



Comparative Law Review

VOLUME 14/2 – 2023

ISSN:2038 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma
Massimiliano Granieri

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta
Tommaso Amico di Meane
Lorenzo Serafinelli

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Mauro Grondona

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE LAW REVIEW VOL. 14/2

6

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH
Tort law as a legal-realist system

17

ERMANNIO CALZOLAIO
Digital Assets and Property: Comparative Remarks from a Civil Law
Perspective

33

TOMASZ GIARO
The Wave of Transfers: An East-European Chapter in the Civil Law
Tradition

59

LORENZO SERAFINELLI
Aborto, armi da fuoco e cambiamento climatico.
Ovvero sulla privatizzazione del conflitto politico negli Stati Uniti a partire dal
trattico di sentenze del giugno 2022 della Corte Suprema

84

MAREL KATSIVELA
Vicarious/employer's liability in common law and in civil law in Canada

101

ANDREA STAZI
Smart Contracts: Elements, Pathologies and Remedies

116

CLAUDIA AMODIO

Il ruolo del precedente giudiziale nell'esperienza francese. Forme e riforme

145

CARLOS DE CORES HELGUERA

Causa concreta e operazione economica nella giurisprudenza uruguayana. L'influenza di Enrico Gabrielli

156

GIANMATTEO SABATINO

L'impero come forma giuridica della contemporaneità

194

ANNA BITETTO

European vs. American Class Action: discrepancy in law and economics perspective!

211

ENRICO BUONO

The Italian Constitution in the Anthropocene. Tracing The European Tradition of Environmental Constitutionalism

IL RUOLO DEL PRECEDENTE GIUDIZIALE NELL'ESPERIENZA FRANCESE. FORME E RIFORME

Claudia Amodio

SOMMARIO:

I. LA GIURISPRUDENZA COME FONTE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA FRANCESE: UNA QUESTIONE DI «STILE»; II. LE FORME DELL'AUTOREVOLEZZA OPERAZIONALE (E ORDINAMENTALE) DELLA *COUR DE CASSATION*. TENDENZE EVOLUTIVE E RIFORME RECENTI; III. DAL DIBATTITO SULLA RETROATTIVITÀ DEI *REVIREMENT* GIURISPRUDENZIALI... IV. ... ALLA FINE DEGLI «ATTENDU QUE». LA MODERNIZZAZIONE DELLO STILE DELLA *COUR DE CASSATION* E L'IRROBUSTIMENTO DEL SUO ONERE MOTIVAZIONALE; V. LA RIFORMA DEL SISTEMA DI REPERTORIAZIONE DELLE SENTENZE E L'*OPEN DATA*: NUOVE PROSPETTIVE PER IL PRECEDENTE?

The paper seeks to shed new light on the controversy in France over the role of the judiciary in the law-making process in the context of recent reforms that have changed the structure and the mode of publication of the Cour de cassation's judgments.

Part I examines the controversy within a group of related issues that pertain to the uniqueness of the French legal style, with priority of focus given to the understanding of the manifold and essential conditions underlying the 'derivative' authority of judicial decisions.

Part II explores aspects of judicial practice that are of paramount importance in assessing the actual operative authority of the French Supreme Court, going beyond and functioning despite its seemingly deficient argumentative legitimacy.

Part III makes an analysis of the debate in French law over the reversal of precedents and their retroactive effects, that has revived policy discussions with respect to the promotion of 'legal certainty' through a more 'realist' approach to the function of judgments.

Part IV and Part V deal with new perspectives on judicial precedent opened up by the newborn awareness of the importance of the quality and intelligibility of Cour de cassation's judgments, as well as by the various legal mechanisms allowing the Court to arrange them hierarchically.

«La jurisprudence est donc une source du droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit».

(Ph. Malaurie, *La jurisprudence parmi les sources du droit*, Defrénois, 2006, p. 479).

I. LA GIURISPRUDENZA COME FONTE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA FRANCESE: UNA QUESTIONE DI «STILE»

L'ottica comparativa detta differenziale¹, ricorrente e praticata nell'ambito del raffronto *civil law-common law* ma non solo, sembra particolarmente addirsi allo studio della giurisprudenza

¹ Tale ottica conduce a criticare, talora anche aspramente, i cedimenti del discorso comparativo verso le prospettive transnazionali unificanti, rinvenendovi se non la costruzione di identità giuridiche artificiali, quantomeno il rischio di sottovalutare le relazioni costitutive che fondano l'interdipendenza tra il diritto e il contesto culturale in cui opera: ciò che una delle voci più rappresentative di quest'approccio qualifica da ultimo come la «there-ness» del diritto (P. Legrand, *Negative comparative law : a Strong Programme for Weak Thought*, Cambridge and New York, 2022, p. 231).

come fonte² nell'esperienza francese³, tanto questa appare incarnare una sorta di versione esasperata di tutti gli assunti filosofico-giuridici che nella tradizione europeo-continentale hanno storicamente accompagnato la posizione egemonica del legislatore nell'ordinamento, primo tra tutti l'idea che «the essence of law», lungi dall'essere rinvenibile «within society of its own vitality», formi un tutt'uno con una «sovereign will»⁴.

In uno scritto pubblicato cinquant'anni orsono, un fine studioso delle istituzioni giudiziarie francesi ha creduto di rinvenire nella «supersition de la loi, qui doit pourvoir à tout, qui doit régler tous les problèmes, résoudre toutes les difficultés, lever tous les obstacles», un riflesso della preoccupazione di scongiurare ciò che epistemologicamente alligna «à l'état latent» nella mentalità giuridica di Oltralpe, ossia «une crainte profonde de l'arbitraire»⁵. La diagnosi può apparire esagerata per quanto è netta, ma è comunque indicativo che molti indici di quella che Paolo Grossi ha suggestivamente qualificato come «passività psicologica»⁶ di fronte ad un testo legislativo, siano stati ritrovati, anche di recente, nei più vari contesti discorsivi: con riguardo ad esempio alla tendenza dei giuristi francesi ad «attenuare l'effetto di originalità che potrebbero produrre i loro scritti»⁷, o al loro mancato incontro «con i tormenti del realismo giuridico»⁸, ma anche in riferimento a ciò che pur in un'epoca di accentuato disordine normativo continua a mantener viva la «névrose collective»⁹ di una sottostante «rationalité de l'ordre juridique»¹⁰, o le suggestioni consolanti di una scienza della legislazione¹¹.

Dal punto di vista della teorica delle fonti, non c'è dubbio che la sterilizzazione del formante giurisprudenziale abbia raggiunto la sua massima espressione nell'art. 5 del *Code civil*, il quale nel codificare il paradigma «decisionista» della sentenza, lo ammantava anche della specifica valenza simbolica associata al divieto per i giudici di ingerirsi, attraverso degli *arrêt de règlement*, nell'attività normativa riservata al legislatore¹². Un divieto che riflette, se non l'illusoria idea di un diritto senza interprete, quantomeno, e certamente, l'assolutizzazione

² Sulle questioni terminologiche legate alla possibile sinonimia sostanziale tra «giurisprudenza» e «precedente», v. L. Passanante, *Il precedente impossibile: Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, p. XI ss, ove ulteriori riferimenti.

³ Per una celebre trattazione storico-comparativa della «French Deviation» v. J.P. Dawson, *The Oracles of Law*, Ann Arbor, 1968, p. 263 ss.

⁴ C. K. Allen, *Law in the Making*, 7. ed., Oxford, 1964, p. 1.

⁵ R. Perrot, *De l'empreinte juridique sur l'esprit de la société française*, in A. Siegfried, *Aspects de la société française*, Paris, 1954, p. 189 (c.vo dell'autore). Più di recente, V. Lasserre-Kiesow, *Comment faire les lois? L'éternel retour d'un défi*, in R. Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 212 ha notato come «si la diabolisation de l'arbitraire marque la naissance des grands codes, il s'agit naturellement de l'arbitraire du juge».

⁶ P. Grossi, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quad. fior.*, 1988, p. 525.

⁷ Così C. Atias, *Teoria contro arbitrio - Elementi per una teoria delle teorie giuridiche* (1990), Milano, 1990, p. 133. Cfr. anche J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction*, 27 ed., Paris, 2002, p. 308 ss.

⁸ C. Jamin, *L'incontro mancato dei civilisti francesi con il realismo giuridico*, in *ISAIDAT Law Rev.*, 2010, p. 33 ss.

⁹ Definita dall'ostinata «confusion entre fiction et réalité»: P. Legrand, *Perspectives du dehors sur le civilisme français*, in N. Kasirer (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, 2003, p. 155.

¹⁰ R. Libchaber, *L'impossible rationalité de l'ordre juridique*, in *Mélanges Oppetit*, Paris, 2009, p. 505 ss.

¹¹ Nella terminologia francese: «légistique». Cfr. Sul punto V. Lasserre-Kiesow, *Comment faire les lois? L'éternel retour d'un défi*, cit., p. 209 ss.

¹² Sul piano funzionale, la comparazione tra la sentenza come «decisione» della lite e la sentenza come «precedente giudiziale», si deve notoriamente a G. Gorla, *Lo stile delle sentenze. Testi commentati*, in *Quaderni de «Il Foro italiano»*, 1968, p. 376 ss.

di una concezione tendenzialmente monista del diritto¹³, la salvaguardia della quale viene fatta dipendere da un preciso orizzonte entro cui collegare la regola giurisprudenziale, tale per cui essa non solo andrà vista come sempre ascrivibile, sia pur per il tramite di interpretazioni evolutive, al legislatore, ma andrà anche concepita, primariamente, come una prescrizione diretta ad una ristretta cerchia di destinatari (parti in causa e soggetti chiamati ad eseguirla)¹⁴.

Naturalmente, non si può non osservare come su tale statuto abbia inciso e continui ad incidere il modello del giudice funzionario, preordinato esso com'è, da un lato, a rompere con la tradizione premoderna della privatizzazione della funzione giurisdizionale e, dall'altro e conseguentemente, a rendere partecipe l'espressione tipica di quest'ultima – la sentenza – di un unico momento di sovranità incarnato dall'azione del legislatore¹⁵. Da questo punto di vista, la circostanza che ad un regime sostanzialmente autoritario quale quello napoleonico siano dovuti, oltre a tale modello, anche il sistema di garanzie di indipendenza e di inamovibilità dei giudici, potrebbe apparire sorprendente solo a chi non ponesse mente al fatto che a partire dalla Rivoluzione, quella tessuta attorno al giudiziario è non solo una «rete di sicurezza», ma anche e soprattutto una rete di «esautoramento»¹⁶. In altre parole, prima ancora che in una precisa disarticolazione dei rapporti tra produzione e applicazione delle regole giuridiche, l'opportunità di non opporre al potere legislativo un altro corpo o un'altra istituzione si trova radicalizzata nella stessa conformazione dello statuto dell'«autorité judiciaire», formula che persino i costituenti della Quinta Repubblica, più di centocinquant'anni dopo, non esiteranno a preferire a «pouvoir judiciaire»¹⁷. Del resto, nessuna tradizione come quella francese si sente così ancora ossessivamente minacciata dallo spettro del «gouvernement des juges»¹⁸.

Il fatto è che dal punto di vista anche sincronico, il tema della giurisprudenza come fonte rinvia ad una pluralità di nuclei tematici – teorica delle fonti, *legal process*, mentalità giuridica... – tutti aggregabili entro la prospettiva dello *stile* complessivo del sistema¹⁹, cosicché ciò che può essere percepito come un intollerabile vizio Oltremarica o al di là

¹³ P. Jestaz, *Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à l'autre*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 308. Nel senso che tale concezione sia condizionata anche dalla visione tipicamente cattolica dei rapporti tra l'universale e il particolare, v. A. Garapon e I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Paris, 2003, p. 124 ss.

¹⁴ A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, p. 313.

¹⁵ Cfr. A. Diurni e D. Henrich, *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano, 2006, p. 90.

¹⁶ A. De Vita, *La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 187.

¹⁷ Cfr. J. Foyer, *La justice: histoire d'un pouvoir refusé*, in *Pouv.*, 1981, p. 17 ss. e M. Troper, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?*, ivi, p. 5 ss.

¹⁸ L'espressione deriva dal noto lavoro di Édouard Lambert (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, 1921), ove era riferita – principalmente, anche se non esclusivamente – agli ostacoli di marca conservatrice frapposti dalla Corte Suprema allo sviluppo della legislazione sociale all'epoca del New Deal; nondimeno, il suo tono polemico è stato recuperato in vari contesti discorsivi, per denotare, genericamente, le rotture degli equilibri istituzionali capaci di risolversi a vantaggio del potere giudiziario: cfr., per tanti, G. Timsit, *L'évaluation en science juridique: retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges*, in *Rev. eur. sc. soc.*, 2007, p. 103 ss.; D. Terré, *Gouvernement des juges et démocratie*, in *Arch. phil. dr.*, 2003, p. 409 ss.; L. Favoreu, *Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel*, in *Cab. Cons. const.*, 2001, n. 10 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/sur-l-introduction-hypothetique-du-recours-individuel-direct-devant-le-conseil-constitutionnel>).

¹⁹ Qualsiasi ambito tra i molti in cui la parola “stile” è intervenuta come una sorta di intermediario linguistico tra il diritto e un più vasto contesto storico-intellettuale, si offre come un esempio di un'istintiva, e anzi congenita, preoccupazione dei comparatisti, volta da un lato al superamento del punto di vista formalista, e dall'altro al riempimento dei “vuoti” attraverso cui l'apprensione del diritto si è andata tradizionalmente costruendo. Il primo manuale a farvi ricorso è quello, celeberrimo, di Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato* (1984), vol. 1, Milano, 1992, p. 84 ss.

dell'Atlantico – si pensi al gusto per le formule astratte e geometriche, nette e concise, al limite del lapidario – può tranquillamente assurgere ad un'irrinunciabile virtù del ragionamento giuridico nell'esperienza francese, e viceversa²⁰.

Non è certo senza ragione che a partire dai fondamentali studi di Gino Gorla pubblicati nei *Quaderni del Foro italiano*²¹, un approccio molto diffuso tra i giuscomparatisti raccomandi di dare il giusto rilievo, all'interno dei cosiddetti demarcatori sistemologici, allo stile delle sentenze, essendo questo l'espressione a livello linguistico sia del potere al quale si riferiscono, sia di una concezione del diritto e della giustizia storicamente determinata, entrambe a loro volta connotate e assortite da una vasta gamma di usanze e di riti²².

Immaginando che la tecnica redazionale delle decisioni giurisprudenziali racchiuda una sorta di autoritratto del giudice, uno scritto di Lasser suggerisce che «[t]he American judge is somehow expected to judge, really to judge», laddove «[i]n France, the Code is supposed to have *already* judged»²³. Ed invero, la sentenza di *common law*, tesa com'è a far risaltare, attraverso l'approfondita discussione di varie *rationes* e *opiniones*, la bontà della soluzione giurisprudenziale raggiunta, appare rispondere anche esteticamente al celebre adagio anglosassone, per cui «justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done»²⁴. Viceversa, la sentenza francese, in particolare quella promanante dalla *Cour de cassation*, è tipicamente redatta per riportare il precetto enunciato, anche eventualmente inedito, all'autorità di un testo, onde appunto avvalorare l'opposta idea di «une science logique du droit, une science dans laquelle les prémisses légales étant univoques et intangibles, la conclusion s'imposera avec la force d'une démonstration géométrique»²⁵. La distanza tra i due universi – romantico il primo, classico il secondo – è tale che potrebbe in un certo senso evocare quella che anche visivamente intercorre tra un giardino alla francese e un giardino all'inglese²⁶.

Sul piano più strettamente tecnico-giuridico, è plausibile ritenere che ai giudici francesi non sia restato che trarre le conseguenze, anche a livello linguistico, della diffidenza da cui procede il loro statuto nel delicato passaggio dall'Antico Regime alla modernità²⁷. Caratteristiche come la segretezza delle loro deliberazioni e l'impersonalità e laconicità del loro linguaggio, rispecchiano, da questo punto di vista, più che una rivendicazione di indipendenza, l'ostentazione di una discrezione, che si vuole assicurata tanto al momento dell'elaborazione, quanto al momento della stesura di una sentenza, l'idea sottostante

²⁰ R. Sefton-Green, *Vices et vertus de la motivation judiciaire : comparaisons anglo-françaises*, in *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, no. 2, 2011, p. 89 ss.

²¹ E poi successivamente raccolti in due volumetti: G. Gorla, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, Roma, 1968 e Id., *Lo stile delle sentenze. Testi commentati (seconda puntata)*, Roma, 1968.

²² G. Gorla, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, cit., p. 94. Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. Amodio, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012, p. 186 ss.

²³ M. de S.-O.-SE. Lasser, *Judicial (Self-)Portrait: Judicial Discourse in the French Legal System*, in 104 *Yale L. J.*, 1995, p. 1326 (c.vo dell'autore).

²⁴ *R v Sussex Justices, ex parte McCarthy* [1924] KB 256 (l'espressione è tratta dall'*opinion* di Lord Hewart, p. 259).

²⁵ L. Raucant, *Droit et linguistique - une approche du formalisme juridique*, in *Les Cah. de droit*, 1978, p. 593.

²⁶ H. Croze, *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation*, in *Mélanges Malaurie*, Paris, 2005, p. 181 s.

²⁷ Cfr. J.P. Dawson, *The Oracles of Law*, cit., part. p. 263 ss. e 431.

essendo che l'unica razionalità concessa è quella logico-cartesiana e l'assenza di contraddizioni interne²⁸.

La scarsa propensione dei giudici francesi, e in particolare dei giudici di legittimità, a mettere ufficialmente in vista l'originalità del proprio operato, unitamente alla loro spiccata tendenza a sterilizzare al massimo la *ratio decidendi* dai fatti di causa²⁹, appare con ciò quanto di più lontano si possa immaginare sia dalla preoccupazione di fornire una spiegazione comprensibile e persuasiva circa la bontà della soluzione adottata³⁰, sia da quella, connessa, di enunciare una regola, un precedente, che sia giuridicamente vincolante per l'avvenire³¹: preoccupazioni cui, per converso, risponde il modello deliberativo e normativo proprio delle sentenze di *common law*³², per sua natura improntato ad una concezione del diritto più pluralistica e politicamente più carica di quella in cui la giurisprudenza francese, e in più in generale la cultura giuridica, è disposta a riconoscersi³³.

Tradizionalmente, la dottrina francese qualifica le decisioni cui si deve l'attuale conformazione di molti settori dell'ordinamento come *arrêt* di principio, vale a dire sentenze che per l'autorità da cui promanano e la solidità dell'indirizzo interpretativo rappresentato, sono relativamente sottratte al "rischio" di *revirement*. Ma evidentemente nulla impedisce che all'epoca in cui sono stati formulati, taluni *arrêt* di principio siano stati il frutto di un *revirement*, e nemmeno che in futuro essi vengano superati in virtù di un nuovo mutamento giurisprudenziale³⁴.

Riservandoci di approfondire più avanti lo "stampo" concettuale imperniato sugli «attendu que» al quale la *Cour de cassation* ha tradizionalmente aderito in ottemperanza all'ideologia antigisprudenziale che ne ha decretato l'originaria istituzione come *Tribunal de cassation*³⁵, va detto sin d'ora che la stringatezza delle sue sentenze si è tradizionalmente spinta sino, in pratica, all'assenza di motivazione, proprio con riguardo ai *revirement* giurisprudenziali. Fermo restando che nessuna esperienza giuridica può dirsi immune da oscillazioni o da contrasti interpretativi anche importanti³⁶, l'impressione cioè è che la forza di impatto sprigionatasi storicamente dal legicentrismo e dai suoi corollari abbia raggiunto in un certo senso il suo culmine ogniqualvolta l'assolvimento di un onere motivazionale aggiuntivo sarebbe stato più attendibile³⁷. Infatti, che in Francia un indirizzo interpretativo anche

²⁸ W. Mastor, *Opiner à voix basse... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés*, in *Mélanges Genevois*, Paris, 2009, part. p. 725 ss.

²⁹ Cfr. A. Gambaro, *Lo stile della sentenza francese*, in L. Vacca (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, Torino, 2000, part p. 122.

³⁰ Sul punto M. Taruffo, voce *Motivazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 20, 1990, Roma, p. 2.

³¹ Ricorda la rigida interpretazione francese dei limiti del giudicato G. Cornu, *La sentence en France*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, p. 161.

³² V. per tutti G. Gorla, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella «Common Law»: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui "Reports" e sul "Dissenting"*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 1239 ss.

³³ Ciò che spiega naturalmente anche le evoluzioni dei meccanismi di *appointment* dei giudici americani, come ben chiarito già da J. Ferejohn, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, in *Law & Contemp. Prob.*, 2002, pp. 41 ss. e 65.

³⁴ C. Atias, *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé*, in *JCP*, 1984, I, 3145.

³⁵ Cfr. da ultimo il sintetico ma efficace *excursus* storico rinvenibile nel *Rapport* «Assemblée plénière, chambre mixte, avis», settembre 2021, part. p. 11 ss. (<https://www.courdecassation.fr/files/files/R%C3%A9forme/RAPPORT%20Assembl%C3%A9e%20pl%C3%A9ni%C3%A8re%20-%20chambre%20mixte%20-%20avis.pdf>).

³⁶ La storia anche recente insegna che ovunque, incluso nella tradizione di *common law*, il valore della giurisprudenza costante e uniforme è tutto tranne che un valore assoluto, persino in tema di diritti fondamentali. Il riferimento, ovviamente, è al caso *Dobbs*: cfr. tra tanti N. Varsava, *Precedent, Reliance, and Dobbs*, in *Harv. Law Rev.*, 2023, p. 1845 ss.

³⁷ Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5. ed., Torino, 1992, p. 45.

consolidato possa essere capovolto senza che l'affermazione di un nuovo orientamento passi per un confronto anche minimo con quello che si è inteso superare, la dice lunga su quanto la cortina ellittica degli «attendu que» corrisponda ad un «conservatorismo estetico»³⁸ che sotto molti aspetti potremmo considerare come la cifra più emblematica dello stile francese. Uno stile che è sì legato a doppio filo con l'esperienza della codificazione e quindi con la scrittura del diritto, ma che, con paradosso solo apparente, deve essere colto anche e soprattutto nell'alternanza tra ciò che è scritto o scrivibile e ciò che non lo è. In fondo, l'«immense subtilité sur laquelle repose la jurisprudence» nel diritto francese sta proprio in questo: se da un lato, «son autorité de fait justifie son importance dans la prise de décision», dall'altro «son absence d'autorité de droit lui interdit d'accéder à l'écriture de la décision»³⁹.

II. LE FORME DELL'AUTOREVOLEZZA OPERAZIONALE (E ORDINAMENTALE) DELLA *COUR DE CASSATION*. TENDENZE EVOLUTIVE E RIFORME RECENTI

Fin qui per quanto riguarda i retaggi culturali dell'epoca in cui prende forma la svolta codificatoria e, con essa, una teorica delle fonti in cui da un lato il legislatore assume monopolisticamente il ruolo un tempo condiviso con la dottrina e la giurisprudenza, e dall'altro, e conseguentemente, quest'ultima – al pari della scienza giuridica – si costituisce come conoscenza di qualcosa che le è dato da fuori come punto di partenza assoluto.

Ma accanto alle peculiarità di una data tradizione giuridica, lo sguardo del comparatista si interessa naturalmente anche alle tendenze evolutive in grado di rivelare eventuali affinità transnazionali, potendo queste emergere tanto dalla circolazione di suggestioni e modelli alieni ritenuti congeniali a determinate esigenze, quanto – se non specialmente – dal sempre possibile iato tra la teoria e la prassi dei processi di produzione normativa, ovvero, tra formanti declamatori e formanti operazionali⁴⁰.

Fermo restando che una disamina esauriente dei vari fattori che nel tempo hanno reso del tutto controfattuale la visione francese che riduceva i giudici a meri esecutori/interpreti della volontà sovrana del legislatore, è un obiettivo che qui non ci si può neanche lontanamente prefiggere, non c'è dubbio che il colpo di grazia sia stato inferto dall'apertura dell'ordinamento a istanze di legalità che si collocano fuori dal livello statale, e soprattutto dal ruolo (necessariamente) svolto in tale apertura dai giudici nazionali⁴¹. La sovranità e l'unificazione del diritto sono d'altronde il segno distintivo dello Stato moderno, mentre la crisi della sovranità e il pluralismo giuridico – un pluralismo capace di moltiplicare tanto i

³⁸ C. Atias, *Teoria contro arbitrio - Elementi per una teoria delle teorie giuridiche*, cit., p. 133.

³⁹ P. Deumier, *Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2016, p. 67 (c.vo nostro).

⁴⁰ Cfr. ovviamente R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 60 ss. e, volendo, per ulteriori riferimenti alle strategie comparatistiche volte a dare rilievo ai limiti della normatività esplicita: C. Amodio, *Taking metaphors seriously. L'occhio del comparatista sul diritto*, in *The Cardozo L.B.*, 2014, 20(2), part. p. 28 ss.

⁴¹ M. de S.-O.-SE Lasser, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, 2009. Per quanto riguarda specificamente il ruolo della *Cour de cassation*, cfr. D. Simon, *La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne: Europe du droit, Europe des juges*, in AA.VV., *La Cour de cassation et la construction juridique européenne - Rapport annuel 2006 de la Cour de Cassation*, part. p. 80 ss. (https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2006.pdf).

modi di produzione delle regole quanto i livelli giurisdizionali di tutela dei diritti – lo sono, probabilmente, dello Stato contemporaneo⁴².

La rivincita silente del formante giurisprudenziale comincia però in realtà già nel XIX secolo, e forse si può dire per il modello di sentenza racchiuso nell'art. 5 del *Code civil* quanto si è osservato retrospettivamente a proposito del formalismo della Scuola dell'Esegesi, e cioè che esso inglobava in fondo, già in sé, il germe del suo declassamento a mera professione di fede⁴³.

Se nel 1968, J.P. Dawson osservava come il ruolo della giurisprudenza quale artefice primo della costruzione di interi settori dell'ordinamento francese sia stato gelosamente conservato e difeso proprio attraverso l'essenzialità delle formule oracolari della *Cour de cassation*⁴⁴, quest'ultima è apparsa vieppiù consapevole del suo «rôle normatif», al punto di dedicare lo studio annuale del 2018 proprio a questo tema⁴⁵. D'altra parte, anche Oltralpe la migliore dottrina discorre non da ora, di «gradation des arrêts»⁴⁶, con ciò intendendo evocare un'implicita gerarchia tra la «masse des décisions ordinaires» nelle quali la *Cour de cassation* «n'est que le juge du cas» e le ipotesi di «jurisprudence normative»⁴⁷ il cui valore di precedente è quantomeno persuasivo.

La complessità del tema richiede peraltro di riconoscere che la stessa distinzione tra precedente vincolante e precedente persuasivo, già di per sé discutibile e discussa⁴⁸, non rende ragione del fatto che se il diritto francese è disposto ad occultare la capacità creativa della giurisprudenza, sacrificandola per così dire sull'altare del formalismo giuridico, è tendenzialmente da escludere che la stessa disponibilità possa riscontrarsi rispetto al problema della coerenza anche applicativa del diritto⁴⁹, che anzi trova nell'enfasi sulla funzione nomofilattica della *Cour de cassation* il suo naturale referente discorsivo. Va rilevato semmai come il ruolo operativo (e ordinamentale) dei giudici di legittimità transiti tradizionalmente più che dal testo delle loro decisioni, da vari strumenti che mirano a tutelare la credibilità e l'autorevolezza dell'organo al quale appartengono⁵⁰.

Qualche anno fa, Lasser ha messo in luce come per tradizione, il livello al quale la *Cour de cassation* ha elaborato la sua politica giurisprudenziale non è esclusivamente lo stringato discorso ufficiale degli *arrêt*, bensì, soprattutto, un discorso per così dire *à côté*, svolto a margine delle decisioni più importanti⁵¹. Indicazioni preziose si possono ricavare in particolare dai *Bulletin* della Corte e dai più autorevoli *Recueils* di giurisprudenza, i quali nei casi più significativi non si limitano a riportare gli *arrêt*, ma descrivono anche lo svolgimento del processo e le conclusioni delle parti e – ciò che è più importante – spesso contengono

⁴² Nella letteratura francese, l'opera forse più stimolante in materia si deve a J. Chevallier, *L'état post-moderne*, 2. ed., Paris, 2004.

⁴³ A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 315 s.

⁴⁴ J.P. Dawson, *The Oracles of Law*, cit, part. p. 431.

⁴⁵ *Le rôle normatif de la Cour de cassation – Etude annuelle 2018* (https://www.courdecassation.fr/IMG///2019-0118_Etude_2018.pdf *Le rôle normatif de la Cour de cassation – Étude annuelle 2018*).

⁴⁶ P. Deumier, *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation*, in *Arch. phil. dr.*, 2006, 57.

⁴⁷ P. Rémy, *La part faite au juge*, in *Pow.*, 2003, p. 33.

⁴⁸ Tra tanti, v. l'analitica trattazione di G. Sartor, *Il precedente giudiziale*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 1100 ss.

⁴⁹ Come messo in luce nell'ampio e articolato studio di P. Deumier, *Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation Étude des travaux préparatoires*, in *Mélanges Burgelin*, Paris, 2008, p. 125 ss.

⁵⁰ A. Gambaro, *Lo stile della sentenza francese*, cit., p. 135

⁵¹ M. de S.-O.-SE. Lasser, *Judicial (Self-)Portrait: Judicial Discourse in the French Legal System*, cit., part. p.1343 ss. Solo in tempi recentissimi, come si vedrà *infra*, la *Cour de Cassation* ha deciso di rafforzare la parte motivazionale delle sue decisioni, ricomponendo almeno parzialmente questa sorta di «biforcazione», accentuata dal progressivo proliferare, accanto alle sentenze, dei dispositivi volti alla loro comunicazione e divulgazione.

le relazioni dei Consiglieri e i pareri degli Avvocati generali. Estremamente importanti sono anche i *Rapport* pubblicati con cadenza annuale sul sito ufficiale della *Cour de cassation*, la cui caratteristica distintiva è, in sintesi, quella di contenere una sorta di dottrina⁵² o di pedagogia⁵³ della massima autorità della giustizia ordinaria francese⁵⁴. Meno assillato dal proposito di dissimulare le considerazioni tecnico-giuridiche e politico-normative che costituiscono le ragioni più profonde di una sentenza⁵⁵, questo discorso *à côté* costituisce una fonte di cognizione imprescindibile per evidenziare il carattere di «diritto pubblico mascherato»⁵⁶ di alcune decisioni giurisprudenziali. La sua importanza, inoltre, è accresciuta dalle informazioni che esso per solito fornisce circa l'orientamento nel cui solco una determinata sentenza si inserisce o introduce, eventualmente, una soluzione di continuità⁵⁷. Uno studio monografico del 2021 ha documentato inoltre come da vent'anni a questa parte gli avvocati generali presso la Corte facciano ricorso all'«argument du précédent» addirittura nel 98% dei casi⁵⁸.

Su un piano diverso ma comunque correlato alla funzione ordinamentale della *Cour de cassation*, va ricordato che pur essendo molto meno restrittivo rispetto a quello che caratterizza, notoriamente, i paesi *di common law*, l'ordinamento francese dispone anch'esso dal 2002 di un insieme di dispositivi che condizionano l'ammissibilità dei ricorsi e ne differenziano il trattamento⁵⁹: un sistema, questo, che si è gradualmente affinato nel corso del tempo, producendo un considerevole effetto deflativo⁶⁰.

Si noti poi che su impulso del Presidente della Corte, la decisione del ricorso avverso la sentenza di un giudice di rinvio il quale abbia deciso nello stesso senso della sentenza precedentemente cassata sarà normalmente rimessa all'*Assemblée plénière*. Inoltre, proprio in virtù dell'autorevolezza che connota le sentenze rese in questa particolare formazione, costituita da tutti i Presidenti e da alcuni giudici delle singole sezioni, l'*Assemblée plénière* può altresì essere chiamata a decidere questioni di principio rispetto alle quali si siano manifestate divergenze interpretative tra i giudici di merito e la giurisprudenza dell'organo di vertice. Qualora invece si renda necessario superare un contrasto giurisprudenziale tra due o più sezioni della Corte, e sempre su iniziativa del Presidente, il ricorso può essere devoluto ad una *Chambre mixte*⁶¹.

⁵² R. Libchaber, *Une doctrine de la Cour de cassation?*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 197 ss.

⁵³ P. Deumier, *La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie dans les arrêts, pédagogie hors les arrêts*, in P. Raimbault e M. Hecquard-Théron (a cura di), *Pédagogie au service du droit*, Toulouse, 2011, p. 403 ss.

⁵⁴ Y. Chartier, *Le rapport de la Cour de cassation*, in *JCP*, 2000, I, 238, part. p. 1183 s.

⁵⁵ In dottrina sono state talvolta ravvisate anche delle discrasie tra il discorso ufficiale e il discorso ufficioso: P. Deumier, *Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 61 ss.

⁵⁶ L'espressione è di S. Rodotà, *Introduzione al tema «La responsabilità civile tra presente e futuro»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 561.

⁵⁷ Cfr. X. Henry, *Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil*, in *BICC* 2004, n. 599.

⁵⁸ G. Leroy, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, Aix-Marseille, 2021, part. p. 23 ss.

⁵⁹ Cfr. S. Amrani-Mekki, *Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français*, in L. Cadiet e S. Amrani-Mekki (a cura di), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation : quelle mission pour la Cour de cassation ? : enjeux nationaux, regards extérieurs*, Paris, 2005, p. 19 ss. e F. Terrier, *La pratique de la procédure de non-admission à la Cour de cassation*, in *Just. et Cass.*, 2013, p. 95 ss.

⁶⁰ Per una recente visione d'insieme, v. C. Gau-Cabée, *La Cassation française à l'épreuve du nombre - Chronique d'une émancipation inachevée*, Paris, 2021.

⁶¹ A. Perdriau, *La chambre mixte et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation*, in *JCP*, 1994, I, 3798, p. 465 ss.

Siamo forse lontani dal poter dire che esiste un vincolo relativo alle decisioni rese dei più alti consessi giurisdizionali, ma è chiaro che le prospettive del precedente come fonte sono tanto più aperte quanto più si valorizzi, anche in difetto di un assetto che ad esso riconosca formale preminenza, l'esigenza che l'opera di concretizzazione del diritto vivente svolta dalla *Cour de Cassation* costituisca un punto di riferimento ordinamentale. Senza dimenticare che nell'ordinamento francese esistono originali meccanismi di nomofilachia cosiddetta preventiva⁶² e un ancor più originale sistema di giustizia costituzionale che, collocandosi in una posizione assolutamente peculiare rispetto alla contrapposizione sindacato diffuso-sindacato accentrato, attribuisce un'eccezionale importanza al ruolo interpretativo svolto dagli organi di vertice del sistema giudiziario.

Sotto il primo profilo, ammontano oramai a quasi quattrocento – per una media di uno al mese – gli *avis* che nel corso degli ultimi trent'anni la *Cour de cassation* ha pronunciato al fine di dirimere in via preventiva i dubbi interpretativi sollevati dai giudici di merito⁶³. Agli inizi degli anni novanta, il legislatore ha infatti ammesso la possibilità che prima di statuire su una domanda che solleva una nuova questione di diritto e la cui soluzione presenta, o presenterà, una seria difficoltà, i giudici di merito sollecitino il parere della Corte di cassazione⁶⁴: possibilità che, oltre che per la sua rilevanza in tema di nomofilachia, va apprezzata per la presa di distanza che sottende rispetto a quell'ideologia di completezza, di chiarezza, e di autosufficienza della legge che nell'art. 4 del *Code civil*, ideale *pendant* dell'art. 5, aveva portato a qualificare come «prétexte» evenienze realisticamente attendibili come, rispettivamente, il suo «silence», la sua «obscurité», e la sua «insuffisance»⁶⁵. È notevole inoltre che in tempi recenti la *Cour de cassation* abbia inteso incrementare e facilitare il ricorso alla *procédure d'avis*, affidando ad un gruppo di ricerca il compito di elaborare proposte e raccomandazioni a tal fine⁶⁶.

In secondo luogo, ma certo non per importanza, un ulteriore cambio di prospettiva relativo al momento giurisprudenziale del diritto va qui sottolineato, ed è quello veicolato dalle ampie responsabilità che la configurazione recentemente assunta dal sistema francese di giustizia costituzionale ha assegnato ai due organi di vertice del sistema giudiziario, e dunque anche alla Corte di Cassazione per quanto riguarda il circuito della giustizia ordinaria.

Caduto infatti, nel 2012, il secolare tabù dell'incontestabilità della legge una volta promulgata, per effetto dell'introduzione, accanto al tradizionale sistema di sindacato

⁶² Meccanismi che hanno da ultimo ispirato la redazione dell'art. 363-bis del codice di procedura civile italiano, introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e recante la rubrica “Rinvio pregiudiziale”: cfr. per tutti E. Calzolaio, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il ruolo «normativo» della giurisprudenza. Spunti comparativi*, in *Foro it.*, 2023, IV, 129 ss.

⁶³ Il dato è facilmente ricavabile dal nuovo portale di ricerca reso disponibile sul sito della Corte: <https://www.courdecassation.fr/recherche-judilibre?sort=date-desc>.

⁶⁴ C. Chauvin, *La saisine pour avis*, in AA.VV., *L'image doctrinale de la Cour de Cassation*, Paris, 1994, p. 109 ss. Si noti che ai requisiti previsti dagli Artt. L441-1 del *Code de l'organisation judiciaire*, la Corte ha nel tempo affiancato la condizione per cui la questione non deve fare oggetto di un ricorso giurisdizionale pendente.

⁶⁵ Nel senso che entrambe le disposizioni «proviennent d'une rupture historique, qui a substitué un droit légiféré à un droit jurisprudentiel», R. Libchaber, *Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil*, in G. Fauré e G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code Civil*, Paris, 2003, p. 158. Alcuni autori, infatti, non guardano con molto favore all'istituto dell'*avis*, perlopiù intravedendovi – nonostante la sua non vincolatività (anche per il giudice di merito che ha sollevato la questione) – il rischio di un'ingerenza del potere giudiziario nella funzione normativa riservata al legislatore: per un quadro delle diverse posizioni, v. T. Revet (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, 1998 e B. Oppetit, *La résurgence du rescrit*, in *Dalloz*, 1991, chron., p. 105 ss.

⁶⁶ Cfr. il *Rapport* «Assemblée plénière, chambre mixte, avis», cit., part. p. 87 ss.

preventivo previsto dalla Costituzione della Quinta Repubblica, della logica del giudizio incidentale si come sottesa alla *question prioritaire de constitutionnalité*⁶⁷, la giurisprudenza della *Cour de cassation* è sempre più frequentemente sollecitata ad un confronto con la Costituzione: ciò che di per sé, all'evidenza, conduce a disarticolare in forme del tutto nuove i rapporti tra diritto e interpretazione. E non è tutto: tale confronto con la Costituzione, la *Cour de cassation* è chiamata in una certa misura anche a guidarlo. Infatti, al fine di limitare sensibilmente il numero di eccezioni di costituzionalità passibili di giungere al *Conseil constitutionnel*⁶⁸, l'attivazione del nuovo controllo di per via incidentale è rimessa al cosiddetto sistema del doppio filtro, per cui l'eccezione di costituzionalità è sì suscettibile di essere sollevata davanti a qualsiasi autorità giudiziaria⁶⁹, ma perché possa pervenire al giudice costituzionale, è necessario che la relativa istanza sia trasmessa da parte o del *Conseil d'État* o della *Cour de cassation*. Se la questione sorge davanti a un giudice di grado inferiore, questi cioè non potrà, dopo il positivo riscontro dei requisiti di rilevanza, ammissibilità e serietà, sottoporla direttamente al *Conseil constitutionnel*, bensì dovrà rinviarla agli organi di vertice della giurisdizione di appartenenza, ordinaria o amministrativa a seconda dei casi. E spetterà ad essi decidere se è effettivamente opportuno, in funzione anche della novità della questione, richiedere l'intervento dei *sages*⁷⁰.

L'articolazione del nuovo modello di accesso al *Conseil constitutionnel* è resa d'altro canto ancora più delicata dalla commistione tra il nuovo controllo successivo e concreto, da un lato, e il tradizionale sindacato preventivo e astratto, dall'altro⁷¹. Accogliendo una prospettiva sostanzialmente crisafulliana, i *sages* hanno statuito che l'oggetto del controllo successivo non è un'astratta disposizione legislativa, bensì la portata effettiva ad essa conferita da un'interpretazione giurisprudenziale costante, affermando altresì che diversamente si giungerebbe ad attribuire un'impunità costituzionale all'interpretazione della legge e a privare il nuovo sistema di giustizia costituzionale di una parte considerevole della sua portata⁷². È chiara, dunque, l'importanza che i precedenti della *Cour de cassation*

⁶⁷ Per una disamina dei vari aspetti anche critici della riforma, nonché dei suoi antefatti, cfr. C. Amodio, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, cit., pp. 139 ss. e 256 ss.

⁶⁸ Cfr. ad esempio i rilievi formulati da M. Jean-Claude Colliard, nel corso dell'audizione documentata dal *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de Loi organique (n. 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* (https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp#P946_349927).

⁶⁹ Con l'eccezione delle Corti d'assise: restrizione che risponde da una parte alle insufficienti garanzie di adeguatezza di questo giudice, in ragione della sua composizione, a svolgere il primo «filtro» sull'ammissibilità della questione, dall'altra alla preoccupazione di un utilizzo dell'eccezione di costituzionalità a fini dilatori.

⁷⁰ Cfr. rispettivamente artt. 23-2 e 23-4, della Legge organica n. 1523 del 10 dicembre 2009.

⁷¹ E ciò, in particolare, sotto il profilo dell'eventuale sussistenza di zone «franche» dell'ordinamento, per la cui eliminazione la previsione legislativa del divieto di rinvio pregiudiziale nei casi in cui la legge contestata abbia superato il vaglio del sindacato preventivo e astratto non sembrava in astratto costituire, per quanto attenuato dall'inciso «salvo cambiamento di circostanze», una soluzione del tutto soddisfacente. In concreto, tuttavia, già dalle prime pronunce, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto giustificato il riesame della legittimità costituzionale di una disposizione quando, successivamente alla decisione di conformità, fossero intervenuti dei cambiamenti nelle disposizioni costituzionali applicabili o nelle circostanze di fatto o di diritto suscettibili di condizionare la portata della disposizione legislativa censurata. V. Cons. const., 3 dicembre 2009, n° 2009-595 DC e relativo commento di B. Genevois, *Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2010, p. 1 ss.

⁷² Cons. const., 6 ottobre 2010, n° 2010-39 QPC e Cons. const., 14 ottobre 2010, n° 2010-52 QPC.

assumono anche dal punto di vista dell'eventuale certificazione di conformità costituzionale da essi operata⁷³.

Questi aspetti del ruolo ordinamentale della *Cour de cassation* meriterebbero di essere tutti ulteriormente approfonditi. Anche dai pochi cenni svolti, si comprende comunque con estrema evidenza che né il tema della sua funzione nomofilattica, né quello, correlato, del ruolo del precedente, si pongono oggi negli stessi termini in cui si ponevano solo pochi anni fa. Le questioni sollevate infatti non hanno più a che vedere solo con la posizione cruciale nell'interpretazione e nella creazione di norme che talune sue decisioni rivestono, ma anche in qualche modo con la necessità di riconoscerle e di governarle, in un'ottica se non di certezza quanto meno di prevedibilità del diritto.

«Quelle part d'insécurité un système juridique peut-il supporter?» si chiedeva ormai più di vent'anni orsono, non senza un afflato realista, un Consigliere della Suprema Corte⁷⁴. Ebbene, a questa domanda vengono ora offerte risposte nuove.

Come si cercherà di documentare analizzando le novità cui è specificamente dedicato questo contributo, la direzione che la *Cour de cassation* ha continuato ad additare a se stessa in tempi più vicini è senza dubbio quella di una profonda modernizzazione.

Sullo sfondo di tale tensione modernizzatrice, ad assumere particolare rilievo è l'idea che in un contesto di accentuato pluralismo normativo e di spiccata vitalità del formante giurisprudenziale, dare per risolto il problema della «sécurité juridique» senza veramente *prendre sul serio* l'opera della *Cour de cassation* e la sua vocazione di guida e di arbitro definitivo delle diverse opzioni interpretative possibili, rischi di rivelarsi nulla più che un'illusione ottica. Un'illusione ottica certo alimentata dalla discrezione con cui i giudici di legittimità hanno tradizionalmente interpretato il proprio ruolo, ma che ha cominciato a rivelarsi come tale solo quando, nel 2004, proprio dal Presidente della *Cour de cassation*, è giunto un esplicito invito a riprendere un dibattito che almeno in astratto aveva tutte le caratteristiche per porre al centro delle discussioni la funzione ordinamentale non solo dell'organo giurisdizionale in sé, ma anche della motivazione delle sue sentenze: il riferimento è al dibattito sugli effetti dei *revirement* giurisprudenziali.

Come si vedrà, a tale iniziativa ha fatto seguito nel 2005 la pubblicazione di un documento, conosciuto come *Rapport Molfessis* dal nome del professore che ha coordinato il gruppo di lavoro, nel quale l'opportunità di “procedimentalizzare” i mutamenti giurisprudenziali viene non solo sostenuta, ma anche in concreto argomentata – elemento relevantissimo, stante il tradizionale scetticismo dei giuristi francesi verso le suggestioni provenienti da altri ordinamenti – attraverso diffusi riferimenti a istituti e pratiche della tradizione di *common law* quali l'*amicus curiae* e il *prospective overruling*.

In quali termini tale *Rapport* abbia implicato una più generale presa di coscienza circa l'importanza della tecnica di argomentazione, ma anche di pubblicizzazione, delle sentenze

⁷³ In un'ulteriore decisione (Cons. const. 8 avr. 2011, n° 2011-120 QPC) i *sages* hanno precisato che per interpretazione giurisprudenziale costante occorre intendere quella incarnata dagli organi di vertice del sistema giurisdizionale, confermando in questo modo come il modello attualmente vigente si collochi in una posizione assolutamente peculiare rispetto sia alla contrapposizione controllo astratto-controllo concreto sia a quella controllo diffuso-controllo accentrato. Cfr. sul punto già Cfr. M. Grienberger-Fass, *Les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité, préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité*, in *Pet. Aff.*, 23 ottobre 2009, p. 24 ss.

⁷⁴ J.-G. Huglo, *La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique*, in *Cah. Cons. const.*, 2001, n. 11 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-de-cassation-et-le-principe-de-la-securite-juridique>).

dei giudici di legittimità, è difficile dire, tanto più che uno dei suoi maggiori profili di criticità – lo si evidenzierà – è una certa leggerezza proprio su questi temi.

La *Cour de cassation* però non si è arrestata nel proprio percorso di riflessione e di evoluzione⁷⁵. Facendosi promotrice di due recentissime riforme concernenti lo stile e la repertoriazione delle sentenze, essa si è mostrata infatti via via sempre più consapevole del fatto che la sua capacità di guidare la giurisprudenza delle corti inferiori è direttamente collegata tanto al tasso di intelligibilità dell'itinerario ermeneutico seguito, quanto al grado di conoscibilità delle sue decisioni, a loro volta strettamente correlati ad una ragionevole differenziazione al loro interno. Come si avrà modo di vedere, tali ulteriori sviluppi – rilevanti anche perché, com'è stato sottolineato, chiamano in causa una forma di autodichia storicamente connotata⁷⁶ – si sono attuati per gradi e non senza qualche reticenza, ma come ha icasticamente riassunto uno degli stessi membri della Corte: « [o]n ne comprendrait pas en effet que la Cour de cassation n'évolue pas rapidement [...] alors même que tout son environnement change »⁷⁷.

III. DAL DIBATTITO SULLA RETROATTIVITÀ DEI *REVIREMENT* GIURISPRUDENZIALI...

Quello dei *revirement* della *Cour de cassation* costituisce non da ora uno dei terreni tematici sui quali la dottrina francese più si è dovuta misurare con il carattere costitutivo, e non meramente dichiarativo, delle decisioni giurisprudenziali, e con il loro possibile tradursi in nuove regole suscettibili di estendersi al di là della concretezza del caso individuale. La dimensione *lato sensu* critica di questa tipologia di *arrêt* non deve del resto sorprendere, sol che se ne consideri la frizione con la concezione tradizionale della sentenza come risposta a un caso particolare, teoricamente sprovvista di efficacia generale, e preordinata al «maintien du cadre légaliste traditionnel»⁷⁸.

Già all'inizio del secolo scorso, un certo disagio verso l'impatto dei *revirement* dei giudici di legittimità aveva dato vita all'interrogativo circa la possibilità di regolare i conflitti tra indirizzi giurisprudenziali successivi alla stregua dei conflitti di legge, vale a dire stabilendo che, relativamente ad una data questione, la nuova regola giurisprudenziale potesse prevalere su quella anteriore solo in riferimento a fatti avvenuti successivamente alla sua formulazione⁷⁹. Tuttavia, tale interrogativo non ha per lungo tempo ricevuto alcuna risposta: l'introduzione di forme di deroga all'efficacia retroattiva dei *revirement*, da un lato, avrebbe accentuato l'autonomia della regola giurisprudenziale rispetto al testo normativo, posto che è solo retroattivamente che la prima, concepita come la derivazione deduttiva e

⁷⁵ Cfr. il Rapport de la Commission de réflexion "Cour de cassation 2030", 2021 (<https://www.courdecassation.fr/files/files/Cc2030/Rapport%20de%20la%20Commission%20%27Cour%20de%20cassation%202030%27.pdf>).

⁷⁶ E. Calzolaio, *Lo stile delle sentenze della Corte di cassazione francese dopo l'abbandono della frase unica*, in *Scritti in onore di Mario G. Losano. Dalla filosofia del diritto alla comparazione giuridica*, Torino, 2021, p. 24.

⁷⁷ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, 2017, p. 14 (https://www.courdecassation.fr/files/files/R%3%A9forme/Synth%3%A8se_introductive_Commission_de_r%3%A9flexion.pdf).

⁷⁸ G. Cornu, *La sentence en France*, cit., p. 161.

⁷⁹ P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, Paris, 1929, T. 1, p. 27.

meccanica della seconda, può con questa saldarsi⁸⁰; dall'altro, avrebbe significato attribuire alla norma risultante dalla nuova interpretazione uno statuto analogo a quello della regola legislativa, in contrasto con il principio secondo cui questa è l'unica legittimata, oltre che a rivolgersi ad una generalità di soggetti, a produrre diritto per l'avvenire⁸¹.

Per parte sua, la Corte di cassazione si è sempre mostrata molto restia a riconoscersi il potere di modulare gli effetti di un *revirement*, affermando anche recentemente che nessun consociato può vantare, nemmeno facendo leva sull'esigenza di certezza giuridica, «un droit acquis à une jurisprudence immuable»⁸². Formula, questa, che può peraltro essere decostruita come un ambiguo tentativo dei giudici di legittimità di dissimulare la reale portata delle loro decisioni: escludendo, infatti, che una data regola giurisprudenziale consolidata possa costituire la base normativa di un affidamento giuridicamente rilevante, e dunque di pretese azionabili, i giudici ammettono al contempo, quantomeno implicitamente, di non voler «legarsi le mani» stabilendo un rapporto univoco tra il dato testuale di partenza e una certa sua interpretazione, e di voler mantenere aperte, con il *revirement* che si apprestano a formulare, nuove strade interpretative ed evolutive. Così, da una parte affermano la loro esclusiva subordinazione ad un testo normativo preesistente e dato come un *a priori*, dall'altra rivendicano il potere di interpretarlo nei modi più disparati⁸³. Una comparazione dettagliata con l'esperienza statunitense esula dagli obiettivi di questo contributo, ma va quantomeno ricordato che le tecniche ivi messe a punto per limitare o procedimentalizzare la retroattività degli *overruling* imprevedibili – prime tra tutte il *prospective overruling*, mediante la quale un giudice stabilisce che l'operatività del mutamento giurisprudenziale è limitata a casi futuri, e che deciderà il caso di specie in applicazione della regola superata per tutelare l'affidamento ingenerato da quest'ultima in una delle parti – si iscrive in un complesso processo di «revisione generale della teoria classica»⁸⁴ dello *stare decisis*, il cui risultato ultimo può individuarsi nel definitivo abbandono della concezione dichiarativa dell'attività giudiziaria. In particolare, mentre il «semplice» *overruling* si è storicamente prestato a giustificazioni rispettose di quella visione formalista, caratteristica tanto della teoria classica del precedente quanto della concezione francese della funzione giudiziaria, secondo cui nel decidere una controversia il giudice non crea nuovo diritto ma semplicemente applica un diritto predeterminato non ancora correttamente verbalizzato⁸⁵, lo «strappo» generato dal *prospective overruling* con questa visione è stato di tale entità da non poter essere ricucito entro le coordinate della teoria classica: e ciò per l'intuitiva ragione che tale tecnica si traduce nella possibilità per il giudice di enunciare rispetto al medesimo punto di diritto due interpretazioni/regole contrapposte, delle quali non si può evidentemente predicare il loro comune costituire una «dichiarazione» fedele di ciò che il diritto «è»⁸⁶.

⁸⁰ Ad es. C. Atias, *Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon*, in Dalloz, 2000, *jur.*, p. 593. V. anche F. Zénati, *La jurisprudence*, Paris, 1991, p. 154 e P. Rémy, *La recodification civile*, in Droits, 1997, p. 17.

⁸¹ T. Revet, *La légiprudence*, in *Mélanges Malaurie*, Paris, 2005, p. 386. Per una visione più articolata, cfr. F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, 1999, p. 150.

⁸² Cass. civ., 21 marzo 2000, in Dalloz, 2000, *jur.*, p. 593.

⁸³ Cfr. N. Molfessis, *La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle même*, in Rev. trim. dr. civ., 2000, part. p. 668 s. e P. Malinvaud, *À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, ivi, 2005, p. 312 ss.

⁸⁴ U. Mattei, *Stare decisis – Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 309.

⁸⁵ *Ivi*, pp. 213 ss. e 313.

⁸⁶ Quanto, invece, alle ricadute del *prospective overruling* sul vincolo formale del precedente, è più che mai interessante in questa sede sottolineare come il suo concreto operare abbia reso alquanto sfumata la

Ebbene, una svolta «réaliste»⁸⁷ non dissimile sembrava aver preso forma in Francia nel 2004, quando venendo incontro alle pressioni provenienti anche dal mondo imprenditoriale e assicurativo⁸⁸, la più alta autorità della giustizia ordinaria ha affidato ad un gruppo di giuristi particolarmente qualificati il compito di valutare l'opportunità di instaurare «un droit transitoire des revirements de jurisprudence», o altri meccanismi atti ad assicurare una progressiva «insertion» dei nuovi orientamenti «dans le droit positif»⁸⁹.

Ne è scaturito un *Rapport*, in cui la proposta di introdurre una sorta di versione francese del *prospective overruling*, indifferentemente denominata⁹⁰, talvolta, «revirement pour l'avenir»⁹¹, talaltra, più spesso, «modulation dans le temps des revirements»⁹², ha finito per mettere in discussione uno dei caratteri più stabili delle pronunce giurisprudenziali, ossia la loro retroattività.

Ad una prima impressione, i redattori del *Rapport* prendevano le distanze dalla visione, racchiusa nell'art. 5 del *Code civil*, per cui in una decisione giurisprudenziale sono e devono essere tecnicamente indistinguibili, pena la violazione del divieto fatto ai giudici di statuire in forma di legge o regolamento, «la consécration de la solution» e la sua «application [...] à des faits antérieurs»⁹³.

Tuttavia, ad una lettura più approfondita, appare evidente come il riconoscimento del potere creativo dei giudici fosse vissuto come un passaggio in qualche modo non solo necessario, ma anche sufficiente, per teorizzare la possibilità di limitare le conseguenze «néfastes» che discenderebbero dalla retroattività dei *revirement*⁹⁴.

Un dato interessante che traspare dal documento – e in particolare dal suo ricorso diffuso a pratiche discorsive di tipo consequenzialista che vanno oltre i tradizionali schemi formalistici di stampo positivista, o che quantomeno tendono ad ibridarli con suggestioni provenienti da altri ordinamenti – è il tentativo di ricondurre le decisioni della Corte di cassazione, ormai valorizzate nella loro (potenziale) efficacia *ultra partes*, a ideali non solo per così dire antichi quali ad esempio la certezza del diritto, ma anche in qualche misura nuovi, come l'abbassamento dei costi⁹⁵.

In concreto, i suoi redattori proponevano che la decisione di introdurre un *revirement* fosse preceduta da un «débat contradictoire spécifique entre les parties» e «*au-delà des parties*»⁹⁶, suggerendo al riguardo un possibile ricorso all'*amicus curiae*, figura anch'essa di origine

distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* sulla quale tale vincolo si basa: cfr. U. Mattei, *Stare decisis – Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 324 s.

⁸⁷ N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, 2005, p. 12 (d'ora in avanti: *Rapport Molfessis*).

⁸⁸ V. ad es. J. Béguin, *Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir?*, in JCP, 2004, I, 189, p. 2295 ss. (si tratta di un'intervista a Guy Canivet, all'epoca Presidente della *Cour de Cassation*, e a Nicolas Molfessis, Presidente del gruppo di ricerca sui *revirement*) e P. Morvan, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir*, in Dalloz, 2005, *chron.*, p. 247 ss.

⁸⁹ *Rapport Molfessis*, cit., pp. 3 e 8.

⁹⁰ Cfr. *Rapport Molfessis*, cit., pp. 27 e 29, con alcune riflessioni sul *prospective overruling* in USA.

⁹¹ *Ivi*, p. 7.

⁹² *Ivi*, pp. 10, 20, 21, 24, 32, 35, 36, 37, 38.

⁹³ *Ivi*, p. 9.

⁹⁴ *Ivi*, p. 14.

⁹⁵ *Ivi*, p. 14 s. Su questa stessa linea M.-A. Frison-Roche, *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences*, in Rev. trim. dr. civ., 2005, p. 310 ss.

⁹⁶ *Rapport Molfessis*, cit., p. 40.

anglosassone, e più generale la partecipazione, in forme tutte da definire, di «organisations et représentants des intérêts» variamente coinvolti nella decisione⁹⁷. Al di là della vaghezza di linguaggio, l'idea di base era che questa inedita proceduralizzazione⁹⁸ della dialettica processuale potesse far emergere elementi utili alla luce dei quali i giudici di legittimità fossero in grado di valutare «au cas par cas» il tasso di imprevedibilità del mutamento di giurisprudenza⁹⁹: vale a dire, il grado di affidamento riposto sulla continuità di una certa linea giurisprudenziale, e da qui l'impatto che la nuova regola spiegherebbe non solo sulla singola controversia, ma su tutte le controversie pendenti in relazione alle quali il contrasto tra due orientamenti giurisprudenziali successivi si risolverebbe, verosimilmente, a favore del *revirement*¹⁰⁰.

Va notato tuttavia che i redattori del *Rapport* escludevano con nettezza che dall'accertamento dell'imprevedibilità del *revirement* potesse scaturire la possibilità per il giudice di graduarne l'efficacia per tutte le cause pendenti fuorché per quella del caso di specie¹⁰¹: una possibilità che è stata progressivamente affinata nella prassi statunitense del *prospective overruling* in un'ottica di bilanciamento degli interessi che tiene conto non solo delle aspettative soddisfatte dall'applicazione della vecchia regola, ma anche della situazione di chi ha profuso energie sia processuali che finanziarie al fine di ottenerne un superamento, ovvero un *revirement*¹⁰².

Naturalmente, riconoscere che le regole create dalla Corte di cassazione esplicano effetti *anche* diversi rispetto alla regolamentazione giuridica del caso concreto¹⁰³ è cosa diversa dall'ammettere la possibilità che i suoi giudici pronuncino un precetto destinato ad esplicare *solo* effetti diversi rispetto alla regolamentazione giuridica del caso concreto. Da questo punto di vista, non sembra casuale che all'espressione «revirement pour l'avenir» i redattori del *Rapport* abbiano preferito la locuzione «modulation dans le temps»¹⁰⁴. Tale opzione linguistica, infatti, appare coerente con la tendenza complessiva del documento, che non è quella di fornire indicazioni sul valore della regola nuova (nel caso concreto solo prospettata), appunto, per l'avvenire, ma piuttosto quella di proporre un «remède» all'«effet normatif» dei precetti giurisprudenziali¹⁰⁵.

L'esempio più citato (e deplorato) dal *Rapport* riguarda l'obbligo di informazione cui il medico è tenuto nei confronti del paziente, il quale proprio per effetto di un *overruling* dei giudici di legittimità, confermato a distanza di pochi anni e divenuto ben presto un *arrêt* di principio, ha cessato di trovare un limite nel carattere «eccezionale» del rischio inerente al

⁹⁷ *Ivi*, p. 41.

⁹⁸ Su questi aspetti del *Rapport Molfessis* cfr. S. Amrani Mekki, *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Quelques réflexions procédurales*, in Rev. trim. dr. civ., 2005, p. 293 ss.

⁹⁹ *Rapport Molfessis*, cit., p. 21.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 12.

¹⁰¹ *Ivi*, p. 42 ss.

¹⁰² Cfr. R. Traynor, *Quo vadis prospective overruling: A Question of Judicial Responsibility*, in 28 Hast. L.J., 1977, p. 546 ss.

¹⁰³ Come pure fanno i redattori del *Rapport*: v. *Rapport Molfessis*, cit., p. 41.

¹⁰⁴ V. *supra*, note 92 e 93. A proposito di questa scelta lessicale, una spiegazione plausibile – e allo stesso tempo rivelatoria della vischiosità culturale del paradigma decisionista e non normativo delle sentenze francesi – è fornita da J.-L. Aubert, *Faut-il «moduler» dans le temps les revirements de jurisprudence? ... J'en doute*, in Rev. trim. dr. civ., 2005, p. 302, secondo il quale la seconda espressione è più neutra perché in meno palese contrasto con l'art. 5 del *Code civil*.

¹⁰⁵ *Rapport Molfessis*, cit., p. 12.

trattamento sanitario¹⁰⁶. Il tutto, con notevoli conseguenze sul piano sanzionatorio e assicurativo anche nei confronti di quei professionisti che avevano omesso di fornire simili informazioni sotto la vigenza, per così dire, di un orientamento giurisprudenziale diverso¹⁰⁷. In questo come in altri casi, la *Cour de cassation* – che per prassi consolidata non usa né discutere né citare i propri precedenti per timore di “scivolare” verso il riconoscimento del valore del precedente come fonte¹⁰⁸ – ha pronunciato un *revirement* senza minimamente accennare all'indirizzo interpretativo travolto. Semplicemente ha introdotto, succintamente motivandola, una regola diversa: regola che nella misura in cui è stata ribadita in una serie abbastanza numerosa di casi, è diventata il nuovo punto di riferimento normativo – il nuovo *arrêt* di principio – in materia.

Ciò detto, è difficile sfuggire all'impressione che il *Rapport Molfessis* veicoli più una variazione sul tema dei limiti che si pongono, anche in un'ottica di legittimità democratica¹⁰⁹, all'attività interpretativa dei giudici, che una seria riflessione sulle implicazioni che la proposta di procedimentalizzare i *revirement* giurisprudenziali comporterebbe. Le molte zone d'ombra della tecnica di argomentazione della *Cour de cassation* non hanno ricevuto l'attenzione che avrebbero meritato, e la portata minima del documento si limita, a ben vedere, nell'invitare i giudici di legittimità a procedere per piccoli passi, onde sottrarre il loro operato a critiche legate alla pronuncia di *revirements* spettacolari e imprevedibili¹¹⁰. Non solo ma, come spesso accade negli scritti dottrinali francesi, lo spettro del «gouvernement des juges» è puntualmente evocato, e il modo in cui si tenta di esorcizzarlo consiste nell'escludere che dal potere della Cassazione di modulare l'efficacia dei suoi *revirement* scaturisca «la capacité de créer du droit»¹¹¹, in violazione dell'assoluta preminenza del legislatore quanto alle scelte politico-normative suscettibili di incidere su esigenze di carattere generale¹¹².

Le distanze a prima vista prese dall'art. 5 del *Code civil* si rivelano insomma alquanto illusorie: per i redattori del *Rapport*, in questo ancora decisamente imbevuti di quella forma di conservatorismo estetico che abbiamo già indicato essere un precipitato durevole della concezione monista del diritto tramandata dall'ideologia positivista, tra l'enunciazione della

¹⁰⁶ Cass. civ., 7 ottobre 1998, in JCP, 1998, II, 10179 e Cass. civ., 9 ottobre 2001, in Dalloz, 2001, *chron.*, p. 3470.

¹⁰⁷ P. Sargos, *Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin*, in Dalloz, 2001, *chron.*, p. 3470 ss.

¹⁰⁸ Oltre che all'ideologia legicentrica, secondo P. Deumier, *Et pour quelques signes de plus: mentionner les précédents*, cit., p. 67, questa prassi si deve anche alla tendenza ad assimilare due piani che dovrebbero invece essere tenuti separati: il piano della «mention du précédent» e il piano del «précédent obligatoire».

¹⁰⁹ *Rapport Molfessis*, cit., 12. E cfr. anche J.-L. Aubert, *Faut-il «moduler» dans le temps les revirements de jurisprudence? ... J'en doute*, cit., p. 301.

¹¹⁰ Si è soffermato su questi ed altri punti di criticità del *Rapport* V. Heuzé, *À propos du Rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité*, in JCP, 2005, I, 130, p. 671 ss. Molto critica anche la reazione del Presidente della sezione sociale della *Cour de cassation*, il quale, giudicando il *Rapport* profondamente inquietante in ragione della visione del diritto che sottintende, ne ha criticato l'erezione della certezza del diritto a «valeur absolue» e la riduzione «arrogante» della dimensione giuridica alla dimensione economica: P. Sargos, *L'horreur économique dans la relation de droit. Libre propos sur le “rapport sur les revirements de jurisprudence”*, in *Dr. soc.*, 2005, p. 123 s.

¹¹¹ *Rapport Molfessis*, cit., p. 13 e 37.

¹¹² B. Mathieu, *La Cour de cassation et le législateur: ou comment avoir le dernier mot*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2004, p. 228. V. anche P. Malinvaud, *À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, cit., p. 318 e il classico P. Malaurie, *La jurisprudence combattue par la loi*, in *Mélanges Savatier*, Paris, 1965, p. 603 ss.

regola e la decisione del caso concreto¹¹³, deve continuare a sussistere un legame non solo funzionale, ma anche necessariamente visivo, per cui se da un lato si accoglie l'idea che l'affermazione di un nuovo orientamento passi per un più ampio confronto con quello che si intende superare, dall'altro, il luogo deputato allo svolgimento di tale confronto – ed eventualmente alla modulazione nel tempo dell'efficacia del *revirement* – pare continuare a non essere il testo della sentenza, bensì il momento che precede la sua stesura, nei limiti di ciò che di questo restituisce il già menzionato discorso ufficioso «à côté».

Sotto molti aspetti, il *Rapport* sembra prefigurare la necessità di un momento di maggiore maturità e condivisione circa la portata di alcune proposte, come quando si accenna alla possibilità che la Corte di Cassazione implementi l'uso degli *obiter dicta* nel suo iter argomentativo¹¹⁴. Peraltro, molto raramente, anche nelle sentenze dei giudici di legittimità emanate successivamente alla sua pubblicazione, sono rinvenibili proposizioni non strettamente necessari alla giustificazione del dispositivo, e ancor più rari sono gli *obiter qualificabili* «d'anticipation»¹¹⁵, privi di qualsivoglia effettiva implicazione *inter partes*. Più in generale, fino a poco tempo fa, invano si sarebbe cercato nel “corpo” di una decisione giurisprudenziale un'articolata motivazione circa la portata di un nuovo orientamento interpretativo, o l'opportunità di introdurlo¹¹⁶.

Mutatis mutandiis, le ragioni di tale propensione a “spostare” ad un livello esterno alla sentenza tutto quanto possa indebolire son «caractère de nécessité évidente» sono le stesse che, tradizionalmente, hanno irretito il dibattito sulla trasposizione della *dissenting opinion* in Francia¹¹⁷: in fondo, la posta in gioco è pur sempre la disponibilità ad accettare un'idea più «“profane” du droit, au sens où le droit n'est pas pensé comme une religion à mystères, comme un dogme révélé et inaccessible à la raison, mais, au contraire, comme un ensemble

¹¹³ *Rapport Molfessis*, cit., p. 9.

¹¹⁴ *Rapport Molfessis*, cit., p. 44.

¹¹⁵ Cfr. S. Tournaux, *L'obiter dictum de la Cour de cassation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 45 ss.

¹¹⁶ Valga per tutte ricordare una decisione del 2006, resa in *Assemblée plénière*, con la quale si è sì inteso escludere l'applicabilità di un *revirement* stabilito dai giudici dalla seconda sezione in epoca anteriore ai fatti di specie, ma in forza di argomenti resi intelleggibili solo grazie al *Rapport* del Consigliere e all'*avis* dell'Avvocato generale, entrambi pubblicati nel *Bulletin d'information de la Cour de cassation* a margine dell'*arrêt*. Ciò che è dato inferire dal “combinato disposto” che integra il testo della succinta decisione della Corte è che il *revirement* in questione, introducendo un onere processuale a carico della parte che agiva per violazione della presunzione d'innocenza, avrebbe determinato – qualora “non modulato” – una delusione del legittimo affidamento della parte stessa sul fatto che il giudizio si sarebbe svolto secondo le regole vigenti all'epoca del compimento degli atti processuali, delusione censurabile per contrasto con l'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo: cfr. Cass., Ass. Plén., 21 dicembre 2006, n° 00-20.493, su cui, tra gli altri, P. Deumier, *Evolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 72 ss. Una decisione più recente dell'*Assemblée plénière* (Cass., Ass. Plén., 5 aprile 2019, n. 18-17442), introduttiva di nuove regole in materia di responsabilità civile per esposizione all'amianto, è sembrata sul punto farsi carico di un maggiore onere motivazionale, non prefigurando tuttavia una radicale discontinuità rispetto alla prassi di affidare al discorso «à côté» le necessarie precisazioni circa gli effetti del *revirement* (cfr. Ch. Willmann, *Préjudice d'anxiété : un revirement... anxiogène*», in *Rev. dr. san. et soc.*, 2019, p. 539 ss.)

¹¹⁷ L'espressione virgolettata è di D. Rousseau, *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, in *Cah. Cons. const.*, 2000, n. 8 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-8-juillet-2000>). In anni molto più vicini a noi, l'ammissibilità delle opinioni separate e dissidenti è stata ridiscussa, addirittura per impulso del Presidente della Repubblica (cfr. il discorso pronunciato il 15 gennaio 2018 in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario: <https://www.vie-publique.fr/discours/204816-declaration-de-m-emmanuel-macron-president-de-la-republique-sur-la-po>), ma poi nuovamente scartata in ragione della sua troppo marcata estraneità alla tradizione giuridica francese e in particolare al principio di segretezza della deliberazione.

de règles produit par les hommes et dont la signification normative se construit par la pratique de la discussion»¹¹⁸.

IV. ... ALLA FINE DEGLI «ATTENDU QUE». LA MODERNIZZAZIONE DELLO STILE DELLA COUR DE CASSATION E L'IRROBUSTIMENTO DEL SUO ONERE MOTIVAZIONALE

Nel 1838, una decisione della *Cour de cassation* stabilì «que les jugements et arrêts résident entièrement dans leur dispositif et que la loi n'a pas pu exiger et qu'elle n'a pas, en effet, exigé nulle part les motifs des motifs»¹¹⁹, così avallando la distanza siderale che già l'art. 5 del *Code civil* lasciava intendere dover esserci, nel corpo della sentenza, «entre ce qui est dit et ce qui est fait»¹²⁰.

Riprendendo il filo delle considerazioni svolte in apertura, potrebbe dirsi che la determinazione tanto dei rivoluzionari quanto dei codificatori nel riportare al centro dell'attività giurisprudenziale la soluzione di controversie, e non la statuizione di regole giuridiche, abbia relegato la dimensione *lato sensu* politica dell'interpretazione e della motivazione tra i «vaincus de l'histoire»¹²¹. Pur essendo vero, infatti, che «il giudice, a differenza del legislatore, deve motivare razionalmente la sua regola»¹²², e che ogni sentenza, in quanto atto interpretativo, è fondamentalmente un atto politico, è altrettanto vero che la sua politicità può essere limitata attraverso uno stile burocratico, ellittico, e sorvegliatamente avalutativo.

Congegnato com'è per assorbire nella conclusione la (supposta) verità delle premesse, il sillogismo giudiziale francese imperniato sulla struttura degli «attendu que» ha reso tradizionalmente difficile, se non a tratti impossibile, controllare quell'attività di precomprensione da cui la scelta delle premesse procede e dipende: in concreto, sia l'apprezzamento della fattispecie giudicanda (cd. premessa minore del sillogismo) sia la ricostruzione del quadro normativo da cui sono state tratte le conseguenze giuridiche (cd. premessa maggiore)¹²³.

Nelle sue decisioni, infatti, la Cassazione figura tipicamente come il soggetto di un unico periodo articolato in un dispositivo – frase principale – preceduto da una motivazione: motivazione che altrettanto tipicamente si snoda in una o più subordinate, le quali, proprio in virtù di tale loro carattere, saranno necessariamente stringate, e solitamente precedute dalla locuzione «attendu que». Il dispositivo, dal canto suo, sarà introdotto dalla locuzione «par ces motifs», o da qualunque altra – ad es.: «en conséquence» – capace di tradurre il

¹¹⁸ D. Rousseau, *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, cit.

¹¹⁹ Cass. Req., 16 maggio 1838, cit. da P. Deumier, *Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation Étude des travaux préparatoires*, cit., p. 125.

¹²⁰ G. Leroy, *Vers une exposition raisonnée de l'argument conséquentialiste dans la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?*, in *Les Cahiers Portalis*, 9, p. 190.

¹²¹ Così, in riferimento però al ruolo della consuetudine, P. Jestaz, *Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à l'autre*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 309.

¹²² A. Gambaro, *Riflessione breve sulla argomentazione giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 774. Nel diritto francese l'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie trova il suo fondamento legislativo negli artt. 455 e 458 del *Code de procédure civile*.

¹²³ M. Taruffo, voce *Motivazione*, cit., p. 3.

legame logico tra esso e la parte motiva che lo precede¹²⁴. Più in dettaglio, la sentenza di rigetto prevede un succinto richiamo all'iter del processo e agli argomenti esposti dal ricorrente (preceduti dall'inciso «attendu que»), per poi passare a sviluppare altrettanto succintamente i motivi della decisione, ovvero la critica del ricorso («mais attendu que»), e finire disponendo il rigetto di quest'ultimo («par ces motifs...rejette le pourvoi»); per converso, la sentenza di cassazione inizierà con il «visa», ossia l'indicazione del testo normativo sul quale i giudici basano l'accoglimento del ricorso («Vu l'article»), si snoderà attraverso uno o più «attendu que» dedicati ai fatti di causa, alla sentenza appellata, e ai motivi per cui il giudice di merito ha violato il principio di diritto enunciato nella prima parte, e finalmente concluderà affermando che «par ces motifs» la sentenza impugnata va cassata e annullata¹²⁵.

Sul piano normativo, mette conto rilevare inoltre che una riforma del codice di procedura civile della fine degli anni Novanta ha introdotto la possibilità per i giudici di sostituire al cd. «exposé du litige» la semplice formula «visa des conclusions des parties», incoraggiando così ulteriormente non solo la tradizionale laconicità delle sentenze francesi sull'oggetto della controversia, ma anche la prassi della motivazione «implicite», per cui anziché motivare in ordine a tutte le deduzioni delle parti, i giudici implicitamente rigettano tutte le argomentazioni incompatibili con le ragioni addotte a fondamento del loro convincimento¹²⁶.

A fronte di tale ostentata sterilizzazione del formante giurisprudenziale nella creazione di regole giuridiche, che concerne anche e soprattutto le sentenze della massima autorità giudiziaria francese, alla domanda se essa corrisponda alla realtà delle cose occorre tuttavia rispondere, come già detto, in modo risolutamente e realisticamente negativo. La questione che nel tempo si è posta è stata piuttosto un'altra, e cioè se tale sterilizzazione non sia stata perseguita al prezzo, per così dire, della mortificazione della funzione nomofilattica della *Cour de cassation*: una domanda che in effetti è stata posta sia pur implicitamente, in un celebre saggio scritto negli anni settanta dal procuratore generale presso la *Cour de cassation* del momento e da uno degli esponenti più in vista ed influenti di sempre del mondo accademico francese¹²⁷.

Si osservava, in questo saggio, che la reiterazione nelle sentenze della *Cour de cassation* di formule stereotipate, quando non anche meramente ripetitive dei testi normativi applicati, si risolve, di fatto, in una «liturgia» al limite dell'enigmatico dal punto di vista delle corti inferiori, essendo queste perlopiù spinte a fare passivo ricorso ai «mots magiques» impiegati dai giudici di legittimità; laddove, per converso, l'eventuale comparsa di una «variation» nella formula fino a quel momento accolta, se non adeguatamente delucidata dalla *Cour de cassation*, le induce tendenzialmente a domandarsi se questa variazione redazionale abbia un significato, e quale¹²⁸.

¹²⁴ Cfr. per tanti J.-P. Ancel, *La rédaction de la décision de justice en France*, in A.A.V.V., *Juges et jugements : l'Europe plurielle. L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Paris, 1998, p. 101 e P. Mimin, *Le style des jugements : vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques*, 4 ed., Paris, 1970, p. 185 ss.

¹²⁵ M.-N. Jobard-Bachelier e X. Bachelier, *La technique de cassation - Pourvois et arrêts en matière civile*, 2 ed., Paris, 1991, p. 15 ss.

¹²⁶ Cfr. V. A. Perdriau, *Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation*, in JCP, I, 115, p. 405 ss.

¹²⁷ A. Touffait e A.Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 487 ss.

¹²⁸ *Ivi*, p. 494 s. Nello stesso senso, cfr. C. Atias, *La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit*, in AA.VV., *L'image doctrinale de la Cour de Cassation*, cit., part. p. 80 ss.

Tale netta presa di posizione, che certo avrebbe potuto quantomeno insinuare il dubbio circa l'opportunità che le sentenze continuino ad omettere l'itinerario ermeneutico seguito, e forse anche avviare un dibattito più generale sulla consonanza della logica deduttiva del sillogismo rispetto al tanto declamato primato della certezza del diritto, non ha tuttavia avuto per lungo tempo alcun séguito: né sullo stile della giurisprudenza¹²⁹, né sulle analisi, per la verità tutt'altro che frequenti e in genere piuttosto aproblematiche, che di esso sono state svolte dalla dottrina¹³⁰.

Solo di recente, sulla scia del dibattito sugli effetti dei *revirement* e anche di una condanna della Corte di Strasburgo deplorante l'assenza di «une motivation plus développée [...] de la Cour de cassation»¹³¹, illustri esponenti persino del mondo giudiziario si sono mostrati disponibili a rimettere in discussione le magnifiche sorti e progressive della concisione¹³², o perlomeno a ridimensionarne le virtù quando a venire particolarmente in rilievo è la contraddizione fondamentale tra una giurisprudenza che è sempre stata ferma nel negare a se stessa lo status di fonte del diritto, e le decisioni che, più di altre, smentiscono nei fatti tale finzione tralatizia.

Come preconizzato dai lavori che le hanno precedute, le riforme avviate nel 2019 al fine di «rendre visibles certains éléments de la prise de décision jusqu'alors cachés ou exprimés hors des arrêts»¹³³ non vanno nel senso di un cambiamento radicale, sistematico, e valevole una volta per tutte, ma piuttosto di un adattamento e di una gradazione della motivazione¹³⁴ in funzione dell'importanza della decisione resa, quest'ultima valutata alla stregua di vari criteri. Il comunicato stampa che accompagna le specifiche linee guida, operative dal 1° ottobre 2019, menziona al riguardo, a titolo esemplificativo, sei tipologie di *arrêt*: quelli che operano un *revirement*; quelli che dirimono una questione di principio o che rivestono un interesse significativo per lo sviluppo del diritto; quelli che statuiscono sull'interpretazione di un testo da poco entrato in vigore; quelli aventi un particolare risvolto sull'uniformità della giurisprudenza; quelli che ruotano attorno alla garanzia di un diritto fondamentale; quelli che statuiscono su una domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE o sulla richiesta di un parere consultivo alla Corte EDU¹³⁵.

A corollario di tale implicita gerarchizzazione degli *arrêt* della *Cour de cassation*, che postula evidentemente un apprezzamento qualitativo effettuato a monte della stesura della decisione, si prescrive che il tradizionale canone della brevità espositiva sia abbandonato a

¹²⁹ Estremamente significativo al proposito un dato riportato da S. Paget, *La réception de la jurisprudence*, in *Pet. Aff.*, 19 maggio 2007, p. 6, concernente l'emanezione da parte della *Cour de cassation*, nello stesso giorno, di dieci sentenze, tutte riproducenti la medesima definizione del concetto di colpa inescusabile contenuto nella legge n. 677 del 5 luglio 1985.

¹³⁰ Cfr. H. Croze, *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation*, cit., p. 181 ss. e J. Ghestin, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *Dalloz*, 2004, *chron.*, p. 2239 ss.

¹³¹ CEDH, 14 mars 2019, n° 38299/15, Quilichini c/ France, spec. par. 44.

¹³² Secondo le parole del procuratore generale François Molins, riportate da O. Dufour, *Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation*, in *Gaz. Pal.*, 3 maggio 2019, p. 13: «L'obscurité n'est plus le signe de la richesse de la pensée, les justiciables ont besoin de décisions claires et intelligibles».

¹³³ P. Deumier, *Motivation enrichie : bilan et perspectives*, in *Dalloz*, 2017, p. 1783.

¹³⁴ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, cit., p. 22.

¹³⁵ Dossier de presse «Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change», 2 aprile 2019 (<https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre/comprendre-une-decision-de-la-cour/le-nouveau-mode-de-redaction-des>).

favore del principio della «motivation en forme développée»¹³⁶ ou «enrichie», quest'ultima definita come una «motivation qui mentionne des éléments traditionnellement passés sous silence et qui les articule de manière à ce qu'ils constituent les maillons intermédiaires du raisonnement justifiant le principe posé dans la décision»¹³⁷.

Assai rivelatrici dell'intento di conferire alla motivazione un ruolo fondamentale al fine sia di determinare l'esatto contenuto della pronuncia, sia di consentire un «accès au droit plus précis et plus informé»¹³⁸ che viene finalmente elevato al rango di fondamentale garanzia applicabile anche al diritto giurisprudenziale, sono le indicazioni concretamente fornite dalla riforma: non soltanto occorre ora che il giudice motivi adeguatamente in ordine al metodo di interpretazione prescelto, ma quando al momento della deliberazione siano state seriamente prese in considerazione delle soluzioni alternative, è necessario anche che la decisione le menzioni e metta in evidenza le ragioni per le quali esse sono state infine scartate.

Una novità di assoluto rilievo, volta anch'essa a fare luce su un'ampia zona d'ombra della tecnica redazionale tradizionale e, al contempo, a valorizzare l'onere motivazionale del giudice come elemento costitutivo del valore del precedente, consiste nel prevedere la possibilità che i giudici citino le proprie decisioni anteriori, in particolare nei casi in cui se ne discostano. La riforma non esclude che l'esposizione dell'itinerario ermeneutico possa svolgersi anche con riferimento a precedenti conformi – il riferimento ai *revirement* è solo esemplificativo e l'obiettivo generale, qui, è quello di «donner une traçabilité à l'arrêt au sein de la jurisprudence de la Cour»¹³⁹ – ma la prassi successiva alla sua entrata in vigore non sembra andare in questo senso, rivelando una maggiore disponibilità della *Cour* a richiamare l'orientamento interpretativo nel cui solco la decisione introduce una soluzione di continuità¹⁴⁰. L'impressione, comprovata anche da un recentissimo *Rapport* commissionato dalla *Cour de cassation*, è che in un sistema in cui vige comunque tuttora il divieto di cui all'art. 5 del *Code civil*, e con ciò una rigida interpretazione dei limiti del giudicato, le distorsioni cui può dar luogo l'impiego della «motivation par référence» – ovvero il mero richiamo tratteggio di precedenti consolidati – siano più acutamente percepite¹⁴¹. Tuttavia, nel medio

¹³⁶ *Ivi*.

¹³⁷ Cfr. l'intervista rilasciata da Chantal Arens, Presidente della *Cour de cassation* fino al 30 giugno 2022: Chantal Arens: une présidence de la Cour de cassation, in Dalloz, 30 giugno 2022 (<https://www.dalloz-actualite.fr/interview/8-questions-chantal-arens#.Y5BiFXbMI2w>)

¹³⁸ Dossier de presse «Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change», 2 aprile 2019 (<https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre/comprendre-une-decision-de-la-cour/le-nouveau-mode-de-redaction-des>).

¹³⁹ *Ivi*.

¹⁴⁰ Cfr. S. Hortala, *La réforme de la rédaction des décisions de la Cour de cassation. État des lieux*, in JCP, 2020, I, 999, part. p. 1543.

¹⁴¹ L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, part. p. 100 s. (https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Divers/Rapport%20open%20data/Rapport_La_Diffusion_des_donn%C3%A9es_d%C3%A9cisionnelles_et_la_jurisprudence.pdf). Tuttavia, va segnalato che proprio in questo *Rapport*, sul quale ci intratterremo più diffusamente *infra* con riguardo al problema della pubblicizzazione delle sentenze, si formula una raccomandazione che tende ad aprire verso un richiamo più esteso del precedente, sia da parte dei giudici della *Cassation* che da parte dei giudici di merito: «Tout en évitant l'écueil d'une motivation «par référence», permettre aux juridictions du fond de faire état de décisions précédemment rendues par des juridictions du fond entre d'autres parties, spécialement les décisions des juridictions du fond signalées par la Cour de cassation pour leur intérêt particulier. Admettre que la Cour de cassation, dans les motifs de sa décision, puisse, le cas échéant, faire état de décisions des juridictions du fond, sans leur donner pour autant valeur de précédent obligatoire» (*ivi*, p. 14).

e lungo periodo, la dimensione operativa del precedente, già ben saggiabile – come detto – nelle prassi discorsive degli Avvocati generali¹⁴², sembra destinata inesorabilmente ad intensificarsi, di pari passo con l'enfasi – crescente, come si documenterà anche di qui a poco – che la stessa Corte pone sul valore della prevedibilità del diritto¹⁴³. È chiaro d'altra parte – e lo ha messo di recente in luce anche il Procuratore generale presso la *Cour de cassation* – che anche le nuove frontiere tecnologiche del valore della prevedibilità, rappresentate dalla cosiddetta giustizia predittiva, non potranno esplorarsi se non attraverso «l'analyse de décisions passées offrant la probabilité d'une solution donnée»¹⁴⁴.

Per converso, le sentenze della *Cour de cassation* continueranno a non essere il luogo più propizio per attestare in modo certo e inequivocabile l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza¹⁴⁵. E ciò non perché nel diritto francese viga il divieto, come nel diritto italiano, di citare autori giuridici. E nemmeno perché, a livello concreto, non si siano date o non continuino a darsi soluzioni interpretative dalle indubbe ascendenze dottrinali. L'ammissibilità di riferimenti alla dottrina nelle proprie decisioni¹⁴⁶, pur oggetto di discussione durante i lavori preparatori, postulerebbe un dialogo finalmente aperto, e forse troppo «paritaire»¹⁴⁷, con la scienza giuridica, ed è stata per il momento esclusa dalla *Cour de cassation*, che resta pertanto fedele alla tradizione di dislocare nella fase “istruttoria” delle sentenze (relazioni elaborate dai Consiglieri relatori e pareri degli Avvocati generali) il riconoscimento della forza persuasiva di una certa elaborazione dottrinale.

Un elemento invece inedito, che recepisce la raccomandazione – già formulata del *Rapport Molfessis* – di tenere nella debita considerazione l'impatto economico e più in generale le prevedibili conseguenze pratiche della decisione, è la possibilità che nella «motivation développée» – e non più solo nel discorso «à côté» – trovi spazio la menzione degli «études d'incidences», allorché il giudice ne abbia tratto elementi decisivi al fine di assicurare un bilanciamento efficiente delle esigenze in conflitto¹⁴⁸.

In quali termini tale innovazione implicherà un passaggio «du syllogisme au conséquentialisme»¹⁴⁹, è difficile dire. Certo è che mentre questa e le altre di cui si è discusso finora hanno vocazione ad applicarsi, come detto, solo ad alcune tipologie di sentenze,

¹⁴² V. *supra*, nota 59.

¹⁴³ Cfr. V. Vigneau, *Le passé ne manque pas d'avenir. Libres propos d'un juge sur la justice prédictive*, in *Dalloz*, 2018, p. 1095: «on sait que, face à des situations de fait comparables, deux juges peuvent apporter des réponses différentes. C'est certes légal, mais c'est aussi contraire au principe de l'égalité de traitement devant la loi et à celui de la sécurité juridique. En permettant aux juges de comparer leur pratique juridictionnelle par rapport à une moyenne statistique, de connaître les tendances jurisprudentielles de leurs collègues, la “justice prédictive” favorisera la mise en cohérence de l'activité juridictionnelle des différentes juridictions du fond et l'harmonisation des jurisprudences, et ainsi contribuera à améliorer la prévisibilité de la justice et la sécurité juridique».

¹⁴⁴ Allocution de Monsieur Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, lors du colloque « La justice prédictive » organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 12 febbraio 2018 (<https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2018/02/12/la-justice-predictive-0>).

¹⁴⁵ P.-Y. Gautier, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence*, in *Dalloz*, 2003, *chron.*, p. 2839 ss.

¹⁴⁶ Auspicata anche da A. Touffait e A. Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, cit., p. 504.

¹⁴⁷ R. Libchaber, *Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 683.

¹⁴⁸ Dossier de presse « Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change », cit.

¹⁴⁹ H. Muir Watt, *La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de common law*, in *Rapport Molfessis*, cit., p. 69.

portata generale riveste invece quella che è forse la più rivoluzionaria e anche mediatizzata novità veicolata della riforma¹⁵⁰, ovvero la morte – a lungo annunciata e finora mai decretata¹⁵¹ – di quella sorta di “stampo” concettuale imperniato sugli «attendu que» al quale la *Cour de cassation* ha tradizionalmente aderito, portando alle sue estreme conseguenze lo schema del sillogismo e riducendo al massimo il suo onere motivazionale.

Sotto questo profilo, la motivazione che tipicamente si snodava in una o più subordinate, precedute dalla locuzione «attendu que», assume ora una nuova morfologia anche sintattica, più simile allo stile diretto già adottato dal *Conseil d'État* e dal *Conseil constitutionnel*¹⁵². La sostituzione della cd. frase unica e degli «attendu que» con un linguaggio più discorsivo si accompagna inoltre alla previsione di un modello che struttura le sentenze in tre parti – «faits et procédure; examen des moyens du pourvoi; dispositif de l'arrêt»¹⁵³ – e che identifica le diverse fasi del ragionamento mediante dei paragrafi numerati.

La seconda parte della sentenza, in particolare, dovrà essere articolata a sua volta in titoli e sottotitoli, al fine di dare opportuna rilevanza, distinguendoli anche visivamente, ai motivi di ricorso esposti dalle parti e alla loro disamina puntuale da parte della Corte, quest'ultima sistematicamente preceduta dalla locuzione «réponse de la Cour».

La rottura con lo stampo in cui i giudici della *Cour de Cassation* hanno dato forma a quasi due secoli di giurisprudenza è qui radicale, e per quanto essa non si presti ad essere letta come un abbandono del rigore del ragionamento giuridico, che resta pur sempre ispirato allo schema logico-deduttivo, è apparso subito chiaro, sin degli esempi che la stessa Corte ha fornito prima della formale entrata in vigore della riforma¹⁵⁴, che le decisioni fondate su motivazioni *more geometrico* si avviano ormai ad essere consegnate alla storia del diritto francese. E ciò tanto più che in tempi recentissimi l'attivismo e l'autodichia della *Cour de cassation* si sono espressi in ulteriori importanti iniziative, volte – come già indicato – a riaccordare il problema dell'intelligibilità dell'itinerario motivazionale con le possibilità predittive offerte dalle repertorizzazioni informatiche basate su algoritmi, «dans le but de mettre en relation des décisions de justice entre elles afin de retrouver, dans la masse des décisions, les arguments et motivations identiques, susceptibles de conduire aux mêmes décisions»¹⁵⁵.

In questo senso, c'è da attendersi che anche la prima parte in cui dal 1° ottobre 2019 si strutturano le sentenze – quella concernente la rappresentazione dei fatti della causa e dello svolgimento del processo, finora declinata ancora in modo scarno, ma comunque meno sommario rispetto a prima – sia destinata ad apparire sempre più come uno snodo cruciale

¹⁵⁰ «Il est des révolutions dont seuls quelques initiés mesurent l'ampleur»: in questi termini, J.-B. Jacquin, *La Cour de cassation va rendre ses décisions plus intelligibles*, in *Le Monde*, 6 aprile 2019 (https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/04/06/la-cour-de-cassation-va-rendre-ses-decisions-plus-intelligibles_5446634_3224.html)

¹⁵¹ Si fa riferimento al celebre A. Touffait e L. Mallet, *La mort des Attendus?*, in *Foro it.*, 1968, V, c. 102 ss.

¹⁵² Cfr. P. Deumier, *Attendu que la phrase unique est progressivement abandonnée*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2019, p. 67 ss.

¹⁵³ Una trattazione estesa di questi profili è fornita dalla stessa *Cour de Cassation*: cfr. Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts, 5 giugno 2019 (<https://www.courdecassation.fr/files/files/D%C3%A9cisions/Guide%20des%20nouvelles%20r%C3%A8gles%20relatives%20%C3%A0%20la%20structure%20et%20%C3%A0%20la%20r%C3%A9daction%20des%20arr%C3%Aats.pdf>)

¹⁵⁴ Esempi volti a riformulare sentenze già pronunciate secondo i nuovi criteri: cfr. il documento citato alla nota che precede, part. p. 12 ss.

¹⁵⁵ L. Cadiet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation - juin 2022*, cit. p. 26. Cfr. anche *infra*, par. 5.

di un vero diritto giurisprudenziale, stante il suo impatto sulla chiarezza del *decisum*, sulla determinazione della portata della *ratio decidendi* e, in ultima analisi, sul valore di prevedibilità del diritto che la riforma intende nel suo complesso promuovere.

Quanto al dispositivo, integrante il terzo punto della nuova struttura tripartita delle decisioni della *Cour* e ora imperativamente preceduto dalla locuzione, apposta in maiuscolo, «par ces motifs», l'ormai avvenuta enucleazione di una o più fasi del ragionamento in cui i giudici sono tenuti a puntualmente esaminare il motivo o i motivi del ricorso proposto («réponse de la Cour»), contribuirà probabilmente a spostare ancora di più l'asse della sua rilevanza sul piano endoprocessuale (piuttosto che ordinamentale), essendo ormai acquisito che l'autorità delle decisioni di giustizia dipende dalla forza argomentativa del ragionamento contenuto nella motivazione, e non già, come per la legge, dall'enunciazione lapidaria di regole¹⁵⁶. Si può anzi affermare con qualche fondamento che, a distanza di tre anni dall'entrata in vigore della riforma, ad essere inverato è l'insegnamento formulato da Atias ormai quasi sei lustri orsono: «L'unité du droit que la Cour de Cassation a mission de garder, doit être celle des motifs et non celle du dispositif; [...] c'est d'abord une unité de raisonnement»¹⁵⁷.

V. LA RIFORMA DEL SISTEMA DI REPERTORIAZIONE DELLE SENTENZE E L'OPEN DATA: NUOVE PROSPETTIVE PER IL PRECEDENTE?

Di pari passo con l'irrobustimento dell'onere motivazionale della *Cour de cassation* e – attraverso esso – della sua funzione nomofilattica, è divenuto via via più chiaro come anche il tema della comunicazione e della repertoriazione delle sue sentenze fosse destinato a porsi in modo nuovo. Ciò non già perché la prassi, fino a poco tempo fa consolidata, di destinarne alla pubblicazione solo una parte – ovvero, quella più ricca, compatibilmente con quanto si è detto a proposito delle molte zone d'ombra del sillogismo tradizionale, di contenuto normativo – sia di per sé poco propizia alla promozione dei valori di «sécurité juridique»¹⁵⁸ che la riforma dello stile delle sentenze ha inteso perseguire. Anzi, come da tempo si riconosce anche nella tradizione di *common law*, filtrare la pubblicazione delle pronunce che ogni giorno escono dai “mulini” della giustizia – nel caso della *Cour de cassation*, in ragione di circa ventimila all'anno – costituisce un espediente abbastanza efficace per rafforzare quel sentimento di conoscibilità e di coerenza che sarebbe invece inevitabilmente compromesso qualora non si destinasse ad un ragionevole oblio la casistica meno rilevante¹⁵⁹. Inoltre, avendo in mente il già segnalato, prezioso, ruolo suppletivo tradizionalmente svolto dai *Recueil*, dal *Bulletin* e dai *Rapport* della *Cour de cassation* in riferimento alle sentenze più importanti, va anche sottolineato come un tratto peculiare del caso francese risieda proprio in ciò che, parafrasando il titolo di un celebre scritto, i difetti

¹⁵⁶ Cfr. N. Posenato, *La riforma dello stile delle sentenze della Cour de Cassation*, in R.E. Cerchia (a cura di), *Percorsi di diritto comparato*, Milano, 2021, part. p. 156.

¹⁵⁷ C. Atias, *La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit*, cit., p. 76.

¹⁵⁸ Dossier de presse « Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change », cit.

¹⁵⁹ Cfr. l'ormai classico W.L. Reynolds e W.M. Richman, *The Non-Precedential Precedent - Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeals*, in 78 *Col. L.R.* 1167 (1978).

della giurisprudenza hanno tradizionalmente sopravanzato i difetti delle raccolte di giurisprudenza¹⁶⁰.

Ad una funzione “compensativa” analoga può d'altra parte ricollegarsi la nascita, già agli inizi del XIX secolo, di un genere letterario che ha rappresentato e rappresenta tuttora un asse portante dell'apparato predisposto dalla dottrina per conoscere il materiale giurisprudenziale rilevante, e trasmetterne la conoscenza: ci si riferisce qui alle raccolte, note come «*Les grands arrêts*», che con cadenza regolare vengono pubblicate, dagli anni '30 del XIX secolo, in riferimento alle varie materie¹⁶¹. Come ha sottolineato Jestaz, è anche grazie all'attenzione che alcune decisioni ricevono dalla dottrina che il loro valore non strettamente limitato alla controversia in atto tra le parti può assurgere a un dato di sistema: «*il y a lieu de distinguer entre le contentieux brut (largement ignoré, car il échappe en majeure partie à la publication) et ce produit raffiné qu'est la jurisprudence (publié et commenté, parfois jusqu'à l'excès). Au total, le phénomène jurisprudentiel ne se produit qu'en présence de décisions motivées, publiées et commentées*»¹⁶².

A partire da questi brevi cenni, è plausibile ritenere che il circuito discorsivo «*French academic doctrine, the conclusions of the advocates general, and the rapports of the reporting judges*» indicato da Lasser come il vero laboratorio in cui testare l'effettiva dimensione dell'«*official portrait of the French civil judge*», e con essa quella del diritto vivente¹⁶³, garantisca già ragionevoli standard di conoscibilità delle sentenze più significative, quest'ultima caratteristica essendo mediamente riconosciuta al 10% del volume totale delle decisioni rese¹⁶⁴: in concreto, come indicato dal Presidente onorario della Suprema Corte, ha titolo a rientrare in questa selezione ogni pronuncia «*qui précise la portée d'une règle de droit*», o «*qui amorce ou consacre une jurisprudence nouvelle*», o «*qui infléchit ou modifie une solution ancienne*», o ancora «*qui rappelle des principes acquis, afin qu'ils ne soient pas perdus de vue ou pour montrer l'attachement de la Cour à des solutions controversées*»¹⁶⁵.

L'evoluzione da un sistema di repertorizzazione selettivo ad uno a più ampio raggio, già in realtà avviata in questi ultimi anni¹⁶⁶ ma ulteriormente incoraggiata da recentissime iniziative della *Cour de cassation* assunte a margine di quelle appena descritte¹⁶⁷, può apparire quindi in

¹⁶⁰ F. Galgano, *Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 504 ss. Cfr. anche A. Lacabarats, *Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *Dalloz*, 2007, p. 889 ss.

¹⁶¹ Tuttora illuminante circa la nascita e le finalità di tale genere letterario è la Prefazione di Henri Capitant alla 1ª edizione dei *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, riprodotta anche nelle ultime edizioni curate da F. Terré e Y. Lequette.

¹⁶² P. Jestaz, *Les sources du droit*, Paris, 2015, p. 63.

¹⁶³ M. de S.-O.-SE. Lasser, *Judicial (Self-)Portrait: Judicial Discourse in the French Legal System*, cit., p. 1402. Un interessante osservatorio al riguardo è costituito dall'intensificarsi di quel discorso «*péri-décisionnel*» che si è in precedenza qualificato «*à côté*»: cfr. E. Grego, *Les discours péri-décisionnel des Hautes juridictions françaises. Analyse de la communication numérique officielle au service d'une diplomatie juridictionnelle*, Thèse soutenue le 18 décembre 2020, Université de Montpellier.

¹⁶⁴ L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation - juin 2022*, cit., p. 38.

¹⁶⁵ A. Lacabarats, *Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *Dalloz*, 2007, p. 889.

¹⁶⁶ Ma con esclusivo riguardo alle decisioni delle corti d'appello, che dal 2008 sono repertoriate dalla banca dati JuriCA, concepita tuttavia ad uso esclusivo degli operatori giudiziari: cfr. L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation - juin 2022*, cit., p. 34.

¹⁶⁷ Cfr. *infra*, nota 178 e testo corrispondente.

un certo senso contraddittoria o almeno sorprendente, ma ha delle ragioni che attengono, in primo luogo, ad un'evoluzione ormai palpabile del concetto di conoscibilità, intesa sempre più come accessibilità pressoché totale. Con riguardo al fenomeno giurisprudenziale, un aspetto interessante di tale evoluzione è che essa si svolge in ossequio ai dettami di una nuova concezione, più democratica, del potere giudiziario, snodandosi però sempre più attraverso i paradigmi di cui la società civile post-democratica¹⁶⁸ dispone, ovvero quelli offerti dalla tecnologia dell'informazione e della comunicazione *open data*. Inoltre, proprio come avviene nel caso dei dati, l'accresciuta disponibilità delle sentenze della *Cour de cassation* è sempre più preordinata alla loro possibile riutilizzazione, grazie a tecniche avanzate di intelligenza artificiale e di *machine learning*: essi cioè diventano materia prima per l'elaborazione di ulteriori decisioni, in un'ottica di prevedibilità che implica, naturalmente, anche il rinnovato rilievo sia degli argomenti motivazionali sia del quadro complessivo in cui collocarli¹⁶⁹.

Per misurare il riorientamento del formante conoscitivo della giurisprudenza, occorre ricordare che nel suo quotidiano operare, la pubblicazione selettiva delle sentenze della *Cour de Cassation* si è articolata attraverso una gamma differenziata di strumenti sia cartacei che telematici.

Fino al giugno 2021, i quattro livelli di pubblicazione delle decisioni della Suprema Corte francese più rilevanti erano rappresentati da altrettante sigle, in taluni casi anche cumulabili: P, B, R, I. In concreto, il primo livello era incarnato dalla pubblicazione nel *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, che esiste dal 1797. All'avvenuta repertorizzazione nel *Bulletin des arrêts*, segnalata dalla lettera «P» apposta sul verbale della decisione, poteva accompagnarsi la pubblicazione nel *Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC)*, avente cadenza quindicinale: tale prassi, assai diffusa e segnalata dalla sigla «P+B» presente sulle relative sentenze, già nella primavera del 2020 era stata ritenuta ridonante, dal momento che, come indicato in un recentissimo *Rapport* commissionato dalla stessa Corte, «des deux niveaux de publication se confondaient pour n'en former plus qu'un»¹⁷⁰. Ad ogni modo, un ulteriore – terzo – livello, sempre sovrapponibile ai primi due, era costituito dalla diffusione nel *Rapport annuel* della *Cour de Cassation*, avente l'obbiettivo già evocato di tracciare «des principaux arrêts de la période passée, sous forme de notices de présentation rappelant la question posée, les éventuels précédents et l'apport de cette décision au droit positif»¹⁷¹. Infine, all'interno delle decisioni siglate «P+B+R», era prevista una quarta differenziazione, potendo alcune di esse essere ulteriormente selezionate per essere pubblicate sul sito ufficiale della Corte di Cassazione, previa apposizione della menzione «P+B+R+I».

A questo sistema di repertorizzazione selettiva e gerarchizzante si è sostituito, per le decisioni successive al 15 giugno 2021, un nuovo dispositivo più razionale, imperniato sulle lettere

¹⁶⁸ Nell'accezione del concetto fornita nell'ormai classico C. Crouch, *Postdemocrazia* (2000), Roma-Bari, Laterza, 2003.

¹⁶⁹ In questa prospettiva, si noti che già nel 2016 la *Cour de Cassation* aveva organizzato un Colloquio dal titolo «La jurisprudence dans le mouvement de l'open data», le cui relazioni sono disponibili qui: <https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/la-jurisprudence-dans-le-mouvement-de-lopen-data>.

¹⁷⁰ L. Cadiet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, cit., p. 38.

¹⁷¹ *Ivi*, p. 37.

B, R, L e C. Mentre le prime due sono utilizzate fine di indicare la pubblicazione, rispettivamente, nel *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* (che ha nel frattempo assorbito il *Bulletin d'information de la Cour de cassation*), e nel *Rapport annuel* (cui sono destinate in media circa 60 decisioni all'anno)¹⁷², la terza lettera segnala che la pronuncia formerà oggetto di un commento ufficiale nelle *Lettres des chambres*, cui ogni cittadino può abbonarsi gratuitamente al fine di avere un quadro tematico delle pronunce più significative delle varie sezioni della *Cour de Cassation* (già contrassegnate dalle nuove sigle «B», «R», o più frequentemente «B+R»), ma anche delle «décisions de moindre portée doctrinale, mais susceptibles d'apporter un éclairage simple aux questions que se posent les citoyens dans leur vie quotidienne»¹⁷³. Quanto alla lettera «C», essa rinvia ad un ulteriore inedito strumento divulgativo, il *Communiqué de presse*, destinato a dare diffusione in tempo pressoché reale alle decisioni suscettibili di avere «un impact sociétal fort ou faisant écho à de grands thèmes d'actualité, que celles-ci aient ou non une portée doctrinale»¹⁷⁴. Un documento ufficiale del 15 giugno 2021 segnala che soltanto le prime due sigle «ont vocation à hiérarchiser les arrêts de la Cour de cassation», mentre le altre due rinviano a supporti aventi solo «fins de communication»¹⁷⁵.

Ben prima di tali sviluppi, cui si sono sovrapposti a partire dall'ottobre 2021 quelli connessi alle politiche di apertura digitale applicate ai dati giurisprudenziali, dal 1999 un canale pubblico di diffusione telematica delle decisioni giurisprudenziali (ma non solo) era assicurato da *Légifrance*, secondo criteri meno restrittivi ma pur sempre selettivi, e inclusivi anche delle pronunce di merito più significative: si stima che ogni anno circa 15000 sentenze della giustizia ordinaria, gran parte delle quali emanate dalla *Cour de cassation*, siano state repertorate da *Légifrance*, contro le circa 1500 pubblicate nel *Bulletin des arrêts*¹⁷⁶.

Con la «loi pour une République numérique», emanata il 7 ottobre 2016, e l'adozione di ulteriori documenti, tanto a carattere normativo quanto a carattere preparatorio di testi normativi, che nel suo solco si sono susseguiti, il dibattito istituzionale francese sul rapporto fra tecnologie digitali e giustizia ha conosciuto un passaggio decisivo¹⁷⁷.

Secondo quanto calendarizzato¹⁷⁸, il 1° ottobre 2021 la *Cour de cassation* è infatti entrata nella «nouvelle ère» dell'*open data*, rendendo liberamente fruibili a partire dal suo sito circa 480000 decisioni, opportunamente anonimizzate¹⁷⁹. L'accesso a questo impressionante *corpus*, cui si sono aggiunte e sempre più si aggiungeranno – in tempo quasi reale, in particolare con riguardo alle sentenze destinate al *Bulletin*¹⁸⁰ – le decisioni rese ogni giorno dai giudici di legittimità, fa ora capo ad un nuovo motore di ricerca, *Judilibre*, anch'esso gestito direttamente dalla Suprema Corte.

¹⁷² Dati riportati nel *Livret de rentrée 2022* (p. 6) disponibile sul sito della Corte: https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Livret_rentree_2022.pdf.

¹⁷³ *Ivi*, p. 7.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *La nouvelle classification des arrêts*, 15 giugno 2021 (<https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/1640>).

¹⁷⁶ Cfr. J.-M. Sommer, *La Cour de cassation à l'épreuve du numérique et de l'intelligence artificielle*, 9 febbraio 2021 (<https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/278415-la-cour-de-cassation-face-au-numerique-et-lintelligence-artificielle>).

¹⁷⁷ Per un *excursus* delle tappe più significative, v. L. Cadiet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, *Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, cit. p. 41 ss.

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 43.

¹⁷⁹ Nouveau site internet - Communiqué de Mme la première présidente, 4 ottobre 2021 (<https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/3295>).

¹⁸⁰ Cfr. <https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre/open-data-et-api>.

Tra le funzionalità più importanti di *Judilibre*, molte delle quali in corso di perfezionamento, particolare rilievo assume la possibilità non solo di accedere ai materiali rilevanti che costituiscono l'antefatto (si va dal testo della sentenza oggetto del *pourvoi* all'*avis* dell'Avvocato generale) di alcune pronunce, ma anche di apprezzare e studiare i rapporti con altre decisioni. Inoltre, per alcune sentenze, è fornita una sintetica descrizione del tema trattato (*titrage*) nonché una sorta di massima ufficiale, elaborata dalla sezione che ha deciso il ricorso (*sommaire*)¹⁸¹.

Il lancio di questo portale è descritto come un successo¹⁸², anche per l'ottica di virtuosa integrazione tra la nuova filosofia *open data* e i dispositivi di differenziazione qualitativa già esistenti che persegue¹⁸³. In prospettiva, peraltro, tutto lascia pensare che le "strade" della gerarchizzazione saranno ulteriormente affinate, sia perché i riferimenti ormai ammessi alle decisioni anteriori contribuiranno a trasformare il *corpus* giurisprudenziale sempre più in una rete ipertestuale, sia perché un'esigenza molto sentita è quella di scongiurare il rischio, segnalato poco sopra, che « les décisions qui ont un intérêt pour l'évolution du droit soient «noyées» dans la masse des décisions de justice diffusées »¹⁸⁴. Verosimilmente, inoltre, la diffusione delle decisioni dei gradi inferiori, anch'essa aumentata in modo vertiginoso con l'avvento degli *open data*¹⁸⁵, non potrà che favorire tale tendenza alla differenziazione.

Per concludere, se è vero, come sottolineato già nel 2017 dal *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, che « [l]a qualité, l'intelligibilité et la hiérarchisation de la production des décisions de justice à la source constituent la seule façon d'identifier les décisions importantes et la jurisprudence normative »¹⁸⁶, non può escludersi che dal neonato processo di acculturazione al senso e all'importanza della motivazione possa germogliare, quasi impercettibile, una cultura dell'unità del diritto più fermamente ancorata al valore del precedente.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Chantal Arens: *une présidence de la Cour de cassation*, in *Dalloz*, 30 giugno 2022, cit.

¹⁸³ Si consideri ad esempio che le sentenze più importanti repertoriate da *Judilibre* – e a cui è possibile limitare la ricerca, utilizzando l'apposito sistema di filtri – recano la menzione delle sigle «B» e «R».

¹⁸⁴ L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, *Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, cit., p. 76.

¹⁸⁵ Si noti che a partire dal 21 aprile 2022, le decisioni delle corti d'appello emanate successivamente al 15 aprile dello stesso anno sono anch'esse immesse direttamente nel portale *Judilibre*, così che «alors qu'avant l'entrée en vigueur de l'open data, environ 15 000 décisions étaient diffusées chaque année sur Légifrance, désormais environ trois millions de décisions rendues publiquement par an par les juridictions judiciaires seront accessibles gratuitement en ligne, ce qui représente une multiplication par 200 du nombre de décisions disponibles»: cfr. L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, *Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, cit., p. 43.

¹⁸⁶ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, cit., p. 26 s.

CAUSA CONCRETA E OPERAZIONE ECONOMICA NELLA GIURISPRUDENZA
URUGUAIANA
L'INFLUENZA DI ENRICO GABRIELLI

Carlos de Cores Helguera

SOMMARIO

I. INTRODUZIONE; II. SENTENZE DELLA CORTE D'APPELLO; III. SENTENZE DELLA CORTE SUPREMA DI GIUSTIZIA; IV. CONCLUSIONI

This article contains a study about the influence in Uruguayan jurisprudence of some key concepts related to contract general doctrine, crafted by the Italian professor Enrico Gabrielli. It analyzes particularly the concepts of economic operation and reciprocal relationship among contracts, widely used by Uruguayan upper courts, concluding with an acknowledgment to professor Enrico Gabrielli for his contribution to the development of Uruguayan civil law.

L'8 luglio 2022 si è tenuto un incontro di studio in onore del professor Enrico Gabrielli organizzato dal professor Francesco Rossi, Ordinario di diritto privato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II". In quell'occasione, il professor Francesco Delfini, dell'Università degli Studi di Milano, che si occupava del tema "Autonomia privata e contratto negli scritti sudamericani di Enrico Gabrielli", mi ha proposto di parlare sugli "scritti uruguaiani" di quell'autore, incarico che ho accettato molto volentieri appuntando la mia attenzione su un tema a proposito del quale il contributo scientifico dell'autorevole professor italiano ha avuto un significativo impatto in Uruguay: la causa concreta e l'operazione economica.

I. INTRODUZIONE

I primi scritti di Enrico Gabrielli in Uruguay sono contenuti in due volumi intitolati "Doctrina General del Contrato", che ho avuto l'onore di tradurre. Ritengo che questi siano stati i primi "scritti sudamericani" di Enrico Gabrielli,¹ seguiti da diversi libri e articoli pubblicati in Argentina, Perù e Cile.²

I contributi di Enrico Gabrielli sul tema della causa concreta e dell'operazione economica hanno avuto un impatto significativo in Uruguay. In questo scritto focalizzerò quindi l'attenzione sull'influenza che le monografie e gli articoli di Gabrielli pubblicati in Uruguay hanno avuto sulla giurisprudenza domestica. In effetti, queste opere sono state accolte in maniera chiara e precisa nel foro uruguaiano, ciò che risulta evidente dalle numerose citazioni giurisprudenziali che includono le corti superiori di giustizia del paese.

In un lavoro pubblicato nel 2017³, l'autorevole giudice Alicia Castro Rivera, già Presidente dell'organo omologo in Uruguay al Consiglio di Stato, dopo aver reiteratamente citato le

¹ E. Gabrielli, *Doctrina General del Contrato*, volumen 1, FCU, Montevideo, 2009, y volumen 2, 2010. Poi, nel 2018, è stato pubblicato: *Remedios. Contribución al estudio de las tutelas contractuales*, edito dall'Universidad Católica del Uruguay.

² *Estudios sobre Teoría General del Contrato*, Lima, 2013; *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*, Buenos Aires, 2016; *Operación económica y teoría del contrato*, Buenos Aires, 2017; *El contrato. Incumplimiento y tutelas*, Santiago de Chile, 2020; *El contrato. Del tipo contractual a la operación económica*, Santiago de Chile, 2020; "Estructuras formales" y *teoría de las garantías reales*, Santiago de Chile, 2020; *Alea, riesgo y teoría del contrato*, Santiago de Chile, 2021.

³ A. Castro Rivera, *La pregunta por la causa del contrato: un giro pragmático de la doctrina*, in *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, FCU, Montevideo, No. 5, pp. 47-54.

opere di Gabrielli, ha affermato che "comprendendo l'operazione economica che si realizza con un contratto o un insieme di contratti, si comprende meglio lo scopo divisato dai contraenti, a volte molteplice, e al servizio del quale, essendo lecito, deve essere posto il regolamento. Il principio dell'autonomia della volontà viene così sancito e rafforzato, pur conservandone i limiti".

Più nello specifico, osservo che il contributo di Enrico Gabrielli rispetto al concetto di causa concreta e operazione economica in Uruguay si sviluppa nel volume I della sua *Doctrina General del Contrato*, pubblicato dalla Fundación de Cultura Universitaria nel 2009, così come nei suoi articoli intitolati *Causa en concreto y operación económica*, e *Autonomía privada, coligamiento negocial y estructura formal de la operación económica*, pubblicati nella rivista *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*⁴.

Nella dottrina uruguaiana troviamo opere che dialogano con le idee di Gabrielli e ciò sia in senso favorevole⁵, sia critico⁶. Tuttavia, dove il loro recepimento è innegabile è nella giurisprudenza.

Già nel 2008⁷, in occasione di una conferenza sull'influenza del diritto italiano in Uruguay, il maestro Jorge Gamarra affermava:

«L'operazione economica, legata alla causa intesa quale funzione economica individuale, è definita da Gabrielli come una sequenza unitaria e composita che include in sé il regolamento negoziale, nonché tutti i comportamenti che sono collegati ad essa per l'ottenimento dei risultati desiderati, nonché la situazione oggettiva in cui si colloca il complesso delle regole e degli altri comportamenti. Aggiunge che si tratta di una tecnica di costruzione concettuale che tiene conto della pluralità e della diversità degli interessi sottostanti.

In Uruguay, il mio contributo sull'argomento contenuto nel volume XXXVI dell'ADCU è stato accolto in un caso di collegamento negoziale dalla sentenza del Tribunal de Apelaciones de Cuarto Turno del 19/12/2007 (caso 473 ADCU t. XXXVIII) e sono confortato dal fatto che in tale provvedimento si sia citato il nome di Gabrielli. Sulla base di tale arresto, Gabrielli cessa di essere patrimonio esclusivo della dottrina, là dove il seme è ora collocato in terre giurisprudenziali».

Questa lungimirante valutazione di Gamarra si è progressivamente consolidata in giurisprudenza, al punto che nel repertorio ufficiale *Base de Jurisprudencia Nacional*, si possono

⁴ E. Gabrielli, *Causa en concreto y operación económica*, in *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, vol. 3, FCU, Montevideo, 2015, pp. 107-118; Id., *Autonomía privada, coligamiento negocial y estructura formal de la operación económica*, in *Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, vol. 8, FCU, Montevideo, 2020, pp. 147 e ss.

⁵ J. Gamarra, *Operación económica, coligamiento negocial e interpretación*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXVI, FCU, Montevideo, 2006. J. Blengio, *El contrato y la operación económica*, in *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, v. 1, n. 1, FCU Montevideo, 2013; ID., *Contrato y operación económica* in *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, v. 2, n. 2, FCU Montevideo, 2014; ID., *Una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia que hace un adecuado uso de la figura de la operación económica?*, in *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, v. 5, n. 5, FCU Montevideo, 2017; J. Blengio y L. Larrañaga, *Operación económica, causa concreta y coligamiento contractual*, in *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, FCU, Montevideo, 2022.

⁶ S. Carnelli, *Análisis de la nueva doctrina de Gamarra sobre la causa del contrato*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XLII, FCU, Montevideo, 2012; G. Caffera, *Receso unilateral y operación económica. Enredos ilustrativos*, in *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo IV, FCU, Montevideo, 2016; R. Castro, *La inconsecuencia lógica de la operación económica*, in *Ruptura*, año 7, número 8, FCU, Montevideo, 2017.

⁷ Conferenza tenutasi nell'Aula Magna della Universidad Católica del Uruguay il 9 settembre 2008, testo inedito.

trovare, tra il 2007 e il 2022, ventiquattro sentenze delle corti superiori uruguayane che citano testualmente opere di Enrico Gabrielli sul tema.

Va notato che, a differenza del diritto italiano, non è vietato in Uruguay menzionare e citare testualmente gli autori dottrinali; al contrario, è prassi comune per i tribunali fondare il proprio giudizio citando testualmente la dottrina.

È interessante considerare l'art. 118 delle Disposizioni processuali del codice di procedura civile italiano, che così recita: "*La motivazione della sentenza ... consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici*". Sotto tale aspetto, l'ordinamento giuridico italiano è totalmente diverso da quello uruguayano, nel quale lo stesso codice civile, nell'ambito del divieto di pronuncia di *non liquet*, non permette al giudice di "omettere di pronunciarsi in materia civile con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza delle leggi" (art. 15), e stabilisce espressamente che lo stesso "*farà ricorso ai principi generali del diritto e alle dottrine più accolte, considerate le circostanze del caso di specie*" (art. 16) (nostri i grassetti)⁸.

Faremo quindi dettagliato riferimento ad alcune sentenze, distinguendo tra quelle delle corti d'appello e quelle della Corte Suprema di Giustizia.

II. SENTENZE DELLE CORTI D'APPELLO

La prima, del 2007, si riferisce alla crisi bancaria del 2002 e alla possibilità di operare la compensazione nella liquidazione coatta amministrativa in caso di depositi *cd back to back*⁹. Gabrielli è lì testualmente citato:

«VI) Come è stato affermato "lo studio dell'operazione economica viene ampiamente giustificato dalla necessità di penetrare lo schema formale del contratto e di esaminare più a fondo gli interessi concreti delle parti, presupposto necessario per la corretta interpretazione dell'affare e per poter stabilire ciò che le medesime parti vogliono realmente quando coordinano diversi contratti autonomi per raggiungere uno scopo ulteriore. In entrambi i casi l'operazione economica è lo strumento essenziale che guiderà i giudici nella ricerca della comune volontà delle parti contraenti (art. 1298)" (...) "Nelle questioni controverse che vedono il contratto come campo di battaglia, è necessario esaminare coscienziosamente (oltre al testo contrattuale) l'operazione economica che è il suo substrato. Lo schema meramente formale del contratto - scrive Gabrielli - è insufficiente a rivelare la multiforme espressione degli interessi in gioco, e il concetto di operazione economica fornisce un'espressione più ampia e completa del regolamento e dell'assetto degli interessi"¹⁰.

Il concetto di operazione economica giustifica, quindi, un trattamento speciale relativamente alla massa attiva dell'istituto bancario in liquidazione, nel caso di prestiti

⁸ Questa peculiarità del diritto italiano è affascinante poiché allude al cuore del rapporto tra giurisprudenza e dottrina. Proprio in relazione a tale tema, Braun ha analizzato la questione dell'uso delle citazioni dottrinali da parte della dottrina, confrontando il diritto inglese e il diritto italiano. Si veda, A. Braun, *Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 26, Issue 4, Winter 2006, Pages 665–681. Nel diritto uruguayano si veda J. Blengio, *Algunas reflexiones sobre interpretación e integración del Derecho y el rol que en esta corresponde a la doctrina*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XI, FCU, Montevideo, 1980, pp. 109–112.

⁹ Sentencia No. 315 de 19.12.2007, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, "Global Auto Parts Vehicles Corp. y otros c/ Banco Comercial S.A. - en liquidación - y otros - otros procesos- acción declarativa de inexistencia de deuda y subsidiariamente de compensación". La medesima citazione si trova in Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno sentencia No. 229/2010 di 12.5.2010 "Flores, Claudio Sebastián c/ Club Atlético Peñarol - Cobro de Pesos".

¹⁰ J. Gamarra, *Operación económica, coligamiento negocial e interpretación* in ADCU, T. XXXVI, p. 617-618.

concessi da banche con la garanzia di depositi costituiti nella stessa entità, trattandosi di contratti collegati e giustificati dalla stessa operazione economica, superando il divieto di compensazione nella liquidazione.

Il *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno* ha poi utilizzato il concetto di operazione economica per risolvere il caso di un coltivatore di ortaggi, beneficiario di una linea di credito presso il Banco Bandes Uruguay, che – secondo la ricostruzione del ricorrente – gli è stata inopinatamente revocata dalla Banca¹¹.

«I diversi contratti esistenti tra le parti sono collegati tra loro sulla base di un'unica operazione economica perseguita dalle parti: il finanziamento dell'attività commerciale dell'attore, entro determinati importi e parametri di finanziamento precisi.

*Ogni contratto possiede l'equilibrio economico che le parti gli conferiscono, secondo le regole di interesse contrattualmente previste, ogni prestazione ha sempre e solo il valore della rispettiva controprestazione, concessa al contraente interessato al fine di ottenerla, e non un valore di mercato astratto e oggettivo (Cfm. Gabrielli, Enrico *Doctrina General del Contrato Vol. 1 1er edición 2009 p. 135*).»*

In un caso di rilevanza economica, la Corte di Appello (*Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno*) ha utilizzato la nozione di operazione economica per accertare l'adempimento o l'inadempimento di un contratto di lavoro relativo a un grande industria di macellazione del bestiame¹².

«III) Come afferma Enrico Gabrielli, "il negozio, in quanto edificato dal privato, deve essere considerato nella sua unità formale, cioè come "operazione economica", indipendentemente dal tipo o insieme di tipi, anche quando collegati tra loro o dipendenti, che le parti hanno utilizzato per costruire il loro assetto di interessi"»¹³ (Secondo questo approccio e in conformità alle condizioni del 31/10/2007, si potrebbe accogliere la visione secondo cui vi sarebbe un unico contratto).

Il *Tribunal de primer turno* ha dovuto risolvere un caso mediante il ricorso alla dottrina, relativo alla concessione di un servizio di ristorazione presso la sede di una banca nella città di Montevideo¹⁴.

Si legge « ... (possono essere menzionati) nella dottrina italiana Ferri, Roppo e Gabrielli, il quale suggerisce di osservare "concretamente" l'equilibrio che le parti hanno costruito, in ogni caso, per disciplinare i loro interessi contrastanti. Il che significa, sia in chiave interpretativa che ricostruttiva della volontà contrattuale, considerare il negozio concreto creato dalle parti, sia nella sua singolarità che nella sua complessità e, quindi, l'unità dello scopo pratico che si propone di realizzare, valutare la meritevolezza dell'operazione nella sua interezza, in cui si inserisce il singolo negozio, o la pluralità di negozi collegati o dipendenti l'uno dall'altro... ed essere così in grado di dare una giustificazione causale, sia alle prestazioni "isolate", sia ai negozi astratti, sia alle operazioni più complesse»¹⁵.

¹¹ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, Sentencia de fecha 26/06/2013 Sosa, Pérez Brignani, Franca, “Bastos Tejeira, Miguel c Banco Bandes Uruguay S.A. Daños y Perjuicios. Cobro de Pesos.”

¹² Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno Sentencia Definitiva N°123, de 29.08.2012, "Adilmer S.A. C/ Breeders and Packers Uruguay S.A. – Cobro De Pesos. Daños y Perjuicios".

¹³ E. Gabrielli, *Doctrina General del Contrato*, p. 68.

¹⁴ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno Sentencia 0003-000007/2014, “Rego, Alejandro c/ Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Uruguay S.A. - Daños y perjuicios”. Si veda, L. Méndez Martínez, , El denominado “consenso empresarial”. Soluciones para un problema de desequilibrio del poder normativo negocial”, tesi di laurea magistrale, Universidad Católica de Uruguay, reperibile in copia elettronica all'indirizzo <https://liberi.ucu.edu.ug/xmlui/handle/10895/1717>.

¹⁵ E. Gabrielli “Causa, tipo y teoría del contrato” in *Doctrina general del contrato*, vol. I, Montevideo, 2009, p.27.

In un'altra sentenza della Corte di Appello (*Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno*¹⁶), il concetto di operazione economica e il riferimento testuale a Gabrielli compaiono già nella sintesi della sentenza, rappresentando peraltro l'elemento essenziale della *ratio decidendi*:

«In quest'ordine, "la rilevanza assunta dalla funzione dell'atto in ogni circostanza di fatto diventa più evidente attraverso il concetto di operazione economica, poiché è a livello del fatto, del negozio considerato e valorizzato in tutte le sue componenti tipologiche, morfologiche e funzionali, che è opportuno indirizzare l'indagine per comprendere appieno il valore e il significato dell'attività dei soggetti privati e la disciplina che li governa".

La nozione di operazione economica, quale categoria concettuale, identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata (Cfm. Gabrielli Enrico *Doctrina General del Contrato Volumen I* tradotto da Carlos de Cores, FCU, 2009, pág. 68)».

Nella sentenza si osserva ancora che «Di conseguenza, nell'interpretazione del contratto, devono essere considerate tutte le circostanze che, senza entrare a far parte del negozio, di per sé considerato, sono state prese in considerazione dalle parti e che quindi si riferiscono non all'atto stesso, ma alla complessiva situazione di fatto in cui si inseriscono (Cfm. Gabrielli Enrico *ob. cit.* pág. 74).

Il contratto non è riducibile ad una operazione economica, nel duplice senso che il contratto è un fenomeno giuridico distinto dalla operazione economica sottostante e che il rapporto contrattuale non è un semplice rapporto derivante da leggi economiche, cosicché il contratto differisce dall'operazione economica poiché "è il titolo giuridico su cui si fonda l'operazione economica".

Ben vero la formalizzazione giuridica del contratto è sempre costruita (con caratteri specifici e peculiari) non più come fine a sé stessa, ma in vista e in funzione dell'operazione economica di cui rappresenta, per così dire, l'involucro o l'abito esterno e senza la quale sarebbe vuoto, astratto, e quindi incomprensibile, in vista e a seconda della composizione che si vuole dare alle operazioni economiche, si vogliono tutelare e perseguire "con la conseguenza che, in questo senso "il concetto giuridico contrattuale è strumentale all'operazione-contratto economico" (Cfm Gabrielli *ob. cit.* pág. 76)".

Vale a dire che entrambi gli elementi, contratto e operazione economica, non sono indipendenti ma sono collegati, il contratto esiste come il complemento necessario che dà all'operazione economica ciò che le manca, dandole un significato e la sua obbligatorietà: l'obbligazione cui le parti devono sottoporsi"» (Cfm sentenza del Tribunale 310/2011).

Può pertanto parlarsi di una giurisprudenza consolidata, quanto meno del *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primo Turno*.

Così la stessa Corte di Appello (*Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primo Turno*) nella sentenza 21/2011, del 16 marzo 2011, afferma: «Si può ben comprendere che si configura un'ipotesi di collegamento negoziale, cioè di pluralità di contratti e di unicità di operazione economica, perché ogni contratto non esaurisce il negozio che le parti perseguono e ne rappresenta solo una parte¹⁷.

Come illustra Enrico Gabrielli, "il negozio, così come viene costruito dai privati deve essere considerato nella sua unità formale, cioè come "operazione economica", indipendentemente dal singolo tipo o insieme di tipi,

¹⁶ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno Sentencia 309/2011 de 26/10/2011.

¹⁷ Cfr. J. Gamarra, "Operación económica, coligamiento negocial e interpretación" en ADCU, T. XXXVI, p. 618.

anche se collegati tra loro o dipendenti, che le parti hanno utilizzato per disciplinare il loro assetto di interessi" (Doctrina General del Contrato, Volumen I, El contrato y la operación económica, p. 68)».

Poi nel 2012, quella Corte si è servita del contributo di Gabrielli per risolvere il caso "Adilmer S.A. C/ Breeders and Packers Uruguay S.A., menzionato sopra ¹⁸ (sentenza 123/2012).

Questi concetti sono ripetuti anche nella sentenza 96/2017 della stessa Corte di appello: «*A tal proposito, il Collegio ha affermato nella sentenza n. 123/2012 che: "Come illustra Enrico Gabrielli, "il negozio, così come viene creato dai privati deve essere considerato nella sua unità formale, cioè come "operazione economica", indipendentemente dal singolo tipo o insieme di tipi, anche se collegati tra loro o dipendenti, che le parti hanno utilizzato per disciplinare il loro assetto di interessi" (Doctrina General del Contrato, Volumen I, El contrato y la operación económica, p. 68)».*

L'orientamento è tenuto fermo nella sentenza 111/2018 della stessa Corte d'appello civile di primo turno e anche nella sentenza 14/2020 della Corte d'appello civile di primo turno del 05/02/2020.

Nel 2018 la Corte di appello (*Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primo Turno*) sostiene:¹⁹

«*Un altro aspetto importante è che, come affermato dal Collegio in una precedente sentenza, "l'autoregolamentazione negoziale non è rappresentata solo ed esclusivamente dalle dichiarazioni e dalle disposizioni imperative delle parti, ma anche dai comportamenti e dalle attività connesse e dipendenti da tali disposizioni in modo che l'angolo visuale da cui l'ordinamento osserva la composizione degli interessi, deve essere quello previsto sia dall'atto sia dall'attività" (CFM Gabrielli Enrico Dottrina Generale del Contratto Volume I tradotto da Carlos de Cores, FCU 2009 Pagina 69)».*

E nel 2020:

«*Per quanto riguarda l'operazione economica, ciò che ha ritenuto il Collegio nella sentenza n. 111/2018, tra l'altro, è condivisibile, nel senso che: "... il Collegio ha affermato nella sentenza n. 123/2012, con concetti utilizzabili nel caso sottoposto ad attenzione, che:*

Come illustra Enrico Gabrielli, "il negozio, così come viene creato dai privati deve essere considerato nella sua unità formale, cioè come "operazione economica", indipendentemente dal singolo tipo o insieme di tipi, anche se collegati tra loro o dipendenti, che le parti hanno utilizzato per disciplinare il loro assetto di interessi" (Doctrina General del Contrato, Volumen I, El contrato y la operación económica, p. 68)" (. ..).

In questa direzione, "la rilevanza assunta dalla funzione dell'atto in ogni circostanza di fatto diventa più evidente attraverso il concetto di operazione economica, poiché è al livello del fatto, del negozio considerato e valorizzato in tutte le sue componenti tipologiche, morfologiche e funzionali, che è opportuno indirizzare l'indagine per comprendere appieno il valore e il significato dell'attività dei soggetti privati e della disciplina che li governa.

La nozione di operazione economica, come categoria concettuale, identifica una sequenza unitaria e composita che include in sé il regolamento, tutti i comportamenti ad essa collegati per il raggiungimento dei risultati desiderati, e la situazione oggettiva nella quale si collocano il complesso delle regole e gli altri comportamenti atteso che tale situazione concorre anche a definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata" (Cfm Gabrielli Enrico Dottrina General del Contrato Volumen I tradotto da Carlos de Cores, FCU 2009 Pág. 68)».

Ne discende, nell'interpretazione del contratto, che devono essere considerate tutte le circostanze che, senza entrare a far parte del negozio, di per sé, sono state prese in considerazione dalle parti e che quindi si

¹⁸ Supra, nota 11.

¹⁹ Tribunal Apelaciones Civil de Segundo Turno, Sentencia No. 121/2018 de 25/07/2018.

riferiscono non all'atto stesso, ma alla complessiva situazione di fatto in cui si inseriscono (Cfm Gabrielli Enrico ob. cit. pag 74).

Il contratto non è riconducibile ad una operazione economica, nel duplice senso che il contratto è un fenomeno giuridico distinto dalla operazione economica sottostante e che il rapporto contrattuale non è un semplice risultato di leggi economiche, cosicché il contratto differisce dall'operazione economica poiché "è il titolo giuridico su cui si basa l'operazione economica".

Al riguardo la formalizzazione giuridica del contratto è sempre costruita (con caratteri specifici e peculiari) non più come fine a sé stessa, ma in vista e in funzione dell'operazione economica di cui rappresenta, per così dire, l'involucro esterno o l'abito e prescindendo dalla quale sarebbe vuoto, astratto, e pertanto incomprensibile, più in particolare in vista e a seconda dell'assetto che si vuole dare alle operazioni economiche, si vuole tutelare e perseguire "con il risultato che, in questo senso, il contratto concetto giuridico contrattuale è strumentale al contratto operazione-economico" (Cfm Gabrielli op. cit Pág. 76).

Vale a dire che entrambi gli elementi, contratto e operazione economica, non sono indipendenti ma sono collegati, il contratto esiste come il complemento necessario che dà all'operazione economica ciò che le manca, dandole un significato e la sua obligatorietà: l'assetto degli obblighi cui le parti devono sottomettersi " (Cfm sentenza de la Sala 310/2011).»

Ecco perché oramai possiamo parlare di giurisprudenza consolidata, almeno rispetto a questa Corte di Appello (Tribunal de Apelaciones de Primera Instancia en lo Civil de 1er. Turno).

III. SENTENZE DELLA CORTE SUPREMA DI GIUSTIZIA

La Corte Suprema uruguayana ha fatto ricorso alle idee di Gabrielli in casi di rilievo.

In un noto caso giudiziario si è analizzata la concessione di una garanzia bancaria da parte della Banca della Repubblica Orientale dell'Uruguay legata alla vendita all'asta di aeromobili appartenenti alla compagnia di bandiera uruguayana (PLUNA) oggi cessata²⁰.

La Corte afferma che:

«Il negozio giuridico, come ogni espressione del pensiero, presenta il problema della sua interpretazione, con ciò intendendo la captazione delle manifestazioni di volontà che costituiscono il suo contenuto. Tale contenuto è formato dalle varie clausole che raccolgono una o più manifestazioni di volontà delle parti del negozio e, di conseguenza, interpretare un negozio significa determinare il significato e la portata delle clausole in esso contenute. Va inoltre osservato che nell'interpretazione del contratto devono essere considerate tutte le circostanze, che senza entrare a far parte del negozio, di per sé considerate, sono state prese in considerazione dalle parti e quindi non si riferiscono più all'atto stesso, ma alla complessiva situazione fattuale in cui esso è inserito (Cfm. Gabrielli, Enrico; "Doctrina General del Contrato", Volumen I traducido tradotto da Carlos de Cores, FCU 2009, pág. 74)».

In un altro caso di alto profilo che ha coinvolto importanti investimenti immobiliari,²¹ si è rilevato:

«Una volta accettato che il contratto e il substrato economico che le parti intendono organizzare con esso sono concettualmente divisi, diventa necessario spiegare quale relazione unisce entrambe le idee e quale funzione svolge ciascuna rispetto all'altra, se si intende affermare che l'"operazione economica" offra una certa utilità ed è qualcosa di più di una formula nominalistica. In questo senso, Gabrielli spiega: "Nel

²⁰ Sentenza della Corte Suprema di Giustizia n. 217/2021, "López Mena, Juan C/ Banco República Oriental del Uruguay - Daños y Perjuicios - Casación".

²¹ Sentenza della Corte Suprema di Giustizia n. 150/2020 del 06/04/2020 "Banco Hipotecario del Uruguay c / Grupo Barboni y Otros – Cobro de Pesos - Casación".

tentativo di chiarire tale rapporto, o di operare una distinzione tra i due concetti (contratto e operazione economica), e di precisare a quali condizioni la categoria dell'operazione può essere utilizzata opportunamente, senza condurre a una sovrapposizione dei dati economici sulla qualificazione giuridica, la questione è stata esaminata in tempi relativamente recenti, in particolare in relazione al tema dell'interpretazione del contratto e del collegamento negoziale [...] Sul terreno dell'interpretazione, la soluzione che riconosce il valore e la dignità di categoria concettuale e ordinante all'operazione economica, trova fondamento sul piano della ricostruzione dell'interesse delle parti, così come esso è stato oggettivamente e consapevolmente strutturato e voluto da loro e quindi è sul terreno dell'interpretazione che si coglie l'unità dell'operazione, a maggior ragione quando le parti hanno fatto ricorso, per regolare i loro interessi, a strutture negoziali complesse e articolate, nell'ambito delle quali si è predisposta una pluralità di sistemi semplici in funzione della realizzazione di un risultato unitario ...²²».

Allo stesso modo, mettendo in comunicazione il concetto di operazione economica con lo scambio concreto previsto dalle parti nella formazione del sinallagma e nella correlativa disciplina dei rimedi contrattuali, si afferma:²³

«Come spiega Enrico Gabrielli: "Nei contratti a prestazioni reciproche, la funzione dello scambio si misura sulla base dell'intenzione delle parti di effettuare la realizzazione di interessi attraverso lo scambio delle prestazioni, trovando ciascuna la propria ragion d'essere nell'altra. È quindi evidente che – se come fondamento della categoria si recepisce non il principio di proporzionalità oggettiva tra i sacrifici subiti dalle parti contraenti, né quello dell'equivalenza soggettiva delle prestazioni scambiate, bensì il principio della libera determinazione da parte di questi ultimi della determinazione della misura di scambio – le parti possono organizzare e costruire la conformazione dei propri interessi al fine di realizzare, nell'ambito dell'economia del contratto, una distribuzione del rischio dell'inadempimento coerentemente con le ragioni che ciascuna parte pone alla base della corrispondenza delle prestazioni, indipendentemente da qualsiasi altra valutazione.

Nell'interpretazione proposta della sesta clausola, le parti hanno concordato la misura dello scambio: il valore dell'opera è equivalente a ventiquattro mesi di affitto, non al prezzo della costruzione.

L'autore citato prosegue: "Le parti possono quindi prevedere che la fissazione del parametro di scambio possa avere una misura diversa per ciascuna delle parti, e che, pertanto, una di esse possa accettare la limitazione delle azioni contrattuali a sua disposizione, in ragione della circostanza che tale restrizione è, sul piano della corrispondenza dello scambio, bilanciata da una diversa disciplina della pretesa altrui basato sul contratto o da una particolare misura di indennizzo..."²⁴».

Infine, si può fare riferimento all'importante sentenza emessa dalla Corte suprema di giustizia²⁵ in una causa relativa alla vendita del pacchetto azionario di una società (Martiner S.A.) ai fini della gestione della linea di navigazione veloce tra le città di Colonia (Uruguay) e Buenos Aires (Argentina).

La Corte afferma che «Gamarra cita l'opinione di Roppo, il quale sottolinea che la formalizzazione giuridica non è costruita come fine a sé stessa, ma in vista e in funzione dell'operazione economica, della

²² E. Gabrielli, "Causa en concreto y operación económica" in *Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil*, 2015, anno III, tomo III, p. 115

²³ Sentenza della Corte Suprema di Giustizia n. 59/2020 de fecha 03/04/2020 : "Sessarego Pozzi, Valentín c/ Médica Uruguay Corporación de Asistencia Médica - Ejecución Forzada - Casación".

²⁴ E. Gabrielli, *Remedios. Contribución al estudio de las tutelas contractuales*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2018, p. 76-77.

²⁵ Sentenza della Corte Suprema di Giustizia n. 1.241/2019 del 08/12/2019, "Martiner S.A. c/ Lumary S.A. e altri – Risarcimento danni – Cassazione".

*quale rappresenta l'abito esterno; se si rinunciasse all'operazione economica, il contratto sarebbe vuoto, astratto e quindi incomprensibile.*²⁶

*Parimenti, Gabrielli sottolinea che "(...) La nozione di contratto, come puro schema formale, e pertanto insufficiente ad esprimere il multiforme atteggiarsi degli interessi in gioco e la variabilità delle soluzioni attraverso le quali essi possono comporsi, risulta attualmente spesso inadeguata a cogliere la rilevanza che in concreto, in ogni circostanza di fatto concreta, assume la funzione dell'atto. L'autore sottolinea poi che il contratto deve essere riconsiderato, "(...) Secondo il prisma offerto dalla nuova e diversa dimensione della realtà in cui è destinato a produrre i suoi effetti, per configurarlo secondo una nozione più ampia che possa rendere conto, in tutta la sua pienezza e complessità, della molteplicità del conflitto di interessi che, in ciascuna fattispecie concreta, concorre nella costruzione dell'atto e dell'attività di cui l'autonomia privata è espressione: vale a dire, nella dimensione concettuale dell'operazione economica"*²⁷

L'interpretazione del negozio giuridico alla luce dell'operazione economica sottostante, determina che sia il contratto di cessione dei diritti d'uso del terminale portuale, sia l'acquisto e la vendita di azioni, sono inscindibilmente legati (punto che il Collegio stesso riconosce).

È chiaro che ciò che Martiner S.A. stava cercando era di acquistare la società "Colonia Express" (attraverso l'acquisizione del pacchetto azionario della società che ne è proprietaria). E appare anche ovvio che il negozio non può essere concluso se non si hanno i diritti d'uso sul terminale portuale di Buenos Aires (diritti di attracco e ormeggio), essenziali per il raggiungimento dell'oggetto sociale, consistente nel trasporto di passeggeri via fiume. In breve, Martiner S.A. voleva acquisire da Abston Investments S.A. le azioni di Lumary S.A.; ma intendeva anche (ovviamente) beneficiare dei diritti che utilizzava (formalmente di proprietà di Ocean Export S.A.), perché senza tali diritti d'uso il raggiungimento dell'oggetto sociale era impossibile».

IV. CONCLUSIONE

L'influenza degli scritti di Enrico Gabrielli sul tema della causa concreta e della operazione economica e la sua ricezione da parte della giurisprudenza sono evidenti.

Naturalmente, il dibattito sul concetto di causa è aperto, ma questo breve articolo evidenzia che le alte corti uruguayane conoscono i testi di Enrico Gabrielli e li usano per costruire le loro decisioni.

Per concludere questa esposizione, non trovo espediente migliore che ricorrere alle parole che lo stesso Jorge Gamarra pronunciò in occasione del Convegno citato in principio, dedicato a "L'influenza del pensiero italiano sul nostro diritto civile", alludendo "all'assimilazione di un pensiero giuridico straniero che penetra profondamente negli studi dei civilisti uruguayani, costituisce una parte preponderante del compito didattico, si riflette nei libri e nelle monografie, e finisce per servire come fondamento per le sentenze dei nostri giudici".

La relazione della dottrina uruguayana con la dottrina italiana è sempre stata "quella di uno studente con il suo maestro". È quindi giusto esprimere, nella persona di Enrico Gabrielli, gratitudine per il contributo dell'Italia al progresso della scienza giuridica nel nostro Paese. Nelle parole del maestro Gamarra, "come una fonte che trabocca di ricchezze sconfinite, o come una cornucopia eternamente inesauribile", l'Italia ci offre la cultura "senza cercare di ricevere qualcosa in cambio, poiché la sua grandezza non lo permette; vale il solo atto di

²⁶ J. Gamarra, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo" Tomo XXVI, FCU, Montevideo, 2009, p. 271.

²⁷ E. Gabrielli, "Doctrina General del Contrato" Volumen I, FCU, Montevideo, 2009, pp. 18-19.

voler dare, perché, come conclude San Francesco nella sua *preghiera semplice*, ... *così è: Dando che si riceve*. È dando che si riceve, e nel dare si riceve, e questo lo sanno bene i civilisti italiani che hanno vissuto per dare i loro insegnamenti a piene mani".

L'“IMPERO” COME FORMA GIURIDICA DELLA CONTEMPORANITÀ

Gianmatteo Sabatino*

SOMMARIO:

I. INTRODUZIONE. – II. LE INTERSEZIONI TRA IL DIRITTO E LA NOZIONE DI IMPERO. – III. IL DIRITTO E GLI IMPERI NELLA SPAZIALITÀ. – IV. IL DIRITTO E GLI IMPERI NELLA TEMPORALITÀ. – A. CINA – B. RUSSIA. – C. STATI UNITI. – V. COMPARAZIONI REGIONALI E TRASVERSALI. STORIA, FILOSOFIA E RELIGIONE NEI DIRITTI IMPERIALI. – VI. CONCLUSIONI E SPUNTI METODOLOGICI.

The paper delves into the legal implications of the recognition, from a global geopolitical perspective, of the notion of «Empire» as an independently identifiable political form. In particular, the analysis ponders the feasibility of a logically coherent concept of «legal empire», by assessing the existence, in certain legal traditions, of a special degree of «self-awareness», connected to historical and spiritual narrations of the nature and purpose of their own legal order.

After evaluating the contribution of geopolitical interpretation and approaches to the methodology of contemporary comparative law, the paper puts forward some methodological implications stressing the potentially imperial nature of some legal traditions, from two main perspectives: in the first place, from the point of view of the spatial diffusion of legal orders, justified in the light of an alleged «spiritual» and «eschatological» superiority or desirability; in the second place, from the point of view of the development, in an eminently historical dimension, of peculiar self-narratives pertaining to the moral qualities of specific legal orders, thus reinforcing them vis-à-vis the «external» forces of legal harmonization.

The main purpose of the paper is not that of asserting new criteria for the classification of legal systems, but rather that of stimulating a renewed debate concerning the specific qualities of the self-awareness of legal narratives in a multipolar world.

I. INTRODUZIONE

È oramai comune - nelle piazze mediatiche più disparate - sentir parlare di “Imperi”¹. In anni in cui la geopolitica è tornata di moda anche per i profani ed in cui la multipolarità del futuro

* Ricercatore strutturato e *Lecturer* in diritto comparato, Istituto di diritto ed economia, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan.

¹ Per limitarci al contesto italiano, basterebbe constatare come rinomate riviste di geopolitica (tra cui *Limes*, *Internazionale*, *Eurasia* e la recentissima *Domino*) amino particolarmente fare uso di questo lemma, sebbene la maggior parte degli studi scientifici di geografia politica e anche taluni manuali di geopolitica non isolino quella di “Impero” come categoria autonoma. V. ad esempio l'utilizzo, assolutamente ordinario e con mero valore di descrizione di esperienza storica, del termine che viene fatto in C. Cerreti, M. Marconi, P. Sellari, *Spazi e poteri. Geografia politica, geografia economica, geopolitica*, Laterza, Roma-Bari, 2019; C. Jean, *Geopolitica del mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2012; S.B. Cohen, *Geopolitics. The Geography of International Relations*, Rowman & Littlefield, Lanham-Boulder-New York-London, 2015 (che pure distingue fra diversi *ranking* di potenze, senza però utilizzare etichette di “imperi”); F. Dallmayr, M. Akif Kayapinar, I. Yaylaci (a cura di), *Civilizations and World Order. Geopolitics and Cultural Difference*, Lexington Books, Lanham-Boulder-New York-Toronto-Plymouth, 2014, che invece si concentra sulla nozione di civiltà, secondo l'arcinota riflessione di S.P. Huntington (*The clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*, Simon & Schuster, New York, 1996). Vi è invece una ricca bibliografia di stampo politologico e non manualistico che, tanto in via diacronica che sincronica, ricostruisce il senso e le implicazioni della nozione politica di impero. Senza pretese di esaustività, si vedano ad esempio *Empire*, di M. Hart e A. Negri (Harvard University Press, Cambridge, 2001), che in effetti riconduce la nozione di impero e di imperialismo alle attitudini della politica statunitense post-sovietica, nell'ottica però di un superamento dell'idea di stato-nazione e non di una sua mera proiezione espansiva; B. Bowden, *The Empire of Civilization: The Evolution of an Imperial Idea*, University of Chicago Press, Chicago, 2009; A. Colas, *Empires, Polity*,

delle relazioni internazionali pare un fatto assodato, quella di “Impero” è un’immagine estremamente efficace per proiettare l’idea di potenze dalla vocazione espansiva sotto il profilo militare, economico, culturale².

Tutto ciò vale anche per il diritto. Non vi è da stupirsi pertanto se, in tempi meno sospetti di adesso, questa medesima immagine è stata sapientemente impiegata proprio per mettere in luce come lo sviluppo e la circolazione di modelli giuridici risponda correntemente a disegni più o meno egemonici di ordinamenti che, nella storia, sono venuti a percepire determinati spazi geografici e politici (pure apparentemente ineffabili, come ad esempio i “mercati”) come di loro afferenza³.

Tali considerazioni erano di per sè note agli studi di diritto comparato classici, i quali sapevano spiegarsi benissimo come e perchè il Codice Napoleone avesse seguito gli eserciti del suo patrocinatore e, in seguito, le truppe coloniali francesi. Tuttavia, il merito più grande da attribuire all’analisi geopolitica del diritto è oggi, crediamo, la capacità di leggere l’evoluzione dei diritti in maniera del tutto trasversale alle tradizionali categorie della circolazione dei modelli, come appunto quella della codificazione⁴.

Così, è stato possibile associare le dinamiche delle mutazioni giuridiche a problemi di ordinamento economico, aprendosi ad alcune suggestioni della politica economica comparata⁵; a fattori di influenza culturale veicolata da particolari paradigmi dell’educazione

Cambridge, 2006; A. Cooley, *Logics of Hierarchy: The Organization of Empires, States and Nations in Transit*, Cornell University Press, Ithaca, 2005; G. Dorrien, *Imperial Designs*, Routledge, New York, 2004; M. Doyle, *Empires*, Cornell University Press, Ithaca, 1986; N. Ferguson, *Colossus: The Rise and Fall of the American Empire*, Penguin, New York, 2004; D. Armitage, *The Ideological Origins of the British Empire*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

² Si veda anche la pubblicazione, nel 2021, di *The Oxford World History of Empire*, a cura di P.F. Bang, C.A. Bayly e W. Scheidel, Oxford University Press, Oxford, 2021.

³ M. Bussani, *Il diritto dell’occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010; I. Castellucci, *Il diritto nel mondo dei molti “imperi”*, in *Eurasia. Rivista di studi geopolitici*, 3, 2011, 103-122; 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*, 4, 2017, 1217-1250; P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013; E. Cavanagh, *Empire and Legal Thought*, Brill, Leiden-Boston-Paderborn-Singapore-Pechino, 2020; S. Potts, *Law as Geopolitics: Judicial Territory, Transnational Economic Governance, and American Power*, in *Annals of the American Association of Geographers*, 110(4), 2020, 1192-1207. V. anche l’intero volume 2/2020 della rivista *Gnosis*, a cura di I. Castellucci, ed in particolare I. Castellucci, *Il diritto come dimensione della geopolitica e del conflitto*, 21-33.

⁴ A. Somma, *La geografia dei corpi politici*, cit.; P.G. Monateri, *op. cit.*; E. Cavanagh, *op. cit.* Sulle opportunità e i vantaggi di comparazioni anche geopoliticamente orientate v. anche D. Amirante, *Al di là dell’Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso” Oriente*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2015, 1-36; L. Scaffardi (a cura di), *BRICS. Paesi emergenti nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2012; F. Viglione, *I «confini» nel diritto privato comparato*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 3, 2011, 20162 ss.; A. Prociada Mirabelli di Lauro, *Storia e comparazione nell’era della globalizzazione*, in Id., *Persona e attività economica tra libertà e regola. Studi dedicati a Diego Corapi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 199-222; M. Siems, *Comparative Law*, 3 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 141 ss., che evoca l’immagine di un diritto comparato post-moderno, e per questo slegato dalle tradizionali categorizzazioni e modelli sistemologici.

⁵ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2019.

giuridica e dell'insegnamento del diritto nelle università⁶; all'interpretazione politicamente orientata di concetti quali la *rule of law*⁷.

Oggi, il confronto muscolare fra ordinamenti giuridici si lega come forse mai prima all'asserita promozione o, alternativamente, difesa di valori definiti a volte come universali, e quindi inevitabili da accettare, a volte come nazionali, e quindi meritevoli di preservazione da influenze esterne⁸. Da questo stato di cose, deriva l'opportunità di rileggere criticamente un concetto, quello di "Impero", che non appartiene al bagaglio del comparatista e che si presenta, a un primo e superficiale sguardo, come un lemma d'importazione dal campo degli studi politologici, *rectius*, geopolitici, per i quali il diritto, o meglio «l'apparato di governance» è uno solo degli elementi caratterizzanti tali entità⁹.

Cosa può intendersi, oggi, quando si discute di "Imperi del diritto"? Quali sono questi Imperi e quali tratti li contraddistinguono? Che valore può avere la loro presenza per i processi di uniformazione e frammentazione del diritto su scala globale? Infine, come può la metodologia del diritto comparato applicare utilmente questa apparentemente strana nozione?

⁶ M. Bussani, *op. cit.*; v. da ultimo anche il recente L. Serafinelli, *U.S. Law Schools. Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 2023.

⁷ I. Castellucci, *Rule of Law and Legal Complexity in the People's Republic of China*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2012; Id., M. Guadagni, *Classificando i sistemi giuridici africani*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2013, 261-303.

⁸ I. Castellucci, *Piccolo cronoideario geogiuridico*, in *Gnosis*, 2, 2020, 181-189. Nel linguaggio mediatico, tali contrapposizioni sfociano spesso in asseriti dualismi tra "oriente" e "occidente" o fra "democrazie" e "autocrazie". Si tratta, come è facile intuire, di banalizzazioni, specie stante la larghezza di ciascuno di questi concetti. È però indubitabile che una certa, pure archetipica, contrapposizione fra democrazie liberali (e neo-liberiste, o almeno percepite come tali) dell'Europa e dell'America del Nord e paesi dalle forme politiche varie ma accomunati da un tendenziale rigetto sia del neo-liberismo economico sia del liberalismo politico esiste e viene fomentata dalle narrative delle stesse potenze. La cronaca giuridica degli ultimi anni è ricca di esempi al riguardo. Sul fronte europeo, basti pensare alla connotazione che le istituzioni unionali hanno voluto dare alla strategia di cooperazione denominata *Global Gateway*, subito concepita come una sorta di alternativa alla Nuova Via della Seta ed imperniata sulla volontà di riaffermare le capacità propulsive delle democrazie e dei valori ad esse sottese (cfr. Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti - Il Global Gateway, JOIN(2021) 30 final del 1 dicembre 2021, § 1. I medesimi riferimenti alla tutela ed alla promozione di valori democratici e di una *rule of law* d'impronta liberale pervadono anche tutto il testo e l'impianto del Reg. 947/2021, che rappresenta il principale strumento di implementazione della *Global Gateway Initiative*). D'altro canto, si può rilevare come da parte cinese sempre più documenti ufficiali facciano riferimento alla necessità di preservare stili etici e comportamentali tipicamente cinesi, e quindi connessi a valori autoctoni, difendendosi al contempo da possibili influenze esercitate dal fascino per la democrazia occidentale, la separazione dei poteri, il liberalismo e l'individualismo. A tal proposito si possono ricordare le Opinioni del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese e del Consiglio di Stato sul Rafforzamento dell'Educazione Giuridica e della Ricerca sulla Teoria del Diritto nella Nuova Era (关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见), emanate il 26 febbraio 2023, la cui Sez. 5, ad esempio, rammenta esplicitamente la necessità di opporsi a concetti quali il costituzionalismo, la separazione dei poteri, l'indipendenza del potere giudiziario). Sul medesimo argomento si rinvia anche a G. Sabatino, *Comparare (con) la Cina. Prospettive e spunti a partire dalla nuova Risoluzione storica del Partito Comunista Cinese*, in *Nomos*, 2, 2022.

⁹ I. Castellucci, *Il diritto nel mondo dei molti imperi*, cit. L'A. così si esprime «Nelle enormi diversità geografiche e storiche (...) questi imperi hanno avuto in comune alcuni fattori critici: un vasto ambito di effettiva egemonia politica, economica e culturale; un apparato di *governance* di propria costruzione che veniva esportato in misura o porzioni variabili nei diversi luoghi in cui la potenza imperiale esercitava la propria egemonia; un apparato militare in grado di confrontarsi con i nemici esterni dell'impero e anche di tutelare, all'interno dell'area di influenza, la sicurezza del sistema egemonico e delle sue risorse, meccanismi e regole (...)».

A queste brevi domande si cercherà di dare sintetiche risposte, intese soprattutto come possibile punto di partenza di un dibattito e quindi senza pretesa nè di esaustività nè di verità incontrovertibile. Prima di procedere, tuttavia, si crede opportuno riassumere alcuni punti del dibattito così come sviluppatosi sino ad ora e disegnare un primigenio schema dell'interpretazione “imperialista” del diritto comparato.

II. LE INTERSEZIONI TRA IL DIRITTO E LA NOZIONE DI IMPERO

A parziale smentita di quanto or ora menzionato, la nozione di impero e le visioni imperialiste della mutazione giuridica non sono del tutto estranee alla storia del diritto comparato. I decenni a cavallo tra ottocento e novecento ci hanno infatti restituito approcci alla sistemologia dei diritti globali chiaramente funzionali alle credenze ed esigenze delle società europee del tempo, ossia società colonizzatrici¹⁰. La predilezione per criteri religiosi, linguistici ed etnologici di comparazione, specie quando riferiti a culture extra-europee, esprimeva, di fondo, pulsioni politiche tipiche di un mondo concentrato su una visione vestfaliana di stato, sovranità e potere¹¹.

Ad ulteriore conferma di quanto detto, l'unico ordinamento non occidentale che in alcune classificazioni veniva parzialmente avvicinato alla dignità di sistema giuridico in senso proprio era quello dell'Impero Ottomano¹², il solo paese non occidentale dell'epoca cui la comunità internazionale riconosceva legittimità seppur parziale, come dimostrato dal sistema delle capitolazioni¹³.

Nel tempo, gli spiriti imperialisti della *belle époque* si sono affievoliti ed il diritto comparato ha gradualmente espanso il novero di società e culture ritenute in possesso di sistemi giuridici più o meno compiuti¹⁴. È rimasta, e rimane in buona misura ancora oggi, una visione non solo prettamente statocentrica delle interazioni fra sistemi, ma anche fondamentalmente egualitaria, nel senso che le disparità politiche tra gli stati non comportano, di per sè, valutazioni diverse in merito alla natura dei rispettivi ordinamenti e/o tradizioni giuridiche¹⁵. Certo, si può affermare che un modello sia circolato per forza o prestigio, implicitamente

¹⁰ A. Esmein, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 24, 1900, 489-498; G. Sauser-Hall, *Fonction et méthode du droit comparé*, A. Kündig, Ginevra, 1913.

¹¹ Sul punto v. P.G. Monateri, *op. cit.*

¹² A. Esmein, *op. cit.*; H. Levy-Ullman, *Observations Générales sur les Communications Relatives au Droit Privé dans les Pays Étrangers*, in *Les Transformations du Droit dans les Principaux Pays depuis Cinquante Ans (1869-1919)*, Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation Comparée, T. 1, 1922, 85 ss.

¹³ U. Özsu, *The Ottoman Empire, the Origins of Extraterritoriality, and International Legal Theory*, in A. Orford, F. Hoffmann (a cura di), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 123-137; J.M. Marglin, *Extraterritoriality and Legal Belonging in the Nineteenth-Century Mediterranean*, in *Law and History Review*, 39, 2021, 679-706; M. Minawi, *International Law and the Precarity of Ottoman Sovereignty in Africa at the End of the Nineteenth Century*, in *The International History Review*, 43, 2021, 1098-1121.

¹⁴ M. Pargendler, *The Rise and Decline of Legal Families*, in *The American Journal of Comparative Law*, 60, 2012, 1043-1074. Peraltro, è interessante notare come l'effettiva considerazione, sotto il profilo tassonomico, degli ordinamenti giuridici muti rapidamente nell'arco degli stessi anni e anche con riferimento al medesimo autore. In effetti, se R. David nel suo *Traité élémentaire de droit civil comparé* (Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, Parigi, 1950) assegnava pari dignità ad una famiglia di diritto islamico, ad una di diritto indù e ad una di diritto cinese, nel successivo *Les grands systèmes de droit contemporains* (Dalloz, Parigi, 1964) queste tradizioni giuridiche erano ricomprese sotto la categoria dei «sistemi filosofici o religiosi» in cui il diritto aveva un ruolo assolutamente ancillare. Sul punto v. anche A. Somma, *La geografia dei corpi politici*, cit.

¹⁵ E.J. Eberle, *The Methodology of Comparative Law*, in *Roger Williams University Law Review*, 16, 2011, 51-72.

riconoscendone una capacità di influenza, ma questo, si ribadisce, non altera di per sé la valutazione sulle strutture e sui formanti di quel dato sistema. Le dinamiche di potenza rimangono così un fattore essenzialmente politico, come tale sottratto alla disponibilità dell'analisi giuscomparatistica.

Parziali smussamenti di questa impostazione arrivano o dall'emergere di nuove forme di aggregazione politica e giuridica o da sollecitazioni interdisciplinari.

Secondo la prima prospettiva, ad esempio, la necessità di confrontarsi con i processi di integrazione sovranazionale in Europa e in altre zone del globo ha sia dato impulso ai primi studi di *Comparative Regional Integration*, sia guidato gli studiosi alla scoperta delle dinamiche di competizione fra modelli giuridici statuali nella costruzione dei diritti sovranazionali¹⁶. Ancora, la combinazione metodologica fra diritto comparato e diritto internazionale ha consentito di mettere a nudo le radici politiche della diffusione di standard delle transazioni commerciali e di diritto societario (generalmente provenienti dall'area di *common law*) in quanto patrocinati dalle istituzioni internazionali; oppure ha rilevato le dinamiche di recezione di regole del diritto internazionale dello sviluppo (come i *Sustainable Development Goals*) a livello nazionale secondo le rispettive dottrine anche ideologicamente orientate¹⁷. Da ultimo, recentissimi studi in materia di diritto delle strategie internazionali di sviluppo (come la c.d. Nuova Via della Seta a matrice cinese) aprono nuovi fronti per valutare l'incidenza di strumenti internazionali (Trattati bilaterali di investimento; norme di *soft law*; ecc.) e nazionali (regole sugli investimenti esteri, sui partenariati pubblico-privati, ecc.) sulle dinamiche di cooperazione e reciproco confronto fra ordinamenti, generalmente supportate dalla volontà politica di un ordinamento dominante come, nel caso della Via della Seta, la Repubblica Popolare Cinese¹⁸.

Ulteriori consapevolezze circa la spesso imprenscondibile disegualianza dello *status* degli ordinamenti giuridici provengono da approcci interdisciplinari al diritto comparato, come ad esempio, sul versante degli studi prettamente economici, quelli influenzati dalle ricerche di economia politica comparata¹⁹. Si sono quindi riprodotte, nel diritto comparato, le classificazioni fra le diverse Varietà del Capitalismo: quella americana (*liberal market economy*)

¹⁶ S.A. Reisenfeld, *Legal Systems of Regional Economic Integration*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1, 1974, 415-443; L. Antonioli Deflorian, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Università degli Studi di Trento, Trento, 1996; G. Benacchio, *Diritto privato della Unione Europea*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, 1 ss.; C. Closa, L. Casini (a cura di), *Comparative Regional Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016. V. anche O.O. Schachter, *The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law*, in *Columbia Transnational Law*, 36, 1997.

¹⁷ M. Siems, *op. cit.*; 322 ss.; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

¹⁸ H. Wang, *The Belt and Road Initiative Agreements: Characteristics, Rationale, and Challenges*, in *World Trade Review*, 20, 2021, 282-305; G. Martinico, X. Wu (a cura di), *A Legal Analysis of the Belt and Road Initiative*, Palgrave Macmillan, Cham, 2020; Wang Gang, “一带一路”建设中的法律问题及法治机制构建 (*Legal issues and establishment of rule of law mechanisms in the construction of the “Belt & Road”*), in *faxue zazhi*, 2, 2017, 30-36; Liu Jingdong, “一带一路”法治化体系构建研究 (*Research on the establishment of a legalization system of the “Belt & Road”*), in *Tribune of Political Science and Law*, 35, 2017, 125-135; S. Mancuso, *China in Africa and the Law*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 18, 2012, 243-261.

¹⁹ G. Menz, *Comparative Political Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2017; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*.

e quella tedesca o “renana” (*coordinated market economy*) soprattutto²⁰. Ad esse, più recenti suggestioni aggiungono modelli extra-europei originali, ciascuno legato ad epifanie diverse del “capitalismo di stato”, da forme corporative come quelle ancora resistenti in Giappone e Corea a quelle a forte caratura interventista e pianificatrice di paesi come l’Indonesia²¹.

Inevitabilmente, questo tipo di approcci al diritto comparato dell’economia declina nella consapevolezza che la fisionomia delle regole giuridiche muti radicalmente a seconda delle proiezioni espansive che i diversi modelli di sviluppo tendono a diffondere o ad imporre nelle loro reciproche interazioni²².

Contributi diretti alla strutturazione di una nozione giuridicamente fruibile di impero vengono poi dagli studi antropologici e sociologici. L’antropologia giuridica, come materia di studio, affonda le sue radici in una dimensione essenzialmente coloniale, tutta costruita attorno al problema della relazione e del confronto fra le regole di gruppi dominanti (ossia gli imperi coloniali) e quelle, più “tradizionali” dei gruppi dominati o comunque subordinati²³. Le stesse linee di pensiero fondano gli approcci (distorti) alla comparazione tipici dell’esotismo o dell’orientalismo giuridico²⁴.

Antropologia e sociologia, però, concepiscono anche l’impero come comunità strutturalmente distinguibile dalle altre. In prospettiva storica, lo vedono come espressione delle società a potere centralizzato; ne identificano le fonti soprannaturali di legittimazione; ne evidenziano le particolari concezioni del potere, appunto intimamente connesse a visioni finanche escatologiche della propria realtà ed esistenza²⁵.

L’idea di impero, e le proiezioni imperiali del giuridico, navigano quindi i mari del diritto comparato. Paiono, però, navigarli a vista, in un’epoca in cui gli aspetti cerimoniali ed estetici dei poteri imperiali si sono affievoliti o mascherati e le rivendicazioni delle identità nazionali

²⁰ *Ibid.*; P.A. Hall, D. Soskice (a cura di), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press, Oxford, 2001; D. Bohle, B. Greskovits, *Varieties of Capitalism and Capitalism « tout court »*, in *Arch. Eur. Sociol.*, 3, 2009, 355-386; R. Dore, W. Lazonick, M. O’ Sullivan, *Varieties of Capitalism in the Twentieth Century*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 15, 1999, 102-120; G.M. Hodgson, *Varieties of Capitalism and Varieties of Economic Theory*, in *Review of International Political Economy*, 3, 1996, 380-433.

²¹ A. Nölke, A. Vliegenthart, *Enlarging the Varieties of Capitalism. The Emergence of Dependent Market Economies in East Central Europe*, in *World Politics*, 61, 2009, 670-702; M. Allen, *The varieties of capitalism paradigm: not enough variety?*, in *Socio-Economic Review*, 2, 2004, 87-108; J. Kurlantzick, *State Capitalism: How the Return of Statism is Transforming the World*, Oxford University Press, Oxford, 2016; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit. V. anche G. Sabatino, *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 299 ss.

²² D.S. Grewal, J. Purdy, *Introduction: Law and Neoliberalism*, in *Law and Contemporary Problems*, 77, 2014, 1-23. Sul concetto, ancora, v. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit.; P.G. Monateri, *op. cit.*; M. Bussani, *op. cit.*

²³ M. Chanok, *Anthropology, Law and Empire Foundations in Context*, in M.C. Forbes et al. (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 36-55; F.H. Sysling, A. Goss, *Anthropology and Empire*, in A. Goss (a cura di), *The Routledge Handbook of Science and Empire*, Routledge, Londra, 2021, 70-79; G. Steinmetz (a cura di), *Sociology and Empire. The Imperial Entanglements of a Discipline*, Duke University Press, Durham, 2013. La caratura “coloniale” dell’antropologia giuridica è ben visibile sin dalle opere che ne costituiscono il fondamento, tra cui A.H. Post, *Grundriss der Ethnologischen Jurisprudenz*, Two Vols, Oldenburg-Lipsia, 1895. Sul punto v. anche A. Lyall, *Early German Legal Anthropology: Albert Hermann Post and His Questionnaire*, in *Journal of African Law*, 52, 2008, 114-138; M. Stepien, *Bronislaw Malinowski’s Concept of Law*, Springer, Cham, 2016.

²⁴ T. Ruskola, *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2013.

²⁵ N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Presses universitaires de France, Parigi, 1988; R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

contro ed oltre la globalizzazione si stanno moltiplicando²⁶. La tentazione, insomma, sarebbe quella di leggere l'esistenza degli "Imperi del diritto" in senso puramente schmittiano (e pure banalizzato), ossia come fattori della logica di potenza inscritta in un diritto internazionale fondato esclusivamente sull'occupazione degli spazi²⁷.

Così facendo, tuttavia, il rischio è duplice: da un lato, si può pervenire all'assimilazione con la categoria di "Impero" per ciascuna realtà nazionale almeno parzialmente identitaria (sotto il profilo delle dottrine politiche ed economiche) ed in confronto muscolare con le proprie omologhe. Allora, non solo gli Stati Uniti, la Cina o la Russia sarebbero imperi, ma altresì il Vietnam, l'Indonesia, l'India, il Venezuela, la Turchia, Israele, l'Egitto, l'Iran, il Regno Unito, ma anche, pur con i limiti imposti dall'appartenenza a Nato ed Unione Europea, la Francia o la Germania²⁸. Si profilerebbe, insomma, una proliferazione di imperi non errata sul piano sostanziale, ma forse meno utile su quello metodologico, stante che la moltiplicazione dell'utilizzo di una categoria varrebbe, in prospettiva comparata, a farle perdere valore connotante, imponendo quindi ulteriori diversificazioni entro di essa²⁹.

Dall'altro lato, il pericolo è di perdere di vista le peculiarità culturali e, se si vuole, spirituali dei corpi politico-giuridici comparati. Come detto, l'antropologia del diritto valorizza la legittimazione soprannaturale o escatologica dell'impero in quanto forma politica³⁰. D'altro canto, la filosofia del diritto e la sua politologia ragionano sulle evoluzioni e sui limiti della secolarizzazione di paradigmi teologici nell'evo moderno³¹. Poi, come noto, molte delle definizioni geopolitiche di "impero" si fondano su un'idea di entità plurale, sublimazione di una *koïnè* sovraordinata alle multiforme espressioni etniche, linguistiche, religiose e sociali che convivono nello spazio geografico imperiale³².

Ora, dalla combinazione di questi due elementi risulta che l'attribuzione della forma giuridica di impero ad un ordinamento non può fondarsi esclusivamente sulla propria attitudine espansiva o sull'affermazione, nei consessi internazionali, di una propria specifica identità anche in opposizione a presunte narrative rivali. Serve invece un'analisi più profonda che investa le proiezioni sia spaziali che storico-temporali dell'ordinamento stesso, al fine di ricostruire una "coscienza di sé" per ciascuno di essi. È, in effetti, la misurazione dei gradi di

²⁶ I. Castellucci, *Il diritto come dimensione della geopolitica*, cit.

²⁷ C. Schmitt, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello «Jus Publicum Europaeum»*, Adelphi, Milano, 1991.

²⁸ I. Castellucci, *Il diritto nel mondo dei molti "imperi"*, cit.

²⁹ Si indurrebbe, di conseguenza, il giurista ad operare classificazione sulla base di un *ranking* fra le potenze, come in S.B. Cohen, *op. cit.*, tenendo però come base unificante del proprio ragionamento il perseguimento di logiche imperiali o para-imperiali, ponendo quindi la natura del diritto di ciascun impero su basi egualitarie, non molto differentemente dal tradizionale approccio statista del diritto comparato.

³⁰ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit..

³¹ Sul punto v., per tutti e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, il recente G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2022.

³² A. Jackson, *The British Empire: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2013; M. Thomas, A. Thompson, *Empire and Globalisation: from 'High Imperialism' to Decolonisation*, in *The International History Review*, 36, 2014, 142-170; J. Burbank, F. Cooper, *Empires and Politics of Difference*, in P.F. Bang (a cura di), *The Oxford World History of Empire. Volume One: The Imperial Experience*, Oxford University Press, Oxford, 2021, 375-415; M. Hart, A. Negri, *op. cit.* In senso almeno parzialmente contrario, tuttavia, P. Richardot, *Les grandes empires. Histoire et géopolitique*, Ellipses, Parigi, 2003, sottolinea come non necessariamente la plurientricità e le grandi dimensioni territoriali (con conseguente grande diversità geografica) siano sufficienti alla connotazione imperiale di un'entità politica.

incidenza di tali coscienze la chiave di lettura in grado di determinare la tensione “imperiale” cui si abbandona lo spettro normativo di una determinata comunità umana.

Quella che segue è una ricostruzione minima e per frammenti di un tema che, sviluppato appieno, necessiterebbe ovviamente di ulteriori spazi e casi di studio singolarmente enucleati. Non si vuole pertanto presentare le seguenti come conclusioni definitive, quanto piuttosto come osservazioni anche e soprattutto metodologiche preliminari tratte dagli elementi di osservazione che le contrapposizioni più intense in seno all'attuale comunità internazionale ci comunicano.

III. IL DIRITTO E GLI IMPERI NELLA SPAZIALITÀ

La prima dimensione entro cui, istintivamente, viene da collocare la categoria di “Impero” è quella spaziale. Il diritto, del resto, gode di una sua incidenza puramente geografica atta non solo a delimitare spazi di sovranità ma anche a modificare la fisionomia dei territori in cui esso vige e delle comunità umane che in quei territori vivono. Di converso, natura e strutture delle regole dipendono in buona parte anche dalle caratteristiche degli spazi che esse sono preposte a disciplinare³³. Basti pensare, per rimanere ai tempi più recenti, al fenomeno delle Zone Economiche Speciali e alla capacità che gli schemi regolatori ivi previsti hanno avuto di sostenere non solo tassi di crescita importanti (si pensi al caso cinese) ma anche il profilo infrastrutturale ed urbano delle aree su cui esse sorgono³⁴.

³³ B. Grossfeld, *Geography and Law*, in *Michigan Law Review*, 82, 1984, 1510-1519; K. Economides, M. Blacksell, C. Watkins, *The Spatial Analysis of Legal Systems: Towards a Geography of Law?*, in *Journal of Law and Society*, 13, 1986, 161-181; D.G. Martin, A.W. Scherr, C. City, *Making law, making place: lawyers and the production of space*, in *Progress in Human Geography*, 34, 2010, 175-192; A. Philippopoulos-Mihalopoulos, *Law's Spatial Turn: Geography, Justice and a Certain Fear of Space*, in *Law, Culture and the Humanities*, 7, 2010, 187-202; J. Barkan, *Law and the geographic analysis of economic globalization*, in *Progress in Human Geography*, 35, 2011, 589-607. Sul punto v. anche L. Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 113, 1999, 501-549.

³⁴ Sul punto la letteratura, specie in lingua inglese, è vastissima. A titolo esemplificativo, e con riferimento a diverse esperienze locali, si richiamano S. Tranquilli, *Le «zone economiche speciali» e la coesione territoriale: indagine comparata nell'Unione Europea e analisi del tentativo italiano*, in *Il Diritto dell'Economia*, 102, 2020, 425-461; J. Du, *The Shenzhen Experiment: The Story of China's Instant City*, Harvard University Press, Cambridge, 2020; C. Carter, A. Harding (a cura di), *Special Economic Zones in Asian Market Economies*, Routledge, Londra, 2013; J. Basedow, T. Kono, *Special Economic Zones: Law and Policy Perspectives*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2016; L. Moberg, *The Political Economy of Special Economic Zones: Concentrating Economic Development*, Routledge, Londra, 2018; T. Cheng, *Special Economic Zones: A Catalyst for International Trade and Investment in Unsettling Times?*, in *Journal of World Investment & Trade*, 20, 2019, 32-67; J. Chaisse, J. Hu (a cura di), *International Economic Law and the Challenges of the Free Zones*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019; J. Chaisse, G. Dimitropoulos, *Special Economic Zones in International Economic Law: Towards Unilateral Economic Law*, in *Journal of International Economic Law*, 24, 2021, 229-257; D.Z. Zeng, *The Past, Present, and Future of Special Economic Zones and Their Impact*, in *Journal of International Economic Law*, 24, 2021, 259-275; S. Creskoff, P. Walkenhorst, *Implications of WTO Disciplines for Special Economic Zones in Developing Countries*, Policy Research Working Paper n. 4892, The World Bank - Poverty Reduction and Economic Management Network - International Trade Department, 2019; P. Guilherme Figueredo, F.J. Leandro, Y. Li (a cura di), *Handbook of Research on Special Economic Zones As Regional Development Enablers*, Information Science Reference, Hershey, 2021; Y. Tao, Z. Lu, *Special Economic Zones and China's Development Path*, Springer, Cham, 2018; Y. Yuan, *Studies on China's Special Economic Zones*, Springer, Cham, 2019; A. Mukerjee, P. Pal, S. Deb, S. Ray, T. Goyal (a cura di), *Special Economic Zones in India: Status, Issues and Potential*, Springer, Cham, 2016; B. Robinson, *African Special Economic Zones: Lessons and Investments from China*, Palgrave Macmillan, London, 2022; T. Mukabeta, *Special Economic Zones Analysis*, Scholars' Press, Chico, 2019; L. Moberg, *The Political Economy of Special Economic Zones: Lessons for the United States*, in *Chapman Law Review*, 21, 2018, 407 ss.; Id., *The Political Economy of Special Economic Zones*, cit. V. anche l'intero volume no. 17(5) della rivista *Transnational Dispute*

Del resto, ogni istituto giuridico ha, potenzialmente, una sua attitudine espansiva, che può muoversi secondo dinamiche di conquista militare o di affinità ideologica o di influenza culturale. Sono molte, da questo punto di vista, le entità politiche i cui paradigmi di governo hanno saputo penetrare spazi, anche molto vasti, prima a loro preclusi³⁵. La storia moderna e contemporanea ci restituisce il colonialismo come forma principe di tale penetrazione. Si tratta di un fenomeno che ha riguardato, in tempi e luoghi diversi, un numero ragguardevole di nazioni europee, con la successiva aggiunta degli Stati Uniti d'America e del Giappone. L'autonomia logica del diritto coloniale ha risposto in effetti proprio alla necessità di regolare la suddetta penetrazione, con notevoli differenze negli approcci, da quelli più assimilazionisti a quelli ibridi, fondati su di una *indirect rule* di per sé atta a favorire, nel tempo, fenomeni di mescolanza fra tradizioni e culture giuridiche differenti³⁶.

Dovremmo quindi considerare ciascuna di queste esperienze come espressione di un diritto "imperiale"?

A parere di chi scrive, la risposta è negativa. Gli esempi rappresentati dal colonialismo e dalle forme di espansione giuridica che nella storia hanno connotato le entità politiche imperiali sono spesso stati la pura espressione di una necessità amministrativa, ovverosia quella di imporre un proprio modello di *governance* su territori effettivamente conquistati ed occupati oppure di ideare *ex novo* modelli ibridi che garantissero la stabilità del potere³⁷. In un'ottica di normalizzazione della conquista come espressione politica, l'avanzamento e l'arretramento del diritto seguiva i movimenti del dominio politico e dipendeva strettamente da essi³⁸. Certo, il susseguirsi di diversi domini poteva implicare dei lasciti e delle resistenze, come nei classici casi dei sistemi misti di Quebec e Louisiana, ma si trattava di fenomeni di sedimentazione

Management, edito nel 2020 a cura di Y. Levashova, J. Chaisse e I. Rachkov, con contributi sia di carattere generale che specialistico o regionale.

³⁵ Sul punto si richiamano, entro una bibliografia sterminata, R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992; A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati*, Utet, Torino, 1996, 30; M. Graziadei, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 10, 2009, 693 ss.; Id., *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. Reimann, R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 441 ss.; M. Siems, *op. cit.*, 114 ss. Sul concetto specifico dei trapianti giuridici v. poi A. Watson, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Scottish Academic Press, Edimburgo, 1974.

³⁶ A. Girault, *Principes de Colonisation et de Legislation Coloniale*, Larose et Tenin, Parigi, 1907; R. Quadri, *Diritto coloniale*, Cedam, Padova, 1955, spec. 2 ss.; R. Sertoli Salis, *La giustizia indigena nelle colonie*, Cedam, Padova, 1933; M. Deming Lewis, *One Hundred Million Frenchmen: The "Assimilation" Theory in French Colonial Policy*, in *Comparative Studies in Society and History*, 4, 1962, 129-153; K. Opoku, *Traditional law under French colonial rule*, in *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 7, 1974, 139-153; R. Sacco, *Il diritto africano*, Utet, Torino, 1995; G. Mann, *What was the Indigénat? The 'Empire of Law' in French West Africa*, in *The Journal of African History*, 50, 2009, 331-353; J. Zollmann, *German Colonial Law and Comparative Law, 1884-1919*, in T. Duve (a cura di), *Entanglements in Legal History*, Max Planck Institute for European Legal History, Francoforte, 2014, 253-294; J.S. Furnivall, *Colonial Policy and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; J. Marquet, *La construction de l'espace juridique colonial: l'exemple des conflits de maritalité à Pondichéry au tournant du XIXe siècle*, in *Outre-mers*, 2, 2015, 19-42; A. De Juan, J.H. Pierskalla, *The Comparative Politics of Colonialism and Its Legacies: An Introduction*, in *Politics & Society*, 45, 2017, 159-172. Si trattava, ovviamente, di penetrazioni giuridiche che sottendevano molto spesso l'aderenza a nozioni di darwinismo sociale, coniugate con una visione della comunità internazionale pacificamente ristretta al novero delle "nazioni civili". Sul punto v. G. Bovio, *Il diritto pubblico e le razze umane*, Morano, Napoli, 1887.

³⁷ A. Girault, *op. cit.*; R. Sertoli Salis, *op. cit.*; R. Quadri, *op. cit.*, 12 ss.

³⁸ M. Koskeniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

storica di complessi normativi, di incorporazione di essi nelle tradizioni specifiche dei luoghi che, di volta in volta, cambiavano padrone.

Nell'ottica delle interazioni fra i corpi politici, il susseguirsi dei sistemi di regole rientrava nelle conseguenze, legittime, dell'alternanza fra i detentori del potere.

In altri termini, mancava a quel diritto un'attitudine autenticamente universale, e pure la pretesa di tale attitudine. Non scarseggiavano, di certo, legittimazioni soprannaturali, ma queste riguardavano piuttosto l'atto storico della conquista o delle susseguenti asserite “missioni di civilizzazione”, non il trapianto giuridico in quanto tale. Il mito civilizzatore faceva da sfondo alla spartizione del globo, ma, entro la comunità delle potenze coloniali, non faceva distinzioni etiche, era un mito di cui potevano appropriarsi tanto la Gran Bretagna, quando la Francia o la Germania³⁹.

Sono di certo esistiti, nella storia, parecchi esempi di proiezioni sinceramente imperiali del diritto, allorché la base soprannaturale della legittimazione politica di una potenza si è combinata con una indipendente legittimazione del potere espansivo del suo sistema di *governance* in virtù di una superiorità non solo politico-organizzativa ma anche filosofico-morale⁴⁰. In molti casi, processi di secolarizzazione e frammentazione hanno, nei secoli,

³⁹ Ivi, spec. 152 ss.

⁴⁰ Un'ipotesi sicuramente suggestiva e affascinante seppur pesantemente fiaccata dalla scarsità di fonti sulle quali ragionare, sarebbe quella di postulare come prima vera proiezione imperiale di un apparato giuridico l'espansione delle strutture sociali indoeuropee sull'onda delle migrazioni che dalla mitica *urbeimat* avrebbero condotto questo popolo in quasi tutta Europa, ma anche in India e in Persia. Il tema è invero persino stato affrontato da una prospettiva latamente giuridica mediante la formulazione di interessanti seppur minoritarie ipotesi relative all'esistenza di possibili centri propulsivi di una cultura proto-indoeuropea tale non solo da costituire il nucleo fondante la corrispondente famiglia linguistica ma anche di sviluppare delle strutture sociali complesse e sufficientemente centralizzate da dare vita a civiltà connotate da organizzazioni gerarchiche del potere, rigide divisioni sociali ed un embrione di governo per mezzo del diritto (v. R.B. Kar, *Western Legal Prehistory: Reconstructing the Hidden Origins of Western Law and Civilization*, in *University of Illinois Law Review*, 5, 2012, 1499-1702). Come noto, le posizioni in merito al luogo di origine e alle caratteristiche sociali della cultura indoeuropea differiscono e non è questa la sede per affrontarle nel dettaglio (per una panoramica generale v. F. Villar, *Gli Indoeuropei e le origini dell'Europa*, il Mulino, Bologna, 2008). Ciononostante, pare quantomeno apprezzabile il tentativo di ipotizzare una diffusione su vasta scala, tra il V e il II millennio a.C., di società indoeuropee connotate da una visione essenzialmente tripartita della comunità, secondo la nota teoria di G. Dumézil, in cui ad una classe sacerdotale e ad una guerriera sarebbe stata affiancata una classe di lavoratori pratici, che fossero contadini, mercanti o artigiani (R.B. Kar, *op. cit.*; G. Dumézil, *L'ideologia tripartita degli indoeuropei*, Il Cerchio, Rimini, 2015, 1 ed. Bruxelles, 1958. Del medesimo A. v. anche *Mythe et Épopée*, Gallimard, Parigi, 1971). Di conseguenza, questo ipotetico “modello indoeuropeo” di *governance* sarebbe stato imperniato anzitutto su una saldatura tra “forza” e “fede” ai fini della stabilità del potere, con la classe sacerdotale di fatto impegnata anche nell'enucleazione di apparati proto-normativi di carattere sacrale (come avveniva, del resto, anche nella fase più primitiva del diritto romano arcaico, su cui v. R.B. Kar, *op. cit.*). In secondo luogo, il “diritto indoeuropeo” sarebbe stato caratterizzato dalla già richiamata divisione in classi, con conseguente affermazione di una forte correlazione tra diritto e status. In terzo luogo, a voler seguire le elaborazioni di E. Benveniste in proposito, si potrebbe arguire come il diritto indoeuropeo abbia lasciato alle culture giuridiche da esso derivate una decisa commistione ad una vasta idea di “ordine” dalle implicazioni pure soprannaturali (E. Benveniste, *Dictionary of Indo-European concepts and society*, Hau Books, Chicago, 2016 (1 ed. Parigi, 1969) 385 ss.). Ancora, la stessa concezione rituale e formulare della giustizia potrebbe essere rintracciata a partire da nessi comuni fra i termini ed i miti delle culture indoeuropee (*Ibid.*). Ci muoviamo, ovviamente, su terreni alquanto scivolosi. Dalle fonti a disposizione pare alquanto difficile inferire influenze certe e stabili. Del resto, non disponiamo di informazioni sufficienti per misurare in che misura la diffusione delle culture indoeuropee s'impose su quelle preesistenti nei territori occupati e in che misura fu invece a sua volta influenzata da queste ultime. Ad esempio, ben poco sappiamo sui modelli di governo della civiltà della c.d. “Vecchia Europa” che, sviluppandosi soprattutto attorno al bacino del Danubio, produsse ben prima dell'arrivo degli indoeuropei forme apparentemente avanzate di comunità sociali (D.W. Anthony, *The Lost World of Old Europe. The Danube Valley*

affievolito o fatto scomparire la connotazione imperiale, perlomeno in senso spaziale, di talune tradizioni giuridiche.

La *Shari'a* islamica è sorta e si è sviluppata, tra il VII ed il X secolo dopo Cristo, come tradizione giuridica con una chiara proiezione imperiale, sottesa all'espansione della *umma*, ossia della comunità umana dei fedeli. Di seguito, la sempre maggiore frammentazione delle entità politiche componenti il califfato, nonchè la frammentazione del pensiero giuridico islamico in numerose scuole, hanno inevitabilmente prodotto adattamenti e imbastardimenti nelle multiformi epifanie di questa medesima tradizione, a cui bisogna aggiungere la profonda frattura tra diritto sunnita e diritto sciita⁴¹. La possibilità che un'entità politica dominante si facesse portatrice unica o comunque principale dell'attitudine imperiale del diritto islamico è ben presto svanita.

Oggi, da una prospettiva meramente spaziale, il diritto islamico continua ad espandersi soprattutto come diritto degli statuti personali, ma senza appoggiarsi ad una forma politico-giuridica imperiale ben definita⁴². La teocrazia islamica per eccellenza, l'Iran, è un paese di tradizione sciita ed il cui diritto ha incorporato, nel tempo, dinamismi, clausole di apertura e

5000-3500 BC, New York University and Princeton University Press, New York-Princeton, 2010). Ove si aderisse all'ipotesi, contestata, per cui questa civiltà si sarebbe retta su dinamiche matriarcali (M. Gimbutas, *The Goddess and Gods of Old Europe*, University of California Press, Berkeley, 1982) si dovrebbe concludere che una delle caratteristiche principali della *governance* degli invasori indoeuropei sarebbe stata proprio l'affermazione di dinamiche patriarcali di dominio, supportate da un relativo *Pantheon* maschile. Alternativamente, potrebbe sostenersi, più prudentemente, che le civiltà della Vecchia Europa applicassero criteri matrilineari di discendenza ma non matriarcali nel governo. I dibattiti, evidentemente, sono aperti e tutti da risolvere. Rinviando a future e maggiormente appropriate sedi l'approfondimento del problema, viene qui solo da rilevare che, quali che fossero le caratteristiche di un proto-diritto indoeuropeo, pare assodato che, nell'arco di tempo che stiamo considerando, punti del globo anche molto lontani fra loro siano stati interessati dall'insediamento da parte di popoli con una radice culturale e linguistica comune. Viene pertanto da supporre che i modelli di governo adottati da questi popoli, con diversi gradi di ibridazione, si siano diffusi ed abbiano attecchito per poi trasformarsi in tante singole tradizioni giuridiche. Da questa prospettiva, ben si può affermare che la diffusione del diritto indoeuropeo sia stata una manifestazione di un *ethos* imperiale che, in un modo o nell'altro, è perdurata nel tempo sino a che la diversificazione delle culture figlie è divenuta tale da rendere insostenibile una loro lettura univoca attraverso il filtro della cultura madre.

⁴¹ J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon, Oxford, 1982; W.B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; G. Burak, *The Second Formation of Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, che si concentra soprattutto sull'evoluzione del diritto islamico nell'Impero ottomano; J. Stephens, *Governing Islam. Law, Empire and Secularism in South Asia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. Quest'ultima A., in particolare, mette bene in evidenza le intersezioni e i conflitti tra la tradizione giuridica islamica ed il diritto coloniale, con quest'ultimo progressivamente imposto in numerose giurisdizioni. V. anche W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, spec. 324 ss. ove l'A. discute di continue diversificazione del diritto islamico sia nella teoria che nella pratica già a partire dal IX secolo. Sul diritto sciita v. in particolare F. Daftary, G. Miskinzonda (a cura di), *The study of Shi'i Islam*, I.B. Tauris, Londra-New York, 2014, 253 ss.

⁴² M. Rohe, *Application of Shari'a Rules in Europe: Scope and Limits*, in *Die Welt des Islams*, 44, 2004, 325-350; A. Büchler, *Islamic family law in Europe? From dichotomies to discourse – or: beyond cultural and religious identity in family law*, in *International Journal of Law in Context*, 8, 2012, 196-210; J. Cesari (a cura di), *The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford University Press, Oxford, 2015; R. Bottoni, *Religion, citizenship and migration: beyond the 'West versus non-West' approach*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 15, 2022, 47-71. Per la dimensione espansiva del diritto islamico propende anche P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

persino di parziale sottomissione al diritto positivo statale tali da renderlo, praticamente, un *unicum* giuridico con caratteristiche assolutamente proprie nel panorama comparato⁴³.

Anche l'impero cinese, nel corso di secoli di sviluppo, ha saputo proiettare su parte del continente asiatico un proprio modello di *governance* espresso precipuamente nel prisma della filosofia confuciana, quella, tra le scuole di pensiero del diritto cinese antico, ad avere esercitato influenze profonde anche fuori dai confini della Cina: in Corea, Giappone, Indocina⁴⁴. L'attitudine imperiale del confucianesimo è stata tale da giustificare la definizione, in tempi recenti, di una «tradizione giuridica confuciana» dalla dignità transnazionale⁴⁵. Anche in questo caso, tuttavia, il tempo ha gradualmente indebolito la suddetta attitudine.

Oggi, in Cina, il confucianesimo riveste un ruolo importante nella cultura e nella teoria del diritto⁴⁶, ma la politica di potenza cinese non si può dire che si identifichi con la promozione di un paradigma di *governance* confuciano. Il diritto cinese è un diritto a base costituzionale socialista, risultante dalla combinazione di elementi provenienti tanto dalla tradizione autoctona quanto dalle esperienze esterne più disparate⁴⁷. Esso si identifica con l'idea del “socialismo con caratteristiche cinesi”, escludendo la possibilità di una sua proiezione estera. Pertanto, a voler ragionare su direttrici eminentemente spaziali, la Cina, quella di oggi, non potrebbe essere definita un impero giuridico. Del resto, le prove della diffusione di modelli giuridici cinesi fuori dalla Cina esistono, ma rimangono per ora frammentarie e di intensità medio-bassa⁴⁸.

Sono tante le culture delle regole e delle istituzioni che, nella storia, hanno acquisito e poi perso in gran parte un'attitudine imperiale, una capacità di costituirsi come forma giuridica votata all'universale.

Quali sono, allora, gli imperi giuridici dello spazio che vivono al giorno d'oggi?

Pare, a chi scrive, che se ne possano individuare senz'altro due.

⁴³ P.L. Petrillo, *Iran*, Il Mulino, Bologna, 2013; N. Kondo, *Islamic Law and Society in Iran*, Routledge, Oxon-New York, 2017; R. Banakar, K. Ziaee, *The Life of the Law in the Islamic Republic of Iran*, in *Iranian Studies*, 51, 2018, 717-746.

⁴⁴ I. Castellucci, *La Corea*, in M. Mazza (a cura di), *I sistemi del lontano oriente*, in G.F. Ferrari (diretto da), *Trattato di diritto pubblico comparato*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 297-407; Li Ju, 汉文化对朝鲜司法文化的影响 (*L'influenza della cultura Han sulla cultura giudiziale coreana*), in *Journal of Yanbian University*, 3, 1996, 29-32; M. Timoteo, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Cedam, Padova, 2004; Bui Ngoc Son, *The Law of China and Vietnam in Comparative Law*, in *Fordham International Law Journal*, 41, 2017, 135-206; Pham Duy Nghia, *Confucianism and the conception of the law in Vietnam*, in J. Gillespie, P. Nicholson (a cura di), *Asian Socialism and Legal Change*, ANU Press, Australia, 2005, 76-90.

⁴⁵ P. Glenn, *op. cit.*; T. Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship: Comparative Law and Development Theory in a Chinese Perspective*, in *Stanford Law Review*, 52, 2000, 1599-1729.

⁴⁶ C. Smith, J. Deng, *The rise of New Confucianism and the return of spirituality to politics in mainland China*, in *China Information*, 00, 2018, 1-21; Yu Ronggen, *儒家法思想通论 (Introduzione generale al pensiero giuridico confuciano)*, Commercial Press, Pechino, 2018.

⁴⁷ R. Peerenboom, *China's Long March Toward the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; I. Castellucci, *Rule of Law and Legal Complexity*, *cit.*

⁴⁸ G. Sabatino, *I paradigmi giuridici*, *cit.*, spec. 132-135; E. Ziso, *A Post State-Centric Analysis of China-Africa Relations*, Cham, 2018; S. Seppänen, *Chinese Legal Development Assistance: Which Rule of Law? Whose Pragmatism?*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 51, 2018, 101-158; S. Ku, *Laos in 2014: Deepening Chinese Influence*, in *Asian Survey*, 55, 2015, 214-219; S. Mancuso, *China in Africa and the Law*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 18, 2012, 243-261.

Il primo è quello dello *ius civile* romano. Al di là di immagine enfatiche, che vedono Roma conquistare il mondo attraverso il suo diritto⁴⁹, è innegabile che il diritto romano costituisca una delle basi, se non la principale, della tradizione giuridica occidentale nella sua accezione classica⁵⁰. Le dinamiche di circolazione del diritto privato romano ci consegnano un panorama sterminato⁵¹. Eppure, a ben vedere, l'imperialismo giuridico romano prende le mosse durante e soprattutto dopo la decadenza (e poi il crollo) dell'impero d'occidente. Fino alle invasioni barbariche, in effetti, il diritto romano era stato la formula di governo delle relazioni private all'interno dell'impero, peraltro in una vasta gamma di stati differenziati a seconda delle province⁵².

Al momento della disgregazione dell'edificio imperiale in Europa occidentale il diritto romano, sempre più filtrato dalla legittimazione divina (leggi: cristiana) diviene paradigma di una civiltà, espressione non solo di sviluppo, di potenza e di gloria, ma anche di giustizia⁵³. Con la recezione del *Codex Theodosianus* nei regni romano-barbarici⁵⁴ già a partire dal V secolo e poi l'impresa giustiniana, patrocinata dal dio cristiano⁵⁵, si apre la stagione dell'imperialismo giuridico romano. Si tratta di un imperialismo, almeno per quanto riguarda gran parte d'Europa, postumo, ma non per questo meno vigoroso. Anzi, l'appello ideale ad una struttura politica ben precisa (quella dell'impero romano) diviene nel medioevo il fondamento, a un tempo religioso e secolare, della giuridicità delle relazioni sociali fino alle sue forme più elevate, come lo *ius gentium* o lo *ius naturale*⁵⁶.

Pure con il venire meno del progetto universale della *Res Publica Christiana* alle soglie dell'età moderna, il potere giuridico romano si conferma con decisione, fino ad essere incorporato nei codici dell'Europa continentale, dell'America Latina e, poi, con il colonialismo, in Africa e Asia⁵⁷. Nell'Europa orientale, poi, la ricerca della continuità sul filo della seconda (Costantinopoli)⁵⁸ e terza (Mosca)⁵⁹ Roma si accompagna alla persistente legittimazione

⁴⁹ L'affermazione è attribuita a Rudolf von Jhering, secondo il quale Roma avrebbe conquistato il mondo tre volte: con le armi, con la religione e, appunto, con il diritto.

⁵⁰ A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Einaudi, Torino, 2000.

⁵¹ Valga, per tutte, la ricapitolazione della diffusione dei sistemi giuridici a matrice romanistica operata da A. Gambaro, R. Sacco, *op. cit.*

⁵² A mero titolo esemplificativo v. L. Gagliardi, *La madre tutrice e la madre 'epakoluthétria' osservazioni sul rapporto tra diritto romano e diritti delle province orientali*, in *Index*, 40, 2012, 423-446; C. Masi Doria, *Tribunali e ordinamento territoriale: prospettive provinciali*, in *Index*, 42, 2014, 373-408; L. Di Cintio, *Il dogma 'flessibile' della proprietà e il soldato peregrino in una provincia orientale dell'Impero Romano P. Yadin 11*, in *JusOnline*, 1, 2023, 1-30.

⁵³ I. Castellucci, *Ius romanum, sistema giuridico latinoamericano, ordenamientos*, in *Roma e America*, 39, 2018, 323-339.

⁵⁴ M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna, 1994.

⁵⁵ Cfr. La famosa costituzione *Deo Auctore*. Sul punto v. anche I. Castellucci, *Ius romanum, sistema giuridico latinoamericano, ordenamientos*, cit.

⁵⁶ C.M. Radding, A. Ciaralli, *The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages*, Brill, Leiden-Boston, 2007; M. Caravale, *op. cit.*; B. Bernal Gomes, *Historia del derecho*, Nostra Ediciones, Città del Messico, 107 ss. Sulla funzione espansiva, all'interno del mondo romano, dei sistemi giuridici complementari allo *ius civile* v. L.L. Kofanov, O. Sacchi, *Il sistema esterno del diritto romano*, ESI, Napoli, 2017.

⁵⁷ I. Castellucci, *Sistema giuridico latinoamericano*, Giappichelli, Torino, 2011; S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Giappichelli, Torino, 1999; D.B. Goldman, *Globalisation and the Western Legal Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; A. Gambaro, R. Sacco, *op. cit.*

⁵⁸ T. Alexeeva, *Diritto romano attuale e costituzioni: prospettive geopolitiche*, Cedam, Milano, 2020; J.H.A. Lokin, B.H. Stolte (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino*, IUSS Press, Pavia, 2011; G.W. Bowersock, *Le tre Rome*, in *Studi storici*, 47, 2006, 977-991.

⁵⁹ V.M. Minale, *Dottrina tedesca e recezione del diritto romano in Russia*, in *Index*, 38, 2010, 442-453; E. Salogubova, A. Zenkov, *Roman Law's Influence on Russian Civil Law and Procedure*, in *Russian Law Journal*, 6, 2018, 118-133; G.

dell'impianto romano di *governance* dei rapporti soggettivi, abbracciando qui, talvolta, anche profili pubblicistici legati alla cultura del potere imperiale e dell'autocrazia⁶⁰.

A differenza di altre forme giuridiche imperiali gradualmente indebolitesi, il diritto romano ha sempre conservato, ad onta degli innumerevoli adattamenti, un legame preciso e distinto con una forma politica originaria (l'Impero di Roma), con un disegno imperiale storicamente accertabile ed una capacità di espansione e di integrazione spaziali indiscussa. Sono stati proprio questi legami, vividi a distanza di millenni, a consentire un utilizzo politico del diritto romano come canale di legittimazione storica di ordinamenti giuridici moderni e contemporanei⁶¹. È accaduto con il diritto privato del regime fascista in Italia⁶². È accaduto, seppur celato da pesanti abiti ideologici, con il diritto civile sovietico già a partire dal periodo della NEP⁶³. Avviene oggi, parzialmente, con il nuovo diritto civile cinese, cristallizzato nel codice del 2021⁶⁴.

La seconda esperienza di imperialismo giuridico spaziale osservabile nell'attualità è quella del diritto dell'economia e del commercio angloamericano o, se si vuole, neo-liberale⁶⁵. Si tratta, ovviamente, di un imperialismo estremamente giovane, affermatosi, indicativamente, a partire dagli anni 1970. La sua incidenza storica o le prospettive di un suo affievolimento sono pertanto materia per i posteri; nondimeno, le dinamiche giuridiche globali degli ultimi cinquant'anni sono state e continuano ad essere influenzate in maniera decisiva e pervasiva da un complesso di ideologie normative che trovano la propria ragione d'essere e la propria

Hamza, *Lo sviluppo e la codificazione del diritto privato e la tradizione giusromanistica in Russia e nell'Unione Sovietica*, in *Diritto@Storia*, 11, 2013; T. Giaro, *Russia and Roman Law*, in *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, 23, 2015, 309-319; P. Catalano, *Diritto romano e Eurasia*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 40, 2019, 15-20; F. Lamberti, *Il diritto romano "oltre" il diritto romano: i suoi destini nella Russia zarista*, in *Index*, 46, 2018, 559-579.

⁶⁰ G. Maniscalco Basile, *Augusto Cesare progenitore degli Car' russi*, in *Index*, 43, 2015, 490-498; T. Alexeeva, *Principi costituzionali sovietici e diritto pubblico romano*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2, 2010, 251-263; V. anche il successivo § 4.2.

⁶¹ A. Somma, "Roma madre delle leggi". L'uso politico del diritto romano, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2002, 153-181.

⁶² *Ibid.*; v. anche Id., *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Klostermann, Francoforte, 2005.

⁶³ G. Hamza, *op. cit.*; T. Giaro, *op. cit.*; M. Jankowski, *Le droit romain en Union soviétique*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 68, 1990, 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*, Jovene, Napoli, 2022, 131 ss.

⁶⁴ Xu Guodong, *混合制度的罗马法起源、历史演变与中国《民法典》适用* (*Applicazione del codice civile cinese e fonti ed esperienza storica del diritto romano nei sistemi misti*), in *Xiamen daxue xuebao*, 3, 2021, 114 ss.; Wang Yang, *论民法典时代中国的罗马私法教学——以清华大学“罗马法与现代民法”课程为例* (*Sull'insegnamento del diritto privato romano nella Cina dell'era del codice civile - l'esempio del corso di "Diritto romano e diritto civile moderno" dell'università Tsinghua*), in *Zhongguo faxue jiaoyu yanjiu*, 1, 2021, 154 ss.; Han Guangming, *法典编纂与私法发展：罗马法经验观照* (*La compilazione del diritto e lo sviluppo del diritto privato: uno sguardo all'esperienza del diritto romano*), in *Jiaoda faxue*, 2, 2020, 62 ss.; S. Schipani, *Le vie dei codici civili*, cit.; Id., *La codificazione del diritto romano comune*, cit., 69-80; R. Cardilli, S. Porcelli, *Introduzione al diritto cinese*, Giappichelli, Torino, 2020; D. Dursi, *Il Codice Civile Cinese: tra tradizione romanistica e socialismo con caratteristiche cinesi*, in *Tigor*, 2, 2021, 177-184; B. Monteleone, *La tradizione romanistica verso una nuova era: il Codice civile della RPC*, in *Rivista di Studi Politici*, 1-2, 2022, 274 ss.

⁶⁵ M. Bussani, *op. cit.*; Zhu Jingwen, *比较法总论* (*Teoria generale del diritto comparato*), Renmin University Press, Pechino, 2018, 270 ss.

legittimazione in un'aspirazione egemonica di un modello di sviluppo facilmente riconducibile ad una forma politica distinta: gli Stati Uniti d'America⁶⁶.

Il diritto degli Stati Uniti non è sempre stato e non è oggi identificabile *in toto* con un diritto neo-liberale dell'economia, ma senza dubbio è quest'ultima l'espressione giuridica che ha consentito in pochi decenni al *common law* d'impronta americana di vivere una diffusione spaziale senza precedenti. La sua legittimazione consiste nella sublimazione dell'idea di efficienza economica, assurta a scopo quasi metafisico, di razionalità materiale, di individualismo non solo economico ma anche politico-sociale, con conseguente affermazione dell'universalità dei diritti umani, concepiti in via funzionale alla tutela dei regimi proprietari⁶⁷. Il fondamento soprannaturale del diritto neo-liberista viene pertanto a coincidere con quella che è stata definita come una vera e propria "teologia economica"⁶⁸. Tutto ciò risulta supportato dal riferimento ideologico (più in teoria che in pratica, come si vedrà a breve) ad un reggimento politico di tipo democratico-rappresentativo⁶⁹.

I vettori pratici della diffusione sono stati discussi a più riprese e in altre sedi ed è quindi qui sufficiente solo menzionarne alcuni⁷⁰: la saldatura tra neo-liberismo e diritto internazionale dello sviluppo; la prevalenza del blocco atlantico nella (prima) guerra fredda con conseguente assunzione di quello neo-liberale ad unico modello imperiale fattibile per essere trapiantato nei paesi in via di sviluppo; la diffusione di standard industriali e commerciali da parte di imprese multinazionali statunitensi e inglesi. La conseguenza più vistosa di queste dinamiche è la presenza, oggi, di paradigmi neo-liberali di *common law* nel diritto privato, commerciale, societario e dell'economia di ordinamenti dal substrato politico, culturale ed economico molto differenziato⁷¹.

Peraltro, è appena il caso di notare che l'attitudine imperiale del diritto statunitense abbia funzionato molto bene nella sua espressione privatistico-commercialistica. Non altrettanto bene ha funzionato (o non ha voluto funzionare, direbbero i critici) con riferimento alla sua espressione pubblicistica, ovvero la democrazia liberale e la dimensione eminentemente costituzionale (e non economica) della *rule of law*. Sono questi paradigmi istituzionali rimasti confinati ad un novero relativamente ristretto di paesi del mondo, mentre il *common law* in materia commerciale è oggi applicato anche nelle Zone Economiche Speciali del Golfo Persico e dell'Asia centrale, ed è allo stesso modo insegnato, contribuendo a formare generazioni di operatori del diritto⁷².

⁶⁶ M. Bussani, *op. cit.*; A. Somma, *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica del diritto*, 1, 2005, 105-134.

⁶⁷ V. sul punto J. Whyte, *The Morals of the Market. Human Rights and the Rise of Neoliberalism*, Verso Books, Londra-New York, 2019.

⁶⁸ G. Preterossi, *op. cit.*

⁶⁹ D.S. Grewal, J. Purdy, *op. cit.*

⁷⁰ Sul punto v. *ex multis*, M. Siems, *op. cit.*, 349 ss.; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

⁷¹ F. Viglione, *op. cit.*; A. Procida Mirabelli di Lauro, *op. cit.*

⁷² N. Alreshaid, *Special Economic Zones to Facilitate Trade and Investment Opportunities*, in *Indonesian Journal of International and Comparative Law*, 9, 2022, 43-98; I. Bantekas, *Transplanting English Law in Special Economic Zones in Asia: Law As Commodity*, in *Asian Journal of Comparative Law*, 17, 2022, 305-322; A.S. King, P.K. Bookman, *Traveling Judges*, in *The American Journal of International Law*, 116, 2022, 477-533. Appare peraltro molto interessante notare come spesso il trapianto avvenga sul piano puramente relazionale, attraverso la composizione di personale giudiziario nelle corti di queste aree speciali proveniente da paesi di *common law* o comunque specificamente formato su studi di *common law*.

Lo *jus civile* romano ed il *business law* americano sono oggi le principali (e forse uniche) forme di imperialismo giuridico geografico-spaziale osservabili. Entrambe si connettono ad omologhe forme politiche (l'una storica, l'altra attuale) ed entrambe denotano tutt'ora capacità espansive notevoli. Come anticipato, corpi politici che, sul piano delle relazioni internazionali, evocano volontà di espansione della propria influenza anche in opposizione all'imperialismo statunitense, sembrano mancare ad oggi della possibilità e forse persino della volontà di far corrispondere alle proprie pulsioni egemoniche politiche delle pulsioni giuridiche di diffusione dei propri modelli di *governance*. Consessi politici alternativi al G7, come quello dei paesi BRICS ad esempio, non possono assolutamente dirsi uniformi nell'ispirarsi a criteri di *governance* coerenti ed identificabili con una forma politica/statuale definita⁷³.

L'unica possibile sfida all'egemonia del *business law* neo-liberale pare, *in nuce*, giungere dalle strategie di cooperazione internazionale a matrice cinese, tra cui, su tutte, la c.d. Nuova Via della Seta (一带一路 - *yi dai yi lu*). L'apparato giuridico di tali strategie si fonda, in estrema sintesi, sulla combinazione di fonti di *soft law* (MOUs, Piani e accordi di cooperazione, documenti di *policy*, etc.), di accordi bilaterali sottoforma di trattati e di accordi di partenariato, generalmente tra imprese cinesi e governi dei paesi partner⁷⁴. Nella pratica, si è osservato come l'intensificarsi delle relazioni commerciali foraggiate da investimenti cinesi possa comportare la graduale diffusione di paradigmi comportamentali di *business* ispirati a standard cinesi, favoriti anche dalla presenza di numerosi scambi culturali ed universitari, per i quali funzionari e studenti dei paesi partner studiano il diritto nelle università cinesi⁷⁵. Ad ulteriore supporto di questi fenomeni, l'istituzione di apposite corti per le dispute commerciali internazionali da parte della Cina manifesta la volontà di rendere la Cina stessa foro appetibile per i contratti commerciali stipulati dalle imprese coinvolte nei progetti di cooperazione⁷⁶. Viene così lanciata una sfida diretta ad uno dei cardini dell'imperialismo del *business law* neo-liberale, ovvero la prevalenza dei fori inglesi ed americani nelle clausole sulla giurisdizione contenute nei contratti commerciali.

Non vi sono ancora abbastanza elementi per poter affermare che queste dinamiche, osservabili solo a livello embrionale, comporteranno la rinascita di un'attitudine imperiale del

⁷³ L. Scaffardi, *op. cit.*; S. Mancuso, M. Bussani, *Principles of BRICS Contract Law*, Springer, Cham, 2022; I. Castellucci, *Il diritto nel mondo dei molti imperi*, cit.; N. Duggan et al., *Introduction: The BRICS, Global Governance, and Challenges for South-South Cooperation in a Post-Western World*, in *International Political Science Review*, 43, 2022, 469-480.

⁷⁴ G. Martinico, X. Wu (a cura di), *op. cit.*; H. Wang, *China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability*, in *Journal of International Economic Law*, 22, 2019, 29-55; H. Wang, *The Belt and Road Initiative Agreements: Characteristics, Rationale, and Challenges*, in *World Trade Review*, 20, 2021, 282-305; Wang Libing, Deng Xiaoting, “一带一路”基础设施建设中的国际软法之治 (*Soft law internazionale e governance nella costruzione delle infrastrutture della “Belt & Road”*), *Jiangsu daxue xuebao*, 1, 2023, 59 ss.

⁷⁵ S. Seppänen, *op. cit.*; E. Ziso, *op. cit.*

⁷⁶ W. Cai, A. Godwin, *Challenges and Opportunities for the China International Commercial Court*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 68, 2019, 869-902; Joint Research Group of the Ningbo Maritime Court and the China Maritime Arbitration Commission's Zhejiang Pilot Free Trade Zone Arbitration Center, “一带一路”背景下国际海事争议解决机制实证研究 (*Ricerca empirica sui meccanismi di risoluzione delle dispute marittime internazionali nel contesto della “Belt & Road”*), in *renmin sifa*, 28, 2022, 46 ss.

diritto cinese⁷⁷. Peraltro, la stessa filosofia di cooperazione cinese si fonda, perlomeno a livello declamatorio, sulla rinuncia ad imporre valori e paradigmi asseritamente universali e sul rispetto delle opzioni politiche e di sviluppo scelte da ciascuno dei paesi partner⁷⁸. A livello simbolico, ma anche culturale, questo connotato, unito alla tanto sbandierata “specialità” delle caratteristiche cinesi del proprio modello di sviluppo, rappresenta un potenziale freno alla conformazione imperialista, in senso spaziale, del diritto cinese contemporaneo.

IV. IL DIRITTO E GLI IMPERI NELLA TEMPORALITÀ

La dinamica spaziale è sicuramente la più immediata sulla quale ipotizzare e ricostruire proiezioni imperiali di un dato ordine giuridico. Del resto, ciò si conforma alla dimensione eminentemente geografica della metodologia comparata o, perlomeno, di quella odierna. Tanto il fascino, ora un po' spento, verso i movimenti di unificazione ed uniformazione del diritto quanto l'individuazione, questa in ascesa, delle differenze più o meno radicali fra sistemi sottesi alle culture giuridiche più disparate, denotano ragionamenti anzitutto spaziali⁷⁹. Qui, pure la storia, dimensione scientifica cardine della comparazione⁸⁰, è in qualche modo funzionale alla mappatura, su basi spaziali, della fisionomia dei diritti esistenti⁸¹.

Solo in tempi relativamente recenti sono stati esplorati analiticamente possibili percorsi alternativi. In particolare, la riflessione sul concetto di “tradizione giuridica” nel senso proposto da P. Glenn⁸², e quindi essenzialmente come di flusso di informazioni - sedimentate, selezionate, scartate - impone da un lato una considerazione trans-sistemica di qualunque concetto giuridico, ma dall'altro ricorda che nella formazione della coscienza giuridica così dell'uomo come delle comunità umane è passaggio critico ed ineludibile il rapporto con il proprio passato⁸³. Un rapporto, quest'ultimo, non meramente recettivo, bensì attivo, giudicante, guidato da precise scelte valoriali che possono assegnare al diritto di un tempo, alternativamente, valore di punto di riferimento positivo, magari in contrapposizione ad un presente disordinato e fallace, oppure valore di arcaismo, arretratezza, di ostacolo da superare⁸⁴.

⁷⁷ Va poi ulteriormente considerato come la pandemia da Covid-19 abbia, per quasi tre anni (dal gennaio 2020 al dicembre 2022) di fatto chiuso la Cina nei confronti del resto del mondo, limitando di molto gli scambi culturali che solo a partire dalla primavera del 2023 sono di fatto ripartiti con una certa regolarità.

⁷⁸ H. Feng, K. He, *China's Institutional Challenges to the International Order*, in *Strategic Studies Quarterly*, 11, 2017, 23-49; A. Fiori, M. Dian (a cura di), *The Chinese Challenge to the Western Order*, FBK Press, Trento, 2014; S. Halper, *The Beijing Consensus*, Basic Books, New York, 2010.

⁷⁹ M. Bussani, M. Infantino, *Introduzione al diritto comparato. Un breviario della globalità*, Mondadori, Milano, 2022.

⁸⁰ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

⁸¹ A tal proposito basti anche ricordare F. Galgano, *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna, 1992; ma anche il *Trattato di diritto pubblico comparato*, diretto da G.F. Ferrari ed edito da Wolters Kluwer, Milano. La dimensione geografica, filtrata dal paradigma nazionale e culturalista, è al centro anche delle riflessioni di P. Legrand, *Negative Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

⁸² *Legal Traditions of the World*, cit.

⁸³ Il tema della costruzione del discorso giuridico a partire dal passato era stato già introdotto, ovviamente, da H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, 5. V. anche P. Glenn, *Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions*, in *McGill Law Journal*, 50, 2005, 865-898; T. Duve, *Legal traditions: A dialogue between comparative law and comparative legal history*, in *Comparative Legal History*, 6, 2018, 15-33.

⁸⁴ H.J. Berman, *op. cit.*, 5. Nel senso invece, di una valutazione positiva e archetipica del passato contrapposta al declino della modernità basti ricordare qui, con riferimento sempre al solo occidentale, A. Herman, *The Idea of Decline in Western History*, Free Press, Londra-New York-Toronto-Sidney-Singapore, 1997.

La tradizione rappresenta quindi un connotato fondamentale di qualsiasi forma politico giuridica. Di conseguenza, viene da dedurre, deve rappresentare un connotato anche delle sue eventuali proiezioni imperiali. E tuttavia, cosa vuol dire che un diritto acquisisca caratura imperiale nell'ambito della temporalità?

Se la tradizione implica la selezione di informazioni unita al ricordo più la valutazione critica sul percorso storico incrementale delle informazioni stesse, allora un diritto che sia imperiale nella temporalità deve produrre, attraverso la suddetta valutazione, una coscienza di sé dal tenore diverso e più intenso rispetto a quella delle “altre” culture giuridiche.

In altri termini, la valenza salvifico-escatologica del diritto non dipende qui solo e tanto da attributi funzionali di un dato ordine giuridico (la giustizia, l'efficienza, la libertà, ecc.) ma piuttosto dal suo essere iscritto in una vera e propria mitologia storico-valoriale che fonda l'identità stessa dell'impero di riferimento⁸⁵.

Riprendendo le discussioni già accennate in tema di definizioni del concetto di impero, qui la multiformità (nel senso di diversificazione territoriale, etnica, religiosa, ecc.) dell'architettura imperiale non è elemento connotante⁸⁶: essa può essere qualità originaria oppure posticcia di un diritto imperiale. Ciò che conta, invece, è l'attribuzione al diritto stesso di una capacità narrativa autonoma rispetto alla storia, atta a codificare condotte potenzialmente in grado di trascendere il tempo.

Non necessariamente, invece, devono trascendere lo spazio. L'impero, nella temporalità, non pare affatto orientato all'universale; al contrario, ha ben presente un'idea (magari non condivisa dagli altri) dei propri confini. Ciò che è al di fuori non partecipa della narrativa trascendente, ne è escluso. Il motivo è evidente: circoscrivere il campo di incidenza della propria cultura giuridica consente di evitare (spesso solo a parole, come vedremo a breve) meticciami ed ibridazioni, oltre che di riaffermare con maggior forza, ma in uno spazio limitato, la propria identità giuridica.

Ciò vuol dire che l'impero, nella temporalità, è una forma giuridica essenzialmente tradizionalista, originalista. Non disdegna il cambiamento, certo, e se pure lo disdegnasse non potrebbe evitare la naturale mutevolezza di ogni tradizione. Tale cambiamento, tuttavia, è sempre selezionato e veicolato in funzione del rispetto della tradizione, di una ipotetica *voluntas* di antichi padri capaci di fornire la fibra morale, ancora oggi, di un'intera nazione.

⁸⁵ Su questo punto ritorna utile un'interpretazione critica del pensiero di P. Legrand, *op. cit.*, spec. 270 ss. In effetti, è innegabile che le strutture giuridiche siano il risultato di un processo di acculturazione “locale” che, nelle sue epifanie più radicali, può fondare, con valenza quasi dogmatica, le precomprensioni con le quali il giurista di un determinato paese si pone nei confronti del diritto altrui. Se un'applicazione radicale del principio, così come effettivamente patrocinata dall'A., mina di fatto alla base (ed è questo lo scopo dichiarato) i fondamenti della metodologia comparativa, nondimeno alcune considerazioni possono risultare particolarmente utili proprio ai fini dell'enucleazione della categoria di “impero”. La proiezione imperiale identitaria del diritto, a ben vedere, può implicare l'adozione di una *forma mentis* assolutamente radicata con la quale guardare alle esperienze altrui e tendenzialmente immutabile. Lo studioso che proviene da una tradizione “imperiale”, insomma, sarà portato a valutare i paradigmi della mutazione giuridica in maniera molto più rigida e meccanica, proprio per la necessità di dover fare i conti con le caratteristiche speciali del suo sistema di valori di partenza. I successivi esempi forniranno qualche delucidazione sul punto.

⁸⁶ P. Richardot, *op. cit.*

Siamo, evidentemente, di fronte a costruzioni mitologiche, ma non per questo meno importanti⁸⁷. In effetti, ciascuna comunità umana pone alla base del proprio vivere civile una piattaforma di valori condivisi che si appellano, in forme diverse, ad esperienze passate⁸⁸. In molte parti del globo, i processi di secolarizzazione e le incidenze del moderno costituzionalismo hanno fatto sì che sovente tali esperienze divenissero ancillari rispetto ai valori che esse stesse sostengono⁸⁹. Così, si tutela il principio democratico in quanto tale, e non solo perchè espressione di una realtà nazionale definita. Negli ultimi decenni, i processi di transnazionalizzazione (perlomeno in occidente) della tutela dei diritti umani, magari veicolati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dal diritto internazionale, hanno rafforzato questa visione⁹⁰.

Negli imperi giuridici, si può sostenere, i rapporti di forza sono parzialmente capovolti. È proprio l'aderenza ad una tradizione che giustifica la protezione di determinati valori, in quanto parte della narrativa - asseritamente immutabile - che il diritto impone a sé e ai consociati.

Se queste sono le coordinate entro cui individuare gli imperi del diritto secondo una prospettiva eminentemente temporale, quali realtà possono essere isolate al mondo d'oggi? Proponiamone brevemente alcune.

A. CINA

Fino a pochi anni fa, sarebbe parso quasi ironico associare alla Cina Popolare l'immagine di un diritto imperiale e tradizionalista⁹¹. In effetti, le trasformazioni dell'economia cinese restituivano l'idea vivida di un diritto campione di adattabilità, di ibridazione, di ricezione, di continua trasformazione⁹².

Al di là del mutato sentire dei tempi e delle relazioni internazionali, vi sono perlomeno due giganteschi fattori che spingono invece per qualificare il diritto cinese dell'oggi come espressione di una forma giuridica imperiale.

⁸⁷ Del resto, quanto le mitologie contano lo ha insegnato P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁸⁸ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit.

⁸⁹ *Ibid.* L'A. sottolinea, ad esempio, come il fondamento soprannaturale degli antichi imperi e reggimenti politici si sia gradualmente trasformato in quelle piattaforme di valori alla base dei patti sociali che reggono le società democratiche e repubblicane.

⁹⁰ G. Ulfstein, *Transnational constitutional aspects of the European Court of Human Rights*, in *Global Constitutionalism*, 10, 2021, 151-174.

⁹¹ Pur con l'assunzione di notevoli postulati errati, invece, avrebbero ben accolto, forse, una tale connotazione le classificazioni del primo novecento sino a quella di David del 1964. Del resto, l'immagine del diritto cinese restituita dai primi studi comprensivi, specie ad opera di autori francesi, era decisamente ancestrale. V. al riguardo J. Escarra, *Le droit chinois*, Henry Vetch, Pechino, 1936; M. Granet, *La pensée chinoise*, Editions Albin Michel, Parigi, 1968 (1 ed. 1934); Id., *La civilisation chinoise*, Editions Albin Michel, Parigi, 1968 (1 ed. 1929).

⁹² V. I. Castellucci, *Rule of Law and Legal Complexity*, cit., che introduce la nozione di *variable geometries* per descrivere l'adattabilità del diritto cinese. V. anche Zhu Singwen, Han Dayuan, *Research Report on the Socialist Legal System with Chinese Characteristics*, Enrich Professional Publishing, Singapore, 2014; R. Cavalieri, *Tendenze del diritto commerciale cinese dopo Tiananmen*, in *Mondo Cinese*, 153, 2014, 174-192; G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *Diritto dell'Asia orientale*, Utet, Torino, 2007; B. Naughton, *Is China Socialist?*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 31, 2017, 3-24; Id., *Growing Out of the Plan. Chinese economic reform 1978-1993*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

In primo luogo, anche solo poche nozioni di storia del pensiero cinese insegnano come, nell'arco della sua plurimillennaria storia, i temi ed i problemi della *governance* abbiano dimostrato una continuità ed una ripetitività ragguardevole. La sola dialettica, nell'arco degli ultimi settant'anni, fra modelli di governo concilianti - attenti ad un utilizzo strumentale e funzionale della regola giuridica con priorità di armonia nelle relazioni sociali - e modelli ideologicamente assertivi - centralizzanti, *sponsor* di una concezione autoritaria della *rule of law* - riproduce, *mutatis mutandis*, la *summa divisio* fra approcci confuciani e legisti al governo del paese⁹³. Del resto, come si è visto, la stessa tradizione giuridica confuciana è stata incorporata dal pensiero giuridico socialista cinese, il quale ne ha estrapolato alcuni paradigmi per farli propri ed implementarli nei propri processi decisionali, ma anche nella propria concezione dei rapporti di diritto economico⁹⁴.

L'identità giuridica cinese, con tutte le sue divaricazioni interne, è quindi un prodotto di lunghissima durata. Politicamente, si associa all'idea di impero, e quindi di un governo di tipo burocratico⁹⁵. Etnicamente, è anzitutto espressione dell'etnia Han, la dominante nel paese, ma i processi storici degli ultimi secoli hanno gradualmente espanso la portata ideale dell'impero cinese fino a farle abbracciare etnie molto diverse, sebbene i modelli culturali di riferimento imposti ai non-Han siano essenzialmente gli stessi⁹⁶. Socialmente, si basa su una visione fortemente gerarchizzata della società e sulla costante tensione fra potere centrale e corpi intermedi - dalla famiglia all'associazione commerciale/industriale al governo locale ecc.⁹⁷ Si evincono poi connotati specifici dell'esercizio del potere amministrativo come ad esempio una legittimità del potere basata sulla *performance* effettiva, che in passato ha fatto da sfondo all'istituto degli esami imperiali di ammissione per i mandarini ed oggi continua a riverberarsi nell'attenzione riservata dal diritto cinese al problema della supervisione⁹⁸.

⁹³ Si perdoni la semplificazione. Siamo ovviamente coscienti che non si può paragonare *in toto* l'approccio alla *governance* di Mao Zedong o Xi Jinping agli stilemi del pensiero legista, così come sarebbe scorretto ascrivere Deng Xiaoping o Hu Jintao a concezioni confuciane del potere. Ciò che si vuole mettere in evidenza è, invero, la costante tensione tra due momenti, due linee di pensiero che molto spesso si sovrappongono e si combattono anche in seno ad una medesima esperienza storica di governo. Sulla continuità di alcuni temi e problemi di governo in Cina v. Zhou Li-An, *Incentives and Governance: China's Local Governments*, Gale, Singapore, 2010; I. Castellucci, *Homo oeconomicus sinicus. Frammenti di un'antropologia diacronica del businessman cinese*, in Id. (a cura di), *Saggi di diritto economico e commerciale cinese*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 5-32; A. Cheng, *Storia del pensiero cinese*, Einaudi, Torino, 2000. Sulle differenze fra pensiero confuciano e legista e i loro sviluppi storici v. A. Cheng, *op. cit.*; Tung-Tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, Mouton & Co., Parigi, 1961; R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Milano, 1999; Yu Ronggen, 超越儒法之争 (*Oltre la controversia fra Confucianesimo e Legismo*), in *Fazhi yanjiu*, 5, 2018, 3-13.

⁹⁴ P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit.; I. Castellucci, *Homo oeconomicus sinicus*, cit.; G. Sabatino, *I paradigmi giuridici*, cit., spec. 223 ss.; Peng He, *Chinese Lawmaking: From Non-communicative to Communicative*, Springer, Cham, 2014.

⁹⁵ R. Cavalieri, *La legge e il rito*, cit.; M. Granet, *La civilisation chinoise*, cit.; Zhang Yongle, 旧邦新造 (*La ricostruzione di un vecchio Stato*), Peking University Press, Pechino, 2011.

⁹⁶ Zhang Yongle, *op. cit.*, 16 ss.; G. Zhao, *Reinventing China: Imperial Qing Ideology and the Rise of Modern Chinese National Identity in the Early Twentieth Century*, in *Modern China*, 32, 2006, 3-30.

⁹⁷ Sul punto, la letteratura è vastissima. A mero titolo di esempio, si richiamano Zhou Li-An, *op. cit.*; G. Ajani, A. Serafino, M. Timoteo, *op. cit.*; Tung-Tsu Ch'ü, *op. cit.*; X. Fei, *From the soil. The foundations of Chinese society*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Londra, 1992; P.S. Sangren, *Traditional Chinese Corporations: Beyond Kinship*, in *The Journal of Asian Studies*, 43, 1984, 391-415; T. Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, cit.

⁹⁸ B.A. Elman, *Political, Social, and Cultural Reproduction via Civil Service Examinations in Late Imperial China*, in *The Journal of Asian Studies*, 50, 1991, 7-28; H. De Weerd, *Changing Minds through Examinations: Examination Critics in*

Su queste caratteristiche, e questo è il secondo elemento di rilievo, è intervenuta negli ultimi dieci anni una crescente spinta verso l'imposizione di paradigmi etico-morali codificati giuridicamente ed idealmente connessi ad una mitologica formulazione della cultura tradizionale cinese. Si tratta, è ovvio, di un'operazione funzionale al potere del Partito Comunista Cinese, che seleziona, tra i valori tradizionali, quelli ritenuti fruibili per la *governance* del presente, le reinterpretava ed infine li diffonde, tanto sul piano puramente pedagogico quanto su quello eminentemente giuridico⁹⁹.

È questa la tanto discussa quanto ineffabile combinazione tra *rule of law* e *rule of virtue* che ha vissuto una decisa accelerazione sotto l'attuale *leadership* politica¹⁰⁰.

Di che valori stiamo parlando?

Anzitutto, valori filosofico-morali tradizionalmente associati alla cultura cinese classica, come l'armonia (和谐 - *hexie*), l'onestà/correttezza (诚信 - *chengxin*), l'amicizia/amichevolezza (友善 - *youshan*). Sono tutti concetti traposti nei Valori Fondamentali del Socialismo (社会主义核心价值观 - *shehuizhuyi hexin jiazhi guan*), richiamati all'Art. 1 del Codice Civile della Repubblica Popolare Cinese¹⁰¹. Non si tratta di mere clausole di stile. Certo, la loro incidenza pratica è soprattutto pedagogica e programmatica¹⁰², ma esse possono altresì fungere da filtri interpretativi a supporto dell'applicazione di una determinata regola, oppure possono essere

Late Imperial China, in *Journal of the American Oriental Society*, 126, 2006, 367-377; Ai Yongming, 中国古代监察与司法的关系 (*La relazione tra il diritto giudiziario e la supervisione nella Cina antica*), in *fazhi yanjiu*, 5, 2018, 14-23; Zhang Jie, 《监察法》适用中的重要问题 (*Questioni importanti nell'applicazione della Legge sulla supervisione*), in *faxue*, 6, 2018, 116-124; Liu Xiaomei, 人大制度下的国家监督体制与监察机制 (*Sistema e meccanismi di supervisione statale nel contesto del sistema dei Congressi del Popolo*), in *Tribune of Political Science and Law*, 36, 2018, 14 ss.; Jiang Guohua, 中国监察法学 (*Diritto della supervisione cinese*), *zhongguo zhengfa daxue chubanshe*, Pechino, 2018; Huang Meiling, 监察模式及其权力本质的历史解释 (*Interpretazione storica dell'essenza del modello di supervisione e del relativo potere*), in *Peking University Law Journal*, 31, 2019, 984-1003.

⁹⁹ G. Santoni, *La risoluzione storica del partito comunista cinese*, in *ApertaContrada*, 10 gennaio 2022; G. Sabatino, *Comparare (con) la Cina. Prospettive e spunti a partire dalla nuova Risoluzione storica del Partito Comunista Cinese*, in *Nomos*, 2, 2022. Sulla continuità storica tra passato e presente e sul suo utilizzo politico, finanche a costo di forzature, v. T.H. Barrett, *Chinese History as a Constructed Continuity: The Work of Rao Zongyi*, in P. Lambert, B. Weiler (a cura di), *How the Past was Used: Historical cultures, c. 750-2000*, *Proceedings of the British Academy*, Londra, 2017, online edition, British Academy Scholarship Online, 18 Jan. 2018 (ultimo accesso: 14 settembre 2023); X. Yong, *China's Road in the Light of Historical Continuity*, in H. Men (a cura di), *On China's Road*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2020.

¹⁰⁰ Wu Guopin, Zhang Shutong, 习近平以德治国与依法治国思想相结合之实施路径研究 (*Ricerca sul cammino dell'implementazione del pensiero di Xi Jinping sulla combinazione tra governo secondo il diritto e governo secondo la virtù*), in *haixia faxue*, 2, 2020, 27 ss.

¹⁰¹ Li Hong, 社会主义核心价值观融入民法典的理论意蕴 (*Le implicazioni teoriche dell'integrazione dei valori fondamentali del socialismo nel codice civile*) in *Journal of Henan Normal University (Philosophy and Social Sciences)*, 45, 2018, 65-70; Li Zequan, 社会主义核心价值观融入法规的基本形式 (*La forma basilare dell'integrazione dei valori fondamentali del socialismo nelle regole giuridiche*), in *Zhejiang Academic Journal*, 2018, 38-44.

¹⁰² Sul valore pedagogico del diritto in Cina v. I. Castellucci, *Rule of Law and Legal Complexity*, cit.

utilizzate dal giudice come criterio generalissimo di apprezzabilità di una condotta. La casistica offre importanti riscontri a tal riguardo¹⁰³.

Sempre all'interno del codice, un'ulteriore clausola morale è rappresentata dal noto Art. 9, o Principio Verde (绿色原则 - *lǜsè yuánzè*) che impone ai soggetti di diritto civile la considerazione del risparmio delle risorse e della protezione dell'ambiente ecologico. Anche in questo caso, una giurisprudenza relativamente ricca ha utilizzato la norma come criterio interpretativo e pedagogico¹⁰⁴.

Le norme del codice includono, ovviamente, riferimenti alla buona fede, la cui interpretazione deve tenere conto dell'attitudine oggettiva che la cultura giuridica asiatica ha voluto dare a questo principio proprio in funzione del riequilibrio “armonico” delle relazioni negoziali¹⁰⁵. Oggi, tuttavia, lo spettro di clausole morali del diritto cinese esonda dall'ambito del codice ed, investe, ad esempio, i criteri di funzionamento della Legge sulla supervisione. Sulla base delle norme di quest'ultima le autorità competenti vagliano il comportamento dei pubblici ufficiali ma anche di tutti coloro che si trovano ad esercitare affari di pubblico rilievo non solo sulla base delle norme ma anche sulla base della morale (道德 - *daode*) dei comportamenti, una morale ovviamente interpretata sulla base dell'ideologia del Partito Comunista al Potere ma, di nuovo, legittimata anche alla luce di un suo collegamento con asserite virtù ancestrali della nazione cinese¹⁰⁶.

Ciascuno dei riferimenti richiamati riflette, a ben vedere, un complesso morale che da un lato vuole codificare degli standard di condotta percepiti come autoctoni, legittimati dalla loro accettazione da parte dell'ideologia dominante ma comunque connessi alle epopee del pensiero cinese imperiale e persino pre-imperiale; dall'altro lato, l'intenzione è di enfatizzare l'opposizione di tal complesso a criteri percepiti invece come stranieri o, peggio, “occidentali”¹⁰⁷. Qui, la dicotomia di base è fra l'individualismo (个人主义 - *gerenzhuyi*) del diritto liberal-democratico ed il collettivismo (集体主义 - *jiti zhuyi*) dello spirito cinese¹⁰⁸.

¹⁰³ Cfr. Corte del Popolo del Distretto di Laoshan, Città di Rizhao, Provincia dello Shandong, 5 maggio 2015, decisione no. 169/2015; Corte del Popolo del Distretto di Zhaoling, Città di Luohe, Provincia dello Henan, 28 novembre 2018, decisione no. 2553/2018; Corte del Popolo del Distretto di Zhen'An, Dandong, Provincia di Liaoning, 31 maggio 2021, no. 504/2021.

¹⁰⁴ Per tutti i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici v. G. Sabatino, *Environmental sustainability and civil law in the “new era” of Chinese legal culture. The “green clauses” of the Chinese Civil Code*, in S. Lanni (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate. Atti del Convegno SIRD – Milano, 22 aprile 2022*, Giappichelli, Torino, 2022, 157-170.

¹⁰⁵ M. Timoteo, *Il contratto in Cina e Giappone*, cit.; I. Castellucci, *Rule of Law and Legal Complexity*, cit.

¹⁰⁶ G. Sabatino, *Comparare (con) la Cina*, cit.

¹⁰⁷ K. Chi-Kin Cheung, *Away from socialism, towards Chinese characteristics: Confucianism and the futures of Chinese nationalism*, in *China Information*, 26, 2012, 205-218.

¹⁰⁸ Cfr. le già richiamate Opinioni del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese e del Consiglio di Stato sul Rafforzamento dell'Educazione Giuridica e della Ricerca sulla Teoria del Diritto nella Nuova Era, così come la Risoluzione del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese sui Maggiori Traguardi e l'Esperienza Storica del Partito nel Secolo Passato dell'11 novembre 2021 (中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议). La contrapposizione concettuale fra i due elementi pare essere un tratto introiettato anche sulla base dell'educazione ricevuta dai giovani funzionari di partito. L'autore del presente contributo ha avuto diretta testimonianza di quanto detto a seguito di una visita compiuta in taluni villaggi della provincia dello Hubei ed

L'individualismo è percepito come polo etico incompatibile con i valori tradizionali della cultura cinese, in cui il senso del vivere umano si esprime soprattutto nelle formazioni sociali cui ciascuno appartiene, e quindi rifiutato. Da questo rifiuto discende anche il rigetto di principi fondamentali del costituzionalismo occidentale come la separazione dei poteri e l'indipendenza della magistratura¹⁰⁹.

Ora, le complessità della *governance* cinese non devono far pensare ad un'applicazione serrata ed indiscriminata di tali principi, quanto piuttosto, lo si ripete, ad una volontà ispiratrice, programmatica, pedagogica. Nondimeno, pare evidente come gli sviluppi tanto ideologici che legislativi degli ultimi anni denotino la volontà del potere politico di inscrivere lo stato cinese in una dimensione prettamente etica, di cui il Partito Comunista si fa rappresentante ma anche e soprattutto in virtù della continuità con i valori del passato.

B. RUSSIA

Similmente che con la Cina, anche riguardo la Russia la storiografia (pure giuridica) ha messo in evidenza i filoni di continuità con gli approcci al governo ereditati dal passato¹¹⁰. In secondo luogo, l'era della *leadership* di Vladimir Putin, anche nei suoi risvolti più estetici o folkloristici (per non parlare dei più drammatici e controversi) sta da tempo comunicando l'idea di un paese non solo orgoglioso delle proprie radici, ma anche alla continua ricerca e valorizzazione di esse¹¹¹.

La dottrina dello stato russo prende forma già con la definizione politica della Moscovia attorno ad un'idea non solo autocratica ma paternalistica del potere, con alla base una fortissima legittimazione soprannaturale del sovrano confermata dal clero ortodosso¹¹². Al di sotto, nella piramide sociale, gruppi generalmente oligarchici e/o riuniti attorno a formazioni sociali tenute insieme da legami di onore tutelati dal diritto stesso¹¹³. Sono queste oligarchie, a stretto contatto con il potere, a controllare i vettori dello sviluppo economico e di seguito industriale.

La parentesi socialista, se si esclude una primissima fase di esaltazione rivoluzionaria, non ha mai del tutto cancellato questi stilemi di *governance*, ha anzi tentato di sovrapporvisi e di ricavare, negli interstizi gerarchici lasciati liberi dalla vecchia classe dirigente decaduta, gli

in particolare nel villaggio di Tuoxi (拖溪). In occasione di una breve discussione con un giovane allievo funzionario originario del villaggio, a fronte di alcune domande attinenti al ruolo della comunità e degli anziani nella gestione dei problemi comuni, egli ha esordito, nella propria risposta, ricordando anzitutto che, a differenza dell'individualismo occidentale, la cultura del governo cinese è eminentemente comunitaria.

¹⁰⁹ Cfr. Opinioni del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese e del Consiglio di Stato sul Rafforzamento dell'Educazione Giuridica e della Ricerca sulla Teoria del Diritto nella Nuova Era, spec. il punto 5.

¹¹⁰ A. Ostroukh, *Russian Society and its Civil Codes: A Long Way to Civilian Civil Law*, in *Journal of Civil Law Studies*, 6, 2013, 373-400; S. Schipani, *Le vie dei codici civili*, cit.; B. Grancelli, *Le relazioni industriali di tipo sovietico*, Franco Angeli, Milano, 1986; J.W. Hahn, *Continuity and Change in Russian Political Culture*, in *British Journal of Political Science*, 21, 1991, 393-421.

¹¹¹ A. Salomoni, *Teorie della sovranità nell'età di Putin*, in DPCE Online, 3, 2020, 3983-3998.

¹¹² *Ibid.*; Yang Changyu, 从“宗法—专制”到“威权—法制”：当代俄罗斯法治文化模式的实践转向 (*Dall'autocrazia paternalistica allo stato di diritto autoritario: i cambiamenti nella pratica del modello culturale di stato di diritto nella Russia contemporanea*), in *xueshu jiaoliu*, 12, 2015, 73 ss. Lo stesso R. Sacco in *Antropologia giuridica*, identifica la Russia (zarista) quale impero e ne discute le basi di legittimazione soprannaturale.

¹¹³ N. Shields Kollman, *By Honor Bound: State and Society in Early Modern Russia*, Cornell University Press, Ithaca, 1999.

spazi necessari a garantire la disciplina di partito e il funzionamento dei meccanismi verticali della pianificazione totale (dal periodo staliniano in poi), insieme, peraltro, ad un costante certo grado di tolleranza per l'esistenza di strutture parallele, anche qui fondate su gruppi di potere, che alimentavano i rapporti tra le imprese e gli scambi commerciali “all'ombra dei piani”¹¹⁴.

Le tentate di riforme di Gorbachev e, poi, gli anni della presidenza Eltsin se da un lato hanno smantellato il diritto economico socialista dall'altro hanno riconfermato le tendenze di un costituzionalismo autocratico, nella fattispecie imperniato su di un semipresidenzialismo decisamente sbilanciato verso la presidenza¹¹⁵. L'era Putin, attraverso diversi *round* di riforme costituzionali, ha ulteriormente accentuato questo tratto¹¹⁶.

Come è stato giustamente sottolineato da alcuni autori, tuttavia, lo stato russo degli ultimi anni non ha semplicemente rafforzato i propri connotati autocratici, ma ha gradualmente fuso le attitudini paternaliste della propria tradizione giuridica con una rinnovata enfasi sul ruolo del diritto, e quindi anche sull'utilizzo del diritto per tutelare la tradizione¹¹⁷. Si tratta di uno sviluppo interessante per un paese la cui cultura giuridica è stata, per buona parte della sua storia, portata ad un certo nichilismo o quantomeno alla sfiducia¹¹⁸.

È in tal contesto che si collocano le riflessioni che, anche sull'onda della popolarità di alcuni pensatori radicali come Dugin, politologi e giuristi russi sviluppano non solo sul concetto di tradizione, ma anche sull'accezione di tradizionalismo¹¹⁹. Quest'ultimo è posto in aperta

¹¹⁴ B. Grancelli, *op. cit.*

¹¹⁵ A. Di Gregorio, *Il presidenzialismo in Russia: da un modello ibrido a un sistema apertamente autoritario*, in *DPCE Online*, 1, 2023, 1101-1128; L.A. Way, *The evolution of authoritarian organization in Russia under Yeltsin and Putin*, Kellogg Institute Working Paper no. 352, 2008; D.G. Lewis, *Russia's New Authoritarianism*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 2020.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Yang Changyu, *op. cit.* V. anche M.E. Baudoin, *Droit et révolution dans l'espace post-soviétique les lendemains de la révolution par le droit*, in *Siècles*, 23, 2008, 97-115, il quale insiste sull'idea di diritto come forma precipua di legittimazione del potere politico.

¹¹⁸ Yang Changyu, *op. cit.*

¹¹⁹ R.Y. Rakhmatullin, E.R. Semenova, *Традиционализм и либерализм в свете философии права (Tradizionalismo e liberalismo alla luce della filosofia del diritto)*, in *Nauchnyy vestnik Omskoy akademii MVD Rossii*, 1, 2014, 41-44; A.V. Bogdanov, *СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ИНТЕРПРЕТАЦИИ ТРАДИЦИИ И ТРАДИЦИОНАЛИЗМА В ЗАПАДНОЙ И ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ПОЛИТИКО-ФИЛОСОФСКОЙ МЫСЛИ (Analisi comparata dell'interpretazione della tradizione e del tradizionalismo nel pensiero politico-filosofico russo e occidentale)*, in *Istoricheskiye, filosofskkiye, politicheskiye i yuridicheskiye nauki, kul'turologiya i iskusstvovedeniye. Voprosy teorii i praktiki*, 8, 2011, 39-42; V.A. Alexandrovich, *Концепция общественного права российского традиционализма как альтернатива дихотомии права на частное и публичное право (Il concetto di diritto sociale del tradizionalismo russo come alternativa alla dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato)*, in *Obschestvo i pravo*, 5, 2012, 51-55. Sul ruolo dei riferimenti al tradizionalismo nel pensiero politico (e di conseguenza giuridico) russo è tuttavia bene fare qualche precisazione, onde evitare fraintendimenti. Vi sono infatti due principali accezioni con cui pare essere impiegato questo concetto. La prima evoca nessi concettuali già richiamati, ossia quelli tra la Russia storica come corpo politico e la chiesa ortodossa, la società russa ed uno spirito di governo orientato ad espressioni paternalistiche e di autoritarismo sociale e così via (sul punto v. V.A. Alexandrovich, *op. cit.*). Una seconda accezione fa invece riferimento a quello che in Europa occidentale è stato definito sia “tradizionalismo” che “perennialismo”, ovvero a quella scuola di pensiero - sovente associata con ambienti politici di estrema destra - che coniugava il rifiuto della modernità quale categoria storico-spirituale con il richiamo a più o meno ambigue figure di umanità “tradizionale”, ricostruite principalmente sulla base di riferimenti mitologici comparativi, dai quali emergerebbero tendenze primigenie comuni associate ad una fibra morale e spirituale ritenuta superiore rispetto a quella dell'uomo moderno, secolarizzato e materialista. Questa medesima contrapposizione tra tradizione e modernità riposa su concezioni del tempo prettamente cicliche, mutate

contrapposizione a quel diritto (anch'esso "imperiale" come visto) del neo-liberismo economico, alle sue pulsioni cosmopolite, alla sua tendenza disgregatrice delle identità¹²⁰. Il tradizionalismo giuridico, nell'accezione russa, pare quindi consistere non in un rifiuto *in toto* del modernismo e dell'innovazione, quanto piuttosto nell'idea che l'innovazione, lungi dall'essere positiva *ex se*, debba essere accolta in quanto compatibile con il substrato politico-culturale della nazione, quest'ultimo concepito come elemento immanente ed immutabile al diritto positivo¹²¹.

In quest'ottica, su un piano più tecnico, alcuni autori hanno salutato positivamente l'introduzione, da parte della riforma costituzionale del 2020, del controllo di costituzionalità *ex ante* delle leggi su richiesta del Presidente della Federazione¹²². In effetti, nella figura del Presidente si combinano le funzioni da una parte di centro propulsivo del potere e dall'altra, appunto, quella di custode di una tradizione culturale, politica e giuridica millenaria, legittimata a partire dal mito della terza Roma, confermata dalla saldatura con le gerarchie del clero ortodosso ed oggi rinnovata espressione dell'essenza stessa della Russia come corpo politico¹²³.

A questa concezione possono essere ascritte le decisive virate dello stato russo verso politiche di identitarismo culturale in materia di diritti LGBT¹²⁴, ma anche la lunga parabola delle

soprattutto dalla cultura tradizionale vedica (ma che trovano conferma anche in autori greci arcaici, come l'Esiodo delle *Opere e i giorni*) secondo cui la storia del mondo consisterebbe nel susseguirsi di "età" secondo una parabola discendente e declinante, ossia con crescente disintegrazione delle virtù spirituali dell'uomo. Ora, questa seconda accezione del concetto di tradizionalismo è stata portata alla ribalta nel dibattito culturale russo soprattutto da A. Dugin (v. a tal proposito M. Laruelle, Александр Дугин (*Aleksandr Dugin*), in *Forum noveyshey vostochnoyevropeyskoy istorii i kul'tury*, 2, 2009, 63-87; Id., *Alexander Dugin and Eurasianism*, in M. Sedgwick (a cura di), *Key Thinkers of the Radical Right: Behind the New Threat to Liberal Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2019, 155-169) ma non si esaurisce in lui. Gli autori russi, e lo stesso Dugin del resto, interpretano il tradizionalismo passando soprattutto per la strada che parte da Rene Guenon (*La crise du monde moderne*, Gallimard, Parigi, 2017 - 1 ed. 1927) e passa per Julius Evola (*Rivolta contro il mondo moderno*, Edizioni mediterranee, Roma, 1969 - 1 ed. 1934). La posizione tradizionalista russa in realtà non prevede un'adesione acritica agli autori appena citati, ma utilizza le loro riflessioni quali premesse per teorizzare la dicotomia (drammatica ed insanabile) fra il neo-liberalismo espressione di una società moralmente decadente ed avviluppata nell'individualismo secolarizzato, e pulsioni politiche contrapposte che vedono nella tradizione (nel caso specifico, la tradizione russa) una barriera a tutela dell'identità umana minacciata dal liberismo cosmopolita. Sul pensiero tradizionalista e sulle specifiche posizioni di Dugin v. anche A. Dugin, *La quarta teoria politica*, Aspis, Milano, 2019; M. Sedgwick, *Against the Modern World: Traditionalism and the Secret Intellectual History of the Twentieth Century*, Oxford University Press, Oxford, 2009. Le medesime impressioni desumibili dall'interpretazione russa del pensiero tradizionalista emergono dall'analisi delle riflessioni sul concetto di sovranità, come ben espresso in A. Salomoni, *op. cit.*

¹²⁰ V.V. Mironov, Традиционализм и трансформация взаимоотношений между национальным и международным правом (*Tradizionalismo e trasformazione delle relazioni tra diritto nazionale e internazionale*), in AA.VV., ТРАДИЦИОНАЛИЗМ В ЭПОХУ РЕВОЛЮЦИЙ: КУЛЬТУРНАЯ ПОЛИТИКА И ЦИВИЛИЗАЦИОННЫЙ ВЫБОР (*Il tradizionalismo nell'epoca delle rivoluzioni: politiche culturali e scelta di civilizzazione*), Institut Naslediya, Mosca, 2017, 15-24.

¹²¹ V.A. Alexandrovich, *op. cit.*; D.G. Lewis, *op. cit.*; S.V. Alexandrovich, Правовой традиционализм и правовое новаторство: найти разумный компромисс (*Tradizionalismo giuridico e innovazione giuridica: trovare un compromesso ragionevole*), in *Yuridicheskaya tekhnika*, 15, 2021, 432-436.

¹²² S.V. Alexandrovich, *op. cit.* Peraltro, altri autori non russi hanno invece messo in evidenza come proprio questa riforma rappresenta l'attribuzione di un ulteriore potere al Presidente della Federazione, con conseguente irrobustimento della connotazione apertamente autoritaria del sistema di diritto costituzionale (v. A. Di Gregorio, *op. cit.*).

¹²³ A. Di Gregorio, *op. cit.*; Yang Changyu, *op. cit.*; D.G. Lewis, *op. cit.*

¹²⁴ J. De Kerf, *Anti-Gay Propaganda Laws: Time for the European Court of Human Rights to Overcome Her Fear of Commitment*, in *DiGeSt. Journal of Diversity and Gender Studies*, 4, 2017, 35-48; D.G. Lewis, *op. cit.*

controversie tra giustizia russa (anche giustizia costituzionale) e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Tali controversie si sono estrinsecate dal punto di vista tecnico nell’affermazione, da parte della Corte Costituzionale russa, della prevalenza del dettato costituzionale nazionale sulle disposizioni confliggenti della CEDU così come sulle decisioni della Corte EDU¹²⁵; dal punto di vista valoriale, tuttavia, esse hanno fatto leva non solo su divergenti concezioni della sovranità ma anche su differenti approcci valoriali alla tutela dei diritti dell’uomo, che il diritto russo riconnette non solo ad una propria dottrina di *governance* ma anche ad un apparato culturale divergente da quello (neo-liberale) sotteso alla giurisprudenza della Corte EDU¹²⁶. Infine, nel marzo 2022, la Federazione Russa ha abbandonato il Consiglio d’Europa, a seguito del mutato quadro internazionale successivo all’invasione dell’Ucraina.

Da ultimo, pare importante notare l’accresciuta importanza dei formanti declamatori nel diritto russo degli ultimi anni¹²⁷. Non solo nei discorsi ufficiali o nell’incorporazione in decreti presidenziali di visioni programmatiche come i piani di sviluppi a medio-lungo termine¹²⁸, ma anche nel testo costituzionale così come recentemente riformato emerge una forte attenzione alla formulazione di richiami storico-culturali alla civiltà russa ed alle sue mitologie, fra cui la Grande Guerra Patriottica contro l’invasione nazista del 1941¹²⁹.

Presi singolarmente, taluno di questi formanti declamatori non stupirebbe, e del resto non è infrequente che le costituzioni si appellino a momenti iconici del passato di una nazione o a valori considerati propri dal popolo a cui la costituzione si riferisce. Nel caso russo, tuttavia, la messa a sistema di queste novità costituzionali con le considerazioni dottrinali, gli equilibri istituzionali e la tradizione storica, giustifica una fisionomia giuridica incentrata sull’attribuzione di un carattere distintivo alla propria teoria dello stato e del diritto alla luce di una asserita specialità e singolarità sul piano storico¹³⁰.

Non si tratta della mera riproposizione di uno scontro fra tradizionalisti (o meglio, slavofili) e modernisti¹³¹, quanto piuttosto, come in Cina, dell’incorporazione dell’idea stessa di cambiamento nel solco di una *rule of law* ricalcata appositamente su una narrativa storico-identitaria patrocinata dal potere¹³². È questa narrativa che, dalla prospettiva del nuovo diritto

¹²⁵ I. Marchuk, M. Aksenova, *The Tale of Yukos and of the Russian Constitutional Court’s Rebellion against the European Court of Human Rights*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1, 2017.

¹²⁶ S. Gianello, *La complessa relazione tra la Federazione Russa e la CEDU alla luce della riforma costituzionale del 2020*, in *DPCE Online*, 1, 2021, 1635-1672; J. Kahn, *The Relationship between the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of the Russian Federation: Conflicting Conceptions of Sovereignty in Strasbourg and St Petersburg*, in *The European Journal of International Law*, 30, 2019, 933-959; Liu Qiucen, 俄罗斯现代人权法律保护制度与发展趋势探析 (*Sistema di protezione giuridica e trend di sviluppo dei diritti umani nella Russia contemporanea*), in *Aomen faxue*, 2, 2020, 338 ss. Peraltro, è appena il caso di notare come quest’ultimo A., cinese, concluda la propria riflessione accogliendo una sostanziale analogia fra i problemi fronteggiati dal diritto russo nel ritagliarsi una posizione identitaria anche con riferimento alla nozione e alla protezione dei diritti ed i problemi che, per i medesimi profili, interessano il diritto cinese.

¹²⁷ Sulla nozione di formante declamatorio v. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 60.

¹²⁸ G. Sabatino, *I paradigmi giuridici*, cit., 184 ss.

¹²⁹ J. Sadowski, *Amendments of 2020 to the Russian Constitution as an Update to Its Symbolic and Identity Programme*, in *International Journal of Semiotics of Law*, 35, 2022, 723-736.

¹³⁰ Yang Changyu, *op. cit.*

¹³¹ Sul punto v. Wang Zhihua, Liu Tianlai, 俄罗斯国家与法理论的历史传统 (*Tradizione storica della teoria dello stato e del diritto russi*), in *Qiushi xuekan*, 5, 2017, 1 ss.

¹³² Yang Changyu, *op. cit.*

imperiale russo, garantisce non solo l'equilibrio fra le composite forze della nazione, ma anche la sua capacità di sopravvivere stabilmente nel corso del tempo.

C. STATI UNITI

Riproporre gli Stati Uniti come esempio di diritto imperiale non solo nello spazio ma anche nel tempo potrebbe far storcere il naso. Nessuna altra entità statale è stata associata all'idea di progresso, crescita, innovazione, cambiamento e dibattito come quella statunitense. Tutti concetti, questi ultimi, apparentemente lontani dal tradizionalismo che abbiamo associato a questa seconda manifestazione del diritto imperiale.

Vediamo quindi di precisare qualche elemento.

Lo spirito del diritto americano - oramai anche nelle sue espressioni privatistiche - è condensato da un testo costituzionale (scritto) fra i più arcaici al mondo. Considerando anche il modesto numero di emendamenti in rapporto alla durata della vita della costituzione, si può persino affermare che non esista, di fatto, altro paese in cui la distanza - storica, ma soprattutto sociale e culturale - tra l'epoca in cui fu posta la costituzione e l'attualità sia così ampia¹³³.

La staticità della costituzione americana è un dato di fatto accolto dalla rispettiva comunità scientifica, che di tanto in tanto torna a discuterne, specie sull'onda di prese di posizioni critiche¹³⁴. Peraltro, uno sguardo d'insieme agli studi che, da molteplici prospettive, hanno indagato le cause del fenomeno, indica che questa *constitutional rigidity* non dipenda tanto dalle procedure di revisione (pure alquanto complesse) nè da altre caratteristiche intrinseche del testo, che in effetti non presenta clausole di immodificabilità, a differenza di altre e più recenti costituzioni¹³⁵.

La difficoltà di modificare la costituzione degli Stati Uniti dipende essenzialmente da una dimensione culturale, sviluppatasi nel tempo, introiettata dalla dinamica politica (quasi) rigidamente bipolare ed incorporata persino nello spirito e nelle aspettative della società civile

¹³³ R. Albert, *The World's Most Difficult Constitution to Amend?*, in *California Law Review*, 110, 2022, 2005-2021.

¹³⁴ S. Levinson, *Our Undemocratic Constitution*, Oxford University Press, New York, 2006; J.M. Balkin, *Sanford Levinson's Second Thoughts About Our Constitutional Faith*, in *Tulsa Law Review*, 48, 2012, 101-117; W.J. Aceves, *Amending a Racist Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review Online*, 170, 2021; A.J. Gaughan, *Ramsbackle Federalism: America's Archaic and Dysfunctional Presidential Election System*, in *Fordham Law Review*, 85, 2016, 1021-1043. Va osservato che, da un certo punto di vista, può considerarsi fisiologica la critica al testo costituzionale a fronte di eventi politici e sociali percepiti come preoccupanti da una parte del paese, come ad esempio l'elezione di Donald Trump alla presidenza nel 2016 solo grazie ai meccanismi elettorali in buona parte rimasti quelli del 1789 (Trump, come noto, è infatti risultato sconfitto nel voto popolare nel 2016); oppure la persistente frattura sociale che in certi ambienti esiste fra comunità afroamericane e forze dell'ordine. Nondimeno, non pare inutile osservare come la resilienza del testo costituzionale americano a fronte dei cambiamenti occorsi al paese negli ultimi duecento anni e più sia a dir poco sorprendente. In effetti, la costituzione degli Stati Uniti è stata sì saltuariamente emendata in occasione di sconvolgimenti storici, ma nei suoi assetti istituzionali fondamentali è sopravvissuta ad una espansione territoriale grandiosa (che ha portato le tredici colonie del 1787 ad arrivare alla costa pacifica), ad una guerra civile, all'abolizione della schiavitù e poi alle leggi di segregazione razziale (c.d. leggi *Jim Crow*), alla rivoluzione industriale, all'interventismo economico del New Deal, a due guerre mondiali, allo smantellamento del sistema di segregazione razziale, alle riforme sui diritti civili e sociali, alla guerra fredda, all'avvento del neo-liberismo economico, all'11 settembre e alle guerre al terrorismo.

¹³⁵ R. Albert, *op. cit.*

e della comunità accademica, che infatti oggi sono in buona parte prevenute nei confronti di ipotesi di revisione costituzionale¹³⁶.

Nell'arco di oltre due secoli si è quindi realizzata quella che James Madison aveva definito “*constitutional veneration*”¹³⁷. Con crescente intensità nel corso del tempo, il testo costituzionale - nella sua forma originale - si è identificato con gli Stati Uniti in quanto corpo politico, in quanto esperienza storica, in quanto tradizione¹³⁸.

Questo connotato del sistema giuridico rappresenta un fattore che informa una particolare coscienza del giurista americano e che si manifesta secondo espressioni spesso politicamente contrapposte, ma riconducibili ad una stessa fisionomia giuridica.

Così, da un lato, tratto ricorrente del diritto statunitense è l'impiego di approcci c.d. “originalisti” nell'interpretazione del testo costituzionale e delle norme di legge¹³⁹. L'originalismo, in quanto filosofia ermeneutica, non corrisponde a criteri unitari: esso può andare alla ricerca dell'intenzione degli autori (i *founding fathers*) e quindi trasporre nell'attualità il senso che essi avrebbero potuto dare alle regole sotto scrutinio; alternativamente, può rimandare ad un'idea di tradizione meno personalistica, insistente sull'esistenza di pratiche e stilemi culturali perpetratisi nel tempo e quindi di un originalismo del discorso pubblico sulle norme¹⁴⁰.

¹³⁶ R. Albert, *op. cit.*; T. Ginsburg, J. Melton, *Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All?: Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty*, in *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2015, 686–713; V.C. Jackson, *The (Myth of un)Amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2015, 575–605; C.T. Dawes, J. R. Zink, *Is “Constitutional Veneration” an Obstacle to Constitutional Amendment?*, in *Journal of Experimental Political Science*, 9, 2022, 395–406 (degli stessi autori v. anche *The Dead Hand of the Past? Toward an Understanding of ‘Constitutional Veneration’*, in *Political Behavior*, 38, 2016, pp. 535–536).

¹³⁷ R. Albert, *op. cit.* Sul punto, peraltro, le opinioni di Madison divergevano da quelle di un'altra figura di spicco del costituzionalismo statunitense come Thomas Jefferson, il quale considerava negativamente la possibilità che la costituzione acquisisse un valore sacrale per il popolo, dal momento che un tale approccio avrebbe impedito aggiornamenti e modifiche resi necessari dal passare del tempo.

¹³⁸ R. Albert, *op. cit.* mette in evidenza come la costituzione sia stata emendata quindici volte tra il 1791 e il 1870, sette volte tra il 1871 e il 1951 e solo cinque volte dal 1951 ad oggi. Inoltre, è stato valutato (C.T. Dawes, J. R. Zink, *Is “Constitutional Veneration” an Obstacle*, cit.) come l'attitudine alla modifica sia diversa con riferimento alla costituzione ed invece con riferimento alle altre leggi federali, ove il *bias* contro la modifica è meno intenso. Su queste premesse, pare ragionevole affermare (come ha fatto V.C. Jackson, *op. cit.*) che quello dell'immodificabilità della costituzione sia, in effetti, un mito. Tale mito ha però esercitato ed esercita tutt'ora un'influenza culturale fortissima, tale da strutturare la fisionomia stessa del diritto statunitense.

¹³⁹ Si rinvia, anche per ulteriori e ricchi riferimenti bibliografici, a L.B. Solum, *Originalism V Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, in *Northwestern University Law Review*, 113, 2019, 1243–1296.

¹⁴⁰ O. Chessa, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Diritto@storia*, 12, 2014; M.O. DeGirolami, *The traditions of American constitutional law*, in *Notre Dame Law Review*, 95(3), 2020, 1124–1182. Un caso di scuola dell'applicazione delle teorie originaliste riguarda la costituzionalità delle pratiche di c.d. legislative prayer, ovvero il rito di iniziare le sessioni di pubbliche assemblee con una preghiera. In diverse occasioni la legittimità di tali pratiche è stata contestata in base alla establishment clause di cui al primo emendamento della costituzione americana, e quindi alla tutela della libertà di culto. In più di un'occasione, tuttavia, la Corte Suprema ha confermato la piena costituzionalità di tali pratiche proprio alla luce del loro nesso con la “tradizione”. Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 1811 (2014) e *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).

Nell'agone politico, i fautori dell'originalismo interpretativo sono stati sovente associati a posizioni conservatrici¹⁴¹, come da ultimo dimostrato anche dalla decisione della Corte Suprema in materia di aborto in *Dobbs v. Jackson*¹⁴². Non sono mancati, tuttavia, autori che hanno invece proposto applicazioni dinamiche delle interpretazioni originaliste, forse con meno apparente deferenza nei confronti dei padri fondatori ma sempre nel solco di un'attualizzazione dello spirito costituente¹⁴³. L'originalismo nel diritto statunitense diviene, a tutti gli effetti, un argomento etico¹⁴⁴. Ciò è confermato dal frequente utilizzo, quale tecnica di argomentazione costituzionale, di riferimenti ad asseriti connotati morali dei primi americani, a figure eroiche (o antieroiche, a seconda delle circostanze) della storia degli Stati Uniti, alla rievocazione di esperienze storiche complesse (come ad es. la Guerra di Secessione o il New Deal), il tutto allo scopo di supportare determinate scelte interpretative ed applicative¹⁴⁵.

Siamo, ovviamente, di fronte ad un'opera di selezione e mitizzazione del passato, funzionale alla creazione o alla conservazione di un certo percorso identitario¹⁴⁶. Anche qui, peraltro, questo tipo di operazioni prescinde dalla coloritura partitica. In periodi di forte impeto progressivo, come sotto la presidenza Warren, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha moltiplicato i riferimenti all'*ethos* storico-morale e sulla base di questo *ethos* ha giustificato anche scelte "moderniste"¹⁴⁷.

In opposizione all'originalismo interpretativo si pongono le teorie del "living constitutionalism"¹⁴⁸. Anche esse rappresentano un ambito concettuale composito e formatosi gradualmente e per sedimentazione, sebbene alcuni indubbi influssi siano provenuti dagli esponenti del realismo giuridico¹⁴⁹. Anche questi approcci interpretativi dinamici hanno implicato una conseguenza culturale importante: la formazione di una coscienza del giudice come ingegnere sociale e creatore di equilibri giuridico-normativi (quando non politico-normativi) che pure ha ben pochi eguali al mondo¹⁵⁰. E una tale coscienza, a ben vedere, è

¹⁴¹ Tra i più famosi sostenitori del "metodo" originalista vi è certamente Antonin Scalia, già giudice della Corte Suprema, deceduto nel 2016 ed alfiere del conservatorismo giudiziale. Per una sua riflessione sul punto v. A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1989, 849 ss.

¹⁴² Si tratta della nota sentenza che ha ritenuto, sulla base di argomentazioni originaliste, che il diritto all'aborto non potesse essere tutelato a livello federale. Sul punto v. G. Caporali, *Dobbs v. Jackson: la teoria originalista e i limiti all'attivismo creativo delle Corti costituzionali*, in *federalismi.it*, 34, 2022.

¹⁴³ R.L. Brown, *Tradition and Insight*, in *The Yale Law Journal*, 103, 1993, 177-222; J.M. Balkin, *Living Originalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2011; Id., *The New Originalism and the Uses of History*, in *Fordham Law Review*, 82, 2013, 641-719.

¹⁴⁴ J. Greene, *On the Origins of Originalism*, in *Texas Law Review*, 88, 2009, 1-89.

¹⁴⁵ J.M. Balkin, *The New Originalism*, cit. Un classico esempio di questo approccio è dato dall'*Opinion* del giudice Brandeis nel caso *Whitney v. California* (274 U.S. 357 (1927)). Brandeis, in una *concurring opinion*, sostiene che il governo non possa limitare, se non in caso di pericolo chiaro ed attuale, la *sedition speech*, appellandosi ad un mitico "coraggio" dei padri fondatori degli Stati Uniti i quali avevano, in nome della difesa dei valori fondamentali su cui si ergeva la nazione, finanche il pericolo di rischi sociali derivanti da forme di dissenso politico anche aspre, ma comunque degne di protezione in nome della libertà di espressione.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.* La presidenza Warren è nota per aver caratterizzato la stagione di abbattimento, nelle sedi giudiziali, della legislazione segregazionista in vigore specie negli stati del sud degli USA sin dai primi decenni dopo la guerra di secessione.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, 8, 1908, 605 ss.

¹⁵⁰ L.B. Solum, *op. cit.*

pure conseguenza della fissità del dettato costituzionale e dell'assenza di riferimenti in essa a rapporti economici e sociali.

I critici della costituzione statunitense potrebbero non vedere in attitudini giudiziali proattive un vero rimedio, quanto piuttosto un'ulteriore problema, che favorisce la creazione di un diritto vivente controllato quasi esclusivamente da un corpo (quello dei giudici appunto) estraneo alla dinamica della partecipazione democratica¹⁵¹. Non è questa la sede per discutere di questo tema, peraltro non ignoto ad altri ordinamenti giuridici. Ciò che invece interessa qui è rimarcare come l'esistenza di una peculiare attitudine sociale del giudice combinata con la premessa (data per scontata) di un testo costituzionale rigido, immutabile ed arcaico, favorisca lo sviluppo, anche qui, di una particolare autocoscienza del diritto, supportata all'occorrenza da richiami mitologici alla storia e sostenuta per la stragrande maggioranza da un sistema di educazione giuridica decisamente orientato alla formazione delle classi dirigenti e generalmente coeso nel sostenere la piattaforma di valori sottesa al suddetto mito costituzionale¹⁵².

In tempi più recenti, peraltro, l'autocoscienza del diritto americano si è proiettata, come abbiamo visto, in un'espansione spaziale senza precedenti, fondendosi con un'altra coscienza, quella del neo-liberismo economico come vettore di sviluppo, progresso e democrazia¹⁵³. Di conseguenza, anche un'immagine fondamentalmente arcaica come quella della costituzione del 1787, sapientemente ricostruita con l'ausilio di riferimenti storici ed etici all'intera parabola dell'ascesa americana, è divenuta un paradigma giuridico imperiale buono non solo per i giuristi americani, ma per molti altri in giro per il mondo¹⁵⁴.

V. COMPARAZIONI REGIONALI E TRASVERSALI. STORIA, FILOSOFIA E RELIGIONE NEI DIRITTI IMPERIALI

Gli esempi che sono stati proposti nei paragrafi precedenti condividono, a mio parere, una certa riconoscibilità in termini di proiezioni imperiali del diritto, sia nel tempo che nello spazio. Ciò, senz'altro, è dovuto anche al fatto che ognuno di loro - in tempi e modi diversi - ha potuto combinare la forma giuridica e quella politica dell'impero, attribuendo al diritto pure funzioni di equilibrio insistenti su contesti sociali altamente compositi, sotto il profilo etnico, religioso, economico, ecc.

¹⁵¹ R. Albert, *op. cit.* Si noti, in aggiunta a questo, che alcuni autori (S. Levinson, *op. cit.*) sottolineano come delle disposizioni della costituzione americana non tutte siano adattabili in via di interpretazione giudiziale. Ad esempio, le disposizioni sull'organizzazione delle istituzioni o sui termini del loro mandato, non essendo concepite in termini linguistici aperti a potenziali divergenze ermeneutiche, non possono essere alterate dalle corti nel loro significato. In tal caso, l'assenza di una cultura delle modifiche costituzionali renderebbe tali disposizioni di fatto immutabili.

¹⁵² Sul tema, anche in senso ampio, v. M. Bussani, *op. cit.*; L. Serafinelli, *op. cit.*

¹⁵³ D.S. Grewal, J. Purdy, *op. cit.*

¹⁵⁴ R. Raphael, *Constitutional Myths: What We Get Wrong and how to Get it Right*, The New Press, New York, 2013; A. King, *The Founding Fathers v. the People: Paradoxes of American Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2012; J.M. Balkin, *The New Originalism*, cit.; S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, in *Michigan Law Review*, 107, 2008, 391-466; B. Alemparte, *Towards a theory of neoliberal constitutionalism: Addressing Chile's first constitution-making laboratory*, in *Global Constitutionalism*, 11, 83-109.

Ciò non vuol dire, ovviamente, che i possibili esempi di imperi giuridici della contemporaneità finiscano qui. Come già osservato, il presente contributo vuole rappresentare anche un possibile stimolo per futuri dibattiti.

Si permetta dunque, per il medesimo scopo, una ulteriore osservazione ad ampio spettro. Nel processo di affermazione dei diritti imperiali è centrale il problema della loro legittimazione, una legittimazione dal fondamento non meramente secolare ma agganciata, al tempo stesso, all'immagine mitizzata di un'entità politica e a una dottrina del pensiero, identitaria o universale che sia, dal sapore trascendente ed escatologico.

Su tali premesse, pare quindi che i terreni fertili ove cercare altre forme di imperialismo giuridico contemporaneo - magari in embrione - siano quei contesti geopolitici nei quali o la riaffermazione di un pensiero valutato come universale o il consolidamento di dottrine identitarie dello stato e della *governance* siano più forti¹⁵⁵.

Gli agganci immediatamente fruibili di questa ottica di ricerca sembrerebbero anzitutto essere gli ordinamenti giuridici connotati in senso religioso. L'universo dei diritti islamici, come noto, ha ormai sviluppato, perlomeno sul piano dottrinale, un'accezione finanche teocratica del costituzionalismo, declinata tanto a livello di relazioni istituzionali fra stati e clero quanto in specifiche concezioni dei diritti umani¹⁵⁶. Del resto, come già notato, manca alla tradizione giuridica islamica un aggancio univoco con una forma politica che funga da vettore di espansione spaziale del diritto stesso. Per quanto invece concerne l'imperialismo "temporale", esperienze nazionali come quella iraniana (sciita) sembrano soddisfare i criteri che abbiamo individuato per qualificare un diritto come imperiale, a partire dalla costruzione di una narrativa storico-giuridica del tutto peculiare, che a partire dalla rivoluzione del 1979 canalizza la legge islamica attraverso il filtro dell'apparato istituzionale partecipato e dal clero - specie mediante il ruolo della Guida Suprema - e dal potere secolare¹⁵⁷. La storia contemporanea dell'Iran, del resto, denota, come già avvenuto in altri imperi giuridici, una dialettica continua fra tradizionalismo e modernismo, che in qualche modo giustifica l'utilizzo del diritto come "camera di compensazione" fra elemento religioso e elemento laico¹⁵⁸.

Spunti meritevoli di riflessione giungono anche dall'evoluzione dell'identità giuridica dello stato di Israele¹⁵⁹. Qui, i primi decenni dopo la fondazione (1948) avevano visto una graduale importazione di stilemi giuridici tipici del *common law*.¹⁶⁰ Per quanto questa situazione sia

¹⁵⁵ Sul punto v. B.G. Adams, F.J.R. van de Vijver (a cura di), *Non-Western Identity*, Springer, Cham, 2021.

¹⁵⁶ L. Cata Backer, *Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16, 2009, 102-181; G. Decarli, *Diritti umani e diversità culturale. Percorsi internazionali di un dibattito incandescente*, Seid, Firenze, 2012.

¹⁵⁷ A. Fathollah-Nejad, *Iran in an Emerging World Order*, Palgrave Macmillan, Singapore, 123 ss.; P.L. Petrillo, *op. cit.*; M. Tamadonfar, *Islamic law and governance in contemporary Iran: transcending Islam for social, economic, and political order*, Lexington Books, Lanham, 2015, spec. Cap. 5 - *The Supreme Leader (Vali-e Faqih or Rabbar)* (179 ss.); S. Saffari, *The Legitimation of the Clergy's Right to Rule in the Iranian Constitution of 1979*, in *British Journal of Middle Eastern Studies*, 20, 1993, 64-82.

¹⁵⁸ H. Rezaei Yazdi, *The Dialogical Tradition of Iranian Modernity: Monazereh, Simultaneity, and the Making of Modern Iran*, in *Iranian Studies*, 49, 2016, 327-357; F. Rajaei, *Islamism and Modernism. The Changing Discourse in Iran*, University of Texas Press, Austin, 2007; P. Abdolmohammadi, G. Cama, *Contemporary Domestic and Foreign Policies of Iran*, Springer, 2020, 13 ss.

¹⁵⁹ Sul tema, in generale, N. Kedar, *Law and Identity in Israel*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

¹⁶⁰ M. Mautner, *Law and the Culture of Israel*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 35.

ancora in larga parte confermata adesso, gli ultimi quattro decenni hanno visto un graduale recupero, sul piano prettamente costituzionale, di un certo sionismo giuridico. Ciò influisce sulla gerarchia delle fonti, ove il *Foundations of Law Act* del 1980 riconosce la legge ebraica (*Halakhab*) come criterio sussidiario per colmare le lacune del sistema¹⁶¹; influisce sulla definizione stessa dello stato di Israele, qualificato come *Jewish and democratic*¹⁶²; influisce, da ultimo, sulla cristallizzazione di una teoria dello stato e del potere specificamente orientata alla tutela degli interessi del popolo ebraico, come enunciato dalla Legge Fondamentale del 19 luglio 2018 “*Israel as the Nation State of the Jewish People*” e confermato nel 2021 dalla Corte Suprema¹⁶³. Del resto, anche la storia contemporanea di Israele non manca di esempi peculiari ed assolutamente identitari di *governance* non solo politica ma anche economica, come dimostrato dall’epopea del cooperativismo dei *Kibbutz*, per quanto questo istituto sia oggi l’ombra di ciò che fu in passato¹⁶⁴.

Anche la terza religione monoteistica - quella cristiana - si presta a declinazioni potenzialmente identitarie. Ora, storicamente l’influsso del pensiero cristiano sulla storia del costituzionalismo è argomento di studio e d’altro canto lo stesso imperialismo giuridico romano si è servito del vettore della cristianità quale propellente alle proprie pulsioni espansive¹⁶⁵. Oggi, se la forza morale del cristianesimo è scomposta nelle sue diverse accezioni - ortodossa, protestante, anglicana, ecc. - il cattolicesimo conserva ancora un aggancio con una forma politica definita come la Chiesa di Roma e persino con una sua espressione geopolitica come la Città del Vaticano¹⁶⁶. Uno stato, quest’ultimo, ove il potere teocratico si appoggia ad un sistema giuridico che dà priorità al diritto canonico e ad un

¹⁶¹ N. Kedar, *op. cit.*, 101 ss.; M. Mautner, *op. cit.*, 41 ss.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ N. Kedar, *op. cit.*, 101 ss. V. anche la decisione HCJ 5555/18, *Hason v. Knesset*, con la quale la Corte Suprema sancisce la costituzionalità della legge avverso le lagnanze di numerose Organizzazioni Non Governative le quali rilevavano come la compiuta formalizzazione dell’identità ebraica dello stato di Israele pregiudicasse i diritti delle minoranze. Un riassunto in lingua inglese della decisione è disponibile sul sito web della *Library of Congress* statunitense al link <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-07-27/israel-supreme-court-affirms-constitutionality-of-basic-law-israel-nation-state-of-the-jewish-people/> (ultimo accesso: 20 settembre 2023). Peraltro, il dibattito sul punto è destinato a rimanere acceso. Già dai primi mesi dopo la promulgazione della legge si sono levate diverse voci contrarie e preoccupate della deriva identitaria dello stato di Israele, mettendo anche in luce come la legge del 2018, di fatto, legittimasse un’interpretazione segregazionista del diritto nazionale, con tutte le conseguenze circa lo *status* dei cittadini israeliani di lingua araba e religione musulmana, nonché la regolazione degli insediamenti israeliani in Cisgiordania, ampiamente contestati in base al diritto internazionale. Sul punto v. N. Ben-Youssef, S. Samaan Tamari, *Enshrining Discrimination*, in *Journal of Palestine Studies*, 48, 2018, 73-87; H. Jabareen, S. Bishara, *The Jewish Nation State Law*, in *Journal of Palestine Studies*, 48, 2019, 43-57.

¹⁶⁴ R. Abramitzky, *The Mystery of Kibbutz: Egalitarian Principles in a Capitalist World*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2018; R. Russell, R. Hanneman, S. Getz, *The Renewal of the Kibbutz From Reform to Transformation*, Rutgers University Press, New Brunswick-Londra, 2013; A. Fishman, *Judaism and Collective Life*, Routledge, Londra-New York, 2002.

¹⁶⁵ Sul rapporto fra religione cristiana e costituzionalismo v. N. Aroney, I. Leigh (a cura di), *Christianity and Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2022; P. McKinley Brennan, *An Essay on Christian Constitutionalism: Building in the Divine Style, for the Common Good(s)*, in *Rutgers Journal of Law and Religion*, 16, 2015, 478-540; N.S. Chapman, “*The Arc of Moral Universe*”: *Christian Eschatology and U.S. Constitutionalism*, in *Notre Dame Law Review*, 98, 2023, 1439-1468.

¹⁶⁶ È del resto nota la tesi di H.J. Berman che individua nella strutturazione della Chiesa di Roma come corpo giuridico autonomo e coerente - a partire dal papato di Gregorio VII (1073-1085) - la prima “rivoluzione” della tradizione giuridica occidentale. V. H.J. Berman, *op. cit.*

approccio alla *governance* strumentale ad una narrativa assolutamente escatologica, tesa a promuovere l'incidenza dell'attività pastorale della Santa Sede¹⁶⁷.

Nel diritto canonico ed in quello vaticano, quindi, l'identitarismo storico-temporale si accompagna quantomeno alla volontà di un'espansione spaziale, forse fiaccata e in gran parte prevenuta dalla secolarizzazione delle strutture giuridiche del mondo, ma non per questo assente¹⁶⁸. In alcuni casi è in effetti possibile registrare un avanzamento del formante religioso (*rectius* cattolico) nella narrativa giuridica e costituzionale di uno stato atto a definire la propria identità: è il caso dell'Ungheria, che nel 2018 ha incorporato nella propria costituzione un dovere di protezione della «identità costituzionale» e della «cultura cristiana» del paese da parte di tutti gli organi dello stato¹⁶⁹.

Al di fuori del discorso prettamente religioso, pure non mancano potenziali casi di studio, anche dalle pressanti implicazioni geopolitiche e militari. Ne basti uno per tutti: la Repubblica Democratica Popolare di Corea (Corea del Nord), la cui identità ha oramai quasi completamente abbandonato il marxismo-leninismo per appoggiarsi invece alla nota dottrina della *juche*, implicante un riferimento all'autosufficienza, indipendenza e autodifesa del popolo coreano e quindi, necessariamente, alla creazione di strutture giuridiche pesantemente identitarie¹⁷⁰. Questo tratto è divenuto ancora più incisivo con l'equiparazione, nel testo costituzionale, alla *juche* del *seongun*, dottrina che abbraccia aspetti di paternalismo militarista allo scopo di costruire l'immagine di una Corea del Nord non solo autosufficiente ma inattaccabile ed impermeabile alle sfide esterne¹⁷¹. Le strutture istituzionali che implementano tali dottrine si basano, essenzialmente, su un'economia ancora fortemente pianificata e sull'applicazione di stilemi del centralismo democratico di sovietica memoria¹⁷², funzionali però ad un potere dinastico, che affonda la propria legittimazione soprannaturale nella perpetuazione di strutture di *governance* a base appunto familiare-clanica e consuetudinaria tipiche della cultura tradizionale coreana¹⁷³.

Combinando la rapida carrellata di possibili campi d'indagine, tanto sotto il profilo spaziale quanto sotto quello temporale, appare quindi ineludibile la trasversalità dei diritti imperiali tanto alla politica quanto all'economia. L'imperialismo giuridico sussiste in democrazia.

¹⁶⁷ J.I. Arrieta, *Corso di diritto vaticano*, 2 ed., Edusc, Roma, 2018; I. Castellucci, *San Marino, Città del Vaticano, Malta: Il diritto italiano nelle micro-giurisdizioni*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2014, 693-746. Quest'ultimo A. si spinge ad utilizzare il concetto di *rule by law* (generalmente impiegato con riferimento alla legalità socialista) per definire l'attitudine del diritto vaticano in funzione dell'esercizio della missione spirituale e temporale del pontefice.

¹⁶⁸ J.I. Arrieta, *op. cit.*, 203 ss. L'A. ricollega espressamente la primazia del diritto canonico tra le fonti del diritto Vaticano ad un'esigenza identitaria, specie alla luce del fatto che l'Art. 1 co. 1 dell'attuale Legge sulle fonti del diritto individua nel diritto canonico non solo la prima fonte normativa, ma anche il primo criterio di riferimento interpretativo, tale quindi da poter essere applicato anche per interpretare le norme di altri ordinamenti giuridici (come quello italiano) applicate entro il territorio dello stato Vaticano.

¹⁶⁹ B. Schanda, *Hungary's Christian Culture as Subject of Constitutional Protection*, in *Studia z prawa wyznaniowego*, 23, 2020, 55-72.

¹⁷⁰ I. Castellucci, *La Corea*, cit.; P. Goedde, *Beyond Sham: The North Korean Constitution*, in *Asian Perspective*, 44, 2020, 1-29.

¹⁷¹ P. Goedde, *op. cit.*

¹⁷² G. Sabatino, *I paradigmi giuridici*, cit., 174 ss.

¹⁷³ I. Castellucci, *La Corea*, cit.; M. Seong-Hak Kim, *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 1-64; P. Goedde, *Law "Of Our Own Style": The Evolution and Challenges of the North Korean Legal System*, in *Fordham International Law Journal*, 27, 2003, 1265-1288.

Sussiste in economie di mercato così come in economie a capitalismo di stato così come in economie pianificate. La capacità di sviluppare o capacità espansive autonome o narrazioni storico-morali autonome pare, in conclusione, prescindere dalle specifiche contingenze delle scelte di politica o di economia.

Ciò da cui invece l'imperialismo giuridico non prescinde è la “spiritualità”. Come si è visto, ciascun esempio di diritto imperiale pare innervarsi su di un elemento soprannaturale e spesso mitologico, un *ethos*, richiamato da legislatori, corti, dottrina, con funzioni certo di coesione sociale, ma in un'ottica, si direbbe, quasi messianica, o comunque escatologica.

Dal punto di vista spaziale, come si è visto, l'espansione dello *ius civile* romano si è messa in moto grazie alla saldatura con il cristianesimo e con la sua missione pastorale universale. Il diritto neo-liberista, invece, si appella ai dogmi dell'efficienza e di una razionalità economica archetipica, interpretata tuttavia come necessaria ed universale non solo in quanto funzionale all'affermazione di un mercato concorrenziale ma anche quale vero e proprio specchio della natura umana¹⁷⁴. Una natura che costruisce la relazionalità a partire dall'individuo, e quindi, quale sua appendice giuridica, dalla proprietà dei singoli¹⁷⁵.

Sotto il profilo temporale, invece, sono le storie dei singoli ordinamenti – sovente trasformate, alterate, colorate, deviate – a rappresentare la base per l'idealizzazione di civiltà giuridiche separabili, da custodire gelosamente fino allo scontro, ove necessario. Il diritto imperiale allora non può mai essere autenticamente “laico”, nel senso di slegato da un proprio fondamento spirituale che lo rende funzionale ad un'idea di società pensata per essere immagine continua nell'arco di tutta l'esperienza storica di un corpo politico¹⁷⁶.

¹⁷⁴ G. Preterossi, *op. cit.*; G. Di Donato, *Alle radici della cosa pubblica. Su Teologia politica e diritto di Geminello Preterossi*, in *Nomos*, 3, 2022.

¹⁷⁵ J. Whyte, *op. cit.*

¹⁷⁶ Questa stessa ragione spiega perchè non si ritiene di poter attribuire carattere “imperiale” a ordinamenti giuridici sovranazionali pure di fortissima rilevanza sul piano comparato, come quello europeo. Il diritto europeo, nato dalle ceneri della seconda guerra mondiale, si è coagulato attorno ad un progetto economico e poi attorno ad un progetto politico (G. Benacchio, *op. cit.*), ma mai attorno ad un progetto culturale. Istituti e strutture del diritto europeo sono da modello per altre esperienze di integrazione sovranazionale e godono di enorme prestigio e legittimità tecnica sul piano comparato, ma non sono mai state iscritte in una narrativa storico-giuridica coerente. Il diritto europeo non coincide con il diritto romano comune nè si rifà ad esso se a livello (frammentario) di singoli concetti ed istituti, nonostante i tentativi di individuare dei “fondamenti romanistici” (v. ad es. R. Cardilli, *Lo studio del diritto romano e i fondamenti del diritto europeo*, in E.C. Silveira Marchi (a cura di), *Estudos em memória do professor Thomas Marçay*, YK Editora, Sao Paulo, 2019, 163-183). Analogamente, il diritto europeo non è un diritto “cristiano”, nel senso del proprio ethos (sul ruolo della cristianità nelle tradizioni giuridiche europee contemporanee v. R. Mccrea, *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 16-50). Il tema della “cristianità” dell'identità giuridica europea è comunque dibattuto (T. Lähdesmäki, *The role of Christianity in the European Union's heritage and history initiatives*, in *Journal of European Studies*, 52, 2022, 170-186) ma riteniamo debba essere osservato che, perlomeno ad oggi, non siano rinvenibili, nè a livello di formanti dichiarati nè a livello di crittotipi, influenze significative di un *ethos* cristiano nella logica giuridica del diritto europeo.

Si può invece affermare che il diritto europeo abbia partecipato dell'esperienza imperiale, sul piano spaziale, del diritto neo-liberista e democratico (M.E. Salomon, B. De Witte (a cura di), *Legal trajectories of neoliberalism: critical inquiries on law in Europe*, EUI RSCAS, 2019/43 - <https://hdl.handle.net/1814/63447>). Pur con tutti i suoi specifici connotati, l'etica del diritto europeo e soprattutto del diritto europeo dell'economia si fonda sul binomio fra strutture politiche liberal-democratiche e strutture economiche liberiste (v. sul punto G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Wolters Kluwer, Milano, 2017). Le prime garantiscono la tutela dei diritti dell'uomo considerato nella propria individualità e nelle proprie aspirazioni; le seconde costruiscono le regole funzionali all'efficienza del mercato e quindi al benessere del consumatore, anche questo inteso nella sua individualità (v. in senso critico A. Somma, *Private law as biopolitics: ordoliberalism, social market*

VI. CONCLUSIONI E SPUNTI METODOLOGICI

Gli studiosi del diritto comparato si sono confrontati, a volte con entusiasmo e a volte con timore, con la moltiplicazione delle dinamiche della varianza, che del diritto comparato costituisce il presupposto. Classificazioni, tassonomie e cartine hanno cercato di rispondere, in tempi e modi diversi, alle esigenze di una comparazione divenuta oggi autenticamente globale. È sorta la necessità di ipotizzare criteri sistemologici che non presupponessero l'eurocentrismo giuridico, e questo ha condotto, necessariamente, alla valorizzazione di formanti sempre diversi, di relazioni istituzionali sempre diverse, di fonti del diritto sempre diverse¹⁷⁷.

Questo contributo non si azzarderà a proporre ulteriori criteri classificatori dei sistemi giuridici. Non è questo il suo scopo. Ciò che si è voluto fare, provando ad introdurre la categoria di impero come forma giuridica del mondo contemporaneo, è semplicemente la definizione di un elemento diverso, a disposizione degli studiosi, per qualificare la natura di determinati ordinamenti.

Questo elemento, in fin dei conti, ha a che fare con un problema di autocoscienza.

La percezione che il diritto e gli operatori del diritto hanno di sé stessi in un dato ordinamento è un tema già affrontato dal diritto comparato, ad esempio in merito ai criteri di individuazione dei c.d. sistemi misti o ibridi¹⁷⁸.

Il diritto imperiale, nel modo in cui abbiamo provato a descriverlo, si sostiene di una coscienza di sé che trascende le proprie strutture materiali ed i propri campi di incidenza, divenendo “mito”, nel senso più alto e pieno del termine.

Da una prospettiva principalmente spaziale, il potenziale metodologico del diritto “imperiale” si spiega soprattutto come rilettura critica delle dinamiche di circolazione dei modelli giuridici. L'imperialismo spaziale dei diritti moderni - o meglio, delle due tradizioni che riteniamo di poter individuare, lo *ius civile* romano e il *common law* neo-liberista - offre una visione di tale dinamiche che aggiunge almeno un elemento in più – ossia, l'aggancio soprannaturale e mitologico – per comprendere le capacità di diffusione di alcune tradizioni, ben al di là delle giustificazioni coloniali o post-coloniali, ma anche, tutto sommato, a prescindere dall'effettivo funzionamento concreto rispetto alle necessità dei contesti di importazione¹⁷⁹.

economy, and the public dimension of contract, in *Law and Contemporary Problems*, 76, 2013, 105-116). È questo il binomio che il diritto europeo ha finora ritenuto essenziale alla costruzione di una società progredita e progressiva ed al quale ha funzionalizzato le regole dell'intervento pubblico nell'economia (F. Tomasicchio, *Le manifestazioni dello Stato interventore nel paradigma neoliberale. Il caso delle nazionalizzazioni dell'energia in Europa*, in *Politica del diritto*, 2, 2023, 213-252).

¹⁷⁷ U. Mattei, *Three patterns law. Taxonomy and change in the world's legal system*, in *The American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, 5-44; J. Husa, *Classification of legal families today: is it time for a memorial hymn?*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 57, 2004, 11-38; M. Guadagni, I. Castellucci, *Classificando i sistemi giuridici africani*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, 261-303; I. Castellucci, *Il diritto nel mondo dei molti “imperi”*, cit.

¹⁷⁸ V.V. Palmer, *Mixed jurisdictions worldwide: the third legal family*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; I. Castellucci, *How mixed must a mixed system be?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, disponibile al link www.ejcl.org/121/art121-4.pdf. (ultimo accesso: 24 settembre 2023).

¹⁷⁹ Una prova di quanto detto è data, ad esempio, dall'incredibile successo riscosso dalla condizionalità economica come strumento di promozione delle riforme economiche e politiche nei paesi dell'America del Sud, dell'Africa, dell'Asia sud-orientale ma, dopo la crisi del 2008, anche in Europa. Una condizionalità promossa

L'imperialismo temporale invece, ci pare di poter concludere, incide sulla natura più profonda di un ordinamento giuridico, ossia sul suo fondamento spirituale e soprannaturale, riconnettendolo al *continuum* della tradizione giuridica¹⁸⁰.

Da entrambe le prospettive, la natura imperiale del diritto finisce inevitabilmente per attribuire agli ordinamenti giuridici di incidenza connotati diversi, non solo ideologici ma anche strumentali.

Quali possono essere tali connotati? Proviamo a proporne alcuni, definiti sulla base dell'analisi che precede.

In primo luogo, il diritto imperiale codifica al proprio interno una relazione dialettica fra tradizione e progresso, o, se si vuole, fra tradizionalismo e progressismo. Pertanto, gli strumenti con cui si disciplinano sia le relazioni verticali che quelle orizzontali (fra poteri o fra privati) devono essere funzionali alla preservazione di valori spirituali ed etici percepiti come propri nel solco di una narrativa storica di lungo periodo. Tutto ciò non esclude affatto il progresso, ma lo rilegge e, in certi casi, lo subordina alla tradizione.

In secondo luogo, dalla dicotomia tradizione/progresso discende la presenza, nei diritti imperiali, di criteri interpretativi del diritto ancorati alle suddette narrative storiche. Si può trattare di criteri meramente originalisti oppure di criteri atti a valutare l'attualità (ed il futuro) delle relazioni giuridiche attraverso il filtro di un sistema di valori percepito come definitivo entro l'alveo della propria cultura.

In terzo luogo, i diritti imperiali tendono a fare largo uso di mitologie giuridiche e di formanti declamatori, sia per rafforzare la connessione spirituale e la valenza escatologica del proprio diritto, sia per riaffermarne l'identità, anche in opposizione ai diritti degli altri.

In quarto luogo, lo abbiamo appena ricordato, il diritto imperiale attribuisce a se stesso funzioni salvifiche. Esso trae dalla propria legittimazione soprannaturale un discorso storico che parte spesso da molto lontano (o se parte da vicino mitizza le proprie origini) e che pretende di terminare con la cristallizzazione, nella storia, di un posto d'onore per la comunità che lo applica e lo segue.

In quinto luogo, il diritto imperiale necessita di un aggancio ad una forma politica storicamente esistente o esistita. Non si può quindi trattare di una dottrina, pure escatologica, del tutto trascendente. Poi, come abbiamo visto, la circolazione nello spazio di tali diritti, quando avviene, si slega, sotto il profilo geopolitico, dalla propria identità di riferimento, ma comunque mantiene salda la corrispondente connessione spirituale e culturale.

Queste sono solo cinque fra le possibili epifanie del diritto imperiale. Alcuni ordinamenti potrebbero possedere alcune di queste caratteristiche e non altre. Altri potrebbero possedere tutte queste caratteristiche ad un grado inferiore o superiore, più incisivo o meno incisivo.

dalle istituzioni del diritto internazionale dell'economia e fortemente legata a modelli regolatori tipici del *business law* angloamericano. L'adesione ai suddetti stilemi di riforma è spesso apparsa acritica, nonostante svariate indicazioni circa la loro scarsa adattabilità ad ordinamenti giuridici, economici e culturali estremamente diversi da quello (appunto, angloamericano) di provenienza, come avvenuto con gli oggettivi insuccessi dei *round* di riforme economiche nell'Africa post-coloniale o in Sud America. Sul punto v. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit.; M. Siems, *op. cit.*, 379 ss.; A. Baraggia, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁸⁰ Il termine è qui usato nel senso inteso da P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit.

La storia del diritto, come la storia dell'uomo, vive di sì tante variabili che la mente umana semplicemente non è in grado di considerare appieno.

Resta però la consapevolezza, che si vuole provare a trasmettere qui, che in taluni casi, per taluni popoli, il diritto sia davvero qualcosa di "diverso". Così, il comparatista che si trovasse ad attribuire anche solo alcune delle suddette caratteristiche ad un ordinamento potrebbe essere stimolato a chiedersi fino a che punto quel sistema di regole possa essere vagliato con i medesimi criteri con cui si vagliano tutti gli altri. E potrebbe perfino concludere che la radicale diversità nell'attitudine che i diritti hanno verso il proprio ambito di incidenza e verso il resto del mondo sia da considerare un tratto distintivo nella valutazione delle dinamiche di circolazione, di trapianto, di resistenza al cambiamento, di conflitto e di cooperazione tra i modelli.

Non vi è alcun giudizio di valore nel definire un diritto imperiale oppure no. Non è vero che i diritti imperiali siano sempre più forti o più efficaci degli altri, e non è vero che siano sempre destinati a sfoltire la diversità mediante la propria diffusione. E tuttavia, il solo fatto che si concepiscano diversamente pare degno di essere considerato, per offrire allo studioso un nuovo punto di osservazione attraverso il quale avvicinarsi a comprendere le realtà.

EUROPEAN VS. AMERICAN CLASS ACTION: DISCREPANCY IN LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVE!

Anna Bitetto

SUMMARY:

II. CLASS ACTIONS IN EUROPE AMONG PROBLEMS AND REQUIREMENTS - II. THE RESPONSE: DIRECTIVE 1828/2020 - III. A COMPARISON WITH THE NORTH AMERICAN MODEL – IV. DIFFERENT PERSPECTIVES ACCORDING TO L&E.

This article moves on considering class action as a reasonable chance to obtain fair protection of a right or reparation of an injustice whenever the costs of an individual action are forbidding.

The essay, however, takes a different standpoint, underlining all main problems in introducing class action in Europe, the different experiences in Germany, Italy, Spain and France and the need of European Commission to pursue through class actions an end to illegal activities, a reinforcement of deterrence, a chance of obtaining a legal remedy, a compensation of victims for suffered damages.

Therefore, we look at the new Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25th November 2020 on representative actions as a remedy to ensure that at Union and national level at least one effective and efficient procedural mechanism for representative actions, for injunctive measures and for redress measures is available to consumers in all Member States.

In this scenario, a comparison with American legal experience shows how the absence of legal procedures: a) the pactum de quota litis, b) the self-bearing of dispute costs without moving them to the losing party; c) the punitive damages; d) the investigation before examining the evidence under discussion; e) the decision coming from a jury, deprives the willingness for class actions in UE.

Finally, the perspective of law and economics literature on class actions demonstrates the success of procedure in resolving the crucial issue of risk-bearing when litigation costs appear prohibitive for individuals who decide to act alone.

I. CLASS ACTIONS IN EUROPE AMONG PROBLEMS AND REQUIREMENTS

Considering the main problems of introducing class actions in Europe according to our recent past, the concept of representation without authorization stands out. There is a cultural problem that lurks in the old Continent and considers the enforcement of public interest¹ an unbreakable and exclusive privilege of each State.

Collective actions use the procedural tool of representation without a given authorization in order to overcome the critical issue of obtaining an open consent from subjects belonging to a class. However, the above-mentioned ploy is blamed as unconstitutional for its undue subtraction of private autonomy and because it is unfamiliar to continental legal traditions.

The danger of allowing representation with an implied authorization is associated with a difficult identification of class members and, on the other hand, with the proof of belonging

¹ See C. I. Nagy, *Comparative collective redress from a law and economics perspective: without risk there is no reward*, 19 *Columbia J Eur Law* 469 (2013).

to the group. Last but not least, representation without authorization is being opposed because of the high probability of an exponential growth in quarrels for petty damages².

In the Spanish experience, it emerged the idea that group representative actions, after an initial reluctance to extend the effects of *res iudicata* to members of a non-party group and even without a formal authorization, respected the principle of a fair trial whenever class members were nevertheless guaranteed to exercise a right to renounce to *decisum*³.

In the French tradition there is a principle under which no one can take a legal action without a power of attorney, an addition to claiming that the plaintiff should have a legitimate interest in the dispute, a very direct and personal interest, and the interested party has to be identified and represented by a lawyer appointed during the proceedings⁴.

In the Italian legal system, the last one to have recognized the right of citizenship during a trial for a group reparation defense⁵, the compliance to law 31/2019, like the consumer class action, revolves around *opt-in* mechanism and the assessment of class members' rights is divided into two steps⁶: 1) the first one after the acceptance declaration but prior to issuing a sentence; 2) the second one after the outcome of the sentence accepting the proposer's request⁷.

In German history, class actions in an *opt-out system* collide with the right to take a legal action and dispose of one's rights, enforcing or not judicial dictates. It is precisely the silence, considered an implicit acceptance of class participation, which represents a serious violation of the right to dispose of one's own legal actions and to be a master-promoter of protecting one's interests⁸.

However, European objections have been clouded over time by judicial evaluations that have shown how innumerable small claims without class actions remained with no legal protection and how group actions, on the contrary, were able to confer substantial benefits to participants, including the elimination of the risk of bearing the cost of a dispute every time the group loses a lawsuit. As a result of maintaining private autonomy, not even cracked by an opt-out system, since there is always a chance for a group member to sign a declaration of non-participation in the class, over time the right to dispose has thus partially emerged in the form of protecting the right of access to justice⁹. It was precisely to consider the access to justice equal for all people as a fundamental constitutional right that led the European

² For a detailed analysis, see C. I. Nagy, *Le débat sur l'action collective en Europe: ils n'ont rien appris, ni rien oublié?*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2015, p. 941 ss.

³ L.C. Piñero, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, in *Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, 2009, p. 661ss.

⁴ V. E. Poisson, C. Fléchet, *Proposed reforms in France in Representative actions and proposed reforms in the European Union*, in *World class actions: a guide to group and representative actions around the globe*, Oxford, 2012, p. 166.

⁵ See M. Pastore, *Class action e modelli di tutela collettiva*, in *Seminari di diritto privato comparato*, P. Pardolesi (a cura di), Cacucci, Bari, 2011, p. 114.

⁶ On the argument, G. Ponzanelli, *La nuova class action*, in *Danno e resp.*, 2029, p. 306

⁷ See: R. Pardolesi, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019, p.305; P.G. Monateri, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, *ibid.*, p. 312.,

⁸ A. Stadler, *Mass tort litigation*, in R- Stürner, *Comparative studies on business tort litigation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 163 ss.

⁹ S. Issacharoff, GP. Miller, *Will aggregate litigation come to Europe*, in *The law and economics of class action in Europe: lessons from America*, G. Backhaus, A. Cassone, GB. Ramello (a cura di), Cheltenham, 2012, p. 60.

Court of Human Rights to rule in favor of representation without authorization as early as 1986 in the well-known case *Lithgow v. United Kingdom*, regarding a British expropriation of a joint stock company, that allowed all shareholders to obtain compensation for damages that would have been precluded by the number of individual actions that could have been proposed¹⁰. At that time, it was stated that pursuing a legitimate aim (such as avoiding a proliferation of individual actions by shareholders, in cases of large-scale nationalization measures) seemed to be a more than reasonable measure, given the relation between the means employed and the objective pursued¹¹.

This jurisdictional line was confirmed by the European Court of Human Rights' decision as requested by the German Federal Constitutional Court in the *Wenderburg* case, where the previous *Lithgow* was explicitly referred to, in order to rule that it is appropriate to keep plaintiffs from individually appearing before courts in proceedings which involve decisions on group protection, when it is not possible or extremely expensive to listen to all individuals in the class: it is to say that, if justified, representation without authorization can guarantee the constitutional right to access to justice that would otherwise be denied¹².

After all, the tool of group actions in the nineties had widely spread in French trade union law in cases of appeal against collective dismissals which allowed each worker to give up the proceedings after being informed of a legal action taken by the trade union association. Recognizing the opportunity for workers to be defended against unjustified dismissals and obtain compensation for damages, as well as proving how the effects of a *res iudicata* could be extended only to members of groups that had obtained compensation for suffering injustices, have shown the constitutional aspect of group actions¹³.

In our country, the law identifies legitimate active subjects in: *a*) each holder of «equal individual rights» among which workers may be included, as well as *b*) each «organization» or «non-profit association whose statutory objectives include defense of the aforementioned rights», among which trade unions can be abstractly counted, provided that they are «registered in a public list established by the Ministry of Justice». In particular, it seems that active legitimation of collective subjects has to be identified as an assumption of legal substitution, since in court they assert equal individual rights which class members clearly hold. The class action could be for trade unions an extremely useful legal tool to support their action if they want to protect workers from any illegal multiple serial offenses, committed by employers or customers using *algorithmic management* devices, and obtain as well, besides assessing responsibility, a sentence to pay compensation for damages or refunds¹⁴. The fact that only dispute benefits and lawsuit results are extended to group members who participate in the action has made it possible to reconcile the European constitutional tradition and the need to guarantee access to justice by widespread compensation petitions

¹⁰ Case no. 9405/81, *Lithgow v. United Kingdom*, 8 July 1986, [1986] 8 ECHR 329.

¹¹ For a detailed presentation see S.I. Strong, *Cross-border collective redress in the European Union: constitutional rights in the face of the Brussels I regulation*, in *Arizona State Law Journal*, 2013, p. 233 ss.

¹² Case no. 7163/01, *Wenderburg v. Germany*, 6 febbraio 2003, [2003] ECHR 353.

¹³ V. E. Poisson, C. Flechet, *Proposed reforms in France in Representative actions and proposed reforms in the European Union, World class actions*, p. 166

¹⁴ See G. Gaudio, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 2022, 30ss.

of little economic value¹⁵. Regarding criticisms to class actions due to the effort of identifying who is entitled to obtain compensation for damages, of verifying whether the opt-in system guarantees a reallocation of the compensation amount and even if the *opt-out* system allows a correct allocation when class members are recognizable, the Court itself dictates class membership requirements in many cases - for example, the customers of a distribution contract for television services offered by a company in a dominant position, or rather university students who have paid a discriminatory academic fee -, without neglecting that identifiability may be required as a prerequisite for group action.

However, the legal requirement of belonging to a recognizable group is difficult to demonstrate: one has to think of a surcharge paid for a taxi service and a good chance that customers have not kept the receipt of done payment¹⁶. Even in these cases with a poor chance that victims obtain a reward for suffered damages, a group action will achieve the double objective of not allowing the injurer to keep the profit of his/her deceptive conduct and act as a deterrent for further blameful behaviors.

Finally, as regards the chance of propitiating petty disputes of low value with class actions, this statement is not supported by the data collected in ten European countries that have introduced a system of group actions with an opt-out mechanism¹⁷. In this regard, it is necessary to remember how in Europe the choice to propose a group action will be rational only when there is a wide chance of success, since it is not in force neither the norm recognizing treble damages nor the entrepreneurial vision of a law-firm that invests in the case, not even a strict claim of the idea that losing party has to bear litigation costs¹⁸.

On its part, the European Commission has never hidden the need for an adequate legal tool which makes collective actions equal to facilitate access to justice for violations of European legislation and reinforce its effectiveness¹⁹. According to a mindful European observer, many targets still appear to be pursued through class actions: 1) to put an end to illegal activities; 2) to strengthen deterrence; 3) to guarantee the chance of obtaining a legal remedy; 4) to compensate victims for suffered damages.

However, as remarked by the European Commission, “the rights that cannot be enforced are less valuable»²⁰. And if the problem arises whenever instances of small value make it appear unprofitable to propose a legal action, especially because of the stranded costs that become a real obstacle to establishing a trial, the solution of collective actions ensures the

¹⁵ Così, C. I. Nagy, *Major European objections and fears against opt-out system: superego, ego and id*, cit., p. 28 ss.

¹⁶ Cf. K. Kinsella, S. Wheatman, *Class notice and claims administration*, in *The international handbook on private enforcement of competition law*, 2010, Cheltenham, p. 264 ss.

¹⁷ B.J. Rodger, *Editorial—private enforcement and collective redress: the benefits of empirical research and comparative approaches*, 8 *Comp. L. Rev.* 1 (2011).

¹⁸ Cf. M. Gryphon, *Assessing the effects of a “loser pays” rule on the American legal system: an economic analysis and proposal for reform*, 8 *Rutgers J.L. & Pub. Pol’y* 567 (2011).

¹⁹ *Recommendation on common principles for injunctive and compensatory redress mechanism in the Member States concerning violation of rights granted under Union Law*, Raccomandazione 2013/396/Ue dell’11 giugno 2013, in G.U.U.E. del 26 luglio 2013.

²⁰ Sse European Parliament resolution of 2 February 2012 on ‘Towards a Coherent European Approach to Collective Redress’ (2011/2089(INI)).

advantage of making small reimbursement claims available when many people are harmed by the same illegal act²¹.

Different studies of Law and Economics regarding collective actions start from considering that to promote rationally a judgment will be conditioned by the expected value of a dispute and the chance of winning the case against litigation costs: that is, it will be rational to promote the trial costs only if the expected value exceeds the debate²².

In European experiences there are at least three relevant factors that concur to discourage the proposal of actions aimed at obtaining compensation for an undergoing prejudice: *a)* the principle according to which the person who loses the case pays legal costs is not fully respected; *b)* the cost of discerning whether a dispute is appropriate or not is high; *c)* the risk of losing the dispute lies with the damaged party²³.

Regarding the first of the highlighted problems, it is necessary to consider the costs related to the burden of proof that falls on the plaintiff: it is very difficult to demonstrate that he has borne those expenses, as well as the chance that a judge, even in case the injured party wins, decreases his lawyer's fee and takes over just a part of it to the losing party. In the past, the tendency to compensate the costs - almost a sop for the losing party - was widespread to the point of being a real scourge, which in recent times has been taken to stem by asking judges for a specific motivation in this regard. However, pitfall is still there and threatens to have serious consequences by way of (unspoken) *ex ante* intimidation.

As for the cost of a preliminary assessment for the dispute to be suitable, it depends on the value of information on the chance of winning the case and must be depreciated even in case there is no good reason to proceed with a legal action. That's the reason why in low-value disputes it triggers a discouraging effect for those who have to incur in this expense without knowing whether the amount will be recovered. The current fluidity of jurisdictional law - some has talked about liquid law, others about uncountable legal rules - worsens+ the uncertainty. Finally and with regard to the risks of a dispute, we cannot ignore the possibility that a successful outcome is neutralized by a debtor's incompetence which nullifies any possibility of obtaining the execution of a judicial rule. In any case, the remarkable outcome variation weighs even more on a person who is fairly not inclined to risks.

To give an example, let's suppose that: *a)* a consumer bears a loss on his current account equal to € 100.00 due to unjustified bank charges; *b)* the cost to sue the credit institution is € 10.00; *c)* the probability of losing the dispute is very low and equal to 1%; *d)* all costs related to the dispute will be charged to the losing party. According to this assumption, it is easy to verify how the expected dispute value for the plaintiff is € 100 x 0.99 = 99.00, whereas the expected costs, though on a very low percentage, is equal to € 100 x 0, 01 = 100.00, so the comparison between opportunity and cost will discourage the plaintiff party from engaging in the dispute.

²¹ Cf. T. Ulen, *An introduction to the law and economics of class action litigation*, 32 *Eur. J. Law Econ.* 2011, p. 185 ss.

²² See R. Bone, *Civil procedure: the economics of civile procedure*, Minnesota, West Academic, 2003, p. 261 ss.

²³ C. I. Nagy, *Why collective actions needed in Europe: Small claims are not reasonably enforced in practice and collective actions ensure effective access to justice*, 2019, p. 9 ss., available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-24222-0_3.

If we consider that the litigation costs are not directly proportional to the number of parties involved, canvassing the above assessments, there will be at least two cases in which class actions will benefit from scale economies: in case of high or linear fixed costs.

If the damage of several subjects depends on the same trial, they will be able to take advantage of sharing legal expenses connected to the witness evidence, the case solution and their lawyers' fees, expenses that can be divided among the plaintiffs. In fact, we assume there are ten victims and each of them has suffered damage equal to € 1000.00, while the litigation cost amounts to € 750.00 for both the damaging and the damaged party. In the event of an individual dispute with the rule that a loser party bears all legal costs and a win percentage equal to 50% is for the plaintiff and the counterparty, we will have an expected value of compensation for damages equal to € $1000 \times 0.5 = 500, 00$ for expected costs equal to € $[(750 \times 2) \times 0.50$ (the probability of bearing them)] = 750.00 so that the comparison between expected benefit and costs will be negative (€ $500-750$) = -250 and , therefore, suitable to discourage any plaintiff.

Nonetheless, the comparison between expected benefits and costs will change greatly in favor of the victims if they can take advantage of a class action and divide the expected costs. If the ten victims collectively enforce their right, the litigation costs will not rise significantly. On the plaintiff's side, there are € 500.00 of fixed costs (for example, unified contribution and roll registration) and € 250.00 of variable costs per individual to be multiplied by the number of participants in the action, equal to € $250 \times 10 = 2500.00$: the sum of expected costs to promote the action will be € 3000.00. Simply assuming that costs for the respondent's defense do not change and are equal to € 750.00, as a result we know that the total dispute expected costs are equal to € $3,750.00 \times 0.5$ (probability of losing) = 1,875.00; however, the expected dispute value is equal to € $1,000.00 \times 0.5 \times 100.00 = 5,000.00$. If we consider that participants' variable costs in the action could decrease because of a joint decision, it becomes increasingly rational to take legal action given the extremely advantageous comparison between expected costs and benefits.

Moreover, it is known in this field how it is difficult to organize a group which represents class members' rights, in order to obtain through the 'loser pays' mechanism cost reimbursement for organizing the group²⁴, to cover the settlement cost of organizing a class both in cases where it is decided not to initiate an action and in those where the judgment is lost²⁵. A solution to these problems is offered by the opt-out system, suitable to decrease organizational costs by allowing someone to participate in the judgment without the need to explicitly be part of the group (but simply avoiding detaching oneself from it). In these cases, the representative group by law gives the lawyer a warrant.

On the other hand, this tool is also suitable to mitigate the transaction costs associated with organizing a group, even if participants percentage in class actions with the opt-out method is far higher than the one with members of the so-called opt-in class actions. In fact, the group using this technique brings the case before a court, prospecting a reduction of some

²⁴ C. Silver, *Class action – representative proceedings*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, p. 206 s.

²⁵ On the argument see J.G. Delatre, *Beyond the white paper: rethinking the Commission's proposal on private antitrust litigation*, 8 *Comp. L. Rev.* 38 (2011).

organizational costs by simplifying the requirement evidence of belonging to the class and the requirements to declare one's participation; and, on the other hand, it is possible to imagine that a defendant, if sentenced to pay legal costs, will contribute to reimburse a portion of organizational costs.

By reducing settlement costs dictated by organizing a class, collective actions represent a reasonable chance to obtain fair protection of a right or reparation of an injustice whenever the costs of an individual action are forbidding²⁶.

II. THE RESPONSE: DIRECTIVE 2020/1828

The response by the European Union to the need for consumer protection has seen its regulatory process be supported after several institutional interventions, including the proposed directive which dictated the guidelines of the following approved text.

First of all, attention was focused on two priority needs:

- a) to level the quality of consumers' protection that in some Member States would have been lower if EU had not introduced the obligation to protect consumers' collective interests through a collective enforcement mechanism in the form of injunctions.
- b) to facilitate the consumers' use of their right to obtain an effective remedy as ratified in Article 47 of the European Fundamental Charter of Rights, since the representative action model should address those situations in which individual consumers could be discouraged from obtaining justice in court due to high litigation costs, especially for low-value claims.

Secondly, European Parliament has defined:

- the application scope of this directive in the consumers' interest extended to different economic areas, such as financial services, energy, telecommunications, health and environment;
- the requirements to legitimate the "qualified entities" chosen by Member States to bring representative actions, that is, the so-called minimum reputational criteria – to be properly constituted and non-profit as well as to ensure compliance with a relevant EU legislation according to law - and as for collective redress actions, to check the financial capacity and origin of their supporting funds;
- the "due diligence" of proceedings in order to avoid that court costs become a financial obstacle to representative actions; consumers's correct information on the outcome of representative actions and on the benefit that will derive from them.

The proposal also promotes collective out-of-court settlements, subject to the control of judicial or administrative entity.

²⁶ Cf. C. I. Nagy, *Major European objections and fears against opt-out system: superego, ego and id*, in *Collective Actions in Europe*, 2019, available in https://doi.org/10.1007/978-3-030-24222-0_3.

Believing that the most effective and efficient representative actions available within the Union should enhance consumer confidence in the internal market and allow consumers to exercise their rights, we want to protect consumers' interests, regardless of the *nomen iuris* given to them such as consumers or travelers, users, customers, final investors, retail customers or others according to the law of each Member States.

As far as remedies are concerned, it is clear that qualified entities should ask to stop or forbid an infringement, to confirm the violation occurred and obtain a redress, for example a refund, a reparation or a price reduction, depending on national legal provisions.

Thus, the directive has made clear the intention to ensure there is:

- a representative action procedure to protect consumers' collective interests to be used in all Member States, providing adequate guarantees to avoid litigation abuse;
- a high level of consumer protection so that internal market can properly function by harmonizing some features of laws, regulations and administrative provisions of Member States on representative actions;
- the removal of all obstacles to consumers' access to justice.

Among the declared goals, one is to improve deterring actions against illicit practices and reduce damages to consumers in an increasingly globalized and digitalized market, by strengthening procedural mechanisms to protect consumers' collective interests that confer injunctions as well as redress measures.

The directive provides for rules that partially overlap with national rules on class actions: in fact, it concerns actions proposed by consumer associations to protect category interests which may also concern redress and compensation measures in favor of the same consumers if individually taken, an effect both of their participation and of their failure to withdraw from the action.

In order to exert the action, this directive requires, among other things, that the entity entrusted with representing the class: *a*) does not pursue a profit-making purpose; *b*) is not influenced by people other than consumers; *c*) is not unduly influenced by third-party financiers in its decisions; *d*) is not financed by either an employee or a defendant's competitor; *e*) takes on the cost risk of losing, but cannot benefit from a reward in case of victory.

Furthermore, the directive allows Member States to choose to authorize public entities to carry out the action, but always on the premise that public funding may not jeopardize their independence and lack of interest for any purpose other than protecting consumers' collective interests.

III. A COMPARISON WITH THE NORTH AMERICAN MODEL

Considering the legislative dictate just briefly described, it is possible to conclude that the American experience of class actions differs greatly from European experiences, due to the absence, on this side of the Atlantic, of some legal instruments such as: *pactum de quota litis*, self-bearing of dispute costs without moving them to the losing party, punitive damages, the investigation before examining the evidence under discussion, the decision coming from a jury.

The comparative literature knows that transposition of legal institutions from one continent to another does not concern the transfer of legal systems and institutions responsible for their implementation. As a matter of fact, social as well as cultural and legal environment features influence the transfer of legal instruments to the point of changing their effectiveness and role in the context in which they are implemented²⁷. An ontological difference between the United States and the European Union refers precisely to the scope pursued in class actions.

In America, the *private enforcement* entrusted to collective actions pursues the double function of compensating victims for the damage they have suffered as well as preserving state resources. Sponsoring class actions is, in the antitrust realm, a government strategy to guarantee the chance of obtaining three times the damages suffered, so that class members are encouraged to act as general representatives of the Government.

On the contrary, European class actions are aimed exclusively at obtaining a private remedy, since the possibility of pursuing a public interest is unfamiliar to legal experiences in the Union.

However, the biggest difference is represented by the role of lawyers. In Europe, the model of an intellectual professional stands out, whose prestige does not hypocritically tolerate whatsoever commercial hint: therefore, the absence of the so-called '*entreprenurial lawyering*' emerges, while the amount of fees depends exclusively on factors such as the time taken for a dispute and a case difficulty. European lawyers do not take on any risk in relation to the case outcome and law firms do not finance the actions, whereas in the United States class initiatives are sponsored by specialized law firms (which manage portfolios of collective actions, practicing a prudent risk diversification) in exchange for a substantial payment related to the successful outcome of the dispute²⁸.

In Europe, the mere so-called *pactum de quota litis* is generally forbidden, that is, the agreement by which a service cost is linked to the judgment outcome, excluding the lawyer's reward in case of losing a dispute. For example, in France and Italy the chance of making a sponsor's reward depend on the result of the case is denied *a priori*, but the predetermination of a success fee is admitted as additional reward in case the happy outcome of a dispute²⁹.

In Germany, *pacta de quota litis* have been traditionally forbidden, even if the Federal Constitutional Court, called upon to rule on the matter, claimed that banning an agreement linked to the proceedings outcome would be unconstitutional and the system could remedy this law deficiency by defining a solicitor's reward, whenever a predetermined amount of service costs in relation to the time or case value would have discouraged a client from pursuing his/her right.

²⁷ On the argument see P. Fava, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contratto e imp.*, 2004, p. 166 ss.

²⁸ American experience has shown how the *deep pocket syndrome* can be strengthened by *class actions*, due in particular to the role played by lawyers specializing in this type of dispute. In fact, the expectation of *pactum de quota litis* agreements makes those lawyers particularly interested in proposing large mass actions and defining their settlement: there is now open talk in the United States of a real category of lawyers as '*entrepreneurs*', devoted to searching '*mass offenses*' and specialized in '*promoting*' such legal actions.

²⁹ V. Vigoriti, *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, in *Rass. Forense*, 2006, p. 95 ss.;

Regarding this subject, it is interesting to observe how European lawyers' ethics code forbids a *pactum de quota litis*, unless it corresponds to an official rate or it is permitted by a supervisor authority³⁰. If this were not enough, the rules of engagement for lawyers not only are different between the United States and European Union, but statistics have shown that people in America are much more quarrelsome.³¹

It is clear that in North America the chance of determining the remuneration for a technical defense in percentage, considering the sum paid as a redress, allows the lawyer to take on an entrepreneurial risk on his own and for whose evaluation he possesses specific competence: this mechanism alone removes census barriers to justice, it promotes initiatives that present a greater validity and thus encourages the efficiency in allocating legal resources. Furthermore, the discretion of juries in quantifying a compensable damage, in which often redistributive instances can be overtly found, makes actually this mechanism very attractive when determining a payment.

It should also be added that US law provides for the parties to overtly cooperate in examining triggerable facts by formulating legal requests, which are largely devoid of specificity in identifying a substantial event generating the situation of a protecting advantage: this element contributes to widen access and promote the amicable settlement of a dispute (reducing the differences in the parties' expectations regarding a trial outcome).

Moreover, the 'stars and stripes' system contemplates to extend the liability from loss to defense fees, but only if the application is accepted: the so-called *one-way fee-shifting* leads to an asymmetry in the loss liability system, because not the plaintiff but only the defendant risks to be liable for the opponent's defense fees.

This incentive to take action, instead of taking defense, has allowed law firms to take on an additional role compared to those traditionally performed: the role of those who could be seriously defined as the hunters of white collars. Even in cases where claims for compensation are not taken into account and for which determining a reward as a percentage of the compensation awarded is not feasible, the defender can possibly anticipate dispute costs on his/her own, in order to obtain a reward from the unsuccessful defendant, without either he/she or his/her client running the risk of paying the opposing defense party in case of an unfavorable outcome

To sum up, law firms in the United States take on the risk of litigation when they consider it advantageous and the plaintiff does not basically run the risk of bearing the cost of defendant's legal fees even in case he loses, unlike the European system where the loser pays

³⁰ Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of conduct for European Lawyers Art.3 "Pactum de quota litis"3.3.1. A lawyer shall not be entitled to make a pactum de quota litis. 3.3.2. By "pactum de quota litis" is meant an agreement between a lawyer and the client entered into prior to final conclusion of a matter to which the client is a party, by virtue of which the client undertakes to pay the lawyer a share of the result regardless of whether this is represented by a sum of money or by any other benefit achieved by the client upon the conclusion of the matter. 3.3.3. "Pactum de quota litis" does not include an agreement that fees be charged in proportion to the value of a matter handled by the lawyer if this is in accordance with an officially approved fee scale or under the control of the Competent Authority having jurisdiction over the lawyer.

³¹ See P. Fava, *Class actions tra efficientismo processuale, aumento di competitività e risparmio di spesa: l'esame di un contenzioso seriale concreto*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 535.

all costs randomly ascribable to the procedure, subject to the judge's decision to reduce the amount of lawyers' fees³². In other words, in Europe the plaintiff party cannot pass on the cost of the dispute, based on the dispute value, to the lawyer who works at an hourly rate and has to reimburse the defendant for the legal costs suffered in case of losing the dispute. Finally, a compensation for damages in the United States is much more generous, thanks to the '*punitive damages*' which make attractive a series of disputes that would be structurally undesirable without such a multiplying factor, due to their modest value as resulting from a judicial success³³.

In short, the US rules make it possible to promote class actions³⁴. A simple practical example will help us understand how American institutions encourage their feasibility, supporting a plaintiff's assessments on choosing between proposing or not the defendant's judgment on the opportunity of settling a dispute.

For example, imagine there is an antitrust violation and the plaintiff seeks a redress for damages equal to \$ 1000.00, since he has to bear a cost in legal fees of \$ 200.00. Moreover, we assume the defendant's legal fees are equal to \$ 200.00 as well and the plaintiff's chance of winning is 10%. Being faced with an antitrust redress case, *treble damages* are available and the plaintiff will be able to benefit from having his legal costs reimbursed. On these premises, the decision on whether or not to propose legal action depends on the following calculations: damages \$ 1000.00, treble recognizable damages \$ 3000.00, plaintiff's reimbursement of legal costs \$ 200.00, therefore the total sum expected by the plaintiff is \$ 3200.00 with a 10% probability. The plaintiff's expected value will be $\$ 3200.00 = (1000.00 \times 3 + 200.00) \times 10\%$ and the balance between the expected value and the cost will be extremely positive: $\$ 120 = \$ 320 - \$ 200$, that's why it is reasonable for the plaintiff to propose judgment and accept a settlement agreement for a sum greater than \$ 120.00.

As a result, the respondent expects a sum equal to \$ 200.00 for personal legal expenses; secondly, there is a 10% chance of paying the plaintiff \$ 3000 in damages and reimbursement of legal fees also equal to \$ 200. The respondent's balance is negative: $-\$ 520 = -\$ 200.00 + (-\$ 1000.00 \times 3 + \$ - 200.00) \times 10\%$ and it is reasonable to accept a transaction of less than \$ 520.00, although the plaintiff's chance of winning is only 10%. If the parties act rationally they will come to an agreement for a damage value between \$ 120.00 and \$ 520.00.

We now analyze the same dispute within a European legal setting. The plaintiff's expected value is \$ 1000.00 with a success probability of 10%, that is, $\$ 1000.00 \times 10\% = 100.00$ with a legal fee of \$ 200.00 which, if lost, is added to the defendant's legal fees of \$ 200.00 as total expenses of \$ 400.0 which could not be paid in case of successful outcome. Considering the plaintiff has a 90% chance of losing the dispute, the expected costs are $\$ 360 = \$ 400.00 \times 90\%$ and the balance will be negative: $-\$ 260.00 = \$ 100.00 - \$ 360.00$: it won't be reasonable to promote a trial.

³² See G. Calabresi, K.S. Schwartz, *The costs of class actions: allocations and collective redress in the US experience*, 32 *Eur J Law Econ* 169 (2011).

³³ Cf. A. Janssen, *The recognition and enforceability of US-american punitive damages awards in Germany and Italy: forever divided?*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2017, p. 1.

³⁴ Cf. E. Carbonara - F. Parisi, *Rent-seeking and litigation: the hidden virtues of the loser-pays rule*, in *Minnesota Legal Studies Research*, (2012), p.12 ss., available <http://ssrn.com/abstract=2144800>.

The above mentioned figures describe how much the different legal setting between the United States and the European Union influences rational choices of plaintiffs and impede class actions to develop in Europe, since they are prevented from obtaining a redress of damages higher than the costs to bear when starting a lawsuit.

Up to now, European class actions do not have a role in promoting social well-being, but they are limited to ensuring a compensation for limited groups of people. A first ploy that can be used in order to ensure plaintiff groups not to run the risk of bearing legal costs higher than the expected benefits is represented by making opt-out systems prevail where the only benefit principle applies, that is, the chance that a judgment is extended to group participants only when it is clearly accepted or if it corresponds to their positive interest³⁵.

IV. DIFFERENT PERSPECTIVES ACCORDING TO LAW & ECONOMICS.

The main European legal systems that have acquired collective legal instruments have limited their scope (to pro-consumer law, for instance) reflecting the idea of a limited use to what is strictly necessary³⁶.

As a result of this consideration, the assumptions required to establish collective actions in Europe exceed those normally necessary in the U.S., since recurring large-number requirements not only are expected, as well as common interests in acting, specific actions and an adequate representation, but also the circumstance that a group is definable and its members are recognizable every time the system presents the opt-out mechanism³⁷.

The role of law-firms across the Atlantic is delegated to non-profit organizations, that are entrusted with the task of guarding public interest as well as the rights of each represented individual. The representative group will bear the burden of a plaintiff's legal costs and, in case of losing a trial, a defendant's legal costs.

The all-European principle for the group to possibly obtain only benefits from the verdict should mitigate these burdens. The application of this principle contemplates different rules depending on national legal systems: in some of them the group members are bound by the judgement only if they accept a compensation the judge settles; in others, the exemption from executing the sentence is dictated by the subject matter jurisdiction (usually provided for consumers' rights and violations of competition rules); and in general, the judge is granted the power to exempt the group from the effects of *res iudicata* when the latter appears contrary to public interest³⁸.

³⁵See C. I. Nagy, *Transatlantic perspective: comparative Law Framing*, in *Collective Actions in Europe*, 2019, p. 59 ss.

³⁶V. C. I. Nagy, *The Reception of Collective Actions in Europe: Reconstructing the Mental Process of a Legal Transplantation* (July 25, 2020), in *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2020, No. 2, p. 413 ss (2020), available on <https://ssrn.com/abstract=3617920> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3617920>.

³⁷Cf. E. Ferrante, *La via italiana alla "class action" fra interesse di classe e regole ostruzionistiche per le adesioni*, in *Giur. it.*, 2017, p. 66 ss.

³⁸E. Lein, D. Fairgrieve, R. Salim, A. James, C. Bonze, M. Zaveta, (2017), *State of Collective Redress in the EU in the context of the implementation of the Commission Recommendation JUST/2016/JCOO/FW/CIVI/0099*, available: http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=50236.

Indeed, the success of class actions remains anchored in resolving the crucial issue of risk-bearing when litigation costs appear prohibitive for individuals who decide to act alone³⁹. There is not simply a mere correlation between factors such as punitive damages, one way cost shifting and the success of collective actions, but a direct causal relationship: that is to say, legal systems with highly successful collective proceedings are those where it is possible to finance representative groups through government institutions⁴⁰.

Representative groups cannot invest in lawsuits without having an evident chance of being rewarded for the costs incurred in their members' interest. In this regard, there are two possible ways: to ensure a greater *risk premium* through instruments such as punitive damages (which trigger the multiplication of compensation amount), no payment of the defendant's legal costs and convergency fees; or, on the other hand, to finance the actions with public money⁴¹.

Overseas, a diametrically opposite perspective opens up and many companies are asking consumers, employees and distributors to sign agreements to renounce class actions as a condition to terminate contractual relationships with them. In this regard, it is worth recalling three recent rulings by the American Federal Supreme Court -- *Concepcion*⁴², *Italian Colors*⁴³ and *Epic Systems* --⁴⁴ which approved the possibility for companies to block collective actions through arbitration clauses to resolve a dispute.

In the first of the cases mentioned, *AT & T Mobility vs. Concepcion*, consumers complained about the advertising of telephone services as free of charge, against charges from the telephone company. They promoted a class action against the telephone provider who invoked a contractual arbitration clause according to which customers had given up on collective actions. In the first and second instance, Californian Courts rejected the company's jurisdictional objection by applying the 'discover bank rule' according to which a class action waiver clause cannot be enforced if signed in the context of membership agreements, when it predictably involves limited amounts of damages and the contractor with the strongest negotiating power has intentionally deceived to avoid paying small amounts of money. However, the Federal Supreme Court overturns *local decisions* based on the fact that consumers didn't know the negotiation forecast signed in this specific case would clash with the 'saving clause' of the Federal Arbitration Act, according to which an arbitration clause can always be enforced, unless serious reasons provided for by law or according to *equity*, in order to resolve a contract. Moreover, renouncing to a class action is allowed when it corresponds to a consumer's interest, besides a need for flexibility and informality of *consumer-friendly* procedure especially in terms of cost.

In the second case mentioned, *American Express v. Italian Colors Restaurant*, the plaintiff complained that American Express used its almost-monopolistic power to force retailers to

³⁹ For the american perspective see A. Palmieri, *Arbitrati individuali coatti e gbettizzazione della "class action": la controrivoluzione (a spese del contraente debole) nel sistema di "enforcement" statunitense*, in *Foro it.*, 2016, V, 81-89.

⁴⁰ Cf. T. Ulen, *An introduction to the law and economics of class action litigation*, cit. p. 185 ss.

⁴¹ See C.I. Nagy, *Comparative collective redress from a law and economics perspective: without risk there is no reward*, 19 *Columbia J Eur Law* 469 (2013).

⁴² Case *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011).

⁴³ Case *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 570 U.S. 2228 (2013).

⁴⁴ Case *Epic Systems Corporation v. Lewis*, 138 S. Ct.1612 (2018).

always use the company credit card in violation of antitrust law. The case peculiarity is represented by the fact that the use of the arbitration clause to waive the retailers' collective action raised the costs of individual litigations to a prohibitive level. Because of this fact, first instance courts had decided to invalidate the waivers of class actions signed by the retailers who had purchased credit cards. The Supreme Court, however, overturns these verdicts by ruling that the remedy cost cannot be the reason for cutting out the right to invoke the remedy itself.

Finally, the recent case *Epic System Corp v. Lewis* has faced the waiver of collective actions signed by workers as well as employment relationships in contrast with the provisions of the *National Labor Relations Board*. Also in this case, the U.S. Supreme Court has ruled that, regardless of what is established by public or trade union entities on employment relationships (that is, the possibility of being collectively defended by trade unions regarding those relationships), whenever a worker has signed a class action waiver agreement without suffering fraud, violence or other contract infringements, the arbitration clause does not lose its effectiveness.

In summary, the three mentioned judgments establish the principle of preserving waiver clauses of collective actions according to how many times a consumer, a customer, a retailer or a worker have signed an arbitration clause and there is no reason for deleting or nullifying the contract; nor there is a federal law that prevents the action waiver, especially if the arbitration reserve does not provide the possibility of avoiding liability.

Therefore, considering exactly the perspective of allocating civil liability, while the North American L&E: *a*) focuses the analysis of class actions in cases where allowing companies to enter into agreements with consumers, so that they give up promoting a collective action, maximizes social well-being; *b*) analyzes with several numerical examples when giving up collective actions involves the achievement of greater social well-being and when, on the contrary, it is in fact a way of escaping civil liability⁴⁵; in Europe there is still discussion on the mere possibility of accepting opt-out systems for collective membership.

It has recently caused sensation a case decided by the British Court of Appeal about the competition law which accepted compensation for damages requested by a class action of landline network telephone users participating in a class action by using an opt-out certification. The two defendants (collectively BT) appeal paragraphs of the order dated 19 October 2021 of the Tribunal, following the judgment dated 27 September 2021 approving the class representative's application for a collective proceedings order (CPO) under s. 47B of the Competition Act 1998 and authorising the continuation of collective proceedings against BT on an opt-out basis, as well as refusing BT's cross application for strike out or summary judgment.

The case concerns a claim that BT has abused its dominant position in two telecommunications (telecoms) markets by imposing unfair prices, contrary to s18 of the Competition Act 1998. Mr Le Patourel brings the claim as class representative in respect of approximately 2.4 million affected BT customers for aggregate damages estimated at 589

⁴⁵ A. H. Choi, K. E. Spier, *The economics of class action waivers*, *Michigan Law & Econ Research Paper No. 20-020*, available: <https://ssrn.com/abstract=3665283> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3665283>

million pounds. Both markets concern the provision of residential landline telephone services known as Standalone Fixed Voice services.

As anticipated, BT challenge the judgment dated 27 September 2021 and order of 19 October 2021 insofar as they authorised the continuation of the collective proceedings on an opt-out rather than opt-in basis. Thus, the proposed appeal raised questions of principle concerning the approach in law to the certification of collective proceedings as opt-in or opt-out under the regime introduced by the Consumer Act 2015, not yet considered at the appellate level.

The recent Court of Appeal case of *BT v Le Patourel* has clarified the law, decisively confirming the CAT's full reasonable discretion to choose between opt-in v. opt-out regimes, and specifically to be able to choose opt-out whenever it wants to, for UK Competition Class Actions, on a case-by-case basis, and applying a "healthy dollop of judicial common sense."⁴⁶

In particular, if we see Competition Appeal Tribunal Rules 2005, we have to notice that:

"In determining whether the claims are suitable to be brought in collective proceedings for the purposes of paragraph (1)(c), the Tribunal shall take into account all matters it thinks fit, including - (a) whether collective proceedings are an appropriate means for the fair and efficient resolution of the common issues; (b) the costs and the benefits of continuing the collective proceedings; (c) whether any separate proceedings making claims of the same or a similar nature have already been commenced by members of the class; (d) the size and the nature of the class; (e) whether it is possible to determine in respect of any person whether that person is or is not a member of the class; (f) whether the claims are suitable for an aggregate award of damages; and (g) the availability of alternative dispute resolution and any other means of resolving the dispute, including the availability of redress through voluntary schemes whether approved by the CMA [Competition and Markets Authority] under section 49C of the 1998 Act(a) or otherwise" and also in determining whether collective proceedings should be opt-in or opt-out proceedings, the Tribunal may take into account all matters it thinks fit, including the following matters - (a) the strength of the claims; and (b) whether it is practicable for the proceedings to be brought as opt-in collective proceedings, having regard to all the circumstances, including the estimated amount of damages that individual class members may recover.⁴⁷

Indeed, the Tribunal has to consider two specific factors to choose between opt-in or opt-out:

- a) given the greater complexity, cost and risks of opt-out proceedings, the Tribunal will usually expect the strength of the claims to be more immediately perceptible in an opt-out than an opt-in case, since in the latter case, the class members have chosen to be part of the proceedings and may be presumed to have conducted their own assessment of the strength of their claim;
- b) the estimated amount of damages that individual class members may recover, there is a general preference for proceedings to be opt-in where practicable. Indicators that an opt-in approach could be both workable and in the interests of justice might include the fact that

⁴⁶ *BT Group Plc v Patourel* [2022] EWCA Civ 593 (06 May 2022).

⁴⁷ Rule 79 (1) and (2), certification and addresses the certification as eligible for collective proceedings.

the class is small, but the loss suffered by each class member is high, or the fact that it is straightforward to identify and contact the class members.

In addition, the recent decision of Court of appeal had been, in a sense, prepared by a forceful dissenting opinion in another case that stated: “Access to justice (although not a specific criterion under the Tribunal Rules) is clearly a critical policy behind the introduction of the collective proceedings regime in the CRA 2015... I do not see how the broader objectives of access to justice are met by choosing a method (opt-in) which will either (i) not occur at all or which (ii) if it did occur, would mean that the overwhelming number of what is likely to be in excess of 40,000 proposed class members (PCMs) did not opt in. This could be because they had no knowledge of the proceedings and hence no opportunity. Or it could be because the costs of understanding the (new) process, and advantages and disadvantages, coupled with risks and administrative costs associated with opting in, outweighed their relatively small loss (even if, in fact, the process was very favourable to them). Finally, if a sizeable number of that (conservative) 40,000 PCMs did opt in, the opt-in process would become unmanageable. Access to justice has to be more than notional”.⁴⁸

Indeed, the key guiding consideration for the Court of Appeal was that legislation must be construed purposively and the evident purpose of the statutory certification scheme was to facilitate rather than impede the vindication of those rights by class action claimants⁴⁹.

In conclusion, not only the success of class actions remains anchored in resolving the crucial issue of risk-bearing when litigation costs appear prohibitive for individuals who decide to act alone, but the opt-out approach is essential for the efficiency of the procedure.

⁴⁸ O’Higgins v Barclays et al, [2022] CAT 16, 31 March 2022, dissenting opinion Paul Lomas.

⁴⁹ Macey-Dare Rupert, *Opt-In, Opt-Out, Shake it All About... (Resolving the Legal Hokey-Cokey in UK Competition Class Action Certification)*, May 27, 2022, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4121538>.

TRACING THE EUROPEAN TRADITION
OF ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM
THE ITALIAN CONSTITUTION IN THE ANTHROPOCENE

Enrico Buono

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTORY REMARKS: ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM BETWEEN PROMISES AND 'ROLLBACKS'. II. COMPARATIVE ENVIRONMENTAL LAW AT THE INTERSECTION OF LEGAL CULTURES AND ENVIRONMENTAL ETHICS. III. COMPARING CULTURALLY-ORIENTED ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM IN THE GLOBAL NORTH AND GLOBAL SOUTH. III.1 THE US MODEL: CONSTITUTIONAL SILENCE AND THE ENLIGHTENMENT ETHOS. III.2 THE RECOGNITION OF NATURE'S RIGHTS IN THE ANDEAN *NUEVO CONSTITUCIONALISMO* AND THE *TRUSTEESHIP* MODEL IN SOUTHEAST ASIA. III.3 A POTENTIAL COMMON CORE FOR EUROPEAN ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM: FROM 'INSTRUMENTAL' SUSTAINABILITY TOWARDS INTERGENERATIONAL SOLIDARITY? IV. TAKING ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM SERIOUSLY: THREE RECENT CASE STUDIES IN EUROPE. IV.I CITIZENS' ASSEMBLIES AS A TOOL FOR ENVIRONMENTAL DEMOCRACY: THE FRENCH *CONVENTION CITOYENNE POUR LE CLIMAT*. IV.II *KARLSRUHE* IN THE ANTHROPOCENE: THE *NEUBAUER* CASE IN A MULTILEVEL PERSPECTIVE. IV.III 'ALSO IN THE INTEREST OF FUTURE GENERATIONS?' ITALY'S (BELATED) CONSTITUTIONAL PLEDGE TO ENVIRONMENTAL STEWARDSHIP. V. BY WAY OF CONCLUSION: IS THE ITALIAN AMENDMENT A 'LAMPEDUSIAN LEOPARD'?

The aim of this paper is to provide a comparative framework for the European tradition of solidaristic environmental constitutionalism, as the backdrop of the recent Italian environmental constitutional amendment. The paper will firstly present a historical analysis of the different cultural approaches to the constitutional protection of the environment. Secondly, the contribution will investigate how the methodological toolbox of comparative law could be employed to identify some prototypes of environmental constitutionalism (e.g., the European model of 'instrumental protection', the North American model of 'procedural protection', the recognition of the legal subjectivity of Nature in Global South constitutions). Finally, this contribution will briefly review three case studies, in an effort to underline the potential of ex ante (or physiological) instruments, like deliberative democracy, as well as ex post (or pathological) tools, like climate litigation. The French Convention citoyenne pour le climat of 2019, the order Neubauer, et al. v. Germany issued by the German Federal Constitutional Court and, lastly, the Italian environmental constitutional amendment approved in February 2022, will be examined.

I. INTRODUCTORY REMARKS: ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM BETWEEN PROMISES AND 'ROLLBACKS'

On the 20th of March 2023, António Guterres has described the Synthesis Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change's 6th Assessment Report as a 'survival guide for humanity' and a 'practical guide to defusing the climate time bomb'. The report calls for urgent climate action on all fronts, necessitating coordinated efforts at a global level. The findings clearly confirm the *Anthropocene Thesis*:¹ the impact of human activity on Earth's

¹ P.J. Crutzen, E.F. Stoermer, *The "Anthropocene"*, in *IGBP Global Change Newsletter*, 41, 2000; L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2016, pp. 4-7; M. Lim, *Charting Environmental Law Futures in the Anthropocene*, Springer Nature, Singapore, 2019; S. Ryder, K. Powlen, M. Laituri, S.A. Malin, J. Sbicca, D. Stevis (eds), *Environmental Justice in the Anthropocene. From (Un)Just Presents to Just*

ecosystems has long reached geological proportions, creating the conditions for environmental ‘repercussions’. Additionally, the report highlights the limitations of existing International Environmental Law, revealing that mitigation policies have expanded but fall short of what is needed to meet climate goals, making it likely that global warming will exceed 1.5°C during the 21st century.

Therefore, the recent inclusion of environmental protection as a fundamental principle within the Italian Constitution deserves significant attention. This amendment, passed by the Chamber of Deputies on 8 February 2022 with just one opposing vote, was compelled by the inadequacy of Article 117, paragraph 2, letter s) of the Constitution in fully embracing the universal recognition of environmental constitutionalism.

Although emergency constitutionalism is ‘spilling’ over environmental law, resulting in ‘rollback’ phenomena² that have triggered the worldwide legal downgrade of environmental policies, recent trends in global constitutionalism seem to contradict this conclusion: as of today, more than 80% of UN member states’ constitutions explicitly mention environmental protection (156 out of 193).³ It can be argued that environmental constitutionalism is the best-known byproduct of the ‘confluence of constitutional law and international law’,⁴ living evidence of the global tendency towards the constitutionalization of International Environmental Law.

This analytical perspective is structurally linked to the multilevel nature of environmental law: environmental policies must take into account global perspectives, even when they regulate local issues, paving the way to the dynamic cross-fertilization of international, domestic and subnational legal models. And sometimes, environmental decisions issued by a domestic court (e.g., the *Neubauer, et al. v. Germany* order issued by the German Federal Constitutional Court in 2021, discussed in §IV.II) ‘can play a role in addressing climate law conflicts [...] from within a planetary context’.⁵

But the promises of environmental constitutionalism are facing the harsh reality of their effectiveness, as proved by the aforementioned ‘rollbacks’.

Against the background of vague ‘sustainability clauses’ and of the short-sightedness of representative legislatures, institutional solutions aimed at enforcing environmental constitutional rules are rather weak and underdeveloped.

Almost all these provisions are substantive rules of programmatic nature (‘fundamental’ or ‘thick’, according to Hudson⁶ and Kotzé⁷), which require the active involvement of public

Futures, Routledge, London-New York, 2021; P. Viola, *Climate Constitutionalism Momentum. Climate Change Management*, Springer Nature, Cham, 2022; D. Amirante, S. Bagni (eds), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Routledge, London-New York, 2022.

² For more on this topic, see E. Buono, *The Estado ambiental de derecho under the ‘state of siege’: COVID-19 and Spanish environmental law*, in D. Amirante, B. Pozzo (eds), *Studies in Comparative and National Law Impact of Coronavirus Emergency - Special Issue 2020, Opinio Juris in Comparatione*, pp. 229-244, with examples taken from the Spanish experience.

³ D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 267.

⁴ J.R. May, E. Daly, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 1.

⁵ L.J. Kotzé, *Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?*, in *German Law Journal*, 22, 2021, pp. 1423-1444, p. 1442.

⁶ B. Hudson, *Structural Environmental Constitutionalism*, in *Widener Law Review*, 21, 2015, p. 201.

⁷ L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., pp. 146-147; cf. L.J. Kotzé, *Arguing Global Environmental Constitutionalism*, in *Transnational Environmental Law*, 1, 2012, p. 199.

authorities and—due to the inactivity of the former—courts; procedural provisions (‘structural’ or ‘thin’) are almost absent. The question is, therefore, whether a more efficient constitutional design can be engineered in order to cope with the challenges of climate change.

The aim of this paper, therefore, is to provide a comparative framework for the European tradition of solidaristic environmental constitutionalism, as the backdrop of the recent Italian environmental constitutional amendment. The paper will firstly present a comparative-historical analysis of the different ethical approaches to the constitutional protection of the environment (§II). Secondly, the contribution will investigate how the methodological toolbox of comparative law could be employed as a ‘compass’ in the multilevel (and intertemporal) dimensions of environmental law (§III), identifying some cultural prototypes (e.g., the European model of ‘instrumental protection’—§III.III—the North American model of ‘procedural protection’—§III.I—the recognition of the legal subjectivity of Nature in Global South constitutions—§III.II). Lastly, this contribution will briefly review three case studies, in an effort to underline the potential of *ex ante* (or *physiological*) instruments, like deliberative democracy, as well as *ex post* (or *pathological*) tools, like climate litigation, in promoting ‘planetary climate stewardship’.⁸ The French *Convention citoyenne pour le climat* of 2019 (§IV.I), the aforementioned order *Neubauer, et al. v. Germany* issued by the German Federal Constitutional Court (§IV.II) and, lastly, the Italian environmental constitutional amendment approved in February 2022 (§IV.III) will be examined.

II. COMPARATIVE ENVIRONMENTAL LAW AT THE INTERSECTION OF LEGAL CULTURES AND ENVIRONMENTAL ETHICS

The concept of *legal culture*, first introduced by Lawrence M. Friedman⁹ as part of a socio-legal approach to comparative law, aims to reconcile systemological analysis with the contextual matrix in which law operates. This approach contrasts with the traditional categories of comparative law, such as ‘legal families’,¹⁰ which are to be considered static. Legal cultures refer to socially-oriented behaviors that are characterized by relative stability—i.e., the so-called ‘patterns’¹¹—offering empirical observations on the interactions between legal and social experiences. Although the concept is complex and has multiple meanings, it is useful for describing ideas, values, expectations, and attitudes towards law. While some

⁸ L.J. Kotzé, *Neubauer et al. versus Germany*, cit., p. 1442.

⁹ L.M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975.

¹⁰ P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950-1951; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992; U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997; K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato. I Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998; A. Gambaro, R. Sacco (eds), *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2002; W.F. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014; J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2015; R. David, C. Jauffret-Spinosi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 2016.

¹¹ W. Twining, *Globalisation and Legal Scholarship*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011, pp. 24-25.

authors, such as Roger Cotterrell, consider the term too vague and ‘impressionistic’,¹² legal cultures still offer a general category of comparison within which other less general categories can be subsumed.¹³ It is important to acknowledge the porous and non-monolithic nature of culture and its self-referential tendencies.¹⁴ From a ‘relational’¹⁵ perspective, the concept of legal culture has two main advantages. Firstly, it highlights the contingent nature of legal phenomena and avoids ethnocentric biases associated with *Legal Orientalism*.¹⁶ Secondly, it facilitates an interdisciplinary approach through the use of comparative methodologies and identifies new fields of inquiry in postmodern subjects such as the environment,¹⁷ which are shaped by a complex interplay of cultural, ethical, and legal elements.

To organize these elements and analyze the models of environmental constitutionalism discussed in the following section, we employ membership criteria developed by *fuzzy* logic.¹⁸ Legal cultures can be seen as a fuzzy set, which intersects with other fuzzy sets representing different cultural perspectives on ethical-environmental issues. These issues arise in interdependent socio-ecological systems¹⁹ and are shaped by complex interactions between cultural and ethical factors that can impact people living on the other side of the world or in the distant future.

Environmental ethics is, therefore, an essential tool for understanding the cultural and legal dimensions of environmental matters. It encompasses a wide range of theoretical perspectives that aim to guide policy makers in identifying the environmental values that require protection and the strategies that should be implemented. Environmental ethics has a normative character and has had legal implications since its inception. In fact, it was a legal scholar, Christopher D. Stone, who laid its foundations with his seminal essay *Should Trees Have Standing?* in 1972.²⁰ Since the early 2000s, scholars have been exploring the influences between environmental ethics and cultural traditions, including indigenous and religious

¹² R. Cotterrell, *The Concept of Legal Culture*, in D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Routledge, London-New York, 2016, p. 13.

¹³ L.M. Friedman, *The Concept of Legal Culture: A Reply*, in D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Routledge, London-New York, 2016, p. 33.

¹⁴ M. King, *Comparing Legal Cultures in the Quest for Law's Identity*, in D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Routledge, London-New York, 2016, pp. 121-122.

¹⁵ D. Nelken, *Using The Concept of Legal Culture*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 29, 2004, p. 7.

¹⁶ T. Ruskola, *Legal Orientalism. China, the United States, and Modern Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2013; cf. Id., *Legal Orientalism*, in *Michigan Law Review*, 101, 2002, pp. 179-234.

¹⁷ D. Amirante, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India*, in *DPCE online*, 4, 2018, p. 957, notes that environmental law is a better symbol of the transition from modern to postmodern law than any other branch. The postmodern era emphasizes sustainability as a key principle, which Daniele Porena discusses in his book, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017. Porena argues that sustainability is not only a legal principle but also a postmodern paradigm: it is crucial to take into account ethical factors before the legal system can assign significance to this principle.

¹⁸ On the use of *fuzzy* logic in comparative law see S. Baldin, *Classifications and fuzzy logic: a comparative law perspective*, in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds.), *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, pp. 129-151; cf. H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, cit., p. 572.

¹⁹ K.K. Smith, *Exploring Environmental Ethics. An Introduction*, Springer, New York, 2018, p. 3.

²⁰ C.D. Stone, *Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 45, 1972, pp. 450-501.

perspectives.²¹ This approach has gained traction in comparative legal scholarship due to its compatibility with the methods that account for the role of cultural factors and non-verbalized data (*cryptotypes*²²).

The relationship between ethics and law is reflected in the increasing number of constitutions that provide for environmental protection. As a result, a new form of constitutionalism—i.e., *environmental constitutionalism*—has emerged, seeking to redefine the relationship between individuals, sovereign states, and the environment. Environmental constitutionalism is not just an academic subject, but also a transformative project, drawing a ‘power map’²³ for the paradigm shift required to ‘help counter the Anthropocene’s socio-ecological crisis’.²⁴ Although there is no single definition of environmental constitutionalism, it is commonly understood as the elevation of environmental principles to constitutional status. As a result, environmental protection can be recognized as a core obligation and responsibility of the state.

Over the past decade, there has been significant growth in literature on environmental constitutionalism, with seminal works such as *The Environmental Rights Revolution* by David R. Boyd,²⁵ *Global Environmental Constitutionalism* by James R. May and Erin Daly,²⁶ and *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene* by Louis J. Kotzé.²⁷ Kotzé’s work, in particular, discusses the aforementioned distinction between ‘thin’ and ‘thick’ environmental constitutionalism, which Blake Hudson has also described as ‘fundamental’ and ‘structural’ environmental constitutionalism. *Structural* environmental constitutionalism concerns descriptive elements, such as the division of administrative competences, while *fundamental* environmental constitutionalism pertains to the prescriptive dimension of environmental duties and rights. Fundamental environmental constitutionalism is essential because it is ‘the *missing link* of the environmental law chain’ and ‘the only level able to give substance to the principles elaborated at the international level by applying them to the national legal system, without leaving the implementation of environmental law and policies to uncoordinated administrative rules and practices or only to judicial responses’.²⁸ However, Hudson observes that fundamental constitutional provisions may not always have an evident impact and may not be as practically significant as structural norms. While the purpose of fundamental provisions is to safeguard individual rights, they often establish imprecise, aspirational, and

²¹ D. Jamieson (ed.), *A Companion to Environmental Philosophy*, Blackwell, Oxford, 2001.

²² R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 2, 1991; M. Bussani, *Strangers in the Law: Lawyers’ Law and the Other Legal Dimensions*, in *Cardozo Law Review*, 40, 2019, p. 3127 ff.; S. Bagni, *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts. Problems and Possible Solutions*, in D. Amirante, S. Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 224.

²³ E. Fisher, *Towards Environmental Constitutionalism: A Different Vision of the Resource Management Act 1991?*, in *Resource Management Theory and Practice*, 63, 2015, pp. 5-6.

²⁴ L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 18.

²⁵ D.R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution. A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, UBC Press, Vancouver-Toronto, 2012.

²⁶ J.R. May, E. Daly, *Global Environmental Constitutionalism*, cit.

²⁷ L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit.

²⁸ D. Amirante, *Environmental Constitutionalism Through the Lens of Comparative Law. New Perspectives for the Anthropocene*, in D. Amirante, S. Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 150.

grandiose goals, whereas structural rules can directly relate to the quality of environmental governance and other practical issues.²⁹

Environmental principles can thus be concretely established as an objective of the state by introducing a well-balanced combination of fundamental and structural constitutional norms. This can establish a justificatory framework that binds political and judicial actions, potentially reshaping the relationship between sovereignty and the environment.

Boyd points out the lack of empirical evidence regarding the positive or negative effects of constitutional recognition of the right to a healthy environment.³⁰ However, it should be noted that environmental constitutionalism, even in its ecocentric forms, does not depart from the liberal paradigm of balancing environmental and economic interests.³¹ Furthermore, it cannot be considered a ‘panacea’³² for all the emergencies of the Anthropocene. Excessive constitutional ‘crystallization’ may even lead to a ‘green arthritis’.³³ From our standpoint, environmental constitutionalism can also be interpreted as a *dynamic* and evolutionary trend towards the *constitutionalization* of environmental protection, rather than solely as a *static* form of *constitutionalism*. This viewpoint aligns with the *Law as Culture* approach adopted so far, which considers the Constitution to be closely reflective³⁴ of the ethical principles of a particular society. A perspective that becomes especially manifest in legal contexts where environmental conservation is rooted in social, ethical, philosophical, and religious values that are interwoven into the constitutional framework.³⁵

²⁹ B. Hudson, *Structural Environmental Constitutionalism*, cit., p. 202. Environmental constitutionalism might serve as an ‘*apex resilience construct*’. See L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 133: ‘part of the normative interventions to cope with the Anthropocene should be constitutional, since *constitutionalism* is an *apex juridical construct* that aims to establish order where there is none, and to improve a legal order and its regulatory effects, while countering forms of domination (in this case human domination of the Earth system and its constituents, as it is perpetuated through states and socio-institutional legal systems)’. The *state* is a *construct* as well: we adhere to Eoin Carolan’s understanding of the state as a ‘construct of constituent interests’, a ‘collaborative construct, the utility of which is that it allows for a more effective and universalist advancement of individual and collective interests than would be possible in a disorganized pre-social state’: see E. Carolan, *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 261-263. *Resilience* is also a *construct*; see E. Richardson, *The Metatheory of Resilience and Resiliency*, in *Journal of Clinical Psychology*, 58, 2002, pp. 307-321; D. Chandler, K. Grove, S. Wakefield (eds.), *Resilience in the Anthropocene. Governance and Politics at the End of the World*, Routledge, London-New York, 2020, p. 6: ‘Situating resilience in the Anthropocene thus opens new conceptual, ethical and analytical challenges for both applied scholars and critical theorists alike’.

³⁰ D.R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution*, cit., p. 14.

³¹ As aptly noted by D.A. Kysar, *Global Environmental Constitutionalism: Getting There from Here*, in *Transnational Environmental Law*, 1, 2012, p. 86: ‘sustainability constraints on the use of renewable and non-renewable resources [...] can be implemented through tradable permit schemes in a manner that continues to promote allocative efficiency through decentralized private decision-making. Optimization simply occurs under a more ecologically astute set of constraints’.

³² L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 18: ‘non-constitutional law will and must continue to form a fundamental component of the broader global environmental governance paradigm’.

³³ R.J. Lazarus, *The Making of Environmental Law*, University of Chicago Press, Chicago, 2004, p. 168.

³⁴ P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Scarborough, 1997, p. 3: ‘a mirror reflecting the national soul’.

³⁵ M.S. Bussi, *Courting the Environment. Public Interest Actions in the Global South*, in D. Amirante, S. Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 201.

III. COMPARING CULTURALLY-ORIENTED ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM IN THE GLOBAL NORTH AND GLOBAL SOUTH

According to the conceptual framework introduced above, we would like to provide four examples of ‘culturally oriented’ environmental constitutionalism, without claiming to offer an exhaustive coverage of the field.

These models are partly built upon the *synchronic* and *diachronic* taxonomies previously proposed by Domenico Amirante.³⁶ Using a synchronic approach, three categories can be identified. The first category includes *Environmental Constitutions* (EC), which contain specific environmental provisions since their inception. Most European constitutions—including the German and Italian constitutions—fall under the second category: *Revised Environmental Constitutions* (REC), where environmental amendments must be integrated within an existing constitutional framework. The third and final category—*Silent Environmental Constitutions* (SEC)—will be further explored with particular reference to the US Model (§III.I). Additionally, the author’s diachronic reconstruction provides a useful *counter-narrative* of the history of environmental constitutionalism in three phases: *nascent* (i.e., roughly from the 1972 Stockholm Declaration to the fall of the Berlin Wall in 1989), *adolescent* (i.e., the process of constitutional renewal across the countries emancipated from Soviet influence during the 1990s), and *adult* (i.e., driven by the development of ‘transformative constitutionalism’³⁷ in the Global South during the 2000s).

A fundamental flaw has plagued environmental law since its inception in the international fora: the very basis of environmental law is rooted in the epistemic divide between the Global North and the Global South, with the former imposing consumption patterns over the latter.³⁸ This divide is confirmed by studies on the evolution of global constitutionalism, which display a polarization of constitutions into two distinct clusters: the *libertarian* and the *statist*.³⁹ Roderic O’Gorman has demonstrated that 35 constitutions belonging to the libertarian cluster and rooted in the common law legal tradition do not even mention the environment. This led the author to conclude that the common law model of governance resists environmental constitutionalism.⁴⁰ Amirante’s taxonomy refers to these constitutions as *Silent Environmental Constitutions*, where environmental values and interests emerge mostly from ordinary legislation and court decisions.

In view of the previous observations, the upcoming sections briefly review four examples of ‘culturally oriented’ environmental constitutionalism: the North-South divide is reflected in a comparison between the US model of SEC, the Rights of Nature approach adopted in the

³⁶ D. Amirante, *Environmental Constitutionalism Through the Lens of Comparative Law*, cit., pp. 151-163.

³⁷ P. Viola, *From the Principles of International Environmental Law to Environmental Constitutionalism. Competitive or Cooperative Influences?*, in D. Amirante, S. Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 134.

³⁸ S. Atapattu, C.G. Gonzalez, *The North–South Divide in International Environmental Law: Framing the Issues*, in S. Alam, S. Atapattu, C.G. Gonzalez, J. Razzaque (eds.), *International Environmental Law and the Global South*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 10-11: ‘Of course, the North–South divide is an oversimplification’.

³⁹ D.S. Law, M. Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in *California Law Review*, 5, 2011, p. 1187.

⁴⁰ R. O’Gorman, *Environmental Constitutionalism: A Comparative Study*, in *Transnational Environmental Law*, 3, 2017, p. 452.

Andean *nuevo constitucionalismo*, the ‘trusteeship’ model in South-East Asia, and lastly, the ‘intergenerational solidarity’ model evolving in Europe.

III.1 *The US Model: Constitutional Silence and the Enlightenment Ethos*

The Constitution of the United States of America lacks any reference to the environment. In the pre-industrial era, the concepts of popular sovereignty and the separation of powers were prioritized over environmental concerns, which were not yet recognized as pressing or relevant. The very same principle of the pursuit of happiness is based on Enlightenment thought. In fact, some argue that the US constitution’s features—such as the enumeration of federal powers, the emphasis on protecting private property, the standing and justiciability of rights—actually constrain the state’s ability to respond to the environmental needs of present and future citizens.⁴¹ While some state constitutions⁴² were the first to introduce provisions that grant the right to clean air, pure water, and preservation of environmental values for future generations, their enforceability has been called into question by the very judges who are responsible for implementing them.

Since the constitution is silent on the issue, environment protection is entrusted to federal laws and administrative practices, delegated to specialized agencies. Congress has traditionally employed the *Commerce Clause* to legislate on environmental matters, assuming that it falls within the scope of interstate commerce.⁴³ Congress’ authority over environmental protection was not completely refuted, even after the Supreme Court’s ruling in the landmark case *United States v. Lopez* has limited the extensive use of federal commerce power for non-interstate commerce activities.⁴⁴

Although some legal scholars support the notion of constitutionalizing environmental protection, this idea has not been widely embraced. It appears to find greater support through the means of judicial activism rather than concrete proposals to amend the constitutional text.⁴⁵ Most recently, the *West Virginia v. Environmental Protection Agency* ruling by the Supreme Court has highlighted all the shortcomings of this ‘procedural’ framework of environmental constitutionalism, with far-reaching implications for federal climate action in the United States. Chief Justice John Roberts led a majority of six conservative justices in quashing the

⁴¹ D.A. Kysar, *Global Environmental Constitutionalism: Getting There from Here*, cit., pp. 83-84.

⁴² Article I Section 27 of the Pennsylvania constitution, approved on May 18, 1971: ‘The people have a right to clean air, pure water, and to the preservation of the natural, scenic, historic and esthetic values of the environment. Pennsylvania’s public natural resources are the common property of all the people, including generations yet to come. As trustee of these resources, the Commonwealth shall conserve and maintain them for the benefit of all the people’.

⁴³ J. Salzman, *United States of America*, in E. Lees, J.E. Viñuales (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 375.

⁴⁴ *Ibi*, p. 376.

⁴⁵ R. Pepper and H. Hobbs, *The Environment is All Rights: Human Rights, Constitutional Rights and Environmental Rights*, in *Melbourne University Law Review*, 2, 2020, pp. 657-658: ‘the right to a healthy environment has been uncovered in ‘constitutional provisions that guarantee citizens the right to life using similar or identical language to that of the Fifth and Fourteenth Amendments of the United States Constitution’ [...] Appeals recognised the relationship between environmental protection and the equal protection clause [...] In *Juliana v United States*, the Court held that the Fifth Amendment encompasses ‘the right to a climate system capable of sustaining human life’. Although that decision was subsequently overturned by the Ninth Circuit for lack of standing, the Court recognised that the plaintiffs presented ‘compelling evidence’ that failure to act may hasten an environmental apocalypse’.

EPA's *Clean Power Plan* (CPP), effectively limiting the options available to the agency. While some see the ruling as a recognition of the EPA's authority to set pollution reduction targets, others view it as a significant hurdle for the Biden administration to achieve its 2030 emissions reduction goals.⁴⁶

The conservative orientation of the Supreme Court echoes the anthropocentric model of *Silent Environmental Constitutionalism*, rooted in Enlightenment thinking. This approach also upholds the idea that trade-offs between economic interests and environmental protection are 'inevitable',⁴⁷ thereby reflecting the prioritization of economic motives over environmental efforts. Certain scholars have gone so far as to label environmental constitutionalism as a 'combination of political idealism and scientific naivety',⁴⁸ deeming the 'constitutional enshrinement of any particular environmental policies'⁴⁹ premature.

III.2 *The Recognition of Nature's Rights in the Andean Nuevo Constitucionalismo and the Trusteeship model in Southeast Asia*

The adoption of one unifying term that comprises the constitutional and political structures of Africa, Southeast Asia and Latin America has been critically denied, but as a 'symbolical designation with political implications'⁵⁰ the Global South has the merit of moving beyond the postcolonial discourse⁵¹ to draw new counter-hegemonic cartographies. Defying what Carl Schmitt described as 'global linear thinking'⁵² and the 'flat earth' of contemporary global constitutionalism,⁵³ the Global South is 'everywhere, but always somewhere',⁵⁴ tracing 'human geographies in spite of utterly inhuman geographies of dispossession'.⁵⁵ Despite the existence of numerous common elements—such as post-colonial legacies, intercultural social structures, and recognition of indigenous peoples' rights—transcontinental comparisons of legal traditions in the Global South have been relatively neglected.⁵⁶ Furthermore, the

⁴⁶ H. Winters, *Climate v. the Court: How West Virginia v. Environmental Protection Agency will Impact the Next Generations*, in *Minnesota Law Review*, 1, 2022.

⁴⁷ D.A. Kysar, *Global Environmental Constitutionalism: Getting There from Here*, cit., p. 85.

⁴⁸ B.H. Thompson Jr., *Constitutionalizing the Environment: The History and Future of Montana's Environmental Provisions*, in *Montana Law Review*, 1, 2003, p. 187.

⁴⁹ D.A. Kysar, *Global Environmental Constitutionalism: Getting There from Here*, cit., p. 85.

⁵⁰ S. Grovogu, *A Revolution Nonetheless: The Global South in International Relations*, in *The Global South*, 5, 2011, p. 176.

⁵¹ J. Comaroff – J. Comaroff, *Theory from the South: A Rejoinder*, in *Fieldsights – Cultural Anthropology Online*, 24 February 2012, pp. 4-5: 'The closest thing to a common denominator among them is that many once were colonies, though not all in the same epochs. "Postcolonial", therefore, is something of a synonym, but only an inexact one'.

⁵² C. Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, Telos Press, New York, 2003, p. 87.

⁵³ See V. Kumar, *Towards a Constitutionalism of the Wretched*, in *Völkerrechtsblog*, 27 July 2017, pp. 5-6: 'The production of global constitutional theory by global constitutionalists involves the active non-production of the Global South – as an object or as a subject – of the global legal order. [...] Well beyond the purview of the global constitutionalist is settler-colonial constitutionalism'.

⁵⁴ M. Sparke, *Everywhere but Always Somewhere: Critical Geographies of the Global South*, in *The Global South*, 1, 2007, pp. 117-126.

⁵⁵ *Ibi*, p. 124.

⁵⁶ With the noteworthy exception of P. Dann, P. Riegner and M. Bönnemann (eds.), *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

identification of Nature as an essential element of these constitutional systems is a striking feature that calls for greater scholarly interest.

The Global South has, in fact, served as a living laboratory for the implementation of ecocentric paradigms of environmental constitutionalism. Namely, the constitutions of the Andean *nuevo constitucionalismo*⁵⁷, such as the *Constitución de la República del Ecuador* (CRE) of 2008 and the *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* (CPE) of 2009, have garnered significant attention in comparative legal scholarship due to their groundbreaking recognition of Nature's legal personality. The preambles of these constitutions reinforce a cosmocentric⁵⁸ worldview, which draws on indigenous philosophy and acknowledges the holistic interconnectedness of human and natural realms. Emphasizing a community-oriented approach, human life is viewed as an integral part of the *whole* (*Pacha*), promoting communal coexistence in harmony with Nature rather than libertarian individualism.

This novel vision of the relationship between humanity and nature, which forms the basis for the adoption of new economic models,⁵⁹ has an ancient name: in the Ecuadorian and Bolivian constitutions, it is known as *buen vivir* (or *sumak kawsay*) and *vivir bien* (or *suma qamaña*), respectively. As a structural model, *buen vivir*⁶⁰ proposes an alternative to the unsustainability of perpetual economic growth, by acknowledging the legal personality of Nature and abstaining from objectifying its resources.

According to Ramiro Ávila Santamaría, the rights of Nature can be characterized by three fundamental principles: *differentiation*, *autopoiesis*, and *communion*.⁶¹ These principles correspond, respectively, to the recognition of the uniqueness of each living species, the protection of self-regenerating natural cycles, and the acknowledgment of solidarity as a fundamental dimension of the relationship between humanity and Nature. In Ecuador, these principles are enshrined in Articles 71-74 of the CRE. Article 71 CRE states that 'Nature, or *Pacha Mama*, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes', giving these rights universal legal standing since 'all persons, communities, peoples and nations can call upon public authorities to enforce the rights of nature'. The active role of this legal system in safeguarding the rights of Nature is evident in numerous landmark decisions, the most recent being *Judgment No. 1149-19-JP/21* of 10 November 2021. In this ruling, the Constitutional Court of Ecuador emphatically reiterated

⁵⁷ See R. Iannaccone, *La salvaguardia della natura nelle nuove costituzioni andine: declinazioni, tutele e partecipazione popolare*, in this *Review*, 13, 2, 2022, pp. 57-73, p. 58.

⁵⁸ S. Baldin, *The Concept of Harmony in the Andean Transformative Constitutionalism: a Subversive Narrative and its Interpretations*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 17, 2015.

⁵⁹ S. Bagni, *Hitos de democratización de la justicia constitucional en América latina: una mirada desde afuera*, in R. Tur Ausina (ed.), *Problemas actuales de Derecho constitucional en un contexto de crisis*, Editorial Comares, Granada, 2015, p. 222.

⁶⁰ *Buen vivir* is one of the most controversial aspects of Andean *nuevo constitucionalismo*: this indigenous *cosmovision* has been thoroughly analyzed in its contradictory terms, evoking contrasting opinions: 'chimera' or 'attainable utopia?' See E.M. Ranta, *Vivir bien governance in Bolivia: chimera or attainable utopia?*, in *Third World Quarterly*, 38, 2017, p. 1603.

⁶¹ R. Ávila Santamaría, *Rights of Nature vs. Human Rights? An Urgent Shift of Paradigms*, in D. Amirante, S. Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 82.

the central role of Nature in the country's legal framework and condemned the violation of the rights of the *Bosque Protector Los Cedros*.⁶²

Nevertheless, the recognition of Nature's legal personality presents a complex challenge for both Western observers and Ecuadorian constitutionalists alike. As Ávila Santamaría himself admits, this concept initially seemed 'absurd', 'ridiculous' and a meaningless 'novelty',⁶³ reflecting a prejudice that Boaventura de Sousa Santos labels 'epistemology of blindness'.⁶⁴

An alternative model of environmental constitutionalism can also be observed in Southeast Asia, in stark contrast to reductionist approaches often found in the Global North. Some constitutions within the Buddhist tradition⁶⁵ suggest a move away from the Western dichotomy between duties and rights, dealing holistically with both environmental protection and cultural heritage conservation. Buddhist perspectives on environmental constitutionalism emphasize 'interdependence' and 'antagonistic symbiosis' of opposites, enshrining such noble concepts as 'balance', 'wisdom', 'well-being', 'harmony', and 'participation'.⁶⁶

The Constitution of Bhutan might exemplify a model of Buddhist environmental constitutionalism. For instance, Article 5 considers 'every Bhutanese [...] a *trustee* of the Kingdom's natural resources and environment for the benefit of the present and future generations and it is the fundamental duty of every citizen to contribute to the protection of the natural environment', thus bridging the gap between environmental rights and duties. Likewise, Article 9 has been the subject of extensive discussions among comparative scholars⁶⁷ as it obliges the state 'to promote those conditions that will enable the pursuit of *Gross National Happiness*' (GNH). The concept of Gross National Happiness (GNH) in the Bhutanese constitution encompasses spiritual and material aspects, aimed at fostering the growth of the well-being of society as a whole. The four pillars of GNH—namely economic development, environmental protection, cultural heritage conservation, and good governance⁶⁸—reflect deeply-rooted Buddhist beliefs about the transient nature of the world. Rather than viewing environmental protection as an opposition between state property and private ownership, the principle of *trusteeship* underpins the notion of reciprocal environmental responsibility, according to the 'cosmic law' of interdependence. As stated by

⁶² L.A. Nocera, *La Corte costituzionale dell'Ecuador si pronuncia sulla lesione dei diritti della natura del Bosque Protector Los Cedros*, in *Diritti Comparati*, 17 January 2022, p. 5.

⁶³ R. Ávila Santamaría, *Rights of Nature vs. Human Rights?*, cit., pp. 68-69; cf. R. Iannaccone, *La salvaguardia della natura nelle nuove costituzioni andine*, cit., pp. 72-73.

⁶⁴ B. de Sousa Santos, *Toward an Epistemology of Blindness. Why the New Forms of 'Ceremonial Adequacy' Neither Regulate nor Emancipate*, in *European Journal of Social Theory*, 3, 2001, pp. 251-279.

⁶⁵ Please refer to E. Buono, *The Noble Eightfold Path in the Anthropocene: Buddhist Perspectives on Environmental Constitutionalism*, in D. Amirante, S. Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 104 ff.

⁶⁶ Recurring in the constitutions of Cambodia (Art. 59), Laos (Arts. 13, 19 and 21), Myanmar (Sections 45 and 390), Sri Lanka (Arts. 14 and 28) and Thailand (Sections 43, 50, 57 and 58).

⁶⁷ A. Cenerelli, *The Constitutional System of the Kingdom of Bhutan*, in D. Amirante (ed.), *South Asian Constitutional Systems*, Eleven International Publishing, Amsterdam, 2020.

⁶⁸ R.W. Whitecross, *Buddhism and Constitutions in Bhutan*, in R.R. French and M.A. Nathan (eds.), *Buddhism and Law. An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 365.

the Dalai Lama, ‘ignorance of interdependence has wounded not just our natural environment, but our human society as well’.⁶⁹

In order to transcend the aforementioned epistemological barriers, comparative legal scholars should cultivate a ‘cosmopolitan openness’⁷⁰ to the perspectives and beliefs of non-Western cultures. This approach requires an empathetic and informed study of legal systems beyond the Western paradigm, and a willingness to engage in dialogue and collaboration with legal practitioners and scholars from different traditions.

III.3 *A Potential Common Core for European Environmental Constitutionalism: from ‘Instrumental’ Sustainability towards Intergenerational Solidarity?*

The legal transplant of the personification of Nature into the Western legal tradition—firmly rooted in Judeo-Christian anthropocentric and dichotomous understandings of the relationship between humanity and the environment⁷¹—appears to be a rather difficult proposition. Instead, it may be more fitting to identify a unique constitutional ‘grammar’ that is specifically tailored to the peculiarities of European legal culture.

An extensive quantitative analysis of the Constitutions of the member states of the European Union reveals that this distinctive European constitutional grammar is primarily of a ‘deontic’ nature. In fact, the prevalence of the deontic dimension characterizes European environmental constitutionalism, setting it apart from the declaration of hardly enforceable subjective environmental rights. A review of European environmental constitutions demonstrates that ‘duty’ and ‘responsibility’ are the most commonly recurring terms, with 28 European Constitutions incorporating deontic markers, while only 21 texts contain references to subjective rights.⁷²

When viewed through the lens of duties and responsibilities, we argue that ‘sustainability’ and ‘solidarity’ are the two *key concepts*⁷³ of European environmental constitutionalism.

In the pursuit of reconciling economic growth and environmental protection, the principle of sustainable development⁷⁴ is inherently economic, a ‘two-faced Janus’ seeking to bridge

⁶⁹ H.H. the XIV Dalai Lama, *Message for Earth Day 2021*, 22 April 2021.

⁷⁰ W. Twining (ed.), *Human Rights, Southern Voices*. Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai and Upendra Baxi, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 1.

⁷¹ R. Ávila Santamaría, *Rights of Nature vs. Human Rights?*, cit., p. 71: ‘The respect and admiration for nature persists and is reflected in our religious rites and our deities, except perhaps the Judeo-Christian, who dared to imagine that the human being, and only the human being, is the incarnation of God and is the central being in the universe’. See also L. Colella, *Integral Ecology and Environmental Law in the Anthropocene: The Perspective of the Catholic Church*, in D. Amirante, S. Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, cit., p. 13 ff.

⁷² D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit., pp. 186-207, esp. Tab. 3.

⁷³ T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 1, 2016, p. 44.

⁷⁴ The definition of sustainable development adopted by the World Commission on Environment and Development (WCED) in the Brundtland Report of 1987 is widely recognized: sustainable development refers to ‘development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs’. This statement can be traced back to the Stockholm Declaration of 1972, and has since been reiterated in Principle 4 of the Rio Declaration of 1992. In EU legal sources, the principle of sustainable development was first introduced in the Treaty of Amsterdam (Article 2) and later defined in Regulation (EC) No 2493/2000. The Treaty of Lisbon incorporated the principle of sustainable development in the preamble of the TEU, as well as in Art. 3(3) and (5) TEU, and Art. 37(14) of the Nice Charter. However, the enforcement of this principle remains predominantly dependent on the political actions of EU institutions and falls on a spectrum between non-legal policies and legal norms, as aptly noted by Klaus Bosselmann: K. Bosselmann, *The Principle of Sustainability*, Routledge, London-New York, 2017, p. 64; cf. G. Bándi, *Principles of EU Environmental*

seemingly incompatible objectives. Traditionally, environmental values have been considered subordinate—or, at most, instrumental—to economic growth. This view has garnered increasing criticism, as it perpetuates the ‘illusion of unlimited economic growth on a finite planet’.⁷⁵ Relying on the same economic system that led to the Anthropocene⁷⁶ crisis for its resolution could be perceived as a limited and shortsighted approach: ‘as long as infinite economic growth remains as a dogma we will be cruising the *Titanic* and be part of its fateful destiny’.⁷⁷

The principles of sustainable development and solidarity share an ‘intergenerational’ (or ‘intertemporal’) dimension: the scope of environmental concerns extends over time and space, inevitably spanning multiple generations. Edith Brown Weiss portrayed present generations as both *beneficiaries*—towards their contemporaries, from an *intra*-generational perspective—and *trustees*—towards future generations, from an *inter*-generational perspective—of a *planetary trust*.⁷⁸ However, the principle of intergenerational solidarity has been met with criticism in two respects. Firstly, uncertainty has arisen regarding the ‘sentimental’⁷⁹ fallacy of protecting future subjects who lack legal standing. Secondly, given the nature of solidarity, the establishment of a relationship of reciprocity between present and future generations seems ontologically impossible.⁸⁰

Nevertheless, in order to identify a *Common Core*⁸¹ of European environmental constitutionalism, solidarity helps bridge the gap between the common constitutional traditions (CCTs) of the member states and the Union’s primary law. With regards to the latter, Article 3 TEU, Article 37 of the Nice Charter, and Article 191 TFEU would form the legal basis for ‘giving new legal content’ to the ‘concept of environmental intragenerational solidarity’, to be taken into account ‘in the interpretation of the environmental objectives and principles of EU environmental law’.⁸²

Law Including (the Objective of) Sustainable Development, in M. Peeters, M. Elia Antonio (eds.), *Research Handbook on EU Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham and Northampton, 2020, p. 39.

⁷⁵ S.A. Atapattu, C.G. Gonzalez, S.L. Seck, *Intersections of Environmental Justice and Sustainable Development. Framing the Issues*, in S.A. Atapattu, C.G. Gonzalez, S.L. Seck (eds.), *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 5.

⁷⁶ Thus raising the question addressed by J.W. Moore (ed.), *Anthropocene or Capitalocene? Nature, History, and the Crisis of Capitalism*, PM Press, Oakland, 2016, p. xi.

⁷⁷ B. de Sousa Santos, *Foreword (on Living in an Interregnum)*, in S.A. Atapattu, C.G. Gonzalez, S.L. Seck (eds.), *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development*, cit., pp. xvii-xviii.

⁷⁸ E. Brown Weiss, *The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity*, in *EcologyLQ*, 1984, p. 499; see also E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations*, in *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 3, 1990, pp. 37-38.

⁷⁹ G. Kirsch, *Solidarity Between Generations: Intergenerational Distributional Problems in Environmental and Resource Policy*, in A. Schnaiberg, N. Watts, K. Zimmerman (eds.), *Distributional Conflicts in Environmental-Resource Policy*, WZB Publications, Berlin, 1986, p. 381.

⁸⁰ A. Wildt, *Solidarity: Its History and Contemporary Definition*, in K. Bayertz (ed.), *Solidarity*, Kluwer Academic, Dordrecht, 1999, p. 217.

⁸¹ The *Common Core of European Private Law Project* was spearheaded by Mauro Bussani and Ugo Mattei and guided by Rodolfo Sacco and Rudolf B. Schlesinger. In this paper, we take inspiration from these Masters to propose a *Common Core* for European environmental constitutionalism. See also M. Bussani, *The Common Core of European Administrative Law Project: Methodological Roots*, 24 April 2018, <https://ssrn.com/abstract=3168171>.

⁸² A. Sikora, *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU Law*, Europa Law Publishing, Zutphen, 2020, p. 193.

As such, intergenerational solidarity is a recurrent theme in twelve environmental constitutions of EU member states, unveiling a common constitutional grammar. The Kingdom of Belgium pursues ‘the objectives of sustainable development in its social, economic and environmental aspects, taking into account the solidarity between the generations’ (Art. 7-bis, introduced with the revision of 25 April 2007). The 2005 *Charter for the Environment*, belonging to the French *bloc de constitutionnalité*, dictates that ‘in order to ensure sustainable development, choices designed to meet the needs of the present generation should not jeopardize the ability of future generations and other peoples to meet their own needs’ (preamble; see also Art. 6). The Federal Republic of Germany recognizes the constitutional protection of the ‘natural foundations of life’, ‘mindful also of its responsibility toward future generations’ (Art. 20a GG, introduced in 1994). Most recently, the Italian Parliament approved the amendment of Article 9 of the constitution on 8 February 2022, which now includes the protection of ‘environment, biodiversity and ecosystems, also in the interest of future generations’. The preamble of the Latvian constitution enshrines the duty of responsibility of ‘each individual [...] toward [...] future generations, the environment and nature’. Art. 11-bis of the Luxembourg constitution, introduced in 1999, guarantees the ‘the protection of the human and cultural environment, [...] for the establishment of a durable equilibrium between the conservation of nature, in particular its capacity for renewal, and the satisfaction of the needs of present and future generations’. The Maltese state ‘must protect [...] the environment and its resources for the benefit of present and future generations’ (Art. 9, amended in 2018). The preamble of the Polish constitution mentions the obligation to ‘bequeath to future generations all that is valuable from our over one thousand years’ heritage’, stating that ‘public authorities shall pursue policies ensuring the ecological security of current and future generations’ (Art. 74). The Portuguese constitution of 1976, among the first European environmental constitutions, promotes ‘the rational use of natural resources, while safeguarding their ability to renew themselves and maintain ecological stability, with respect for the principle of inter-generational solidarity’ (Art. 66). The Slovak Republic ‘makes careful and effective use of mineral resources and natural heritage to the benefit of its citizens and subsequent generations’ (Art. 4). Art. 2 of the Swedish *Instrument of Government (Regeringsformen)* encourages ‘sustainable development leading to a good environment for present and future generations’. Lastly, the preamble to the Hungarian constitution recognizes the responsibility ‘for our descendants; therefore we shall protect the living conditions of future generations by making prudent use of our material, intellectual and natural resources’.

In conclusion, the preceding analysis has highlighted the widespread recognition of intergenerational solidarity across the constitutions of EU Member States, thereby offering a possible yardstick for integrating environmental concerns into the general clause of common constitutional traditions, as invoked by the CJEU.⁸³ The emergence of a *Common Core* of European environmental constitutionalism is already manifest in domestic case law,

⁸³ M. Graziadei, R. de Caria, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» in the Case Law of the Court of Justice of the European Union: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2017, pp. 949-971.

such as the *Urgenda*⁸⁴ judgment of The Hague District Court⁸⁵ and the *Neubauer* order of the *Bundesverfassungsgericht*, both of which applied intergenerational justice principles to enforce environmental protection. Moving forward, the upcoming section will delve, albeit briefly, into three case studies that exemplify the European model of environmental constitutionalism, including the French experience of citizens' assemblies (*ex ante* or *physiological* model of environmental democracy), the aforementioned *Neubauer* ruling in Germany (*ex post* or *pathological* model of environmental justice), and the debate surrounding the recent constitutional amendment in Italy.

IV. TAKING ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM SERIOUSLY: THREE RECENT CASE STUDIES IN EUROPE

IV.1 *Citizens' Assemblies as a Tool for Environmental Democracy: the French Convention citoyenne pour le climat*

As a preventive environmental measure, citizen contributions can be channeled into various forms of participatory democracy,⁸⁶ actively involving citizens' assemblies in the co-creation of regulatory solutions through open discussion fora. There has been growing confidence in the implementation of deliberative and participatory correctives within the democratic-representative framework. These mitigations aim to encourage citizen participation in a proactive and preventive phase, rather than compelling resort to judicial intervention in subsequent and reactive stages. The adoption of 'specific deliberative practices,'⁸⁷ such as the increasingly widespread *Citizens' Assemblies on Climate Change*,⁸⁸ appears particularly promising. Delphine Hedary has recently observed that, without the 2019 *Convention citoyenne pour le climat* (Citizens Convention for Climate) in France—which is believed to be the world's first

⁸⁴ M.F. Cavalcanti, M.J. Terstege, *The Urgenda case: The Dutch Path Towards a New Climate Constitutionalism*, in *DPCE Online*, 2, 2020, p. 1388 ff.

⁸⁵ Indeed, the courts issuing decisions on these matters are not always of apex or constitutional rank. Gallarati aptly employs the notion of 'climate litigation of a constitutional *tone*' to describe sub-constitutional domestic courts that invoke constitutional clauses in addressing climate change cases. See F. Gallarati, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, p. 159.

⁸⁶ For a sharp critique of deliberative instruments in the process of constitutional change in Ireland, see E. Carolan, *Ireland's Constitutional Convention: Behind the hype about citizen-led constitutional change*, in *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2015, pp. 733-748. On the concept of environmental democracy, see R. Louvin, *Democrazia ambientale e accesso alla giustizia*, in *DPCE online*, Sp-2, 2023, pp. 185-204.

⁸⁷ On the distinctions between *additional representative bodies* and *specific deliberative practices*, please refer to our E. Buono, C. Pizi, *La democrazia climatica tra climate change mitigation e climate change litigation. Spunti comparati per l'elaborazione di strumenti partecipativi*, in *DPCE online*, 2, 2023, pp. 1943-1956, p. 1949.

⁸⁸ According to data gathered by the Knowledge Network on Climate Assemblies (KNOCA), we can distinguish between *national-level assemblies* and *local-level assemblies*. The KNOCA reports 13 notable national-level citizens' assemblies on climate change in Europe. These include countries like Poland, Luxembourg, Austria, Spain, and Germany, each with its unique structure and focus. The French *Convention Citoyenne pour le Climat* (2019) and Ireland's *Citizens Assembly on Biodiversity Loss* (2022-2023) serve as benchmarks, demonstrating how citizen participation can shape national environmental policies and contribute to democratic governance.

citizens convention on climate issues—transformative citizen proposals would never have contributed to the 2021 *Loi Climat et Résilience*.⁸⁹

It is essential to emphasize the influence of the Aarhus Convention on the *Convention citoyenne pour le climat*. The Aarhus Convention's significance lies in its promotion of public participation in environmental matters, primarily through its second pillar. This convention has facilitated various avenues for citizen involvement in climate change discussions, critical in the evolution of governance models for climate transition. Regulation (EC) No. 1367/2006, on the application of the provisions of the Aarhus Convention, encompasses a wide range of natural or legal persons, and groups, granting them public participation rights.⁹⁰ Thus, the Aarhus Convention's framework has significantly shaped the format and impact of the *Convention Citoyenne pour le Climat*, illustrating a shift towards more inclusive and deliberative environmental governance, where citizen input is not only sought but also instrumental in shaping legislative outcomes.

The *Convention citoyenne pour le climat* consisted of one hundred and fifty citizens from diverse backgrounds and regions, selected randomly to deliberate on measures to effectively reduce national greenhouse gas emissions by at least 40% by 2030. It has been described as an 'unprecedented exercise of deliberative democracy'.⁹¹

Following the discussions and debates, the *Convention citoyenne pour le climat* produced a total of 149 proposals. A Committee was appointed to oversee the proceedings, involving experts in economics, law, climate science, and other representatives of civil society. The contributions of these experts allowed the drafted citizens to gain knowledge in environmental matters and to put forward legally sound proposals. On 21 June 2020, these proposals were submitted to the government, with the President of the Republic committing to implement 146 of them through regulation and legislation. The French experience of *débat public*⁹² has represented a significant reference point for the *Convention citoyenne pour le climat*. The aim of *débat public* is to provide a plurality of different knowledge sources, encouraging adversarial debate and enabling citizens to articulate their opinions based on a comprehensive range of information. The *Commission nationale du débat public* (CNDP or National Commission for Public Debate) authorizes the use of *débat public*, without expressing opinions on the merits of the issue or filtering the contributions emerging from the debate.

However, some scholars⁹³ have criticized the effectiveness of *débat public* in environmental matters, as public debate risks becoming a mere democratic practice, detached from any tangible environmental protection effect. Despite this criticism, *débat public* can still serve as an inspiration to other countries interested in adopting participatory procedures, as it

⁸⁹ D. Hedary, *The Citizens' Climate Convention: A new approach to participatory democracy, and its effectiveness on changing public policy*, in *French Yearbook of Public Law*, 1, 2023, pp. 271-280, p. 279.

⁹⁰ E. Chevalier, *European Union law in times of climate crisis: change through continuity*, in *French Yearbook of Public Law*, 1, 2023, pp. 51-68, p. 64.

⁹¹ L. Colella, *La "transizione ecologica" nella Loi climat et résilience in Francia. Brevi note introduttive*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 27 September 2021, p. 10.

⁹² M. Revel, C. Blatrix, L. Blondiaux, J. Fourniau, B. Heriard Dubreuil and R. Lefebvre (eds.), *Le débat public: une expérience française de démocratie participative*, La Découverte, Paris, 2007. A. Mercier, *Débat public*, in *Publicationnaire. Dictionnaire encyclopédique et critique des publics*, 12 April 2017.

⁹³ I. Casillo, *Il débat public francese: difesa dell'ambiente o difesa della democrazia? Una lettura critica dell'offerta istituzionale di democrazia partecipativa in Francia in occasione dei venticinque anni del débat public*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2020.

promotes individual rights of information and strengthens decision-making processes through direct citizen involvement.

The *Loi climat et résilience* was officially enacted on 22 August 2021. The law aims to integrate environmental values into French society, with a particular focus on education, public services, urban planning, building renovations, consumption patterns, and sanctioning mechanisms. The *Loi climat et résilience* has been clearly influenced by the participatory process that was undertaken prior to its enactment.

The law under examination bears the promise of incentivizing the adherence to environmental regulations, given its responsiveness to the multiple requests advanced by citizens. Notably, it encompasses a set of ambitious goals aimed at mainstreaming environmental concerns within French cultural and social practices. However, certain commentators have expressed reservations as to its capacity to attain its objectives, given its perceived dearth of concrete measures and its inadequate response to pressing environmental challenges. Some scholars have argued that the law's reliance on voluntary measures might fall short of achieving the desired outcomes, calling for more stringent actions to address the ecological crisis.⁹⁴

IV.2 Karlsruhe in the Anthropocene: the Neubauer Case in a Multilevel Perspective

Citizens' Assemblies—as an *ex ante* or *physiological* measure—find themselves at one end of the environmental remedies' scale. At the other end—as an *ex post* or *pathological* solution—lies *Climate Change Litigation*⁹⁵ (also known as *Environmental Justice*⁹⁶), which has garnered increasing attention in comparative legal scholarship. Most notably, a decision handed down by a domestic constitutional court has raised significant interest amongst constitutionalists from all over the globe: the *Neubauer et al v. Germany* order of 24 March 2021.⁹⁷

In a first-of-its-kind move since the introduction of Article 20a in 1994, the *Bundesverfassungsgericht* recognized the unconstitutionality of the Federal Climate Protection Act (*Klimaschutzgesetz* or KSG) of 2019, due to its failure to distribute the carbon budget proportionally between present and future generations. This decision was urged by four constitutional complaints (*Verfassungsbeschwerden*). The court emphasized that 'one generation must not be allowed to consume large portions of the CO2 budget [...] if this would involve leaving subsequent generations with a drastic reduction burden and expose their lives to serious losses of freedom'.⁹⁸

In the German constitutional framework, Article 20a *Grundgesetz* is strategically placed among the provisions concerning the objectives of the State (*Staatszielbestimmung*). The

⁹⁴ P. Savin and R. Romi, *Radiographie de la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, in *Droit de l'Environnement. La Revue du développement durable*, 303, 2021, pp. 311-312.

⁹⁵ B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. Sindico, M.M. Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Springer, Cham, 2021, p. 593 ff. J. Peel and R. Markey-Towler, *Recipe for Success?: Lessons for Strategic Climate Litigation from the Sharma, Neubauer, and Shell Cases*, in *German Law Journal*, 22, 2021, pp. 1484-1498.

⁹⁶ S. Ryder, K. Powlen, M. Laituri, S.A. Malin, J. Sbicca and D. Stevis (eds.), *Environmental Justice in the Anthropocene: From (Un)Just Presents to Just Futures*, Routledge, Abingdon Oxon, 2021.

⁹⁷ Hereinafter *Neubauer*.

⁹⁸ *Neubauer*, para. 192.

environmental state principle (*Umweltstaatsprinzip*) has thus direct and binding content, albeit of an objective nature. Therefore, it serves as a guiding criterion for the activity of the State, including its territorial branches and public authorities. In a system which provides for direct appeal to the Constitutional Court by means of the *Verfassungsbeschwerde*, Article 20a can only be invoked in support (*ad adiuvandum*) of alleged violations of the fundamental right to life and physical integrity (Article 2 GG).⁹⁹

Among the various interpretations of this ‘epoch-making’¹⁰⁰ order, Louis Kotzé’s analysis of the Karlsruhe judge’ decision within the ‘cognitive framework’ of the Anthropocene is particularly noteworthy. Kotzé’s approach stems from the pioneering dimension of *Earth system law*,¹⁰¹ and identifies three instances of transnationality in the *Neubauer* order: the authoritative use of climate science, the application of the ‘tipping point’ concept, and the references to planetary climate justice and environmental stewardship. With respect to the first instance, the German court explicitly relies on the Assessment Reports of the UN Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) to ground its judicial decision on an objective scientific basis.¹⁰² Additionally, the environmental obligation placed on the state under Article 20a mandates the continual adaptation of the legal system to the most recent scientific findings.¹⁰³ In the second instance, the Court identifies three points of no return from a planetary perspective: the melting of glaciers, the Atlantic Meridional Overturning Circulation, and Amazon deforestation.¹⁰⁴ The Court’s use of the theory of tipping points confers transnational relevance to the decision and validates the necessary ‘intertwining’ of constitutional and international law in a multilevel perspective.¹⁰⁵

The international legal openness clause (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) becomes, in fact, a critical hermeneutical key to interpreting the *Grundgesetz* with regard to climate obligations.¹⁰⁶ Ultimately, the most significant aspect of the ruling is the affirmation of the principle of

⁹⁹ L.J. Kotzé, *Neubauer et al. versus Germany: Planetary Climate Litigation for the Anthropocene?*, in *German Law Journal*, 22, 2021, p. 1424: ‘The constitutional complaint specifically derives from the State’s duties of protection arising from the rights to life, physical integrity and personal freedom, the right to property, and the right to a future consistent with human dignity (*menschenwürdige Zukunft*) and its associated right to an ecological minimum standard of living (*ökologisches Existenzminimum*)’. See also N. Weiss, *How to Integrate Environmental Law into Constitutional Law: The German Experience*, in *Revue juridique de l’Océan Indien*, 31, 2021, pp. 171-175.

¹⁰⁰ R. Krämer-Hoppe, *The Climate Protection Order of the Federal Constitutional Court of Germany and the North-South Divide*, in *German Law Journal*, 22, 2021, p. 1394: ‘this decision has been labelled far-reaching, a historical success, ground-breaking, international and epoch-making, as well as post-colonial’. See also: G. Winter, *The Intergenerational Effect of Fundamental Rights: A Contribution of the German Federal Constitutional Court to Climate Protection*, in *Journal of Environmental Law*, 34, 2022, pp. 209-221; P. Minnerop, ‘The ‘Advance Interference-Like Effect’ of Climate Targets: Fundamental Rights, Intergenerational Equity and the German Federal Constitutional Court’, in *Journal of Environmental Law*, 34, 2022, pp. 135-162; A. Buser, *Of Carbon Budgets, Factual Uncertainties, and Intergenerational Equity—The German Constitutional Court’s Climate Decision*, in *German Law Journal*, 22, 2021, pp. 1409-1422.

¹⁰¹ L.J. Kotzé, *Neubauer et al. versus Germany*, cit., pp. 1429-1430.

¹⁰² *Neubauer*, para. 16.

¹⁰³ *Neubauer*, para. 212.

¹⁰⁴ *Neubauer*, para. 21.

¹⁰⁵ M. Goldmann, *Judges for Future: The Climate Action Judgment as a Postcolonial Turn in Constitutional Law?*, in *Verfassungsblog*, 30 April 2021; cf. L.J. Kotzé, *Neubauer et al. versus Germany*, cit., p. 1437.

¹⁰⁶ L.J. Kotzé, *Neubauer et al. versus Germany*, cit., p. 1438.

intergenerational climate justice,¹⁰⁷ activating Article 20a as a constitutional norm that ‘imposes an obligation to safeguard fundamental freedom over time and to spread the opportunities associated with freedom proportionately across generations. As intertemporal guarantees of freedom, fundamental rights afford the complainants protection against the greenhouse gas reduction burdens imposed by Art. 20a GG being unilaterally offloaded onto the future’.¹⁰⁸ The novelty of this decision, however, lies also in the statement that ‘no state can resolve the problems of climate change on its own due to the worldwide nature of the climate and global warming’.¹⁰⁹ Therefore, Kotzé’s depiction of a ‘domestic court’ elevated to the role of ‘planetary climate steward’ seems to resonate with the ruling’s groundbreaking transnational scope.¹¹⁰

IV.3 ‘Also in the interest of future generations?’ Italy’s (Belated) Constitutional Pledge to Environmental Stewardship

Akin to the proverbial *bull in a china shop*,¹¹¹ the advent of the Anthropocene has irreversibly reached the *core* of the (allegedly) unalterable *supreme principles* of the Italian constitution, with a sense of impending doom that necessitated constitutional change. This section seeks to provide a brief overview of the revised Articles 9 and 41¹¹² of the Italian constitution, while also examining the ongoing scholarly debate on their potential impact.

The Italian amendment—between lights and shadows¹¹³—was approved with only one opposing vote on 8 February 2022 and appears to be fully consistent with the tradition of European solidaristic environmental constitutionalism, as outlined above.

It seems necessary to recall that, before the 2022 amendment, the construction of the ‘implicit’ model of Italian environmental constitutionalism rested on the principle of

¹⁰⁷ M. Schröder, *The Concept of Intergenerational Justice in German Constitutional Law*, in *Ritsumeikan Law Review*, 28, 2011, pp. 321-330.

¹⁰⁸ Neubauer, para. 183.

¹⁰⁹ Neubauer, para. 197.

¹¹⁰ L.J. Kotzé, *Neubauer et al. versus Germany*, cit., p. 1442.

¹¹¹ E.R.D. Goldsmith, *A Blueprint for Survival*, in *New York Times*, 5 February 1972.

¹¹² Under the amended text of Article 9, ‘The Republic shall promote the development of culture and of scientific and technical research. It shall safeguard the natural beauties and the historical and artistic heritage of the Nation. It shall safeguard the *environment, biodiversity and ecosystems, also in the interest of future generations*. State law shall regulate the methods and means of safeguarding animals’. Before 2022, it simply stated that ‘The Republic promotes the development of culture and of scientific and technical research. It safeguards natural landscape and the historical and artistic heritage of the Nation’. Article 41 has been amended to include health and environmental protection as limits to private economic initiatives, alongside security, freedom, and human dignity. Additionally, the law may now direct and coordinate economic activity for both social and environmental purposes. Delving into the nuanced implications of the revised Article 41 of the Italian Constitution is beyond the scope of this discussion. For a more comprehensive exploration of the subject, see M. Malvicini, *Costituzione, legge e interesse intergenerazionale: tutela dei diritti e vincoli legislativi*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, pp. 183-202; L. Longhi, *Note minime sulle recenti modifiche all’art. 41 Cost.*, in *PasSaggi Costituzionali*, 1, 2022, pp. 53-57. M. Cavino, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi*, in *PasSaggi Costituzionali*, 1, 2022, p. 24: ‘The revision of Article 41 introduces new terms to the legislative provision, yet as these terms are related to concepts of a similar nature—among which no hierarchical distinction in meaning exists—the outcome of this amendment is not to narrow the possibilities for balancing interests. Rather, it serves to broaden the scope within the *conflict’s topography*’.

¹¹³ D. Fuschi, *Environmental Protection in the Italian Constitution: Lights and Shadows of the New Constitutional Reform*, in *Int’l J. Const. L. Blog*, 13 February 2022.

solidarity. The enshrinement of the environment as a constitutional value is owed not only to the interpretative efforts of the Constitutional Court,¹¹⁴ but also to two insightful doctrinal contributions.

On one hand, Alberto Predieri expanded the concept of ‘natural landscape’ in Article 9 of the Constitution to encompass the ‘form’ of the environment, shaped by the ‘continuous interaction of nature and humanity’.¹¹⁵ On the other hand, Temistocle Martines was the first to bring environmental protection back to the sphere of constitutional duties of solidarity, pursuant to Article 2,¹¹⁶ on the assumption that ‘the most appropriate dimension to grasp the characteristics of environmental law appears to be that of dutifulness’.¹¹⁷

This allows for the alignment of both passive and active environmental situations on an objective basis, balancing demands and obligations, an idea that has been partially incorporated in the 2022 revision through the concept of ‘intergenerational openness’, already predicted by the aforementioned authors. Thus, a once-minoritarian doctrine deserves reexamination in light of the recent amendment: ‘imposing duties on individuals in the context of solidarity [...] primarily concerns the environment, but [...] in reality, [...] binds us to future generations’.¹¹⁸

The unanimous and monotonous discourse that characterized the parliamentary approval—evidenced by stenographic records—stands in stark contrast to the divisive reception of the reform from legal scholars, highlighting the mismatch between *internal legal culture* and the heightened environmental awareness of the public. This awareness is characterized by a sense of urgency that cannot be attributed solely to greenwashing.

The approved amendment has not only stirred controversy among domestic constitutional legal scholars, but has also failed to satisfy many authors who advocated for the inclusion of environmental protection in the Italian constitution. The debate has thus become polarized between those who considered it unnecessary to incorporate a principle already established by the Italian Constitutional Court and those who sought a more radical revision.¹¹⁹

¹¹⁴ The Court’s rulings have included: (1) the ‘protection of the landscape’ in its dynamic and environmental factors (Sentence No. 151/1986); (2) the ‘unitary treatment of environmental protection as a fundamental right’ (Sentence No. 210/1987); (3) the use of land as an ecological good (Sentence No. 391/1989); (4) a strand of case law on environmental limits to private economic initiative (Order No. 181/1996, Sentence No. 196/1998); (5) the recognition of the environment as a system ‘considered in its dynamic aspect’ and as ‘an organic entity’ (Sentence No. 378/2007). The Court has also recognized the environment as a constitutionally protected ‘value’, adopting the method of reasonable balancing between the different values at stake (in the infamous ‘ILVA judgments’: Sentences Nos. 85/2013, 182/2017, 58/2018). Most recent rulings (Sentence No. 179/2019; cf. Sentence No. 71/2020) have defined soil as a ‘non-renewable natural eco-systemic resource, essential for environmental balance, capable of expressing a social function and incorporating a plurality of collective interests and utilities, including those of an *intergenerational* nature’.

¹¹⁵ A. Predieri, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 507 ff.

¹¹⁶ Article 2: ‘The Republic recognises and guarantees the inviolable rights of the person, both as an individual and in the social groups where human personality is expressed. The Republic expects that the *fundamental duties* of political, economic and social *solidarity* be fulfilled’.

¹¹⁷ T. Martines, *L’ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in V. Pepe (ed.), *Politica e legislazione ambientale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 15 ff.

¹¹⁸ F. Fracchia, *La tutela dell’ambiente come dovere di solidarietà*, in *Il diritto dell’economia*, 3-4, 2009, pp. 493-494; cf. M. Greco, *La dimensione costituzionale dell’ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, p. 289.

¹¹⁹ A. D’Aloia, *La Costituzione e il dovere di pensare al futuro*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2, 2022), p. 4: ‘Despite the extensive parliamentary consensus, this reform has not been universally welcomed’. Cf. D.

The primary criticism pertained to the revision method and its connection to the broader issue of the immutability of supreme principles. Frosini has suggested that modifying fundamental principles, even with the intention of improvement, risks setting a dangerous precedent. Today's positive change might lead to negative alterations in the future, implying that once fundamental principles are open to modification, their alteration, whether for better or worse, becomes a matter of parliamentary majority decision.¹²⁰

While we acknowledge the value of these concerns, it seems unlikely that fundamental principles will be vulnerable to whimsical, 'seasonal' adjustments without the backing of established case law, as demonstrated by the amendment under review.

The discussion also addresses the literal interpretation of terms like 'environment', 'ecosystems'—rendered in *singular* form in Article 117, paragraph 2, letter s), and in *plural* form in Article 9, paragraph 3—and 'biodiversity', including the question of whether animals can be separated from these concepts.¹²¹ Additionally, there are obvious hermeneutical challenges concerning the 'interest of future generations'.

While a less invasive amendment was proposed—a constitutional law of principles along the lines of the French *Charte de l'environnement*¹²²—the Constitutional Court¹²³ has specified that supreme principles do not necessarily coincide with their *topographical* position in the first twelve articles of the Constitution.

Even the most environmentally conscious scholars have expressed concerns regarding the approach adopted by the reformer in incorporating environmental issues into the constitutional text. A noteworthy point of criticism revolves around the absence of explicit recognition of European environmental principles,¹²⁴ akin to the French model. Nonetheless, this 'omission' seems consistent with the reformers' '*stating the obvious*' strategy, aiming to avoid the dilution of the substantial scope of the amendment in a list of technical principles, unfamiliar to the general population.

From a comparative perspective, we might conclude that the Italian amendment is far less than courageous, a merely belated adjustment to mainstream international environmental principles.¹²⁵ Later comments, on the other hand, have pointed out the potential positive outcomes of the amendment: first of all, a *paradigm shift*¹²⁶ in Italian environmental law, which entails the direct responsibility of all political actors, akin to the affirmation of the

Amirante, *La reformette dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *DPCE*, 2, 2022, pp. V-XIV.

¹²⁰ T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, 23 June 2021.

¹²¹ The reformer's intention, discernible from parliamentary research dossiers, defines the environment in a 'systemic' and 'dynamic' context, as outlined by the European Union's primary and secondary law. Nonetheless, this leaves considerable room for interpretative discretion, potentially leading to reliance on metalegal definitions from biological sciences.

¹²² R. Montaldo, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, p. 454.

¹²³ Sentence No. 1146/1988.

¹²⁴ G. Fontanella, *La dimensione spaziale del diritto e la comparazione giuridica come ponte. Il caso del diritto ambientale*, in *federalismi.it*, 1, 2024, pp. 24-40.

¹²⁵ Cf. D. Amirante, *La reformette dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, cit., pp. X-XI.

¹²⁶ F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2022, p. 28.

Umweltstaatsprinzip in Germany. Secondly, the enshrinement of this ‘*anthropocentrism of duty*’¹²⁷ places environmental protection within the ‘non-controversial sector’¹²⁸—as an implicit principle of ‘non-regression’—and further reinforces the intertwined relationship between the principle of solidarity and the protection of the environment.

Despite the aforementioned limitations, the amendment has already achieved one notable accomplishment, comprised in the words ‘*also in the interest of future generations*’. Intergenerational solidarity has been thus introduced into the fundamental principles of the Italian constitution, linking Articles 2¹²⁹ and 9 of the Constitution even more intimately and giving new constitutional status to the ethical foundation that characterizes the duty of environmental solidarity.¹³⁰

V. BY WAY OF CONCLUSION: IS THE ITALIAN AMENDMENT A ‘LAMPEDUSIAN LEOPARD’?

Reconnecting the comparative threads woven throughout this discussion, it becomes clear that Italian environmental constitutionalism significantly diverges from the ‘*silent*’ ethos of U.S. constitutionalism (§III.I) and the broader common law tradition. This was true even before the explicit inclusion of the environment in the constitutional text.

The trajectory drawn by the Italian reformers aligns more closely with the European Union’s common constitutional traditions and their foundation of ‘deontic ethics’—namely intergenerational environmental solidarity—previously identified as the *Common Core* (§III.III) of European Environmental Constitutionalism. Italy’s integration into this framework reinforces the shared commitment to future generations of the European Union. This *anthropocentrism of duty* also differs from the ecocentric perspectives (§III.II) advocated by Global South constitutionalism(s), unlikely to thrive in contexts where holistic chthonic traditions¹³¹ and animistic indigenous views of Nature (*cosmovisions*) are overshadowed by the dichotomic thought of Greco-Judeo-Christian culture. Instead, the emphasis on duties appears to closely mirror the German model. Gallarati aptly remarks that the German Federal Constitutional Court does not bolster the ecocentric paradigm advocated by some Ibero-American apex courts.¹³² Instead, the *BVerfG*’s stance on duty-centered anthropocentrism places Germany on the forefront of the deontic tradition of European environmental constitutionalism. The formulation adopted in Article 20a of the German Constitution is, in fact, quintessentially deontic,¹³³ and it is within the *Grundgesetz*—as acknowledged by the

¹²⁷ *Ibi*, p. 20.

¹²⁸ M. Cecchetti, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un’occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2022, p. 352.

¹²⁹ Article 2: ‘The Republic recognises and guarantees inviolable human rights, both for the individual and within social groups where the individual’s personality is expressed, and it requires the fulfilment of the imperative duties of political, economic and social solidarity’.

¹³⁰ See P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *federalismi.it*, 1, 2023, pp. 86-103.

¹³¹ H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 154.

¹³² F. Gallarati, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale alla prova del contenzioso climatico*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2, 2023, pp. 159-177, p. 177.

¹³³ Article 20a GG: ‘Mindful also of its responsibility towards future generations, the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order’.

drafters of the reform themselves—that the primary cultural reference for the Italian constitutional amendment can be identified.

This observation does not diminish interest in the Andean experiences, especially considering the potential for ‘*countercolonial*’ dissemination, evidenced by the recent legal personification of the *Mar Menor*¹³⁴ in the *Región de Murcia* (Spain) and the proposal of an *EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*.¹³⁵

Two years following the constitutional reform represents an unavoidably provisional timeframe for any evaluation. However, some preliminary remarks on its potential impact on both *ex post* (or *pathological*) and *ex ante* (or *physiological*) measures can be drawn.

In terms of climate change litigation, there’s hope that the Italian Constitutional Court won’t need the 27 years that the *BVerfG* took—from the introduction of Art. 20a in 1994—to deliver a landmark ruling akin to *Neubauer* (IV.II.). But at the present time, the Italian Constitutional Court’s environmental case law has been laconic, bordering on ‘silent’. Over the past two years, the Court has made only passing references to the revised norms in decisions related to the traditional topic of landscape protection,¹³⁶ occasionally citing the updated constitutional provisions on the safeguarding of the environment, biodiversity, and ecosystems in the interest of future generations.¹³⁷ In just one notable instance, the Court declared a regional law in Sicily unconstitutional due to its failure to meet the yardstick set up by the amended Article 9, specifically addressing the ‘rollback’ in environmental protection fostered by the regional regulatory framework.¹³⁸

Administrative adjudication has been even less reassuring: the Council of State, in a key ruling,¹³⁹ rejected the primacy of environmental interests, despite acknowledging the innovative climate change mitigation approach under the newly added paragraph 3 of Article 9. In a somewhat paradoxical turn, the Civil Section of the Court of Cassation demonstrated greater receptivity to constitutional innovation. Our Supreme Court emphasized the prominence of allegations over proof in potential environmental harm, recognizing the environment as a constitutionally protected asset following the 2022 amendment.¹⁴⁰

Within the realm of civil adjudication, it remains to be seen how the evocatively named *Giudizio Universale* (Last Judgment) case—initiated in June 2021 at the Civil Court of Rome—will unfold. The plaintiffs have held the Italian state accountable, under Article 2043 of the Civil Code, for failing to fulfill its duties to prevent damage in situations of urgent threat, as

¹³⁴ J.M. Ayllón Díaz-González, *Sobre derechos de la naturaleza y otras prosopopeyas jurídicas, a propósito de una persona llamada “Mar Menor”*, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, 138, 2023, pp. 1-88.

¹³⁵ M. Carducci, S. Bagni, V. Lorubbio, E. Musarò, M. Montini, A. Barreca, C. Di Francesco Maesa, M. Ito, L. Spinks, P. Powlesland, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, Study for The European Economic and Social Committee (EESC), 13 December 2019.

¹³⁶ Sentences Nos. 135/2022, 221/2022, 17/2023, 19/2023.

¹³⁷ Sentences Nos. 187/2022, 236/2022, 11/2023.

¹³⁸ Sentence No. 8610/2023.

¹³⁹ Sentence No. 8167/2022.

¹⁴⁰ Sentence No. 20869/2022.

is precisely the case with the climate emergency. The hearing for this case is scheduled for later in 2024.¹⁴¹

Conversely, in terms of deliberative/participatory correctives to conventional representative democracy (§III.I), the emergence of citizens' assemblies across Italy appears more promising. These grassroots democratic initiatives aim to address the environmental concerns of specific urban communities, contributing valuable local perspectives to regional and national climate strategies. Examples like the *Assemblea cittadina per il clima* (Bologna), *Firenze per il Clima* (FIX Clima, Florence), and the *Assemblea Permanente dei Cittadini sul Clima* (Milan) should be observed with keen interest, as they engage communities in dialogue about local environmental policies, urban sustainability and development, also in line with EU's Mission '100 Climate-Neutral and Smart Cities by 2030'.

The renowned Italian novelist Giuseppe Tomasi di Lampedusa poignantly stated in *The Leopard* that 'If we want everything to stay as it is, everything has to change'.¹⁴² Does this amendment represent such a 'Lampedusian Leopard'? Certainly, two years is too brief a timespan for definitive conclusions. As noted by Pegoraro, legal formants travel at different speeds: while the global economy operates at a rapid pace, constitutional law evolves slowly, and constitutional culture changes at an even slower pace.¹⁴³

The paradigm shift implied by the Italian environmental amendment necessitates reconciling two distinct temporal dimensions: the geological timescale of the Anthropocene and the generational aspect of intertemporal solidarity. This process undeniably requires *time*. At the very least, this amendment broadens the horizon of European environmental constitutionalism and the tradition of intergenerational environmental solidarity. Italy, although belatedly, has now firmly embraced this movement.

¹⁴¹ M. Carducci, *Giudizio Universale contro lo Stato*, in *comune-info.net*, 1 August 2019; Id., *Il cambiamento climatico nella giurisprudenza italiana*, in *Diritti Comparati*, 8 March 2021; R. Louvin, *Espaces et opportunités pour la justice climatique en Italie*, in *Politeia*, 40, 2021, pp. 531-548.

¹⁴² G. Tomasi di Lampedusa, *The Leopard*, Pantheon Books, New York, 1960, p. 40.

¹⁴³ L. Pegoraro, *Introduzione metodologica*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 26.