempi che si potrebbero fare basti pensare ad ordinamenti quali quello croato o quello sloveno che da decenni riconoscono tutela giuridica alle formazioni familiari diverse dal matrimonio[31]; da molti anni regolano le unioni di persone dello stesso sesso; mentre ancora nel lontano secondo dopoguerra equipararono la condizione di tutti i figli indipendentemente dal fatto che fossero nati fuori o dentro il matrimonio, prestando più in generale grande attenzione ai diritti dei minori[32].

Ecco che ritorna l'interrogativo di prima e cioè se esistono valori condivisi o condivisibili che possano avvicinare nello spazio giuridico europeo i singoli ordinamenti e se la condivisione di tali valori sia il risultato di un'imposizione oppure di una libera trasposizione di modelli giuridici da un paese ad un altro[33]. La risposta più convincente pare essere quella che conduce verso la via della convergenza naturale dei modelli derivata dal fatto che tutti i paesi, chi prima, chi dopo, sono stati investiti dalle stesse grandi riforme del diritto di famiglia[34]. Le trasformazioni nella società sono state le stesse in tutta Europa

[30] Si consulti L. Ruggeri; I. Kunda; S. Winkler (a cura di), *Family Property and Succession in EU Member States National Reports on the Collected Data*, cit.

[31] S. Winkler, *Le unioni di fatto nell'Europa centro-orientale: esperienze a confronto*, in Aa. Vv., *Famiglia e Successioni*, Liber amicorum *per Dieter Henrich*, tomo II, Torino, 2012, 122 ss.

[32] Si pensi altresì della concezione oggettiva del divorzio, dell'assenza della separazione legale o del diritto al mantenimento. Così P. Šarčević et al., *Family law in Croatia*, Alphen aan den Rijn, 2011. Si ricorda che la Slovenia è Stato membro dell'Unione europea dal 2004, mentre la Croazia dal 2013.

[33] Sul punto D. Henrich, *Entwicklungen des Familienrechts in Ost un West*, in *FamRZ*, 2010, 5, 333 ss. Cfr. P.M. Putti, *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 2315 ss. G.A. Benacchio, S. Winkler, *'The Europeanisation of Law - Imposition or Natural Development of Legal Models?'*, in N. Bodiroga-Vukobrat, S. Rodin, G.G. Sander, (a cura di), *Legal Culture in Transition: Supranational and International Law Before National Courts*, Berlin, 2013, 61-73.

[34] Per un quadro chiaro sulle convergenze naturali e sulle convergenze tecniche si rinvia a quanto espone S. Patti, *Il „principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, cit. 463 ss. L'autore pone in rilievo l'importanza delle ricerche condotte da autorevoli esponenti della dottrina, quali Bianca, Dörner, Diederischen e Carbonnier.

e storicamente il passaggio dalla società rurale alla società industrializzata ha comportato ovunque la trasformazione della famiglia da multigenerazionale a nucleare[35]. Tale profondo mutamento socio-culturale ha sostenuto le grandi riforme che, a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, hanno pervaso ogni parte dell'Europa, modernizzando gradualmente i paesi scandinavi, la parte orientale del continente e poi anche quella occidentale. Si pensi all'affermazione dell'eguaglianza tra coniugi, fondata sulla parità tra uomo e donna; al ripensamento delle regole della responsabilità genitoriale; all'affermazione dei diritti dei minori ed alla parità di trattamento di tutti i figli indipendentemente dallo *status*; alla disciplina del divorzio ed infine al pluralismo familiare. L'idea stessa di famiglia è stata, e continua ad essere, in evoluzione. Anche nel presente la famiglia continua ad affrontare nuove sfide che portano a cambiamenti profondi e radicali. Per menzionare solo alcuni aspetti, il mondo digitale, le tecniche mediche di procreazione, la contrattualizzazione dei rapporti o ancora il *gender law* sono solo alcuni fattori che stanno contribuendo a ridefinire valori sociali, culturali, morali ed etici nella famiglia all'interno dei singoli sistemi giuridici nazionali. Di tutti questi risultati raggiunti dalle grandi riforme del diritto di famiglia si rinviene oggi traccia nelle fonti giuridiche europee, sia di diritto primario, che derivato, come anche nelle convenzioni internazionali. Ma allora occorre domandarsi se forse non sia vero il contrario e cioè che tali valori condivisi siano stati "importati" nell'UE dai singoli ordinamenti europei e non l'opposto.

5. *Il ruolo della giurisprudenza nel processo di europeizzazione del diritto di famiglia*

Lo sviluppo del diritto europeo della famiglia tanto nel senso ampio, che in quello stretto del termine, deve molto all'influenza esercitata dalla copiosa giurisprudenza della Corte EDU sull'interpretazione dell'art. 8 della CEDU che porta ad un continuo ripensamento del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare. Già si diceva che per esigenze di brevità non si può trattare tale aspetto.

Ci si limiterà, pertanto, a riflettere sul fatto che anche la Corte di giustizia dell'UE specie recentemente stia dando grande impulso a queste tendenze di

[35] M.A. Glendon, *Reflection on the Comparative Study of Law in the 21st Century*, in K. Boele-Woelki, D. Fernàndez Arroyo (a cura di), *The Past, Present and Future of Comparative Law - Le passé, le présent et le futur du droit comparé*, Cham, 2018, 8; Ead., *The Transformation of Family Law*, Chicago, 1989.

europeizzazione del diritto di famiglia. Si accennava in precedenza all'esigenza, avvertita da chi circola da uno stato all'altro, di vedere riconosciuto il proprio status personale e familiare anche al di fuori del paese d'origine[36]. Proprio a tale riguardo, nel risolvere rinvii pregiudiziali, la giurisprudenza non di rado ha potuto più della legislazione. Infatti, alcuni importanti traguardi sono stati raggiunti proprio attraverso l'affermazione (e la conseguente tutela) sul piano europeo di posizioni soggettive individuali, richiamando all'uopo *in primis* le norme del TFUE in materia di discriminazione e di cittadinanza dell'Unione.

Per esempio, la giurisprudenza europea ha giocato un ruolo di rilievo nella protezione transnazionale dell'identità del soggetto (ancor di più se cittadino europeo). L'identità, che va annoverata tra i diritti della personalità del singolo, trova espressione nello status personale il quale, a sua volta, dipende sovente da vicende familiari. Vari elementi creano lo status della persona e, tra questi si ricordano il nome e la cittadinanza, quali profili più volte vagliati dai giudici lussemburghesi[37].

Numerose sentenze della Corte di giustizia in materia di diritto al nome riguardano questioni relative alla tutela di tale diritto nell'ambito di famiglie *cross-borders*[38]. Tali questioni hanno portato i giudici ad interrogarsi sul rapporto tra l'esigenza della certezza del nome, attribuito secondo le singole norme di diritto interno ed i numerosi diritti che trovano espressione in ragione della scelta o della variazione del nome, che sovente derivano dal mutamento dello status familiare[39].

Il filo conduttore che accomuna tutte le sentenze della Corte di giustizia in materia di nome, è rappresentato dalla stabilità transnazionale del nome, in funzione della tutela delle libertà sancite dagli artt. 18 e ss. TFUE (divieto di discriminazione, diritto di cittadinanza, libera circolazione). In effetti, tutti i casi sottoposti con rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia hanno riguardato le medesime questioni: 1) se la legislazione nazionale rappresenti un ostacolo

[36] Si veda anche E. Pataut, *A family Status for the European Citizen?* in L. Azoulai, S. Barbou des Places, E. Pataut (a cura di), *Constructing the Person in EU Law. Rights, Roles, Identities*, Oxford - Portland, 2016, 312-322.

[37] Ampiamente su diritto al nome in Aa.Vv., *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010.

[38] Spesso sorgono questioni relative all'attribuzione del prenome o (più spesso) del cognome del coniuge oppure del figlio, ma anche questioni di ordine tecnico, dovute alla traslitterazione od alla traduzione. Ancora, vi sono casi riguardanti la modifica del nome in ragione della tutela dell'alfabeto e dell'identità nazionale.

[39] Si pensi al diritto dei genitori alla libertà di scelta del nome e/o cognome del figlio, al principio di eguaglianza dei coniugi, al diritto a conoscere le proprie origini, la propria cultura e/o tradizione fino al diritto all'autodeterminazione.

alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione; 2) se discrimini taluni cittadini dell'Unione rispetto ad altri (in ragione dello Stato membro di origine); 3) se eventuali limitazioni alle libertà sancite dai Trattati siano giustificate o giustificabili.

In tempi più recenti la Corte del Lussemburgo ha fatto un passo ulteriore di grande significato sulla via dell'europeizzazione del diritto della famiglia. Sicuramente le due decisioni più significative degli ultimi anni sono quelle nei casi *Coman* e *Pancharevo*.

Un primo segnale di cambiamento giunge nel 2018 con la sentenza sul caso *Coman*[40]. Il caso concreto riguardava il riconoscimento del matrimonio *same sex* in un caso di ricongiungimento familiare. Questa sentenza, pur precisando che la questione dello status personale, così come le conseguenze legali derivanti da un rapporto familiare, rimanga una questione di diritto interno e che il diritto dell'UE non interferisca in questo ambito, lancia dei forti segnali di apertura. Afferma, infatti, benché gli Stati membri decidano autonomamente se regolamentare o meno una determinata comunione di vita (in questo caso, il matrimonio *same-sex*), che i diritti concessi a determinati individui dal diritto dell'UE non possono essere circoscritti dal diritto nazionale. Si può concludere che, sebbene non esista un quadro normativo europeo comune nel campo del diritto di famiglia, le tendenze sovranazionali hanno un impatto sui singoli sistemi nazionali, che sono incoraggiati a ripensare le loro regole[41]. A conferma di ciò, giunse qualche anno dopo anche la sentenza nel caso *Pancharevo*[42]. Trattasi di un'altra importante pronuncia della Corte di giustizia dell'UE nell'ambito della circolazione degli status familiari nello spazio giuridico europeo. I giudici lussemburghesi hanno, infatti, esteso anche ai minori con genitori dello stesso sesso le tutele già garantite ai partner a partire dalla sentenza *Coman*. Nello specifico, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia poneva la questione se le disposizioni del diritto primario dell'UE vadano interpretate nel senso di imporre alle autorità nazionali (in quel caso bulgare) di

[40] Corte di giustizia UE, 5 giugno 2018, C 673/16, *Relu Adrian Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne*, EU:C:2018:385. In letteratura si v. M. Ni Shuilleabhain, *Cross-Border (Non-)Recognition of Marriage and Registered Partnership: Free Movement and EU Private International Law*, in J.M. Scherpe, E. Bargelli (a cura di), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law, Adapting to change*, Cambridge - Antwerp - Chicago, 2021, 16.

[41] Altresì si v. J.M.L. Villaverde, *Same-Sex Couples and EU Private International Law after Coman*, in K. Duden; D. Wiedemann (a cura di), *Changing Families, Changing Family law in Europe*, cit., 157 ss.

[42] Corte di giustizia UE, 14 dicembre 2021, C 490/20, *V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, EU:C:2021:1008.

riconoscere mediante la trascrizione dell'atto di nascita recante l'indicazione di due madri lo *status filiationis* attribuito in un altro Stato membro (nel caso in questione la Spagna) nei confronti di entrambe le madri indicate nell'atto di nascita della minore. L'interpretazione della Corte lussemburghese chiaramente improntata a tutelare la vita familiare delle famiglie omogenitoriali, ha poi portato ad un'iniziativa legislativa risultata nella presentazione di una proposta di regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra gli Stati membri dell'Unione[43].

Già dal *fil rouge* che unisce queste due pronunce, cui la strada fu tracciata dalle molte sentenze precedenti di cui si diceva, appare evidente come la giurisprudenza della Corte di giustizia rivesta un ruolo di grande centralità nel processo di europeizzazione del diritto della famiglia, mostrando di tenere in grande considerazione il diritto fondamentale di ciascun cittadino dell'UE nel vedere garantito il proprio diritto alla protezione della vita familiare, interpretando nello spirito pluralistico la vita familiare in senso ampio e comprensivo di tutte le diverse formazioni familiari tutelate in maggiore o minore misura nei singoli diritti sostanziali della famiglia. A conferma delle riflessioni presentate in apertura, si tratta di un chiaro esempio di intersecazione dei diversi piani giuridici sui quali il diritto di famiglia va osservato nel nostro tempo.

6. *Riflessioni conclusive*

Volgendo al termine di queste riflessioni, occorre tornare all'inizio per capire quale sia la via intrapresa in questo lento, ma continuo, processo di europeizzazione del diritto di famiglia. Si osservava come di più sia stato fatto sul piano delle norme di conflitto laddove sul piano del diritto sostanziale sia prevalsa una certa prudenza. In fondo, non appare possibile armonizzare il diritto di famiglia mediante meri interventi normativi che prescindano dalle differenze culturali, di costumi, di credo e di tradizioni. Per di più lo scopo di questo processo non deve essere quello di annullare le diversità, che non vanno certo interpretate quale ostacolo alla convergenza dei modelli giuridici. Anzi, spesso soluzioni giuridiche diverse conducono alla realizzazione dello stesso risultato per vie diverse.

[43] Proposta di Regolamento del Consiglio *relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione*, COM(2022) 695 final. In letteratura si rimanda alle riflessioni contenute in Aa.Vv., *The Marburg Group's Comments on the European Commission's Parenthood Proposal*, Cambridge, 2024.

L'attenuazione delle diversità senza una corrispondente crescita ed evoluzione spontanea di mentalità e tradizioni giuridiche quasi sempre secolari comporterebbe un appiattimento ed una semplificazione (o meglio una banalizzazione) delle soluzioni che condurrebbe ad una disciplina carente di determinati istituti giuridici.

Europeizzare il diritto di famiglia non significa per forza rimuovere regole (pre)esistenti per sostituirle con "nuove" soluzioni "europee": il trapianto forzato di modelli per certa misura "estranei" al substrato giuridico interno potrebbe provocare l'effetto opposto[44]. Una determinata soluzione giuridica è, infatti, efficace solamente se assimilabile alla tradizione giuridica dell'ordinamento che la introduce: importare un istituto giuridico senza capirne la *ratio* di certo non aiuta nella trasformazione del diritto di famiglia in una direzione comune a tutti gli ordinamenti[45].

Per converso, occorre comprendere e discernere il giusto ruolo che le diverse culture giuridiche nazionali occupano in questo processo, nel quale la comparazione gioca un ruolo centrale. Ciò non solo per mettere a confronto i singoli diritti ma anche per riconoscere i valori giuridici che storicamente avvicinano i Paesi europei, sin da ben prima che diventassero Stati membri dell'Unione europea.

[44] Cfr. A. Pera, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, cit., 116 ss.

[45] Cfr. V. Scalisi, *Studi sul diritto di famiglia*, cit., 41. l'Autore ritiene che la cultura giuridica sia parte "*fondamentale e imprescindibile del processo di integrazione giuridica europea*".

ELENCO DEGLI AUTORI

Gianmaria Ajani
Dipartimento interateneo di Scienze, progetto e politiche del territorio, Università di Torino

Guido Alpa †
Facoltà di Giurisprudenza, Università La Sapienza di Roma

Luisa Antoniolli
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Vittoria Barsotti
Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Firenze

Giuseppe Bellantuono
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Caterina Bergomi
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Carlo Biasior
Centro di Ricerca e Tutela dei Consumatori e degli Utenti di Trento

Nevenka Bogojević-Gluščević
Facoltà di Giurisprudenza, Università del Montenegro

Andrea Borroni
Dipartimento di Scienze politiche, Università della Campania Luigi Vanvitelli

Matteo Borzaga
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Maurizio Cafagno
Dipartimento di Diritto, economia e culture, Università dell'Insubria

Paolo Carta
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Roberto Ceccon
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Fulvio Cortese
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Michele Cozzio
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Domenico Di Micco
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino

Federico Fedrizzi
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Silvia Ferreri
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino

Francesca Fiorentini
Dipartimento di Scienze giuridiche, del linguaggio, dell'interpretazione e della traduzione, Università di Trieste

András Földi
Dipartimento di Diritto romano e storia giuridica comparata, Università Eötvös Loránd di Budapest

Fabrizio Fracchia
Dipartimento di Studi giuridici, Università Bocconi di Milano

Andrea Fusaro
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova

Gale Galev
Facoltà di Giurisprudenza, Università Iustinianus Primus di Skopje

Andrea Maria Garofalo
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

José María Gimeno Feliú
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Saragozza

Michele Graziadei
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino

Esther Happacher
Istituto di Diritto italiano, Università di Innsbruck

Nenad Hlača
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Rijeka

Paola Iamiceli
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Radoje Korać
Facoltà di Giurisprudenza, Università del Montenegro

Elena Ioriatti
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Antonio Lazari
Facoltà di Giurisprudenza, Università Pablo de Olavide di Siviglia

Franco Mastragostino
Dipartimento di Scienze giuridiche, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Thomas Mathà
Coniglio di Stato, Roma

Mattia Melloni
Autorità per la Concorrenza, Lussemburgo

Nikola Mojović
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Banja Luka

Dušan Nikolic
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Novi Sad

Piergiorgio Novaro
Dipartimento di Scienze politiche e sociali, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Miodrag Orlić
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Belgrado

Andrea Ortolani
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Rikko

Nicoletta Parisi
Dipartimento di Scienze politiche, Università Cattolica S.C. di Milano

Barbara Pasa
Dipartimento di Culture del progetto, Università IUAV di Venezia

Teresa Pasquino
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Jelena Perović Vujačić
Facoltà di Economia, Università di Belgrado

Alberto Pierobon
Studio Pierobon, Caerano di San Marco (Treviso)

Andrea Piletta Massaro
Facoltà di Giurisprudenza, Université Catholique di Lione

Cristina Poncibò
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino

Giulio Ponzanelli
Facoltà di Giurisprudenza, Università Cattolica S.C. di Milano

Barbara Pozzo
Dipartimento di Diritto, economia e culture, Università dell'Insubria

Andrea Pradi
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Aldo Radolović
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Rijeka

Oliver Radolović
Facoltà di Economia, Università Jurai Dobrila di Pola

Zoran Rašović
Facoltà di Giurisprudenza, Università del Montenegro

Gianmatteo Sabatino
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Massimo Santaroni
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Filippo Sartori
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Mario Serio
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Palermo

Guido Smorto
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Palermo

Marina Timoteo
Dipartimento di Scienze giuridiche, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Roberto Toniatti
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento

Marco Torsello
Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Verona

Radovan D. Vukadinović
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Kragujevac

Jelena Vukadinović Marković
Istituto di Diritto comparato, Belgrado

Sandra Winkler
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Rijeka

Jens Woelk
Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento